

REVISTA ESPAÑOLA DE

Derecho Constitucional



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

ARMIN VON BOGDANDY

La ciencia jurídica nacional en el espacio jurídico europeo. Un manifiesto

BARTOLOMÉ CLAVERO

Tribunal Constitucional en Estado plurinacional: el reto constituyente de Bolivia

EDUARDO VÍRGALA FORURIA

Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la Ley de Economía Sostenible

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO

Derechos fundamentales en la residencia de mayores

FERNANDO SIMÓN YARZA

El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales

94

Año 32

enero/abril

2012

ESTUDIOS



NOTAS



JURISPRUDENCIA



CRÍTICA DE LIBROS



RESEÑA
BIBLIOGRÁFICA

Consejo de Redacción

Director:

FRANCISCO RUBIO LLORENTE, Universidad Complutense de Madrid

Secretario:

JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Vocales:

MANUEL ARAGÓN REYES, Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO BALAGUER CALLEJON, Universidad de Granada

PALOMA BIGLINO CAMPOS, Universidad de Valladolid

FRANCESC DE CARRERAS SERRA, Universidad Autónoma de Barcelona

FRANCISCO JAVIER CORCUERA ATIENZA, Universidad del País Vasco

JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, Tribunal Constitucional

MANUEL MEDINA GUERRERO, Universidad de Sevilla

Consejo Asesor

LUIS AGUIAR DE LUQUE, Universidad Carlos III de Madrid

ELISEO AJA FERNÁNDEZ, Universidad de Barcelona

ENOCH ALBERTÍ ROVIRA, Universidad de Barcelona

ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE, Universidad Rey Juan Carlos
de Madrid

ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL, Universidad Nacional de
Educación a Distancia

MIGUEL Á. APARICIO PÉREZ, Universidad de Barcelona

FRANCISCO BASTIDA FREJEDO, Universidad de Oviedo

ROBERTO BLANCO VALDÉS, Universidad de Santiago
de Compostela

CARLOS DE CABO MARTÍN, Universidad Complutense
de Madrid

GREGORIO CÁMARA VILLAR, Universidad de Granada

JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO, Universidad de Salamanca

JOSÉ CAZORLA PÉREZ, Universidad de Granada

MANUEL CONTRERAS CASADO, Universidad de Zaragoza

PEDRO CRUZ VILLALÓN, Universidad Autónoma de Madrid

LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Magistrado del Tribunal
Supremo

EDUARDO ESPÍN TEMPLADO, Magistrado del Tribunal Supremo

JORGE DE ESTEBAN ALONSO, Universidad Complutense
de Madrid

ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Universidad
Complutense de Madrid

FRANCISCO FERNÁNDEZ-SEGADO, Universidad Complutense
de Madrid

MARIANO GARCÍA CANALES, Universidad de Murcia

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, Universidad Complutense
de Madrid

ÁNGEL GARRORENA MORALES, Universidad de Murcia

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ CASANOVA, Universidad
de Barcelona

GURUTZ JÁUREGUI BEREZIARTU, Universidad del País Vasco

MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA, Universidad Complutense
de Madrid

LUIS LÓPEZ GUERRA, Universidad Carlos III de Madrid

ANTONIO LÓPEZ PINA, Universidad Complutense de Madrid

MIGUEL MARTÍNEZ CUADRADO, Universidad Complutense
de Madrid

ISIDRE MOLAS BATLLORI, Universidad Autónoma de Barcelona

RAÚL MORODO LEONCIO, Universidad Complutense
de Madrid

JAVIER PÉREZ ROYO, Universidad de Sevilla

ALFONSO PADILLA SIERRA, Universidad Autónoma de Madrid

NICOLÁS PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Cortes Generales

PABLO PÉREZ TREMPES, Universidad Carlos III de Madrid

JOSÉ A. PORTERO MOLINA, Universidad de La Coruña

RAMÓN PUNSET BLANCO, Universidad de Oviedo

MANUEL RAMÍREZ JIMÉNEZ, Universidad de Zaragoza

JULIÁN SANTAMARÍA OSSORIO, Universidad Complutense
de Madrid

JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Universidad Autónoma
de Madrid

ANTONIO TORRES DEL MORAL, Universidad Nacional
de Educación a Distancia

JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, Universidad de Oviedo

PEDRO DE VEGA GARCÍA, Universidad Complutense
de Madrid

CARLES VIVER PI-SUNYER, Universidad Pompeu Fabra,
Barcelona

*El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
no se identifica necesariamente con
los juicios de los autores de esta Revista*

La *Revista Española de Derecho Constitucional* ha sido seleccionada para su cobertura en los servicios de alerta y búsqueda de información sobre productos de Thomson Reuters. A partir del V. 27 (79) 2007 se encuentra indexada y resumida en el *Social Sciences Citation Index*, en el *Social Scisearch* y en el *Journal Citation Reports/Social Sciences Edition*.

The *Revista Española de Derecho Constitucional* has been selected for coverage in Thomson Reuters products and custom information services. Beginning with V. 27 (79) 2007, it is indexed and abstracted in the *Social Sciences Citation Index*, the *Social Scisearch* and the *Journal Citation Reports/Social Sciences Edition*.

La Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT) ha otorgado a la *Revista Española de Derecho Constitucional* el certificado de «Revista Excelente» para el período de 20 de mayo de 2011 a 20 de mayo de 2013.

The Spanish Foundation for Science and Technology (FECYT) has granted the journal *Revista Española de Derecho Constitucional* its certificate of «Excellence» for the period from 20th May 2011 until 20th May 2013.

REVISTA ESPAÑOLA DE

Derecho Constitucional

94

Año 32

enero/abril

2012

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

La correspondencia con la REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
debe dirigirse a la Secretaría de la misma:

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

PLAZA DE LA MARINA ESPAÑOLA, 9 - 28071 MADRID - TELÉFONOS 91 422 89 24
y 91 540 19 50 - EXT. 924/978 - FAX 91 541 95 74

e.mail: edrevistas@cepc.es

Catálogo General de Publicaciones Oficiales

<http://www.060.es>

*Suscripciones, venta directa
y pedidos por correo de números sueltos:*

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 MADRID (ESPAÑA)

TELÉFONOS (34) 91 422 89 72 - (34) 91 422 89 73

FAX (34) 91 422 89 70. E-MAIL: suscripciones@cepc.es

Contabilidad y pagos:

TELÉFONOS (34) 91 422 89 40 - (34) 91 422 89 44

www.cepc.es

PRECIOS AÑO 2012

SUSCRIPCIÓN ANUAL

En papel	Electrónica	En papel y electrónica	Precio unidad en papel	Precio unidad electrónica
49,00 €	40,00 €	70,00 €	18,00 €	15,00 €

Diseño: ÁREA GRÁFICA ROBERTO TURÉGANO

ISSN: 0211-5743 (en papel)

Depósito legal: M. 19.840-1981

NIPO: 005-12-012-X (en papel)

ISSN: 1989-0648 (en línea)

NIPO: 005-12-011-0 (en línea)

CLOSAS-ORCOYEN, S. L. Ctra. de Belvis, km. 0,500 - Políg. Ind. «Igarsa» - 28860 Paracuellos de Jarama - MADRID



Papel en cuya fabricación se ha utilizado celulosa blanqueada totalmente sin cloro.
Impreso con tintas ecológicas.

SUMARIO

Año 32. Núm. 94, enero-abril 2012

	<u>Páginas</u>
ESTUDIOS	
A. V. BOGDANDY: <i>La ciencia jurídica nacional en el espacio jurídico europeo. Un manifiesto</i>	13-28
B. CLAVERO: <i>Tribunal Constitucional en Estado plurinacional: el reto constituyente de Bolivia</i>	29-60
E. VÍRGALA FORURIA: <i>Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la Ley de Economía Sostenible</i>	61-115
J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: <i>Derechos fundamentales en la residencia de mayores</i>	117-152
F. SIMÓN YARZA: <i>El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales</i>	153-179
NOTAS	
M. AZPITARTE SÁNCHEZ: <i>Alternancia y reconstrucción de la Constitución económica. Crónica política y legislativa del año 2011</i>	183-208
A. DE LA IGLESIA CHAMARRO: <i>La reforma del Amejoramiento del Fuero de Navarra en el contexto de las «revisiones» estatutarias. La LO 7/2010, de 27 de octubre</i>	209-238
M. ^a DEL M. MARTÍN GARCÍA: <i>Derecho de libertad religiosa y establecimiento de centros de culto. A propósito de su desarrollo legal en Cataluña</i>	239-265

JURISPRUDENCIA

Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el tercer cuatrimestre de 2011 (Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid).....	269-288
Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2011.....	289-334

Estudios críticos

J. M.ª PORRAS RAMÍREZ: <i>Mandato de neutralidad de las instituciones públicas y simbología religiosa</i>	335-354
F. J. MATIA PORTILLA: <i>¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del artículo 10.2 CE</i>	355-377
A. BARRERO ORTEGA: <i>El caso Lautsi: la cara y la cruz</i>	379-409
A. VALERO HEREDIA: <i>Ideario educativo constitucional y «homeschooling»: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre</i>	411-442

CRÍTICA DE LIBROS

M. REVENGA SÁNCHEZ: <i>El Tribunal Constitucional alemán y los dilemas del constitucionalismo de los derechos</i>	445-450
---	---------

COLABORAN EN ESTE NÚMERO.....	451
-------------------------------	-----

TABLE OF CONTENTS

Year 32, Issue 94, January-April 2012

	<u>Pages</u>
STUDIES	
A. V. BOGDANDY: <i>National legal science in the European legal area. A manifesto</i>	13-28
B. CLAVERO: <i>The Constitutional Court in a pluri-national State: Bolivia's constitutional challenge</i>	29-60
E. VÍRGALA FORURIA: <i>The regulatory authorities in the economic crisis: reformulation in the Sustainable Economy Act</i>	61-115
J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: <i>Fundamental rights in senior citizens' residence</i>	117-152
F. SIMÓN YARZA: <i>The so-called right to the environment: a challenge to the theory of fundamental rights</i>	153-179
NOTES	
M. AZPITARTE SÁNCHEZ: <i>Alternating governments and reconstruction of the economic Constitution. Political and legislative chronicle for 2011</i>	183-208
A. DE LA IGLESIA CHAMARRO: <i>The reform of the Improvement of the Navarra Charter in the context of charter «revisions». Constitutional Act 7/2010, 27th October</i>	209-238
M. ^a DEL M. MARTÍN GARCÍA: <i>Right to religious freedom and the establishment of centres of worship. With respect to its legal enforcement in Catalonia</i>	239-265

JURISPRUDENCE

Activity of the Constitutional Court: list of rulings handed down during the third four-month period of 2011 (Dept. of Constitutional Law, Universidad de Carlos III, Madrid).....	269-288
Doctrine of the Constitutional Court during the third four-month period of 2011	289-334

Critical Studies

J. M. ^a PORRAS RAMÍREZ: <i>Mandate of neutrality of public institutions and religious symbols</i>	335-354
F. J. MATIA PORTILLA: <i>Is there a fundamental right to silence? On the limits of article 10.2 EC</i>	355-377
A. BARRERO ORTEGA: <i>The Lautsi case: heads and tails</i>	379-409
A. VALERO HEREDIA: <i>The set of educational precepts in the Constitution and the «home-schooling» movement: a propos the Constitutional Court Ruling 133/2010, 2nd December</i>	411-442

BOOK REVIEWS

M. REVENGA SÁNCHEZ: <i>The German constitutional Court and the dilemmas of constitutionalisation of rights</i>	445-450
--	---------

CONTRIBUTORS	451
--------------------	-----

ESTUDIOS

LA CIENCIA JURÍDICA NACIONAL EN EL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO. UN MANIFIESTO (*)

ARMIN VON BOGDANDY

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PLANTEAMIENTO DE LOS RETOS: 1. *El espacio europeo de investigación*. 2. *El espacio jurídico europeo*. 3. *Las universidades americanas*.—III. ¿QUÉ HACER?: 1. *Más Derecho comparado*. 2. *Europeización metodológica*. 3. *Transformación de la identidad disciplinaria*.—IV. PERSPECTIVA: UN MANIFIESTO PARA LA CIENCIA JURÍDICA EN EL ESPACIO EUROPEO.

I. INTRODUCCIÓN

La progresiva integración europea plantea cuestiones fundamentales para la estructura y para la orientación de cada vez mayores ámbitos de la sociedad. Aunque solo de manera reciente se han acabado por reconocer sus implicaciones para el sistema científico alemán, ello ha traído consigo trascendentales recomendaciones por parte del Consejo alemán de Ciencias y Humanidades (1). El Consejo llama a todos los actores del sistema científico a que incluyan la dimensión europea en sus decisiones, incitando además a que las diferentes disciplinas identifiquen cuáles representan sus particulares desafíos en dicho contexto. Se considera el momento idóneo para debatir cómo aquellas quedan posicionadas en el nuevo ámbito europeo. Las aludidas recomendaciones han dado lugar a las siguientes consideraciones sobre la ciencia jurídica. Si bien aquí expuestas al hilo del caso alemán, pueden ser de interés para otras ciencias

(*) Quiero agradecer a Stephen Burbank, Sabino Cassese, William Ewald, Thomas Groß, Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Ralf Michaels y Reinhard Zimmermann sus valiosas apreciaciones; traducción de Leonardo Álvarez Álvarez.

(1) Consejo alemán de Ciencias y Humanidades, Recomendaciones sobre la Política Científica alemana en el marco del Espacio Jurídico Europeo (Drs. 9866-10).

nacionales; en concreto para la de ciertos Estados europeos con fuerte y relevante tradición jurídica (como España, Francia, Italia o Polonia). Además, el trabajo pretende contribuir a un debate más general sobre la ciencia jurídica y la globalización (2).

II. EL PLANTEAMIENTO DE LOS RETOS

1. *El espacio europeo de investigación*

El proyecto que se contempla en el artículo 179 TFUE, destinado a implantar un espacio europeo de investigación (3), no solo tiene por objeto las disciplinas naturales y biológicas. También abarca las ciencias sociales y las humanidades y, en consecuencia, la ciencia jurídica. El proyecto se propone fomentar la investigación en todos los ámbitos expuestos mediante nuevas posibilidades y un aumento de la competencia. En este punto, existen ciertos paralelismos con el programa de mercado único europeo de 1985 (4), que tuvo su origen en la percepción política de economías nacionales escleróticas, aquejadas de malas condiciones para poder afrontar la cada vez mayor competencia global con los Estados Unidos y con el Este de Asia. Los gobiernos de los Estados miembros aprovecharon el entonces Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea para llevar a cabo un importante programa de reformas, con un impacto tal que jamás hubiera podido haberse logrado solo con medidas nacionales. Algo similar sucede con el lanzamiento del proyecto relativo al espacio europeo de investigación.

En Europa, la reforma de los sistemas académicos de los Estados miembros comenzó con las decisiones del Consejo Europeo de Lisboa (2000) y de Barcelona (2002). Fueron precedidas de numerosos estudios que no arrojaron precisamente una buena imagen del panorama científico europeo, especialmente, en comparación con los Estados Unidos. Durante la primera cumbre se proclamó con valentía que la Unión Europea estaba «llamada a ser la economía basada en

(2) Sobre esta cuestión, en general, Jan KLABBERS/Mortimer SELLERS (ed.), *The Internationalization of Law and Legal Education* (2008); Normen DORSEN, Achieving International Cooperation. NYU's Global Law School Program, *Journal of Legal Education*, núm. 51 (2001), 332.

(3) Comp. Álvaro DE ELERA, «The European Research Area: On the Way Towards a European Scientific Community?», *ELJ*, núm. 12 (2006), 559; Joseph Franz LINDNER, *Die Europäisierung des Wissenschaftsrechts*, *WissR*, Supplement 19, 2009, 1, 7.

(4) Libro Blanco del Mercado Interior, de 14/06/1985, COM 85 (310) final. Véase también Roland BIEBER/Renaud DEHOUSSE/John PINDER/Joseph WEILER (ed.), 1992: *One European Market?*, 1988.

el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo» en 2010 (5). La fecha ya ha sido superada, sin haberse materializado dicho objetivo.

Varias medidas se adoptaron, sin embargo, para poder conseguirlo. En Barcelona, los Jefes de Estado y de Gobierno decidieron incrementar las contribuciones globales a la investigación hasta el 3 por 100 de su PIB (6). De cualquier forma, el proyecto no versa simplemente sobre dinero. Su respuesta estructural fue el proyecto de un *espacio europeo de investigación* (EEI). Uno de los frutos de su esfuerzo, sin ser el único, fue la creación del Consejo Europeo de Investigación, que iniciaría sus trabajos en 2007 con la función de apoyar y de promover también la investigación jurídica (7). Su posicionamiento en el contexto europeo ha sido verdaderamente importante, hasta el punto de que la tasa de éxito en la obtención de financiación de alguno de sus programas quizás represente hoy día el instrumento más visible en orden a realizar una comparación intraeuropea de la atracción y de la capacidad de las instituciones investigadoras de los Estados miembros. La concesión de financiación a la investigación constituye una garantía de reputación difícilmente comparable en la actualidad en el contexto europeo. Estos primeros pasos lanzaron un reto a los Estados nacionales, dando pie a que el Consejo alemán de Ciencias y Humanidades desarrollara puntualmente tales recomendaciones, encaminadas a reorientar el sistema académico alemán hacia el espacio europeo de investigación.

Para poder comprender la verdadera magnitud de esta empresa resulta necesario tener en cuenta que el espacio europeo de investigación no se reduce simplemente al establecimiento de mayores contactos académicos, a la acumulación de kilómetros aéreos o al aumento de la competitividad. Más bien, la esencia de la vida académica se somete a un proceso de reformulación. La creación de este espacio europeo de investigación viene, en realidad, a cuestionar los objetos y los métodos de investigación tradicionalmente implantados, pero también las identidades disciplinarias. En Estados Unidos, la creación de un área continental para la ciencia jurídica a comienzos del siglo XX acarrió una profunda modificación estructural de tal disciplina, ¿por qué habría de suceder algo distinto en Europa?

En realidad, la ciencia jurídica no es la única disciplina acuciada por la necesidad de un cambio. El mundo académico, en general, se ha desarrollado sobre una clásica base nacional. Su actual concepción fue construida en los siglos XIX y XX

(5) Conclusiones de la Presidencia, Consejo de la Unión Europea (Lisboa), 23 y 24 de marzo de 2000 (SN 100/1/00 REV. 1), núm. 5.

(6) Conclusiones de la Presidencia, Consejo de la Unión Europea (Barcelona), 15 y 16 de marzo de 2000 (SN 100/1/02 REV. 1), núm. 47.

(7) Decisión 2007/134/EC de la Comisión, de 02/02/2007, OJ L 57, de 24/02/2007, pág. 14; detalladamente Thomas GROSS, *Der Europäische Forschungsrat*, EuR 2010, 299.

como un sistema nacional; como un orden gestado bajo los auspicios de la idea de Estado-nación (8). Era el propio Estado quien financiaba la ciencia con la finalidad de lograr una administración más eficaz, obtener beneficios para su economía y su poder militar y, en definitiva, para fomentar su gloria como nación. Ello trajo como resultado que las ciencias se organizaran en asociaciones nacionales, manteniendo sus propios órganos nacionales de publicación científica y dirigiéndose además a la academia en su propia lengua. De hecho, en Europa la mayoría de los científicos fueron (y todavía aún lo son) empleados del Estado, muchos incluso funcionarios. Es cierto que siempre se mantuvieron contactos internacionales más o menos intensos. No obstante, esta base nacional inspiró y, con frecuencia, prede-terminó la dirección y el estilo de la investigación, la financiación y los medios de publicación, las carreras académicas y, lo que no es menos importante, el modo de conseguir una reputación científica (9). Bajo la «campana» del Estado-nación, los sistemas académicos nacionales desarrollaron sus propios rasgos característicos. Esto particularmente es aplicable a la ciencia jurídica, que tradicionalmente, y en la práctica totalidad de sus disciplinas, inclusive el Derecho internacional (10), se focalizaron en «su» respectivo Estado y en «su» particular sistema jurídico (11).

Con este telón de fondo, la dificultad de combinar de una manera constructiva estas diferencias en un espacio europeo de investigación resulta evidente. De todos modos, conviene ser cauto. No es cierto que la presión hacia un cambio impuesta por la creación del espacio europeo de investigación derive necesariamente en desarrollos positivos. Los muchos contornos del proceso de Bolonia, iniciados a escala europea en relación con la formación universitaria, constituyen una prueba suficiente de ello.

2. *El espacio jurídico europeo*

El reto que ello supone para la ciencia jurídica es incluso superior que para la mayoría de las disciplinas sociales y de las humanidades, en la medida

(8) Walter RÜEGG, «Die Universität in der “Moderne” des 19. und 20. Jahrhunderts», en Wolfgang MANTL (ed.), *Phänomenologie des europäischen Wissenschaftssystems*, 2010, 121.

(9) Sobre el papel nuclear de la reputación en el sistema académico, véase Niklas LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1994, 267 y ss.

(10) En detalle Martti KOSKENIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, 2002.

(11) Eso también es aplicable al Derecho privado, más abierto a la perspectiva comparada: Reinhard ZIMMERMANN, *The Present State of European Private Law*, Am. J. Comp. L. 57 (2009), 479, 482.

en que no solo su contexto académico ha resultado europeizado, sino también su objeto de estudio. En la actualidad, la europeización jurídica no solo afecta a materias periféricas como el Derecho aduanero o el Derecho agrario, sino también al Derecho administrativo nacional y al Derecho financiero en general (12), al Derecho de obligaciones (13), al Derecho de familia y de sucesiones (14), al Derecho procesal civil (15), al Derecho al trabajo y a la seguridad social (16), al Derecho penal (17), al Derecho tributario (18), al Derecho constitucional (19) e incluso, gracias a la pluralidad de actuaciones de

(12) José Antonio MORENO MOLINA, «El Derecho comunitario como impulsor de la formación de un Derecho administrativo común europeo: La noción comunitaria de Administración Pública», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 169, 1999, 21; Karl-Peter SOMMERMANN, «Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluß – Analyse aus deutscher Sicht», en Jürgen SCHWARZE (ed.), *Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts*, 2008, 18. Con relación al Derecho financiero, consúltese Francisco Alfredo GARCÍA PRATS «Incidencia del Derecho comunitario en la configuración jurídica del Derecho financiero (III): principios de justicia vs. Derecho comunitario», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, núm. 51 (2001), 737.

(13) Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Antonio Manuel MORALES MORENO y Encarna ROCA TRÍAS, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, 2002; Reinhard ZIMMERMANN; *Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung*, 2006, 22, 46.

(14) Nina DETHLOFF, «Familien und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität», *ZEuP*, núm. 15 (2007), 992; Miguel Ángel PRESNO LINERA, *Derecho europeo de familia* (2008).

(15) Burkhard HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2010. Asimismo, Fernando GASCÓN INCHAUSTI, Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil europeo, competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, 2011.

(16) Ricardo ALONSO GARCÍA, «Apunte sobre la progresiva integración judicial del Derecho comunitario en el ordenamiento laboral español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 44, 1990, 727; Ulrich BECKER, Winfried BOECKEN, Angelika NUßBERGER, Heinz-Dietrich STEINMEYER (ed.), *Reformen des deutschen Sozial – und Arbeitsrechts im Lichte supra – und internationaler Vorgaben*, 2005.

(17) Ulrich SIEBER, «Die Zukunft des Europäischen Strafrechts», *ZStW*, núm. 122 (2009), 1; Antonio Rafael CUERDA RIAZU, «¿Ostentan «ius puniendi» las comunidades europeas?», en Luis ARROYO ZAPATERO y otros (ed.), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedermann*, 1995, págs. 261 y ss.

(18) Wolfgang SCHÖN, *Die Auswirkungen des gemeinschaftsrechtlichen Beihilferechts auf das Steuerrecht*. Österreichischer JURISTENTAG (ed.), *Verhandlungen des Siebzehnten Österreichischen Juristentages*, Wien 2009, IV/2 Steuerrecht, 2010, 21; *id.*, *Europarechtliche Grundlagen für Gesellschafts- und Steuerrecht*, Der GmbH-Steuer-Berater, 2006, 9. Germán ORÓN MORATAL, «Consecuencias de la integración en las Comunidades Europeas sobre el Derecho Financiero y Tributario», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 97(1998), 53.

(19) Armin VON BOGDANDY, «Zweierlei Verfassungsrecht», *Der Staat*, núm. 39 (2000), 163; Benito ALÁEZ CORRAL, «Soberanía constitucional e integración europea», 1998, 503.

la Unión Europea, también al Derecho internacional, en concreto, a ámbitos dotados de relevancia práctica (20). Ciertos comentaristas perspicaces entienden que este desarrollo ha derivado ya en un cambio cualitativo (21). Consideran concluida la fase de europeización de los sistemas jurídicos nacionales dándose lugar a una nueva situación, que trata de describirse de manera ilustrativa con el término *espacio jurídico europeo* (22). Y esto a pesar de que la superposición europea no se ha producido a través de grandes códigos, sino más bien de forma «puntual» y *ad hoc* (23). Muchos ámbitos de este nuevo Derecho común resultan incluso más amplios que en Estados Unidos.

Esa nueva cualidad resulta acentuada por la singularidad del *espacio* jurídico. Ahora existe un *nuevo todo*, el espacio y su Derecho, que trasciende a los particulares Estados nacionales. El concepto *espacio* evita al mismo tiempo tanto una interpretación federalizante del *nuevo todo* como una comprensión meramente internacionalista de la integración europea; soslayándose así cualquier posicionamiento en torno a la clásica problemática sobre la integración. Puede constituir, por ello, una base conceptual compatible con ambas maneras de comprender el nuevo todo.

El sustrato del espacio jurídico europeo se encuentra conformado por el territorio de la Unión Europea, según aparece definido por los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Como tal, ese espacio se caracteriza por una combinación de elementos nacionales y supranacionales. La esencia del concepto es, por lo tanto, que la organización jurídica de este territorio se materializa a través de las normas nacionales y de las de la Unión. Formar parte de la Unión representa una característica esencial y definitoria de los Estados miembros, cuyas administraciones se integran unas con otras en un único espacio administrativo y sus sistemas jurídicos, otrora percibidos aisladamente, como un universo normativo,

(20) Sobre el desarrollo de la competencia sobre asuntos exteriores de la Unión Europea, véase Daniel THYM, «Foreign Affairs», en von BOGDANDY/BAST (ed.), *Principles of European Constitutional Law*, 2010, 309, más en general Javier Díez-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, *La posición del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, 1998.

(21) Rainer WAHL, «Europäisierung: Die miteinander verbundene Entwicklung von Rechtsordnungen als ganzen», en Hans-Heinrich TRUTE/Thomas GROß/Hans Christian RÖHL/Christoph MÖLLERS (ed.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, 869.

(22) Artículo 3 (2) TEU: «La Unión garantizará [...] un espacio de libertad, seguridad y paz [...]». El término «espacio» aparece de nuevo en otras numerosas prescripciones, por ejemplo en la definición del mercado interior en el Acta Única Europea, ahora artículo 26 (2) TFUE.

(23) Stefan LEIBLE, *Europäisches Privatrecht am Scheideweg*, NJW 2008, 2558. El término fue acuñado en este contexto por Hein KÖTZ, *Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, RabellsZ*, núm. 50 (1986), 1, 5.

que se transforman en parte de otro total (24). La doctrina jurídica nacional, consecuentemente, ha de ser reconsiderada como parte de este contexto más amplio.

3. *Las universidades americanas*

El reto capitaneado por las *law schools* americanas ha de entenderse en este contexto (25). La supresión de fronteras y la formación de nuevas áreas se desarrolla conforme a las reglas del sistema más fuerte. Al igual que el espacio monetario europeo se formó a partir de conceptos alemanes y del ejemplo del marco alemán, el espacio europeo de investigación se sustenta en las reglas y en las prácticas del mundo científico anglosajón (26). Claro, Estados Unidos no es parte del espacio europeo. Su poder para influenciarlo está basado en el hecho de que la investigación jurídica organizada y producida en Estados Unidos representa frecuentemente el punto de referencia del discurso europeo transfronterizo. Buena parte de los debates jurídicos suscitados por los académicos en Europa tiene su origen justamente en instituciones americanas.

Esto trae consigo la necesidad de grandes esfuerzos e importantes costes para los científicos alemanes, como también para muchos otros. El inglés, como se ha reconocido incluso por los colegas franceses, se ha erigido en la práctica totalidad de las disciplinas jurídicas, en el lenguaje primordial del discurso europeo. Además, un pensamiento doctrinal nacional no puede ser europeizado de una manera exitosa sin realizar ciertas modificaciones. La simple traducción rara vez puede derivar en trabajos generadores de impacto. El razonamiento jurídico ha de ser, más bien, desarrollado específicamente para el nuevo contexto (27).

Sería desacertado percibir esto solo como una carga. Deberían valorarse las múltiples posibilidades que brinda un espacio investigador europeo e internacionalmente interconectado, vinculado, además, a las reglas del mundo científico anglosajón. La especialización global y la competitividad resultan, en principio,

(24) Para detalles adicionales, véase Christoph SCHÖNBERGER, *Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild*, VRÜ 43 (2010), 6.

(25) Con relación a su función ejemplarizante, véase Oliver LEPSIUS, «Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?», *Die Verwaltung*, Supplement 7: Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, 319, 348.

(26) Sobre el fenómeno general, véase William M. JOHNSTON, «How Higher Education in the United States Challenges Universities in Europe and the United Kingdom», en *Mantl* (*supra* nota 7), 145.

(27) Muchas contribuciones en la *German Law Journal* son de particular importancia para este asunto; respecto de ello, véanse las contribuciones con ocasión del 10 aniversario de la *German Law Journal*, núm. 10 (2009), 1291.

beneficiosas. Más aún, la investigación continental podría beneficiarse si sigue el más discursivo estilo anglosajón. Seguir este modelo no implica necesariamente una hegemonía natural de los Estados Unidos. En multitud de disciplinas existen «faros» universales fuera de los Estados Unidos. Ciertos Estados —sobre todo los Países Bajos, los Países escandinavos o Suiza—, han reorganizado con un gran éxito importantes sectores de su sistema científico conforme a dichas reglas

Al mismo tiempo, los desafíos son enormes. El futuro éxito en el sistema científico europeo requerirá una profunda reestructuración en muchos ámbitos de la vida académica en Alemania, pero también probablemente en España, Francia e Italia. Las recomendaciones del Consejo Científico alemán proporcionan un punto de partida en ese sentido. Seguramente será necesario concentrar los ya escasos recursos económicos en menores estructuras investigadoras. La Iniciativa de Excelencia Alemana debe ser interpretada desde esa óptica (28). Después de todo, la supresión de fronteras facilita la movilidad y la atracción internacional es costosa. El consecuente menoscabo del principio de igualdad entre instituciones científicas y científicos será desagradable y llevará consigo duras pugnas por la distribución de los recursos. De manera similar a lo que sucede en Estados Unidos con Harvard y Yale, la formación de las nuevas generaciones de juristas habrá de circunscribirse a un puñado de instituciones. No cabe duda que ello ejercerá una gran presión sobre el principio de igualdad de las instituciones académicas.

Un particular desafío vinculado a las punteras *law schools* americanas reside en el contraste existente entre su orientación investigadora y la «tradicional» investigación dogmática seguida en Europa (29). El núcleo central de la construcción doctrinal y de la argumentación que se ha seguido en el discurso académico de la Europa continental es representado probablemente en Estados Unidos por el *Análisis Económico* o *Político* del Derecho (30). En las facultades de Derecho de élite, la aplicación de métodos e intereses científicos procedentes de otras disciplinas se muestra como verdaderamente científico. La preparación y la sistematización del Derecho con arreglo a casos prácticos, la principal

(28) Para ulteriores detalles véase Michael HARTMANN, «Die Exzellenzinitiative – ein Paradigmenwechsel in der deutschen Hochschulpolitik», *Leviathan*, núm. 34 (2006), 447.

(29) Sobre sus causas, véase Richard A. POSNER, «The Decline of Law as an Autonomous Discipline», *Harvard Law Review*, núm. 100 (1987), 761; desde una perspectiva comparativa Michel ROSENFELD, «The role of constitutional scholarship in comparative perspective», *Int'l J Constitutional Law*, núm. 7 (2009), 362; Giulio NAPOLITANO, «Sul futuro delle scienze del diritto pubblico», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, 1.

(30) Robert C. POST, «Constitutional scholarship in the United States», *Int'l J Constitutional Law*, núm. 7 (2009), 416, 421.

preocupación de la mayoría de los profesores de Derecho continentales, se ha relegado en su mayor parte a los juristas de las editoriales, que también administran las bases de datos. Los académicos de mayor prestigio tienden más bien a concebirse como *intelectuales públicos* (31), generando nuevas ideas a través de perspectivas interdisciplinarias. En un sistema académico-jurídico globalizado, del que el espacio europeo de investigación indefectiblemente habrá de formar parte, el proceder científico-jurídico se halla bajo presión y ha de ser repensado. Bien entendido: la cuestión no es si la investigación americana podría copiarse. Se trata más bien de encontrar nuevas aperturas sin abandonar los múltiples logros de la doctrina jurídica desarrollada hasta el momento (32).

III. ¿QUÉ HACER?

1. *Más Derecho comparado*

Todos estos retos llaman a un profundo replanteamiento, a lo que puede coadyuvar un análisis comparativo del Derecho. La comparación permite, ante todo, una orientación hacia esta nueva situación, reflejando los caminos seguidos por los diversos sistemas científico-jurídicos (33). Toda generación debe escribir *su* propia historia a la vista de las cuestiones de su tiempo. La literatura contemporánea ha de presentar las diferentes vías del desarrollo nacional con vistas a un espacio jurídico común. Este es uno de los retos académicos del espacio jurídico europeo para desarrollar un marco común y, en definitiva, para poder orientar los diferentes sistemas nacionales hacia una reconstrucción jurídico-práctica y doctrinal. Los sistemas jurídicos nacionales deben entrar en un «diálogo», buscando al mismo tiempo identidad y diferenciación (34), en orden a comprender y a configurar el espacio jurídico europeo.

La calidad del espacio jurídico europeo depende de las habilidades, de los conocimientos y de los valores de la academia y de los agentes jurídicos invo-

(31) Remarcándolo *Lepsius* (*supra* nota 23), 340.

(32) Con frecuencia, estas *escuelas jurídicas* son acusadas de descuidar su trabajo doctrinal: Harry T. Edwards, «The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession», *Michigan Law Review*, núm. 91 (1992), 34. Para una visión comparada, véase Alexander SOMEK, «The indelible science of law», *Int'l J Constitutional Law*, núm. 7 (2009), 424.

(33) Reinhard ZIMMERMANN, «Comparative Law and the Europeanization of Private Law», en Mathias REIMANN/id. (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, 539.

(34) Para ulteriores detalles, véase Susana DE LA SIERRA, *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*, 2004, 67.

lucrados. Debe fomentarse asimismo una comprensión del Derecho de otros Estados con la finalidad de ajustar e incentivar el desarrollo del respectivo *aquis* jurídico conforme a la perspectiva del espacio jurídico europeo. El análisis jurídico comparado, que hasta el momento no ha sido adoptado como estándar genérico de pensamiento científico en Alemania, está llamado a formar parte integral de una ciencia de calidad gracias al espacio jurídico europeo. Existen varias razones para ello.

Frecuentemente, solo a través de un análisis jurídico comparado resulta posible poder penetrar y comprender el modelo regulativo subyacente a un acto jurídico o a una decisión jurisdiccional europea y la consecuente transformación del Derecho nacional que conlleva. Más aún, el análisis jurídico comparado y el conocimiento de otros sistemas jurídicos puede ayudar a los abogados, a los jueces y a los funcionarios que operan a nivel europeo o interestatal a comprender las posiciones de sus propios colegas, y contribuir a ajustar y enriquecer sus propias líneas argumentales. Algo similar resulta aplicable a la intensificación de los encuentros académicos en el espacio jurídico europeo durante la celebración de conferencias. Y, por cierto, no solo sobre temas circunscritos a «Europa». Cada vez más se está erigiendo en estándar de calidad científico adoptar una perspectiva europea en el estudio de cuestiones nacionales.

De cualquier manera, es importante no ser presa aquí de la mera analogía doméstica. Una norma adoptada por otro Estado, aunque integrante del espacio jurídico europeo, es una parte de otro sistema jurídico. Como consecuencia de los diferentes desarrollos, incluso las mismas palabras o sus equivalentes pueden asumir significados distintos. La diversidad existente en el contexto del espacio jurídico europeo demanda, con carácter general, entender el Derecho de otro Estado como externo, contrarrestando la tendencia de interpretar aquellos otros sistemas jurídicos conforme a las reglas del propio. La expresada diversidad se encuentra incluso tutelada por el art. 4,2 TUE, que reconoce el papel fundamental de las Constituciones de los Estados miembros. Es necesario analizar la estructura básica de otros sistemas jurídicos europeos, respetando sus decisivas experiencias históricas, estados de desarrollo y su proceder jurídico-práctico y científico, con la finalidad de conformar un espacio jurídico europeo y desarrollar así una específica tradición en ese contexto.

2. *Europeización metodológica*

La formación y el desarrollo de un espacio jurídico europeo no es solo una tarea de la política, sino también de la práctica jurídica, de las decisiones judi-

ciales y del discurso académico. Es, por ello, esencial familiarizar a los académicos, a los juristas prácticos y a los jueces con el citado espacio jurídico, a fin de hacerles ver que el mismo representa un contexto relevante para su trabajo, su función y su responsabilidad; alentándoles a encuadrar en aquel sus decisiones y argumentos. Para ello, la difusión de un *principio de generalización* puede ser de utilidad. Podría guiar a la ciencia jurídica, pero también a la función legislativa y la jurisdiccional, así como informar la interpretación de la ley vigente. Este constituye un estándar metodológico en la actualidad (35).

El principio de generalización constituye un criterio esencial para el desarrollo del Derecho y su crítica. Encuentra su paradigmática expresión en el imperativo categórico kantiano, que dispone: «Actúa únicamente de acuerdo con la máxima conforme a la cual has de actuar de tal modo que desearas que tu comportamiento se elevara a la categoría de ley universal» (36). En el ámbito del Derecho, ello requiere examinar cómo una proposición doctrinal o una interpretación innovadora puede ser aplicada a ámbitos distintos y si también allí genera resultados plausibles (37). Esto resulta algo obvio, firmemente consagrado en el tradicional acervo metodológico. Pero, en la actualidad, el marco de referencia de este principio de generalización es solo el del *Estado miembro* en cuestión, en tanto se refiere al desarrollo jurídico de dicho Estado. Los efectos que tiene tal desarrollo más allá del sistema jurídico interno no han sido usualmente considerados. En el espacio europeo, sin embargo, un desarrollo del Derecho financiero, del Derecho de sociedades, del Derecho administrativo o incluso del Derecho constitucional tendrá a menudo relevantes efectos sobre otros Estados miembros. Tales efectos, en el espacio europeo, deberían ser de la incumbencia de toda operación jurídica responsable.

Por ello, puede mantenerse que el espacio jurídico europeo plantea un contexto fundamental para la generalización, incluso aunque únicamente el desarrollo del Derecho nacional parezca estar en juego (38). Desde la óptica del Derecho constitucional alemán, esa expansión puede estar basada incluso en la decisión constitucional orientada hacia una ulterior integración europea (39).

(35) Gertrude LÜBBE-WOLFF, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, 1981, 139. Cfr. Rolf WANK, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, 1978, 46.

(36) Immanuel KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, Suhrkamp Werkausgabe Band VII, 51.

(37) *Lübbe-Wolff* (*supra* nota 33), 156.

(38) Martin BÖSE, «Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lisabon und ihre Bedeutung für die Europäisierung des Strafrechts», *ZIS*, núm. 4 (2010), 76, 83.

(39) Para más detalles véase Peter M. HUBER, «Offene Staatlichkeit: Vergleich», en Armin VON BOGDANDY/Pedro CRUZ VILLALÓN/Peter M. HUBER (eds.), *Handbuch Ius Publicum Euro-*

El principio de generalización desde la perspectiva del espacio jurídico europeo es un importante instrumento para poder distinguir categorías y desarrollos doctrinales más y menos convincentes, y para subsanar aquella estrechez metodológica que, por su focalización nacional, podría tildarse de *nacionalismo metodológico* (40). Esta ampliación no solo afecta a nuestra metodología, sino incluso a nuestra identidad como doctrina.

3. Transformación de la identidad disciplinaria

La academia jurídica alemana adopta mayoritariamente una orientación dogmática. Esta constituye la corriente principal en Europa: la labor doctrinal entendida como encauzamiento de la práctica jurídica, si bien presenta en cada uno de los sistemas nacionales rasgos acusadamente propios. Ciertamente existen otros objetos y perspectivas académicas, pero son vistas de ordinario con cierto recelo por ubicarse «fuera» de lo que debería ser la «verdadera» ciencia jurídica. Se pretende sostener aquí que dentro del espacio jurídico europeo, también estos otros objetos y perspectivas han de reputarse sumamente relevantes, al igual que el proceder dogmático integral. En este punto, mucho ha de aprenderse de la experiencia americana, de su apertura interdisciplinaria, pero también de las críticas al respecto (41).

Para la visibilidad de un sistema científico nacional, e incluso más, de un investigador en el espacio europeo de investigación, será esencial la investigación básica en los fundamentos doctrinales o en un trabajo interdisciplinario y teóricamente informado. Son esta clase de proyectos los que tendrán oportunidad de éxito ante el Consejo Científico Europeo. Las contribuciones doctrinales que aborden en detalle una cuestión jurídica particular de un Estado miembro, labor cotidiana de la mayoría de los académicos, tienen solo remotas perspectivas al respecto. Se encuentran, de ordinario, demasiado densamente entretejidos con su acervo jurídico-nacional específico.

Además del interés dogmático, se necesitan otros intereses e investigaciones empíricas, teóricas y críticas del Derecho; también la especulación ensayística está necesitada de una disciplina vibrante. La investigación jurídica no puede quedar reducida a su tradicional interés doctrinal, sino que necesita emplear ob-

paeum (IPE) II, 2008, § 26 mn. 104.

(40) Con relación al término: Michael ZÜRN, «Politik in der postnationalen Konstellation», en Christine LANDFRIED (ed.), *Politik in der entgrenzten Welt*, 2001, 181.

(41) En detalle, *Edwards* (*supra* nota 30), 34; Edward L. RUBIN, «Law and the Methodology of Law», *Wisconsin Law Review*, 1997, 521.

jetos de investigación, conceptos, teorías y métodos propios de otras disciplinas, y participar en debates culturales más generales. Esta pluralización tiene una función transformadora, de lo que se sigue que esta ciencia no puede definirse ya más a través de su único «método jurídico» (42). Esto, a su vez, transformará la identidad disciplinaria, es decir, lo que significa ser un académico del Derecho.

La identidad disciplinaria no solo está afectada por la aludida pluralización de intereses y de métodos. En muchos sistemas jurídicos, las diferentes sub-disciplinas jurídicas se han construido mediante su concentración en un segmento legal específico, excluyendo otros ámbitos. Estas han encontrado una característica distintiva, como se ha puesto de relieve, en los estandarizados enfoques empleados usualmente en los más reconocidos manuales: Derecho constitucional, Derecho administrativo, Derecho penal, Derecho privado, Derecho internacional, Derecho comunitario.

Esta rígida división compartimental ya se encuentra cuestionada a las results de la constitucionalización del sistema jurídico (43). Dicha división se ve, además, puesta en duda por el desarrollo del espacio jurídico europeo, que presenta una creciente necesidad de entender ciertos temas de una manera tal que entrecruza las fronteras de las disciplinas. Por ejemplo, un buen número de asuntos relevantes para los profesionales del Derecho poseen ya una perspectiva nacional y comunitaria. El científico que se centre solo en el Derecho nacional corre el riesgo de pasarse de moda, e incluso de caer en la anacronía. Esta transformación también afecta a la identidad tradicional de las disciplinas; dos aspectos sobresalen en particular.

Primero, se requiere una europeización de la identidad disciplinaria. Si bien es cierto que en la actualidad existe en muchos ámbitos una gruesa capa de Derecho comunitario, estamos, sin embargo, lejos de una ciencia y de una doctrina *común*. Esa ciencia y doctrina común no existen siquiera en el ámbito del Derecho de la Unión (44). Un verdadero espacio científico europeo se encuentra hoy día solo en sus albores, toda vez que la mayoría de los juristas se reconocen a sí mismos primero y, ante todo, con relación a su respectiva comu-

(42) Véase Andreas VOßKUHLE, «Neue Verwaltungsrechtswissenschaft», en Wolfgang HOFFMANN-RIEHM/Eberhard SCHMIDT-ABMANN/Andreas VOßKUHLE (eds.), *Grundlage des Verwaltungsrechts*, Band 1, 2006, 1, 2. Sobre la cuestión, Matthias JESTAEDT, «Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie», en *id./Oliver LEPSIUS* (ed.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, 186, 195.

(43) Claus-Wilhelm CANARIS, *Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft*, Festschrift für Lerche, 1993, 873.

(44) Matthias RUFFERT, «Was kann die deutsche Europarechtslehre von der Europarechtswissenschaft im europäischen Ausland lernen?», en Helmuth SCHULZE-FIELTIZ (ed.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Die Verwaltung, Supplement 7, 2007, 253, 256.

nidad científica *nacional*. Esta es difícilmente una perspectiva convincente en orden a una futura orientación colectiva. Si el espacio jurídico europeo pretende estar a la altura de estándares fundamentados de racionalidad jurídica, como los que se formularon ya en el siglo XX con relación al Derecho nacional, existe una manifiesta necesidad de un acompañamiento académico intensivo. Eso no puede llevarse a cabo solo por y dentro de los espacios nacionales (45). Lo que se requiere es una *comunidad* académica europea, y lo que tal *comunidad* demanda, según su propio término indica, es una correspondiente identidad entre sus miembros. Para lograrlo existe todavía un largo y arduo camino por recorrer, sobre todo, debido a la cuestión de la lengua, a la profunda fragmentación disciplinaria y a la ausencia de transparencia en lo relativo a los esquemas de investigación y de publicación; todo ello a causa de la diversidad existente dentro del espacio europeo. Se da toda una variedad de estilos académicos nacionales, que hace bien compleja una discusión común en el seno de aquel espacio. Existen intentos aislados de mejorar la situación. Una de ellas es la fundación del *Instituto Jurídico Europeo* (46), articulado conforme al ejemplo del *Instituto Jurídico Americano* (47). Ello puede contribuir a una ciencia común tanto como una asociación de académicos europeos. La *Sociedad Europea de Derecho Internacional* ofrece un brillante ejemplo acerca de cómo ello podría lograrse. Probablemente el camino más rápido para influenciar el desarrollo de las disciplinas es a través de las descripciones de estas posiciones académicas a los jóvenes científicos: si un análisis jurídico comparado, publicaciones en varias lenguas y la intensa colaboración en marcos transnacionales son mencionadas como un plus, o quizás incluso como requisitos, la joven inteligencia se adaptará rápidamente.

En segundo lugar. Las identidades disciplinarias basadas en demarcaciones perderán fuerza en el espacio jurídico europeo. Esto es lo que sucede con el Derecho administrativo, como opuesto al Derecho constitucional, con el Derecho interno *versus* el Derecho comunitario y, sobre todo, con el Derecho público frente al Derecho privado. La identidad disciplinaria en el espacio jurídico europeo no se formará de acuerdo con límites (autoimpuestos) ni tampoco con el establecimiento de un método específico, sino más bien a partir del objeto de interés de la investigación.

(45) Reinhard ZIMMERMANN, «Savigny's Legacy», L. Q. Rev., núm. 42 (1996), 576.

(46) Stefan LEIBLE (Fn. 21), 2562; como una iniciativa en este contexto véase www.europelawinstitute.eu (acceso: 06/09/2010).

(47) En lo que respecta al rol central y a las funciones del *Instituto Jurídico Americano*, véase Joachim ZEKOLL, «Das American Law Institute – a Role Model for Europe?», en Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, 2008, 101.

IV. PERSPECTIVA: UN MANIFIESTO PARA LA CIENCIA JURÍDICA EN EL ESPACIO EUROPEO

El criterio definitorio de las identidades disciplinarias no dependerá ya más de si las normas objeto de estudio derivan de fuentes de Derecho internacional, de Derecho comunitario o de Derecho nacional (48). Identidades primarias rígidas como constitucionalista, internacionalista o penalista serán precarias. Es de esperar, e incluso de desear, que con la finalidad de poder desarrollar una doctrina capaz de ofrecer una respuesta adecuada a los problemas actuales, tales identidades sean cada vez más flexibles y multifacéticas, lo que no significa negar que puedan tener cierta relevancia, por ejemplo, para la formación jurídica o para la organización de los departamentos universitarios (49). Sin embargo, otras identidades, como las que centran su interés en una materia determinada (por ejemplo, la regulación de mercados financieros, la contratación pública, el procedimiento, la protección jurídica en políticas complejas, muchas de las cuales combinan elementos de Derecho público, privado y penal) o en un perfil o perspectiva específica (como la creación de sistemas doctrinales, un soporte académico directo para la práctica jurídica, la elaboración de una determinada teoría importada de otra disciplina, el análisis empírico) debe ganar peso en orden a una autocomprensión de los académicos. Esta pluralización será bienvenida como un signo saludable de la viveza y de la curiosidad científica. En camino hacia tal desarrollo, la hasta ahora amplia brecha existente entre el análisis interno (doctrinal) y externo del Derecho puede llegar a ser más transitable (50).

El trabajo doctrinal debe seguir permaneciendo como un punto focal de la identidad de la academia jurídica, en la medida en que contribuye, mejor que otros enfoques académicos, al funcionamiento de «su» sistema jurídico. Un sistema jurídico complejo sin una doctrina desarrollada generalmente pierde claridad, predictibilidad e imparcialidad. Pero la labor doctrinal debe, más que en la actualidad, ser complementada mediante una serie de intereses científicos adicionales, conceptos, teorías y métodos, que habrían de considerarse de igual

(48) Esto no busca fusionar los diferentes sistemas jurídicos dentro de una genérica *ley* global. Para más detalles, véase Armin VON BOGDANDY, «Prolegomena zu Prinzipien internationalisierter und internationaler Verwaltung», en TRUTE/GROß/RÖHL/MÖLLERS (*supra* nota 19), 683, 684.

(49) Brams AKKERMANS, *Challenges in Legal Education and the Development of a New European Private Law*, German L. J. 10 (2009), 803, 813.

(50) Martijn HESSELINK, «A European Legal Method? On European Private Law and Scientific Method», *European Law Journal*, núm. 15 (2009), 20, 45.

manera esenciales (51). Uno puede esperar que tal pluralización incremente el atractivo de ser un académico del Derecho.

RESUMEN

El avance de la integración europea plantea cuestiones fundamentales para las diferentes tradiciones científico-jurídicas nacionales. Con particular atención al caso alemán, tales cuestiones serán aquí analizadas, en primer lugar, con la finalidad de poner de manifiesto cómo la ciencia jurídica queda afectada por el proyecto político de un área de investigación europea, por las dinámicas del espacio jurídico europeo y, en este contexto, por las punteras law schools americanas. En segundo lugar, formularé algunas consideraciones acerca de cómo podría hacerse frente a tales cambios mediante una intensificación del análisis jurídico comparado, la europeización de los métodos y la pluralización de las identidades disciplinarias.

PALABRAS CLAVE: espacio jurídico europeo; ciencia jurídica; metodología; Estados Unidos; derecho comparado; identidad.

ABSTRACT

The advancing European integration poses fundamental questions for the various national traditions of legal scholarship. With a particular view to the German case, these questions will be unfolded in a first step, which will show how legal scholarship is affected by the political project of a European research area, the dynamics of a European legal area and, in this context, by leading American law schools. In a second step I will submit considerations for dealing with these challenges, namely by an intensification of comparative legal analysis, a Europeanization of methods and a pluralisation of the disciplinary identities.

KEY WORDS: European legal area; legal scholarship; legal method; comparative law; identity.

(51) Sobre las opciones, compárense las contribuciones en Christoph ENGEL/Wolfgang SCHÖN (ed.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007. En lo que se refiere a mi posición, véase Armin VON BOGDANDY, «The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe», *Int'l J Constitutional Law*, 7 (2009), 364.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN ESTADO PLURINACIONAL: EL RETO CONSTITUYENTE DE BOLIVIA

BARTOLOMÉ CLAVERO

1. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO.—2. TRIBUNALES CONSTITUCIONALES ENTRE PODERES DADOS Y LIBERTADES POR DAR.—3. TRIBUNAL PLURINACIONAL ENTRE TRIBUNALES NO PLURINACIONALES.—4. BOLIVIA Y NO ESPAÑA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL Y JURISDICCIÓN INDÍGENA.—5. OBSOLESCENCIA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ANTE EL RETO DE LA PLURINACIONALIDAD.—6. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA ENTRE REDUCCIÓN COLONIAL Y PREJUICIO CULTURAL.—7. COLOMBIA Y TAL VEZ BOLIVIA: JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO AGENTE POLÍTICO.—8. BOLIVIA EN SOLITARIO: DESARROLLO CONSTITUCIONAL Y RETO CONSTITUYENTE.—9. COLOFÓN ABIERTO.

1. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO

Un país se constituye por el Derecho en su integridad, no solo por la Constitución ni tampoco por la jurisprudencia constitucional, pero esta última, de haberla, puede convertirse en una agencia constituyente prorrogando la función que debiera en principio agotar la norma constitucional. Bolivia se ha dotado de una nueva Constitución que, entrando el año 2011, conoce ya un primer desarrollo legislativo, así como todavía una apertura, o incertidumbre si prefiere decirse, del diseño constituyente. La Constitución establece un Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP en adelante), una jurisdicción constitucional exenta que se distingue con dicho calificativo de *plurinacional*, cuya futura jurisprudencia podrá en efecto tener un alcance materialmente constituyente. Para apreciarse la posibilidad, conviene ubicar y comparar,

ubicar ese nuevo TC entre los congéneres de la región y comparar unos con otros (1).

Comencemos por un recordatorio sumarisimo. En 1980, la Constitución de Chile instituye un Tribunal Constitucional para «ejercer el control de constitucionalidad». En 1985, la Constitución de Guatemala establece una Corte de Constitucionalidad como «tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional» (art. 268), incluyendo el amparo de los derechos constitucionales (art. 272). En 1991, la Constitución de Colombia insta una Corte Constitucional a la que «se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución» con funciones de control de constitucionalidad accionable por la ciudadanía (art. 241). En 1993, la Constitución del Perú se dota de un nuevo Tribunal Constitucional para control de constitucionalidad y garantías de amparo (art. 200). En 2008, la Constitución del Ecuador recrea también una Corte Constitucional como «máxima instancia de interpretación de la Constitución (y) de los tratados internacionales de derechos humanos», reforzando con esto sus funciones de amparo junto a las de un control de constitucionalidad franqueado al acceso ciudadano (arts. 436 y 437).

En 2009, la Constitución de Bolivia abunda en esta última dirección y añade algo más. Abunda: «El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales» (art. 196.1). Y viene a continuación lo nuevo, relacionándose con ese calificativo *plurinacional* de este Tribunal Constitucional. «Son atribuciones del Tribunal Constitucional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver: [...] Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre estas. [...] Las

(1) La principal fuente de este artículo es la comunicación directa. He efectuado una nueva visita a Bolivia que, los días 2 y 3 de septiembre, 2010, en La Paz, me ha permitido trabajar intensamente en talleres con equipos de programación del desarrollo de la Constitución, de la órbita tanto del Legislativo como del Ejecutivo. No todas las deudas puedo consignarlas. Agradezco iniciativa a Idón Chivi, Director General de Administración Pública Plurinacional del Ministerio de Culturas, y apoyo a Denis Racicot, representante en Bolivia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Mi agradecimiento se extiende a la Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ; en términos personales, a Verena Blickwede), por la invitación a un encuentro en Santa Cruz, los días 30 de agosto y primero de septiembre, entre constitucionalistas del ámbito hispanohablante (para actas, *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, La Paz, GTZ – Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010). Este artículo desarrolla mi contribución a dicho encuentro pasada por las enseñanzas de aquellos talleres y tomando en cuenta las novedades ulteriores, en especial la que representa la Ley de Deslinde Jurisdiccional promulgada el 31 de diciembre de 2010. En esta fecha cierro.

consultas de las autoridades indígena originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto» (art. 202.3 y 8). Para la Constitución, entre las referidas *entidades territoriales autónomas* se encuentran *las naciones y pueblos indígena originario campesinos* que cuentan con el derecho «a la libre determinación y territorialidad» (art. 30.II.4), así como otros *territorios indígena originario campesinos* pues éstos no se agotan en los *pueblos o naciones indígenas* (arts. 289-296).

El TCP habrá de acomodar la institucionalidad indígena con las instituciones centrales y con las otras territorialidades autónomas. Ha de conjugar la *plurinacionalidad* constitutiva de Bolivia. He ahí dónde radica la novedad para una jurisdicción constitucional, una plurinacionalidad que ha de ser activa pues no consiste en una mera constatación de hecho, sino en un empeñado mandato dirigido al Estado para que emprenda políticas conducentes a la *descolonización*, políticas ante todo de reconstitución tanto territorial como institucional de los pueblos indígenas (2). Es un mandato de activismo constitucional que habrá de serlo también de la justicia en general, inclusive la indígena, y del TCP en particular, como habremos de ver a continuación. Es el mandato nuclear de la Constitución, el que esencialmente lleva a la descalificación de la vieja República, por colonial, y a la calificación del nuevo Estado como plurinacional. Tal debe ser la base de partida (3).

(2) Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, artículo 3.1: «Plurinacionalidad. Es la existencia de naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas y bolivianas y bolivianos que en su conjunto constituyen el pueblo boliviano». El contexto que le imprime sentido lo define justamente la Constitución: «Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley» (art. 2); «Son fines y funciones esenciales del Estado [...]: 1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales» (art. 9).

(3) Idón Moisés CHIVI VARGAS, «Los caminos de la descolonización por América Latina: jurisdicción indígena originario campesina y el igualitarismo plurinacional comunitario», en Carlos ESPINOSA GALLEGOS-ANDA y Danilo CAICEDO TAPIA (eds.), *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, págs. 297-355; *Constitutionalismo emancipatorio, desarrollo normativo y jurisdicción indígena*, en autores varios, *Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo*, La Paz, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, págs. 73-93. Para contraste de la posición que intenta desplazar la base y minimizar el núcleo, la que está inspirando el primer desarrollo normativo de la Constitución, los capítulos predominantes y en posición de preferencia en autores múltiples, *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, La Paz, Universidad Mayor de San Andrés-Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010.

¿Es radical la novedad? ¿Habrá en cambio de resultar limitada y relativa? Ambas cosas podrán desde luego ocurrir dependiendo fundamentalmente del desempeño de la Asamblea Legislativa Plurinacional, poder legislativo superior al de todas las autonomías que ahora ya se reconocen, como la indígena, ya se instituyen, como la departamental, y dependiendo también, acto seguido, del TCP y del planteamiento y desenvolvimiento de las mismas autonomías (4). No todo se juega por supuesto en el establecimiento, la puesta en marcha y el arranque de la obra jurisprudencial del TCP, pero la suerte del nuevo constitucionalismo boliviano en una buena parte va seguramente a dirimirse por el trabajo de la jurisdicción constitucional.

A efectos prácticos, ¿podrá el TCP continuar en la línea de la jurisprudencia constitucional sobre derechos indígenas existente por América, inclusive la boliviana anterior a la nueva Constitución, desarrollándola ahora conforme a los requerimientos de la *plurinacionalidad* o, por este mismo parámetro, habrá de afrontar de raíz la creación jurisprudencial propia de ese alcance constitucional? El título del propio artículo ya está anunciando de algún modo la respuesta, pero habrá de explicársele mirando primero a la nueva jurisdicción constitucional boliviana y luego a la jurisprudencia de otros Estados latinoamericanos dotados igualmente de tribunales constitucionales con una u otra denominación. La jurisdicción constitucional en Latinoamérica viene de más lejos y es más ancha, pero la actual de cortes o tribunales exentos es la que aquí va a interesarnos (5).

(4) Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, artículo 4.III: «El Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor de guardián de la Constitución Política del Estado es el intérprete supremo de la Ley Fundamental sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular»; Constitución, artículo 410. II: «[...] La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: [...] 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena», *legislación* así también, conforme al ejercicio de la respectiva autonomía, *indígena originario campesina*. Para posición que intenta neutralizar esta mención por seguir colonialmente reduciendo el derecho indígena a *usos y costumbres*, Carlos ALARCÓN MONDONIO, «Análisis y comentario de la Quinta Parte de la Constitución: jerarquía normativa y reforma de la Constitución», en autores varios, *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, citado, págs. 227-238.

(5) José PALOMINO MANCHEGO, *Los Orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica (1931-1979)*, Lima, Grijley, 2003; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *La Jurisdicción Constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la Alborada del siglo XXI*, Ciudad de México, Porrúa, 2004; *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur en la Alborada del siglo XXI*, Santiago, LexisNexis, 2005; Cochabamba, Kipus, 2006. Para caso al que habremos de extendernos, Laureano GÓMEZ SERRANO, *El control constitucional en Colombia. Evolución histórica*, Bucaramanga, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2001; Lina Marcela ESCOBAR MARTÍNEZ, «La actividad constitucional del Consejo de Estado Colombiano»,

Entiéndase América Latina como la región así identificada internacionalmente sin caracterización alguna por el apellido.

En esta exposición, conforme al nuevo lenguaje de la Constitución de Bolivia, entiéndase *indígena originario campesino* cada vez que se diga más sencillamente tan solo *indígena*. La expresión desglosada resulta por supuesto más comprensiva aunque solo sea porque previene frente a las interpretaciones usuales restrictivas a todos los efectos en la identificación del sujeto colectivo indígena de derechos, esto es ahora en Bolivia *las naciones y pueblos indígena originario campesinos*, valga la insistencia (6).

2. TRIBUNALES CONSTITUCIONALES ENTRE PODERES DADOS Y LIBERTADES POR DAR

La novedad es relativa desde el punto de vista de la competencia para la resolución jurisdiccional de conflictos institucionales, entre los que ahora comparece el nuevo sujeto, a esos efectos, de las naciones o pueblos indígenas. Por regla general, la jurisdicción constitucional en sentido estricto, esto es una instancia distinta, especializada y exenta respecto a la jurisdicción ordinaria para la resolución de asuntos de relevancia incluso constituyente, responde a la necesidad de juridificar contenciosos políticos entre instituciones constitucionales, de carácter territorial en su caso, antes que a la función de amparar libertades, lo que puede quedar en cambio más fácil y eficazmente confiado a la justicia ordinaria, sea o no compartidamente con la constitucional. En su origen, la jurisdicción constitucional estrictamente dicha, la que se asigna a corte o tribunal exento, se inventó por Europa central durante la primera mitad del siglo XX con dicho objetivo de judicializar política interinstitucional. Era la época del surgimiento del constitucionalismo llamado social que comenzaba a sumar derechos económicos y sociales a los civiles y políticos, pero

en *Universitas* (revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana de Colombia), núm. 111, 2006, págs. 65-94; Jorge GONZÁLEZ JÁCOME, *Entre la Ley y la Constitución. Una introducción a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2007, ocupándose de la aparición tanto de la casación como de la acción de inconstitucionalidad.

(6) Dentro de un buen panorama del horizonte de la autonomía indígena, se ofrece una buena explicación de la necesidad del *anticucho* (brocheta en quechua) de los tres calificativos en uno solo a los efectos incluso gramaticales, con la declinación de género y número por el último adjetivo, y sobre todo, por supuesto, a los efectos de reconocimiento constituyente, en Xavier ALBÓ y Carlos ROMERO, *Autonomías indígenas en la Realidad Boliviana y su Nueva Constitución*, La Paz, GTZ, 2009, en parte, por el estilo, del primero.

el susodicho invento no se vinculó con esta novedad; no se planteó ni sirvió para la defensa ni la promoción de viejos ni de nuevos derechos, sino para una reducción sustancial del ámbito de la discrecionalidad política en las relaciones entre instituciones constitucionales intentando así neutralizar abusos y conflictos. Nació para que la Constitución como norma orgánica vinculase a los poderes constitucionales allí donde la justicia ordinaria carecía de tal capacidad (7).

Fue en un segundo momento cuando la jurisdicción constitucional cobró una relevancia especial en el campo de la garantía de las libertades, lo que ocurrió por razones muy concretas de falencia de la justicia ordinaria en la atención y el amparo a los derechos y libertades constitucionales o también del abuso concreto de los poderes, tanto del legislativo como del ejecutivo, en su atropello y destrucción. El movimiento de asunción decidida de competencia directa en libertades por la jurisdicción constitucional exenta se lanzó a mediados del siglo XX tras la derrota de los totalismos europeos, los cuales dejaron bastante empañada la imagen de la ley o del derecho y de la política que con ella se identifica y legitima, así como no menos maltrecha la credibilidad y la capacidad de la función judicial para la defensa efectiva de derechos ante la instancia de sus titulares. Se acentuó este movimiento pocas décadas después, durante los años setenta de dicho mismo siglo, con la caída de otras dictaduras europeas entre las que se encontraba la que España sufriera durante cuarenta largos años (8).

Sirva su caso, el español, como ilustración. Ante la fuerte desconfianza frente a la justicia heredada de la dictadura franquista y la renuncia política a reconstituirla de raíz, el Tribunal Constitucional se erigió no solo para la resolución jurisdiccional de conflictos entre instituciones, ahora en lugar prioritario las de carácter territorial por el establecimiento de un sistema de autonomía, sino también para la garantía de libertades que no se le quiso confiar a una justicia ordinaria bastante incapacitada por entonces al efecto y cuya incapacidad se dio prácticamente por constitutiva. El primer objetivo, el interinstitucional, era el genuino del invento de la jurisdicción constitucional. El segundo, el garantista, surgía y arraigaba, surge y arraiga, por un efecto de incapacitación de

(7) Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

(8) Albrecht WEBER, «La jurisdicción constitucional en Europa occidental: Una comparación», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, págs. 47-83; Peter HÄBERLE, «La jurisdicción constitucional en la fase actual del Estado constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, 2004, págs. 153-176.

la función más natural de la justicia ordinaria en un sistema constitucional y de su consiguiente suplencia por una jurisdicción exenta (9).

3. TRIBUNAL PLURINACIONAL ENTRE TRIBUNALES NO PLURINACIONALES

Entre dichas coordenadas parece también ubicarse la formación de jurisdicciones constitucionales por diversos Estados latinoamericanos cuyo último capítulo hasta el momento es el de Bolivia. Las cortes o tribunales constitucionales aparecen por América con la doble función de judicialización de relaciones interinstitucionales y de garantía de libertades, esto segundo compartido en diverso grado y de distinta forma con la justicia ordinaria según los casos. A nuestras alturas, las alturas de la nueva Constitución de Bolivia, cunde la impresión de que la jurisdicción constitucional sirve ante todo para la garantía de libertades, pero me temo que podemos estar sufriendo el desenfoque de un espejismo o quizás también el sesgo de un elitismo.

El mejor modo de garantizar derechos y libertades es, con sus retos propios, a través de la justicia ordinaria más asequible, en su caso la comunitaria que por América a menudo no es ni siquiera estatal, y no por medio de jurisdicciones concentradas o superiores de ninguna especie. Estas, de definirse con respeto a la capacidad y el espacio de las jurisdicciones capilares, pueden avalar garantías, pero no generarlas si de base no las hay. La justicia que debe tomarse ante todo en consideración si realmente preocupan las libertades no es precisamente la que pueden ofrecer unas instancias superpuestas entre las que se encuentra la llamada constitucional, como si fuera la única de este carácter. Digámoslo en términos incluso de que no es necesariamente la justicia oficial o del Estado la que tenga por qué prestar las garantías más elementales (10).

En el caso de la nueva Constitución de Bolivia, las llamadas *acciones de defensa* se plantean como garantías de derechos y libertades con precedencia a

(9) Con todo el desarrollo habido y en curso de la literatura constitucionalista en España, no conozco tratamiento que se concentre en el efecto problemático de la suplencia judicial. En cuanto a problemas de fondo, el que principalmente se aborda y debate es el del déficit de legitimidad ciudadana: Víctor FERRERES, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, lo cual no afecta en principio al caso actual de Bolivia pues la nueva Constitución contempla la elección del tribunal por sufragio universal (art. 198).

(10) Boaventura de Sousa SANTOS y Mauricio GARCÍA VILLEGAS (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia y otros, 2001, especialmente el volumen segundo sobre justicias multicultural, comunitaria y paraestatal.

la consideración del TCP por reconocérsele la competencia de entrada a todo el sistema judicial (Primera Parte: *Bases Fundamentales del Estado. Derechos, Deberes y Garantías*; Título IV: *Garantías Jurisdiccionales y Acciones de Defensa*; Capítulo II: *Acciones de Defensa*). Incluso una *acción de amparo constitucional* frente a «actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley» cabe interponerse ante cualquier autoridad judicial (arts. 128 y 129). Es la regla general para la serie de acciones de defensa. La *acción de constitucionalidad* frente a «norma jurídica contraria a la Constitución» resulta en cambio ya competencia «en única instancia» del TCP (arts. 132 y 202.1). Respecto a otras acciones de defensa, al TCP solo le corresponde una instancia de *revisión* que además no podrá cautelarmente suspender «la aplicación inmediata y obligatoria» de la resolución judicial primaria (art. 202.6), inclusive para la Constitución la de jurisdicción indígena pues no la excluye (11).

¿Qué nos dice todo esto? Nos está diciendo que la función garantista del TCP no puede abordarse y comprenderse sino en el seno de todo el sistema judicial y en relación constante al mismo, a un sistema judicial en el que, conviene de continuo destacarse, resulta que se comprende, en posición no subordinada a la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción indígena o, como ya sabemos que es expresión bastante más comprehensiva de la Constitución, la *jurisdicción indígena originario campesina* (Segunda Parte: *Estructura y Organización Funcional del Estado*; Título III: *Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional*; Capítulo IV: *Jurisdicción Indígena Originario Campesina*). Es una jurisdicción la indígena que «respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución», pero esto ante todo por el propio ejercicio de su función con la referida posibilidad de revisión ulterior, acción mediante, por parte del TCP (art. 190.II). Es también una jurisdicción que aplica «sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios» (art. 190.I). La referencia a *valores culturales propios* resulta clave para entender la articulación del entero sistema.

Tiene que ver naturalmente con la *plurinacionalidad*, con esta realidad que no solo se toma en cuenta para la composición del TCP (art. 197.I: «El Tribunal

(11) Constitución, artículo 125: «... podrá interponer Acción de Libertad y acudir, de manera oral o escrita, por sí o por cualquiera a su nombre y sin ninguna formalidad procesal, ante cualquier juez o tribunal competente en materia penal...». Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, artículo 58.I: «La Acción de Libertad podrá interponerse ante cualquier juez o tribunal competente en materia penal». El juez o jueza indígena es naturalmente *juez competente en materia penal* dentro de su ámbito.

Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino») (12). Pues existe la plurinacionalidad y como esta ante todo se debe a la presencia de pueblos indígenas con culturas propias, la jurisdicción indígena debe ser competente para las acciones de defensa de derechos y libertades que se determinan en un contexto comunitario. Siendo su núcleo esencial por supuesto el mismo, no resulta lo mismo el ejercicio de libertad y el requerimiento de responsabilidad en una cultura individualista que en culturas comunitarias, digámoslo así de sumariamente. Y la una como las otras tienen derecho a la existencia y el desenvolvimiento, un derecho humano donde los haya (13). Es por ello por lo que la jurisdicción constitucional se define como plurinacional y por lo que la competencia constitucional primaria debiera ser, en su caso, indígena o, siempre mejor dicho, indígena originario campesina. Tal es el escenario donde la totalidad de la nueva jurisprudencia constitucional habrá de responder a una pluriculturalidad de alcance transversal. Los *valores culturales* de los pueblos indígenas no deberán reducirse a un apartado estanco en sus espacios jurisdiccionales, sino que, muy al contrario, habrán de permear, en concurrencia con otros valores, toda la jurisprudencia constitucional. De no ser así, ni el Tribunal Constitucional ni el Estado mismo serán plurinacionales.

Todo esto podría requerir algo que no se ha tomado todavía en consideración, pero que se revelará conveniente, por respeto debido a la plurinacionalidad, cuando empiece a practicarse la nueva jurisdicción constitucional. Las decisiones sustantivas finales en las correspondientes acciones de defensa convendrá probablemente que no se produzcan por la instancia de revisión, la del TCP, sino, mediante casación o anulación y devolución o reposición, por la jurisdicción indígena originario campesina (14). El TCP habría así de autorrestringirse

(12) Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, artículo 13.2: «Al menos dos Magistradas y Magistrados [entre siete] provendrán del sistema indígena originario campesino, por auto-identificación personal», añadido este último muy problemático pues solo las autoridades indígenas podrían acreditar que alguien *representa* al sistema indígena o *procede* del mismo, según la expresión constitucional o la legislativa respectivamente. La acreditación, a los efectos de elección de los miembros del TCP por sufragio universal, constitucionalmente corresponde a la Asamblea Legislativa Plurinacional, pero, por cuanto se dirá, la del cupo indígena no debería hacerse sin consulta al sistema indígena. La *auto-identificación personal* no encuentra sustento alguno en la lógica constitucional si no va completada, aunque el desarrollo legislativo de momento no lo contemple, de la acreditación de parte indígena.

(13) B. CLAVERO, «Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío», en *Revista Vasca de Estudios Internacionales*, núm. 47, 2002, págs. 35-62.

(14) En los orígenes europeos de las prácticas de casación de las que ahora también, con otros nombres, hacen uso los tribunales constitucionales, se dio una práctica bien lógica de la

al control procedimental de garantías en este caso de asuntos procedentes de jurisdicciones indígenas. Esto es algo que habrá de plantearse directamente a la luz de la Constitución, pues no lo han hecho ni la Ley del TCP ni la de Deslinde Jurisdiccional también expresamente prevista por la propia Constitución (15). El asunto puede ser clave, pues la devolución es la forma de evitar que la jurisdicción constitucional se utilice todavía, bajo pretexto de garantías, para minar la autoridad de la jurisdicción indígena. Por este o por otros medios, el TCP tiene que contribuir resueltamente a una recuperación de la justicia indígena frente al acoso y al descrédito al que viene sometiéndosele de tiempo (16).

En todo caso, lo que todo esto sigue diciéndonos es que no cabe comprenderse la función garantista del TCP sino en el seno del conjunto del sistema. Dicho de otro modo, no es a la jurisdicción constitucional a la que ha de mirarse tan solo o ni siquiera principalmente si lo que interesa es la garantía de derechos y libertades constitucionales. Y no es incluso al capítulo jurisdiccional por entero al que tan solamente conviene mirarse. La jurisdicción es ahora una dimensión de la autonomía o autorregulación y del autogobierno o autoadmi-

devolución que fuera olvidada en aras de la centralización de un poder de mediación entre ley y justicia y que convendría recuperar en tiempos de autonomías: Jean Louis HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987; Marta LORENTE (ed.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: Hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo Superior del Poder Judicial, 2007.

(15) I. M. CHIVI VARGAS, *Los Desafíos de la Justicia Comunitaria (y Bases para una «Ley de Deslinde Jurisdiccional»)*, La Paz, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2009; «El valor de la jurisdicción indígena originario campesina en Bolivia», en *Aporte DPLF* (Fundación para el Debido Proceso Legal), núm. 10, 2009, págs. 5-6. Para un debate, autores varios, *Los Pueblos indígenas en las Cinco Leyes Fundamentales*, La Paz, Ibis-Fundación Tierra, 2010. Como *fundamentales* se califican indebidamente, pues no hay para la Constitución jerarquía entre leyes, la requeridas con mayor urgencia en la Disposición Transitoria Segunda constitucional: «La Asamblea Legislativa Plurinacional sancionará, en el plazo máximo de ciento ochenta días a partir de su instalación, la Ley del Órgano Electoral Plurinacional, la Ley del Régimen Electoral, la Ley del Órgano Judicial, la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización», plazo que se ha cumplido. La Ley de Deslinde Jurisdiccional está prevista en los artículos 191.II.2 y 192.III, y también se ha promulgado dentro de 2010, a fines de año.

(16) Rafael ARCHONDO, «Investigando a los investigadores de cobertura: Los medios y su cerco a la Constituyente», en *T'inkazos. Revista Boliviana de Ciencias Sociales*, núm. 23-24, 2008, págs. 229-234; Jéniffer GUACHALLA, «La opinión pública entre derechos indígenas y justicia comunitaria», en *Cuarto Intermedio*, núm. 93-94, 2010, págs. 22-37. Para un ejemplo reciente de contribución de cejas elevadas a la descalificación y el hostigamiento con referencias degradatorias a la *justicia andina*: H. C. F. MANSILLA, «¿Diferencias culturales incomparables o prácticas autoritarias indefendibles?», en *Sociedad y Discurso* (revista Electrónica de la Universidad de Aalborg: <http://www.discurso.aau.dk>), núm. 11, 2007.

nistración, una autonomía que en el caso de las *naciones o pueblos indígena originario campesinos*, según los identifica siempre la Constitución, se funda en el *derecho a la libre determinación* (arts. 2, 30.II.4 citado y 289). Esto marca la perspectiva que ha de tenerse continuamente a la vista (17). La ubicación consecuente del derecho indígena al autogobierno en la sección de los derechos constitucionales (Título II, Capítulo II: *Derechos Fundamentales*; Capítulo III: *Derechos Civiles y Políticos*; Capítulo IV: *Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos*; Capítulo V: *Derechos Sociales y Económicos*) habrá de ser un dato esencial para la jurisprudencia constitucional. Conviene esto subrayarse porque es principio que no ha presidido el primer desarrollo de la Constitución.

En el nuevo sistema boliviano no hay, salvo la indígena, ninguna otra autonomía de derecho no dependiente de la Constitución. Los territorios indígenas constituyen unas autonomías entre otras, como la departamental y la municipal, pero no como otras. La Constitución justamente dispone que «las entidades territoriales autónomas no estarán subordinadas entre ellas y tendrán igual rango constitucional» (art. 276), pero esto ha de contraerse al orden de sus relaciones y no debe alcanzar al título del derecho a la autonomía. Y el título tiene alcance orgánico para la misma Constitución. La autonomía indígena es la única que se extiende al ámbito judicial. La justicia en Bolivia es de despliegue territorial bajo planta centralizada. No se autonomiza para los otros casos. La jurisdicción indígena, que ahora podrá convertirse en la rama judicial de la autonomía junto, entre otras, a la legislativa, singulariza realmente al autogobierno indígena por derecho propio y no por determinación constitucional. Todo esto por supuesto implica que los estatutos de autonomía indígenas y el consiguiente ordenamiento indígena, ya no solo consuetudinario, tienen un campo más amplio y un horizonte más abierto que los de cualesquier otras autonomías. Subordinación no cabe: «La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía» (art. 179.II) (18).

(17) B. CLAVERO, «Nota sobre el sistema de autonomías en la Constitución de Bolivia» y «Apunte para la ubicación de la Constitución de Bolivia», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, págs. 187-199, y 89, 2010, págs. 195-217 (una primera versión del segundo ensayo, bajo el título *Bolivia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatorio*, en autores varios, *Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo*, citado, págs. 97-108).

(18) Aparte de que no sea esta una perspectiva asumida de momento por el desarrollo normativo de la Constitución, se trata de un extremo no elaborado todavía por el constitucionalismo boliviano, salvo las reflexiones de Idón Chivi que vienen citándose y poco más, pero puede verse también algún acercamiento aún de índole no estrictamente constitucionalista: Herculano CAPUSIRI, *Justicia Comunitaria y su compatibilización con la Justicia Ordinaria en el Marco de la Nue-*

En fin, por respeto a una jurisdicción indígena que ha de ser capaz de salvaguardar cultura, por consideración para con unas autoridades indígenas capaces de hacerse cargo de autonomía normativa y gobierno territorial, es por lo que conviene plantearse la conveniencia de prácticas como la dicha de devolución judicial a la jurisdicción de procedencia en casos incluso o sobre todo de implicación constitucional en relación a ejercicio de libertades. Las decisiones finales no tienen por qué quedar en manos de una institución central como el Tribunal Constitucional por razón de que se le encomiende el control de constitucionalidad. No debe hacerlo cuando se trata de la construcción de un Estado Plurinacional.

4. BOLIVIA Y NO ESPAÑA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL Y JURISDICCIÓN INDÍGENA

Volvemos a un principio, aunque no desde luego de igual modo que en unos comienzos. La función más genuina de la jurisdicción constitucional es la de juridificación de relaciones entre instituciones constitucionales. Puede decirse que esta jurisdicción en cuestiones de competencias entre poderes o, como es ahora el lenguaje de la Constitución de Bolivia para evitar la expresión de empoderamiento, *órganos*, inclusive el legislativo, es la originaria de la instancia de control de constitucionalidad, mientras que la jurisdicción para garantía de libertades cabe que recaiga, incluso plenamente, en la justicia ordinaria y, si se atribuye también a la constitucional, conviene que sea compartida. Así lo es efectivamente en Bolivia como ya está visto. Así debiera ser muy particularmente respecto a la jurisdicción indígena.

En Bolivia, entre las instancias sujetas a control de la jurisdicción constitucional viene ahora justamente a situarse la jurisdicción indígena originario campesina. Aquí es donde se presenta en efecto la novedad neta: «Son atribu-

va Constitución Política del Estado, Cochabamba, Kipus, 2009. Conviene añadirse que, aunque en dicho mismo desarrollo normativo se pretenda otra cosa (Ley del Régimen Electoral, art. 14: «No se podrá someter a referendo las siguientes materias: ... de Leyes Orgánicas y Leyes Marco»), no existe en el actual sistema constitucional boliviano la categoría de *ley orgánica* o *ley marco* en su sentido formal de rango superior a las leyes ordinarias (Constitución, art. 410.II, en la parte ya citada), por lo que podría corregirse el rumbo del primer desarrollo de la Constitución, que está permitiéndose este y otros retoques constitucionales, por nuevas leyes ordinarias o, precisamente, por la jurisprudencia constitucional. En su campo de competencia, la eventual legislación indígena habrá de estar también sujeta a control de constitucionalidad, pero no a la legislación ordinaria del Estado aunque se pretenda *orgánica*.

ciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver [...] 3. Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre estas. [...] 8. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria» (art. 202, parcialmente ya citado). Resulta todo esto novedad neta si se tiene en cuenta todo lo que viene constatándose. Entre las *entidades territoriales autónomas* se comprenden las de autonomía basada en el *derecho de libre determinación*. En este caso además, el ejercicio jurisdiccional de unas autoridades puede inspirarse en *valores culturales propios*. Pues la decisión del TCP se declara *obligatoria*, habrá de recomendarse, en la línea dicha de la devolución, la práctica referida de la autorrestricción, una virtud usualmente saludable en las jurisdicciones concentradas.

Si el Tribunal Constitucional Plurinacional se encuentra legitimado a tales efectos, es precisamente por su *plurinacionalidad* constitutiva. La Constitución requiere que responda a su nombre (art. 197.I citado). La Ley del TLC concreta: «El Tribunal Constitucional Plurinacional estará conformado de la siguiente manera: 1. Siete Magistradas y Magistrados titulares y siete Magistradas y Magistrados suplentes. 2. Al menos dos Magistradas y Magistrados provendrán del sistema indígena originario campesino...» (art. 13 parcialmente citado). A efectos de legitimación, la minoría de dos entre siete puede ser suficiente no solo porque se le declare un mínimo y pueda ser así de hecho hasta mayoría, sino también y sobre todo porque un órgano jurisdiccional no funciona por decisión expedita de agregación de votos, sino por resolución motivada mediante deliberación colegiada. La sensibilidad acreditada para con las culturas indígenas puede así estar presente y hacerse viva. Lo que nunca podrá garantizarse es que todas, absolutamente todas, las culturas existentes en Bolivia, las indígenas como las no indígenas, tengan voz en cada organismo plurinacional. Siempre es recomendable la práctica de la devolución y la autorrestricción por el TCP de cara a las jurisdicciones indígenas, aun con toda la legitimidad, de este órgano de control de constitucionalidad por su carácter plurinacional si resulta efectivo.

No es Bolivia, por supuesto, el primer Estado que se organiza mediante composición de entidades autónomas con una jurisdicción constitucional mediando entre los desentendimientos. Sí es en cambio Bolivia el primer Estado, al menos en las Américas, que se reconoce expresamente y organiza seriamente como *plurinacional*. La también reciente Constitución del Ecuador no guarda la misma consecuencia. En Europa, además de los casos federales, los hay, como

el de España, con una composición de autonomías de territorios y una jurisdicción de control de constitucionalidad que, planteada tímidamente la posibilidad, rechaza de raíz la plurinacionalidad (19). El sistema de autonomías español se ha propuesto persistentemente como modelo constitucional para la articulación del pluralismo de América Latina, pero una pieza fundamental de entrada ya falta, precisamente la judicial. En España no hay autonomía en el terreno de la justicia mientras que la misma es la primera cuya necesidad se plantea cuando hay diferencias de culturas, inclusive en la misma dimensión jurisdiccional, como las que notablemente median entre indígenas y no indígenas por las Américas (20).

Que no hay modelo exterior a efectos constituyentes para un Estado reconocidamente plurinacional como el de Bolivia podrá decirse que habría de comprobarse más cuidadosamente a lo largo y ancho del universo mundo caso por caso, supuesto por supuesto. De todos modos, no parece que lo haya para lo que ahora estamos tratando, para la oportuna mediación de jurisdicción constitucional en la necesaria articulación constituyente entre pueblos indígenas y sectores no indígenas tras que estos últimos han monopolizado o al menos controlado el Estado prácticamente por entero hasta el momento presente. El TCP se encuentra ante un reto que no solo interesa a Bolivia (21).

5. OBSOLESCENCIA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ANTE EL RETO DE LA PLURINACIONALIDAD

Interesa entonces que veamos la posibilidad de que, pese a la singularidad actual de Bolivia, la jurisprudencia constitucional desarrollada por otras cortes o tribunales de control de constitucionalidad por América Latina ofrezca alguna contribución a su congénere de este Estado Plurinacional. Para proceder a ello,

(19) Tribunal Constitucional de España, Sentencia 031/2010, sobre el Estatuto de Cataluña, disponible en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9873>, sobre la que convendrá ahora verse los trabajos reunidos en esta *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, 2010.

(20) B. CLAVERO, *Geografía Jurídica de América Latina: Pueblos Indígenas entre Constituciones Mestizas*, Ciudad de México, Siglo XXI, 2008.

(21) De hecho, a los efectos constituyentes, Bolivia está convirtiéndose en modelo no solo para los pueblos indígenas de las Américas, sino también fuera de ella. Podría recordarse que a mediados de marzo de 2009 efectuó una visita oficial a Bolivia una delegación de la Asamblea Constituyente de Nepal, como Estado entre cuyas fronteras existe una variedad de pueblos indígenas, para ilustrarse sobre posibilidades constitucionales exportables (<http://www.ربول.com.bo/noticia.php?identificador=2147483925601>).

conviene marcar la diferencia de unas coordinadas constitucionales sustantivas. A la fecha, todos los Estados latinoamericanos que se han dotado de jurisdicción constitucional exenta, salvo Chile, tienen constitucionalmente reconocida la presencia indígena y, de alguna u otra forma, sus derechos. Dos de entre ellos, Colombia y Ecuador, reconocen claramente el derecho a la autonomía. Hay, sin embargo, algo más relevante a los mismos efectos constitucionales. Todos los Estados latinoamericanos con jurisdicción constitucional separada de la justicia ordinaria, sin excepción, tienen ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, lo que implica un reconocimiento de sus derechos de un valor sustancialmente constitucional, el más relevante en efecto. El número con el que suele identificarse es el de serie entre los Convenios de dicho organismo internacional (22).

Para la garantía de los derechos de los pueblos indígenas, el Convenio 169 establece como garantía el requerimiento de consulta a los mismos para toda medida normativa o administrativa que directamente les afecte (art. 6). Salvo Ecuador y Bolivia, los Estados latinoamericanos con jurisdicción constitucional no han trasladado ese requerimiento a la propia Constitución, con lo que la principal cuestión que al efecto se dirime por la respectiva jurisprudencia constitucional es la del valor efectivo, pues el teórico de entrada no se cuestiona, de tal compromiso contraído en tratado multilateral. La tendencia es desigual y contradictoria, ofreciendo poco, si es que algo, al futuro Tribunal Constitucional Plurinacional. Bolivia ahora además no necesita jurisprudencia sobre el valor constitucional del requerimiento de la consulta, pues ello figura suficientemente en la nueva Constitución (arts. 39.II.15, 304.I.21, 352 y 403.I). Además, Bolivia es hoy por hoy el único Estado que ha incorporado formalmente a su ordenamiento jurídico la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que refuerza el requerimiento de la consulta (Ley 3670, de 2007) (23). No significa esto, ni mucho menos, que la realización de la con-

(22) Todos los Estados del caso tienen hoy sus Constituciones al día, a la última reforma, disponibles en la red. La colección más fiable que conozco es la que se mantiene actualizada de la Universidad de Georgetown: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/constitutions.html>. Los Convenios de la OIT y sus ratificaciones pueden verse en su sitio oficial *Ilolex*: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>.

(23) La Constitución no revalida tal incorporación explícitamente, pero lo hace directamente, registrando los respectivos derechos, y también indirectamente al asimilar a los tratados otros instrumentos internacionales de derechos humanos a los que Bolivia se haya adherido de alguna forma y esto precisamente para conferirles un valor normativo supraconstitucional: «Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en

sulta esté ya garantizada en Bolivia, sino que aquí no se necesita para fundamentarla jurisprudencia comparada.

Tal jurisprudencia está además flaqueando en estos últimos tiempos. Flaquea en el momento en el que se pasa de los pronunciamientos solemnes a los efectos concretos. Incluso la Corte Constitucional del Ecuador no se muestra exigente respecto a la consulta como garantía de los derechos de los pueblos indígenas que requiere la propia Constitución (24). El Tribunal Constitucional del Perú, torciendo su propia trayectoria de afirmación neta del valor normativo directo del Convenio 169, acaba de dar un giro pronunciado contra la exigibilidad de la consulta (25). Tampoco es que la Corte Constitucional de Colombia se muestre últimamente muy exigente en el escrutinio de la misma tras haber asentado igualmente con firmeza el valor normativo del Convenio 169 (26). La Corte de Constitucionalidad de Guatemala mantiene al menos los principios y no se ha desdicho o no ha tenido ocasión de sumarse a la tendencia generalizada a la rebaja, una rebaja que el propio Gobierno guatemalteco está impulsando (27). En Chile se está en un momento inicial de vigencia del Convenio 169 en el que la justicia ordinaria de instancia intermedia está requiriendo la consulta, con el respaldo de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional previo a la ratificación con reparos ante la misma, ignorando un reglamento manipulador del Gobierno y sin esperar a un proyecto restrictivo de ley reglamentaria pendiente en el Congreso. La posición del Tribunal Constitucional de Chile tras la entrada en vigor del Convenio 169 está por ver (28).

El Tribunal Constitucional de Bolivia anterior a la nueva Constitución no puede decirse que llevara una trayectoria apropiada al efecto. Ni hacía valer el valor vinculante del Convenio 169 ni lo aplicaba con rigor cuando debía hacerlo. En sentencias de amparo frente a Derecho indígena, entendiéndolo como *con-*

la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre esta» (art. 256.I). Otras referencias constitucionales al valor de los tratados son más restrictivas, inclusive en el capítulo de las facultades interpretativas del TCP, pero esta es la disposición específica sobre instrumentos y no solo Pactos o Convenciones de derechos humanos.

(24) Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001/2010; el texto y mi comentario en <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=5843>.

(25) Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia de 2009 en expediente de amparo 06316/2008; el texto y mi comentario en <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=6686>.

(26) Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-608/2010; el texto y mi comentario en <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=7099>.

(27) Corte Constitucional de Guatemala, Sentencia de 2009 en expediente de amparo 3878/2007; el texto y mi comentario en <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=5085>.

(28) La información más atenta y completa se encuentra en el sitio del Centro de Políticas Públicas y Derecho Indígena: <http://www.politicaspUBLICAS.net>.

suetudinario, lo limitaba sin la debida atención a las previsiones del Convenio al respecto o lo interpretaba restrictivamente (29). Era un indicio de insensibilidad y desconsideración para con las culturas determinantes de la *plurinacionalidad* dada y todavía no reconocida constitucionalmente, lo que inhabilita en definitiva su jurisprudencia para los nuevos tiempos. La inhabilitación también es formal. Cuando se argumenta que aquella jurisprudencia constitucional sigue constituyendo precedente por encima del Derecho ordinario (30), se olvida que la legitimidad de la jurisdicción constitucional procede hoy de una *plurinacionalidad* de la que entonces se carecía. Ningún valor puede en fin guardar la anterior jurisprudencia constitucional boliviana para la labor del TCP, aunque hay quienes sigan empeñados en que no solo lo tenga, sino que sea prevalente (31).

Lo mejor que puede ocurrir entonces con la obra de aquel Tribunal Constitucional es, a mi juicio, que se le deje pasar tranquilamente a la historia. Respecto a los procedimientos de garantías de los derechos de los pueblos indígenas, lo mejor que se puede hacer con la jurisprudencia constitucional de la región es, a mi entender, no tomarla tampoco como guía o hacerlo a beneficio de inventario exigente. La jurisprudencia del TCP habrá de inspirarse directamente en el nuevo constitucionalismo de Bolivia. Habrá de ofrecer y no recibir modelo, construirlo y no replicarlo (32).

(29) I. M. CHIVI VARGAS, «Justicia indígena y jurisdicción constitucional: Bolivia, 2003-2005», en *Derechos Humanos y Acción Defensorial. Revista Especializada del Defensor del Pueblo en Bolivia*, núm. 1, 2006, págs. 45-71. Se mantienen accesibles materiales de aquel Tribunal: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo>. A noticia de las referidas sentencias se llega pulsando *Árbol de Jurisprudencia*, luego *Derechos Fundamentales* y finalmente *Derechos colectivos o de los pueblos*.

(30) Horacio ANDALUZ VEGACENTENO, «La organización jurídica del poder: El sistema de fuentes en la Constitución boliviana del 2009», en *Universitas* (revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana de Colombia), núm. 120, 2010, págs. 17-59, en especial págs. 40-44.

(31) Intentando neutralizar el constitucionalismo plurinacional con la jurisprudencia constitucional anterior y concretando un escenario en el que no tienen cabida los derechos de los pueblos indígenas como tales: Fernando ESCOBAR PACHECO, *Jurisprudencia Constitucional en la nueva Constitución Política del Estado*, Sucre, Mi Jurisprudencia, 2009. La jurisdicción indígena no estaba a la vista de los fundamentos de aquella justicia constitucional: Roberto CORRALES, *Justicia constitucional en Bolivia hacia el fortalecimiento del régimen democrático*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Abya Yala, 2003.

(32) Para problemática precedente ya constitucionalmente entre inservible e insuficiente en Bolivia, aun alentándose a fin de influir sobre los procesos constituyentes boliviano y ecuatoriano entonces en curso, autores varios, *Justicia Ordinaria y Justicia Consuetudinaria ¿un matrimonio imposible? Sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, en Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente*, La Paz y Quito, Konrad Adenauer Stiftung, 2007.

6. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA ENTRE REDUCCIÓN COLONIAL Y PREJUCIO CULTURAL

La más efectiva garantía constitucional de los derechos de los pueblos indígenas en la Bolivia reconstituida no es desde luego, como en otros Estados todavía, la consulta, sino la autonomía, una autonomía incorporada a las estructuras del Estado Plurinacional de pleno derecho, como forma de ejercicio de la libre determinación. En este terreno, podría esperarse alguna inspiración y asistencia de la jurisprudencia constitucional del Ecuador y de Colombia, dado que las respectivas Constituciones también contemplan la autonomía indígena. No es el caso del primero, pues su Corte Constitucional no ha tratado todavía la cuestión bajo su nueva Constitución. Puede serlo de la segunda, pues la suya, su Corte Constitucional, lleva ya cerca de dos décadas elaborando jurisprudencia conforme a una Constitución que contempla en efecto la autonomía indígena y que lo viene además haciendo en una línea estimable en comparación y contraste tanto con las políticas del Congreso y del Gobierno de la misma Colombia como, sobre todo, con las posiciones del resto de las jurisdicciones constitucionales exentas y no exentas de América Latina (33).

En concreto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (CCC en adelante) ha llegado a la apreciación de la autonomía indígena en términos de autogobierno y justicia propia sin asimilársele ni subordinársele con otros espacios territoriales de autonomía dentro del Estado y con la consecuencia práctica de que la indígena debe maximizarse (34). No es de extrañar que este capítulo de la obra en curso de la CCC sea uno de los principales en lo que se ha llamado justamente la conversión del Estado colombiano en «exportador neto

(33) Organización Nacional Indígena de Colombia (<http://www.onic.org.co>), *Propuesta de acción de los Pueblos Indígenas de Colombia frente al cumplimiento por parte del Gobierno Nacional de la Sentencia T-025 de 2004 y el Auto 008 de 2009 proferidas por la Corte Constitucional de Colombia*, mayo de 2010, archivo del autor.

(34) Carlos PARRA DUSSÁN, «Jurisprudencia relevante para la comunidad indígena en Colombia», en C. PARRA DUSSÁN y Gloria Amparo RODRÍGUEZ (eds.), *Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y jurisprudencia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005, págs. 114-179; Frank SEMPER, «Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 12, 2006, págs. 761-778; Libardo ARIZA, *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009, págs. 202-212. La línea jurisprudencial comienza a formularse tempranamente, aun no sin titubeos y altibajos, desde la Sentencia de tutela 257/1993. El material jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia se tiene bien coleccionado en su sitio oficial: <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

de jurisprudencia constitucional», junto al café y al metrobús (35). La influencia de la CCC alcanzó incluso al Tribunal Constitucional precedente de Bolivia, aunque no desde luego, por la misma distancia existente entonces entre planteamientos constitucionales, en el capítulo indígena (36). ¿Puede ofrecer a este efecto inspiración y guía al TCP? Antes de responder, conviene que situemos la obra de la CCC en el contexto que le corresponde, el de su propia Constitución, la colombiana.

La Constitución de Colombia reconoce la autonomía allí existente, la de los llamados *resguardos*, como base para el establecimiento de *entidades territoriales indígenas* que recomponga territorios y sitúe el correspondiente autogobierno a un rango y con unas garantías constitucionales. Los resguardos son reducciones o reservas de origen colonial que se han mantenido posteriormente gracias sobre todo a una ley con nombre que lo dice todo, la *Ley por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*, de 1890 (37). Pues bien, la CCC aplica sus requerimientos de autonomía indígena a los resguardos existentes, no exigiendo el establecimiento constitucional de unas entidades territoriales indígenas que, al cabo de cerca de veinte años, aún brillan por su ausencia. Por mucho que la CCC proclame otra cosa en el terreno de los principios, los resguardos siguen en la práctica sometidos a la administración central e incluso, a algunos efectos, a los municipios. La misma CCC lo permite al mantener en vigor, vía interpretación, buena parte de aquella ley de fondo todavía colonialista, la de 1890. Nunca se ha planteado su flagrante inconstitucionalidad. En definitivas cuentas, la CCC contribuye al bloqueo de la debida

(35) Autores varios, *Itinerario de la jurisprudencia colombiana de control de constitucionalidad como mecanismo de protección de derechos humanos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009. Para la gráfica expresión, César RODRÍGUEZ GARAVITO y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, DeJusticia, 2010, pág. 15. Para James ANAYA, actual Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, «La Constitución Política de Colombia reconoce a los pueblos indígenas sus derechos colectivos e individuales. Las sentencias de la Corte Constitucional han desarrollado este marco constitucional y constituido una jurisprudencia ejemplar en el mundo» (*La situación de los pueblos indígenas en Colombia*, 2010, informe al susodicho Consejo en línea: <http://unsr.jamesanaya.org/PDFs/Colombia%20SP.pdf>, par. 7).

(36) Alejandro MANSILLA ARIAS, «El derecho indígena y las pautas para la conformación de una línea jurisprudencial constitucional en Bolivia», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (<http://www.uv.es/CEFD>), núm. 10, 2004, cuarto artículo.

(37) <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4920>, edición de la ley de 1890 en su estado actual de vigencia.

constitucionalización de los territorios indígenas y encubre el mantenimiento de una estructura de sujeción de los resguardos indígenas de índole todavía colonial (38).

Hagamos la comparación con Bolivia. La nueva Constitución boliviana reconoce las *tierras comunitarias de origen* (TCOs) como una de las bases, junto a la del municipio, para la formación de *territorios indígenas* con la autonomía constitucional referida (Disposición Transitoria Séptima). Las TCOs se constituyeron por la legislación de participación política de los años noventa del siglo pasado y no equivalen por supuesto a los resguardos colombianos, pero las unas y los otros tienen en común que son preconstitucionales y que no responden al estándar constitucional respectivo (39). Adoptar la jurisprudencia colombiana sobre autonomía indígena supondría ignorar esta circunstancia consagrando las TCOs como fórmula definitiva o no transitoria hacia el territorio indígena. Supondría llanamente defraudar, como en Colombia se vienen defraudando, las expectativas constitucionales. Mejor será que el TCP emprenda su propio camino a la luz de la Constitución propia y no a la sombra de cuerpos de jurisprudencia más ajenos de lo que la comunidad regional pueda hacer suponer. Bueno será que la influencia se produzca en su momento en la dirección inversa, de Bolivia a Colombia y no de Colombia a Bolivia.

¿Hay, pese a todo, otras prácticas de jurisprudencia constitucional en Colombia que resulten aprovechables para el TCP? ¿Puede serlo el peritaje antropológico al que la CCC ha recurrido de forma bastante sistemática para resolver asuntos indígenas? Implica obtener información, no directa y francamente de parte indígena, sino vicaria y ventrílocuamente de parte no indígena al estimársele, por académicamente experta, la competente (40). ¿Puede realmente mantenerse esta práctica jurisdiccional en la era del derecho indígena a la consulta y a la autonomía? En el fondo de la misma late todavía el prejuicio supremacista de la cultura no indígena de matriz europea, un prejuicio que en la propia juris-

(38) Daniel BONILLA MALDONADO, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2006; B. CLAVERO, «Naciones en Colombia y por América entre Constitución, Concordato y Convenio (1810-2010)», a publicarse en la *Revista de Historia del Derecho* argentina. También puedo remitirme a mi comentario en línea sobre diversas sentencias y autos de la CCC: <http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2010/07/Genocidio-en-Colombia.pdf>.

(39) B. CLAVERO, «Derecho agrario entre Código francés, Costumbre aymara, Orden internacional y Constitución boliviana», en *Geografía Jurídica de América Latina*, citado, capítulo segundo.

(40) Esther SÁNCHEZ BOTERO, *El Peritaje Antropológico: Justicia en Clave Cultural*, Bogotá, GTZ-Fiscalía General de la Nación, 2010.

prudencia de la CCC se pone a veces de manifiesto con efectos no solo ideológicos, sino incluso operativos (41).

El TCP recibe precisamente el mandato constitucional de superar tal supremacismo como elemento colonial, un imperativo que se está predicando por su propio calificativo bien distintivo de *plurinacional*. Dicho de forma comparativa, el TCP, al contrario que la CCC, está constitucionalmente comprometido con el objetivo de la *descolonización*, como bien nos consta (arts. 2 y 9.1 citados).

7. COLOMBIA Y TAL VEZ BOLIVIA: JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO AGENTE POLÍTICO

¿Concluimos que el TCP no podrá contar con la guía o al menos con el acompañamiento ni siquiera de la jurisprudencia de la CCC? Podría ser precipitado. Hay un campo en el que Colombia puede ofrecer orientación y ayuda. Por los últimos tiempos, algunas jurisdicciones constitucionales han comenzado a tomar a su cargo y hacer valer en serio derechos que la doctrina constitucional ha venido tradicionalmente teniendo en cambio por no justiciables. El constitucionalismo social puede finalmente resultar relevante para el control de constitucionalidad (42). En el ámbito de América Latina, la CCC se ha distinguido en esta línea no solo por adoptar en sus sentencias verdaderas políticas públicas en materias como vivienda, pensiones o desplazamiento forzoso alcanzando de forma expresa a población que no ha recurrido a la jurisdicción constitucional, sino también por retener jurisdicción plena para la ejecución de dichas políticas mediante la realización de audiencias y dictado de autos obligando a los poderes públicos bajo amenaza de proceder con acusación de desacato. La CCC está elaborando todo un código de *indicadores* de la satisfacción de derechos para el escrutinio de las obligaciones del Estado. La misma ya ha ido con todo esto más allá, bastante más allá, de lo que la Constitución y la propia legislación de de-

(41) Paulo BACCA, «Las contra narrativas constitucionales en el seguimiento jurisprudencial de las jurisdicción especial indígena», en *Pensamiento Jurídico*, núm. 22, *Antropología, derecho y política*, 2008, págs. 193-232.

(42) Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Lenio Luis STRECK, «La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales sociales», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005, págs. 241-270; Varun GAURI y Daniel M. BRINKS (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, New York, Cambridge University Press, 2008; Mark TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

sarrollo contemplan para la concreción y el desenvolvimiento de cometidos de defensa de derechos de todo tipo que las mismas normas le encomiendan (43).

Herramienta esencial de estas actuaciones de la CCC ha sido la construcción de una categoría de *estado de cosas inconstitucional* por acciones u omisiones de los poderes públicos que provocan *vulneración masiva y continua de derechos fundamentales*, en cuyo caso sus sentencias y autos se extienden expresamente a toda la población afectada, y no solo a quienes han interpuesto la acción, mediante políticas que la propia Corte define con la participación de la sociedad civil en las audiencias públicas que celebra al propósito. Se entra con esto también en unas prácticas judiciales de democracia deliberativa tampoco previstas por la Constitución. Pues bien, la CCC ha tenido repetidas ocasiones para declarar el mantenimiento de los resguardos coloniales como causa de un *estado de cosas constitucional* por *vulneración masiva y continua de derechos fundamentales* de sujetos indígenas, y para abrir así un espacio específicamente indígena de democracia deliberativa mediante las audiencias públicas consiguientes que contribuyesen al compromiso y la vinculación de todos los poderes públicos, pero nunca se le ha ocurrido hacer nada de este género (44). Resulta un efecto indudable del sesgo cultural visto. Mas nada quita que el TCP se inspire en estas prácticas de la CCC para hacer precisamente lo que esta no hace en beneficio de derechos indígenas.

En Bolivia, ni la Constitución ni la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional facultan expresamente a este para la determinación directa de políticas públicas obligando a los poderes públicos. La situación de partida es similar por tanto a la de Colombia. ¿Puede el TCP, podrá en su momento, adentrarse por dicha vía? ¿Habrá necesidad de que lo haga? Con un intento de respuesta a estas preguntas pretendo, en lo que quepa y a lo que alcanzo, pasar a conclusiones forzosamente provisionales. Será cuestión de volver a ellas cuando el TCP esté

(43) B. SANTOS y M. GARCÍA VILLEGAS (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, citado, volumen primero; Manuel José CEPEDA ESPINOSA, «Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court», en *Washington University Global Studies Law Review*, núm. 3, 2004, págs. 529-700; C. RODRÍGUEZ GARAVITO y D. RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social*, citado.

(44) De hecho, representaciones indígenas participan en las audiencias de seguimiento y ejecución de la Sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento forzoso a la que se refiere la *Propuesta* citada de la Organización Nacional Indígena de Colombia. C. RODRÍGUEZ GARAVITO y D. RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social*, citado, no prestan prácticamente atención a esta participación indígena. La preterición doctrinal es lo usual: Fernando CASTILLO CADENA, «La incidencia de la acción de tutela en la implementación de políticas públicas», en *Universitas* (revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana de Colombia), núm. 119, 2009, págs. 35-54.

constituido y haya comenzado a actuar. Tratándose de la defensa de derechos, no todo tiene que ser autorrestricción. Como ya hemos visto, la Constitución dice que «son atribuciones del Tribunal Constitucional, además de las establecidas en la Constitución y la ley», las que relaciona, no limitando la referencia a ley, para otras posibles, a la respectiva ley específica, la Ley del TCP. Y aún sin habilitación legislativa, ¿podría actuar el propio Tribunal por iniciativa propia en la forma política de la CCC como esta Corte lo ha hecho?

Pudiera ser. Cabe plantearse. Aun sin la habilitación legislativa que la Constitución permite, tal vez el TCP pudiera seguir, de plantearse la necesidad, la línea del CCC en la contribución a políticas públicas para la defensa más efectiva de derechos. La primera impresión es la de que, con la actual Asamblea Legislativa Plurinacional y el actual Gobierno, difícilmente puede darse de momento en Bolivia situaciones como las que en Colombia han requerido la intervención de la CCC. Observada más de cerca la coyuntura, esa impresión no se confirma. Los ejemplos pudiera ser incluso que cundan, pero permítaseme apuntar al más flagrante. Si hay en Bolivia un caso de *estado de cosas inconstitucional por vulneración masiva y continua de derechos fundamentales*, tal es el que se da en el Chaco con comunidades guaraníes cautivas de haciendas, por encontrarse dentro o por estar rodeadas de ellas, y con personas guaraníes, inclusive niños y niñas, sujetas a formas de servidumbre o de trabajo forzoso que, para el Derecho internacional de los derechos humanos, equivalen a la esclavitud (45). Este es el caso que quiero tomar en consideración.

No basta con que el caso exista para que el TCP esté legitimado para actuar extendiendo a toda la población afectada sus resoluciones ante el primer recurso individual o de algún colectivo más limitado que reciba. Hace falta que existan acciones u omisiones de los poderes públicos sosteniendo dicha *situación de cosas inconstitucional por vulneración masiva y continua de derechos fundamentales* del pueblo, las comunidades y las personas guaraníes. ¿Ocurre así? Tampoco lo parece a primera vista. El Gobierno boliviano ha procedido a una reforma de la reforma agraria, lo que se llama su reconducción comunitaria, con vistas a capacitarse para actuar ante tal género de situaciones a favor de derechos de libertad personal y autonomía de comunidades mediante el saneamiento de títulos para la devolución de tierras (Decreto Supremo 29802, de 2008), lo que ha sido además sustancialmente revalidado por la Constitución (arts. 397-401). Mas hay evidencias de que posteriormente se ha producido un cierto *impasse*.

(45) Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, *Misión a Bolivia. Informe y Recomendaciones*, 2009, disponible en http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/UNPFII_Mission_Report_Bolivia_ES.pdf.

El Ejecutivo actual, aun bajo la misma Presidencia, no mantiene con el mismo vigor las políticas conducentes a la liberación de personas, emancipación de comunidades y reconstitución de pueblos que lo necesitan (46). Si esta falta de diligencia se confirma y persiste o se acentúa y agrava, el TCP podría emprender el camino que en América Latina está marcando la CCC. Deberá entonces hacerlo con la sensibilidad hacia las culturas y los pueblos de la que el congéne-re colombiano por ahora carece (47).

Hay más base constitucional para todo ello en Bolivia que en Colombia. En primer lugar, la Constitución boliviana emite el mandato visto de la *descolonización* para alcanzarse una *plurinacionalidad* de derecho y no solo de hecho. Hay aquí un imperativo de activismo ante el que no debe haber autorrestricción. El TCP, precisamente el Tribunal Constitucional Plurinacional, no se puede sustraer ante casos que le pongan ante situaciones coloniales, como efectivamente lo es la del pueblo guaraní. En segundo lugar, la posibilidad de accionar ante la jurisdicción constitucional frente a omisiones de las autoridades públicas está reconocida con más distinción y fuerza en la Constitución de Bolivia que en la de Colombia. Es en el constitucionalismo boliviano la *acción de cumplimiento* frente a «disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida», la constitucional así inclusive (art. 134.I). La CCC ha aprovechado también la previsión constitucional de acción frente a omisiones para fundamentar y construir su práctica de declaración de *estado de cosas inconstitucional* a fin de hacerse cargo de las subsiguientes políticas públicas. Ante casos como el guaraní, el TCP tendrá una mejor base constitucional para actuar de tal modo.

Entonces, en la eventualidad, podrá decirse que, sin desviarle de su función, alguna jurisprudencia constitucional de la región latinoamericana le resulta útil al Tribunal Constitucional Plurinacional ante el desafío inédito, desafío absolu-

(46) Baste recordar los serios desencuentros postconstitucionales habidos con la APG y con la CIDOB, la Asamblea del Pueblo Guaraní y la Confederación de Pueblos Indígenas (del Oriente) de Bolivia, en cuyas vicisitudes, que pueden seguirse por los media digitales, inclusive indígenas, no hay necesidad de entrar aquí. Las agencias internacionales se han especializado en desinformar incluso cuando informan sobre estos asuntos. Para información sobre los últimos acuerdos formales, <http://www.constituyentesoberana.org/3/noticias/indice-not-ac.html>, entradas de junio a agosto, 2010.

(47) En el Informe al Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, para su primera sesión de 2011 (http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CERD.C.BOL.17-20_sp.doc), el propio Gobierno boliviano reconoce la paralización temporal de la política de abolición de la servidumbre con la peregrina justificación ahora de que necesita el acuerdo de una propiedad que se resiste: «*hace falta la voluntad de aquellos que detentan un interés particular sobre las tierras*» (par. 161).

tamente sin precedentes en toda la región, de contribuir a la refundación de Bolivia como Estado tal, *plurinacional*, incluso en lo que interesa a las libertades personales y a los derechos comunitarios. El reto inédito se cifra en la reconstitución territorial y política de los pueblos indígenas mediante una autonomía que incluye la justicia y en la articulación de esta justicia con la justicia del Estado Plurinacional a fin de que este Estado lo sea por fin y efectivamente de todas y todos, de todas las personas y de todos los pueblos. Entonces es cuando merecerá el calificativo. No solo lo segundo, la articulación entre justicias, sino también lo primero, la reconstitución de pueblos, ha de comprometer al TCP, a su obra jurisprudencial en defensa de derechos no solo de personas o individuos.

8. BOLIVIA EN SOLITARIO: DESARROLLO CONSTITUCIONAL Y RETO CONSTITUYENTE

Las cuestiones inmediatas que habrán de plateársele al TCP tendrán que ver, directa o colateralmente, con la relativa falta de congruencia entre la Constitución y su desarrollo normativo, inclusive el que se le ha anticipado por la iniciativa inconstitucional de algunos Departamentos de dotarse de Estatutos de Autonomía sin esperar a la Constitución. Esta misma ha revalidado la iniciativa, pero no el resultado: «Los departamentos que optaron por las autonomías departamentales en el referendo del 2 de julio de 2006, accederán directamente al régimen de autonomías departamentales, de acuerdo con la Constitución. Los departamentos que optaron por la autonomía departamental en el referéndum del 2 de julio de 2006, deberán adecuar sus estatutos a esta Constitución y sujetarlos a control de constitucionalidad» (Disposición Transitoria Tercera). La revisión de la legislación de desarrollo no es en cambio un requerimiento de oficio, pero, aparte el ejercicio ciudadano de la acción de constitucionalidad, cualquier caso de procedencia indígena podrá suscitar cuestiones de incongruencia entre la Constitución y las primeras leyes de desarrollo.

Estas cuestiones ya han tenido ocasión de plantearse. Lo han hecho por la vía del referido derecho a la consulta de los pueblos indígenas respecto a leyes que les afecten. Aunque ahora el órgano legislativo sea plurinacional y cuente, por lo tanto, con representación indígena, el derecho específico de los pueblos indígenas a ser consultados sigue siendo necesario según la propia Constitución y el Derecho internacional que vincula a Bolivia, como hemos visto. Dada la misma autonomía por derecho a la libre determinación, no puede producirse una subsunción de los pueblos en la ciudadanía de la que participan. La primera consulta a efectos legislativos se ha dado para la Ley de Deslinde Jurisdiccional

que, según siempre la Constitución, es la norma que específicamente se dirige a la articulación de la jurisdicción indígena con el resto de las jurisdicciones, a «la coordinación y cooperación» mutuas (arts. 191.II.2 y 192.III citados). La cuestión estriba en que la Ley del TCP y la Ley del Órgano Judicial, ya promulgadas cuando se plantea la consulta de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, habían descuidado la posición constitucional de la jurisdicción indígena, una posición no inferior a la jurisdicción ordinaria del Estado, como ya sabemos.

En general, el primer desarrollo normativo de la Constitución, el de las cinco leyes exigidas por la misma con la mayor urgencia (del Órgano Electoral, del Régimen Electoral, del Órgano Judicial, del Tribunal Constitucional y de Autonomías y Descentralización) más la Ley de Deslinde Jurisdiccional fundamentalmente, solo ha respondido parcialmente a las expectativas abiertas por la Constitución respecto a la autonomía indígena en general y a la justicia indígena en particular. La urgencia de las cinco leyes se debía a la necesidad perentoria de nuevas instituciones para la nueva Constitución, una Constitución tan renovadora que no soportaría el régimen transitorio de la prórroga de institucionales antiguas. Se quiere tomar esta singularización del paquete por razón de urgencia como base para convertirlas en legislación *orgánica* que establezca *el marco* para las leyes sucesivas, comenzando por la Ley de Deslinde Jurisdiccional, pero esta categorización no tiene fundamento en la Constitución (48).

La Ley de Deslinde Jurisdiccional, ley sobre jurisdicción indígena, no se incluyó en el paquete pues no corría tal urgencia. Esta jurisdicción no es criatura de la Constitución, la cual reconoce francamente la precedencia y respeta su derecho a constituirse o, en su caso, a reconstituirse por sí misma como expresión de la libre determinación. La consulta realizada para su elaboración puso de manifiesto la inquietud existente por la desatención de la jurisdicción indígena en el primer desarrollo legislativo de la Constitución (49). Si, por ejemplo, para

(48) Subrayándolo justamente, bien que a su manifiesto pesar, H. ANDALUZ VEGACENTENO, *La organización jurídica del poder: El sistema de fuentes en la Constitución boliviana del 2009*, págs. 46-49. Ya hemos visto que es la Ley del Régimen Electoral la que hace el intento de introducir la categoría de «Leyes Orgánicas y Leyes Marco», como también que ya hay publicaciones en las que se consideran *Leyes Fundamentales* las cinco leyes de urgencia. Solo una de ellas, la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, no puede ser alterada por ley ordinaria a no ser que alcance la mayoría cualificada que se requiere para su aprobación, la de esta Ley Marco (art. 271.II constitucional), lo cual, una vez que se cree precisa esta ley sumada a la Constitución, puede entenderse como garantía de estabilidad del encuadramiento normativo de los Estatutos de Autonomía ordinarios, que no es necesariamente, conviene puntualizar siempre, el de la autonomía de los pueblos indígenas.

(49) Se han publicado unas actas de la consulta: *Sistematización del Proceso de Consulta a los Pueblos Indígena Originario Campesinos. Anteproyecto de la Ley de Deslinde Jurisdiccional*,

el ejercicio de la jurisdicción constitucional que no es exclusiva del TCP, la Ley del mismo solo había tomado en cuenta a la jurisdicción ordinaria del Estado, ¿no tendría la jurisdicción indígena que plantearse ahora, con ocasión de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, su competencia constitucional o su participación en el ejercicio de la misma incluso a costa de entrar a reformar la Ley del TCP?

El Proyecto de la Ley de Deslinde Jurisdiccional resultante de la consulta abordó la reforma de la Ley del TCP a los efectos de atender a «la coordinación y cooperación» entre las jurisdicción indígena y el resto de las jurisdicciones en el pie debido de «igual jerarquía» por «igual rango constitucional» (art. 179.II y art. 276 constitucionales citados). El Proyecto contiene por ejemplo la siguiente adición de alcance: «Las y los postulantes a miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional que provengan del sistema indígena originario campesino, deberán ser legitimados y designados bajo normas y procedimientos propios por las naciones y pueblos indígena originario campesinos para este fin». En general, las modificaciones de la anterior legislación de desarrollo constitucional busca una recuperación de la equiparación entre jurisdicciones conforme a los requerimientos de la Constitución, al derecho a la autonomía indígena y a las propuestas resultantes de la consulta. La Asamblea Legislativa Plurinacional, haciendo caso omiso, ha podado sistemáticamente todos los retoques de legislación previa de desarrollo constitucional. La Ley de Deslinde Jurisdiccional responde al final a las cinco leyes de urgencia como si estas tuvieran el mismo valor que la Constitución o un rango por encima de la legislación ordinaria (50).

El asunto no tiene por qué llegar al TCP, por una vía o por otra, en los exclusivos términos de confrontación entre la Constitución y su desarrollo legislativo. Hay más elementos en liza por supuesto, el principal el de la propia autonomía indígena. Los Estatutos de Autonomía indígenas habrán de ser claves para la constitución o reconstitución de la propia justicia entre los poderes u *órganos* correspondientes a los pueblos indígenas, no solo el judicial, sino también el legislativo, el gubernativo y el de control que puede incluir participación en la jurisdicción constitucional, los que decida en cada caso el sujeto estatuyente indígena dentro de la Constitución, pero no necesariamente de la legislación que la desarrolla. Los Estatutos de Autonomía indígenas podrán situarse en una posición suprallegal sin necesidad de que exista para ellos la categoría de legis-

La Paz, Ministerio de Justicia-Programa de Fortalecimiento de Capacidades Institucionales de la Cooperación Suiza, 2010.

(50) Para algunos comentarios, no solo míos, a este proceso con enlaces a la documentación principal del caso (Proyecto y Ley de Deslinde Jurisdiccional, las cinco Leyes de urgencia, la Constitución...), <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=8257> y <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=8283>.

lación *orgánica*, o superior a otra entonces ordinaria, pues no la hay a ningún efecto. Por ser además expresión del derecho a la libre determinación que se ejerce así mediante la autonomía, los Estatutos indígenas habrán de tener por sí mismos un rango, como mínimo, constitucional.

Todo esto significa que, en el actual constitucionalismo boliviano, las leyes de desarrollo constitucional, ni siquiera el paquete de las cinco urgentes, no establecen un encuadramiento obligatorio para las autonomías indígenas. La única salvedad planteable, por efecto del requerimiento de una mayoría cualificada para su aprobación, es la de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, pero no debe olvidarse que, de una parte, su eventual prevalencia solo podrá ser a efectos procedimentales, pues los competenciales corresponden a la Constitución, y que, de otra parte, su valor puede relativizarse en el caso de la autonomía indígena por traer esta causa no solo de la Constitución, sino también de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Ni esta Ley Marco ni ninguna otra ley se sobreordena a otras leyes o, aún menos, a Estatutos de Autonomía indígena.

Siguen entonces abiertas las posibilidades que abrió la Constitución y cuya apertura unas leyes han intentado entornar. No habrá de añadirse que los Estatutos de Autonomía de los Departamentos no tienen posibilidad de incidir en el campo constitucional en la medida de los Estatutos de pueblos indígenas. Los que se anticiparon a la Constitución lo intentan, por lo que ahora se les exige, como hemos visto, revisión departamental y control constitucional, este por el TCP. El TCP tendrá necesariamente que afrontar la necesidad de un encaje con todos los elementos, inclusive los estatutarios, a la luz de la Constitución, no de las leyes que la desarrollan. Las cuestiones principales son nuevas ahora. Por ejemplo, ¿qué valor mantiene una ley consultada que se desentiende de la consulta? ¿Y qué autoridad un *órgano* que confiere a unas normas el valor que no tienen?

A estas alturas supongo que se entenderá mejor la contundencia con la que he inhabilitado para la construcción pendiente del Estado Plurinacional de Bolivia la jurisprudencia constitucional comparada y la propia boliviana del período precedente. El reto es nuevo. Nuevas son las cuestiones y nuevas habrán de ser las respuestas. Materialmente, pues no desde luego formalmente, el proceso constituyente de la Bolivia plurinacional sigue abierto y algunos de sus vanos habrán de ser enmarcados y vestidos por la jurisprudencia del TCP. No todos y tampoco a solas, pues la apertura todavía materialmente constituyente ha de estar también en manos del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas a ejercerse en el seno del Estado Plurinacional conforme a la Constitución y al respectivo Derecho internacional.

No es el estatutario indígena un elemento que la Constitución comprenda dentro de un *bloque de constitucionalidad* cuyos componentes ella misma se ocupa de determinar (art. 410.II) (51), pero ha quedado comprendido en lo que podría llamarse un *bloque de constituyencia* que aún está activado. Constituyente ha de resultar todavía la autonomía indígena, igual que de rango como mínimo constitucional sus Estatutos (52).

9. COLOFÓN ABIERTO

La jurisdicción constitucional es hoy en Bolivia la única que preside la totalidad del sistema judicial porque es la única superior a la jurisdicción indígena,

(51) H. ANDALUZ VEGACENTENO, *La organización jurídica del poder: El sistema de fuentes en la Constitución boliviana del 2009*, págs. 28-36, para exposición que se atiende en mayor medida a las primeras frases del artículo 410.II: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a otra cualquiera disposición jurídica. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país», no advirtiendo lo ya señalado de que, según la propia Constitución (art. 256.I citado), quedan también incluidos los instrumentos no convencionales de derechos humanos, y aún menos reparando en que entre estos figura la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con lo que pudieran incorporarse al bloque de constitucionalidad los Estatutos de Autonomía que traigan causa de ella y no solo de la Constitución. Incorporaciones que en cambio considera son la más plausible de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la más problemática del derecho comunitario de la Comunidad Andina. En todo caso, el pronunciamiento del 410.II no cierra la cuestión a la luz de la propia Constitución.

(52) Para la posición resueltamente contraria, más representativa de la vía emprendida por la legislación de desarrollo de la Constitución aunque yendo bastante más lejos al intentar reducir el derecho indígena a derecho consuetudinario, H. ANDALUZ VEGACENTENO, *La organización jurídica del poder: El sistema de fuentes en la Constitución boliviana del 2009*, págs. 49-53. Abogado cruceño, la posición de Horacio Andaluz se acerca sustancialmente más a la contenida en el Estatuto de Autonomía del Departamento de Santa Cruz, cuyos serios desencajes con la Constitución están todavía pendientes de revisión departamental y de control de constitucionalidad, que a la representada por la Constitución. Debería hacer reflexionar que una construcción doctrinal sobre el sistema normativo pueda sintonizar con la legislación de desarrollo constitucional para acercarse a las posiciones del Estatuto de Santa Cruz, aun guardando la discreción de no mencionarlo. Conviene recordar que el mismo subordina a los pueblos indígenas y bloquea las posibilidades de emancipación de servidumbre y dotación de tierras, abiertas por la reconducción comunitaria de la reforma agraria y a continuación potenciadas por la Constitución. En general, por medios de la doctrina jurídica y de otra publicística incluso oficialista predominan de momento las posiciones menos firmes de cara a los nuevos imperativos constitucionales: *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, citado; Héctor ARCE, «La jurisdicción constitucional en Bolivia», en *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, ya también citado, págs. 85-96.

la única que, por plurinacional, se considera justamente que cuenta con legitimidad para ello. Como la jurisdicción indígena es ahora una manifestación del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas a ejercerse constitucionalmente a través de la autonomía, de una autonomía no solo jurisdiccional, resulta lógico que solo el control de constitucionalidad encomendado al TCP tenga competencia por encima de la justicia indígena o, siempre mejor, *indígena originario campesina*. Las jurisdicciones no indígenas, todas ellas, están en cambio sujetas a otras instancias centralizadas. Conviene insistirse en que tal posición singular del TCP, más singularizada desde luego que la de otros tribunales constitucionales, comporta dicha exigencia de que el mismo haya de ser plurinacional en el preciso sentido tanto de que debe componerse con participación indígena como de que debe producir una jurisprudencia intercultural, de una interculturalidad a la altura de la plurinacionalidad. He aquí el reto inédito al menos en el contexto de Latinoamérica (53).

Lo segundo, lo de la necesidad de una jurisprudencia realmente intercultural, requiere de lo primero, de que la inteligencia y la sensibilidad colegiadas del TCP sean efectivamente plurinacionales. Si esto no fuere así, dadas las competencias efectivas de la nueva jurisdicción constitucional, esta podría fácilmente convertirse en la vía ahora más eficaz de acosamiento y reducción de la jurisdicción indígena por vía de una imposición unilateral de criterios culturalmente sesgados de control de constitucionalidad. Frente a esta inquietante perspectiva

(53) Ley de Deslinde Jurisdiccional, artículo 4: «Los principios supremos que rigen la presente Ley son: [...] e) Diversidad Cultural. La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. Todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas deben respetar las diferentes identidades culturales. f) Interpretación Intercultural. Al momento de administrar e impartir justicia, las autoridades de las distintas jurisdicciones reconocidas constitucionalmente deben tomar en cuenta las diferentes identidades culturales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. g) Pluralismo Jurídico Igualitario. Se respeta y garantiza la coexistencia, convivencia e independencia de las diferentes jurisdicciones dentro del Estado Plurinacional de Bolivia en igualdad de jerarquía. h) Complementariedad y Reciprocidad. Las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente son corresponsables de brindarse asistencia y establecer mecanismos de coordinación y cooperación. i) Interculturalidad Jurídica. Las diferentes jurisdicciones deben adoptar prácticas de convivencia pacífica, con el fin de resolver los conflictos que se presenten en el marco del pluralismo jurídico igualitario. j) Libre Determinación. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos deciden y ejercen sus propias formas de gobierno promoviendo, desarrollando y manteniendo sus estructuras institucionales políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales. Tiene carácter inalienable y genera obligaciones para el Estado. k) Autonomía Jurisdiccional. En el marco de la igualdad jerárquica, la jurisdicción indígena originario campesina goza del respeto pleno a su independencia, de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política del Estado y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. [...]». Otra, como ya sabemos, es la cuestión de que los principios flaqueen en el propio articulado.

y para el propio desempeño de la jurisdicción indígena, el mejor remedio es el de darle entrada a la misma en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, ya participando en su primera instancia, ya reteniendo la capacidad de resolver sobre el fondo tras el eventual control de garantías por el TCP. El desarrollo legislativo habido hasta el momento no aprecia esta necesidad.

El primer desarrollo normativo de la Constitución no tiene por qué empecer. El horizonte constituyentemente abierto no pueden obstruirlo las primeras leyes de desarrollo, leyes ordinarias todas ellas al cabo. Si el Estado quiere ser en efecto *plurinacional* y así también su Tribunal Constitucional, ha de recuperar el espíritu de la Constitución relativamente velado por su primer desarrollo normativo. Si la legislación postconstitucional no se endereza, el TCP habrá de afrontar, haciendo valer la Constitución, el dilema que entonces le supondrá su propia ley, una ley ordinaria: «El Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor de guardián de la Constitución Política del Estado es el intérprete supremo de la Ley Fundamental sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular» (art. 4.III citado). Si el TCP también defeciona, la *plurinacionalidad* quedará en manos de los Estatutos de Autonomía indígenas.

No hay otra. Esa última posibilidad de regeneración constituyente está siempre abierta porque la autonomía indígena es ahora expresión constitucional del derecho de libre determinación que no depende del reconocimiento ni del desarrollo de la Constitución. Esta misma declara que los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que Bolivia de alguna forma se adhiera o esté adherida, como sea el caso de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, tienen valor supraconstitucional (art. 256.I citado), un valor que se refuerza por el imperativo de la descolonización con su corolario de reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas en términos no meramente protocolarios, sino de estricta titulación de derechos. No se trata de desahogos ideológicos superpuestos a la Constitución, sino de compromisos constituyentes en los que se juega la refundación constitucional de Bolivia como Estado Plurinacional.

RESUMEN

Bolivia se enfrenta con el reto de construir un Estado Plurinacional conforme a las bases sentadas por la flamante Constitución de 2009. Dispositivo clave al efecto podrá ser el Tribunal Constitucional Plurinacional pues constituye la única jurisdicción interna que se sitúa tanto sobre el sistema de justicia del Estado como el sistema de justicia indígena. Es un planteamiento constitucional para el que no hay precedente en el ámbito

latinoamericano. Estas páginas proceden a una revisión de la jurisprudencia constitucional de los Estados latinoamericanos para ver si pueden encontrarse orientaciones. Tan sólo en Colombia se encuentra algún elemento relevante de práctica jurisdiccional que puede en algo asistir. Para todo el resto de opciones plausibles, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia afronta un reto realmente inédito.

PALABRAS CLAVE: Estado plurinacional; jurisprudencia constitucional; Derecho comparado; América Latina; Colombia; Bolivia.

ABSTRACT

Bolivia faces the challenge of building up a Plurinational State in accordance with the rules established by her brand new 2009 Constitution. For this purpose, the Plurinational Constitutional Court may become a key device since it is the only domestic jurisdictional body placed upon both the state judicial system and the judicial system of indigenous peoples. Such a constitutional approach is unique in the Latin American region. This paper reviews the constitutional jurisprudence among Latin American States in search of possible guidelines. Only Colombia offers a significant piece of jurisdictional practice that may lend a hand in this regard. As for the rest of feasible options, the Plurinational Constitutional Court of Bolivia actually faces an unprecedented challenge.

KEY WORDS: Plurinational Government; constitutional jurisprudence; comparative law; Latin America; Colombia; Bolivia.

LOS ORGANISMOS REGULADORES EN LA CRISIS ECONÓMICA: SU REFORMULACIÓN EN LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE (*) (**)

EDUARDO VÍRGALA FORURIA

I. BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE LA REACCIÓN DEL ESTADO ANTE LA CRISIS ECONÓMICA COMENZADA EN 2008.—II. LOS ORGANISMOS REGULADORES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XXI.—III. LA NECESIDAD DE ORGANISMOS REGULADORES EN LOS SERVICIOS DE RED.—IV. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ORGANISMOS REGULADORES COMO ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES.—V. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS ORGANISMOS REGULADORES EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL Y EN LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE: V.1. *Los OR como organismos públicos administrativos*. V.2. *Los OR como Administraciones independientes*: V.2.1. *La independencia orgánica*. V.2.2. *La independencia funcional*. V.3. *El control sobre los OR*.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

I. BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE LA REACCIÓN DEL ESTADO ANTE LA CRISIS ECONÓMICA COMENZADA EN 2008

A partir del segundo semestre de 2008 las economías desarrolladas han entrado en su mayor crisis desde 1929, de la que tres años después seguimos padeciendo sus consecuencias. Incluso la ligera recuperación atisbada en 2010 no ha llegado a todos los países y, en lo que nos atañe, no parece notarse en España, que tiene en la actualidad un paro del 20,9 por 100 y un déficit del 11 por 100.

(*) Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación «La energía en el Tratado de Lisboa: gobierno económico y construcción del mercado único energético» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2010-19581) y dirigido por M. A. García Herrera.

(**) Artículo cerrado a julio de 2011.

No voy a analizar las causas de esta crisis económica, ya que no soy economista ni lo pretendo, pero sí, al menos, reseñar aquí las que han sido consideradas determinantes del crack de 2008. La onda expansiva se ha ido extendiendo a partir de la crisis financiera norteamericana originada por una burbuja inmobiliaria sustentada en la creencia del aumento indefinido del precio de la vivienda y en la liberalización y supresión de limitaciones en los mercados financieros por considerar que atentaban a la eficiencia (1). Las promotoras inmobiliarias y las entidades financieras entran desde 2000 en una carrera para vender el mayor número de viviendas posibles mediante la concesión irreflexiva de créditos hipotecarios a personas poco solventes (hipotecas de alto riesgo o *sub-prime*) (2). Esos créditos son luego «empaquetados» a través de empresas constituidas para tal fin (extrayendo los créditos de los balances bancarios) para poder colocarlos en el mercado nacional y extranjero mediante títulos valores, de forma que el comprador de éstos no puede conocer en detalle el origen de los mismos, en definitiva, qué riesgo presentaban las hipotecas (3). El escenario empieza a cambiar en 2004 cuando la Reserva Federal sube los tipos de interés (pasando del 1 por 100 en ese año al 5,25 por 100 en 2006) para controlar la inflación y los precios de las viviendas comienzan a caer. En el momento en que los deudores de las hipotecas no pueden hacer frente a los pagos, y eso se generaliza a partir de agosto de 2007, el impago de los créditos lleva al año siguiente a la quiebra de las entidades financieras y a caídas históricas de las bolsas occidentales, comenzando una espiral de desconfianza y pánico de los inversores, sorprendiendo a la gran mayoría de gobernantes (4).

La crisis económica de 2008 ha provocado una caída en 2009 del PIB español del 3,7 por 100 y en Europa del 4 por 100. En 2010 parece observarse una mejoría en Europa (subida del 0,8 por 100 en el primer trimestre y del 1,9 por 100 en el segundo) que solo muy levemente se traslada a España (caída del 1,3 por 100 en el primer trimestre y del 0,1 por 100 en el

(1) RECALDE (2010, 124).

(2) ROLDÁN y ARGIMÓN (2009, 136).

(3) Probablemente la mejor, de las más tempranas, y la más divertida explicación de las hipotecas *sub-prime* sea la realizada en 2007 en el programa de humor británico «The Last Laugh» de John Bird y John Fortune (dentro de «The South Bank Show» de la cadena London Weekend Television: www.youtube.com/watch?v=_K-Z0N-PhM4, última visita, 27 de octubre de 2010).

(4) Así lo reconoció, en tono autoexculpatorio, el Presidente del Gobierno, J. L. Rodríguez Zapatero: «“pertenezco a aquella categoría de personas que piensan que todos nos equivocamos”, dijo, después de matizar que el FMI, la Comisión Europea y la OCDE tampoco habían advertido el colapso del sistema financiero estadounidense y del conjunto de países desarrollados» (*El País*, 6 de octubre de 2010, pág. 6).

segundo) (5). Por su parte, el déficit en España pasó del 4,1 por 100 del PIB en 2008 al 11,4 por 100 del de 2009, siendo ese año el cuarto más elevado de Europa. En el conjunto de la UE el déficit evolucionó del 2,3 por 100 de 2008 al 6,8 por 100 en 2009 (6). En EEUU el déficit del 3,18 por 100 en 2008 se convirtió en el 9,91 por 100 en 2009 y en una previsión del 10,64 por 100 para 2010 (7). Sin embargo, lo más importante desde el punto de vista humano es el aumento imparable del desempleo en España desde un 8 por 100 a mediados de 2007 a un 20,9 por 100 tres años después (8), rondando los 5 millones de parados. En la UE, por el contrario, el desempleo ha oscilado en ese mismo período del 6,8 por 100 al 9,6 por 100 (9).

Ante este panorama, lo lógico parecía ser constatar que los Reguladores financieros en los países occidentales no habían sido capaces de controlar los riesgos del empaquetamiento y conversión en títulos de las hipotecas *sub-prime*, además de otros fallos del sistema financiero. Tras lo anterior, la reacción inmediata debía haber sido un endurecimiento de la regulación de las entidades financieras y de los mercados en general ante la gran capacidad de olvido que suelen tener los partícipes en el mercado para autocorregirse (10).

Así ha sucedido en parte en los EEUU, donde se ha aprobado la Ley «*Dodd-Frank* de reforma de *Wall Street* y de protección de los consumidores» de 21 de julio de 2010 que abarca 848 páginas (11). Esta ley cambia la estructura regulatoria actual, aumentando el control sobre las entidades financieras, estable-

(5) Banco de España (<http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/e0101.pdf>, última visita 7 de octubre de 2010).

(6) *La Vanguardia*, 22 de abril de 2010 (<http://www.lavanguardia.es/economia/noticias/20100422/53912369205/espana-fue-el-cuarto-pais-europeo-con-un-deficit-publico-mas-elevado-en-2009.html>, última visita 7 de octubre de 2010).

(7) http://www.usgovernmentspending.com/federal_deficit_chart.html, última visita 7 de octubre de 2010.

(8) <http://www.ine.es/> (última visita, 27 de octubre de 2010).

(9) Fuente: Eurostat (http://www.google.com/publicdata?ds=z9a8a3sje0h8ii_&met=unemployment_rate&idim=eu_country:ES&dl=es&hl=es&q=tasa+de+paro+en+espa%C3%B1a, última visita 27 de octubre de 2010).

(10) ROLDÁN y ARGIMÓN (2009, 136 y 139). Una visión muy diferente, entendiendo que una de las causas de la crisis fue la sobrerregulación, en Calabria (2009).

(11) Ése es el título oficial abreviado, siendo el completo el de «Ley para promover la estabilidad financiera de los EEUU mediante la mejora de la transparencia y responsabilidad del sistema financiero, para terminar con el “demasiado grande para caer”, para proteger al contribuyente americano mediante la finalización del rescate financiero, para proteger al consumidor de las prácticas abusivas de las entidades financieras y para otros fines». La Ley puede obtenerse en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ203/pdf/PLAW-111publ203.pdf> (última visita 27 de octubre de 2010).

ciendo estándares de supervisión para proteger a los consumidores e inversores, poniendo fin al rescate financiero de los bancos, creando el *Financial Stability Oversight Council*, la *Office of Financial Research* y la *Bureau of Consumer Financial Protection* y aumentando los poderes de los antiguos reguladores (la Reserva Federal, la SEC y otros).

Sin embargo, la mayor parte de las medidas tomadas en Europa y, especialmente, en 2010 y 2011 poco tienen que ver con el origen de la crisis. Los Gobiernos de diverso signo ideológico han optado como solución por reducir el volumen del gasto público. El Ejecutivo español, en concreto, en lugar de aprovechar la situación para atacar las causas reales de la crisis, como pareció sugerir en un primer momento con el anuncio en mayo de 2009 de un futuro Proyecto de Ley de Economía Sostenible, que no se materializa hasta marzo de 2010 (12) y que se aprueba un año después como Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), se ha centrado en los sectores que, siendo ajenos a las causas del crack, están más a disposición de la actuación del Ejecutivo: funcionarios (recorte del salario y de puestos de trabajo), pensionistas (congelación de las pensiones), trabajadores asalariados [reforma laboral para facilitar y abaratar el despido (13)], perceptores de ayudas sociales, etc. Por el contrario, y obviando la aplicación a las empresas en crisis de las reglas básicas del mercado (derecho concursal y exclusión de empresarios ineficientes), se han inyectado ingentes cantidades de dinero público en el rescate de las entidades financieras (14) con el argumento del riesgo de colapso del sistema, pero, también, con explicaciones más difíciles de aceptar (conservación del empleo, desarrollo económico regional) ya que se aplican aleatoriamente [fabricación de automóviles (15), por ejemplo] (16).

Los datos anteriores son suficientemente expresivos y, como decía antes, en este trabajo no voy a realizar un análisis económico, pero sí partir de la

(12) BOCG-CD, IX Legislatura, Serie A, 9 de abril de 2010, núm. 60-I.

(13) Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Ha sido convalidado por el Congreso de los Diputados el 9 de septiembre de 2010, con los únicos votos a favor del PSOE, estando en contra ERC, IU y BNG, absteniéndose el resto (PP, CiU, PNV, CC, UPN y UPD).

(14) 311.400 millones € en la UE y 10.583 millones € en España hasta finales de julio de 2010: *La Vanguardia*, 25 de julio de 2010 (<http://www.lavanguardia.es/economia/noticias/20100725/53971481868/el-coste-del-rescate-bancario-espanol-es-solo-el-4-del-destinado-a-la-banca-europea-ue-alemania-euro.html>, última visita 27 de octubre de 2010).

(15) 84.000 millones € en todo el mundo y 5.168 millones € en España hasta mayo de 2010, según un informe de Deloitte: <http://es.cars.yahoo.com/14052010/209/espana-destinado-5-168-millones-euros-ayudas-industria-automovil.html> (última visita 27 de octubre de 2010).

(16) RECALDE (2010, 137-138).

constatación de esas políticas económicas de la crisis y de la necesidad, por el contrario, de actuar de forma mucho más incisiva sobre sus causantes: entidades financieras, especuladores inmobiliarios, políticos corruptos (especialmente en relación con el urbanismo municipal), en lugar de sobre los trabajadores y las clases sociales más desfavorecidas.

La LES contiene, además, una reformulación legal de los Organismos Reguladores (OR) (17) en España, tema central de este estudio. Por ello, y partiendo de la necesidad de reforzar la regulación y el papel en la misma de estos Organismos, trataré de argumentar la conveniencia imperiosa de dotarlos de una mayor independencia, pero a la vez, también, de aumentar los controles democráticos sobre su actuación. Todo ello en el marco del Estado regulador (18) que surge en el último cuarto del siglo XX y que se consolida en este XXI. El Estado deja de gestionar directamente la gran mayoría de actividades económicas para limitarse a poner reglas de funcionamiento, organización y fiscalización de la prestación de los antiguos servicios públicos (19) y de las actividades económicas, pasando de propietario-gestor a árbitro, para lo que se necesita un nuevo aparato administrativo, más técnico e independiente (20). Los OR forman parte de la nueva Constitución de los Estados reguladores europeos que se establece a partir de los años ochenta del siglo anterior y que es un precipitado del neoliberalismo, del Derecho comunitario y de la consiguiente crisis del Estado social, con su resultante final de liberalización y privatización. En este sentido, a partir de ahora intentaré justificar la existencia de OR independientes en el nuevo Estado constitucional del siglo XXI y analizaré su regulación en España tras la aprobación de la LES.

(17) Esta denominación de Organismos Reguladores es la asumida en la LES, a pesar de que sigo pensando que sería mejor utilizar el nombre de Comisiones Reguladoras Independientes. Sobre las razones para ello, me remito a VÍRGALA (2002, 213 y sigs.).

(18) Como trabajo emblemático sobre el Estado regulador puede acudir a SPINA y MAJONE (2000).

(19) Sobre la evolución de estos servicios y su transformación como consecuencia de la política legislativa europea: VÍRGALA (2001).

(20) CLARICH (2005, 17-18); SADDY (2009, 155-156).

II. LOS ORGANISMOS REGULADORES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XXI

Hasta la década de los años noventa del siglo XX, el Estado era el encargado de satisfacer el disfrute por el conjunto de la población de los grandes servicios de red (energía, telecomunicaciones, correo postal, ferrocarriles, etc.), lo que garantizaba su no sometimiento a las reglas del mercado pero, sin embargo, no aseguraba su prestación en condiciones de igualdad, calidad, continuidad y asequibilidad como auténticos derechos subjetivos de los ciudadanos. A partir de esa década, los Estados europeos abandonan la titularidad pública de los servicios de red y adoptan la liberalización de los mismos con determinados condicionamientos vinculados al concepto comunitario de servicios de interés general. Para ello, se asume como política de la UE la separación entre la regulación, encomendada al Estado, y la gestión, en la que se fomenta la generalización de los operadores privados. La necesidad de que la regulación en estos sectores se aleje de los cálculos electorales a corto plazo, evite la intromisión del Gobierno por su antigua vinculación con determinados operadores y defienda el pleno ejercicio de los derechos ciudadanos, hace que se importe en Europa, al hilo de la liberalización de los últimos años en los servicios de red, la figura de las *Independent Regulatory Commissions* (IRC) norteamericanas, aunque adaptadas a los diversos ordenamientos constitucionales europeos (21).

La liberalización de los mercados no significa ausencia de la intervención pública (22). La retirada del Estado de la gestión directa de los servicios de red debe compensarse con la intervención positiva del Estado en la vigilancia de la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos en la prestación de tales servicios de red frente a un libre mercado en el que no solo debe asegurarse la competencia entre varias empresas sino también en el que la fuerza económica de éstas no perjudique a los ciudadanos como usuarios.

(21) La incógnita en esta evolución histórica es si la adopción de Reguladores independientes pudo haberse producido al margen de la existencia de la UE. De acuerdo a los datos proporcionados por JORDANA, LEVI-FAUR y FERNÁNDEZ (2009), la proliferación de OR se ha dado en todos los países desarrollados, al margen de su pertenencia a la UE. Así, en su estudio comparado de 48 países (todos los de la OCDE e Iberoamérica) y de un período de 88 años (1920-2007) se establece que la creación en todos esos países de OR (en 16 sectores) era de una media de 2,2 por año de 1920 a 1965, de 4 por año entre 1966 y 1988 (fase de incubación), de 24,3 por año de 1988 a 2002 (fase de explosión) y de 4,5 por año de 2003 a 2007 (fase de saturación). Grasso (2006, 100) señala también que el establecimiento de Autoridades independientes no es consecuencia exclusiva de la normativa comunitaria.

(22) MANETTI (1994, 96); CHILLÓN y ESCOBAR (2001, 32).

En la actualidad se sacraliza al mercado como valor constitucional, cuyas reglas el Gobierno no podría alterar para beneficiar sus intereses a corto plazo, pero a esto ha de decirse que las reglas del mercado no existen solas, siendo los órganos políticos las que las establecen y para ello encargan su gestión a los OR que deben condicionar tales reglas a que los ciudadanos como usuarios en ese mercado tengan determinadas garantías y no se vean perjudicados sus derechos constitucionales o legales. La lógica de la ciudadanía debe confrontarse con las reglas del mercado, ya que aquella pretende salvaguardar valores no realizables en el mercado por sí solos como la dignidad de la persona, la igualdad, la salud, el medio ambiente, lo que lleva a una ponderación entre valores que no puede ser sino política (23).

III. LA NECESIDAD DE ORGANISMOS REGULADORES EN LOS SERVICIOS DE RED

Las razones que se suelen dar para encomendar a los OR parte de esa intervención del Estado en los nuevos mercados liberalizados de los servicios de red son las siguientes (24):

1. La especialización técnica. Se pretende que los miembros de estos Organismos sean expertos en el sector que puedan analizar con precisión las necesidades y problemas en ámbitos tan complejos como las telecomunicaciones y la energía (25). Frente al funcionario ordinario o al político se busca al técnico que tenga un conocimiento previo profundo de la realidad y que funcione como contrapoder de los órganos políticos y de las empresas privadas (26). Sin embargo, este argumento que teóricamente puede ser correcto no se compadece siempre con la realidad. Los nombramientos de miembros de estos Organismos suelen estar más influenciados por la posible afinidad ideológica que por los conocimientos técnicos aunque éstos sean exigidos legalmente como demuestra la larga práctica norteamericana. La decisión final que toman los OR por la discrecionalidad que poseen y la complejidad de los problemas que afrontan es fundamentalmente política, por lo que la contribución de los expertos a la

(23) PASSARO (1996, 299); NICCOLAI (1996, 23-24).

(24) Sobre las razones específicas por las que es conveniente la existencia de OR en los servicios de red de telecomunicaciones y energía, véase VÍRGALA (2002, 199-207).

(25) MAJONE (1996, 34-35); CRUZ (1999, 398); ARIÑO (1994, 64); NICCOLAI (1996, 8); OGDON (2000, 36); GRADOLPH (2009, 49).

(26) PREDIERI (1997, 40); TEIGTEN-COLLY (1990, 155); BETANCOR (1994, 212); THATCHER (2002, 130); WILKS y BARTLE (2002, 156).

toma de esa decisión es muy limitada (27), más aún en los sectores de fuerte incidencia económica en la que las decisiones se ven influidas por las diferentes *escuelas* de pensamiento económico (28).

2. La eficacia. Los OR tienen una variedad de potestades a su disposición y normalmente unos procedimientos rápidos, ágiles y baratos que los convierten en órganos de resolución de conflictos más adecuados que la Administración ordinaria o los tribunales (29).

3. La protección de los intereses comunitarios, difusos por toda la colectividad, pero sin titulares exclusivos o entes exponenciales, frente al progreso científico y técnico fundamentalmente a través de los poderes económicos. Son intereses que por fragmentados son débiles (ahorradores, consumidores, usuarios) frente a los grandes centros de poder económico, organizados establemente y a escala internacional, por lo que los OR deben asumir en sus decisiones, previa procedimentalización, las demandas de todos los interesados (30). Los OR deben ser independientes con capacidad para disciplinar a las empresas que disponen de poder de mercado, lo que aumenta las posibilidades de que las ganancias de productividad se trasladen, vía precios, a los consumidores y a la generalidad de las empresas productivas de bienes y servicios (31).

4. Los OR proporcionan a la regulación una estabilidad y continuidad mayores que la de los Gobiernos (32). La política en los sectores regulados exige una cierta continuidad en los equipos técnicos y en la autoridad que la desarrolle, y las decisiones que toman los OR se proyectan más allá de la duración normal de un Gobierno. En el orden tecnológico, la opción por unos u otros sistemas condiciona por largo tiempo la oferta del servicio y en el orden económico-empresarial, las inversiones exigen un marco jurídico y fiscal estable y garantizado (33).

(27) BERNSTEIN (1955, 113 y sigs.); RODRÍGUEZ PONTÓN (1999, 215).

(28) Como demostró en su día el caso Microsoft en los EEUU, la opción por su conservación como empresa unitaria (al entender que la competencia siempre subsiste y que cualquier intervención pública es dañina) o su desmembración en varias empresas (para impedir un monopolio de hecho y hacer revivir la competencia) es una decisión política y no técnico-económica: GRASSINI (2001, 13).

(29) CONSEIL D'ÉTAT (2001, 275-277); GUÉDON (1991, 24-25); ERGAS y HEIMLER (2000, 353-354); BALDWIN y MCCRUDDEN (1987, 4-5); ROPPO (2000, 163); BETANCOR (1994, 213); SALVADOR (2002, 349).

(30) PASSARO (1996, 263-267); BETANCOR (1994, 214).

(31) BEL (2000, 28).

(32) MAJONE (1996, 34-35); RODRÍGUEZ PONTÓN (1999, 212); THATCHER (2002, 130).

(33) ARIÑO (1994, 52).

5. Garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales a través de un procedimiento contradictorio que asegure la igualdad de armas, de manera que, al igual que sucede con los jueces, no haga falta que los OR tengan una legitimidad democrático-representativa (34).

6. El alejamiento de la influencia gubernamental o, mejor dicho, de la mayoría política dominante en cada momento, es el elemento decisivo que creo que debe valorarse en mayor medida como argumento favorable a la existencia de estos OR (35). En los sectores estratégicos o de gran conflictividad se tiende a un política no partidaria para garantizar imparcialmente los intereses de los ciudadanos frente a estructuras económicas particularmente fuertes, de forma que los OR son sustraídos de la relación jerárquica con el Ejecutivo y se los convierte en entes sujetos exclusivamente a la Ley (36). Los servicios de red de interés general funcionan en un mercado imperfecto en el que existen operadores dominantes que intentan evitar la entrada de otros nuevos y en el que hay que asegurar los derechos de los ciudadanos a acceder en determinadas condiciones a esos servicios. En ese contexto, la experiencia demuestra que el Gobierno suele tener una especial relación con algunos operadores bien porque determinadas empresas privadas han tenido o pueden llegar a tener vínculos comerciales con miembros del mismo, bien por la importante influencia que siguen manteniendo los operadores dominantes. Por otra parte, el Gobierno puede utilizar la regulación sobre los servicios de red para conseguir rentabilidad electoral en el corto plazo mediante la bajada de tarifas o la modificación de la prestación del servicio que pueden ser perjudiciales a medio y largo plazo, debiendo responder, por el contrario, a un equilibrio entre los costes de los operadores, las necesidades de los usuarios y los márgenes de incentivo necesarios para estimular la competencia (37). La finalidad última es alejar al Gobierno para que este no altere las reglas del mercado adecuándolas a sus exigencias que no son las de la libre competencia en igualdad de condiciones entre los operadores del mercado y en beneficio de los usuarios sino la del fácil e inmediato consenso social y electoral (38).

(34) F. MERUSI en su obra *Democrazia e Autorità indipendenti* desarrolla con detalle esta teoría: MERUSI (2000).

(35) CONSEIL D'ÉTAT (2001, 275-277); GUÉDON (1991, 24-25); MAJONE (1996, 34-35); CHEVALLIER (1986); THATCHER (2002, 130); WILKS y BARTLE (2002, 151); OGUS (2000, 36); GRADOLPH (2009, 49).

(36) ABAGNALE (1997, 129); NICCOLAI (1996, 8); THATCHER (2002, 131).

(37) AMATO (1997a, 5); CRUZ (1999, 400); FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (1999a, 6); SMITH (1997, 22); ARIÑO (1994, 51).

(38) PASSARO (1996, 236); CLARICH (2001, 92).

IV. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ORGANISMOS REGULADORES COMO ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES

Vista la necesidad de la existencia de los OR en los servicios de red de interés general, hay que preguntarse qué lugar ocupan en el entramado institucional establecido por la Constitución de 1978.

La experiencia comparada muestra cómo el ejemplo de las IRC norteamericanas, nacidas y desarrolladas por razones histórico-constitucionales determinadas, como es la ausencia de titularidad estatal en los servicios de red de utilización general y el deseo del Congreso norteamericano de limitar el poder presidencial (39), se extiende a partir de la segunda mitad de los años setenta del siglo XX a los ordenamientos constitucionales europeos con el objetivo de neutralizar políticamente la intervención estatal fundamentalmente en dos ámbitos: la protección de determinados derechos fundamentales y la regulación de la competencia en ciertos mercados de vital importancia económica, especialmente tras su liberalización.

El primer problema que plantea la recepción de los OR en el Derecho europeo es el de su encaje constitucional, ya que las Constituciones no los contemplaban cuando fueron elaboradas. Sus reducidas competencias en comparación con las IRC norteamericanas han permitido hasta el momento hacerlos compatibles con los textos constitucionales, aunque en los últimos años comienza a plantearse la revisión constitucional en este tema (40). De todas formas, solo Portugal y Grecia han reformado sus Constituciones para consagrar la posibilidad de creación por Ley de «entidades administrativas independientes» [art. 267.3 de la Constitución portuguesa tras su reforma de 1997, sin especificar su naturaleza jurídica y funciones (41)], y el establecimiento de «Autoridades independientes», con mandato de duración fija (art. 101.A de la Constitución griega, tras su reforma de 2001).

La Constitución española se elabora en un momento en que los Reguladores empiezan a dar sus primeros pasos en la Europa continental (42), por lo que difícilmente podría haberse hecho eco de una evolución institucional tan incipiente. Sin embargo, al poco de entrar en vigor la Constitución aparece un

(39) Sobre las IRC norteamericanas me remito a VÍRGALA (2002, 37-72).

(40) En extenso sobre los problemas de constitucionalidad en Francia e Italia: VÍRGALA (2002, 93-96 y 124-128).

(41) Sobre la gestación y consecuencias de este precepto constitucional portugués puede verse BLANCO DE MORAIS (2000).

(42) En 1978 nace la francesa *Commission nationale de l'informatique et des libertés*.

organismo público, el Consejo de Seguridad Nuclear (CSN) (43), de los que la doctrina denominará a partir de entonces con el nombre de origen francés de Autoridades administrativas independientes (AAI) (44) o la de Administraciones independientes (45), sin más. Al CSN le siguieron la Comisión Nacional del Mercado de Valores-CNMV (46) en 1988, la Agencia Española de Protección de Datos-AEPD en 1992 (47), el Banco de España-BE tras su transformación en 1994 (48), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones-CMT en 1996 (49), la Comisión Nacional de Energía-CNE en 1998 (50), la Comisión Nacional de la Competencia-CNC en 2007 (51), la Comisión Nacional del Sector Postal-CNSP en 2007 (52), el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales-CEMA en 2010 (53) y la Comisión Nacional del Juego-CNJ en 2011 (54).

(43) El CSN fue creado en 1980 por la Ley 15/1980, de 22 de abril, del Consejo de Seguridad Nuclear (LCSN), a pesar de que parece que los legisladores no estaban pensando en la importancia de una figura de este tipo sino simplemente en realizar una política de consenso en materia de seguridad nuclear. El Gobierno de UCD se vio forzado a la creación de un organismo de control nuclear en un momento, finales de los años setenta, en el que arreciaban las campañas antinucleares mundiales y en que los pactos derivados de la transición política y de la situación minoritaria de dicho partido propiciaba la creación de un órgano no sometido a la voluntad gubernamental: PARADA (1995, 289); POMED (1993, 119); GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2000, 427); LÓPEZ RAMÓN (1991, 197); CARLÓN (1999, 232).

(44) GARCÍA LLOVET (1993); GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2000, 428); MUÑOZ MACHADO (1998, 172); NAVAJAS (2000, 67); TORNOS (1999, 71); MARTÍ (2000, 243).

(45) GALLEGO y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (1999, 59); ÁLVAREZ GARCÍA (1998, 355); LÓPEZ RAMÓN (1991, 192); MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (1997, 258); MERINO y PÉREZ-UGENA (1998, 104); PARADA (1999, 242); POMED (1993); RODRÍGUEZ PONTÓN (1999, 190); TERRÓN (2001); RALLO (2002, 300).

(46) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores-LMV.

(47) LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos-LORTAD.

(48) Tras una primera reestructuración por la Ley 30/1980, de 21 de junio, por la que se regularon sus órganos rectores, adquiere auténtica independencia a partir de la Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España-LBE.

(49) Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones.

(50) Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos-LSH, aunque con anterioridad existió desde 1994 la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional.

(51) Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia-LDC.

(52) Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal-LCNSP. La CNSP ha entrado en funcionamiento efectivo el 6 de octubre de 2010 (Orden FOM/2575/2010, de 1 de octubre, BOE de 5 de octubre), tras el previo nombramiento de sus miembros por los correspondientes Decretos del Ministerio de Fomento de 16 de julio de 2010.

(53) Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual-LGCA. El CEMA, a julio de 2011, sigue sin constituirse.

(54) Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego-LJ. La CNJ no ha entrado en funcionamiento en el momento de escribir estas líneas.

El legislador antes de la LES, sin embargo, no ha utilizado esa denominación de Autoridades administrativas independientes, salvo en el CEMA donde habla de «Autoridad independiente» (55), sino otras en las que no se solía mencionar la independencia, salvo en los casos del CSN (56), de la AEPD (57), de la CNC (58), de la CNSP (59), del CEMA (60) y de la CNJ (61), mientras en los demás supuestos se calificaba a estos organismos de «entidad de Derecho público [...] con autonomía respecto a la Administración General del Estado» (62) o meramente de «ente de Derecho público» (63) u organismo público (64). De todas formas, creo conveniente seguir utilizando la expresión genérica de Autoridades administrativas independientes para todos aquellos organismos públicos a los que el Ordenamiento jurídico ha colocado en una situación de relativa independencia respecto del Gobierno, ha atribuido potestades de todo tipo (normativas, sancionadoras, autorizadoras, etc.), y les ha encargado la función de protección de determinados derechos fundamentales o de regulación de sectores económicos. Dentro de las AAI, nos encontramos con las dirigidas a la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos que podrían correr peligro si aquellas fueran simples prolongaciones convencionales del Ejecutivo (65) (AEPD, CSN, CEMA), a la definición de la política monetaria (BE) y a la regulación de los mercados liberalizados (CNMV, CNC, CNSP, CNJ, CMT y CNE). Estas últimas, con el nombre de Organismos Reguladores, son las afectadas por la LES (art. 8.1), aunque, de momento, solo lo serán totalmente la CNE,

(55) En la LGCA habla de «Autoridad independiente» (art. 45).

(56) «[E]nte de Derecho Público, independiente de la Administración General del Estado», artículo 1 LCSN, en su redacción por la Ley 33/2007, de 7 de noviembre, de reforma de la Ley 15/1990.

(57) «Ente de Derecho público [...] que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas», artículo 35.1 LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

(58) «[E]ntidad de Derecho Público» que actuará con «plena independencia de las Administraciones Públicas»: artículo 19.1 LDC.

(59) «[E]s un organismo independiente funcionalmente»: antiguo artículo 1.3 LCNSP.

(60) «[A]utoridad independiente supervisora y reguladora de actividad de los medios de titularidad del Estado o que estén bajo su competencia»: artículo 45 LGCA.

(61) «[E]s un organismo independiente funcionalmente»: artículo 20.3 LJ.

(62) Artículo 1.1 LBE.

(63) Artículo 14.1 LMV.

(64) Antiguos artículo 48.1 Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones-LGTel, para la CMT, y Disp. Adic. undécima.primer.2 LSH, para la CNE.

(65) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1994, 431).

la CMT, la CNSP, la CNJ, y parcialmente la CNC (66), quedando excluida «por ahora» la CNMV (67).

Ante esta situación, creo que cabe entender que estamos ante una situación cercana a la novación constitucional en la que determinados órganos no previstos en el texto de 1978 han ido surgiendo como mecanismos de garantía de determinados derechos constitucionales o para regular las deficiencias del libre mercado, en un contexto que P. Pasquino denomina de «democracia escéptica y pluralista» (68), en la que se abandona la teoría de la democracia como sistema basado exclusivamente en las elecciones periódicas y en el dominio de la mayoría para pasar a una democracia en que una pluralidad de órganos (en primer lugar, el Tribunal Constitucional, pero no solo) se controlan unos a otros, para asegurar el respeto de las minorías y limitar el abuso de poder (69). Se puede estar o no de acuerdo con esta transformación de la forma de Estado, cuestión sobre la que aquí no puedo detenerme, pero, en todo caso, las AAI, como expresión de esa novación constitucional, chocan, al menos parcialmente, con el artículo 97 CE, y su evolución futura puede hacerlas absolutamente incompatibles con este.

En España, el problema de la constitucionalidad de los OR no afecta al principio de la separación de poderes, como en el caso norteamericano, ya que, como más adelante expondré, tienen una clara adscripción administrativa y las posibles potestades que poseen como las normativas o sancionadoras no hay impedimento constitucional alguno para que las ejerzan.

El problema fundamental de los OR en la Constitución española es el de su compatibilidad con el enunciado del artículo 97 que establece que «[e]l Gobierno dirige la Administración civil», ya que, si aquéllos son realmente independientes, difícilmente el Gobierno puede llevar a cabo esa dirección, a pesar

(66) La LES lo que hace realmente es establecer que gran parte de lo previsto será de aplicación también a la CNC. En concreto «el apartado 2 del artículo 9, los apartados 2, 3, 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 12, el artículo 13, los apartados 1, 3 y 4 del artículo 15, el artículo 16, el artículo 19, el apartado 3 del artículo 20, el artículo 21 y el artículo 24» (art. 8.2). Por su lado, la Disp. Final 4.^a LES establece que «El Gobierno, cuando así lo aconsejen las condiciones de competencia en los mercados de transporte, y, en particular, los avances en el proceso de liberalización del sector ferroviario, remitirá al Parlamento un proyecto de Ley de creación de un organismo regulador del sector transporte, que integre las funciones atribuidas al Comité de Regulación Ferroviaria y la regulación del resto de modos de transporte».

(67) La LES excluye «por ahora» de su ámbito «los organismos vinculados al ámbito financiero, que deberán adecuarse a las reglas resultantes del proceso de discusión que actualmente se desarrolla en el ámbito internacional y europeo»: Exposición de motivos de la LES.

(68) PASQUINO (2001).

(69) Esta visión de las Autoridades independientes responde, como señalan MUÑOZ MACHADO (2009a, 611), o GRASSO (2006, 31-32), a un enfoque madisoniano de la democracia.

de que algún autor declare que «a falta de prohibición constitucional expresa y ante la difusa virtualidad de los argumentos que, hasta la fecha, han sostenido la inconstitucionalidad de las Administraciones independientes, nada impide en la Constitución la creación de Administraciones independientes» (70). Como ya me referí a este tema en extenso en un trabajo anterior (71), allí me remito ahora, recogiendo ahora exclusivamente las conclusiones entonces alcanzadas.

Lo primero que hay que señalar es que en el tema de la compatibilidad de los OR con el artículo 97 CE en poco van a ayudar los pronunciamientos del TC. A diferencia de otros ordenamientos, como el francés (72) y el italiano (73), en el español cuando el TC se ha encontrado con la impugnación de leyes creadoras de AAI lo ha sido en casos en que las alegaciones de inconstitucionalidad no iban referidas al estatuto jurídico de la AAI afectada sino a otros aspectos diferentes (74).

La dirección de la Administración de la que habla el artículo 97 CE se refiere fundamentalmente a dos mecanismos en un sistema parlamentario (75). El primero es la capacidad de nombramiento y separación de los altos cargos de la Administración [art. 12.2.f) LOFAGE] de forma que el Gobierno pueda designar y cesar a las personas que considera más capaces para trasladar a los ciudadanos a través del aparato burocrático del Estado las políticas decididas en el Consejo de Ministros (76). De poco serviría que el Gobierno dirija la política interior y exterior si no pudiera nombrar a las personas encargadas de ejecutarlas. Siguiendo el planteamiento de las competencias conexas a la función de gobierno de L. López Guerra, cabe deducir que «una dirección política» resulta impensable sin la posibilidad de seleccionar personas de confianza para determinados cargos claves, de forma que «la capacidad de nombramiento o de-

(70) RALLO (2002, 218), aunque extrañamente cite en apoyo de esta afirmación a un autor francés (J. L. Autin) en un trabajo sobre las AAI francesas.

(71) VÍRGALA (2002, 231-258).

(72) VÍRGALA (2002, 93-96).

(73) VÍRGALA (2002, 124-128).

(74) En este sentido, coincido con M. Magide en que la mención de POMED (1993, 166) a la STC 108/1986, de 26 de julio, sobre el CGPJ nada tiene que ver con las Administraciones independientes y, por ello, no puede decirse que el TC «se pronuncia por la plena conformidad de las Administraciones independientes con la Carta Magna».

(75) Entra también en la dirección por el Gobierno de la Administración la estructuración interna de la misma de acuerdo a la ley, pero esto es un aspecto que queda al margen de la cuestión aquí debatida.

(76) PÉREZ FRANCESCH (1993, 126); GARCÍA FERNÁNDEZ (1995, 211); LÓPEZ CALVO (1996, 337); RALLO (2002, 187); S. DEL SAZ (1999, 186).

signación de los titulares de determinadas posiciones aparece como contenido implícito de la dirección de la Administración» (77).

El segundo mecanismo de articulación de la dirección de la Administración por el Gobierno es la facultad de dictar instrucciones de obligado cumplimiento a los organismos de la Administración (78), de forma que el Gobierno sea capaz de impulsar la actividad administrativa a partir de su dirección política, indicando cómo debe ejecutarse dicha política y pudiendo rectificar las decisiones contrarias a la misma. El Gobierno posee así la capacidad de «dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio» (art. 21.1 LRJPAC), la potestad de «avocar para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes, cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente» (art. 14.1 LRJPAC) y la potestad de modificar los actos administrativos mediante la resolución del oportuno recurso de alzada (art. 114.1 LRJPAC).

Lo decisivo es situar el artículo 97 CE en la forma de gobierno diseñada por la Constitución de 1978. El parlamentarismo racionalizado refuerza la posición del Gobierno, que siempre tiene la capacidad de nombramiento y cese de los altos cargos y si los OR tienen carácter administrativo en España, no puede caber duda de que sus potestades de regulación de los mercados son no únicas pero sí suficientemente relevantes como para entender a sus titulares como «altos cargos». En realidad, las leyes creadoras de los OR y la propia LES permiten el libre nombramiento por el Gobierno de sus miembros pero reducen drásticamente su posibilidad de cese, salvo hasta ahora en el caso de la CNE. Sin embargo, la posibilidad establecida en todas ellas del cese gubernamental dadas determinadas causas tasadas permite decir que, al menos, en los casos límites de incapacidad, incumplimiento grave de sus obligaciones, condena por delito doloso o incompatibilidad sobrevenida, el Gobierno todavía conserva cierta capacidad de conformación del órgano por lo que podría salvarse su constitucionalidad, aun reconociendo que esta es una interpretación ciertamente forzada del artículo 97 CE.

En cuanto a la impartición de instrucciones por el Gobierno, los OR se caracterizan precisamente por lo contrario. Su independencia funcional, como se verá, les sustrae a toda relación de jerarquía, tutela o control del Gobierno

(77) LÓPEZ GUERRA (1988, 32); en el mismo sentido, BILBAO (1999, 167). Para M. MAGIDE, sin embargo, en nuestra tradición legal, la dirección gubernativa de la Administración se basaba en el nombramiento y cese de los titulares, pero esto no significa que el artículo 97 CE imponga dicho mecanismo: MAGIDE (2000, 199).

(78) GARCÍA FERNÁNDEZ (1995, 211).

y, por tanto, impide que este les dicte instrucciones o directrices de obligado cumplimiento o pueda avocar la resolución de los asuntos que correspondan a los OR. En todo caso, en este tema hay que diferenciar entre los diferentes OR, pues mientras la CMT tiene la máxima independencia funcional (agotamiento de la vía administrativa, potestad sancionadora propia sin recurso administrativo alguno), la CNE se colocaba hasta la LES en la posición contraria (recurso de alzada para la mayoría de sus decisiones, ausencia de potestad sancionadora propia). Por lo tanto, a partir de ahora, la CMT, la CNC, la CNSP, la CNE (y en el futuro la CNJ) quedarían fuera de la dirección del Gobierno en su aspecto funcional.

La mínima dirección que el Gobierno ejerce sobre los OR debe conducir a que el artículo 108 CE también se vea modulado en este aspecto, ya que aquél no puede hacerse responsable del funcionamiento ordinario de los OR que poseen una independencia funcional. Si el Gobierno carece de cualquier mecanismo para modificar las decisiones de un OR no puede hacerse responsable de las mismas, aunque sean contrarias a las directrices gubernamentales, salvo que se quiera activar una especie de responsabilidad *per culpa in eligendo*. Solamente si el funcionamiento de un OR es gravemente dañoso o contrario a la misión legal que se le ha otorgado y el Gobierno no reacciona cesando a sus miembros por alguna de las causas tasadas, entonces se le podrá hacer responsable político de esa actuación (79). Cuando se produce un actuación de ese tipo nada impide ni en la Constitución ni en las leyes creadoras de los OR que el Gobierno sea el responsable político, a lo que se añade el que la opinión pública también exigirá que el Gobierno explique las razones que le llevaron a no reaccionar a tiempo no permitiendo que se esconda tras la experiencia o independencia de los expertos (80), como el escándalo Gescartera demostró en 2001 para la CNMV (81). Por lo anterior, y sin esperar a la reforma constitucional para la regulación general de las AAI (82), sí parece necesario reforzar ya, en el sentido que luego se señalará, el control parlamentario sobre los OR (83).

(79) BETANCOR (1994, 191 y 201-202).

(80) La misma opinión para Francia en CONSEIL D'ÉTAT (2001, 371).

(81) Las vicisitudes de este escándalo financiero que implicó directamente a la CNMV y que supuso la dimisión de su Presidenta, pueden verse en toda la prensa española a partir del mes de julio de 2001: por ejemplo, *El País*, 27 de julio de 2001, pág. 52; 31 de julio de 2001, pág. 37; 7 de agosto de 2001, pág. 39; 9 de agosto de 2001, pág. 45, etc.

(82) Que es jurídicamente posible pero muy improbable políticamente, por las reticencias a la reforma constitucional: RALLO (2002, 317). En este sentido, A. Rallo ha propuesto algunas pautas para tal hipotética reforma constitucional, siguiendo lo propuesto por la doctrina en Italia y el intento de reforma constitucional de su Constitución en 1997: RALLO (2002, 324 y sigs.).

(83) En el mismo sentido, CIRIANO (2000, 419-420).

La conclusión final es que tras la LES todos los OR estarán bajo la dirección del Gobierno en una medida ínfima, ya que, ante un comportamiento irregular de un OR, solo podría cesar a uno o varios de sus miembros previo un proceso complejo, de forma que, si no lo hace, deba asumir su responsabilidad política ante el Congreso de los Diputados y ante la opinión pública. No habría dirección del Gobierno sobre algunos OR en sentido verdadero sino una muy atenuada que le permitiría en situación extremas reaccionar a través del cese de sus miembros.

V. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS ORGANISMOS REGULADORES EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL Y EN LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

Hasta el momento actual, la creación de AAI, y dentro de éstas de OR, ha sido siempre mediante leyes específicas, sin que exista un marco legislativo común (salvo las escasas previsiones de la Disp. Adic. décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado-LOFAGE), dando lugar a una gran diversidad de situaciones que ha hecho que cada OR ocupara una posición jurídica diferente (84). No había un régimen unitario, variando el grado de independencia, las potestades que podían ejercer, el procedimiento de nombramiento y cese, etc. La muestra más evidente de esta situación es la que se producía con los dos OR de los servicios de red de interés general. Mientras la CMT era un organismo independiente cuyo estatuto jurídico solo forzosamente podía entenderse que encaja en el artículo 97 CE, la CNE, hasta ahora, ha sido un mero organismo público dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio orgánica y funcionalmente, integrado, por tanto, en la Administración General del Estado como un organismo autónomo más.

La reforma establecida en la LES es, por ello, muy positiva al tener la vocación de establecer «por primera vez en nuestro ordenamiento un marco horizontal, común a todos ellos, que asume sus características de independencia frente al Gobierno y frente al sector correspondiente» (85). Ahora, cada OR tendrá una norma propia (86) con potestades diferenciadas, pero en el marco de la LES, que proporcionará garantías comunes de independencia orgánica y funcional.

(84) CARLÓN (1999, 234).

(85) Exposición de motivos, BOCG-CD, IX Legislatura, Serie A, 9 de abril de 2010, núm. 60-I.

(86) Para ello, la Disp. Final 33.^a LES modifica la LSH para la CNE, la Disp. Final 34.^a la LGtel para la CMT, y la Disp. Final 36.^a modifica la LCNSP para la CNSP.

Esta nueva situación afectará especialmente a la CNE que, como ya he indicado, ha sido más un Organismo autónomo que un auténtico OR. El cambio viene, además, obligado por la Directiva 2009/72/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, que exige una mayor independencia para los Reguladores energéticos respecto del poder político (art. 35) (87). Mientras la anterior Direc-

(87) La Directiva 2009/72, además, amplía de forma muy importante las funciones que tendrá la CNE en la fijación de las tarifas de transporte o de distribución o de la metodología del cálculo de las mismas, a propuesta de los gestores de redes de la red de transporte o distribución o a propuesta de éstos y de los usuarios de la red; en el cumplimiento, y puesta en práctica, de las decisiones pertinentes y jurídicamente vinculantes de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía y la Comisión; el control de los planes de inversión de los gestores de red de transporte; el cumplimiento y revisión de los resultados anteriores de las normas de seguridad y fiabilidad de la red, así como establecer o aprobar normas y requisitos de calidad del servicio y el suministro o contribuir a ello junto con otras autoridades competentes; el nivel de transparencia, incluido el de los precios al por mayor, y velar por que las empresas de electricidad cumplan las obligaciones de transparencia; el tiempo utilizado por los gestores de red de transporte y distribución para efectuar conexiones y reparaciones; la aplicación de las normas sobre las funciones y competencias de los gestores de redes de transporte, los gestores de redes de distribución, los suministradores y los clientes y otros participantes en el mercado; las inversiones en capacidad de generación en relación con la seguridad de suministro; la aplicación de las medidas de salvaguardia; en el control del grado y la efectividad de apertura del mercado y de competencia, tanto en el mercado mayorista como minorista, incluidos los intercambios de electricidad, los precios domésticos, incluidos los sistemas de pago anticipado, los índices de cambio de compañía, los índices de desconexión, las tarifas de los servicios de mantenimiento y de su ejecución, y las reclamaciones de los consumidores domésticos así como cualquier falseamiento o restricción de la competencia, por ejemplo, aportando toda información pertinente y poniendo en conocimiento de los organismos competentes los casos que surjan; en el aseguramiento del acceso de los clientes a los datos de consumo; en la promulgación de decisiones vinculantes para las empresas eléctricas; en la imposición de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias a las empresas eléctricas que no cumplan las obligaciones de la Directiva y por cualquier decisión jurídicamente vinculante de la autoridad reguladora o de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía o proponer a un Tribunal competente que imponga las sanciones; en la investigación adecuada y suficiente sobre el funcionamiento de los mercados eléctricos y decidir e imponer cualquier medida necesaria y proporcionada para promover la competencia efectiva y asegurar el adecuado funcionamiento del mercado; en la capacidad para oponerse en determinadas circunstancias a las decisiones adoptadas por el órgano de supervisión del gestor de la red de transporte de electricidad relativas a la designación y a la renovación, las condiciones laborales incluidas la remuneración, y el cese de funciones de las personas responsables de la gestión y/o de los miembros de los órganos administrativos del gestor de la red de transporte de electricidad; en la aprobación de los procedimientos transparentes y eficaces para la conexión no discriminatoria de nuevas centrales eléctricas a la red. En este sentido, el Reglamento CE 713/2009, del Parlamento y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER), también va a incidir en la labor de la CNE. La Agencia recogida en este Reglamento es fruto de la posición mantenida por el Consejo europeo de 8 y 9 de marzo de 2007 que instó a la Comisión a proponer

tiva 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003, no exigía la independencia respeto del poder político sino de los «intereses del sector», la 2009/72 lo hace exigiendo el funcionamiento independiente de cualquier otra entidad pública o privada y de cualquier interés comercial. La LES incorpora también la exigencia comunitaria de la exclusión de la posibilidad de recibir instrucciones del Gobierno o de cualquier otra entidad pública o privada, adoptando decisiones autónomas, con independencia de los órganos políticos.

Hay que decir también que junto a la vertiente positiva de establecer un marco común, la LES no avanza suficientemente ni en el factor de la independencia de los OR en cuanto a su nombramiento exclusivo por el Gobierno, ni tampoco en el perfeccionamiento de los mecanismos de control.

V.1. *Los OR como organismos públicos administrativos*

La doctrina española ha entendido siempre que los OR se integran en el Poder Ejecutivo y, por tanto, en la Administración General del Estado (88). No son órganos de control o garantía expresamente previstos en la Constitución. No forman parte del Poder Judicial, pues ni tienen la consideración de órganos jurisdiccionales ni realizan funciones de tal tipo aunque algunas, como la resolución de conflictos, tengan aspectos cuasijurisdiccionales. No dependen de las Cortes Generales ni son nombrados o cesados por éstas, aunque la LES establece una cierta relación con las Cámaras, como luego se verá.

La anterior argumentación por exclusión es confirmada por la naturaleza fundamentalmente administrativa de sus potestades (reglamentarias, sancionadoras, autorizadoras, etc.), y por la posición adoptada expresamente por el legislador al incluirlas en la Disp. Adic. décima de la LOFAGE y por su adscripción a diferentes Ministerios (89). Si dicha Disposición Adicional nos dice que son organismos públicos, la propia LOFAGE en su articulado solo contempla tres tipos de organismos públicos (art. 43): los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las Agencias Estatales, que se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por la LOFAGE. Los OR no pueden

medidas para la creación de un mecanismo independiente de cooperación entre los reguladores nacionales. Sobre la ACER me remito al libro que publicaré este 2011: *Las Agencias reguladoras de la UE*, Comares, Granada.

(88) SALA (1984, 409); GARCÍA LLOVET (1993, 95); PAREJO (1994, 647); MAGIDE (2000, 54).

(89) A los de Industria, Turismo y Comercio (CMT, CNE), de Economía y Hacienda (CNC y CNJ) y de Fomento (CNSP).

ser organismos autónomos pues no se les encomienda «la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos» (art. 45.1 LOFAGE), ni entidades públicas empresariales, ya que ninguna de ellas tiene por objeto «la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación» (art. 53 LOFAGE) ni tampoco Agencias estatales, ya que su ley de creación así lo estableció: «Se exceptúan de lo indicado en el número anterior [Organismos públicos que han de transformarse en Agencias Estatales] a aquellos Organismos previstos en las Disposiciones Adicionales 9.^a y 10.^a de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que por Ley dispongan de una especial autonomía o independencia funcional respecto de la Administración General del Estado» (Disp. Adic. quinta.2 Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos). Los OR no están sometidos al «control de eficacia» por el Ministerio correspondiente (arts. 51 y 59 LOFAGE) (90) y sus actos y resoluciones no siempre son susceptibles «de los recursos administrativos previstos» en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común-LRJPAC (arts. 52.2 y 60.1 LOFAGE).

Serían organismos públicos específicos de carácter administrativo pero no incluibles entre los organismos públicos genéricos previstos en la LOFAGE, ya que, como esta misma admite, se rigen por su normativa específica, lo que hace que queden excepcionadas las limitaciones de los artículos 41 y sigs. LOFAGE y se conviertan en organismos públicos independientes.

V.2. *Los OR como Administraciones independientes*

Ya he explicado antes las razones que aconsejan la existencia de OR independientes en los sectores de red, por lo que corresponde analizar ahora el grado de «independencia» que gozan en el Ordenamiento español. Como señaló la consejera de la CMT, Gloria Calvo, «la independencia de las entidades reguladoras es justificativa de su propia existencia. Si no somos independientes, la Administración General del Estado basta para cumplir las funciones que se nos han atribuido, y esa independencia no lo es solo respecto de nuestros

(90) Excepto la CNE antes de la LES, ya que la Disp. Adic. undécima.primer.2 LSH disponía que estaba sometida al control de eficacia del Ministerio de Economía, pero hay que tener en cuenta que la CNE no ha sido un auténtico OR sino un mero organismo autónomo, como ya he señalado con anterioridad.

regulados —preocupación típica al otro lado del Atlántico—, es también, en nuestro caso, independencia respecto de quienes previamente nos han señalado el marco que debemos administrar. A ellos compete la plena libertad de hacerlo en consideración de todos los elementos coyunturales. A nosotros nos corresponde, en beneficio de la seguridad jurídica, aplicar ese marco en sus concretas previsiones y sin más consideración —que bastante es— que el cumplimiento de los objetivos que se nos asignan en beneficio, además, de los consumidores finales» (91).

La LES insiste también en la característica de «independencia» de los OR tanto en la exposición de motivos como en el artículo 8.3. Es importante la asunción legislativa de tal independencia, ya que es una característica que debería distinguirlos de cualquier otra Administración, aunque plantee los problemas de constitucionalidad que antes he señalado. Un añadido importante a esa independencia, en relación con lo que antes ya indiqué, es que la LES no solo la consagra respecto del Poder Ejecutivo, sino también del «sector correspondiente» (exposición de motivos) y de «los agentes del mercado» (art. 8.3) (92).

Lo primero que debe resaltarse es que me refiero a la independencia en un sentido relativo y no absoluto, en el entendimiento de que los OR son organismos que pueden ejercer sus potestades sin intervención de otros órganos del Estado, pero eso no significa que no existan mecanismos que puedan corregir, aunque sea de manera excepcional, una conducta irregular de dichos Organismos (93).

En la legislación española ha resultado palmaria hasta ahora, en comparación con la francesa o la italiana, la reticencia a calificar de independientes a los OR. Así, como ya señalé, la independencia solo era mencionada expresamente para la CNSP («es un organismo independiente funcionalmente de la Administración General del Estado»: antiguo art. 1.3 LCNSP) y, tras la LES, lo es para la CNJ («es un organismo funcionalmente independiente de la Administración General del Estado»: art. 20.3 LJ). Para los demás OR se utiliza el término de autonomía, de forma directa o de manera genérica para todos ellos por la Disp. Adic. décima de la LOFAGE: «El Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán respecto de tales Organismos las facultades que la

(91) CALVO (2009, 214).

(92) Como así lo recuerda también el Libro Verde europeo sobre los servicios de interés general de 2003 (anexo-punto 41).

(93) «Cabe destacar que la independencia no significa que no se deban rendir cuentas. Por lo general, los organismos reguladores han de informar regularmente al Gobierno y/o al Parlamento y, lo que es aún más importante, las partes afectadas pueden impugnar sus decisiones ante los tribunales»: Libro Verde sobre los servicios de interés general de 2003 (anexo-punto 43).

normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía».

Esta utilización del término «autonomía» ha sido aceptada por algunos autores en el sentido de un «poder funcional y limitado que se reconoce, por otro, superior a él, para el mejor servicio de las funciones y fines propios de la institución de la que tal poder se predica, funciones y fines que, de este modo, constituyen al mismo tiempo el fundamento y el límite del poder en cuestión» (94). Aunque a primera vista esta acepción pueda ser correcta, ya que la independencia de la que hablamos no es absoluta sino relativa, creo que debe defenderse la utilización del término «independencia», como hace la LES. En primer lugar, el término organismos autónomos es utilizado en nuestro Derecho público para identificar determinados entes públicos que no son los OR. En segundo lugar, porque la «independencia» forma parte de la terminología utilizada en el Derecho comparado. En tercer lugar, en el imaginario jurídico la expresión de «independencia» da una idea más adecuada que la de «autonomía» respecto de la no dependencia del Gobierno y de su diferenciación con el resto de la Administración General del Estado (95).

La independencia de los OR ha de entenderse como independencia orgánica e independencia funcional respecto del Gobierno, para lo que se pueden establecer una serie de condiciones. Sin embargo, entre esas condiciones las hay de mayor y menor relevancia para asegurar la independencia de los OR. Por ello, entiendo que es importante resaltar desde este momento que la independencia de los OR debe concretarse además de en su creación mediante Ley formal, para que el Gobierno no pueda modificar su estatuto jurídico (96), en tres condiciones sin las cuales no existe, de forma que la ausencia de alguna de ellas hace que el OR dependa del Gobierno, no tenga una capacidad de actuación propia y no plantee por ello problema alguno de constitucionalidad al ser un organismo más de la Administración General del Estado. Otros elementos pueden contribuir a reforzar la independencia, pero sin ser tan determinantes como los que ahora comentaré.

Los citados tres principios serían, dentro de lo que suele denominarse la independencia orgánica, la imposibilidad para el Gobierno de disponer de la

(94) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1990, 5). Prefieren hablar también de autonomía: BETANCOR (1994, 275); DíEZ SANCHEZ (1997, 749); FUERTES (1994, 376).

(95) BETANCOR (2001, 415). Para Italia, FRANCHINI (1996, 75).

(96) BETANCOR (2001, 416); FUERTES (1994, 377). Así se deduce también de la Dis-pág. Adic. décima LOFAGE cuando dice: «Los Organismos públicos a los que, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía...».

composición del órgano (97) y dentro de la llamada independencia funcional, la inexistencia de una relación de jerarquía, tutela o control del Gobierno con los OR (98) y la prohibición al Gobierno para emitirles instrucciones o directrices de obligado cumplimiento (99) o, al menos, la imposibilidad de modificar las decisiones de los OR mediante el oportuno recurso de alzada (100).

V.2.1. *La independencia orgánica* (101)

1. Nombramiento de los miembros de los OR.

En el procedimiento de nombramiento de los miembros de los OR, el rasgo general en el ordenamiento español frente a otros, como el francés (102) o el italiano (103), es la intervención exclusiva del Gobierno (104). A pesar de que se

(97) MENÉNDEZ (1995, 299); POMED (1993, 158-159); BETANCOR (1994, 28); PAJNO (1996, 111) para Italia.

(98) GARCÍA LLOVET (1993, 97); BETANCOR (1994, 28); PASSARO (1996, 36-37); MALARET (1992, 597); DESDENTADO (1999, 153); GRASSO (1993, 1312).

(99) BETANCOR (1994, 28); J. DE LA CRUZ EN BELLIDO (1998, 307); BILBAO (1999, 166); PAJNO (1996, 112) para Italia.

(100) JIMÉNEZ DE CISNEROS (1987, 339).

(101) La LES aunque en la exposición de motivos habla de independencia, en el articulado utiliza la expresión «autonomía orgánica» (art. 8.3).

(102) En Francia no existe un régimen unificado de nombramientos, sino que, por el contrario, son muy variados los órganos que intervienen, pero siempre haciendo difícil la determinación de la designación por una misma mayoría política ya que para ello se ha de producir la conquista de la Presidencia de la República o del Gobierno y de las dos Cámaras: CONSEIL D'ÉTAT (2001, 314-317); GENTOT (1994, 55-58); GRASSO (1999, 138-139).

(103) En el caso italiano nos encontramos de nuevo con la falta de unidad en el nombramiento de las AAI. La tendencia inicial del nombramiento por el Gobierno, previa consulta a las Comisiones parlamentarias, se produce en los casos de AAI que fueron entes públicos en un primer momento en el que el legislador no pensaba en el otorgamiento de la independencia (*Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione, ISVAP, Consob*), para en los años noventa pasarse a un sistema de nombramiento por consenso de los Presidentes de las Cámaras (*Autorità per la tutela della concorrenza e del mercato, Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, Garante per la radiodiffusione e l'editoria*) con el objetivo de separar a las AAI del poder político en su vertiente partidocrática desde su nombramiento, al involucrar a la mayoría y a la oposición, y acercarlas a los órganos de garantía de la Constitución (NICCOLAI, 1998, 350-351; SIRIANNI, 1993, 80; MANETTI, 1994, 182; CASAVOLA, 1997, 27; GRASSO, 1999, 112-113). Con posterioridad, como consecuencia del (incompleto) camino hacia una nueva forma de gobierno en sentido mayoritario, se ha optado por la participación fundamental del Gobierno pero con mecanismos correctores que aseguren la presencia bipartidista o, al modo italiano, bicoalicial. Así, se ha establecido como modelo general en la Ley 481/1995, de 14 de noviembre, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi*

ha dicho que la independencia se refuerza con el nombramiento entre personas de reconocida competencia profesional (105), la indeterminación del concepto y la práctica habida hasta el momento llevan a la conclusión de que los Gobiernos suelen tender a realizar los nombramientos más por la afinidad ideológica que por la competencia profesional (106) o, en todo caso, como consecuencia de un pacto político con la oposición, siendo su expresión más evidente las pa-

di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolamentazione dei servizi di pubblica utilità, la designación por el Gobierno previa aprobación de la propuesta por mayoría de 2/3 (o mayoría absoluta en segunda vuelta 30 días después) de las Comisiones parlamentarias competentes, para en la práctica aplicarse este sistema solo para la *Autorità per l'energia elettrica e il gas*. En la *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* el Presidente es nombrado por el Gobierno y el resto de miembros a partes iguales por las dos Cámaras (MORBIDELLI, 1997, 182-189; PASSARO, 1996, 206-207 y 1999, 196-197; NICCOLAI, 1996, 157; D'AURIA y TORCHIA, 1997, 143; GREGORIO s/f; GUARINO, 1999, 48; ROPPO, 1997, 326).

(104) Eran nombrados directamente por el Gobierno los miembros de la CMT (antiguo art. 48.5 LGTel), de la CNE (antigua Disp. Adic. undécima.primer.4 LSH), de la CNC (antiguo art. 29 LDC), de la CNSP (antiguo art. 4.4 LCNSP). Con posterioridad a la LES, también lo son así los de la CNJ (art. 26.10 CNJ).

El Director de la AEPD es nombrado por el Gobierno «mediante Real Decreto» (art. 36.1 LO 15/1999); el Presidente y Vicepresidente de la CNMV por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía, y el resto de Consejeros por el Ministro de Economía (art. 17 LMV). El Gobernador del BE por el Presidente del Gobierno (art. 24.1 LBE), mientras el Subgobernador lo es por el Gobierno a propuesta del Gobernador (art. 24.2 LBE) y el resto de Consejeros también por el Gobierno pero a propuesta del Ministro de Economía (art. 24.3 LBE).

En el caso del CSN, el Gobierno nombra a sus miembros, pero el «Congreso, a través de la comisión competente y por acuerdo de los tres quintos de sus miembros, manifestará su aceptación o veto razonado en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos» (art. 5.2 LCSN).

La ruptura más clara con el modelo la constituye el procedimiento de nombramiento de los miembros del CEMA, que lo son «por el Gobierno mediante Real Decreto, a propuesta del Congreso de los Diputados por mayoría de tres quintos entre personas de reconocida competencia en materias relacionadas con el sector audiovisual en todas sus vertientes. No obstante lo anterior, en la primera designación de los consejeros si transcurridos dos meses desde la primera votación en el Congreso de los Diputados no se alcanzase la mayoría requerida de 3/5, esta Cámara procederá a su designación por mayoría absoluta» (art. 49 LGCA).

(105) Antes de la LES: «personas de reconocida competencia profesional relacionada con el sector de las telecomunicaciones y la regulación de los mercados» para la CMT (art. 48.5 LGTel); «personas de reconocida competencia técnica y profesional» para la CNE (Disp. Adic. undécima.primer.4 LSH); «juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio» para la CNC (art. 29 LDC); «personas de reconocida competencia profesional en el sector postal y en la regulación de mercados» para la CNSP (art. 4.4 LCNSP); «personas de reconocida competencia en materias relacionadas con el sector audiovisual en todas sus vertientes» para el CEMA (art. 49.1 LGCA). Tras la LES: «personas de reconocido prestigio y competencia profesional» para la CNJ (art. 26-10 LJ).

(106) LABRIOLA (1999, 9-10, nota 34) para Italia.

labras del Ministro de Economía el día 12 de diciembre de 2001 al comparecer ante el Congreso para informar sobre la designación de un nuevo consejero de la CNE, Jaime González, al señalar que lo hacía «cumpliendo la obligación legal, a propuesta del primer partido de la oposición y en el marco de un acuerdo institucional» (107) o el acuerdo de 2010 entre PSOE, PP y CiU para el nombramiento de los miembros del CNSP (108) o el de 2011 con la incorporación de los militantes del PNV, por el hecho de serlo, Idoia Zenarruzabeitia a la CNE y Xabier Ormaetxea a la CMT (109). La prevista comparecencia del Ministro ante el Congreso (110) era únicamente para informar del futuro nombramiento, y, aunque para los OR creados a partir de 2007 se establece la audiencia parlamentaria de los candidatos, no hay decisión alguna de la Cámara sobre los nombramientos (111), por lo que difícilmente puede calificarse de «reflejo de la práctica norteamericana» (112).

En la LES se continúa la tendencia anterior de dejar en manos del Gobierno el nombramiento de los miembros de los OR (113). Se condiciona tímidamente esa potestad gubernamental con la exigencia de que las personas nombradas lo sean de «reconocido prestigio y competencia profesional» y de que exista una «previa comparecencia del Ministro y de las personas propuestas como Presidente y Consejeros ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que versará sobre la capacidad de los candidatos. La comparecencia del Presidente, además, se extenderá a su proyecto de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado» (art. 13.1 LES) (114). La antes señalada indetermi-

(107) *El País*, 13 de diciembre de 2001.

(108) *El País*, 9 de noviembre de 2010, pág. 13.

(109) *El Correo (Bilbao)*, 21 de abril de 2011.

(110) Estaba prevista la comparecencia conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Ciencia y Tecnología ante la Comisión correspondiente del Congreso con carácter previo al nombramiento de los miembros de la CMT (antiguo art. 48.5 LGTel).

(111) En el caso de la CNE, la comparecencia del Ministro de Industria, Turismo y Comercio ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso lo era para constatar el cumplimiento de la reconocida competencia técnica y profesional (Disp. Adic. undécima.primer.4 LSH).

(112) Como hace TERRÓN (2001).

(113) «El Presidente y los Consejeros serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del titular del Ministerio competente [...]» (art. 13.1).

(114) Con la CNC se estableció por vez primera la necesidad de que antes del nombramiento se produjera la «previa comparecencia ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso, que versará sobre la capacidad y conocimientos técnicos del candidato propuesto» (art. 29.2 LDC), lo que se reiteraba («ante la Comisión correspondiente del Congreso») en el antiguo artículo 4.4 LCNSP para la CNSP. En la CNJ (art. 26.10), vigente ya la LES, se añade que «[l]a comparecencia del Presidente, además, se extenderá a su proyecto de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado». En la última renovación de 2011 de los miembros de la CNE, la Comisión de

nación del concepto «reconocido prestigio y competencia profesional» (115), la actitud partidista mostrada por los sucesivos Gobiernos y la experiencia habida hasta el momento con la comparecencia, por ejemplo, de los candidatos a miembros del TC (116) hace que exprese mi escepticismo ante las cautelas previstas en el LES (117).

Frente a esta «tradición» española, considero que, por la importancia de sus funciones y por la necesidad de reforzar su independencia, la única forma que puede determinar un nombramiento que no solo parezca independiente sino que también lo sea efectivamente es el de la intervención parlamentaria (118) pero no a través de la fórmula española de las mayorías cualificadas de tres quintos como en otros órganos de garantía (TC, CGPJ, Defensor del Pueblo) (119) o en otras AAI (CSN, CEMA), sino de la italiana de los años noventa del nombramiento por decisión conjunta de los Presidentes de las Cámaras (120). La expe-

Industria del Congreso constató por 20 votos a favor (PSOE, CiU y PNV) y 16 en contra (PP) la idoneidad de los cinco nuevos consejeros: *El País*, 13 de julio de 2011.

(115) La entrada de los militantes del PNV Idoia Zenarrutzebeitia en la CNE y de Xabier Ormaetxea en la CMT en mayo de 2011 se debe al pacto PSOE-PNV en la tramitación parlamentaria de la LES.

(116) En la comparecencia ante la Comisión de nombramientos del Senado, de los 20 candidatos solo al antiguo Presidente del TS, Francisco José Hernando, «fue el único al que preguntaron algo» y «la razón la conocían los propios candidatos, los más conscientes de que más que sus largos currículos, ayer pesaba la política [...]. Todos los portavoces se deshicieron en elogios a los candidatos. Todos eran “idóneos” o “más que idóneos”»: *El País*, 16 de julio de 2010.

(117) Una visión mucho más optimista la da J. Segura Sánchez (2009, 260), consejero de la CNMV: «sería imposible o extremadamente difícil, en esas condiciones [sesiones públicas parlamentarias en la Comisión de Economía], que propusieran a un ingeniero agrónomo, por muy excelso que fuera, para supervisar entidades de crédito».

(118) Para Italia: MANETTI (1994, 139-140). ESCOBAR (1998, 189) refiriéndose a un hipotético Consejo de lo Audiovisual como Administración independiente. Por el contrario, la elección de los miembros del Consejo de RTVE por las Cortes ha sido criticada por PARADA (1999, 306) y GARCÍA LLOVET (*El régimen jurídico de la radiodifusión*, Madrid, 1991, citado por MAGIDE 2000, 235), pues impediría a éstas ejercer el control sobre dicho Consejo. No veo las razones por las que la designación parlamentaria de un órgano impide el posterior control del mismo si tiene una serie de competencias propias y las Cortes no pueden dirigirle instrucciones. En este sentido, basta citar el ejemplo norteamericano en que las IRC no son nombradas por el Congreso, pero el Senado, a través de la confirmación, tiene la última palabra en tal nombramiento, y, además, las IRC actúan como un apéndice legislativo en la Administración y, sin embargo, son estrechamente controladas por el Congreso.

(119) Carlón, por ejemplo, ha sugerido un mecanismo de mayor intervención de las Cortes Generales como la aceptación por mayoría de 3/5 de la Comisión del Congreso correspondiente como en el CSN: CARLÓN (1999, 249 nota 75).

(120) Sistema de nombramiento por consenso de los Presidentes de las Cámaras (*Autorità per la tutela della concorrenza e del mercato, Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*,

riencia española hasta el momento es que la exigencia de mayorías reforzadas conduce a un reparto de puestos en que cada partido mayoritario intenta introducir a personas afines ideológicamente (121) muchas veces, no siempre, claro está, a costa de la competencia profesional (122). Por el contrario, el consenso entre los dos Presidentes de las Cámaras, aunque fueran del mismo partido, compromete su prestigio personal y su neutralidad lo que podría conducir a una elección más adecuada, a lo que cabría añadir la necesidad de que el nombramiento se realizara a partir de listas proporcionadas por los operadores, las asociaciones de consumidores, los usuarios, etc. (123). De todas formas, esta opción por la parlamentarización del nombramiento de los integrantes de los OR conllevaría el cambio también de la forma de cese de los mismos, probablemente a través de una decisión parlamentaria por mayoría cualificada ya que el cese directo por los Presidentes de las Cámaras les involucraría en la lucha política directa al tener que decidir no sobre la idoneidad de una persona para un puesto sino sobre la valoración de su actuación. Esta opción, sin embargo, requeriría previamente la constitucionalización de las AAI (incluidos los OR), ya que, como antes he expuesto, esta potestad gubernamental de cese de los miembros de los OR, aunque sea con causas tasadas, es el único resquicio para entender que en la legislación actual no se está vulnerando la dirección por el Gobierno de la Administración establecida en el artículo 97 CE (124).

Garante per la radiodiffusione e l'editoria) con el objetivo de separar a las Autoridades independientes del poder político en su vertiente partidocrática desde su nombramiento, al involucrar a la mayoría y a la oposición, y acercarlas a los órganos de garantía de la Constitución: NICCOLAI (1998, 350-351); SIRIANNI (1993, 80); MANETTI (1994, 182); CASAVOLA (1997, 27); GRASSO (1999, 112-113).

F. GARRI (2002, 123) ha señalado que en su día la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento italiano calificó, casi por unanimidad, como el mejor sistema de nombramiento al realizado por los Presidentes de la Cámara y del Senado.

(121) MAGIDE (2000, 100-101). Para Italia, PERA (2001, 103), CERULLI IRELLI (2001, 56).

(122) Es necesario aquí recordar los bochornosos espectáculos proporcionados por PP y PSOE en la renovación de diversos órganos constitucionales. La situación ha alcanzado tintes esperpénticos con la designación del CGPJ en septiembre de 2008 con un retraso de casi dos años por las continuas peleas entre los partidos mayoritarios y con la de los magistrados del TC en su renovación por el Senado de 2010 ¡tres! años después de haber vencido el mandato de los anteriores.

(123) CERULLI IRELLI (2001, 57) para Italia.

(124) LÓPEZ GUERRA (1988, 32), aunque no refiriéndose estrictamente a las AAI entiende que «una norma o actuación de otro órgano [distinto del Gobierno] que redujera esa esfera [de libre designación de los altos cargos de la Administración] indebidamente, o bien que la suprimiera o incidiera en ella mediante actos singulares (esto es, nombramientos singulares, o remociones de titulares de altos cargos) invadirían el ámbito de reserva gubernamental». Por su parte, S. DE SAZ (1992, 186-187) señala que la atribución de responsabilidades administrativas a las Cortes a

Un tema del que la LES nada dice, con buen criterio, desde mi punto de vista, es el de la participación autonómica en la designación de los miembros de los OR. Hay que recordar que en las reformas estatutarias de Cataluña (125), Andalucía (126),

través del nombramiento de cargos públicos ha de estar expresamente prevista en la Constitución. Frente a esta opinión, A. RALLO (2002, 193) afirma que la misma «no deja de constituir una visión extraordinariamente limitativa del orden constitucional y de las exigencias de apertura constitucional inherentes al ordenamiento democrático pluralista que, en términos generales, el Tribunal Constitucional ha sancionado al apreciar el alcance del pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico (SSTC 4/1981, de 2 de febrero; 6/1984, de 24 de enero, etc.) y, muy singularmente, en el caso concreto que nos ocupa, al delimitar, en materia de nombramientos, el alcance de las funciones constitucionales del Parlamento [...]», entendiendo que el artículo 66.2 CE adjudica determinadas funciones a las Cortes pero no impide que se les puedan reconocer otras. Coincido con A. Rallo en que el artículo 66.2 CE no impide atribuir a las Cortes más funciones que las expresamente previstas, pero lo que no permite es atribuirles, sin modificación del texto constitucional, competencias propias de otro órgano constitucional como es el Gobierno.

(125) La Generalitat «designa o participa en los procesos de designación de los miembros de los órganos de dirección del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y de los organismos que eventualmente les sustituyan, y de los demás organismos estatales que ejerzan funciones de autoridad reguladora sobre materias de relevancia económica y social relacionadas con las competencias de la Generalitat, en los términos establecidos por la legislación aplicable» (art. 182.1), «en los procesos de designación de los miembros de los organismos económicos y energéticos, de las instituciones financieras y de las empresas públicas del Estado cuya competencia se extienda al territorio de Cataluña y que no sean objeto de traspaso, en los términos establecidos por la legislación aplicable» (art. 182.2), «en los procesos de designación de los miembros del Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social, la Agencia Tributaria, la Comisión Nacional de Energía, la Agencia Española de Protección de Datos, el Consejo de Radio y Televisión, de los organismos que eventualmente les sustituyan y de los que se creen en estos ámbitos, en los términos establecidos por la legislación aplicable» (art. 182.3) y que, «si la naturaleza del ente lo requiere y su sede principal no está en Cataluña, podrá solicitar al Estado la creación de delegaciones territoriales de los organismos a que se refiere el apartado 1» (art. 182.4).

(126) El Estatuto de Andalucía prevé la participación de la Comunidad Autónoma de Andalucía «en los procesos de designación de los miembros de los órganos e instituciones del Estado de carácter económico y social que se señalan a continuación se llevará a cabo en los términos que establezcan la Constitución y la legislación estatal aplicable: 1.º El Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y los organismos que eventualmente les sustituyan, y los demás organismos estatales que ejerzan funciones de autoridad reguladora sobre materias de relevancia económica y social relacionadas con las competencias de la Comunidad Autónoma. 2.º Organismos económicos y energéticos, las instituciones financieras y las empresas públicas del Estado cuya competencia se extienda al territorio de Andalucía y que no sean objeto de traspaso. 3.º El Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social, la Agencia Tributaria, la Comisión Nacional de Energía, la Agencia Española de Protección de Datos, el Consejo de Radio y Televisión, los organismos que eventualmente les sustituyan y los que se creen en estos ámbitos» (art. 87.1), correspondiendo la participación en tales designaciones «al Parlamento, o bien con su acuerdo, en los términos establecidos por ley» (art. 87.2) y «la Junta de Andalucía, si la naturaleza del ente lo requiere y su sede principal no está en Andalucía, podrá

Aragón (127) y Castilla y León (128) se ha incluido también dicha participación en el nombramientos de Organismos estatales económicos y sociales.

De materializarse algún día estas previsiones (o conminaciones) estatutarias, supondría la introducción de un nuevo tipo de relaciones de inordinación ya que insertarían a las Comunidades Autónomas en órganos centrales del Estado, aunque no sean constitucionales. Tal y como mantuve en un trabajo anterior, precisamente por la ausencia de mención constitucional a estos órganos, no puede hablarse de una inconstitucionalidad directa (129). Sin embargo, como se trata de entes reguladores en materias que son competencia de los órganos centrales del Estado, entiendo que los Estatutos no pueden establecer la participación autonómica salvo que así lo autorice la Ley de creación del órgano afectado. En tanto en cuanto esto no se produzca, esos preceptos estatutarios serían disposiciones vacías de contenido que no vinculan jurídicamente al legislador central.

El TC en su sentencia sobre el Estatuto de Cataluña ha aplicado a los OR la doctrina que establece en la misma sentencia para la participación genérica de la Generalitat del artículo 174.3 del Estatuto («participa en las instituciones, los organismos y los procedimientos de toma de decisiones del Estado que afecten a sus competencias de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y las leyes»). Así, partiendo de lo que resuelve para dicha participación genérica en el FJ 111 en el sentido de que «las referidas participaciones orgánica y funcional necesariamente han de dejar a salvo la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado, lo que excluye que la participación se sustancie en la integración de órganos decisorios por cuanto tiene de perturbador para la recta y cabal delimitación de los ámbitos competenciales propios y, en último término, para la efectiva distribución territorial del poder entre sujetos

solicitar al Estado la creación de delegaciones territoriales de los organismos a que se refiere el apartado 1.1.º» (art. 87.3).

(127) El Estatuto de Aragón establece que la Comunidad Autónoma «participará en los organismos y procedimientos de toma de decisiones del Estado que afecten a sus competencias de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y en las leyes del Estado» (art. 87.1) y «en los procesos de designación de los miembros de las instituciones, organismos y empresas públicas del Estado con el alcance y en los términos establecidos por la legislación estatal» (art. 87.4).

(128) «La Comunidad, de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y en la legislación estatal, participará en los organismos y procedimientos de toma de decisiones del Estado que afecten a sus competencias y, en particular, en los siguientes ámbitos: [...] d) Designación de los miembros de las instituciones, organismos y empresas públicas del Estado, en los términos establecidos en la legislación estatal» (art. 58.2).

(129) VÍRGALA (2011).

democráticamente responsables, pudiendo manifestarse, en cambio, en órganos de consulta y asesoramiento y a través de los procedimientos correspondientes (STC 194/2004, de 4 de noviembre, FFJJ 11 a 13)», luego lo extiende a los OR en el FJ 113, «debiendo remitirnos aquí a lo ya expresado en el FJ 111, en el que hemos dicho que tal participación no procede respecto de órganos del Estado de carácter decisorio. Siendo esto así no merece reproche alguno de inconstitucionalidad la participación que habilita a la Generalitat el artículo 182 EAC en relación con órganos y organismos estatales que, convendrá reiterarlo, por sus funciones y la posible incidencia de éstas en las competencias de las Comunidades Autónomas presentan especial interés para ellas. Además, la generalidad del precepto, que posibilita, en su caso, una amplia variedad y diversidad de modalidades de desarrollo, no permite prejuzgar su disconformidad con la Constitución». El problema es que los órganos de los que habla el artículo 182 del Estatuto sí son de carácter decisorio, por lo que difícilmente podrá producirse esa participación por mucha variedad y diversidad de modalidades de desarrollo que prevea la legislación estatal. Cuestión distinta es que el Gobierno acepte designar, por razones políticas, a un miembro «sugerido» por un partido nacionalista, como ha sucedido en 2011 en los nombramientos de la CMT, CNE y CNSP (130).

Lo que sí parecía adecuada era la opción inicial del Proyecto de la LES por la reducción del número de miembros de los OR, «con el fin de mejorar la gobernanza de las instituciones» (131), pasando de los nueve actuales a Presidente y cuatro consejeros (132), pero que finalmente se ha quedado en Presidente y seis consejeros (art. 12.2) como consecuencia «accesoria» del acuerdo PSOE-

(130) Como parte del acuerdo presupuestario para 2011, «la primera vacante que se produzca en el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de la Energía [y de la CMT y de la CNSP] será cubierta por una persona que proponga el PNV», además de obtener este partido un miembro más si finalmente los OR, como así ha sucedido, llegaron a contar con siete miembros: *El País*, 9 de noviembre de 2010, pág. 13.

(131) Exposición de motivos de la LES.

(132) Para realizar la transición desde el modelo actual al nuevo, la LES ha establecido lo siguiente: «[...] en el plazo máximo de dos meses desde su entrada en vigor, el Gobierno acordará, mediante Real Decreto, el cese de aquellos miembros de los actuales Consejos de los Organismos, cuyo mandato hubiera expirado en el momento de la entrada en vigor del citado Decreto-ley.

2. La designación de nuevos Presidentes de los Organismos tendrá lugar a partir del momento en que expire el mandato de los actuales Presidentes, y la de nuevos Consejeros a partir del momento en que el número de Consejeros cuyo mandato no haya expirado sea inferior a seis.

3. No obstante lo dispuesto en el artículo 13.2 de la presente ley, y a fin de garantizar la renovación parcial de los Consejos, siempre que queden vacantes o en funciones cinco o más de las vocalías de los Consejeros distintos del Presidente, el mandato de al menos dos de los Consejeros nombrados para cubrirlos durará excepcionalmente tres años. Los Consejeros que hayan de cesar transcurrido el plazo de tres años desde su nombramiento se determinarán mediante sorteo, que se efectuará en la primera reunión del Consejo que se celebre tras el nombramiento de sus nuevos miembros.

PNV para la aprobación de los Presupuestos de 2011 (133). Una Autoridad de este tipo ha de actuar con rapidez y eficiencia y parece que esto puede conseguirse en mayor medida con un órgano reducido.

En relación con la duración del mandato, el artículo 13.2 LES mantiene el elemento positivo ya existente [mandato de seis años (134), con renovación parcial «para fomentar la estabilidad y continuidad del Consejo» (135)] y corrige el negativo (una posibilidad de reelección). La larga duración es un elemento que refuerza la independencia del órgano ya que aunque en España desde 1982 se suelen repetir, al menos, dos legislaturas con mayoría del mismo partido (136), esto no siempre ha de ser así y se asegura que el OR conocerá, al menos, dos Gobiernos con la posibilidad de que se encuentre ante uno de identidad ideológica diferente al que lo nombró (137). En cuanto a la prohibición de reelegir a los miembros de los OR hay que decir que es muy acertada, ya que la reelección no supone una garantía de su independencia (138), sino lo contrario, al saber la persona afectada que si su continuación en un cargo de importancia como el de miembro de un OR depende del Gobierno estará más inclinado a complacer a este o, al menos, a no molestarlo (139).

2. Cese de los miembros de los OR.

El establecimiento de causas tasadas en términos muy restrictivos para poder cesar a los miembros de las OR refuerza extraordinariamente su indepen-

4. A la entrada en vigor de esta Ley, los Vicepresidentes de los Organismos continuarán en su cargo hasta la expiración de su mandato, momento en el cual el cargo de vicepresidente de cada Organismo quedará suprimido» (Disp. Adic. 9.ª LES).

Hay que tener en cuenta que desde 2008 parte de los consejeros de la CMT y de la CNE estaban en funciones. De todas formas, la medida no es políticamente neutra ya que tras la entrada en vigor de esa Disposición adicional han salido, a julio de 2011, de la CNE y de la CMT todos los miembros nombrados por Gobiernos del PP.

(133) *El País*, 9 de noviembre de 2010, pág. 13.

(134) La Directiva 2009/72 exige «un mandato fijo de entre cinco y siete años» (art. 35.5.b)).

(135) En este sentido, con posterioridad a la LES, la LJ ha establecido que «el primer mandato de tres de los integrantes del Consejo de la Comisión Nacional del Juego durará tres años. En la primera sesión del Consejo de la Comisión Nacional del Juego se determinará por sorteo, o de forma voluntaria, qué tres consejeros cesarán transcurrido el plazo de tres años desde su nombramiento» (Disp. Transitoria 5.ª).

(136) PSOE (1982, 1986, 1990 y 1993); PP (1996, 2000); PSOE (2004, 2008).

(137) MARTÍ (2000, 249); CHILLÓN y ESCOBAR (2001, 102). Martínez Vila habla de ««sistema» de blindaje» para referirse a la duración del cargo: MARTÍNEZ VILA (1997, 437).

(138) Así lo manifiestan también MONTERO (1998, 12308), y TORNOS (1999, 129). En contra, TEROL (2000, 84).

(139) MAGIDE (2004, 46); GRADOLPH (2009, 50).

dencia, ya que, como el TC señaló respecto del CGPJ: «La misma Constitución prevé diversas garantías para asegurar esa independencia. En primer término, la inamovilidad, que es su garantía esencial» (STC 108/1986, de 29 de julio), sobre todo si se tiene en cuenta la forma de nombramiento, ya que no cabe discrecionalidad en el cese por el Gobierno (140) salvo hasta ahora en el caso de la CNE.

El cese previsto en la LES de los miembros de los OR puede producirse, en primer lugar, por las causas generales que se suelen prever en todo cargo público como la renuncia y la expiración del término del mandato. En segundo lugar, al igual que ya habían hecho todas las leyes creadoras de los OR, se ha recogido la posibilidad de que el cese lo decida el Gobierno por determinadas causas tasadas como son la incapacidad permanente (141), la incompatibilidad sobrevenida (142) y la condena por delito doloso (143). Sin embargo, queda un cierto margen de discrecionalidad en la LES, ya que se establece que también se producirá el cese «[m]ediante separación acordada por el Gobierno por incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés, y del deber de reserva. La separación será acordada por el Gobierno, con independencia del régimen sancionador que en su caso pudiera corresponder, previa instrucción de expediente por el titular del Ministerio competente» (art. 16) (144). En el caso de la CMT, la LGTel ya preveía la posibilidad de que el cese lo decida el Gobierno «previa instrucción de expediente por el Ministro de Ciencia y Tecnología (145), por incapacidad permanente para el ejercicio del cargo, incumplimiento grave de sus obligaciones, condena por delito doloso o incompatibilidad sobrevenida» (antiguo art. 48.8 LGTel).

La doctrina ha mantenido dos posiciones sobre estas causas de cese. La primera de ellas, defendida por M. Torre, entendería que la separación por el Gobierno es una causa en sí, diferenciada del resto, y, por tanto, con un amplio

(140) BETANCOR (1994, 191); MAGIDE (2000, 104).

(141) Hasta ahora, se solía utilizar la expresión de incapacitación para el ejercicio de sus funciones (antiguos arts. 48.8 LGTel, Disp. Adic. undécima.primer.5 de la LSH; 30.1 LDC; 4.7 LCNSP). Con posterioridad a la LES la recoge el artículo 29 LJ para la CNJ.

(142) Antiguos artículos 48.8 LGTel, Disp. Adic. undécima.primer.5 de la LSH; 30.1 LDC; 4.7 LCNSP. Con posterioridad a la LES la recoge el artículo 29 LJ para la CNJ.

(143) Antiguos artículos 48.8 LGTel, Disp. Adic. undécima.primer.5 de la LSH; 30.1 LDC; 4.7 LCNSP. Con posterioridad a la LES la recoge el artículo 29 LJ para la CNJ.

(144) Con posterioridad a la LES la recoge el artículo 29 LJ para la CNJ.

(145) Ahora lo es el Ministro de Industria, Turismo y Comercio (art. 9.1.b) del Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, BOE, núm. 96, de 20 de abril).

margen de discrecionalidad (146), mientras la segunda, postulada por Lavilla (147) y Sala (148), y a la que me adhiero, optaría por la separación como supuesto que solo podría tener lugar por las causas tasadas, pues de nada serviría configurar estas últimas si el Gobierno puede cesar libremente a los miembros de la CMT (y en el futuro, a los de los OR), siendo, además, coherente con el objetivo de la creación del Órgano regulado como ente independiente. En este sentido, hay que interpretar restrictivamente el término de «incumplimiento grave de los deberes de su cargo», de manera que el Gobierno esté obligado a identificar el deber incumplido y la forma del mismo (149).

En todo caso, considero que la previsión de la LES es positiva en tanto en cuanto establece una posibilidad de cese de los miembros de los OR por decisión del Gobierno, pero en casos muy concretos y previa instrucción de expediente. Esto permite que el Gobierno no tenga a su libre disposición el cese de los componentes de los OR salvo en casos límite y, a la vez, mantenga, aunque de manera muy debilitada, la dirección de la Administración de la que habla el artículo 97 CE, salvando así la constitucionalidad de los OR en los términos ya señalados. Muy relevante en este sentido es el caso de la CNE, ya que, antes de la LES, la LSH en su Disp. Adic. undécima.primero.5 concedía un cheque en blanco al Ejecutivo al permitir el cese a voluntad del Gobierno «a propuesta motivada del Ministro de Economía». A pesar de lo afirmado por M. Salvador de que el último inciso «no deja claro si cabe o no separación discrecional por parte del Gobierno» (150), la utilización de la conjunción «y» para referirse al cese por el Gobierno entiendo que deja claro que este podía cesar discrecionalmente a los miembros de la CNE. La CNE no era independiente si el Gobierno podía cesar en cualquier momento a los miembros que no respondían a sus indicaciones y reemplazarlos por otros que podían ser más «dóciles» (151).

3. Incompatibilidades.

El régimen de incompatibilidades de los miembros de los OR es como el del resto de altos cargos de la Administración (152), lo que confirma su carác-

(146) TORRE (1997, 1138-1139).

(147) LAVILLA (1996, 134).

(148) SALA (2000, 20).

(149) CHILLÓN y ESCOBAR (2001, 103).

(150) SALVADOR (2002, 307).

(151) MAGIDE (2000, 49-50).

(152) De acuerdo a lo dispuesto en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado: artículo 15.3 LES.

ter administrativo, y, por ello, no se les impide militar políticamente (153). La regla general hasta el momento (154), y que mantiene el artículo 15.4 LES, ha sido la imposibilidad de ejercer actividad profesional relacionada con el sector durante los dos años posteriores al cese, recibiendo por ello una indemnización económica (155).

V.2.2. *La independencia funcional (156)*

La independencia funcional ha de significar que se aplican plenamente los dos criterios antes mencionados de la inexistencia de una relación de jerarquía, tutela o control del Gobierno respecto a los OR y, por tanto, la prohibición al Gobierno para emitirles instrucciones o directrices de obligado cumplimiento (157) o, al menos, la imposibilidad de modificar las decisiones de los OR mediante el oportuno recurso de alzada. Eso supone que los OR estén sujetos a las normas reglamentarias que dicte el Gobierno si así lo ha previsto su Ley de creación, pero no a las directrices entendidas como instrucciones para que el OR tome una decisión en un sentido determinado dentro de su propia esfera de competencias. En el caso de los OR, éstos pueden no cumplir las directrices emanadas por el Gobierno sin que eso afecte a la validez de los actos del

(153) BETANCOR (1994, 192-193).

(154) Artículo 31.2 LDC y antiguos Disp. Adic. undécima.primer.6 LSH, artículo 4.8 LCNSP. En el caso de la CMT la previsión no la realizaba la LGTel sino el artículo 37.2 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre.

(155) «Durante los dos años posteriores a su cese, el Presidente y los Consejeros no podrán ejercer actividad profesional privada alguna relacionada con el sector regulado, tanto en empresas del sector como para empresas del sector, en el caso de los Organismos Reguladores. En el caso de la Comisión Nacional de la Competencia, al cesar en su cargo, y durante los dos años posteriores, el Presidente y los Consejeros no podrán ejercer actividad alguna relacionada con la actividad de la Comisión. En virtud de esta limitación, el Presidente y los Consejeros de los Organismos, al cesar en su cargo por renuncia, expiración del término de su mandato o incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones, tendrán derecho a percibir, a partir del mes siguiente a aquel en que se produzca su cese y durante un plazo igual al que hubieran desempeñado el cargo, con el límite máximo de dos años, una compensación económica mensual igual a la doceava parte del ochenta por ciento del total de retribuciones asignadas al cargo respectivo en el presupuesto en vigor durante el plazo indicado» (art. 15.4 LES). Con posterioridad a la LES la recoge el artículo 28.4 LJ para los miembros de la CNJ.

La Ley italiana de las Autoridades de regulación de los servicios de utilidad pública amplía ese plazo a los cuatro años: CLARICH (2005, 43).

(156) Como sucedía con la orgánica, la LES aunque en la exposición de motivos habla de independencia, en el articulado utiliza la expresión «[autonomía] funcional» (art. 8.3).

(157) BETANCOR (1994, 197); BILBAO (1999, 166).

ente y sin que sus miembros incurran en responsabilidad ni puedan ser cesados (158).

En este sentido, son de nuevo esclarecedoras las palabras de G. Calvo, miembro de la CMT, cuando señala que «la verdadera clave de bóveda es el control exclusivamente jurisdiccional de nuestras decisiones. Aquí radica, y yo no sé si debería de decirlo con tanto énfasis porque a lo mejor a alguien se le ocurre que hay que cambiarlo, nuestra verdadera independencia; el hecho de que nuestras decisiones no sean revisables en vía administrativa y, por tanto, en las que no se incorporen elementos distintos de las del marco regulatorio decidido y adoptado que hemos de administrar y que convierte, naturalmente, la revisión jurisdiccional en elemento de primera importancia para marcarnos nuestros límites, para asentar nuestras competencias, en definitiva, para construir la realidad económica a la que todos debemos de servir» (159).

Hasta ahora, en la legislación específica de los OR, solo se contemplaba expresamente esta independencia funcional para la CNSP («es un organismo independiente funcionalmente»: antiguo art. 1.3 LCNSP), por lo que es extremadamente importante la afirmación que realiza el artículo 9.2 LES de que «ni el personal ni los miembros de los órganos rectores de los Organismos Reguladores o de la Comisión Nacional de la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada» (160), siguiendo también en este punto lo dispuesto en el artículo 35.4.b.ii de la Directiva 2009/72.

Para A. Betancor, esto significaba ya en 1994 que debía haberse previsto la prohibición de emitir directivas para las Administraciones independientes expresamente en sus Leyes creadoras, pues suponía un cambio radical de los poderes del Gobierno y el impedir el poder directivo del Gobierno podía incurrir en inconstitucionalidad por vulnerar el artículo 97 CE (161).

Antes de la LES, el cumplimiento de las condiciones que aseguraban la independencia funcional había de verificarse casuísticamente a partir de la legislación específica de cada OR, pero ya la Disp. Adic. décima LOFAGE había previsto dicha independencia para todas ellas. Así, dicha Disposición dice que la actuación del Gobierno y la Administración respecto de las AAI se realizará «con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía» y se refiere a las que en el futuro se creen como «[l]os Organismos públicos a los que, a

(158) BETANCOR (1994, 200).

(159) CALVO (2009, 215).

(160) Exigencia contenida también en esos términos en el artículo 35.4.b.ii de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

(161) BETANCOR (1994, 197-198).

partir de la entrada en vigor de la presente Ley se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía». Por lo tanto, al ser el principio fundamental la independencia funcional hay que deducir que los OR no pueden recibir, en el ejercicio de sus potestades, instrucción, directriz o indicación alguna, no estando sometidas a relación de jerarquía, control o tutela por el Gobierno o por otro órgano de la Administración del Estado (162). No puedo compartir, por tanto, la posición de A. Rallo de que «resultaría difícil impedir la instrucción gubernamental no formalizada conforme a dichos mecanismos y, en consecuencia, el mandato legal, en este ámbito, adquiriría un mero significado voluntarista» (163). Creo que aquí el profesor Rallo confunde el plano de la práctica política con el estrictamente jurídico, pues es evidente que el Gobierno puede intentar instruir a un OR, pero lo relevante es que este, como cualquier otro órgano independiente, puede negarse a aceptar tal instrucción y que si no lo hace estará incumpliendo el mandato legal de independencia. Cuestión diferente, y que creo que no hay que confundir, es que un OR tenga pocas potestades decisorias, siendo la mayoría de ellas consultivas, pero allí donde tenga esas potestades decisorias será independiente del Gobierno.

La independencia funcional comienza a limitarse cuando existe la posibilidad de recurrir administrativamente las decisiones de los OR excluyéndose la vía jurisdiccional directa (164), ya que eso permite un control último del Ministerio sobre las actuaciones y decisiones de los OR. Eso es lo que ha sucedido hasta ahora con las resoluciones de la CNE adoptadas en el ejercicio de las funciones generales y las relativas al sector de la electricidad, y «sus actos de trámite en las mismas materias, si dichos actos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos», al ser susceptibles de recurso de alzada ante el Ministro de Economía (165). Se exceptuaba del régimen anterior a «las resoluciones que se dicten en el ejercicio de la función de resolución de los conflictos que le sean planteados, en relación con el sector eléctrico, sobre la gestión económica y técnica del sistema y el

(162) BETANCOR (1994, 194); MAGIDE (2000, 84).

(163) RALLO (2002, 257-258).

(164) ARIÑO (1997, 52); MAGIDE (2000, 89).

(165) Antigua Disp. Adic. undécima.tercero.5 LSH y artículo 2.2 Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía (RCNE); Decreto modificado en diversas ocasiones con posterioridad.

transporte y en relación con el sector gasista, los que le sean planteados sobre la gestión del sistema, así como las circulares que se refieran a materia de información» (antigua Disp. Adic. undécima.tercero.5 LSH en relación con el art. 2.2 RCNE).

A partir de estos datos y de su conjunción con otros como la posibilidad discrecional de cese de los miembros o la participación de miembros del Gobierno en sus reuniones, puede entenderse que hasta el momento solo hayan sido OR fuertes la CNC, la CMT y la CNSP. En todos estos Organismos estaba ya previsto el agotamiento de la vía administrativa para todos sus actos (art. 48.1 LDC y antiguos arts. 48.17 LGTel y 7.2 LCNSP). Por el contrario, la CNE ha sido un OR débil, cercano a la consideración de mero organismo autónomo más que a un OR auténtico (166). Cobra, por lo tanto, extraordinaria importancia para la CNE la medida establecida en la LES de que los actos y resoluciones de todos los OR dictados «en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora» (art. 22).

Establecida la independencia orgánica y funcional de los OR, a partir de los criterios principales que se han analizado, pueden añadirse otros dos más que contribuyen a reforzar tal independencia y que también aborda la LES, aunque con desigual resultado.

Por un lado, la potestad para aprobar su Reglamento de organización y funcionamiento es un elemento que ayuda a asegurar la independencia de los OR, ya que dicho Reglamento permite estructurar libremente su organización y funcionamiento, pues son los propios Reguladores los que mejor conocen los problemas existentes en la actividad diaria, siempre respetando las disposiciones generales que establezca su Ley de creación y, en lo no previsto, la LRJPAC. En este sentido, la LES establece que los OR aprobarán su Reglamento de funcionamiento interno por voto favorable de, al menos, cuatro miembros del Consejo (167).

(166) M. SERRANO (2009), en un trabajo en el que, probablemente por su posición de Secretaria del Consejo de Administración de la CNE, tiene en líneas generales una visión más optimista sobre la independencia del regulador energético, llega a reconocer que «[h]ay un elemento que desvirtúa absolutamente el carácter de independencia del regulador este es el recurso de alzada ante el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Recurso de alzada, que es un recurso impropio, porque no hay dependencia jerárquica del Ministerio de Industria, pero, sin embargo, se mantiene el recurso de alzada salvo en dos tipos de actos».

(167) «[A]ctuación de sus órganos, la organización del personal, el régimen de transparencia y de reserva de la información y, en particular, el funcionamiento del Consejo, incluyendo su régimen de convocatorias y sesiones, y el procedimiento interno para la elevación de asuntos para su consideración y su adopción» (art. 12.9).

En segundo lugar, como en todo Estado democrático, los Presupuestos de cualquier organismo público han de ser aprobados por las Cortes mediante Ley anual, por lo que los OR carecen de independencia presupuestaria. Sin embargo, para reforzar su independencia podría establecerse, como ya ocurre con el BE, que la propuesta de gastos e inversiones se traslade sin modificaciones por el Gobierno a las Cortes en el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado (168). En el resto de casos, se establece la elevación de la propuesta presupuestaria al Gobierno, sin más, para que este la integre en los Presupuestos Generales del Estado (169). La LES se limita a señalar como facultad indelegable del Consejo de cada OR «la aprobación de los presupuestos del Organismo» (art. 12.1), con lo que al no señalar su introducción directa en el proyecto de Presupuestos Generales del Estado, como sucede con el BE, parece que ha de entenderse como una propuesta de aprobación que el Gobierno decidirá definitivamente cada año.

V.3. *El control sobre los OR*

Un elemento clave en el papel que deben cumplir los OR es, como he señalado al principio del artículo, el del control que deben soportar para que se acepte su independencia, tanto por su legitimación democrática muy indirecta (por su nombramiento) como por la ausencia de responsabilidad política. La independencia de los OR no significa desaparición de los controles, ya que éstos siguen subsistiendo aunque sean diferentes de los existentes respecto del resto de la Administración General del Estado.

Pueden destacarse las siguientes formas de control:

1. El control difuso por la opinión pública: la valoración de las decisiones y actuaciones de los OR puede aumentar o disminuir su prestigio ante los ciudadanos, pudiendo, si el resultado es positivo, resistir las presiones políticas del Gobierno o de los operadores privados (170). En todo caso, esta forma de control puede calificarse de débil en tanto en cuanto el ciudadano no suele di-

(168) «La propuesta de presupuesto de gastos de funcionamiento e inversiones del Banco de España, una vez aprobada por su Consejo de Gobierno, según el artículo 21.1.g), será remitida al Gobierno, que la trasladará a las Cortes Generales para su aprobación. El presupuesto del Banco de España tendrá carácter estimativo y no será objeto de consolidación con los restantes presupuestos del sector público estatal» (art. 4.2 LBE).

(169) Artículos 48.10 LGTel para la CMT; Disp. Adic. undécima.primer.2 LSH para la CNE; 22.2 para la CNC; 10.1 LCNSP.

(170) BETANCOR (2001, 424).

ferenciar entre decisiones adoptadas por los diversos órganos del Estado (Gobierno, OR) y parece difícil que llegue a apreciar a los OR hasta el punto de valorar su actuación. Ayudaría en este sentido una mayor transparencia en el funcionamiento y comunicación de decisiones de los OR.

La LES avanza de manera importante en dicha transparencia, aunque, por informaciones periodísticas, parece que el anteproyecto inicial del Ministerio de Economía iba más allá al obligar también a publicar las actas de las reuniones de los Consejos de los OR (171). De todos modos, se prevé que cada OR «hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que los regulan, preservando, en todo caso, aquellos aspectos que afecten a la confidencialidad a la que tienen derecho las empresas, y, en particular: a) La organización y funciones del Organismo Regulador, incluyendo los curriculum vitae de los miembros del Consejo. b) Relación de los acuerdos adoptados en las reuniones del Consejo. c) Los informes en que se basan las decisiones del Consejo. d) La memoria anual de actividades que incluya las cuentas anuales, la situación organizativa y la información relativa al personal y las actividades realizadas por el Organismo, con los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados, que enviará a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente. e) El informe económico sectorial, de carácter anual, en el que se analizará la situación competitiva del sector, la actuación del sector público y las perspectivas de evolución del sector. En este informe se incluirán las observaciones y sugerencias del Organismo Regulador sobre la evolución del mercado, así como sus propuestas de reforma regulatoria, destinadas a reforzar el grado de competencia efectiva en el sector. El informe se enviará a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente. f) El plan de actuación del Organismo para el año siguiente, incluyendo las líneas básicas de su actuación en ese año, con los objetivos y prioridades correspondientes. Este plan de actuaciones se enviará también a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente. g) Las reuniones y sus conclusiones del Organismo Regulador con empresas del sector, con la Comisión Nacional de la Competencia y con otros organismos reguladores. h) La preparación y tramitación de las normas cuya aprobación les corresponda, así como, en su caso, de las propuestas normativas que deban formular» (art. 20.1). Además, «[c]ada tres años, los Organismos presentarán una evaluación de sus planes de actuación y los resultados obtenidos para poder valorar el impacto del Organismo en el sector y el grado de cumplimiento de las resoluciones dictadas. Estas

(171) *El País*, 6 de abril de 2010.

evaluaciones se enviarán también a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente» (art. 20.3 LES).

2. Control parlamentario: pienso que es donde más debe profundizarse tanto para evitar la captura de los OR por los operadores privados como por su debilidad actual. Los OR estaban obligados a remitir informes anuales a las Cortes directamente (172) o por medio del Gobierno (173). En cuanto a la obligación de comparecer ante las Comisiones parlamentarias solo estaba previsto para la CNC (art. 28.2 LDC) (174), aunque nada lo impedía para el resto de Reguladores (175) ni tampoco que un diputado recabara datos, informes o documentos de un OR (art. 7 RCD).

La LES introduce un elemento positivo al establecer con carácter general que los Presidentes de los OR «deberán comparecer con periodicidad al menos anual ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro», «y servirán para el examen anual de los Organismos por parte de la Cortes Generales» y cada tres años «habrá una comparecencia especial para debatir la evaluación de los planes de actuación y los resultados obtenidos por los Organismos» (art. 21). A lo anterior hay que añadir que entre las medidas de publicidad y transparencia antes vistas también se incluyen algunas que afectan al Congreso de los Diputados. Así, la Comisión correspondiente recibirá la memoria anual de actividades que incluya las cuentas anuales, la situación organizativa y la información relativa al personal y las actividades realizadas por el Organismo, con los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados; el informe económico sectorial, de carácter anual, en el que se analizará la situación competitiva del sector, la actuación del sector público y las perspectivas de evolución del sector; y el plan de actuación del Organismo para el año siguiente, incluyendo las líneas básicas de su actuación en ese año, con los objetivos y prioridades correspondientes (art. 20.1.d)-f)). A pesar del avance que representa en este sentido la LES, queda pendiente, lo que podría abordarse en una futura reforma de los Reglamentos parlamentarios, el establecimiento de Comisiones específicas de relación con los OR en el Congreso y en el Senado, con personal y medios adecuados para ello, que tuvieran una relación periódica con los

(172) CNC, artículo 28.1 LDC; CNSP, antiguo artículo 7.3.n) (actual art. 7.2) LCNSP.

(173) CMT, antiguo artículo 48.11 LGTel; CNE, antigua Disp. Adic. undécima.tercero.1 LSH.

(174) Su Presidente con periodicidad, al menos, anual «para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro». Además de eso, tanto el Presidente como los miembros de la CNC lo harán a petición de las Cámaras y de sus Comisiones (art. 28.4 LDC).

(175) BETANCOR (2001, 425).

Presidentes de los OR y que pudieran exigir la presencia de otros miembros de las mismas y así evaluar su actuación. En caso contrario, una comparecencia anual y la remisión de informes no parece suficiente para hacer un seguimiento adecuado de la actividad ingente que desarrollan los OR y poder someterlos al control que ha de ser el contrapeso de su independencia.

3. Control por el Gobierno: el elemento fundamental de control preventivo por el Gobierno es el del propio nombramiento de los miembros de los OR que, como se ha visto, permite la designación de personas cercanas al Ejecutivo, lo que está contrarrestado por la irrevocabilidad en el cargo salvo causa tasada (176), excepto por la ambigüedad antes señalada de la posibilidad de cese en casos muy concretos y previa instrucción de expediente.

La taxatividad del artículo 12.3 LES («[n]o podrán asistir a las reuniones del Consejo los miembros del Gobierno ni los altos cargos de las Administraciones Públicas») es importante, ya que hasta ese momento existía la posibilidad de la presencia de un miembro del Gobierno, al estilo de los Comisarios gubernamentales franceses (177), en las sesiones de la CNE, lo que suponía un claro elemento de presión que aumentaba la posición de subordinación al Gobierno (178). Si además la posición gubernamental se expresaba directamente en la reunión de la CNE, la presión, en principio, parece que era todavía más evidente, por lo que difícilmente podía hablarse de independencia de la antigua CNE (179). En el mismo sentido, la LES acaba, como antes señalé, con el control que representa que el Gobierno resuelva los recursos de alzada contra las decisiones de la CNE.

4. Control económico y financiero: todas los OR están sometidas al control de la Intervención General del Estado y del Tribunal de Cuentas.

5. Control por los tribunales: como no podía ser de otra manera en un Estado de Derecho, las disposiciones y resoluciones de los OR son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en concreto ante la Sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional (Disp. Adic. 4.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), limitándose la LES a recordarlo («[l]os actos y resoluciones del Organismo Regulador dictadas en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora»: art. 22). Otra cosa es la amplitud

(176) BETANCOR (2001, 425).

(177) VÍRGALA (2002, 92-93).

(178) KÜHN y REGIBEAU (1998, 70).

(179) BETANCOR (2001, 425).

del control que pueden llegar a ejercer los tribunales (180). Por ello, es conveniente distinguir entre los diversos tipos de control jurisdiccional:

1. Control de legalidad: en el que no habría ninguna modulación o excepción con el que, con carácter general, se realiza sobre la actuación de la Administración (181).

2. Control procedimental: aquí empiezan ya las matizaciones o modulaciones en tanto en cuanto determinados procedimientos de los OR tienen un grado de formalización diverso del resto de la Administración, de forma que «si fueran examinados jurisdiccionalmente bajo la perspectiva del expediente administrativo clásico se perjudicaría tanto a la eficacia de la Administración reguladora como tanto más, en ocasiones, al administrado supervisado. Entiéndase bien, no se está negando que la actuación de las Administraciones reguladoras deba someterse al procedimiento administrativo, sino que los principios del procedimiento administrativo aplicables tendrán un alcance que debe acomodarse a la propia naturaleza de las potestades administrativas ejercitadas por esas Administraciones» (182).

3. Control de las decisiones basadas en criterios técnicos o económicos: este es el tipo de control más complicado de ejercer por los tribunales, ya que las decisiones de los OR se basan en esos criterios técnicos y económicos, difíciles de aprehender por el juez y que, además, exigen una flexibilidad en su aplicación que casa mal con la actuación ordinaria de la Administración, de forma que los actos del «ente regulador no revisten las características de los actos administrativos clásicos, caracterizados por lo que se llama su “tipicidad”, esto es, la vinculación estricta del contenido del acto a lo previsto por la norma que contempla ese supuesto de hecho (plena subsunción del acto en la norma). Frente a ello, en la regulación económica, aunque se aplique el principio de norma previa, existe un margen de discrecionalidad económica y técnica. El ente regulador tiene que ponderar en muchos casos los diferentes factores (técnicos, económicos, sociales, medioambientales, etc.) que entran en juego en toda decisión reguladora, con un impacto directo en el régimen económico de los servicios públicos. La apreciación y valoración de estos factores no es algo que pueda preverse con detalle en una norma escrita [...]. Por ello, el acto administrativo del ente regulador tendrá siempre una capacidad creadora, un ámbito de flexibilidad del que no gozan habitualmente las decisiones de la Administración

(180) Puede verse un excelente análisis de la situación en EEUU y su posible adaptación a España en MUÑOZ MACHADO (2009b, 19 y sigs.).

(181) IRURZUN (2009, 116).

(182) IRURZUN (2009, 118).

ordinaria. Justamente por ello, es especialmente exigible una amplia motivación de los mismos. La decisión debe ser especialmente transparente y argumentada. Sólo así, es pensable su revisión judicial» (183).

Por ello, nuestros tribunales acuden a figuras como la discrecionalidad técnica, que consagra, una «prevalencia de los juicios de orden técnico emitidos por los organismos de la Administración especializados en un determinado sector» (STS de 8 de marzo de 2008) (184) y que lleva al que fuera magistrado del TC, F. Garrido Falla, a señalar, en un voto particular, que «tal exigencia constitucional [la garantía de tutela judicial efectiva que ofrece el art. 24.1 de la Constitución, con el refuerzo que supone lo dispuesto en el art. 106.1] —pieza maestra, por supuesto, del Estado de Derecho— convive sin problemas con la imposible fiscalización, en cuanto al fondo, de importantes decisiones atribuidas a determinadas «Administraciones independientes» que pueden afectar a intereses legítimos de los particulares: Es el caso, por ejemplo, de las que adopta el Banco de España con respecto al «precio» del dinero, o la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre cotización en Bolsa de las acciones de una sociedad anónima» (185). Por su parte, el propio TC ha excluido a lo que denomina discrecionalidad técnica de los órganos especializados de la Administración del control judicial: «Ciertamente este Tribunal ha afirmado que la discrecionalidad técnica como ámbito exento de control judicial no es contraria al artículo 24.1 CE, es decir, como dijimos en la STC 39/1983, FJ 4, que sin ignorar los esfuerzos para que el control judicial de la actividad administrativa sea lo más amplio y efectivo posible, no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que solo puede ser formulado por el órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales» (STC 97/1993, de 22 de marzo).

Ante esto, parece que el único camino, reconociendo esa discrecionalidad técnica, es, como ha señalado G. Ariño, seguir reclamando el cumplimiento de los «requisitos generalmente exigidos a toda la actividad administrativa, a saber: *a*) toda regulación debe ser elaborada con *carácter general*, objetivo y global, como es propio de toda norma; *b*) *principio de la norma previa*: todo acto o resolución singular debe estar, en lo posible, previsto en su contenido en

(183) ARIÑO (2010, 19), en sentido similar QUADRA SALCEDO (1997, 84).

(184) Citada por F. IRURZUN (2009, 120).

(185) Voto particular a la STC 149/2000, de 1 de junio.

una norma anterior; c) *no se deben admitir dispensas* ni tratamientos singulares (*inderogabilidad singular* de las normas) ni alteración arbitraria y ocasional de las soluciones dadas con anterioridad (*vinculación al precedente*); d) en un modelo de regulación para la competencia es importante insistir en la necesidad de *transparencia y estabilidad en las reglas*; que exista seguridad jurídica en cuanto a su aplicación y que las conductas produzcan efectos previsibles; y, finalmente, hay que *reducir en lo posible la discrecionalidad* del regulador en las decisiones concretas. A todo ello sirve el ejercicio de la potestad reglamentaria y el uso del *soft law* por el regulador» (186).

4. Control de la exigencia de responsabilidad patrimonial: la doctrina de la Audiencia Nacional, órgano competente en el control jurisdiccional de las disposiciones y resoluciones de los OR, como antes ya he señalado, no niega el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, pero «se modulan sus contornos atendiendo a la naturaleza de la actividad de supervisión (sentencia de 13 de marzo de 2003, recurso núm. 153/1999) [...]. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008 (recurso de casación 7953/2003) matiza extremadamente el alcance de la relación de causalidad entre el quebranto económico sufrido por los inversores y la actuación de la CNMV. Aunque reconozca que esta pudo y debió actuar, la responsabilidad patrimonial será desestimada porque quienes reclamaba eran los inversores que habían puesto los depósitos antes de que fuera objetivamente necesario el aviso de la CNMV sobre las irregularidades de la entidad supervisada. Pero ¿qué hubiera pasado si se tratara de depositantes que hubieran hecho su depósito con posterioridad al momento que objetivamente se consideraba necesario que se hubiera realizado el aviso a los inversores?» (187).

VI. CONCLUSIONES

1. La crisis económica en la que vivimos desde 2008 se ha intentado solucionar con una serie de medidas económicas y jurídicas, muchas de las cuales no van dirigidas contra los causantes de la misma (entidades financieras, especuladores inmobiliarios, políticos corruptos), sino contra los trabajadores y las clases más desfavorecidas: recortes salariales, abaratamiento del despido, congelación de pensiones, etc.

(186) ARIÑO (2010, 32-33).

(187) IRURZUN (2009, 121-122).

2. Una de las medidas que debe tomarse como consecuencia de los hechos que provocaron la crisis económica es el reforzamiento de la independencia de los OR para evitar su captura tanto por las empresas reguladas como por los intereses a corto plazo del Ejecutivo. Esa independencia solo puede admitirse si va unida a un aumento de los controles sobre los Organismos Reguladores.

3. En los grandes servicios de red (telecomunicaciones, energía, correos, ferrocarriles, etc.) son necesarios OR independientes que aseguren la especialización técnica, la eficacia, la protección de intereses comunitarios difusos, la estabilidad y continuidad en las decisiones, la garantía del ejercicio de derechos constitucionales, y, sobre todo, el alejamiento gubernamental de decisiones en que prime la rentabilidad en el corto plazo.

4. La existencia de OR independientes ha planteado problemas de constitucionalidad en casi todos los países occidentales. La Constitución española de 1978 no los contempla y, en este sentido, la existencia de OR no sometidos al Gobierno puede chocar con lo dispuesto en el artículo 97 CE. Sólo la posibilidad del cese gubernamental de sus miembros dadas determinadas causas tasadas permite decir que, al menos, en los casos límites el Gobierno todavía conserva cierta capacidad de conformación del órgano por lo que podría salvarse su constitucionalidad, aun reconociendo que esta es una interpretación ciertamente forzada del artículo 97 CE.

5. La LES es un avance positivo al introducir por vez primera un marco legislativo común a los OR intentando asegurar su independencia, aunque es criticable que siga manteniendo el nombramiento de sus miembros en exclusiva por el Gobierno y que no haya profundizado suficientemente en los mecanismos de control parlamentario.

6. La LES proclama la independencia orgánica y funcional de los OR, que debería concretarse en la imposibilidad para el Gobierno de disponer de la composición del órgano, en la inexistencia de una relación de jerarquía, tutela o control del Gobierno y en la prohibición al Gobierno para emitirles instrucciones o directrices de obligado cumplimiento o, al menos, la imposibilidad de modificar las decisiones de los OR mediante el oportuno recurso de alzada.

7. En la LES, el nombramiento de los miembros de los OR sigue estando en las manos del Gobierno, condicionada solo por la exigencia de la competencia profesional y la previa comparecencia en el Congreso. Estas cautelas provocan un cierto escepticismo ante la indeterminación del concepto «reconocido prestigio y competencia profesional», la actitud partidista mostrada por los sucesivos Gobiernos y la experiencia habida hasta el momento con la comparecencia parlamentaria de los candidatos a otros órganos. Resultaría más

adecuado que el nombramiento lo realizaran los Presidentes de las Cámaras, comprometiendo su prestigio personal y neutralidad.

8. En cuanto al cese de los miembros de los OR, la LES establece causas tasadas, dejando un muy reducido margen de discrecionalidad al Gobierno, lo que es particularmente importante para los miembros de la CNE que, hasta ahora, pueden ser cesados a voluntad del Gobierno.

9. La LES consolida la independencia funcional de los OR al establecer que no podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada y que sus actos ponen fin a la vía administrativa, lo que también es una novedad para el caso de la CNE.

10. Un elemento clave para la aceptación de la independencia de los OR es el de su control. El control ha de ser por parte de la opinión pública, un control económico y financiero por la Intervención General del Estado y el Tribunal de Cuentas, o el control preventivo del Gobierno en el nombramiento de los miembros de estos Organismos. Sin embargo, donde debe profundizarse es en el control parlamentario.

11. La LES refuerza el control parlamentario al establecer la comparecencia periódica de los Presidentes de los Reguladores, pero queda pendiente, lo que podría abordarse en los Reglamentos parlamentarios, la creación de Comisiones específicas en el Congreso y en el Senado de relación con los OR, con personal y medios adecuados para ello, que tuvieran una relación periódica y que pudieran exigir la presencia de sus miembros y así poder evaluar su actuación.

12. En cuanto al control jurisdiccional, aunque se mantiene el de legalidad, es complicado de llevar a cabo en lo referente a las decisiones basadas en criterios técnicos o económicos. Los Tribunales así lo han reconocido recurriendo a la denominada discrecionalidad técnica, pero para ello debe exigirse que las decisiones se basen en normas previas, transparentes y estables.

VII. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

ABAGNALE, Gloria, 1997: *Autorità indipendenti e Trattato di Maastricht. Le autorità indipendenti nei sistema istituzionali ed economici*, A. PREDIERI (ed.), Firenze: Pasigli Editori, 117-144.

AGÚNDEZ, M. A., y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (dirs.), 2009: *Organismos reguladores*, Madrid: La Ley-Iberdrola.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., 1998: «La capacidad normativa de los sujetos privados», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm 99: 343-367.

- AMATO, Giuliano, 1997: *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica. Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, AA.VV., Milano: Giuffrè, 3-16.
- ARIÑO ORTIZ, G., 1994: «Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional. Administración instrumental», *Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, A. PÉREZ MORENO (coord.), Madrid: Civitas-Universidad de Sevilla I, 49-71.
- 1997: «Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)», *El nuevo servicio público*, G. Ariño Ortiz, J. M. de la Cuétara y J. L. Martínez López-Muñiz, Madrid: Marcial Pons, 17-54.
- 2006: *Fallos y logros de los sistemas regulatorios. Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, AA.VV., Madrid: Marcial Pons, 23-40.
- 2010: «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 82, 9-37.
- BALDWIN, Robert, y MCCRUDDEN, Christopher, 1987: *Regulation and Public Law*, London: Weidenfeld and Nicolson.
- BEL I QUERALT, G., 2000, «Liberalización y competencia», *Claves de razón práctica*, núm. 105, 23-29.
- BELLIDO BARRIONUEVO, M. y otros, 1998 (2.^a ed.): *Derecho Administrativo II. Parte especial*, Madrid: Editorial Universitas.
- BERNSTEIN, Marver H., 1955: *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton (New Jersey): Princeton University Press.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., 1994: *Las Administraciones independientes*, Madrid: Tecnos.
- 2001: «L'expérience espagnole en matière d'autorités administratives indépendantes», *Conseil d'État, Rapport Public 2001. Les autorités administratives indépendantes*, París: La Documentation française, 411-426.
- BILBAO UBILLOS, J. M., 1999: «Las Agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 163-181.
- BLANCO DE MORAIS, C., 2000: «Las autoridades administrativas independientes en el orden constitucional portugués», *Documentación Administrativa*, núm. 257-258, 43-75.
- BORSELLINO, Domenico, 2007: *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, Padova: CEDAM.
- CALABRIA, Mark A., 2009: *¿Fue la desregulación la causante de la crisis financiera?*, Washington: Cato Institute (http://www.elcato.org/pdf_files/ens-2009-09-21.pdf, última visita 6 de julio de 2010).
- CALVO DÍAZ, G., 2009: «El mercado de las telecomunicaciones: la experiencia de un proceso liberalizador», *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores. Abogacía General del Estado*, Madrid: Ministerio de Justicia, 213-220.

- CARLÓN RUIZ, M., 1999: «La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 102, 229-255 (publicado también en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, F. SOSA WAGNER (coord.), Valencia: Tirant lo Blanch III: 2895-2924).
- CASAVOLA, Francesco Paolo, 1997: «Quale “statuto” per le Autorità indipendenti. Regolazione e garanzia del pluralismo», *Le autorità amministrative indipendenti*, AA.VV., Milano: Giuffrè, 17-33.
- CAZORLA PRIETO, L. M., 2009: *Crisis económica y transformación del Estado*, Cizur Menor: Thomson.
- CERULLI IRELLI, Vincenzo, 2001: «Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità», *L'indipendenza delle Autorità*, Franco A. GRASSINI (ed.), Bologna: Il Mulino, 49-60.
- CHEVALLIER, Jacques, 1986: «Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes», *Juris-Classeur Périodique-La semaine juridique*, núm. 3254.
- CHILLÓN MEDINA, J. M., y ESCOBAR ROCA, G., 2001: *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Madrid: Dykinson.
- CIRIANO VELA, C. D., 2000: *Administración económica y discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial)*, Valladolid: Lex Nova.
- CLARICH, Marcello, 2001: «Un approccio “madisoniano”», *L'indipendenza delle Autorità*, Franco A. GRASSINI (ed.), Bologna: Il Mulino, 91-96.
- 2005: *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna: Il Mulino.
- COMISION EUROPEA, 2003: *Meta-Evaluation on the Community Agency System*.
- 2008: *Agencias europeas-Orientaciones para el futuro*, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. SEC(2008), 323.
- COMTE, Françoise, 2008: «Agences européennes: relance d'une réflexion interinstitutionnelle européenne?», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 3, 461-506.
- CONSEIL D'ÉTAT, 2001: «Considérations générales du Conseil d'État sur les autorités administratives indépendantes», *Conseil d'État. Rapport Public 2001. Les autorités administratives indépendantes*, Paris: La Documentation française, 253-386.
- CRAIG, Paul, 2006: *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press.
- CRUZ FERRER, J. de la, 1999: *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Madrid: Marcial Pons.
- D'AURIA, Gaetano, y TORCHIA, Luisa, 1997: «Cronache amministrative 1995», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 1, 133-183.
- DESDENTADO ROCA, E., 1999: *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., 1997: «La Comisión Nacional del Mercado de Valores. Análisis especial de las Cartas-Circulares de su Presidente», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, 741-781.

- ER GAS, Henry, y HEIMLER, Alberto, 2000: «Le autorità indipendenti raccontate dagli economisti: alcune riflessioni sui criteri di scelta degli assetti istituzionali», *Diritto amministrativo*, núm. 2, 341-356.
- ESCOBAR ROCA, G., 1998: «¿Quién debe controlar la televisión?», *Régimen de las telecomunicaciones*, J. F. MERINO MERCHÁN y M. PÉREZ-UGENA COROMINA (coords.), Madrid: Tecnos, 155-190.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A., 1999: «Reflexión preliminar», *La regulación económica de los servicios públicos*, M. A. Lasheras, Barcelona: Ariel, 5-11.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 1990: «La autonomía de los Bancos centrales», *Papeles de Economía Española*, núm. 43, 2-16.
- 1994: «Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes. Administración instrumental», *Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, A. PÉREZ MORENO (coord.), Madrid: Civitas-Universidad de Sevilla I, 427-439.
- FRANCHINI, Claudio, 1996: «Le Autorità indipendenti como figure organizzative nuove. I garanti delle regole», *Le autorità indipendenti*, Sabino CASSESE y Claudio FRANCHINI (eds.), Bologna: Il Mulino, 69-85.
- FUERTES, M., 1994: *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Valladolid: Lex Nova.
- GALLEGO ANABITARTE, A., y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., 1999: «La nueva regulación del mercado del gas natural», *Revista de Administración Pública*, núm. 148, 41-60.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.-R., 2000 (10.ª): *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J., 1995: *El Gobierno en acción*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales-Boletín Oficial del Estado.
- GARCÍA LLOVET, E., 1993: «Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 131, 61-118.
- GAROUPA, Nuno, 2010: «Organismos reguladores», M. BAGÜES, J. FERNÁNDEZ-VILLAVARDE y L. GARICANO (eds.), *La Ley de Economía Sostenible y las reformas estructurales: 25 propuestas*, Fedea, 18-21 (<http://bit.ly/cA53Sf>; última visita 4 de noviembre de 2010).
- GARRI, Francesco, 2002: «Fra tecnica e politica», Fiorella KOSTORIS, Padoa SCHIOPPA (ed.), *Le Autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano: Il Sole 24 Ore, 122-124.
- GENTOT, Michel, 1994 (2.ª): *Les autorités administratives indépendantes*, Paris: Montchrestien.
- GERADIN, Damien, 1999: «L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau-Analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation», *Cahiers de Droit Européen*, núm. 1-2, 13-48.
- GILARDI, Fabrizio; JORDANA, J., y LEVI-FAUR, David, 2006: *Regulation in the Age of Globalization*, Institut Barcelona d'Estudis Internacionals (IBEI) Working Papers 1/2006 (http://www.recercat.net/bitstream/2072/4271/1/WP_IBEI_1.pdf, última visita 30 de agosto de 2010).

- GRADOLPH CADIerno, J. E., 2009: «La liberalización sectorial: impacto económico y papel de los organismos reguladores», *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*, Abogacía General del Estado, Madrid: Ministerio de Justicia, 39-52.
- GRASSINI, Franco A., 2001: «Introduzione: i perché dell'indipendenza», *L'indipendenza delle Autorità*, Franco A. GRASSINI (ed.), Bologna: Il Mulino, 5-18.
- GRASSO, Giorgio, 1993: «Spunti per un studio delle autorità amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale (Italia, Francia, Stati Uniti d'America)», *Quaderni Regionali*, 1303-1355.
- 1999: «L'indipendenza delle autorità amministrative indipendenti tra forma di stato, forma di governo e trapasso dei sistemi elettorali. Un'indagine comparata. Autorità indipendenti e principi costituzionali», *Associazione italiana dei costituzionalisti*, Padova: CEDAM, 101-174.
- 2006: *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano: Giuffrè.
- GREGORIO, Francesco Paolo di, s/f: «L'autorità per le garanzie nelle comunicazione e le funzioni di garanzia dei diritti e delle libertà costituzionali», *Diritto e Diritti-Electronic Law Review* (<http://www.diritto.it/materiali/amministrativo/digregorio.html>; última visita 2 de noviembre de 2010).
- GUARINO, Guisepppe, 1999: «Le autorità garanti nel sistema giuridico», *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova: CEDAM, 35-48.
- GUÉDON, Marie-José, 1991: *Les autorités administratives indépendantes*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- IRURZUN MONTORO, F., 2009: *Los organismos reguladores ante la jurisdicción contencioso-administrativa*, XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores. Abogacía General del Estado, Madrid: Ministerio de Justicia, 115-122.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J., 1987: *Los Organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*, Alcalá de Henares: Instituto Nacional de Administración Pública.
- JORDANA, J.; LEVI-FAUR, David, y FERNÁNDEZ I MARÍN, X., 2009, *The Global Difusión of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion*, Institut Barcelona d'Estudis Internacionals (IBEI) Working Papers 28/2009 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1557142, última visita 6 de julio de 2010).
- KÜHN, Kai-Uwe, y REGIBEAU, Pierre, 1998: «¿Ha llegado la competencia? Un análisis económico de la reforma de la regulación en el sector eléctrico en España», Barcelona: Institut d'Anàlisi Econòmica, CSIC.
- LA SPINA, Antonio, y MAJONE, Giandomenico, 2000: *Lo Stato regolatore*, Bologna: Il Mulino.
- LABRIOLA, Silvano, 1999: «Le Autorità indipendenti (note preliminari)», *Le Autorità indipendenti*, Silvano LABRIOLA (ed.), Milano: Giuffrè, 1-61.
- LAVILLA RUBIRA, J. J., 1996: «Primer paso hacia la liberalización de las telecomunicaciones españolas», *Reforma y liberalización económica*, J. VELARDE FUERTES y otros, Madrid: Civitas, 121-166.

- LONGOBARDI, Nino, 2004: *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino: Giappichelli.
- LÓPEZ CALVO, J., 1996: *Organización y funcionamiento del Gobierno*, Madrid: Tecnos.
- LÓPEZ GUERRA, L., 1988: «Funciones del Gobierno y dirección política», *Documentación Administrativa*, núm. 215, 15-40.
- LÓPEZ RAMÓN, F., 1991: «El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de administración independiente», *Revista de Administración Pública*, núm. 126, 189-217.
- MAGIDE HERRERO, M., 2000: *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- 2004: «Las garantías de la independencia de los organismos de supervisión», *Estudios de Derecho Nuclear*, núm. 0, 38-49.
- MAJONE, Giandomenico, 1996: *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, Paris: Montchrestien.
- MALARET GARCÍA, E., 1992: «La Comisión Nacional del Mercado de Valores», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 76, 557-597.
- MANETTI, Michela, 1994: *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano: Giuffrè.
- MARTI DEL MORAL, A., 2000: *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- MARTI SÁNCHEZ, S., 2006: «Las Agencias administrativas en Estados Unidos en la encrucijada de poderes», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 67, 97-136.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., 1997: «La regulación económica en España», *El nuevo servicio público*, G. ARIÑO ORTIZ, J. M. DE LA CUÉTARA y J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, Madrid: Marcial Pons, 185-269.
- MARTÍNEZ VILA, J. E., 1997: «La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones», *Actualidad Administrativa II*, 427-439.
- MENÉNDEZ, P., 1995: «Administración independiente (régimen jurídico)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Madrid: Civitas, 292-300.
- MERINO MERCHÁN, J. F., y PÉREZ-UGENA COROMINA, M., 1998: «Función arbitral de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», *Régimen de las telecomunicaciones*, J. F. MERINO MERCHÁN y M. PÉREZ-UGENA COROMINA (coords.), Madrid: Tecnos, 89-118.
- MERUSI, Fabio, 2000: *Democrazia e Autorità indipendenti. Un romanzo «quasi» giallo*, Bologna: Il Mulino.
- MIELGO, P., 2006: «Regulación, desregulación, liberalización y competencia. Problemas y soluciones en la desregulación del sector eléctrico», *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, AA.VV., Madrid: Marcial Pons, 101-122.
- MONTERO PASCUAL, J. J., 1998: «Naturaleza, estructura y funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», *Revista General de Derecho*, núm. 649-650, 12305-12318.
- 2007: «Regulación, desregulación y la última crisis del servicio público», *Redeti*, núm. 30, 41-66.
- MORBIDELLI, Giuseppe, 1997: «Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti», *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, A. PREDIERI (ed.), Firenze: Passigli Editori, 145-257.

- MORENO MOLINA, A. M., 1995: *La Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Madrid: Universidad Carlos III-BOE.
- MUÑOZ MACHADO, 1998: *Servicio público y mercado. IV. El sistema eléctrico*, Madrid: Civitas.
- 2009a: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. III: La Organización territorial del Estado. Las Administraciones Públicas, Madrid: Iustel.
- 2009b: «Los principios del derecho de la regulación: la actividad de las Agencias y su control», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 20.
- NICCOLAI, Silvia, 1996: *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa: Edizioni ETS.
- 1998: «Le autorità indipendenti come potere di garanzia», *Rassegna Parlamentare*, núm. 2, 335-365.
- OGUS, Anthony, 2000: «La regolazione dei servizi privatizzati», *I servizi a rete in Europa*, Erminio FERRARI (ed.), Milano: Raffaello Cortina Editore, 19-40.
- PAJNO, Alessandro, 1996: «L'esercizio di attività in forme contenziose», *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Sabinao CASSESE y Claudio FRANCHINI (eds.), Bologna: Il Mulino, 107-147.
- PARADA VÁZQUEZ, R., 1994: «Las administraciones independientes. Administración instrumental», *Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, A. PÉREZ MORENO (coord.), Madrid: Civitas-Universidad de Sevilla I, 653-689.
- 1995: «Administración independiente (introducción)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Madrid: Civitas, 284-292.
- 1999 (13.ª): *Derecho Administrativo. II. Organización y empleo público*, Madrid: Marcial Pons.
- PAREJO ALFONSO, L., 1994: «La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno. Administración instrumental», *Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, A. PÉREZ MORENO (coord.), Madrid: Civitas-Universidad de Sevilla I, 635-652.
- PARLAMENTO EUROPEO, 2007: *Documento de trabajo sobre la Unión Europea y sus agencias. Comisión de Presupuestos*.
- PASQUINO, Pasquale, 2001: «Le autorità non elettive nelle democrazie», *Il Mulino*, núm. 4, 596-603.
- PASSARO, Michele, 1996: *Le Amministrazioni indipendenti*, Torino: Giappichelli.
- 1999: «Autorità o amministrazioni indipendenti? L'ambito semantico e l'identità concettuale», *Autorità indipendenti e principi costituzionali*. Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova: CEDAM, 187-214.
- PERA, Alberto, 2001: «Autorità di regolazione e controllo nei settori economici», *L'indipendenza delle Autorità*, Franco A. GRASSINI (ed.), Bologna: Il Mulino, 97-104.
- PÉREZ FRANCESCH, J. L., 1993: *El Gobierno*, Madrid: Tecnos.
- POMED SÁNCHEZ, L., 1993: «Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes», *Revista de Administración Pública*, núm. 132, 117-169.
- PREDIERI, Alberto, 1997: *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze: Passigli Editori.

- QUADRA SALCEDO, T. de la, 1997: «El derecho europeo de las telecomunicaciones», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 45-86.
- RALLO LOMBARTE, A., 2002: *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*, Madrid: Tecnos.
- RECALDE CASTELLS, A., 2010: «Crisis y eficacia de los controles sobre los mercados financieros», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 14, 121-140.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J., 1999: «Gobierno, política y Administración: elementos de debate para las “Administraciones independientes”», *Autonomies*, núm. 24, 189-232.
- ROLDÁN, J. M., y ARGIMÓN, I., 2009: «Retos para el marco de la regulación prudencial», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 41, 135-151.
- ROPPA, Vincenzo, 1997: «Note minime sulla costituenda “Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”», *Politica del diritto*, núm. 3, 325-331.
- 2000: «Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti», *Politica del diritto*, núm. 1, 159-165.
- SADDY, André, 2009: «La función regulatoria ejecutiva de la Administración Pública y su responsabilización», *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*, Abogacía General del Estado, Madrid: Ministerio de Justicia, 153-200.
- SALA ARQUER, J. M., 1984: «El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 42, 401-422.
- 2000: *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Madrid: Civitas-Universidad de Burgos.
- SALVADOR MARTÍNEZ, M., 2002: *Autoridades independientes*, Barcelona: Ariel.
- 2003: «Función y competencias de las “Autoridades reguladoras” en España», AA.VV., *El ámbito privado del sector público*, Madrid: Ministerio de Justicia, 719-730.
- SAZ CORDERO, S. del, 1992: *Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional. Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid: Civitas, 99-195.
- SEGURA SÁNCHEZ, J., 2009: «Administraciones independientes y política económica», *Las Administraciones independientes*, C. PAUNER CHULVI y B. TOMÁS MALLÉN (coords.), Valencia: Tirant lo Blanch, 251-261.
- SERRANO GONZÁLEZ, M., 2009: «El nuevo papel del regulador energético», *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*, Abogacía General del Estado, Madrid: Ministerio de Justicia, 239-260.
- SIRIANNI, Guido, 1993: «Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti», *Nomos, Le Attualità nel Diritto*, núm. 1, 75-95.
- SMITH, Warrick, 1997: «Utility Regulators-The Independence Debate», *Public Policy for the Private Sector-The World Bank*, núm. 21-24.
- TEITGEN-COLLY, Catherine, 1990: «Les instances de régulation et la Constitution», *Revue du Droit Public*, núm. 1, 153-259.

- TEROL GÓMEZ, R., 2000: *El control público de las telecomunicaciones. Autoridades reguladoras*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- TERRÓN SANTOS, D., 2001: *Las autoridades nacionales de reglamentación de las telecomunicaciones en la Comunidad europea. e-Derecho Administrativo* (http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=238251&orden=90246, última visita 30 de octubre de 2010), 4.
- THATCHER, Mark, 2002: «Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation», *West European Politics*, núm. 1, 125-147.
- TORNOS MAS, J., 1999: *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Madrid: Marcial Pons-Consell Audiovisual de Catalunya.
- TORRE CAVIA, M., 1997: «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», *Derecho de las telecomunicaciones*, J. CREMADES GARCÍA (coord.), Madrid: La Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1109-1144.
- TORRE DE SILVA, V., 2005: «Sobre la independencia de las Agencias federales en los Estados Unidos de América», *Revista de Administración Pública*, núm. 167, 475-496.
- TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, 2008: *Agencias de la Unión Europea: obtener resultados*, Informe especial núm. 5.
- VÍRGALA FORURIA, E., 2001: «Servicio público y servicios de interés económico general en la UE (art. 86.2 TCE)», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 27, 43-76.
- 2002: *La Constitución y las Comisiones reguladoras de los servicios de red*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2006: «Agencias (y Agencias reguladoras) en la CE», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, 145-212.
- 2011: «Las relaciones de inordinación en el Estado autonómico», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 151, 109-152.
- WILKS, Stephen, y BARTLE, Ian, 2002: «The Unanticipated Consequences of Creating Independent Competition Agencies», *West European Politics*, núm. 1, 148-172.

RESUMEN

Una de las medidas que debe tomarse como consecuencia de los hechos que provocaron la crisis económica es el reforzamiento de la independencia de los Organismos Reguladores (OR) para evitar su captura tanto por las empresas reguladas como por el Ejecutivo. Esa independencia solo puede admitirse si va unida a un aumento de los controles sobre los Organismos Reguladores. La Ley de Economía Sostenible de 2011 es un avance positivo al introducir por vez primera un marco legislativo común a los OR intentando asegurar su independencia, aunque es criticable que siga manteniendo el nombramiento de sus miembros en exclusiva por el Gobierno, por la actitud partidista mostrada por los sucesivos Gobiernos, y que no haya profundizado suficientemente en los mecanismos de control parlamentario, como la creación de Comisiones específicas en el Congreso y en el Senado de relación con los OR, con personal y medios adecuados

para ello, que tuvieran una relación periódica y que pudieran exigir la presencia de sus miembros y así poder evaluar su actuación.

PALABRAS CLAVE: organismos reguladores; independencia; control parlamentario.

ABSTRACT

One of the measures to be taken as a result of the events that caused the economic crisis is to strengthen the independence of the Regulatory Commissions (Organismos Reguladores-OR, in spanish) to avoid capture by the regulated firms or by the Executive. This independence of the OR can only be admitted if linked to increased controls on Regulators. The 2011 Sustainable Economy Act for the first time introduces a common legislative framework for the OR trying to ensure their independence, although it is questionable to continue to maintain the appointment of its members exclusively by the government, with the partisan attitude shown by successive governments, and not to increase the parliamentary control mechanisms, such as the creation of specific Congress and Senate committees, personnel and means to do so, with a regular relationship with the OR and that could compel the attendance of its members and assess their performance.

KEY WORDS: regulatory commissions; independence; parliamentary control.

DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RESIDENCIA DE MAYORES

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO

1. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO: a) *Caracterización general de la situación en la residencia de mayores desde la perspectiva de los derechos fundamentales: el estado de la libertad ponderada. La inadecuación dogmática de la relación especial de sujeción.* b) *Una aproximación al catálogo de los derechos fundamentales con algo más de precisión: los derechos fundamentales que entran (y los que no entran) en conflicto con el deber de cuidado.* c) *La cuestión dogmática de la Drittwirkung (eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales) en las residencias privadas.* d) *Tres perspectivas básicas del análisis: sustantivo-material, organizativa y procedimental.*—2. PERSPECTIVA SUSTANTIVO-MATERIAL: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA INMEDIATEZ PERSONAL-CORPORAL: a) *El derecho a la libertad personal.* b) *El derecho a la intimidad.* c) *El uso de sujeciones físicas y farmacológicas.* d) *La alimentación artificial.* e) *Una vertiente prestacional de derechos fundamentales que fuera de la residencia son sobre todo derechos de libertad.*—3. PERSPECTIVA ORGANIZATIVA: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PLURALISMO IDEOLÓGICO CUYO EJERCICIO SE OPTIMIZA CON ADECUADAS REGULACIONES ORGANIZATIVAS: a) *El principio organizativo del pluralismo prestacional.* b) *La participación en la determinación de las condiciones de la vida en común.*—4. PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL: REGLAS INSTRUMENTALES SOBRE OBTENCIÓN Y TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN PARA LA ADOPCIÓN DE DECISIONES ADECUADAS AL EJERCICIO DE TODOS LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: a) *Procedimiento en sentido amplio como reglas sobre obtención y tratamiento de la información.* b) *Información del prestador al destinatario de la prestación.* c) *Información del destinatario de la prestación al prestador.* d) *Tramitación y resolución de las quejas.* e) *Instrucciones previas.* f) *Reglas sobre representación, consentimiento, audiencia y autorización judicial para la adopción de decisiones.*—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

a) *Caracterización general de la situación en la residencia de mayores desde la perspectiva de los derechos fundamentales: el estado de la libertad ponderada. La inadecuación dogmática de la relación especial de sujeción*

La vida en una residencia de mayores (1) se diferencia esencialmente de la vida normal de la «persona de la calle». La residencia aún en su funcionamiento diario buena parte de las vertientes vitales que en la «vida normal» están separadas. La «persona de la calle» trabaja, pasa su tiempo libre y duerme en sitios distintos situados bajo esferas de autoridad también diversas: el jefe en el puesto de trabajo, el propietario de la vivienda o la comunidad de propietarios y la empresa propietaria del restaurante o del cine a los que se sale; cambia de lugar y, con ello, de compañeros y autoridades; organiza con mayor o menor libertad y habilidad su tiempo para atender sus diversas obligaciones y sus deseos personales. En la residencia, sin embargo, todos estos ámbitos vitales del residente están dirigidos y programados desde arriba por un plan racional al que se somete el interno (2).

Para caer en la cuenta de las diferentes condiciones de la vida dentro y fuera de la residencia no es necesario centrar la atención en la persona dependiente que necesita de ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria. A la persona mayor que goza de buen estado de salud también la entrada en la residencia le priva de la que quizás era la última ocupación que le quedaba fuera de la institución: la de organizar por su cuenta su vida cotidiana. Esta tarea personal se ve en la residencia sustituida por la cobertura organizada de todas las necesidades conforme a una programación omnicompreensiva (3).

(1) Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación) «La realización del Estado social a través de los municipios. El caso de la Ley de Dependencia» (DER2009-10042). Parte de la investigación se realizó, de marzo a mayo de 2011, en la Universidad de Friburgo (Alemania). Tengo que agradecer, una vez más, a la Fundación Alexander von Humboldt la financiación de aquella estancia; y a mi buen amigo el Profesor Jens-Peter SCHNEIDER la invitación que formuló para hacerla posible. Agradezco, así mismo, al Profesor Thomas KLIE, de la *Evangelische Fachhochschule* de Friburgo, sus orientaciones sobre el material alemán utilizado.

(2) Peter KRAUSE, «Empfiehl es sich, soziale Pflege— und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln?», *Verhandlungen des zweiundfünfzigsten deutschen Juristentages*, Dictamen E, tomo 1 (dictámenes), Múnich, 1978, pág. 26.

(3) KRAUSE, «Empfiehl es sich...?», pág. 31.

Es evidente que quien entra en la intensa relación prestacional que supone vivir en una residencia de mayores ve afectados de forma notable ámbitos de su esfera de autodeterminación personal amparados por algunos derechos fundamentales. Piénsese, por ahora, solo, por ejemplo, en la libertad personal y de movimientos (art. 17.1 CE), cuando hay horarios de salida y entrada en la residencia; o en la diferencia que para la intimidad personal (art. 18.1 CE) implica vivir en casa propia o tener una habitación en una residencia.

Desde una inicial perspectiva general puede afirmarse que la situación del interno en la residencia, en lo que afecta a sus ámbitos de autodeterminación *iusfundamental*, se define como el resultado de la (correcta) ponderación entre las exigencias de sus derechos fundamentales y las exigencias del deber de cuidado al que están obligados los establecimientos de atención residencial. Es ese resultado —por ahora solo identificado de forma abstracta mediante la mención de los términos generales de un juicio de ponderación que, en realidad, únicamente puede llevarse a cabo en un grado de abstracción mucho menor— lo que aquí va a denominarse, con intención gráfica y pretensión metodológica, el *estado de la libertad ponderada*.

Conviene prestar atención ahora al segundo término de la ponderación mencionada. ¿Qué es, desde la perspectiva jurídico-constitucional, ese *deber de cuidado* que puede tener el efecto de limitar derechos fundamentales de los internos en una residencia de mayores? En un intento de responder con la precisión que merece esta pregunta, formulada al comienzo de este trabajo, cabe afirmar que el mencionado deber de cuidado es un deber prestacional impuesto por el legislador a las instituciones de asistencia residencial como concreción de diversos preceptos constitucionales: *a*) la obligación estatal de protección derivada de la vertiente jurídico-objetiva del derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE) (4); *b*) el mandato constitucional de protección de la salud (art. 43 CE), y *c*) en su caso, el mandato constitucional de protección de las personas con discapacidad, en terminología constitucional, todavía, disminuidos (art. 49 CE).

(4) Así, con una argumentación que es trasladable al ámbito que nos ocupa, STC 120/1990, de 27 de junio (caso de la huelga de hambre de presos del GRAPO), FJ 7: «como fundamento *objetivo* del *ordenamiento* (el derecho a la vida) impone a esos mismos poderes públicos y, en especial, al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física [...]». Como se dirá más adelante al hablar de la alimentación forzosa, otras declaraciones relevantes de esta sentencia no son extrapolables a nuestro objeto de análisis. En la doctrina jurídico-administrativa, sobre la vertiente objetiva de los derechos fundamentales (obligaciones de protección, organización, procedimiento y —ocasionalmente— prestación), por todos, Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 1994, en especial, págs. 81 y sigs.

Es necesario destacar, no obstante, que la ponderación que puede limitar derechos fundamentales del interno en la residencia no siempre tendrá como uno de los principios en tensión únicamente este deber de cuidado que concreta mandatos *objetivos* impuestos constitucionalmente al Estado, sino que, también, en muchas ocasiones, habrá que incluir en la ponderación *derechos fundamentales (subjetivos) de terceros*, especialmente, derechos fundamentales de otros residentes o del personal de cuidado en la residencia.

Pueden aportarse ahora dos ejemplos. Más adelante se hará referencia detenidamente a las medidas de sujeción física o farmacológica de un residente. Ahora interesa solo destacar que la adopción de una de esas medidas [que afectan intensamente, como mínimo, a la libertad física (art. 17.1 CE) de la persona sobre la que se aplican] puede justificarse cuando esté en peligro «inminente» la «seguridad física» (concepto subsumible, al menos, en buena parte, bajo el art. 15 CE) de otros internos o del personal al servicio de la residencia (5).

El segundo ejemplo se refiere al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Para optimizar el ejercicio en la residencia (entre otros) del derecho a la intimidad *familiar* de un residente, alguna de las regulaciones sobre el régimen interior de los centros residenciales de personas mayores permite que los familiares accedan a la habitación de aquel; pero la visita se somete a autorización de la Dirección del centro, que habrá de velar por la salvaguarda de la intimidad *personal* del interno con el que se comparta habitación (6). En definitiva, la intimidad familiar de uno debe ponderarse con la intimidad personal de otro.

Seguramente, la tentación dogmática del iuspublicista clásico al presentar metodológicamente la cuestión que aquí nos ocupa de los derechos fundamentales en la residencia de mayores sería la de echar mano de la categoría de las *relaciones especiales de sujeción*, que —como es de sobra conocido— ha servido, desde los comienzos del Derecho administrativo como ciencia, para *manejar* jurídicamente los derechos fundamentales de quienes se encontraban singularmente *insertos* en el Estado (militares y demás funcionarios, presos, etc.).

(5) Así, por ejemplo, artículo 8.1.k) de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de servicios sociales.

(6) Artículo 24 (visitas) del Reglamento de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia (aprobado por Orden de la Consejería —de la Comunidad Autónoma de Andalucía— para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007): «1. [...] Se podrá acceder a las habitaciones, previa autorización de la Dirección del centro o persona en quien delegue esta función, si bien habrá que salvaguardar la intimidad de las personas usuarias con las que se comparta la habitación [...]».

En mi opinión, este camino metodológico es hoy inadecuado por varias razones: *a)* porque ese planteamiento merece el calificativo de primitivo si se compara con las posibilidades de la teoría de la ponderación (en auge y con notables avances en las últimas décadas) como método de la interpretación constitucional (7); *b)* porque constituye un error de perspectiva acercarse a los derechos fundamentales en el Estado prestador desde la vertiente *negativa* de la *limitación* y la *reacción defensiva*, que es la perspectiva propia de la doctrina de las relaciones especiales de sujeción (8); la vertiente más relevante de la prestación social en una residencia de mayores es la *positiva*: que esa prestación está primordialmente dirigida a permitir la realización de los derechos fundamentales (9), y *c)* porque no cabe perder de vista el dato de que casi el 60 por 100 de las plazas residenciales en España corresponden a residencias privadas (10) y —hasta donde yo sé— nunca se ha intentado utilizar la categoría de la relación especial de sujeción para explicar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

No es tampoco, desde luego, la ponderación un método exento de riesgos (¿cuál lo es?). Se ha puesto el acento, especialmente, al analizar si puede utilizarse la ponderación como forma de argumentación rigurosa que pueda conducir a resultados previsibles, en los peligros de la inseguridad jurídica y de la permanente remisión a la justicia del caso concreto (11).

Hay que ser consciente de que someter la interpretación de los preceptos de los reglamentos de régimen interno de las residencias públicas y de las estipulaciones de los contratos de prestación asistencial-residencial de las privadas a las exigencias (correctivas o complementadoras) de la *doctrina del efecto irradiación* (*Ausstrahlungswirkung*) de los derechos fundamentales (que tiene

(7) Por citar solo algunos títulos de la ya abundante bibliografía española: Luis PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, Madrid, 1993; y, del mismo autor, *Ley, principios, derechos*, Madrid, 1998; Luis ORTEGA y Susana DE LA SIERRA (coord.), *Ponderación y Derecho administrativo*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009; José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid-Barcelona, 2000. De la doctrina alemana es obligada la cita, al menos, de Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. española), Madrid, 1993.

(8) Así, Peter HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 30, Berlín, 1972, pág. 119; KRAUSE, «Empfiehltsich...?», pág. 76.

(9) HÄBERLE, «Grundrechte...», págs. 119-120.

(10) El dato exacto (57,3 por 100 en el año 2004) lo dan Sagrario ARNAUT BRAVO y Camino OSLÉ GUERENDIÁN, *La financiación de las residencias. Modelos autonómicos de financiación de las residencias para personas mayores*, Pamplona, 2006, pág. 43.

(11) *Vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación...*, págs. 146 y sigs.

raíces dogmáticas comunes con la teoría de la ponderación) podría implicar una insoportable pérdida de seguridad en la interpretación del Derecho por el efecto de una fuerza radioactiva que derrite la claridad de las reglas jurídicas (12), cuando no explosiva, que las hace saltar por los aires. Se impone, desde luego, la prudencia en la tarea interpretativa y la exigencia de que sea el legislador el que adopte las decisiones fundamentales de prevalencia entre los principios en conflicto y que los órganos de aplicación del Derecho se sometan a esas decisiones del legislador democrático (13).

b) *Una aproximación al catálogo de los derechos fundamentales con algo más de precisión: los derechos fundamentales que entran (y los que no entran) en conflicto con el deber de cuidado*

Si se analizan las cosas con algo más de detenimiento, enseguida se cae en la cuenta de que es demasiado impreciso hablar de *los* derechos fundamentales en la residencia de mayores, como si todos ellos sufrieran modalizaciones en su contenido como consecuencia de haber ingresado y vivir en un establecimiento de ese tipo. La realidad es, sin embargo, que hay derechos fundamentales que típicamente pueden entrar en conflicto con el deber de cuidado al que se ha hecho referencia; y otros que, por el contrario, típicamente no tienen por qué entrar en conflicto con ese deber.

Entre los del primer grupo se encuentran, muy destacadamente, el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) —piénsese en eventuales medidas de alimentación forzosa—, el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) —intensamente comprometido, por ejemplo, en los supuestos de ingresos no consentidos en la residencia o de adopción de medidas de sujeción física contra autolesiones— y el derecho a la intimidad personal y domiciliaria (art. 18.1 y 2 CE) —por la dificultad de delimitar en la residencia espacios inmunes a la entrada de otros en los que el residente ejerza su libertad más íntima sin sujeción a los usos y convenciones sociales—. A este grupo de derechos fundamentales (arts. 15, 17.1 y 18 CE) se le va a denominar en este trabajo, con una expresión que solo pretende ser gráfica y destacar que son los ámbitos de autodeterminación personal que más directamente entran en conflicto con el deber de cuidado —lo que implica que serán los que sufran más limitaciones derivadas de su

(12) Tomo la imagen gráfica de Fritz OSSENBÜHL, «Abwägung im Verfassungsrecht», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1995, pág. 905.

(13) *Vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación...*, págs. 163 y sigs.

ponderación con las exigencias de este deber—, derechos fundamentales de la *inmediatez personal-corporal*.

Muchos otros derechos fundamentales no entran en conflicto alguno con el deber de cuidado: el derecho de asociación (art. 22 CE), el de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el de sindicación (art. 28 CE) o el de petición (art. 29), etc. Con esta llamada de atención ya se reduce notablemente el ámbito del objeto que merece la pena analizar.

Hay otro grupo de derechos fundamentales de los que tampoco se puede decir que entren en conflicto con el deber de cuidado, pero que —por otro motivo— también recibirán un tratamiento común. Me refiero ahora a la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE), al derecho a recibir información [art. 20.1.d) CE] o, en general, al libre desarrollo de la personalidad conforme a las propias convicciones ideológicas (art. 10.1 CE). Este grupo de derechos —con la misma intención gráfica y metodológica a la que se ha hecho referencia antes— será designado como derechos fundamentales del *pluralismo ideológico*. La característica que les da singularidad conjuntamente es que su ejercicio se optimiza mediante la organización por el legislador y la Administración de un sistema de pluralismo prestacional que permita a los usuarios la elección en el marco de una red de instituciones prestadoras suficientemente adaptado a las preferencias de aquellos.

c) *La cuestión dogmática de la Drittwirkung (eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales) en las residencias privadas*

En la tarea que nos ocupa, en este primer apartado, de sentar los fundamentos metodológicos del examen posterior, es necesario dar respuesta a la pregunta relativa a cómo se construye dogmáticamente el conflicto entre derechos y bienes constitucionales (la ponderación cuyo resultado delimitará los perfiles del contenido de los derechos fundamentales de los internos en la residencia) en las residencias privadas, que —como ya se ha destacado— son la mayoría de los establecimientos prestadores.

Esta cuestión exige, sobre todo, responder a la pregunta de si los derechos fundamentales del interno vinculan *directamente* al titular de la residencia (y entonces la ponderación se plantea en términos sustancialmente idénticos, sea la residencia pública o privada); o vinculan directamente solo a los poderes públicos (por tanto, a las residencias de titularidad pública) e *indirectamente* a los sujetos privados (tesis que obligaría a hacer un planteamiento metodológico

distinto para resolver los problemas relativos a derechos fundamentales en la residencia pública y en la privada). La cuestión es suficientemente conocida, también entre nosotros, con el concepto con el que se discute en la dogmática alemana: la *Drittwirkung* (eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales).

Conforme a la tesis de la eficacia *indirecta* o *mediata* de los derechos fundamentales entre sujetos privados (que parece ser la mayoritaria en la dogmática alemana) el único destinatario directo de los derechos fundamentales del ciudadano es el Estado, aunque los órganos estatales de aplicación de las normas del Derecho privado (también las contractuales) que rigen entre particulares están obligados —por el *efecto irradiación* de los preceptos constitucionales que garantizan los derechos fundamentales— a dar a esos derechos el peso que les corresponde como criterios interpretativos de todo el ordenamiento jurídico (14). En síntesis, pues, un problema de derechos fundamentales en una residencia privada no se resolvería como una colisión directa, por ejemplo, de la libertad personal del interno con el deber de cuidado de la residencia, sino como un problema de interpretación de normas de Derecho privado y cláusulas contractuales en el que hay que atribuir la importancia debida a los derechos fundamentales como criterios *objetivos* vinculantes para cualquier interpretación del Derecho.

Conforme a la tesis de la eficacia *directa* o *inmediata* de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares son destinatarios directos, por ejemplo, del derecho a la libertad personal o a la intimidad de un residente tanto el Estado como la residencia privada en la que se encuentra. La ponderación que ha de resolver la colisión directa entre esos derechos fundamentales y el deber de cuidado (concreción legislativa de bienes y mandatos constitucionales) se plantearía en los mismos términos en la institución pública y en la privada.

(14) *Vid.*, por ejemplo, Hans-Uwe ERICHSEN, «Die Drittwirkung der Grundrechte», *Jura*, 1996, págs. 527 y sigs. El punto de partida de esta teoría es que «en el art. 1.3 de la Ley Fundamental solo se cita al legislador, a los órganos judiciales y a los del poder ejecutivo como destinatarios directos de la vinculación por los derechos fundamentales. No se encuentra referencia alguna a la vinculación por parte de particulares» (pág. 530). Los derechos fundamentales regirían en las relaciones entre particulares *a través* de la obligación de los jueces de la jurisdicción civil de interpretar los conceptos necesitados de concreción utilizados por el Derecho de rango infraconstitucional, así como las cláusulas generales que se encuentran en el mismo («buena fe», «moral y orden público», etc.) conforme a las exigencias del reconocimiento constitucional de esos derechos. El principio del Estado social y el orden constitucional de valores obligan, principalmente, al legislador a configurar un Derecho privado conforme con ese orden constitucional. En segundo término, también se obliga a hacer una interpretación conforme con esos principios a los órganos de la jurisdicción civil (pág. 531).

La cuestión ha sido aquí expuesta de forma extremadamente sintética y sin dejar espacio a los matices (15), porque lo que aquí interesa es solo el punto de partida metodológico para resolver los problemas de ponderación. Con esta advertencia, puede ya decirse que aquí se seguirá la tesis de la eficacia directa o inmediata, aunque solo sea porque es la tesis de partida (casi siempre implícita, pero muy clara) de nuestra jurisprudencia constitucional cuando ha tenido que dar respuesta a conflictos entre derechos fundamentales entre particulares en supuestos análogos a los que se pueden plantear en una residencia privada.

En el conflicto, por ejemplo, entre el derecho a la imagen (art. 18.1 CE) de un trabajador que no quiere ser fotografiado cortando jamón y el ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva conforme a los dictados del poder de dirección del empresario (art. 38 CE) que quiere que ese trabajador experto sea el que corte el jamón en un acto promocional (STC 99/1994, de 11 de abril), el Tribunal Constitucional pondera directamente esos derechos, sin que pueda decirse que los utiliza solo como criterios interpretativos del Derecho privado regulador de la relación laboral. El Tribunal declara directamente vulnerado el derecho a la imagen del trabajador por la medida del empresario (16); no declara tan solo que no se hayan utilizado correctamente los derechos fundamentales como criterios interpretativos del Derecho privado.

Que el punto de partida metodológico (la ponderación para resolver la colisión directa entre derechos y bienes constitucionales) sea el mismo cuando los conflictos se dan en una residencia pública o en una privada, no significa, sin embargo, que los *resultados* de la ponderación también tuvieran que ser necesariamente los mismos en todos los casos, aunque solo fuera por el dato de que *la residencia privada también es titular de derechos fundamentales* (que pueden ser relevantes en un eventual conflicto con los del interno), lo que no cabe aceptar del establecimiento público.

En un eventual conflicto, por ejemplo, entre la libertad ideológica (art. 16.1 CE) de un residente y el ideario religioso de una residencia privada podría —según las circunstancias del caso— prevalecer este derecho fundamental de la residencia privada. Una residencia pública, sin embargo, no podrá —desde esta

(15) Pueden verse, sobre esto, por ejemplo, las distintas opiniones de Benito ALÁEZ CORRAL, en Francisco J. BASTIDA FREIJEDO y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2004, págs. 190 y sigs.; y de Luis María DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, 2003, págs. 135 y sigs. *Vid.*, también, María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Madrid-Barcelona, 2004.

(16) STC 99/1994, de 11 de abril, en especial, FJ 7.

perspectiva— invocar más ideario que el de la neutralidad regulada en el artículo 16.3 CE.

d) *Tres perspectivas básicas del análisis: sustantivo-material, organizativa y procedimental*

Cuando el interesado en el estudio de la materia de los derechos fundamentales en la residencia de mayores maneja las regulaciones contenidas en las leyes autonómicas de servicios sociales (17), así como en los reglamentos que las desarrollan y los reglamentos de régimen interior de las residencias, con una pretensión de ordenación sistemática de este material, se encuentra en este contexto normativo, fundamentalmente, con tres tipos de normas:

— Unos preceptos de *contenido sustantivo* sobre la materia de los derechos fundamentales regulan directamente prevalencias entre principios (derechos y bienes constitucionales) en situaciones típicas de conflicto que se dan en la residencia. Cuando, por ejemplo, el artículo 12.1.p) de la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, dispone que los usuarios de servicios residenciales «tienen derecho a no ser sometidos a ningún tipo de inmovilización o restricción de la capacidad física o intelectual por medios mecánicos o farmacológicos sin prescripción facultativa y supervisión, salvo que exista un peligro inminente para la seguridad física de los usuarios o de terceras personas», se está decidiendo sobre las circunstancias en que las exigencias del deber de cuidado prevalecen sobre las de los que aquí hemos llamado derechos fundamentales de la inmediatez personal-corporal. El legislador pondera por grupos de casos típicos en la vida en la residencia, para fijar en reglas materiales los resultados de esas ponderaciones.

— Otros preceptos son normas reguladoras de la *organización* del sistema o del establecimiento prestacional. Cuando el artículo 12.1.i) de la misma Ley catalana establece el derecho a «participar en la toma de decisiones del centro que afecten (a los usuarios) individual o colectivamente por medio de lo establecido por la normativa y el régimen interno», se está disponiendo la obligación de la existencia en el establecimiento prestacional de un órgano con

(17) Con una regulación expresa de los derechos de los usuarios de los servicios residenciales, por ejemplo, artículo 8 de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de servicios sociales; artículo 6 de la Ley de Cantabria 7/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales; artículo 12 de la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales; artículo 9 de la Ley de las Illes Balears 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales.

competencias adecuadas para que los internos participen en la determinación de las condiciones de vida en él.

— En tercer lugar, son muy numerosas las reglas relativas a diversos aspectos del *procedimiento* administrativo (entendido este concepto —según se dirá más adelante— en sentido amplio). Los residentes en la residencia tienen, por ejemplo, el derecho a «acceder a un sistema interno de recepción, seguimiento y resolución de sugerencias y quejas» [art. 12.1.j) de la citada Ley catalana de servicios sociales]. Se hace obligatorio regular un procedimiento efectivo para adoptar decisiones correctas en respuesta al específico tipo de información de un usuario que supone una queja.

Muy interesante desde esta perspectiva metodológica es la «Carta de los derechos de las personas necesitadas de asistencia» (*Charta der Rechte hilfe- und pflegebedürftiger Menschen*; en adelante, se citará como la *Charta*) (18) que, sin la cobertura de ninguna forma jurídica, sino como simple folleto informativo, fue aprobada en Alemania por una mesa redonda de expertos procedentes de todos los ámbitos en los que se trabaja en la dependencia (Ministerios Federales de familia, mayores, mujeres y juventud y de la salud, representantes de los *Länder* y de las entidades locales, organizaciones privadas y científicos, etc.) en el año 2005. La *Charta* consta de un preámbulo, una proclamación de un catálogo de derechos en 8 artículos y un detallado comentario —redactado de forma muy accesible a cualquier lector (de lengua alemana) y en segunda persona («Usted puede esperar que...»)— en el que se desglosan, desde la perspectiva de los derechos (en muchos casos, fundamentales) de los destinatarios de las prestaciones, los diversos aspectos del funcionamiento de la residencia.

Es claramente perceptible en esa *Charta* esa triple clasificación de sus directivas en normas (aunque ya se ha dicho que el documento carece de forma jurídico-normativa concreta) de tipo material-sustantivo, normas relativas a la organización y normas relativas al procedimiento. Se hará referencia en adelante a esto en varias ocasiones.

Interesa destacar ahora que, por lo que se refiere a las normas de carácter sustantivo-material contenidas en la *Charta*, su preámbulo explica que se trata en ella de ofrecer al personal que trabaja en este sector directivas para la aplicación de los derechos y bienes (muchos de ellos, del máximo rango) afectados, como resultado de ponderaciones correctas para situaciones típicas de la vida en la residencia de mayores. La doctrina ha valorado positivamente esta pretensión de la *Charta*, que descarga a ese personal del riesgo de la inseguridad

(18) Accesible en <http://www.pflege-charta.de> (última visita, 31.7.2011).

en la tarea de realizar correctamente la concreción de las exigencias abstractas de aquellos derechos y bienes para los casos singulares que se presentan en la labor cotidiana. El contenido de la *Charta* se sitúa en un plano intermedio entre la simple enunciación del material ponderable en bruto y las decisiones en los casos concretos de cada día. Se fijan directivas manejables por el personal y comprensibles por todos; y se gana notablemente, con ello, en seguridad jurídica (19).

En adelante, se seguirá este esquema para la exposición:

— Se hará referencia, en primer lugar, a la mencionada perspectiva sustantivo-material con la que, sobre todo, se tratará la materia de los derechos fundamentales que más directamente entran en conflicto con el deber de cuidado y que requieren prioritariamente de decisiones ponderativas materialmente adecuadas: los derechos de la inmediatez personal-corporal.

— Después se abordará la perspectiva organizativa, para prestar atención, en especial, a los derechos fundamentales del pluralismo ideológico, cuyo ejercicio se optimiza con correctas regulaciones organizativas.

— Por último, se centrará el análisis en la perspectiva procedimental, con una comprensión de esta como la del conjunto de reglas sobre obtención y tratamiento de la información, reglas que son instrumentales para la adopción de decisiones adecuadas al ejercicio de todos los derechos fundamentales.

2. PERSPECTIVA SUSTANTIVO-MATERIAL: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA INMEDIATEZ PERSONAL-CORPORAL

a) *El derecho a la libertad personal*

No se quiere aquí centrar la atención en los supuestos de *internamiento no voluntario* en la residencia de mayores, sino, más bien, en el régimen de la libertad de movimientos de la persona mayor cuyo estado de salud le permite decidir libremente, en primer término, sobre el ingreso en (y sobre el abandono de) ese establecimiento.

Durante años, por cierto, estuvo marcado por la confusión el preciso régimen jurídico de los internamientos no voluntarios en lo que se refería a la definición de los elementos del supuesto de hecho de la norma que imponía su

(19) Así, Gerhard IGL y Thomas KLIE, «Recht der älteren Menschen», en Gerhard IGL y Thomas KLIE (dir.), *Das Recht der älteren Menschen*, Baden-Baden, 2007, pág. 36.

necesaria autorización judicial (20). La Instrucción núm. 3/1990 de la Fiscalía General del Estado de 7 de mayo de 1990 daba cuenta en su momento, por ejemplo, de que «viene siendo usual que los ingresos sean convenidos entre los familiares del interno y el Centro, llegando incluso a pactarse el régimen del internamiento, restringiendo o excluyendo la libertad personal al convenirse el régimen de visitas, salidas al exterior e, incluso, comunicaciones telefónicas o postales, lo que puede resultar gravemente atentatorio a derechos constitucionales básicos y a la dignidad de las personas».

El vigente artículo 763 LEC regula el proceso para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (en el contexto sistemático de los «procesos sobre la capacidad de las personas»). Este internamiento de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí mismo, «aunque esté sometida a la patria potestad o a la tutela, requerirá autorización judicial».

Parece que la situación de confusión sobre estos casos no se ha despejado del todo. El artículo 6.a) del Reglamento de régimen interior de los centros residenciales andaluces de personas mayores de 2007 (21), al regular el ingreso en la residencia, dispone, de forma —al menos, aparentemente— contraria al precepto citado de la LEC, que «ninguna persona podrá ser ingresada sin su consentimiento, salvo que sea suplida su capacidad por tutor legal. En los casos de incapacidad presunta o declarada, en los que no sea posible tal consentimiento, se requerirá la autorización judicial para el ingreso». Frente a esta regulación habría que destacar que el consentimiento del tutor no exime de la imperativa autorización judicial.

Uno de los primeros derechos que suelen reconocer las leyes autonómicas de servicios sociales es, precisamente, el «derecho al ejercicio de la libertad individual para el *ingreso*, la *permanencia* y la *salida* del establecimiento, con las limitaciones establecidas en la legislación vigente para las personas menores de edad, incapacitadas e incurso en medidas judiciales de internamiento» (22). El punto regulatorio de partida —con respecto al cual los demás supuestos se

(20) Vid. sobre esto Manuel AZNAR LÓPEZ, *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de los centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*, Granada, 2000, en especial, págs. 15 y sigs.

(21) Aprobado por Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007.

(22) Vid., con una regulación muy parecida, artículo 8.1.a) de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de servicios sociales; artículo 6.a) de la Ley de Cantabria 7/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales; artículo 12.1.a) de la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales; artículo 9.1.a) de la Ley de las Illes Balears 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales.

tratan como excepciones— es, pues, que entra y está en la residencia quien quiere.

Un mínimo conocimiento de la realidad empírica en esta materia obliga, sin duda, a matizar el dato de la *voluntariedad*. La residencia de mayores está casi siempre en el último puesto de las preferencias de la persona mayor necesitada de (más o menos) ayuda; y el ingreso normalmente se retrasa a la última etapa de la vida, lo que explica —por otra parte— que crezca permanentemente el porcentaje de las personas gravemente dependientes en la residencia (23). De forma gráfica podría decirse, entonces, que el punto de partida de las regulaciones legales mencionadas es, más que el de la persona que ingresa *voluntariamente* en la residencia, el de la persona para cuyo ingreso —sin más— *no ha sido necesario solicitar autorización judicial*. Posiblemente esta manera de expresar el caso se ajusta más a la realidad.

Con respecto a estos internos que están voluntariamente (con los matices destacados) en la residencia, la circunstancia de que en cualquier momento se pueda decidir abandonar el establecimiento hace entrar en el juicio de ponderación entre el deber de cuidado y la libertad personal un factor muy relevante que impide considerar que cualquier encierro, por ejemplo, el cierre nocturno del centro, deba tratarse, sin más, como una limitación involuntaria de la libertad personal de movimientos. El artículo 17.1 CE protege frente a las limitaciones o privaciones no consentidas de la facultad del individuo de moverse libremente, de situarse en el espacio (24).

Ahora bien, sobre esta base es exigible que el régimen de regulación de la libertad de movimientos responda a juicios ponderativos adecuadamente realizados en los que se dé a esa libertad todo el espacio que sea posible. En el resultado de esa ponderación ha de corresponder una importancia decisiva al dato de la *salud física y mental del interno*: si el estado de salud del interno es suficientemente bueno, prevalece la libertad personal de movimientos sobre las limitaciones derivadas del deber de cuidado. El buen estado de salud es técnicamente, en el contexto de la más conocida teoría de la ponderación, un elemento del supuesto de hecho de la *regla de prevalencia condicionada* que soluciona los conflictos entre la libertad del artículo 17.1 CE y las exigencias del deber de

(23) Así, Gisela ZENZ, «Autonomie und Abhängigkeit– familienrechtliche Schutzbelange im Alter», en Gerhard IGL y Thomas KLIE (dir.), *Das Recht der älteren Menschen*, Baden-Baden, 2007, pág. 154.

(24) *Vid.* sobre esto Juan Antonio LASCURÁIN SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 17.1 CE. El derecho a la libertad», en María Emilia CASAS BAAMONDE y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dir.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, 2009, págs. 366-367.

cuidado. Como es sabido, la regla de prevalencia condicionada (25) expresa las condiciones (buen estado de salud) bajo las cuales uno de los principios que se enfrentan en una ponderación (libertad personal) prevalece frente al otro (deber de cuidado).

A esta solución básica se ajustan las regulaciones del régimen de salidas de los internos que pueden encontrarse en los reglamentos de régimen interior de las residencias de mayores. En Andalucía rige la siguiente regla: «1. Las personas usuarias podrán salir del centro, solas o acompañadas, *siempre que sus condiciones físicas o psíquicas lo permitan*. 2. Las personas usuarias que salgan del centro deberán *notificarlo* al mismo, donde quedará constancia de la salida por escrito» (26). Al buen estado de salud se vincula la prevalencia de la libertad de movimientos. El deber de comunicar la salida es fácilmente justificable si se atiende a las exigencias del ordenado funcionamiento del centro —presupuesto que garantiza el correcto cumplimiento del deber de cuidado—, donde en cualquier momento debe poder saberse quién está y quién no está en la residencia.

En una residencia de mayores de Castilla-La Mancha expresamente se regula que solo debe informarse de la salida cuando esta tenga lugar *fuera de los horarios establecidos* a tal efecto: «1. Las personas residentes podrán salir del centro siempre que sus condiciones físicas o psíquicas se lo permitan, solos o acompañados. 2. Para los casos en que la salida exceda de los horarios establecidos a tal efecto, deberá comunicarse a la dirección del centro o persona responsable. 3. Así mismo podrán ausentarse del centro por vacaciones, informando a la dirección del tiempo de las mismas, así como de la forma de contactar con ellos» (27).

En la regulación del régimen interior de las residencias de la Comunidad de Madrid se introduce a estos efectos el concepto de «residentes sometidos a control continuado», seguramente para aludir a aquellos cuyo estado de salud no es de los mejores, y se dispone para su régimen de salidas: «independientemente de su naturaleza y duración, las salidas de los residentes sometidos a control continuado deberán ser conocidas previamente por la Unidad de Atención Sanitaria, que les informará sobre la conveniencia o no de las mismas. La

(25) Sobre este concepto Robert ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, 3.^a ed., Frankfurt a. M., 1996, págs. 81-87.

(26) Artículo 22 (salidas del centro) del Reglamento de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia, aprobado por Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007.

(27) Artículo 26 (sobre las salidas) del Reglamento de régimen interior de la residencia de mayores Virgen del Monte de Bolaños de Calatrava (Ciudad Real), de la que es titular el municipio de Bolaños de Calatrava.

decisión última corresponderá a los residentes, que asumirán toda la responsabilidad» (28).

La misma solución, que hace depender la prevalencia de la libertad de movimientos del adecuado estado de salud, se encuentra en la mencionada *Charta* alemana de los derechos de las personas necesitadas de asistencia: «En principio, tiene usted el derecho a moverse libremente en su entorno. *Si su estado de salud lo permite*, debe garantizarse que puede usted entrar y salir en cualquier momento del espacio en el que vive, así como dejarlo cerrado. Si vive usted en una residencia y está en condiciones de salir de ella por sus propios medios, debe entregársele una llave de su habitación y la de la entrada de la residencia» (29).

b) *El derecho a la intimidad*

Se van a abordar aquí separadamente los aspectos de la vida en la residencia de mayores que afectan a la intimidad personal (y, en su caso, también, familiar) (art. 18.1 CE) y a la intimidad domiciliaria (art. 18.2 CE).

La entrada en la residencia supone para el interno una limitación *fáctica* radical —creo que así se puede calificar sin exageración— de su derecho a la *intimidad personal*, por la dificultad de encontrar en ese establecimiento, destinado a la vida en común, espacios propios reservados a la vida privada en los que pudiera excluirse cualquier intromisión de otros. Sobre la base de este presupuesto fáctico —contra el que poco puede hacerse—, el esfuerzo por dotar a este derecho de contenido en la residencia debe dirigirse a *optimizarlo abriendo y garantizando* —en la medida de lo posible— *espacios y tiempos para la vida personal independiente*. La conformación del plan colectivo de actividades debe detenerse ante las exigencias de un derecho que impone la existencia de espacios y tiempos en los que sea posible estar solo, recibir las visitas deseadas y estar en su compañía, hablar confidencialmente por teléfono (30), etc.

(28) Artículo 25 (salidas, ausencias y visitas) del Reglamento de organización y funcionamiento de las residencias de ancianos que gestiona directamente el Servicio Regional de Bienestar Social, aprobado por Orden 766/1993, de 10 de junio, de la Consejería de Integración Social.

(29) Comentario al artículo 2 de la *Charta*, que se refiere, entre otros, al derecho a la libertad. Parece que la entrega de las llaves a los residentes para garantizar la libertad de movimientos es costumbre alemana. Informaba ya de ella, en este contexto, en 1978, KRAUSE, «Empfiehl es sich...?», págs. 45 y 50.

(30) Son muy expresivos los comentarios al artículo 3 (privacidad) de la *Charta*: «Tiene usted derecho a retirarse o a hablar confidencialmente con quien quiera. Si vive usted en una residen-

Este es el sentido de algunos preceptos que pueden encontrarse en las regulaciones de las leyes autonómicas de servicios sociales, de sus reglamentos de desarrollo y de los reglamentos de régimen interno de las residencias, que reconocen el derecho a «personalizar el entorno donde se viva con objetos personales», a «mantener su relación con el entorno familiar y social que será, en todo caso, facilitada» (31), etc.

La intimidad *familiar* puede optimizarse, también, reconociendo el derecho a compartir el mismo alojamiento en la residencia a personas con las que se tengan vínculos familiares (32), o un derecho preferente de acceso al mismo centro en el que está una persona a favor de otra unida a ella por lazos de ese tipo (33).

Mención especial merece también la intimidad *corporal*, que el Tribunal Constitucional ha considerado integrada en la intimidad personal [SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 12, y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5 A)]. Queda «protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal» que en la vida en la residencia puede verse afectado en el caso de las personas que necesitan de la asistencia del personal al servicio del establecimiento para ducharse o realizar otras tareas relativas a la higiene personal. En principio, no puede decirse que haya por parte de ese personal «indagación o pesquisa» sobre el cuerpo coactivamente impuestas, que es uno de los requisitos que la citada jurisprudencia constitucional ha destacado para considerar que una medida coactiva entra en el ámbito protegido por este derecho. Pero hay que reconocer que los casos a los que ahora se hace referencia están muy cerca de ese círculo de protección.

Para garantizar el respecto a este ámbito de la intimidad, la *Charta* alemana reconoce un *derecho a pedir el cambio de la persona* que se encarga de las

cia y no dispone de habitación individual, debe dársele la oportunidad de estar solo o de conversar tranquilamente con personas de su elección en un lugar destinado a eso; y a hablar por teléfono sin ser molestado. También puede usted esperar que se le facilitará la posibilidad de conversar con un psicólogo o un director espiritual».

(31) *Vid.*, por ejemplo, 6.p) y r) de la Ley de Cantabria 7/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales.

(32) *Vid.*, por ejemplo, 6.g) de la Ley de Cantabria 7/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales.

(33) Así, por ejemplo, artículo 8 (acompañantes) del Decreto 186/2010 (Castilla-La Mancha), de 20 de julio de 2010, del régimen jurídico de los centros y servicios especializados para la atención a las personas mayores de la red pública de Castilla-La Mancha y del procedimiento de acceso a los mismos; y artículo 19 (requisitos de admisión) del Reglamento de régimen interior de la residencia de mayores Virgen del Monte de Bolaños de Calatrava (Ciudad Real), de la que es titular el municipio de Bolaños de Calatrava.

tareas de la higiene corporal cuando con ella el interno necesitado de ayuda se sienta incómodo (34).

Para dotar a los residentes de una protección por la intimidad *domiciliaria* (art. 18.2 CE) equivalente a la que cualquiera tiene «en su casa», algunas leyes autonómicas de servicios sociales disponen que el interno tiene el derecho «al reconocimiento como domicilio, a todos los efectos, del establecimiento residencial donde se viva» (35). Con ello, esas leyes llevan a cabo una definición vinculante del concepto constitucional de domicilio que extiende —si es que no se pudiera aceptar que ya ese concepto constitucional incluye la residencia— las garantías del artículo 18.2 CE a la vida de los internos en ella.

Si se piensan las cosas con la suficiente reflexión, sin embargo, puede caerse en la cuenta de que estas disposiciones legales protegen la intimidad domiciliaria del interno frente a los *sujetos de fuera* de la residencia. Pero es necesario, también, prestar atención a la protección frente a los *sujetos de dentro*. Con esto se afrontan las cuestiones de la *entrada en la habitación* de los residentes (espacio en el que se despliega el ámbito más íntimo de la vida en la residencia) (36) por parte del personal empleado y de los demás internos.

Se da aquí un verdadero conflicto entre un ámbito de autodeterminación del residente y precisas y concretas manifestaciones del deber de cuidado, porque es evidente que en las habitaciones es necesario entrar para cumplir con la obligación de velar por la seguridad, la salubridad y la higiene de los internos y del establecimiento; y para llevar a cabo las tareas de limpieza.

Se impone, entonces, encontrar soluciones al servicio de la *concordancia práctica* (37) entre los dos intereses en conflicto. Si todos los días se limpian

(34) Comentarios al artículo 3 (privacidad) de la *Charta*: «El respeto a su intimidad también se manifiesta, por ejemplo, en la consideración a su sentido del pudor [...], en especial, en lo que se refiere a su higiene corporal. Cuando la ayuda para estas tareas le sea prestada por una persona con la que no se sienta usted cómodo, debe usted manifestarlo directamente o a través de quien considere oportuno. En tales casos, puede usted esperar que por parte de la institución prestadora se agotarán todas las posibilidades organizativas para que se ponga a su disposición otra persona por la que usted se sienta bien tratado».

(35) *Vid.*, por ejemplo, 6.o) de la Ley de Cantabria 7/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales.

(36) Es suficientemente conocido que la STC 10/2002, de 17 de enero, consideró, a los efectos de la aplicación del artículo 18.2 CE, la habitación de un hotel como domicilio de la persona que se aloja en ella.

(37) En el ámbito de la interpretación constitucional se habla del denominado *principio de la concordancia práctica*, para dar solución a los conflictos entre bienes constitucionales (por ejemplo, un derecho fundamental frente a otro, o un derecho fundamental frente a un bien colectivo de relevancia constitucional). La idea clave que con esa expresión se quiere poner de manifiesto es que en el conflicto entre dos bienes constitucionales no solo debe llegarse a una solución pondera-

y se visitan las habitaciones (también para reponer el material higiénico), la correcta solución del conflicto que nos ocupa pasará por establecer un adecuado y siempre previsible horario de limpieza (38). No parece aceptable, desde esta perspectiva, en principio, por ejemplo, un horario de limpieza que empieza a las 8:30 h. de la mañana y acaba a las 16:00 h. (39).

Para la entrada en la habitación a otras horas, el respeto a la intimidad (y a las normas de educación) exige llamar previamente y esperar la respuesta (40) (siempre, claro está, que el interno de que se trate esté en condiciones de oír y darla). La entrada en la habitación sin el consentimiento expreso de su usuario o en su ausencia ha de quedar restringida a supuestos de urgencia y debería ser posteriormente comunicada. Con respecto a la facultad de cerrar las habitaciones, es discutible si la seguridad en el establecimiento aconseja en todo caso prohibirlo al interno, o la intimidad de este exige que esa posibilidad exista (41).

Un carácter todavía más excepcional ha de tener la medida de *revisión de los armarios* de los residentes, aunque tampoco cabe excluirla en abstracto, porque pueden hacerla necesaria concretas exigencias del deber de cuidado o de derechos de otros residentes o del personal empleado en la residencia. La solución deberá consistir en prever garantías para esos supuestos. Quizás sea bienintencionado, pero contraproducente, establecer que la revisión de armarios, en las circunstancias excepcionales en que pueda acordarse, habrá de lle-

da, sino que, además, el punto de equilibrio exigible debe ser, precisamente, aquel en el que ambos bienes alcancen el *grado de realización óptima*. Así, Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19.^a ed., Heidelberg, 1993, pág. 27.

(38) El Reglamento de organización y funcionamiento de las residencias de ancianos que gestiona directamente el Servicio Regional de Bienestar Social de la Comunidad de Madrid, aprobado por Orden 766/1993, de 10 de junio, de la Consejería de Integración Social, dispone en su artículo 14 (Unidad de Limpieza) que habrá limpieza y visita diarias a las habitaciones, incluidas las desocupadas; y en su artículo 21.1 (alojamiento y manutención de los residentes) que «la limpieza de las habitaciones se efectuará en el horario que se establezca por el Director una vez oído el Consejo de Residentes, sin perjuicio de que se promueva y facilite la colaboración de los residentes capacitados para ello [...]».

(39) Así lo dispone, sin embargo, el título III, ap. 5.º, del Reglamento de régimen interior de la Residencia privada Gran Vía Parc, de Barcelona.

(40) Así, expresamente, se puede leer en los comentarios al artículo 3 (privacidad) de la *Charta*.

(41) Parece prohibir el cierre el artículo 13.4 del Reglamento andaluz de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia (aprobado por Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007): «Se preservarán las condiciones adecuadas de protección y seguridad, prohibiéndose además la instalación de mecanismos de cierre de puertas y ventanas por parte de las personas usuarias [...]».

varse a cabo siempre en presencia del residente interesado «y del Consejo de Residentes» (que está integrado al menos por tres personas: ¿no sería mejor solo alguna de ellas?) (42).

c) *El uso de sujeciones físicas y farmacológicas*

Por razones de seguridad (evitar las caídas o peligros para terceras personas) o terapéuticas (evitar autolesiones, la retirada de vías intravenosas o sondas nasogástricas, etc.) no es infrecuente que algunos internos en la residencia sean sometidos a medidas de sujeción física (cinturones o correas) o farmacológica (normalmente, antipsicóticos) (43). Parece que en torno a un 25 por 100 de las personas mayores dependientes ingresadas son sometidas a sujeciones de este tipo, porcentaje que se eleva al 60 por 100, si el recuento se centra en los ancianos residentes con demencia (44).

El uso de sujeciones, para quien puede moverse y no da su consentimiento, tanto *físicas* como *farmacológicas* constituye una intensa limitación de la libertad personal (art. 17.1 CE), en cuanto concreta restricción coactiva de la libertad física o de movimientos (así se deduce de la doctrina contenida en la STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 11). El uso, en las mismas circunstancias, de sujeciones farmacológicas, como intervención médica no consentida en el propio cuerpo, afecta también a la integridad física del artículo 15 CE (STC 120/1990, FJ 8). En condiciones normales, no obstante, el uso de ambos tipos de sujeciones no constituirá un «trato inhumano y degradante» (art. 15 CE), si no se da el

(42) Norma I.9 del Reglamento de régimen interior de las residencias para personas mayores que gestiona directamente el Servicio de Bienestar Social (de la Comunidad de Madrid), aprobado por Acuerdo de 22 de julio de 1994 del Consejo de Administración del Servicio Regional de Bienestar Social: «Si por circunstancias excepcionales se considerara necesario, la dirección de la residencia podrá acordar que se revisen los armarios de los residentes, siempre en presencia del mismo y del Consejo de Residentes u otros testigos». El Consejo de Residentes está compuesto, como mínimo, por el Presidente, el Vicepresidente y el Secretario (art. 46.1 del Reglamento de organización y funcionamiento de las residencias de ancianos que gestiona directamente el Servicio Regional de Bienestar Social, aprobado por Orden 766/1993, de 10 de junio, de la Consejería de Integración Social).

(43) Sobre esto, Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, «El uso de sujeciones físicas y farmacológicas en la atención residencial de ancianos: derechos fundamentales afectados y garantías», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11 (2011), págs. 91-104. Otros motivos para el uso de estas medidas (de los que se informa en el trabajo citado, págs. 93 y 95), como el castigo, puede considerarse que pertenecen a una vertiente siniestra de la vida en la residencia, que debe desaparecer en la realidad para que desaparezca también en la conciencia colectiva.

(44) BELTRÁN, «El uso de sujeciones...», pág. 93.

elemento de la vejación, la humillación o el envilecimiento, ni la intención de doblegar la voluntad del interno (STC 120/1990, FJ 9).

Parece evidente que la regulación de esta materia cae bajo el ámbito de la reserva de ley, al menos, del artículo 53.1 CE. Solo las leyes de servicios sociales de algunas Comunidades Autónomas, sin embargo, contienen una regulación expresa de estos supuestos (45). La norma que podría calificarse como estándar dispone que el uso de estas sujeciones requiere de prescripción y supervisión facultativa, salvo que exista peligro inminente para la seguridad física del interno o de terceras personas. En este segundo caso, las actuaciones deben justificarse documentalmente en el expediente del usuario y deben comunicarse al Ministerio Fiscal (46).

Es dudosa en la interpretación de esta norma la relevancia que hay que otorgar, en el supuesto calificable como ordinario (distinto al del peligro inminente), al consentimiento del propio interesado o de su representante (formal o informal, más adelante se hablará de esto). Solo la regulación de las Illes Balears parece aclarar que estas medidas pueden imponerse «sin autorización» del interesado, tanto cuando haya peligro inminente, como, en el caso ordinario, con prescripción facultativa (y en ambos casos, bajo supervisión) (47).

Llama la atención, por otra parte, que en regulaciones autonómicas de los expedientes o historiales personales de los internos no se haga mención a la obligatoria constancia expresa de la adopción con respecto a ellos de medidas de esta trascendencia: deben hacerse constar, por ejemplo, los «contactos de la persona usuaria con familiares, persona de referencia o representante legal» y otras circunstancias de menor relevancia, pero nada se dice de la documentación del uso de sujeciones (48). Y también es destacable la ausencia en la regulación de estos casos de cualquier referencia a algún tipo de intervención judicial,

(45) BELTRÁN, «El uso de sujeciones...», pág. 96, considera que el artículo 763 LEC «sirve por analogía o supletoriedad en la utilización de las medidas coercitivas que nos ocupan en pacientes y usuarios de centros de servicios sociales».

(46) Artículo 8.1.k) de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de servicios sociales; artículo 6.s) de la Ley de Cantabria 7/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales; artículo 12.1.p) de la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales; artículo 9.1.n) de la Ley de las Illes Balears 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales.

(47) En contra, BELTRÁN, «El uso de sujeciones...», págs. 100-101, para quien —salvo en el caso de peligro inminente— siempre es necesario el consentimiento del interesado o de sus familiares.

(48) Artículo 8 (conformación del expediente individual) del Reglamento andaluz de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia, aprobado por Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007.

aunque esta se limitara tan solo a los supuestos más graves de uso regular o por período largo de estas medidas (49).

Es este del uso de sujeciones físicas y farmacológicas un buen ejemplo para poner de manifiesto qué delicadamente deben ser tratadas las distintas piezas del sistema de derechos fundamentales en la vida en una residencia de mayores. Si, por la vía de las acciones de responsabilidad patrimonial (o civil) contra el titular de la residencia, siempre se condenara en caso de accidente por no estar sujeto el interno, el personal desarrollará un miedo excesivo a la caída del residente, que tendrá un resultado muy perjudicial para los derechos fundamentales que —según se ha visto— están aquí implicados.

La experiencia precedente de donde se ha investigado seriamente en estas cuestiones pone de manifiesto hasta qué punto la adopción de estas medidas limitativas de la libertad puede ser, en parte, sustituida por adecuadas medidas alternativas: desde la «protección a través de la información» hasta los protectores de caderas, pasando por soluciones de rehabilitación arquitectónica del interior de la residencia o la instalación de suelos no resbaladizos, etc. (50).

d) *La alimentación artificial*

Es evidente que puede no ser infrecuente en una residencia de mayores la necesidad de adoptar medidas relativas a la alimentación artificial de un interno. Relevancia jurídica cobran esas medidas, sobre todo, cuando no contarán con el consentimiento del interesado. La alimentación artificial forzosa constituye una limitación (que puede estar justificada o no, en función de la concurrencia de otros bienes constitucionales adecuadamente ponderados por el legislador) del derecho a la integridad física (art. 15 CE) del sujeto sobre el que se lleva a cabo.

Es conocido que en la STC 120/1990, de 27 de julio (caso de la huelga de hambre de los presos del GRAPO), el Tribunal puso un especial empeño en

(49) En el Derecho alemán, el uso de sujeciones físicas o farmacológicas en personas mayores que viven en la residencia necesita de la cobertura de una autorización judicial, si el interno no consiente en ella y tiene capacidad de movimientos y la medida se adopta por un plazo largo o con regularidad; *vid.* sobre esto Rainer KEMPER, en Reiner SCHULZE (dir.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, Baden-Baden, 2005, pág. 1808, correspondiente al comentario al § 1906 del Código Civil (BGB), donde se encuentra la regulación legal de la materia.

(50) Puede encontrarse mucha información sobre el proyecto interdisciplinar ReduFix, en el que participaron 45 instituciones dedicadas a la atención de personas mayores de Baviera, Sajonia y Baden-Württemberg, con la finalidad —entre otras— de reducir los porcentajes de las personas necesitadas de sujeciones de esta clase, en www.redufix.de (última visita 31.7.2011).

declarar que la argumentación que condujo a la decisión autorizatoria de dicha alimentación, que se aceptó en esa resolución como consecuencia del especial deber de cuidado de la vida y la salud de los presos que pesa sobre la Administración penitenciaria, debía ceñirse a aquel concreto caso de conflicto «con el fin de evitar todo confusiónismo con otros supuestos de asistencia médica obligatoria distintos del presente, que *quizás requieran* diferente solución en atención a las diferentes condiciones en que aquellos se susciten» (STC 120/1990, FJ 5) (51).

La cuestión está hoy sometida a la regulación general de los artículos 2.4 (derecho a negarse al tratamiento médico, excepto en los casos determinados en la ley); 8.1 (regla del consentimiento informado para toda actuación en el ámbito de la salud); 9.2.b) (riesgo inmediato grave que permite actuar sin necesidad de consentimiento); 9.3 (supuestos de otorgamiento de consentimiento por representación), y 11 (instrucción previas, sobre las que se volverá más adelante) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

e) *Una vertiente prestacional de derechos fundamentales que fuera de la residencia son sobre todo derechos de libertad*

Se están analizando en este apartado las regulaciones sustantivo-materiales contenidas, fundamentalmente, en las leyes autonómicas de servicios sociales (y desarrolladas en reglamentos ejecutivos de esas leyes y en los reglamentos de régimen interno de las residencias) y relativas a los que aquí se han denominado derechos fundamentales de la inmediatez personal-corporal (arts. 15, 17.1 y 18 CE).

Se va a dejar ahora ese ámbito de los derechos a la integridad física y moral, a la libertad y a la intimidad personal, para prestar atención a otras regulaciones sustantivas que parecen reconocer, en el contexto de la intensa relación jurídico-social que supone la vida como interno en la residencia de mayores, una vertiente prestacional a derechos fundamentales que fuera de ese establecimiento son, sobre todo, derechos de libertad.

(51) Y, más adelante, de nuevo: «esta relación especial de sujeción» (la de los presos) permite «imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que *podrían resultar* contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas» (STC 120/1990, FJ 6).

Esta vertiente prestacional (reconocida, ciertamente, en casos muy excepcionalmente delimitados) de derechos fundamentales *liberales* ha sido desarrollada dogmáticamente —como se sabe— desde los años cincuenta del siglo pasado en el contexto de la *vertiente jurídico-objetiva* de los derechos fundamentales (con sus *keywords* relativas a las obligaciones de protección, la organización y el procedimiento y —precisamente— los derechos de prestación) (52) y en el del papel de los derechos fundamentales en el moderno *Estado social* prestador (53).

En mi opinión, puede argumentarse que, en ocasiones, la vertiente jurídico-objetiva de un derecho fundamental en conexión con una específica obligación de asistencia impuesta al titular de la residencia se condensa en un derecho subjetivo (de fundamento legal o contractual) de la persona necesitada de ayuda a exigir una prestación dirigida a hacer más fácilmente ejercitable aquel derecho fundamental.

Puede ponerse el ejemplo del *derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas* (art. 18.3 CE), supuesto claro de puro derecho de libertad (derecho a excluir la intervención de otro —en primer lugar, del Estado— en esta esfera) fuera de la residencia. Dentro del establecimiento residencial, sin embargo, el ejercicio del derecho podría hacerse imposible si no existe un lugar adecuado desde el que llamar o donde recibir llamadas, por lo que las normas reguladoras del régimen interno imponen a la residencia la obligación, en interés de los residentes, de poner a disposición de estos un recinto con las condiciones que permitan la intimidad de estas comunicaciones (54). Es cierto que el uso del móvil relativiza la importancia práctica de este derecho.

(52) Ejemplo típico en la dogmática alemana es el de la vertiente jurídico-objetiva de la libertad de investigación (art. 5.3 de la Ley Fundamental) que fundamenta el derecho prestacional a exigir del Estado la puesta a disposición de los medios personales, financieros y organizativos que hagan posible esa investigación. Sobre esto puede verse Hans-Heinrich TRUTE, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung*, Tübingen, 1994, págs. 412 y sigs.; Michael FEHLING, «Wissenschaftsfreiheit (art. 5 Abs. 3 GG)», en DOLZER/VOGEL (dir.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, 2004, págs. 119 y sigs.; Ute MAGER, «Freiheit von Forschung und Lehre», en Josef ISENSEE y Paul KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. VII, Heidelberg, 2009, págs. 1089 y sigs.

(53) Sobre esto, por todos, Peter HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 30, Berlín, 1972, págs. 43 y sigs.

(54) Así, artículo 25 (comunicación con el exterior) del Reglamento andaluz de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia (aprobado por Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007): «Las personas usuarias podrán tener acceso a las comunicaciones, que se ubicarán en un lugar que permita la intimidad. Así mismo dispondrán, si fuera necesario, de ayuda de carácter personal para hacer efectivas las citadas llamadas [...]». Una redacción muy parecida tiene el artículo 27 (sobre

Otro ejemplo es el del *derecho a la participación en las elecciones* (art. 23.1 CE). El derecho reconocido por la ley a los residentes a «recibir atención complementaria [...] dirigida al desarrollo personal de todas sus capacidades en condiciones de igualdad con el resto de la ciudadanía» (55) en conexión con la vertiente jurídico-objetiva del derecho fundamental fácilmente —en mi opinión— permite argumentar la existencia de un derecho subjetivo a ser ayudado en el desplazamiento al colegio electoral o en el libre ejercicio del voto por correo (56).

3. PERSPECTIVA ORGANIZATIVA: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PLURALISMO IDEOLÓGICO CUYO EJERCICIO SE OPTIMIZA CON ADECUADAS REGULACIONES ORGANIZATIVAS

a) *El principio organizativo del pluralismo prestacional*

En términos orientativos muy generales puede afirmarse que cuanto más afectado esté, por la naturaleza de una concreta prestación social, el *derecho al libre desarrollo de la personalidad* del destinatario (art. 10.1 CE) —sin duda, el ejemplo más claro es el de la residencia de mayores—, mayor importancia tendrá la organización por el legislador y la Administración de un sistema de pluralismo en la oferta prestacional, que se corresponda con (y refleje) la variedad de las orientaciones valorativas en que aquella libertad puede plasmarse (57). Un

la comunicación con el exterior) del Reglamento de régimen interior de la residencia de mayores Virgen del Monte de Bolaños de Calatrava (Ciudad Real), de la que es titular el municipio de Bolaños de Calatrava.

(55) Artículo 6.k) de la Ley de Cantabria 7/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales.

(56) En sentido análogo, puede leerse en los comentarios al art. 6 (comunicación, valoración y participación en la sociedad) de la *Charta*: «Tiene usted, además, la posibilidad de ejercitar sus derechos de participación como ciudadana o ciudadano, en primer término, el derecho a participar en las elecciones. En el caso de impedimento físico tiene usted la posibilidad de solicitar ayuda de la persona que usted designe y de votar por correo. Esa persona está obligada a respetar su libertad de voto y a guardar secreto sobre él».

(57) En un sentido parecido se pronuncia Marcos VAQUER CABALLERÍA, *La acción social. (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Valencia, 2002: «la prestación en que consisten (los servicios atinentes a la persona) afecta en primer lugar a las libertades de la persona; no solo a las libertades del beneficiario de la prestación, sino también —y esta perspectiva no siempre es tenida en cuenta— a las del prestador mismo» (pág. 124); «el libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 10.1 CE) exige dejar abierta la prestación privada de los servicios atinentes a la persona, en concurrencia [no necesariamente competitiva (...)] con su prestación pública,

sistema plural de ofertas prestacionales quedará así compuesto por una red de establecimientos estatales ideológicamente *neutrales* junto con otros privados ideológicamente *plurales*, entre los que pueden elegir los destinatarios de las prestaciones (58).

Los que aquí se han denominado derechos fundamentales del pluralismo ideológico —la libertad religiosa e ideológica (art. 16.1 CE), el derecho a recibir libremente información [art. 20.1.d) CE], o, en general, el derecho a desarrollar la propia personalidad (art. 10.1 CE) conforme a las propias convicciones ideológicas— se *optimizan* si los residentes pueden elegir, entre una oferta suficientemente plural, el entorno en el que —posiblemente— pasarán los últimos años de su vida; y, quizás, también vivirán el proceso de su muerte. Y algunos conflictos relativos a estos derechos fundamentales ideológicos se *evitan* si se permite la integración voluntaria de las personas mayores en el entorno en que deseen.

Lo cierto, sin embargo, es que poco material puede encontrarse en la legislación autonómica sobre servicios sociales relativo al pluralismo prestacional, como principio conforme al cual organizar la red de residencias de mayores. En alguna ocasión, parece que lo que se encuentran son, más bien, mandatos contrarios a ese pluralismo, cuando, por ejemplo, por Orden de una Consejería autonómica se aprueba el «modelo tipo» de los Reglamentos internos «de obligado cumplimiento» por los centros residenciales privados acreditados (59), que, en consecuencia, pierden la facultad de aprobar esas normas de funcionamiento interno; y de ofrecer la prestación libremente (naturalmente, con limitaciones) diseñada al usuario que la deseara (60).

pues de otro modo se estarían ahogando los comportamientos sociales solidarios y, en definitiva, negando a la persona como ser social [...]. Llegamos así a que ambas cosas (libertad de los sujetos privados, mandato de acción a los públicos) vienen hoy demandadas desde la Constitución» (pág. 125). Sobre el concepto de «servicios atinentes a la persona», como concepto clave opuesto al de «servicios atinentes al territorio», *vid.* en esta obra de VAQUER, págs. 111 y sigs.

(58) Sobre esto *vid.* José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La Administración del Estado social*, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 162 y sigs.

(59) Así, el artículo único (objeto y ámbito de aplicación) de la Orden de la Consejería —de la Comunidad Autónoma de Andalucía— para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007: «1. La presente Orden tiene por objeto aprobar el *modelo tipo de Reglamento de régimen interior* de todos los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia, públicos y privados acreditados [...]. 2. El modelo tipo al que se refiere el apartado anterior, *de obligado cumplimiento* en todos los centros descritos anteriormente, se establece en el Anexo de esta Orden».

(60) En la *Charta* corresponde un puesto destacado a este principio de organización, desde la perspectiva de la que aquí se está hablando. Cuando se hace referencia a la práctica religiosa (comentario al art. 7) se pide a la persona necesitada de ayuda que, al elegir la residencia, se

No basta para organizar un verdadero sistema de pluralismo prestacional social con que la Administración dé entrada a la oferta de prestaciones a través de sujetos privados si de estos se exige que reproduzcan «clónicamente» —permítase la expresión con intención gráfica— con su servicio el modelo de la prestación por el servicio de titularidad administrativa. El pluralismo exige el respeto del Estado en lo que se refiere al establecimiento de los *finés propios* de la organización privada prestadora (por utilizar el ejemplo de la escuela privada: algo equivalente al ideario de la institución) y a la aplicación de *metodologías prestacionales* también propias (61); lo que, desde luego, ha de hacerse compatible —y en absoluto es incompatible— con el control estatal de la correcta utilización de los fondos públicos que se reciben, de la observancia de los estándares de calidad establecidos en la legislación aplicable, etc.

b) *La participación en la determinación de las condiciones de la vida en común*

La idea que está detrás de las regulaciones de los órganos de participación de los internos en la residencia [Consejo de Residentes (62), Consejo del Centro (63),

preste atención a que la orientación ideológica de la institución se corresponda con los valores y las creencias personales. En los comentarios al respeto a la intimidad (art. 3), tras destacarse la prevalencia de la decisión personal relativa a las relaciones sexuales en la residencia, se destaca, sin embargo, que las posibilidades de tener esas relaciones íntimas también dependen de las condiciones y de la orientación de la correspondiente institución, por lo que se aconseja informarse sobre este aspecto, si se estima necesario, antes de celebrar el contrato de atención residencial con la institución de que se trate.

(61) La exigencia impuesta al Estado de respetar el ideario propio —y la aplicación de metodologías también propias— de las instituciones privadas prestadoras se establece expresamente en el sistema de prestaciones sociales alemán en diversos preceptos del Código de Derecho social (*Sozialgesetzbuch*): parágrafos 17.3 del Libro I, 4 del Libro VIII, 69 y sigs. del Libro XI, 5 del Libro XII, etc.

(62) El artículo 4.2 de la Orden 766/1993, de 10 de junio, de la Consejería de Integración Social de la Comunidad de Madrid, por la que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Residencias de Ancianos que gestiona directamente el Servicio Regional de Bienestar Social, atribuye al Consejo de Residentes «funciones asesoras, consultivas y de propuestas». Conforme a este Reglamento, al cuerpo electoral se le denomina Asamblea General (art. 45.1); al Consejo de residentes corresponde proponer programas anuales de actividades, conocer del anteproyecto de presupuesto y el proyecto de reglamento de régimen interno, informar expedientes sancionadores, velar por los derechos de los residentes, etc. (art. 46.2).

(63) Esta denominación se utiliza en el artículo 32 del Reglamento andaluz de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia (aprobado por Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007).

Asamblea General (64)], más que con un principio de democracia autogestionaria, tiene que ver con la más general directiva *iusfundamental* de la autodeterminación de las condiciones de la vida personal (art. 10.1 CE). Donde ya no puede ser uno el que decide autónomamente cómo configura su horario de vida, qué se prepara de comer o la película que verá por la noche, debe existir, al menos, la posibilidad organizativa de participar en la determinación de las condiciones de la vida en común.

El principio está acertadamente expuesto en el artículo 23 de la Carta Social Europea (del Consejo de Europa, revisada el 3 de mayo de 1996): las Partes se comprometen a adoptar medidas adecuadas que garanticen «a las personas de edad avanzada que vivan en instituciones [...] la participación en las decisiones que afecten a sus condiciones de vida en la institución».

No es, pues —a mi juicio—, el principio democrático el que primariamente se sitúa detrás de la regulación de estos órganos, sino una idea de *defensa de derechos fundamentales* (o sea, no estamos ante una concreción del principio del Estado democrático, sino del Estado de Derecho). Falta en la comprensión teórica de estos derechos de participación un elemento esencial de la democracia que es la conexión con el *interés general* y la referencia a un colectivo que pueda ser considerado como *pueblo*. Aquí hay un *interés particular* y un *grupo concreto de afectados* en sus intereses. En definitiva, falta la suficiente *distancia* entre el derecho de participación y el objeto de la misma (65).

4. PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL: REGLAS INSTRUMENTALES SOBRE OBTENCIÓN Y TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN PARA LA ADOPCIÓN DE DECISIONES ADECUADAS AL EJERCICIO DE TODOS LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

a) *Procedimiento en sentido amplio como reglas sobre obtención y tratamiento de la información*

Junto al concepto estricto del procedimiento administrativo —creación dogmática del Estado de Derecho—, vinculado a la decisión final que lo resuelve a

(64) En la Residencia de mayores Virgen del Monte de Bolaños de Calatrava no hay representación, sino *participación directa* de todos los residentes a través de la Asamblea General; *vid.* artículo 22 de su Reglamento de régimen interior.

(65) Sobre esos elementos necesarios para la realización del principio democrático (pueblo como sujeto legitimador, distancia con respecto a peculiaridades determinantes de la afección, interés general) *vid.* Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 1.ª ed., Heidelberg, 1998, págs. 80-82 y 98.

través de la forma jurídica del acto administrativo (o del convenio jurídico-público —forma de la terminación convencional del procedimiento—) (66), es necesaria la construcción teórica de otro tipo de procedimiento que sirve de cauce a la concreción y al desarrollo de las prestaciones de servicios o materiales (67).

En el contexto de este concepto amplio de procedimiento se va a prestar aquí atención a las numerosas reglas que, en el ámbito que nos ocupa, se refieren a la obtención y el tratamiento de la información como presupuesto (y al servicio) de la adopción de decisiones correctas en materia de derechos fundamentales. La idea se expresa bien en los comentarios al artículo 5 de la *Charta* alemana: la «información completa» es «presupuesto para decisiones ponderadas».

b) *Información del prestador al destinatario de la prestación*

Son numerosas las obligaciones de información que las leyes autonómicas de servicios sociales imponen al sujeto prestador con respecto al interno en una residencia, expresadas en la forma de derechos del residente: derecho a «conocer el reglamento interno del servicio, explicado de forma comprensible», «a acceder a la historia personal», «derecho de las personas con discapacidad intelectual a ser informadas sobre sus derechos y deberes de forma adecuada a su nivel de comprensión» (68), etc.

Fácilmente puede caerse en la cuenta de que esas y otras obligaciones de información tienen la finalidad de que la persona mayor no sea tratada en la residencia como *objeto* inerte de atención (perspectiva incompatible con la dignidad de la persona), sino que —en la medida de lo posible— el interno participe activamente como *sujeto* responsable y consciente en su atención (69), lo que solo puede suceder sobre la base de estar informado.

(66) Sobre las insuficiencias de la legislación tradicional sobre procedimiento administrativo y de la dogmática que la ha acompañado, Javier BARNES, «Reforma e innovación del procedimiento administrativo», en Javier BARNES (ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla, 2008, págs. 11 y sigs.

(67) *Vid.* sobre esto SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine...*, págs. 288-289; Peter J. TETTINGER, «Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 64, Berlín, 2005, pág. 213, que, en apoyo de esta demanda, afirma que «el moderno Derecho administrativo está más necesitado de *criterios* que dirijan con carácter general la actividad administrativa que de la doctrina de las *formas* de actuación» (cursiva mía).

(68) *Vid.*, por ejemplo, artículo 6.e), g) y v) de la Ley de Cantabria 7/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales.

(69) Así, Gerhard IGL y Thomas KLIE, «Recht der älteren...», pág. 38.

c) *Información del destinatario de la prestación al prestador*

En el contexto de la relación prestacional en la residencia de mayores es frecuente que se modifiquen las reglas generales que regulan con carácter general el flujo informativo del ciudadano a la Administración. La *carga que recae sobre el ciudadano* de exponer con claridad sus peticiones a la Administración [art. 70.1.b) LRJPAC] se sustituye en la residencia por la *obligación del prestador* de poner todos los medios para obtener de oficio la información relevante correcta para configurar la prestación de atención a cada interno. Entre otras exigencias, en esto, por ejemplo, debe concretarse el «derecho a recibir una atención personalizada de acuerdo con sus necesidades específicas» (70) reconocido en las leyes autonómicas de servicios sociales.

En la *Charta* alemana puede encontrarse un buen ejemplo de lo que se está diciendo. Al referirse al derecho a que se tengan en consideración las preferencias y costumbres del interno en lo que afecta a sus horas de sueño, vestimenta e higiene personal (comentario al art. 4: atención personalizada), se impone al personal prestador la obligación de observar las reacciones de las personas dementes y leer en su comportamiento, para hacerse una idea de esas preferencias.

d) *Tramitación y resolución de las quejas*

Las leyes autonómicas sobre servicios sociales reconocen a los residentes el derecho al «acceso a un sistema interno de recepción, seguimiento y resolución de sugerencias y quejas» (71). Es de una importancia determinante en la residencia la correcta regulación del procedimiento que debe seguirse, en especial, con las quejas, que ese procedimiento garantice que se obtiene la información adecuada para resolverlas correctamente, que existe el derecho a obtener respuesta (72), que no existe la posibilidad de que el interno se vea perjudicado por formularlas y, en su caso, la rápida conexión con el Ministerio Fiscal y la jurisdicción penal.

(70) Artículo 12.1.c) de la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales.

(71) *Vid.*, por ejemplo, artículo 8.1.h) de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de servicios sociales.

(72) Así, expresamente, por ejemplo, el título IV, ap. 2.1, del Reglamento de régimen interior de la Residencia privada Gran Vía Parc, de Barcelona.

e) *Instrucciones previas*

«Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo» (art. 11.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

La residencia de mayores, por razones evidentes, puede ser lugar en el que el interno se plantee y decida formular un documento en el que se consigne esa voluntad anticipada. Algunas leyes autonómicas de servicios sociales reconocen el derecho de los residentes a «obtener facilidades para hacer la declaración de voluntades anticipadas, de acuerdo con la legislación vigente» (73).

Desde la perspectiva jurídica, claro está —como incidentalmente destacó la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 19, al enjuiciar la constitucionalidad del artículo 20 del Estatuto de Cataluña de 2006—, lo relevante no es el simple «derecho a dejar constancia de la voluntad para el caso de no poder manifestarla en el momento de recibir tratamiento médico», sino la regulación del alcance de la «obligación de respeto a esa voluntad», regulación que cae bajo el ámbito de «distintas competencias (arts. 81.1 y 149.1.16 CE, entre otras)» del Estado.

El precepto aplicable a esa cuestión —objeto parcial del debate sobre el ambiguo concepto de la «muerte digna» (74)— es hoy el artículo 11.3 de la citada Ley 41/2002: «No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al orde-

(73) *Vid.* artículo 12.1.n) de la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales; y artículo 9.1.l) de la Ley de las Illes Balears 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales.

(74) Bastante convincente me parece la argumentación de Herbert HENDIN, *Seducidos por la muerte* (trad. española de la edición norteamericana de 1998), Barcelona, 2009, más centrada en la perspectiva de la práctica de los médicos, los pacientes y sus familiares, que en la jurídico-constitucional, sobre la pendiente resbaladiza que ha recorrido la práctica del suicidio asistido en Holanda. Sobre esta cuestión, puede verse, últimamente, Alfonso RUIZ MIGUEL, «Autonomía individual y derecho a la propia muerte», en Blanca MENDOZA BUERGO (ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Cizur Menor, 2010, págs. 221 y sigs., de cuyos resultados (en especial, págs. 241-251) —en su mayor parte— discrepo, seguramente, como consecuencia de mi distinta valoración de lo que el propio RUIZ MIGUEL denomina «la transformación (de) una cultura dominada por la primacía del valor de la vida que otorga un papel preponderante y paternalista a la sociedad» (pág. 222) y del alcance de las obligaciones de protección que la vertiente jurídico-objetiva del derecho a la vida (art. 15 CE) impone al legislador.

namiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas».

Los aspectos sustantivos de la regulación corresponden al Estado, pero los procedimentales se remiten a la legislación autonómica (art. 11.2 y 5 Ley 41/2002: formalización, registro, etc.).

f) *Reglas sobre representación, consentimiento, audiencia y autorización judicial para la adopción de decisiones*

Un aspecto de capital importancia, que todavía no parece tener una adecuada respuesta regulativa en nuestro Derecho, es el de con quién tiene que entenderse el sujeto prestador cuando el interno no está incapacitado (y no tiene, por tanto, un representante legal), pero, de hecho, tampoco está en condiciones de decidir por sí mismo, situación esta muy frecuente en la práctica, a la que se da respuesta «por la vía de los hechos» recabando la información o el consentimiento necesarios a algunos efectos de quien *de facto* se presente como persona (familiar, normalmente) que vela por los intereses del interno (75).

¿Quién es, en esos casos, la «persona de referencia» (76)? ¿Cómo se garantiza que esa persona actuará en interés del interno y que no se dan situaciones de «conflicto de intereses o de influencia indebida» (77) (desgraciadamente, no siempre ausentes en las relaciones familiares)?

La exigencia de seguridad jurídica pasa en nuestro Derecho por la incapacitación (78), a la que, sin embargo, muchas veces, son reacios, precisamente,

(75) En el modelo de contrato de prestación asistencial a la tercera edad de Residencial Gràcia Aragó de Barcelona las estipulaciones son firmadas tanto por la residencia como por el residente y por un «familiar o persona responsable del usuario a todos los efectos», lo que parece suponer que esta persona aparece frente a la residencia como responsable subsidiario y como apoderado.

(76) Esta es la expresión que utiliza el artículo 8 del Reglamento andaluz de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia (aprobado por Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007).

(77) Estas son las expresiones que utiliza el artículo 12.3 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, al regular las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica de estas personas.

(78) Por ejemplo, el artículo 24 del Reglamento de organización y funcionamiento de las residencias de ancianos que gestiona directamente el Servicio Regional de Bienestar Social, aprobado por Orden 766/1993, de 10 de junio, de la Consejería de Integración Social de la Comunidad de Madrid, dispone: «1. En el supuesto de residentes presuntamente incapaces que carezcan de familiares, o cuando estos no ejerzan las facultades de protección que les correspondan, la dirección del centro procederá de oficio a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. 2. Durante

los familiares que más velan por el interés del mayor. Y, por otra parte, la simple lectura, en el artículo 271 del Código Civil, de los actos para los que el tutor necesita de autorización judicial parece poner de manifiesto que la perspectiva prioritaria que preside esta materia sigue siendo (salvo en la regulación —solo— de su primer supuesto) la patrimonial y de protección de los intereses de terceros, pero no la de la ayuda al incapaz para el ejercicio de sus derechos fundamentales durante los años que pasa viviendo en una residencia.

Se ha dicho que en la *cuarta edad* (la tercera iría de los 60 a los 75/80 años; la cuarta, de ahí en adelante) las decisiones personales, en ocasiones, ya no se perciben como objeto de un derecho a la autonomía, sino, frecuentemente, como una carga que los afectados quisieran compartir con —o, incluso, trasladar por completo a—, sobre todo, los hijos (79).

Experiencias comparadas ponen de manifiesto los buenos resultados de regular, en este ámbito situado a medio camino entre el Derecho de familia y el Derecho administrativo social, un *apoderamiento voluntario* (equivalente al del representante interlocutor con el médico o el equipo sanitario en la regulación de las instrucciones previas del artículo 11.1 de la Ley 21/2002, de autonomía del paciente) o una *representación legal*, independiente de la incapacitación y de la tutela, a estos efectos de ser la «persona de referencia» de la persona mayor necesitada de asistencia (80).

Con independencia de la audiencia o del consentimiento de esa «persona de referencia», las decisiones que más intensamente afectan a derechos fundamentales —según se ha expuesto más atrás— deben estar sometidas a autorización judicial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALÁEZ CORRAL, Benito, «La eficacia de los derechos fundamentales», en Francisco J. BASTIDA FREIJEDO y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2004, págs. 179 y sigs.
ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 3.^a ed., Frankfurt a. M., 1996.

la tramitación de la declaración de incapacitación y sin perjuicio de las medidas judiciales que puedan adoptarse, actuará como guardador de hecho la Comunidad de Madrid».

(79) ZENZ, «Autonomie...», pág. 148.

(80) Es la figura del *Betreuer* que el Derecho alemán incorporó procedente del austríaco y que está regulada en los §§ 1896 y sigs. del Código Civil (BGB). El nombramiento del *Betreuer* puede evitarse si antes se ha otorgado un *apoderamiento* (que se inscribe en un registro central) para encargarse de los asuntos de los que, en otro caso, se encargaría aquel.

- ARNAUT BRAVO, Sagrario, y OSLÉ GUERENDIÁIN, Camino, *La financiación de las residencias. Modelos autonómicos de financiación de las residencias para personas mayores*, Pamplona, 2006.
- AZNAR LÓPEZ, Manuel, *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de los centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*, Granada, 2000.
- BARNES, Javier, «Reforma e innovación del procedimiento administrativo», en Javier BARNES (ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla, 2008, págs. 11 y sigs.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, «El uso de sujeciones físicas y farmacológicas en la atención residencial de ancianos: derechos fundamentales afectados y garantías», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11 (2011), págs. 91-104.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, 2003.
- ERICHSEN, Hans-Uwe, «Die Drittwirkung der Grundrechte», *Jura*, 1996, págs. 527 y sigs.
- FEHLING, Michael, «Wissenschaftsfreiheit (art. 5 Abs. 3 GG)», en DOLZER/VOGEL (dir.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, 2004, págs. 1 y sigs.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 1994.
- HÄBERLE, Peter, «Grundrechte im Leistungsstaat», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 30, Berlín, 1972, págs. 43 y sigs.
- HENDIN, Herbert, *Seducidos por la muerte* (trad. española de la edición norteamericana de 1998), Barcelona, 2009.
- HESSE, Konrad *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19.^a ed., Heidelberg, 1993.
- IGL, Gerhard, y KLIE, Thomas, «Recht der älteren Menschen», en IGL, Gerhard, y KLIE, Thomas (dir.), *Das Recht der älteren Menschen*, Baden-Baden, 2007, págs. 17 y sigs.
- KRAUSE, Peter, «Empfiehl es sich, soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln?», *Verhandlungen des zweiundfünfzigsten deutschen Juristentages*, Dictamen E, t. 1 (dictámenes), Múnich, 1978, págs. 11 y sigs.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Comentario al artículo 17.1 CE. El derecho a la libertad», en María Emilia CASAS BAAMONDE y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dir.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, 2009, págs. 366 y sigs.
- MAGER, Ute, «Freiheit von Forschung und Lehre», en Josef ISENSEE y Paul KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. VII, Heidelberg, 2009, págs. 1075 y sigs.
- ORTEGA, Luis, y DE LA SIERRA, Susana (coord.), *Ponderación y Derecho administrativo*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009.
- OSSENBÜHL, Fritz «Abwägung im Verfassungsrecht», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1995, págs. 904 y sigs.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas*, Madrid, 1993.
- *Ley, principios, derechos*, Madrid, 1998.

- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid-Barcelona, 2000.
- *La Administración del Estado social*, Madrid-Barcelona, 2007.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, «Autonomía individual y derecho a la propia muerte», en Blanca MENDOZA BUERGO (ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Cizur Menor, 2010, págs. 221 y sigs.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 1.^a ed., Heidelberg, 1998.
- SCHULZE, Reiner (dir.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, Baden-Baden, 2005.
- TETTINGER, Peter J., «Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 64, Berlín, 2005, págs. 199 y sigs.
- TRUTE, Hans-Heinrich, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung*, Tübingen, 1994.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *La acción social. (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Valencia, 2002.
- VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Madrid-Barcelona, 2004.
- ZENZ, Gisela, «Autonomie und Abhängigkeit– familienrechtliche Schutzbelange im Alter», en Gerhard IGL y Thomas KLIE (dir.), *Das Recht der älteren Menschen*, Baden-Baden, 2007, págs. 131 y sigs.

RESUMEN

Quien entra en la intensa relación prestacional que supone vivir en una residencia de mayores ve afectados de forma notable ámbitos de su esfera de autodeterminación personal amparados por algunos derechos fundamentales. Pueden entrar en conflicto con el deber de cuidado que el legislador impone a los titulares de las residencias, en especial, el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) y el derecho a la intimidad personal y domiciliaria (art. 18.1 y 2 CE). Para la correcta construcción teórica de esta cuestión es decisivo el acierto en el planteamiento metodológico. Aquí se hace uso de la teoría de la ponderación como método en el Derecho público. El estudio se completa con el análisis de las regulaciones de tipo organizativo y procedimental que se ponen al servicio de la optimización del ejercicio de los derechos fundamentales en la residencia.

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales; Administración social prestadora; residencia de mayores.

ABSTRACT

The scope of personal self-determination protected by certain fundamental rights is necessarily affected whenever an elderly person moves to a retirement home. In particular, conflicts may arise between the duty of care imposed upon residence-owners by the legislator and the right to physical and moral integrity (Article 15 of the Spanish Constitution), the right to personal freedom (Article 17) and the right to privacy (Article 18) of the elderly residents. An adequate methodological approach is necessary in order to tackle this issue within the right theoretical framework. This article draws on the theory of rights balancing as a public law method. The study further includes an analysis of the organizational and procedural rules that seek to optimize the exercise of fundamental rights in retirement homes.

KEY WORDS: fundamental rights; welfare providing administration; retirement homes.

EL LLAMADO DERECHO AL MEDIO AMBIENTE: UN DESAFÍO A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

FERNANDO SIMÓN YARZA

1. INTRODUCCIÓN.—2. INDETERMINACIÓN FORMAL.—3. SOBRE LA EFICACIA DEL ARTÍCULO 45.1 CE.—4. ¿ES POSIBLE UN DERECHO FUNDAMENTAL AL MEDIO AMBIENTE? EL PROBLEMA DE SU INDETERMINACIÓN MATERIAL: 4.1. *El argumento de los derechos humanos*. 4.2. *Indeterminación material y titularidad múltiple (individual y colectiva)*.—5. UN DESAFÍO DE PLENA ACTUALIDAD: LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL Y EL MANDATO DE PROTECCIÓN.—6. CONCLUSIÓN: DIFICULTADES DE CATALOGACIÓN DE UN DERECHO AL MEDIO AMBIENTE.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la Declaración de Estocolmo, de 1972, prácticamente todas las nuevas Constituciones reconocen, de un modo u otro, el llamado «derecho al medio ambiente» (1). Ya en aquella Declaración se hablaba del derecho del ser humano «al disfrute de condiciones adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar» (principio 1). Fue, sin embargo, en la reunión mundial de Asociaciones de Derecho Ambiental, celebrada en Limoges entre el 13 y el 15 de noviembre de 1990, cuando se recomendó estatuir, «a nivel nacional e internacional» y «de una manera clara y explícita»,

(1) *Vid.* el estudio comparado de BRANDL, E., y BUNGERT, H., «Constitutional Entrenchment of Environmental Protection: A Comparative Analysis of Experiences Abroad», *Harvard Environmental Law Review*, núm. 16 (I), 1992, págs. 1-100.

el «derecho del hombre al medio ambiente» (2). En el año 2000, la protección medioambiental se encontraba incorporada a la norma suprema de más de cien países (3). Prácticamente todas las Constituciones aprobadas con posterioridad a la Declaración de Estocolmo han tratado, de un modo u otro, de dar cobertura a la protección ambiental. Las fórmulas que se han adoptado avanzan desde el simple *mandato de protección* (Alemania, Austria, Suecia, Eslovenia, etc.) al *derecho social* (España, Portugal, Finlandia, Bélgica, Polonia, Grecia, etc.), pasando por el *deber constitucional de conservarlo* (España, Estonia, Polonia, Rumanía, etc.), la *cláusula de restricción de derechos* (Rumanía, Eslovaquia, etc.) e incluso un *catálogo de derechos y deberes ambientales* (Francia).

Junto con la proliferación de fórmulas protectoras del entorno natural en los textos constitucionales, se han producido varios intentos de crear un auténtico derecho fundamental al medio ambiente. Ya en los años setenta, al comienzo del ascenso de la conciencia medioambiental, se planteó, en el seno del Consejo de Europa, la inclusión de semejante pretensión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Llegó a redactarse un Protocolo, que fue, no obstante, desechado a raíz de las polémicas que suscitó (4). Las propuestas se han ido reproduciendo periódicamente en el propio Consejo de Europa (5), y la última de ellas data de una Recomendación de la Asamblea Parlamentaria aprobada el 30 de septiembre de 2009 (6).

Al margen de las propuestas institucionales, la discusión en torno a un eventual derecho al medio ambiente ha producido importantes resonancias en

(2) Vid. *Déclaration de Limoges: Réunion mondiale des associations de droit de l'environnement, 13-15 nov. 1990*, Presses Universitaires de Limoges, 1992, Cuarta Recomendación, § 1.

(3) Vid. LORENZEN, M., *Background Paper on the Project «Environmental Human Rights»*, ANPED, The Northern Alliance for Sustainability, Amsterdam, 2002; en www.anped.org; cit. en HAYWARD, T., *Constitutional environmental rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pág. 22.

(4) Vid. STEIGER, H., *Das Recht auf eine menschenwürdige Umwelt. Vorschlag eines Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlín, Erich Schmidt, 1973, en lenguas francesa, inglesa y alemana. Vid. más ampliamente, sobre este proyecto, KISS, A., «El derecho a un medio ambiente sano y equilibrado», en AAVV, *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM, 1983, págs. 117-118.

(5) DÉJEANT-PONS, M., «Les droits de l'homme à l'environnement dans le cadre du Conseil de l'Europe», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, núm. 60, 2004, págs. 866 y sigs.

(6) Vid. la Recomendación 1885, de 30 de septiembre de 2009, de la Asamblea Parlamentaria, así como el Informe «Drafting an additional protocol to the European Convention on Human Rights concerning the right to a health environment», aprobado por el Comité de Medio Ambiente, Agricultura y Asuntos Locales y Regionales de la Asamblea Parlamentaria, el 11 de septiembre de 2009 (Doc. 12003).

la doctrina. Merecen destacarse, en este sentido, las razonadas propuestas del profesor escocés Tim Hayward (7). En nuestro país, ha sido más frecuente recurrir a la interpretación del artículo 45.1 CE como si de un verdadero derecho subjetivo se tratase, incluso de un derecho fundamental (8).

Por último, los intentos de subjetivación de un derecho al medio ambiente se han visto alimentados sobremedida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos inaugurada en la célebre Sentencia *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994. Como es sabido, dicha jurisprudencia fue parcialmente asumida en nuestro país por la STC 119/2001. Precisamente en un voto particular a esta Sentencia, su propio ponente reivindicaba, en relación con el artículo 45.1 CE, «la conveniencia de mantener ese último escalón o contenido subjetivo del derecho a un medio ambiente para el desarrollo de la persona» (9).

Todos estos intentos y tendencias exigen del jurista un análisis detenido del contenido y la forma del derecho que se postula. Las páginas que siguen tratan de afrontar, precisamente, algunos de los principales desafíos que, desde el punto de vista de la teoría de los derechos fundamentales, presenta la subjetivación del llamado «derecho al medio ambiente», un derecho que se caracteriza por una doble indeterminación formal y material.

2. INDETERMINACIÓN FORMAL

Dada su indeterminación formal, Alexy lo ha puesto como ejemplo de lo que denomina «derecho fundamental como un todo» (*Grundrecht als Ganzes*) (10), debido a la multiplicidad de posiciones jurídicas en que puede traducirse.

(7) HAYWARD, T., *Constitutional Environmental Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

(8) Vid. algunas de estas posiciones en LOPERENA ROTA, D., *El derecho al medio ambiente adecuado*, Madrid, Civitas, 1996, pág. 50; LÓPEZ RAMÓN, F., «Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 95, 1997, pág. 358; DELGADO PIQUERAS, F., «El Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, 1993, págs. 52-53; ESCOBAR ROCA, G., *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Madrid, Dykinson, 1995, pág. 76; CANOSA USERA, R., *Constitución y medio ambiente*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 100; JORDÁ CAPITÁN, E., *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2001, págs. 153-154; IBÁÑEZ MACÍAS, A., «El medio ambiente como derecho fundamental», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 231, 2007, págs. 147-148; etc.

(9) STC 119/2001, Voto particular del Magistrado Manuel Jiménez de Parga, núm. 1.

(10) ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Francfort del Meno, Suhrkamp, págs. 403-404.

1. En cuanto *derecho de defensa*, un eventual derecho al medio ambiente tutelaría al individuo frente a «intervenciones estatales inadmisibles en el medio ambiente» (11). La determinación de las intervenciones legítimas e ilegítimas en el derecho se resolvería —como sostiene Kloepfer (12)— excluyendo, por su misma insignificancia, las llamadas «cargas medioambientales de bagatela» (*Bagatellbelastungen*) y prohibiendo de antemano la injerencia en un «mínimo existencial ecológico» (*ökologische Existenzminimum*) (13); los casos dudosos se resolverían, como es usual, mediante una ponderación entre los bienes en juego. En todo caso, conviene subrayar que, en su vertiente jurídico-defensiva, el derecho al medio ambiente abarcaría únicamente una tutela parcial, incompleta, frente a las agresiones al entorno. Ciertamente, existen casos de contaminación ambiental —*v. gr.*, el resuelto por la STEDH *Öneryıldız c. Turquía*, de 30 de noviembre de 2004 (14) — en los que el origen inmediato de la injerencia es el poder público. No obstante, especialmente en los países más desarrollados, no es el Estado la fuente principal de la contaminación ambiental (15).

2. Como *derecho a la protección*, el derecho al medio ambiente serviría para recabar la tutela estatal frente a cualesquier amenaza proveniente de las industrias privadas. Además, constituiría la vía más significativa de protección del medio ambiente, habida cuenta de que son los particulares quienes se hallan más frecuentemente en el origen de la contaminación. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha conectado la protección del medio ambiente con las obligaciones iusfundamentales de protección frente a injerencias privadas en señalados casos, *v. gr.*, en las SSTCF 49, 89 (*Kalkar I*) y 53, 30 (*Mülheim-Kärlich*), sobre los riesgos asociados al uso de la energía nuclear; 56, 54 (*Fluglärm*), sobre los ruidos derivados del tráfico aéreo; 79, 174 (*Straßenverkehr*), sobre los ruidos del tráfico urbano; etc. Ha sido, sin embargo, a raíz de la línea jurisprudencial abierta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia *López Ostra*, de 9 de diciembre de 1994, cuando se ha manifestado en toda su intensidad la

(11) LÜCKE, J., «Das Grundrecht des einzelnen gegenüber dem Staat auf Umweltschutz», *Die Öffentliche Verwaltung*, 1976, pág. 292.

(12) *Vid.* KLOEPFER, M., *Zum Grundrecht auf Umweltschutz*, Berlín, Walter de Gruyter, 1978, pág. 20.

(13) Expresión acuñada por SCHOLZ, R., «Nichtraucher contra Raucher», *Juristische Schulung*, 1976, pág. 234.

(14) En el origen de este caso se encuentra la explosión de un vertedero municipal situado bajo la responsabilidad directa del poder público, debido a la negligencia de las autoridades.

(15) DELLMAN, H., «Zur Problematik eines “Grundrechts auf menschenwürdige Umwelt”», *Die Öffentliche Verwaltung*, 1974, pág. 591. *Vid.*, en el mismo sentido, STEDH *Hatton y otros c. Reino Unido*, de 8 julio 2003 (Gran Sala), *Opinión disidente conjunta de los jueces Costa, Ress, Türmen, Zupancik y Steiner*, núm. 6.

obligación de proteger a los particulares frente a inmisiones contaminantes de origen no estatal. Actualmente, la «obligación positiva» del Estado en materia ambiental se encuentra ampliamente consolidada tanto en la jurisprudencia de Estrasburgo como en la de los Tribunales ordinarios.

3. En tercer lugar, un eventual derecho al medio ambiente podría revestir la forma de un *derecho a la organización y al procedimiento*. Sin perjuicio de la tendencia, iniciada por el Convenio de Aarhus (1998), a reconocer derechos legales en materia ambiental —acceso a la justicia, acceso a la información ambiental, participación en la toma de decisiones que afecten al medio ambiente—, arbitrar procedimientos adecuados para la tutela del entorno puede llegar a ser una auténtica obligación iusfundamental. En particular, la corrección de los procedimientos de adopción de decisiones de riesgo posee una importante «función de compensación» (16) de las incertidumbres inherentes a este tipo de decisiones. Así se desprende de la Sentencia 53, 30 (*Mülheim-Kärlich*), donde el Tribunal Constitucional Federal alemán afirmó que el derecho fundamental a la vida «influye también en la aplicación de las disposiciones sobre los procedimientos administrativos y judiciales de autorización de las centrales nucleares, cuya misión reside, precisamente, en proteger la vida y la salud frente a los peligros de la energía atómica» (17). Esta jurisprudencia —que en su día fue objeto de importantes críticas doctrinales (18)— ha sido ampliamente desarrollada por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (19).

(16) CALLIESS, C., *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2001, pág. 467. Vid. también REDEKER, K., «Zur Ausgleichsfunktion von Teilhaberechten zwischen Freiheit und Bindung», en BACHOF, O., et al., *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*, Múnich, Beck, 1978, págs. 519-520.

(17) STCF 53, 30, págs. 65-66.

(18) Según el TCF, puede hablarse de una vulneración del derecho «cuando las autoridades administrativas no observan aquellas medidas procedimentales que el Estado ha promulgado en cumplimiento de su deber de protección del artículo 2.2 LFB». Vid., críticos, BETHGE, H., «Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, pág. 7; DOLDE, K.-P., «Grundrechtsschutz durch einfaches Verfahrensrecht», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1982, págs. 67 y sigs., y OSSENBÜHL, F., «Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts», *Die Öffentliche Verwaltung*, 1981, págs. 5 y sigs.

(19) Vid., entre otras, las SSTEDH *Balmer y Schafroth y otros c. Suiza*, de 26 de agosto de 1997; *Athanassoglou y otros c. Suiza*, de 6 de abril de 2000; *Zander c. Suecia*, de 25 de septiembre de 1993; *Hatton y otros c. Reino Unido* (GS), de 8 de julio de 2003; *Okyay y otros c. Turquía*, de 12 de julio de 2005; *Lemke c. Turquía*, de 5 de junio de 2007; *Taşkın y otros c. Turquía*, de 10 de noviembre de 2004; *Giacomelli c. Italia*, de 2 de noviembre de 2006, y *Tatar c. Rumanía*, de 27 de enero de 2009.

4. Por último, el derecho al medio ambiente podría traducirse también en un *status positivus* estricto, esto es, en un derecho a prestaciones fácticas, evaluables económicamente. En realidad, se trataría de nuevo de una vertiente del derecho a la protección de los bienes jurídico-fundamentales básicos (vida, integridad física, propiedad), que tendría por objeto la creación de las infraestructuras necesarias para asegurar una tutela elemental del medio en que dichos bienes se desarrollan. Los derechos prestacionales solo pueden derivarse de los derechos fundamentales, por lo tanto, en un modelo de mínimos (20); lo contrario lesionaría el principio de separación de poderes, y conduciría a otorgar al Tribunal Constitucional un inaceptable poder de disposición sobre el presupuesto del Estado.

* * *

La ambigüedad del llamado «derecho al medio ambiente» no se agota en su indeterminación formal sino, antes aún, en la evanescencia de su objeto de protección —el «medio ambiente»— y en la multiplicidad de bienes jurídicos, de titularidad múltiple —tanto individual como colectiva—, que abarca. El carácter difuso del bien jurídico protegido pone en entredicho, como veremos, no solo la existencia actual de un derecho subjetivo al medio ambiente, sino incluso su misma posibilidad. El análisis de esta cuestión no puede iniciarse sin una breve reflexión acerca del significado jurídico del artículo 45.1 CE.

3. SOBRE LA EFICACIA DEL ARTÍCULO 45.1 CE

El artículo 45.1 de la Constitución afirma que «todos tienen el *derecho* a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo». Si nos fijamos en la ubicación sistemática de este precepto, su pertenencia al título I nos sugiere que estamos ante un «derecho fundamental». Por su inclusión en el Capítulo III, sin embargo, entendemos que no es sino un principio rector, informador de la actuación de los poderes públicos si bien no inmediatamente invocable por el individuo. A la ambigüedad sistemática ha de añadirse, además, la semántica, porque la expresión «derecho al medio ambiente» parece abonar la tesis de un auténtico derecho subjetivo.

(20) Cfr. ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, cit., págs. 465 y sigs.; BÖCKENFÖRDE, E.-W., «Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge», en *Staat, Verfassung, Demokratie*, Francfort del Meno, Suhrkamp, 1991, pág. 155.

Siguiendo a Brandl y Bungert, de este tipo de formulaciones puede decirse que no son ni «prototipos de derechos fundamentales, ni prototipos de declaraciones de una política pública», sino que caen «en un *continuum* entre el derecho subjetivo fundamental en un extremo, y la declaración objetiva de una política pública en el otro» (21).

Algunos autores se han apoyado en esta anfibia para defender la existencia de un auténtico derecho subjetivo al medio ambiente. Según Jordano Fraga o Piñar Díaz, por ejemplo, la dicción literal del precepto exige catalogarlo como tal, por más que no sea invocable inmediatamente por el individuo (22). En realidad, no parece que pueda otorgarse a la expresión «derecho» un contenido excesivamente técnico. Como afirma Jiménez Campo, nos hallamos solo ante «derechos aparentes» (23). A lo sumo, sostiene este autor, del término «derecho» cabría deducir aquí la obligación de que su desarrollo legal se llevase a cabo a través del otorgamiento de derechos subjetivos (24).

Desde mi punto de vista, la expresión *derecho al medio ambiente* apunta, sencillamente, a una tradición del Derecho internacional que arranca de la misma Declaración de Estocolmo, y que contempla la tutela del medio ambiente desde un enfoque antropocéntrico o, con una expresión más feliz, *personalista* (25). Auténtica Carta Magna del Derecho internacional ambiental, la Declaración afirmaba que «de todas las cosas del mundo, los seres humanos son lo más valioso» (26). En sintonía con ella, la Declaración de Río sostenía, veinte

(21) BRANDL, E., y BUNBERT, H., «Constitutional Entrenchment of Environmental Protection: A Comparative Analysis of Experiences Abroad», cit., pág. 18.

(22) JORDANO FRAGA, J., «El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva», *Humana Iura*, núm. 6, 1996, págs. 123-127; PIÑAR DÍAZ, M., «El derecho de la persona a disfrutar del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Actualidad Administrativa*, núm. 18, 1995, pág. 251.

(23) JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pág. 123.

(24) *Ibid.*, págs. 131-132.

(25) La expresión «ecologismo antropocéntrico» parece sugerir una suerte de funcionalismo utilitarista que subordina totalmente el valor de los bienes naturales a su utilidad actual para el hombre. Esta tesis parte de una relación entre individuo y naturaleza que es criticada, a mi modo de ver acertadamente, en SPAEMANN, R., «Technische Eingriffe in die Natur als Problem der politischen Ethik», *Scheidewege*, núm. 9/4, 1979, pág. 491. Alejándose de este utilitarismo, otros autores prefieren hablar de «ecologismo personalista», para subrayar la centralidad de la persona humana sin negar el valor intrínseco de la naturaleza. *Vid.* una síntesis de los principios que informan esta concepción en BALLESTEROS, J., *Ecologismo personalista. Cuidar la naturaleza, cuidar al hombre*, Madrid, Tecnos, 1995.

(26) *Declaración de Naciones Unidas sobre el medio humano, Estocolmo, 16 de junio de 1972*, I.5 (ONU, Documento A/Conf. 48/14, Rev. Capág. 1, Nueva York).

años más tarde, que «los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible» (27). Este es el sentido último que habría de darse a la intención del Constituyente de utilizar la fórmula —muy frecuente en el Derecho comparado, por lo demás (28)— de «derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado».

Desde un punto de vista técnico no puede admitirse, sin embargo, la existencia de un auténtico derecho subjetivo al medio ambiente, y ello sencillamente porque, de acuerdo con el artículo 53.3 CE, no puede hablarse de un poder jurídico inmediatamente invocable. Ahora bien, ¿quiere ello decir que nos encontramos ante mera retórica constitucional? (29). Resultaría desacertado, desde mi punto de vista, entender así este tipo de normas (30). La eficacia jurídica del mandato de protección del medio ambiente puede resumirse en los siguientes puntos:

1. En primer lugar, nos encontramos ante un mandato de programación final (31) que «fija una tarea, pero nada dice respecto a cómo debe realizarse en particular esta tarea» (32). La cuestión de los *medios* queda a disposición del legislador.

2. La eficacia que, frente al legislador, puede poseer el mandato de proteger el medio ambiente, no viene condicionada solo por el artículo 53.3 CE sino, muy especialmente, por su propio contenido sustantivo. Y es que el objeto material es esencial para determinar el significado jurídico de un precepto, toda vez que cabría aprobar, bajo una forma normativa plenamente válida, preceptos

(27) *Declaración de Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo, Río de Janeiro, 7 de mayo de 1992*, principio 1 (A conf. 151/5, de 7 de mayo de 1992). Estas proclamaciones serían superfluas, si no fuese porque nacen en pugna con la llamada *deep ecology*, que equipara en dignidad a todas las especies. *Vid.* al respecto, resumidamente, BALLESTEROS, J., *Ecologismo personalista*, cit., págs. 23-34.

(28) *Vid.*, entre otros, artículo 66.1 Constitución portuguesa; artículo 23 Constitución belga; artículo 24.1 Constitución griega; Sección 20 Constitución finlandesa; etc.

(29) Así lo entiende, por ejemplo, GARRIDO FALLA, F., «Artículo 53», en *Comentarios a la Constitución*, 3.^a ed., Madrid, Civitas, 2001, pág. 986, al equiparar este tipo de mandatos al del artículo 6 de la Constitución de Cádiz, que prescribía a los españoles el amor a la patria, así como ser justos y benéficos.

(30) Sobre este asunto, posee particular relevancia el trabajo de SOMMERMANN, K-P, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1997, en especial las págs. 377 y sigs. («La dimensión normativa de las disposiciones de objetivos del Estado»).

(31) Sobre esta categoría, *vid.* más ampliamente LUHMANN, N., *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlín, Duncker & Humblot, 1964, págs. 282-283; y, del mismo autor, *Theorie der Verwaltungswissenschaft*, Colonia, Grote, 1966, pág. 87.

(32) STCF 59, 231 (*Freie Mitarbeiter*), pág. 263.

que carecen de todo contenido normativo (33). En el caso que nos ocupa, al igual que sucede con las directivas comunitarias, el mandato de programación final indica un objetivo, si bien deja los medios para su ejecución al albur del legislador (34). Y, como ha afirmado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a aquellas (35), su eventual eficacia directa se encuentra condicionada por la propia estructura y los términos de la norma. En este sentido, no posee la misma eficacia el «derecho a disfrutar de un medio ambiente sano» del artículo 45.1 CE que el mandato, más concreto, de reprimir penal y administrativamente los atentados contra el entorno. El «derecho al medio ambiente» posee una *justiciabilidad inmediata mínima* en virtud de sus términos abstractos, esto es, de su propio contenido material.

3. Por otra parte, el mandato de protección del medio ambiente se caracteriza, frente a otros mandatos de programación final, por su ausencia de plazo (36). Se trata de una obligación de carácter *permanente*, imposible de ser acabadamente cumplida y que, en consecuencia, puede siempre llevarse a cabo. Aunque el principio no indique el «cómo» (*wie*) ha de concretarse la obligación, esta fuerza permanentemente la actuación de los poderes públicos, que ya no son dueños de la decisión sobre si actuar o no (*ob*). El mandato de protección del medio ambiente ejerce, en definitiva, una continua *coacción* sobre el comportamiento político de todos los poderes públicos, comenzando por el legislador (37).

4. Este comportamiento protector del medio ambiente es discrecional en cuanto a sus posibles manifestaciones, pero ha de existir en todo caso. *La inactividad total sería inconstitucionalidad* y, sin perjuicio de las dificultades que conlleva la inconstitucionalidad por omisión, podría ser declarada por el

(33) Advertir este hecho es el mérito principal que cabría atribuir —según Kelsen— a la distinción dogmática entre ley material y formal. *Vid.* KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, Viena, Franz Deuticke, 2.^a ed., 1960, págs. 53-54.

(34) SOMMERMANN, K.-P., *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, cit., pág. 378.

(35) Es necesario, en este sentido, que las disposiciones de la Directiva, «desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean lo suficientemente precisas» (*vid.* STJCE *Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, de 19 de enero de 1982, pág. 71; *Marshall c. West Hampshire Area Health Authority*, de 26 de febrero de 1986, § 46; *Fratelli Costanzo S.p.A. contra Comune di Milano*, de 22 de junio de 1989, § 32; *Paola Faccini Dori contra Recreb Srl.*, de 14 de julio de 1994, § 26; etc.)

(36) Distingue Sommermann entre mandatos «perfectibles» —esto es, capaces de ser perfeccionados o perfectamente realizados— y «permanentes», esto es, nunca cumplidos del todo (*vid.* SOMMERMANN, K.-P., *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, cit., 380).

(37) STERZEL, D., «Staatsziele und soziale Grundrechte. Zur Steuerungsfunktion eines Staatszieles Umwelt und sozialer Grundrechte», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1993, pág. 16.

Tribunal Constitucional (38). Además, junto con ese mandato positivo, se trata igualmente de un importante *título de intervención* del legislador para restringir derechos y libertades, máxime teniendo en cuenta que no se recoge solo el «derecho a disfrutar de un medio ambiente sano», sino también el «deber de conservarlo» (39).

5. La *eficacia directiva* del principio no se reduce, por lo demás, al impulso de una legislación protectora del medio ambiente, sino que incide inmediatamente en la actuación administrativa. Por una parte, la Administración ha de interpretar la ley de acuerdo con los fines de la Constitución y, lo que es más significativo, debe conformarse, en su actuación autónoma, a los mandatos de programación final que fija la Constitución. En este segundo sentido se ha afirmado que «la eficacia directa de los arts. 39 a 52 CE es mayor cuanto mayor sea el ámbito de libertad conformadora que se atribuye a las decisiones del órgano estatal; y va descendiendo gradualmente (y convirtiéndose en eficacia indirecta) cuanto más vinculada esté la actividad de los órganos aplicadores del Derecho» (40). El artículo 45.1 CE, como principio informador de la acción administrativa, posee una eficacia transversal, sin perjuicio de que no cree derechos subjetivos ni potestades de intervención independientes de la ley (41).

6. Puede hablarse, por último, de una *eficacia indirecta* del mandato de protección del medio ambiente, a saber, aquella que adquiere al ser utilizado como parámetro interpretativo de otros preceptos (42). Al informar la *praxis* judicial, el principio posee una *eficacia interpretativa* no solo de las normas legales sino, igualmente, de otros preceptos constitucionales. En la medida en que —siguiendo el principio de *unidad de la Constitución* (43)— otras normas de

(38) Vid. sobre la inconstitucionalidad por omisión, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998; VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, y las referencias citadas en ambos.

(39) Vid. RUBIO LLORENTE, F., «Los deberes constitucionales», *REDC*, núm. 62, 2001, pág. 18; VARELA DÍAZ, S., «La idea de deber constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982, pág. 84, y Díez-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 2008, págs. 62 y 69-70.

(40) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pág. 47 (en cursiva en el original). Vid. también SOMMERMANN, K.-P., *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, cit., pág. 385.

(41) SCHMIDT-ASSMANN, E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2.ª ed., Heidelberg, Springer, 2004, pág. 163.

(42) Vid. sobre la eficacia directa e indirecta de los objetivos estatales (*Staatsziele*), SOMMERMANN, K.-P., *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, cit., pág. 394.

(43) Vid. al respecto HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller, 20.ª ed., reimpr. 1999, pág. 27 (§ 71).

derechos fundamentales son interpretadas recurriendo a este principio, indirectamente puede adquirir una eficacia que *a priori* no poseía. Es lo que sucede con la jurisprudencia creada por la STC 119/2001, de la que se desprenden subnormas de eficacia iusfundamental.

* * *

En resumen, el mandato de protección del medio ambiente constituye una norma jurídica válida y eficaz. No se limita a estatuir un *soft law*, si bajo esta expresión se engloban aquellas normas que, careciendo de contenido coactivo, pretenden únicamente orientar políticamente la acción de los poderes públicos. En cuanto que opera como un *título de intervención* (norma facultativa), y en cuanto permite —al menos en una medida mínima— fiscalizar *la actividad del legislativo* (norma imperativa), el mandato de protección del medio ambiente posee un verdadero carácter coactivo (44).

4. ¿ES POSIBLE UN DERECHO FUNDAMENTAL AL MEDIO AMBIENTE?

EL PROBLEMA DE SU INDETERMINACIÓN MATERIAL

En el epígrafe anterior he tratado de precisar, sintéticamente, el significado y alcance jurídico del artículo 45.1 CE. La cuestión acerca de un eventual derecho fundamental al medio ambiente no puede ser tratado únicamente, sin embargo, *de lege lata*, sino que requiere también un análisis *de lege ferenda*. Como se ha explicado en la introducción, son muchas las voces que, en el plano internacional, reivindican este derecho, y es por ello que el interrogante acerca de su oportunidad resulta ineludible.

4.1. *El argumento de los derechos humanos*

El principal argumento que suele esgrimirse a favor de un eventual derecho al medio ambiente es el argumento de los derechos humanos.

En un ensayo que ha tenido cierta resonancia en la discusión sobre los derechos constitucionales ambientales, Tim Hayward ha defendido con firmeza la conveniencia de garantizar, en los textos constitucionales, un derecho fundamental a un medio ambiente sano. En el quicio de sus argumentos se encuentra

(44) Sobre los dos tipos de coactividad de las normas jurídicas, *vid.* KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, cit., pág. 58.

el postulado de que todos los derechos humanos han de estar previstos, como derechos fundamentales, en la Constitución de un Estado democrático moderno (45). A continuación, apoyándose en un sugerente trabajo de Jeremy Waldron —destacado crítico de la *judicial review*—, admite que el uso del término «derecho» que se hace habitualmente en la teoría política no es equivalente a su uso en el lenguaje jurídico (46) y, lo que es más relevante, que el hecho de tener un «derecho moral» (*moral right*) no significa exactamente la exigencia, también moral, de tener un derecho jurídicamente hablando (*legal right*). Como afirma Waldron, pueden existir muchas vías por las que al titular de un «derecho moral» se le asegure legalmente su derecho, sin necesidad de que exista un «derecho legal» (47).

En nuestro país, Rubio Llorente ha sostenido una tesis similar acerca de la distinción entre los *derechos humanos* que el poder público debe «realizar» y los derechos fundamentales que, positivados en el texto constitucional, el poder público se encuentra obligado a «respetar». Para servir a los primeros «nace y se justifica» el Estado, que ha de «proteger estos derechos que cada hombre tiene, por serlo, frente a los ataques de los demás». Son, por lo tanto, «fines necesarios del Estado, no límites inexcusables de su poder» (48). Bien diferente es su naturaleza, por lo tanto, a la de los derechos fundamentales que, establecidos en la Constitución, constituyen un verdadero límite para el legislador, judicialmente controlable. Asumiendo esta distinción, la tesis de que el catálogo de derechos humanos ha de corresponderse, en el ámbito interno, con los derechos fundamentales, resulta sumamente problemática.

Hayward parece admitir, sin embargo, la distinción entre «derechos morales» y «derechos fundamentales», al reconocer que la implementación de un derecho moral puede hacerse por medios distintos del reconocimiento de un derecho (49). Sostiene, sin embargo, que desde el momento en que tal «derecho moral» es reconocido como «derecho humano» en un tratado internacional, sería un imperativo de congruencia que los Estados firmantes de dicho tratado

(45) HAYWARD, T., *Constitutional Environmental Rights*, cit., pág. 66.

(46) Vid. WALDRON, J., «A Rights-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 13, 1993, págs. 18 y sigs., en especial pág. 22.

(47) *Ibid.*, págs. 24-25.

(48) RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho», *Fundamentos*, 2006, pág. 211. De acuerdo con el papel que ocupan los derechos humanos en nuestra sociedad, en su deber de «realizarlos» se encuentra empeñada la legitimidad misma del Estado actual: «la legitimidad del poder estatal depende, en primer lugar, aunque no exclusivamente, de su capacidad para asegurar la vigencia de esos derechos en el seno de la respectiva sociedad, mediante la creación y aplicación eficaz del derecho positivo que los incorpora» (*ibid.*, pág. 207).

(49) HAYWARD, T., *Constitutional Environmental Rights*, cit., pág. 69.

otorgasen al derecho la misma efectividad en el ámbito interno, lo que no significa otra cosa, según el, que reconocerlo como derecho fundamental (50). Ahora bien, ¿existe una equivalencia estricta entre los derechos humanos, sean del tipo que sean, y los derechos fundamentales? (51). Aquí reside el aspecto más criticable de la tesis de Hayward, porque la creación de un derecho humano no supone necesariamente su inmediata justiciabilidad frente a todos los poderes públicos —cosa que sí sucede con la creación de un derecho fundamental. Solo respecto a los derechos civiles y políticos se ha reconocido, en algunos casos —v. gr., el Convenio de Roma o la Carta de San José—, un Tribunal para hacerlos valer directamente. En el caso del derecho al medio ambiente, el argumento de la equivalencia de niveles se vuelve, paradójicamente, en contra del propio Hayward. Si algo sugiere el imperativo de congruencia es que el llamado «derecho al medio ambiente» se estatuya como un fin de la política estatal análogo al *soft law* internacional, no como un derecho subjetivo fundamental. «La carga de la prueba —se ha afirmado— respecto al reconocimiento internacional de pretensiones ambientales de derechos humanos no puede eliminarse por una invocación fetichista de resoluciones no vinculantes u otros documentos o propuestas políticas» (52).

4.2. *Indeterminación material y titularidad múltiple (individual y colectiva)*

Que el argumento de los derechos humanos no avale la exigencia de un derecho fundamental al medio ambiente no significa, sin embargo, que la oportunidad de reconocerlo quede definitivamente descartada. Las dificultades que plantea el reconocimiento de este derecho derivan no tanto de su lugar en los textos internacionales cuanto de la indeterminación material de su objeto, que abarca bienes de titularidad muy diversa. Como ha sostenido Martín Mateo, «los derechos subjetivos, como la misma rúbrica indica, son derechos de cuño individualista y antrópico, mientras que el Derecho ambiental tiene un *substratum* intrínsecamente colectivo y naturista que pretende proteger al hombre, desde

(50) *Ibid.*, pág. 69.

(51) Sobre la disparidad de niveles de protección en los tratados internacionales, *vid.* RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho», *cit.*, págs. 229 y sigs.

(52) HANDL, G., «Human Rights and Protection of the Environment: A Middly “Revisionist” View», en CANÇADO TRINIDADE, A. A., *Human Rights, Sustainable Development and Environment*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995, pág. 127.

luego, pero también al medio terráqueo en cuanto tal; de aquí los inconvenientes implicados en la catalogación de los derechos implicados conforme a los esquemas tradicionales» (53). Martín Mateo apunta de este modo la objeción principal que puede formularse a la positivación de un derecho fundamental al medio ambiente, a saber, su extraordinaria indeterminación material, presente en las mismas dificultades que existen para delimitar el concepto. La expresión «medio ambiente» coincide con la anglosajona *environment*, la francesa *environnement* o la alemana *Umwelt*, que se traducen más exactamente como «entorno» (54). La doctrina se debate entre una noción amplia (Jordano Fraga, Bellver Capella, Egea Fernández, etc.), que llegaría a abarcar el entorno cultural y social, y una noción más restringida (Martín Mateo, López Ramón, Escobar Roca, Loperena Rota, Jordá Capitán, etc.), referida al medio ambiente físico y, dentro de este, al «conjunto de elementos naturales objeto de una protección jurídica específica» (55).

Las mayores dificultades que presenta una comprensión excesivamente amplia del medio ambiente es su escasa operatividad jurídica, motivo por el que es preferible decantarse por una noción más estricta. No obstante, incluso desde esta consideración restringida, el medio ambiente habría de incluir «aquellos elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas: en definitiva, el agua y el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra» (56). Es aquí donde residen, sin duda, los mayores problemas para crear un derecho subjetivo —y, más aún, un derecho fundamental— al medio ambiente. En efecto, frente a las definiciones unilaterales de la teoría del *interés* (Jhering) y de la teoría de la *voluntad* (Windscheid) (57), una definición acabada del derecho subjetivo no

(53) MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho ambiental*, vol. I, Madrid, Trivium, 1991, pág. 47.

(54) *Ibid.*, pág. 81, y UTRERA CANO, S. F., «Medio Ambiente», *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, Civitas, 1995, pág. 4240.

(55) MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho ambiental I*, cit., pág. 85.

(56) *Ibid.*, pág. 85.

(57) Una amplia crítica a la teoría del interés (Jhering) y de la voluntad (Windscheid), así como a las teorías mixtas de Bernatzik y Jellinek (en cuanto que se reconducen, respectivamente, a la primera y a la segunda corriente), puede encontrarse en KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Scientia Aalen, 2.^a ed. 1923 (reimpr. 1960), Reinheim, págs. 567 y sigs. La crítica de Kelsen se centra, sustancialmente, en el error cardinal que supone «incluir en el derecho subjetivo algo esencialmente distinto del derecho objetivo» (pág. 618). Para Kelsen, «tener un derecho a algo no puede significar otra cosa que encontrarse respecto a la norma jurídica que estatuye un deber de alguien en una especial relación en virtud de la cual la norma jurídica está a disposición del derechohabiente» (pág. 593). Es claro que no se puede definir el derecho subjetivo al margen o

puede prescindir de su elemento material (el *interés*) ni de su elemento formal (la *actio*). Siguiendo una caracterización ampliamente aceptada por los juristas, puede definirse como «un *poder jurídico*, personalizado e individualizado, para poner en movimiento el orden jurídico en orden a la satisfacción de los *propios intereses*» (58). Si el entorno es, desde un punto de vista jurídico, un bien de titularidad múltiple, que abarca bienes de titularidad colectiva, ¿cómo es posible hacerlo globalmente objeto de un derecho subjetivo?

A este reparo cabría a su vez objetar, según autores como el propio Hayward, que también los intereses tutelados por los derechos fundamentales son intereses públicos (59). Entiendo, sin embargo, que esta objeción encierra una falacia, puesto que los derechos fundamentales tienen por objeto *bienes de titularidad individual (la vida, el domicilio, la libertad individual) cuya tutela posee relevancia pública*, mientras que el llamado «derecho al medio ambiente» incluye *bienes de titularidad colectiva (el aire, el agua, el paisaje) cuya tutela posee relevancia individual*.

El interés «público» en la tutela de los derechos fundamentales no incide en la titularidad individual del bien jurídico, sino que hace referencia a una exigencia de la ética política. La relevancia pública consiste aquí, en el fondo, en que con ella se garantiza un aspecto crucial de la cultura democrática y liberal. Estamos ante la llamada dimensión institucional de los derechos que, no obstante, siguen teniendo por objeto bienes de titularidad individual. Como afirma Raz —autor en el que pretende apoyarse Hayward—, derechos como «la libertad de expresión, la privacidad, la libertad religiosa y la no discriminación racial son ejemplos de que una razón para dotar de protección especial a los *intereses in-*

con anterioridad a la norma que lo reconoce; entiendo, sin embargo, que el célebre jurista austriaco desdeña injustamente la relevancia jurídica que el *interés individual* posee como *fundamento* de la protección dada por el orden objetivo. Ciertamente, no se puede prescindir del «poder jurídico», si se quiere que el derecho subjetivo sea algo más que el «mero reflejo de la obligación jurídica» (*vid. Reine Rechtslehre*, cit., págs. 140-141). Ahora bien, reducir el derecho al «poder jurídico» impide diferenciar el *status* de los distintos sujetos que pueden disponer de la norma, según lo hagan en interés propio o ajeno. La posición de Kelsen —excesivamente formal, desde mi punto de vista— se entiende desde su indiferencia hacia toda consideración material o de fundamentación del derecho: «para el jurista solo y únicamente entra en consideración el *cómo*: la forma» (*Hauptprobleme*, pág. 618). Desde esta perspectiva, se pierde de vista que lo que determina la *forma* del derecho subjetivo es la previa identificación del *status* de los sujetos protegidos, la cual se basa siempre, a su vez, en consideraciones materiales. A la definición del derecho subjetivo no es indiferente su propio substrato material, como a continuación se examina.

(58) SCHMIDT-ASSMANN, E., «Art. 19.4», en MAUNZ, T., y DÜRIG, G. (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Múnich, Beck, 2003, pág. 77 (la cursiva es mía).

(59) HAYWARD, T., *Constitutional environmental rights*, cit., págs. 74-76.

individuales es que de ese modo se protege también un bien colectivo, un aspecto de la cultura pública» (60). No dejamos de encontrarnos aquí, por lo tanto, ante intereses o bienes individuales, por importante que su tutela sea para la comunidad. La preservación del bien común pasa por el reconocimiento del derecho o, dicho de otro modo, «dañar al individuo pone en peligro el mantenimiento del bien público», de tal suerte que «ese daño es también causa de un daño a la comunidad» (61). Este, y no otro, es el sentido institucional y la relevancia pública de la tutela de los derechos fundamentales del individuo. En el caso del llamado derecho al medio ambiente sucede exactamente lo contrario: la «publicidad» del interés se debe a la titularidad pública de los bienes, y es la «relevancia individual» de su tutela lo que remite a una concepción ético-política de base, a saber, el postulado de la prioridad del ser humano en la tutela del entorno.

Para reforzar esta tesis, es oportuno examinarla a la luz de la teoría del *status*, que constituye —como se ha dicho— «el paradigma de una teoría de posiciones (jurídicas) totales abstractas» (62). De acuerdo con esta teoría, que describe la situación del individuo en relación con el Estado, puede enablarse una distinción entre derechos de libertad (*status negativus* o *status libertatis*); derechos de prestación (*status positivus* o *status civitatis*); y derechos de participación en la formación de la voluntad estatal (*status activus* o *status active civitatis*) (63). El *status libertatis* constituye el *status* primordial trazado por los derechos fundamentales, toda vez que estos delinean el llamado «principio de distribución» (*Verteilungsprinzip*) entre una libertad individual ilimitada en principio y un poder estatal limitado en principio (64). La posición jurídica de *libertad* resulta esencial para comprender no solo el *status negativus*, sino también los restantes derechos. En particular, «el argumento principal a favor de derechos sociales fundamentales es un argumento de libertad», basado en la necesidad de una medida de «libertad fáctica» suficiente para gozar de otras libertades (65). En la base de los derechos sociales

(60) RAZ, J., *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pág. 256 (la cursiva es mía).

(61) *Ibid.*, pág. 258.

(62) ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Francfort del Meno, Suhrkamp, 1986, pág. 229.

(63) *Vid.* JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2.^a ed., Tubinga, Mohr, 1905, págs. 87 y 94 y sigs.

(64) Cfr. SCHMITT, C., *Verfassungslehre*, Múnich y Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, pág. 164. La idea coincide, en cierto sentido, con la teoría amplia del supuesto de hecho de los derechos fundamentales, conforme a la cual los derechos poseen un ámbito de protección *prima facie* ilimitado (*vid.* al respecto ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, cit., págs. 290 y sigs.).

(65) *Ibid.*, pág. 458.

está, pues, un «principio de libertad fáctica» (66). Un derecho público subjetivo tiene como fin principal la realización de la libertad jurídica o fáctica de su titular, tanto si se trata de un derecho de defensa frente a injerencias estatales como si consiste en un derecho de prestación y, en este segundo caso, ya sea un derecho a prestaciones fácticas (económicamente evaluables), a la protección jurídica frente a agresiones de terceros o, incluso, a la organización y al procedimiento. El derecho público subjetivo no puede desligarse, por lo tanto, de la capacidad del titular para configurar libremente el interés que constituye su objeto.

Muy distinta es la posición del sujeto que ostenta un poder de configuración sobre bienes o intereses ajenos. Respecto a esos bienes o intereses, ningún individuo en concreto puede hallarse en un *status libertatis*, puesto que carece de toda capacidad para configurarlos libremente. Un derecho al medio ambiente que excediese el ámbito de las agresiones a bienes puramente individuales —la vida, la integridad física, la salud, etc.— tendría por objeto un bien colectivo, y los intereses colectivos no pueden ser tutelados en interés de un solo individuo. El poder de hacer valer tales intereses no podría ostentarse sino desde un *status procuratoris*, en el que el sujeto capacitado para decidir tendría encomendado el cuidado (*cura*) del bien en cuestión. Este *status procuratoris* ha de distinguirse cuidadosamente, sin embargo, del *status libertatis*, dado que «lo que alguien puede hacer como representante, está determinado en lo esencial por las expectativas de los representados y del público» (67). Es este el mayor obstáculo que presenta la creación de un derecho fundamental al medio ambiente: dejar al cuidado del individuo un interés que, en rigor, solo puede tutelarse en beneficio de la colectividad.

El problema que aquí se examina trasciende el ámbito de la dogmática. Que el sujeto que ostenta un poder de configuración de un interés jurídico se encuentre en un *status libertatis* o en un *status procuratoris* en relación con dicho interés no es una distinción puramente académica, sino esencial para la teoría política y jurídica. Crear derechos fundamentales sobre la base de un *status procuratoris* supondría desplazar el proceso de decisión política al ámbito del proceso judicial. En este campo, la posición de un solo individuo se vería notablemente sobredimensionada; como sostiene Handl, «el foco de investigación en un caso en el que se involucra un demandante individual es por definición demasiado limitado para asegurar la consideración de todos los intereses sociales

(66) *Ibid.*, pág. 465.

(67) SCHMIDT-ASSMANN, E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit., págs. 83-84.

en juego en la disposición de la demanda» (68). Iusfundamentalizar intereses colectivos conduce, por una parte, a judicializar los procesos de decisión política; por otra, a dejar en manos del individuo intereses que la comunidad ha de mantener en manos de sus representantes (69).

En el fondo, esta tesis es reconocida implícitamente por los propios defensores del derecho fundamental al medio ambiente. Loperena Rota y Jordano Fraga entienden, *v. gr.*, que cabría hablar de un derecho fundamental al medio ambiente toda vez que se admitiese «la posesión de los bienes de dominio público *uti socius*» (70), esto es, en beneficio común. En este caso, «el ciudadano titular de un derecho al medio ambiente se encontraría respecto a los bienes de dominio público en la misma situación que la Administración» (71). Ahora bien, ¿puede hablarse entonces de un verdadero *derecho* al medio ambiente? ¿No describe esta posesión *en beneficio común*, por el contrario, un *status procuratoris*? ¿Es equiparable la posición del individuo respecto a sus derechos a la posición de la Administración respecto a los intereses de los ciudadanos? Como se ha afirmado, «en la prosecución de sus derechos subjetivos, el individuo no es ni fiduciario ni representante de intereses sociales o públicos» (72).

(68) HANDL, G., «Human Rights and the Protection of the Environment: A Mildly Revisionist View», cit., pág. 135.

(69) Me interesa advertir aquí que, incluso en el seno de las corrientes de pensamiento *liberales*, no existe un acuerdo en la definición del tipo de pertenencia individual —como propietario, agente o depositario— no ya de los bienes colectivos, sino incluso de los bienes que naturalmente posee el individuo y que lo sitúan en una posición desigual respecto a sus semejantes (talentos, atributos y demás posesiones). Las diferentes teorías acerca de las competencias públicas de redistribución se basan en una concepción política distinta de las posesiones naturales del individuo. *Vid.* una presentación de la discrepancias de Nozick y Rawls en SANDEL, M., *Liberalism and the Limits of Justice*, 2.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1998, págs. 95-103 («Individual and social claims: Who owns what?»). En el contexto de la fundamentación política de los derechos, me parece muy sugerente la tesis de Attracta Ingram, que dedica un interesante libro a fundar las libertades individuales en una autonomía entendida como «autogobierno» (*self-government*), y no como «propiedad» (*self-ownership*). (*Vid.* INGRAM, A., *A Political Theory of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1994, págs. 17 y sigs., 168 y sigs. y 214 y sigs.). Solo desde esta perspectiva se comprende cabalmente la relevancia política que tiene el otorgamiento de un derecho fundamental. Fijar un derecho no es simplemente fijar los límites de la decisión política, sino que constituye en sí misma una decisión de naturaleza política.

(70) JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995, pág. 502.

(71) *Ibid.*, pág. 503.

(72) SCHMIDT-ASSMANN, E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit., pág. 82.

En rigor, desde un *status procuratoris*, el individuo solo puede ostentar el *interés legítimo* (*intérêt pur agir, sufficient interest*) (73) en el cumplimiento de una legalidad predeterminada. El medio ambiente, entendido como bien de *titularidad colectiva* cuya tutela posee relevancia para el *individuo*, encaja perfectamente en esta categoría. Afirmar el Tribunal Supremo que el interés legítimo es, «según la doctrina tradicional, el que tienen aquellas personas que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal, o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos, en que las Administraciones actúen de acuerdo con el Ordenamiento jurídico» (74). Y para el Tribunal Constitucional, consiste en «un interés en sentido propio, cualificado y específico», que supone «que quien aparezca como demandante se halle en una específica relación con el objeto de las pretensiones que pueden deducirse en esta vía» (75). El interés legítimo es definido, pues, de un modo extraordinariamente amplio: es un interés «real y actual, que puede ser tanto individual como corporativo o colectivo», directo o «indirecto, en correspondencia con la [...] amplitud con que se concibe en el texto constitucional la tutela judicial de la posición del administrado y la correlativa necesidad de fiscalizar el cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración» (76).

Dado que el objeto de tutela del llamado *derecho al medio ambiente* abarca bienes de titularidad colectiva, el poder sobre su adecuada configuración ha de ser retenido por el poder público. Ahora bien, en la medida en que la tutela de dichos intereses posee una gran relevancia para el individuo, ha de admitirse igualmente la existencia de un *interés legítimo*, o lo que es lo mismo, de un

(73) *Vid. ibid.*, págs. 81-84 (sobre «la tarea del derecho subjetivo»). Sobre el interés legítimo, *vid. también* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre los derechos públicos subjetivos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 6, 1975, págs. 427-446; GARRIDO FALLA, F., «El interés para recurrir en agravios», *Revista de Administración Pública*, núm. 9, 1952, págs. 57-60; SÁNCHEZ MORÓN, M., «Interés legítimo», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, Civitas, 1995, págs. 3661-3663; TARDÍO PATO, J. A., «Legitimación procesal e intereses legítimos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 93, 1997, págs. 99-118; GONZÁLEZ CANO, M. I., *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo: especial consideración de los intereses legítimos colectivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, págs. 41-52, y GÓMEZ MONTORO, Á. J., «El interés legítimo para recurrir en amparo. La experiencia del Tribunal Constitucional español», *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 9, 2003, págs. 160-164.

(74) *Vid.*, por todas, la STS de 1 de julio de 1985.

(75) STC 257/1988, FJ 3.

(76) STC 195/1992, FJ 4.

derecho reaccional en materia ambiental (77). Los intereses legítimos se reconocen precisamente con este propósito, como mecanismo para reaccionar ante agresiones a bienes que afectan a la esfera vital del interesado y al mismo tiempo la trascienden. Como tal, el medio ambiente se encuentra por encima del círculo de intereses que pertenecen propiamente al interesado, y es por ello que nos oponemos aquí a catalogarlo como un derecho fundamental. Su interés consiste en «la posibilidad» que el ordenamiento le atribuye para «poner en movimiento una norma objetiva en su propio interés» (78). Ello no significa que, subjetivamente, actúe simplemente por mor del orden jurídico; «lo que mueve al recurrente no es un abstracto interés por la legalidad, sino el concretísimo de estimar que la Administración la está perjudicando» (79); ahora bien, la intención subjetiva de actuar en beneficio propio no quita que el objeto tutelado sea un bien colectivo, ordenado legalmente en interés de la comunidad.

Hay que señalar, por último, que la tesis aquí defendida se halla en plena consonancia con la tendencia, impulsada desde el Derecho internacional, a reconocer derechos procedimentales en materia ambiental. Estos derechos se encontraban ya previstos en el principio 10 de la Declaración de Río (1992), que —entre otras cosas— postulaba el «acceso efectivo» de los individuos «a los procedimientos judiciales y administrativos», aunque se han generalizado, como es bien sabido, a partir del *Convenio de Aarhus*, de 1998 (80). Como se ha indicado, habida cuenta de los problemas que lleva consigo definir un derecho sustantivo al medio ambiente, parece preferible abandonar esta noción a favor de los derechos procedimentales o de participación (81). Centrarse en el

(77) GONZÁLEZ CANO, M. I., *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo: especial consideración de los intereses legítimos colectivos*, cit., pág. 27; SÁNCHEZ MORÓN, M., «Interés legítimo», cit., pág. 3662.

(78) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre los derechos públicos subjetivos», cit., pág. 438.

(79) *Ibid.*, pág. 437; *vid.* también GARRIDO FALLA, F., «El interés para recurrir en agravios», cit., págs. 57-60.

(80) *Convenio sobre Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales*, adoptado en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998. Siguiendo lo acordado en Aarhus, se dictaron numerosas directivas que han sido transpuestas en nuestro país por la Ley 27/2006, de 18 de julio, que regula con carácter básico el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. *Vid.*, más ampliamente RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., y RUIZ DE APODACA, Á., *Información, participación y justicia en materia de medio ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007.

(81) DOUGLAS-SCOTT, S., «Environmental Rights in the European Union», en BOYLE, A. E., y ANDERSON, M. R., *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pág. 112; *vid.* también MACRORY, R., «Environmental Citizenship and the Law: Repairing the European Road», *Journal of Environmental Law*, núm. 8, 1996, págs. 233-234.

reconocimiento de un genérico derecho fundamental al medio ambiente puede conducir a una devaluación del significado jurídico de los derechos fundamentales (82) y, lo que no es menos grave, distraería el foco de atención del ámbito genuino de la tutela ambiental (83).

5. UN DESAFÍO DE PLENA ACTUALIDAD: LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL Y EL MANDATO DE PROTECCIÓN

Después de concluir la inexistencia de un derecho fundamental al medio ambiente y la inoportunidad de su positivación en nuestro ordenamiento, conviene hacer referencia a la estrecha relación que puede entablarse entre la tutela del entorno y la de otros bienes individuales básicos. Hemos comenzado este trabajo refiriéndonos a la caracterización de Alexy del llamado «derecho al medio ambiente» como un «derecho fundamental como un todo», debido a la multiplicidad de posiciones jurídicas en que puede traducirse. Su naturaleza omnicompreensiva no se detiene ahí, sino que reside igualmente en la cantidad de bienes jurídico-fundamentales con los que se conecta. Puede afirmarse, en consecuencia, que aunque autónomamente no pueda ser objeto de un derecho fundamental, el medio ambiente tiene una *naturaleza iusfundamental relacional*, en la medida en que aparece vinculado con otros bienes jurídico-fundamentales (84). La pregunta que la doctrina no puede dejar de formularse es: ¿cómo se debe deslindar el contenido iusfundamental del llamado derecho al medio ambiente del mandato constitucional de protección (art. 45.1 CE)?

Antes de nada, es preciso advertir la complejidad de la cuestión. Por una parte, tenemos bienes inequívocamente conectados con la tutela ambiental, *v. gr.*, la vida, la integridad física y la propiedad. La apreciación de una lesión en estos derechos está sujeta a parámetros estrictos, aunque existen supuestos, en la jurisprudencia europea, en que se han visto afectados. En el caso *Öneryıldiz c. Turquía*, de 30 de noviembre de 2004, la negligencia del poder público produjo la violación del derecho a la vida y a la propiedad de treinta personas, que murieron como consecuencia de la explosión de un basurero municipal. Asimis-

(82) *Vid.* STERN, K., «Die Idee der Menschen- und Grundrechte», en MERTEN, D., y PAPIER, H.-J. (eds.), *Handbuch der Grundrechte*, vol. I, § 1, Heidelberg, Müller, pág. 40 (n. 77).

(83) *Vid.* HANDL, G., «Human Rights and the Protection of the Environment: A Mildly Revisionist View», *cit.*, págs. 119 y 142.

(84) En este sentido, se ha hablado de una materia transversal (*cross-sectoral enterprise, Querschnittsmaterie*). *Vid.* HANDL, G., «Human Rights and Protection of the Environment: A Mildly “Revisionist” View», *cit.*, pág. 128.

mo, en *Budayeva y otros c. Rusia*, de 20 de marzo de 2008, un deslizamiento de lodos previsto por las autoridades municipales fue causa de la muerte de ocho personas y puso en peligro a otras tantas. Habida cuenta de la falta de diligencia del Ayuntamiento en informar a la población, se declaró la lesión del derecho a la vida de las víctimas.

Junto con estos casos de inequívoca afectación a los derechos fundamentales existen otros que, también indubitadamente, caen dentro del mandato objetivo de protección del artículo 45.1 CE. Sucede así, por ejemplo, con la Decisión *Ünver c. Turquía*, de 26 de septiembre de 2000. En este supuesto, el demandante solicitaba la suspensión de unos permisos de edificación concedidos en una zona costera que quebrantaban la legalidad ambiental protectora del paisaje. Después de obtener el pronunciamiento favorable de los tribunales, que ordenaban la suspensión de las autorizaciones, la Administración desoyó los requerimientos y las construcciones siguieron su curso. El demandante llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando que la inejecución de los pronunciamientos había lesionado su derecho a la propiedad y a la protección judicial de sus derechos civiles. El Alto Tribunal entendió, sin embargo, que el demandante no era portador de un derecho civil en el sentido del artículo 6.1 CEDH, sino de «un derecho procedimental bajo el derecho administrativo» o, más precisamente, «una *actio popularis* para prevenir el desarrollo ulterior de un área que consideraba ilegal y contraria al interés público». En relación con el derecho a la propiedad, entendió que «el artículo 1 del Protocolo 1.º del Convenio no garantiza, en principio, el derecho al disfrute pacífico de las posesiones en un medio ambiente agradable», sino que ha de acreditarse —cosa que no hizo el recurrente— una disminución en el valor económico de las propiedades afectadas por el deterioro ambiental (85).

Pese a las críticas de algún autor —que considera que los derechos humanos del Convenio habrían de amparar también la lesión de intereses públicos ambientales (86)—, entiendo que la respuesta del Tribunal Europeo ha sido en este punto acertada. Las mayores dificultades de deslinde entre el mandato objetivo y la dimensión iusfundamental del medio ambiente radican, desde mi punto de vista, en la tutela de bienes jurídicos que, sin dejar de catalogarse como individuales, poseen una amplitud y abstracción que los hace difícilmente apre-

(85) *Vid.* Decisión *Ünver c. Turquía*, de 26 de septiembre de 2000, FFJJ §§ 2 y 3; *vid.* en contraste, las SSTEDH *Bistrovic c. Croacia*, de 31 de mayo de 2007, §§ 38 y sigs., y *Ouzounoglou c. Grecia*, de 24 de noviembre de 2005, § 30, donde sí existió depreciación de los bienes.

(86) *Vid.* SCHALL, C., «Public interest litigation concerning environmental matters before human rights courts: a promising future concept?», *Journal of Environmental Law*, núm. 20, 2008, pág. 428-429.

hensibles al margen de la legalidad ordinaria. Me refiero a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos iniciada con los casos *Powell y Rayner c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1990, y, sobre todo, *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994. El Tribunal sentó el criterio de que los atentados contra el medio ambiente pueden llegar a afectar al artículo 8 del Convenio Europeo: «ni que decir tiene que los atentados graves al medio ambiente pueden afectar al *bienestar de una persona* y privarla del *disfrute de su domicilio*, perjudicando su vida privada y familiar, sin, por ello, poner en grave peligro la salud de la interesada» (87). El nuevo bien protegido es la *calidad de vida ambiental*, y la intensidad de su protección abarca un espectro más amplio, como se puede apreciar, que la noción de «grave peligro para la salud».

La jurisprudencia fijada por la Sentencia *López Ostra* ha sido reiterada en innumerables pronunciamientos, y fue recibida en nuestro país por la STC 119/2001, de 24 de mayo. Al margen de las dificultades interpretativas que suscita la subsunción de la *calidad de vida ambiental* en el artículo 18 de la Constitución, es este un bien jurídico de contornos difusos, enunciado en el Preámbulo de la Constitución, en el artículo 129.1 CE y, como criterio de orientación de la protección ambiental, en el artículo 45.2 CE (88). La protección de la salud, por su parte, presenta similares dificultades de definición (89). No es ocioso cuestionarse, a la luz de la abstracción del bien jurídico protegido, la oportunidad de catalogarlo como un derecho fundamental. Nótese que el problema no reside en este caso, como en el caso de un genérico derecho a la protección del entorno, en la naturaleza colectiva del objeto. El problema es más bien su evanescencia y amplitud, que dificulta su aprehensión inmediata. Cabría argumentar, sin embargo, que existen otros derechos de similar abstracción —piénsese, por ejemplo, en el derecho fundamental, reconocido en Alemania, al «libre desarrollo de la

(87) STEDH *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994, § 51 (la cursiva es mía).

(88) En el Preámbulo, la Nación Española afirma su voluntad de «promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna *calidad de vida*». En el artículo 45.2 CE se afirma que «los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la *calidad de la vida* y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». Por último, el artículo 129.1 CE dispone que «la ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la *calidad de la vida* o al bienestar general».

(89) Según la OMS, es el «estado de absoluto bienestar físico, mental y social». Se trata de un concepto sencillamente imposible de aprehender, como han subrayado varios de sus críticos. Vid. en este sentido SPAEMANN, R., «Die totale Gesundheit», en *Grenzen. Zur ethischen Dimension des Handelns*, Stuttgart, Klett-Cotta, 2001, pág. 334, y BOK, S., «Rethinking the WHO Definition of Health», *International Encyclopedia of Public Health*, vol. 6, San Diego, 2008, págs. 590-597.

personalidad» (art. 2.1 LFB)—, con base en los cuales son los jueces quienes perfilan las posiciones jurídicas definitivas (90).

La objeción recién referida está cargada de lógica, y pone de manifiesto la complejidad de la discusión, respecto a la cual caben argumentos tanto a favor como en contra. Desde mi punto de vista, el derecho a la *calidad de vida ambiental* presenta al menos dos problemas de cierta envergadura que se han manifestado primero en la jurisprudencia de Estrasburgo y posteriormente, con mayor evidencia si cabe, en la jurisprudencia ordinaria: de un lado, el de su *escasa operatividad frente al legislador*; de otro, el de su *ilimitada expansividad* frente a la Administración.

a) Respecto a lo primero, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado la relevancia que, en el juicio sobre una posible lesión del derecho posee, en estos casos, el cumplimiento de la legalidad ambiental (91). La jurisprudencia ordinaria sobre la materia es igualmente elocuente, hasta el punto de que no es posible encontrar un solo pronunciamiento basado, en última instancia, en la omisión protectora del legislador. Paradójicamente, sin embargo, lo que cualifica un derecho como fundamental es un «contenido esencial» (art. 53.1 CE) indisponible para el poder legislativo, es decir, «la capacidad de vincular al legislador es lo que hace de un derecho un derecho fundamental» (92).

b) En contraste con esta escasa —o nula— operatividad frente al legislador, el derecho fundamental a la calidad de vida ambiental posee una *expansividad ilimitada en lo que respecta al control de la acción administrativa*. Según ha afirmado el Tribunal Supremo en su primera decisión sobre la materia que nos ocupa, la vulneración del derecho no deriva propiamente «de la mera existencia de unas ilegalidades, sino de la circunstancia añadida de [...] una postura habitual de pasividad o, mejor, de actividad insuficiente de la Administración que a su vez produce, sumado, el efecto final de lesionar aquellos derechos» (93). Toda la jurisprudencia ordinaria se encuentra imbuida de esta idea, a saber, que es el reiterado incumplimiento de la legalidad ordinaria lo que produce, automáticamente, la lesión del derecho a la calidad de vida ambiental (94).

(90) *Vid.* en este sentido HAYWARD, T., *Constitutional Environmental Rights*, cit., págs. 95-96.

(91) STEDH *Hatton y otros c. Reino Unido* (GS), de 8 de julio de 2003, § 120.

(92) CRUZ VILLALÓN, P. «Derechos fundamentales y legislación», en AAVV, *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1993, pág. 414.

(93) STS de 18 de noviembre de 2002, FJ 3.

(94) *Vid.*, por todas, las SSTS de 18 de noviembre de 2002, de 10 de abril de 2003, de 12 de marzo de 2007 y de 12 de noviembre de 2007. En el ámbito de los Tribunales Superiores de

Con estas dos premisas, viene al caso preguntarse hasta qué punto nos las habemos con un genuino derecho fundamental o, por el contrario, estamos ante cuestiones de mera legalidad. Parafraseando una expresión utilizada por los penalistas, ¿no nos hallaremos, tal vez, ante un «derecho fundamental en blanco»? ¿Habría sido más apropiado utilizar otras fórmulas de tutela? ¿No proporciona acaso la vía contencioso-administrativa una tutela resarcitoria del todo equivalente?

De acuerdo con el artículo 18.1.g) de la LBRL, los vecinos tienen el «derecho» a «exigir la prestación» y, en su caso, al «establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio». Además, desde 1998, el artículo 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa incluye entre los posibles objetos de impugnación la «inactividad administrativa» y la «vía de hecho». La omisión administrativa de sus funciones es, pues, fiscalizable, y puede dar lugar a responsabilidad patrimonial. Se haya lesionado o no un derecho fundamental, basta que exista un daño, evaluable económicamente y derivado del funcionamiento normal o anormal de la Administración (*vid.* art. 139.1 LPC), para que el particular tenga derecho, *ex* artículo 106.1 CE, a la indemnización. No es aventurado sostener que esta habría sido una vía de tutela más adecuada que el recurso a los derechos fundamentales. Es la aplicación de la legalidad el expediente más seguro y apropiado frente a los atentados contra la calidad de vida. Consecuentemente, los intentos para alcanzar una mejor tutela habrían de centrarse, precisamente, en combatir la negligencia en la aplicación de la legalidad. Podrían articularse, en este sentido, mecanismos eficaces para fiscalizar el incumplimiento municipal de sus obligaciones legales, llegando a la sustitución y a la sanción de los Ayuntamientos negligentes (95).

Justicia, *vid.*, por ejemplo, las SSTSJ Islas Baleares de 11 de diciembre de 2001 (FJ 3), Cataluña de 18 de julio de 2002 (FJ 5), Cataluña de 10 de febrero de 2005 (FJ 5), La Rioja de 18 de febrero de 2005 (FJ 3); SSTSJ Cataluña de 30 de junio de 2005 (FJ 2), País Vasco de 22 de septiembre de 2005 (FJ 7); Madrid de 20 de octubre de 2005 (FJ 5), Madrid de 7 de marzo de 2003 (FJ 3), Cataluña de 13 de marzo de 2006 (FJ 5), Cataluña de 14 de julio de 2006 (FJ 3), Valencia de 5 de septiembre de 2006 (FJ 4), Madrid de 17 de octubre de 2006 (FJ 3), Islas Canarias de 26 de enero de 2007 (FJ 4), Murcia de 16 de febrero de 2007 (FJ 5), Murcia de 29 de marzo de 2007 (FJ 4), Cataluña de 10 de diciembre de 2007 (FJ 4), Cantabria de 24 de julio de 2008 (FJ 5); etc. En todas las decisiones indicadas se constata una vulneración de los derechos fundamentales sobre la base de la reiterada pasividad del Ayuntamiento en el cumplimiento de la legalidad. *Sensu contrario*, otras Sentencias, como la del TSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2007, se basan en el cumplimiento de la legalidad ordinaria para rechazar la lesión del derecho a la vida privada (*vid.* FJ 4).

(95) MARTÍN-RETORTILLO, L., «Medio ambiente sonoro», en ESTEVE PARDO, J. (ed.), *Medio ambiente y Administración Local*, 2.ª ed., Madrid y Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006, pág. 489.

6. CONCLUSIÓN: DIFICULTADES DE CATALOGACIÓN DE UN DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

No podemos sino reiterar, a modo de conclusión, la dificultad que presenta el reconocimiento de un derecho fundamental al medio ambiente. El carácter omnicompreensivo de este concepto, así como las múltiples posiciones jurídicas en que puede traducirse, dificultan enormemente otorgar un significado técnico preciso a la expresión «derecho al medio ambiente». El principal obstáculo al reconocimiento de un derecho tan amplio es, como hemos esbozado, la objeción del *status procuratoris*. Desde mi punto de vista, se trata de un argumento que impide otorgar al entorno un *nomen iuris* propio en las tablas de derechos fundamentales, y obliga a confiarlo, por el contrario, a un *nomen iuris* ajeno, esto es, a una tutela indirecta, cruzada o *par ricochet*.

Incluso en el contexto de una tutela cruzada, conviene evitar los riesgos de un activismo interpretativo excesivo. El derecho a la vida y a la integridad física, así como el derecho a la propiedad, poseen una inequívoca eficacia ambiental. Las principales objeciones se han dirigido en este punto contra la creación de un derecho a la calidad de vida ambiental. El argumento del *status procuratoris* no es en este punto válido, porque lo que se tutela es, sin duda, un bien jurídico individual. Mis principales reservas respecto a semejante derecho residen, sin embargo, en que desempeña con excesiva dificultad funciones esenciales de los derechos fundamentales. Concretamente, su amplitud y sus difusos contornos hacen que difícilmente opere como una interdicción frente al legislador, y conducen, además, a la iusfundamentalización de la entera legalidad ordinaria en materia de inmisiones.

Un último problema de interés, que en este trabajo apenas ha sido incoado, es el de las múltiples dimensiones formales del llamado derecho al medio ambiente. Singularmente, su dimensión «protectora» y «organizativo-procedimental» merecería un comentario más extenso, que excedería el propósito de este trabajo.

RESUMEN

Desde la *Declaración de Estocolmo* (1972), prácticamente todos los textos constitucionales incluyen algún tipo de previsión ambiental. Ninguno admite, sin embargo, un auténtico derecho individual al medio ambiente como tal, esto es, un poder inmediatamente invocable para proteger el entorno natural. Se trata de algo comprensible, si se tiene en cuenta que el «medio ambiente» es, en términos generales, un bien colectivo. Su protección no se puede llevar a cabo desde el *status libertatis* que configuran los

derechos fundamentales, sino que ha de hacerse desde un *status procuratoris*, categoría que no se corresponde con el reconocimiento de un derecho individual. Son los poderes públicos quienes han de decidir qué técnicas resultan más apropiadas para garantizar el cuidado del medio ambiente. Un derecho fundamental a la naturaleza poseería un efecto distorsionador, puesto que trasladaría la decisión política al ámbito del proceso judicial, donde los intereses de un solo individuo quedarían sobredimensionados.

PALABRAS CLAVE: protección del medio ambiente; derechos fundamentales; derechos morales; derechos humanos; derechos individuales; bienes colectivos; *status libertatis*; *status procuratoris*; separación de poderes.

ABSTRACT

Ever since the *Stockholm Declaration* (1972), practically all Constitutional texts include environmental regulations in one form or another. None, however, admits a true individual right to the environment as such, that is, an immediately invocable power to protect the natural world. The absence of such a power is perfectly understandable if we consider that the «environment» is, broadly speaking, a collective asset. Its protection cannot be carried out from the *status libertatis* that constitutional fundamental rights draw up, but only from a *status procuratoris*, a category that is not in complete correspondence with the entitlement of an individual right. It is the political authorities who must decide what techniques are most appropriate to guarantee environmental care. A fundamental right to the «natural world» would only have a distorting effect, as it would move the political decision to the area of litigation, where the interests of the individual would be inflated.

KEYWORDS: environmental protection; fundamental rights; moral rights; human rights; individual rights; collective assets; *status libertatis*; *status procuratoris*; separation of powers.

NOTAS

ALTERNANCIA Y RECONSTRUCCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Crónica política y legislativa del año 2011

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

I. LA MORFOLOGÍA DE LA ALTERNANCIA EN LA DIRECCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO: 1. *Un nuevo tipo de alternancia en la dirección política del Estado: A) Los rasgos de la alternancia en 2011. B) El imaginario de la alternancia. C) La manifestación de la alternancia.* 2. *Los límites de la alternancia en el sistema democrático: el Movimiento 15M.*—II. LA RECONSTRUCCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN DOS TIEMPOS: 1. *La reforma de la Constitución estatal: entre la banalización y la fe.* 2. *Las nuevas estructuras de la Constitución económica: solidaridad y control federal: A) La articulación del principio de solidaridad. B) La perfección de los instrumentos de control federal.*—BIBLIOGRAFÍA.

El 2011 suma un año más bajo las convulsiones de la crisis. En este curso, el reto político-constitucional se ha presentado en toda su magnitud: ¿es posible reconducir la pérdida de productividad —léase de riqueza— cargando el ajuste sobre el trabajo, sea a través del despido o de la reducción de salarios? La gestión de este interrogante ha tenido como efecto inmediato el cambio anticipado de Gobierno. A este fenómeno se dedica el primer epígrafe del ensayo. Además, se añade una breve reflexión sobre el llamado Movimiento 15M, que parece marcar barreras a la operatividad de nuestro sistema de gobierno. Sin embargo, el análisis ya no puede agotarse en el contexto cotidiano y es obvio que el dilema central empieza a afectar a las estructuras constitucionales. El segundo epígrafe quiere abordar esta cuestión, atendiendo a la reforma constitucional y a las novedades normativas en el seno de la Unión.

I. LA MORFOLOGÍA DE LA ALTERNANCIA EN LA DIRECCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

La posibilidad real de la alternancia en la dirección política es el elemento principal del modelo democrático definido en la Constitución. Ni es la única pieza, ni garantiza por sí misma un funcionamiento adecuado, pero es difícil negar su lugar principal, puesto que canaliza el pluralismo, sustrato político-constitucional del que emerge la racionalidad de los restantes institutos definitorios de la democracia (1). Resulta así un imperativo dogmático prestar atención a su morfología, de la que el año 2011 ofrece un ejemplo singular.

1. *Un nuevo tipo de alternancia en la dirección política del Estado*

La Constitución de 1978 ha ganado ya una densidad temporal que concede al criterio histórico cierta utilidad analítica. Si repasamos los modos en los que se ha producido la alternancia en el Gobierno de España es posible distinguir ejemplos nítidos, que tienen en común la centralidad del momento electoral. El primero, que supuso la sustitución de la UCD por el PSOE allá en el año 82, vino precedido de una crisis parlamentaria, que en verdad hundía sus raíces en las dificultades del Presidente Suárez para dirigir a su propio partido y paralelamente en las de la UCD para consolidar un liderazgo firme. La investidura del Presidente Calvo-Sotelo fue un intento fracasado de limitar en sede parlamentaria los efectos de la desintegración del grupo gubernamental. No se trata aquí de volver sobre hechos más que sabidos, sino de identificar un tipo de alternancia cuyos rasgos fueron la actualización electoral precedida de una crisis de partido que quebró la solidez parlamentaria del Ejecutivo. De este tipo surgieron dos reglas de práctica constitucional que han operado con firmeza. Primera: los mecanismos parlamentarios llamados a recomponer la mayoría de gobierno en sede parlamentaria —cuestión de confianza y moción de censura— son de escasa utilidad, de suerte que el momento electoral se convierte en el vértice de la gobernabilidad y la alternancia. Segunda: el control del partido es condición imprescindible para acceder y conservar la dirección política del Estado.

Los Gobiernos del Presidente González cumplieron con la segunda regla, lo cual alejó de nuestro sistema las alternancias de naturaleza partitocrática. El

(1) HESSE (2011a): 144.

cambio del año 96 nos da un tipo, donde el momento electoral viene precedido de dificultades parlamentarias que se concentran en la incapacidad de un Gobierno en minoría para lograr aprobar los presupuestos. En efecto, el partido gubernamental se mantiene unido, pero no asegura el apoyo de otros grupos en el diseño de su política económica. La disolución de las Cámaras sirve así al Presidente para resolver el bloqueo parlamentario apelando al cuerpo electoral. Este tipo se ha generalizado en la práctica autonómica y, a partir de la STC 223/2006, podría incluso considerarse una regla constitucional, puesto que en su fundamento jurídico quinto, el Tribunal Constitucional declara que la ejecución del presupuesto «[...] supone la verificación de dos confianzas: de un lado la obtenida por el Gobierno con la investidura de su Presidente; de otro la concedida específicamente por la Cámara a su programa anual de política económica».

Muchos menos rasgos tipológicos ofrece la sustitución del Presidente Aznar por el Presidente Rodríguez Zapatero. Ni hubo debilidad del partido en el Gobierno, ni este, con mayoría absoluta, tuvo la menor dificultad para desarrollar su programa. Se trató, en definitiva, de una alternancia puramente electoral, cuya razón, más allá de los acontecimientos excepcionales que la precedieron, solo admite un análisis de la conducta de los votantes ajeno al tratamiento jurídico.

Este contexto histórico debe ser completado con tipos que han surgido recientemente en nuestro entorno, bajo condiciones políticas similares a la española. De un lado, los casos griego e italiano, donde la alternancia se ha producido al margen del momento electoral. Acompañados de mayores o menores tensiones del partido en el Gobierno o de dificultades parlamentarias, se ha tratado de cambios orientados a instituir un Gobierno técnico capaz de tener la confianza de su respectiva Cámara, pero, sobre todo, en condiciones de ganarse el visto bueno informal de la Unión Europea. En un acercamiento provisional, estos ejemplos esbozan un nuevo sistema de gobierno donde la política estatal no está ya solo parcialmente impulsada por la acción de la Unión, sino que en ocasiones excepcionales, esta puede incluso de manera informal pero efectiva retirar la confianza a los titulares de las instituciones estatales y provocar un cambio. Distinto es, en parte, el caso portugués, pues allí el Primer Ministro Sócrates intentó alcanzar un apoyo parlamentario amplio que sostuviera las reformas necesarias para cumplir con los requerimientos de la Unión. No lo logró y la disolución de la Cámara operó al modo genuino, llamando al cuerpo electoral para determinar qué mayoría había de aplicar las medidas de reforma.

A) *Los rasgos de la alternancia en 2011*

A la luz de los tipos expuestos, la sustitución del Presidente Rodríguez Zapatero por el Presidente Rajoy muestra señas particulares. Del mismo modo que los recientes cambios de Gobierno en el continente, se enmarca en el contexto europeo, pero tiene como singularidades el hecho de que la alternancia venga precedida por la asunción de responsabilidades del Presidente saliente y por el contundente fracaso en las elecciones municipales y autonómicas del partido en el gobierno, sin que, paradójicamente, ese Ejecutivo haya tenido dificultades para aprobar en sede parlamentaria sus iniciativas.

Comencemos con la primera característica, la realidad europea. Hoy resulta innecesario subrayar la incidencia del derecho de la Unión en la política estatal. Sin embargo, desde 2008, se ha producido un salto cualitativo en la medida que el impulso europeo es inmediato, directo y de marcado carácter ejecutivo. Se trata de un condicionamiento a la política estatal que gana inmediatez por estar en juego la solvencia del Estado, esto es, su propia existencia en términos económicos. Así, la influencia de la Unión no se articula a través de unas fuentes del Derecho cuyo contenido es largamente negociado (y, por tanto, anticipado), ni su eficacia está diferida en el tiempo. Las directrices de la Unión cobran efectividad automática, sea al causar la intervención económica de un Estado, animando un cambio de Gobierno, o condicionando la política-económica. El impacto de esas directrices es así directo, puramente ejecutivo, en tanto que al Estado miembro no le queda margen alguno para modular los objetivos fijados por la Unión. Finalmente, y quizá esta es la característica más significativa, se trata de una influencia esencialmente informal, cuya racionalización jurídica ha sido posterior a la toma de decisiones (véase el epígrafe II). Los criterios se han marcado a partir de una negociación política, oficialmente en el seno del Consejo Europeo, pero en realidad muchas ocasiones extramuros de este. A su vez, las decisiones del Banco Central Europeo, insertado ya en la política cotidiana, son elaboradas sin publicidad y exteriorizadas con escasa publicidad (compra de deuda estatal) y a veces en secreto, como las cartas con recomendación de medidas al Gobierno italiano y español en agosto de 2011.

En definitiva, estamos ante la clásica actuación de dirección política que no necesita de la eficacia jurídica para construir una relación de subordinación entre diversos entes. El peso directo, inmediato e informal de la influencia de la Unión Europea sobre la política estatal va camino de matizar la clásica concepción del proceso de integración como una realidad eminentemente jurídica, donde las influencias recíprocas están racionalizadas al máximo a través del

Derecho. Ahora se abre un campo de naturaleza primordialmente política, en la que los objetivos compartidos se marcan a través de un proceso lábil en su formación y comunicación, pero férreo en sus consecuencias. Así las cosas, el Gobierno estatal se sitúa en nuevo escenario, que le exige completar su legitimidad democrática con una suerte de legitimidad institucional, obligado a atenerse a las directrices marcadas por la Unión, bajo el riesgo de verse sustituido o de sacar al Estado de la unión monetaria.

El segundo rasgo que define la alternancia en 2011 es la asunción de responsabilidades por parte del Presidente Rodríguez Zapatero, desistiendo a ser candidato en las elecciones generales, incluso antes de las municipales. Formalmente, la renuncia del 4 de abril respondió a motivos personales (<http://www.youtube.com/watch?v=NcIBKcHT7hw&feature=related>), pero todo parece indicar, con la prudencia que merecen estos juicios, que la debilidad electoral de su candidatura y el riesgo de dañar las aspiraciones de su partido en la convocatoria electoral motivaron la decisión, buscando así una suerte de descuento de responsabilidades, que evitase su saldo por el electorado. Es verdad que el Presidente Aznar tuvo un gesto similar al final de su segundo mandato, negándose a ser candidato, pero la lógica entonces fue bien distinta, pues se presentó como una decisión libre encaminada a instaurar un límite informal a la duración del cargo presidencial. No obstante, ambas decisiones comparten la intención de situar al partido por encima del Presidente del Gobierno, intentando construir —sin éxito— la idea de que la marca puede conservar el poder más allá de las características del candidato. En la siempre compleja balanza de la democracia contemporánea entre liderazgo (candidato) y organización (partido), se quiso trascender en ambos supuestos la primera variable. Esto conlleva además la peculiar consecuencia de desfigurar parcialmente la finalidad del momento electoral. Dando por cierto que en las elecciones, además de elegir representantes, sobre todo se selecciona al Gobierno, optando entre el candidato que dirige el Ejecutivo y la alternativa que presenta la oposición, el hecho de que el partido gubernamental presente un candidato distinto de quien ejercía la presidencia, supone una alteración de esta lógica, aminorando la capacidad del ciudadano para juzgar la responsabilidad personal de quien estuvo al frente de la dirección política.

Sea como fuere, los resultados de las elecciones municipales y autonómicas de mayo mostraron una distancia significativa del cuerpo electoral respecto al partido en el Gobierno. En efecto, el PSOE perdió 1.484.778 votos, 2.262 concejales (fuente: página web del Ministerio del Interior), y la pérdida del gobierno autonómico en Castilla-La Mancha, Illes Balears, Extremadura, Aragón y Asturias. Esta circunstancia abrió dos caminos de reflexión muy interesantes.

El primero de corte federal, referido a la capacidad del Gobierno para dirigir políticamente un Estado en el que solo dos de los diecisiete ejecutivos autonómicos comparten su color político. Tal dilema, de máximo interés constitucional, sobre todo ante el objetivo de recortar también el déficit de las Comunidades Autónomas, finalmente no se ha escenificado dada la breve duración de esta cohabitación. No obstante, avanzó la cuestión de los poderes necesarios del Gobierno central para equilibrar la hacienda general, interrogante que parece ser una de las prioridades del nuevo Ejecutivo.

La segunda línea de reflexión vuelve a nuestro tema principal, a saber, la forma de la alternancia. La derrota en las elecciones municipales puso de manifiesto que la crisis de liderazgo también afectó al partido. ¿Era posible en esas circunstancias seguir manteniendo la dirección política del Estado? Pero, a la vez, ¿cómo construir una opción de gobierno cuando el líder, a la sazón Presidente del Gobierno, ha renunciado y el partido no ha sido capaz por sí mismo de sostener el suelo electoral? La respuesta arbitrada intentó afrontar ambas preguntas.

El Presidente Rodríguez Zapatero puso *de facto* fin a su Gobierno cuando, en un movimiento inédito en nuestro sistema constitucional, anunció la convocatoria de elecciones con cuatro meses de antelación. Sin duda, esta declaración ratificaba la idea de que su proyecto político había concluido, pero al evitar la disolución inmediata de las Cámaras probó a abrir un espacio político a su partido. El PSOE se encontró así ante el reto de buscar un candidato y formular un programa que fuese, casi al modo de una contradicción insuperable, alternativa a su propio Gobierno.

La elección de los líderes de los partidos sigue siendo el lado más oscuro de nuestro sistema democrático, tanto por la ausencia de mecanismos que articulen el pluralismo interno, como por la falta de transparencia en los métodos de selección. La propuesta del candidato del PSOE no ha sido una excepción, si bien en este punto es complejo narrar con garantías lo acontecido. En sentido estricto, el proceso de primarias se abrió para elegir el candidato a Presidente, sin embargo, la existencia de un único aspirante, el entonces Ministro de Interior, Alfredo Pérez Rubalcaba, frustró la utilidad del instrumento. Qué ocurrió para que el partido gubernamental solo generara una opción es cuestión que únicamente los protagonistas directos irán desvelando, especialmente la entonces Ministra de Defensa, Carme Chacón Piqueras, que en un comunicado anunció su abandono de la carrera afirmando que «[...] desde el primer momento ha habido quienes desde el Partido Socialista se movilizaron contra la celebración de unas elecciones primarias que son las previstas para elegir candidato en los estatutos del partido», para añadir «[...] en los últimos días hemos asistido a una escalada

que pone en riesgo la unidad del partido, la autoridad del Presidente del Gobierno y secretario general, nuestra imagen colectiva como partido e incluso la estabilidad del Gobierno», <http://www.youtube.com/watch?v=F4NV9nFe4vk>.

Desde la perspectiva de este comentario, corresponde anotar que nuestro sistema político padece severas dificultades para articular una oferta plural en la selección de candidatos. No obstante, la conclusión se complica al avanzar en el estudio de los hechos. Los paupérrimos resultados del PSOE en las elecciones generales de noviembre deberían conducir a la consideración de que ni el modo de elegir al candidato, ni el propio candidato fueron una estrategia electoral adecuada. Sin embargo, el nombramiento de Alfredo Pérez Rubalcaba como secretario general del PSOE el 4 de febrero de 2012, ahora sí con un procedimiento democrático y frente a Carme Chacón Piqueras, plantea una paradoja en la comprensión del funcionamiento del liderazgo en nuestros partidos, pues quien fracasa como candidato electoral es apoyado posteriormente para dirigir al PSOE. Quizá se abra una nueva forma de ejercer el liderazgo, en la cual se separe entre la cabeza de la organización y de la candidatura.

Puede ser que el fracaso electoral del PSOE no residiese en el candidato, sino en la insuperable tarea de construir una alternativa política al Gobierno desde el propio partido gubernamental. Esta dificultad se hace patente en el programa electoral y en el discurso de presentación del candidato. El primer documento comienza con dos rúbricas generales «Una economía sana y competitiva» y «Lo urgente, el empleo», que en gran medida recogen la acción gubernamental de los dos últimos años. Incorpora hitos contenidos en la idea del nuevo programa de gobierno que se definió y se estudió en la crónica anterior, la llamada economía sostenible y, a la vez, presenta las ideas centrales de la reforma laboral realizada a lo largo del año 2012. No es de extrañar que ambos puntos se encuentren tanto en el discurso del Presidente Rodríguez Zapatero el día del debate sobre el estado de la nación, como en la presentación de la candidatura de Pérez Rubalcaba o en su discurso del debate de investidura. Y, en fin, los otros dos grandes temas del programa —«La igualdad del siglo XXI es la igualdad de oportunidades» y «Democracia»— agrupan elementos que fueron centrales en los Gobiernos del Presidente Rodríguez Zapatero, pero a la vez añaden temas que comenzaron a estar muy presentes en el último tramo de la legislatura y, sin duda, en el debate del estado de la nación: educación, sanidad, políticas de cohesión, eficacia en la acción política y aumento en la transparencia, cuestiones que hace suyas el candidato tanto en su discurso de presentación como en su réplica durante el debate de investidura. En definitiva, el intento de producir una alternativa desde el propio partido de gobierno se muestra como una tarea de casi imposible resolución, reveladora además de una corriente más

profunda que alimenta el liderazgo político y que supera el espacio de las ideas: la credibilidad. Volveremos luego sobre este fenómeno, pero ahora han de quedar a modo de palabras lapidarias las pronunciadas por Pérez Rubalcaba en la presentación de su candidatura a secretario general cuando afirmó: «nuestro problema no ha sido de falta de ideas, sino de credibilidad».

Y, pese a las dificultades, se ha de reseñar que el Gobierno, en todo momento, sacó adelante sus iniciativas normativas —aquí se hallaría la cuarta característica de la alternancia—. Es innegable que la aprobación del presupuesto, al tratarse del último año de la legislatura, se asomó siempre como un objetivo innecesario, pero esto no debe minusvalorar el hecho de que el Gobierno lograse aprobar una reforma constitucional, la reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura, once leyes orgánicas, treinta y ocho leyes, tres decretos legislativos y convalidar dieciocho decretos-leyes. Es obvio que la crisis de gobierno nunca fue una crisis parlamentaria.

B) *El imaginario de la alternancia*

Toda alternancia ha de poseer una narrativa en la que los polos en contraposición ofrezcan al electorado sus diferencias. Esos caminos divergentes se manifiestan principalmente en la campaña electoral, pero el carácter esquemático de los mensajes emitidos en esas dos semanas, dificulta un análisis claro. En mi opinión, para contrastar los elementos que construyen la separación de posiciones, hemos de atenernos a los debates del estado de la nación y de investidura, así como a los programas electorales de los dos partidos mayoritarios. El primer dato llamativo es la coincidencia respecto a los temas que componen la agenda política. Así, tanto en los programas electorales como en los dos debates citados, las preocupaciones esenciales que descuellan son la estabilización de las cuentas públicas a través de una política de austeridad; el saneamiento del sistema financiero y la reforma del mercado laboral; la profundización en los elementos democráticos del sistema y la relevancia de la política europea. También están presentes en los dos programas y en los discursos la educación, la sanidad y las pensiones públicas, si bien aquí surge el matiz en torno al concepto en el que se ubican. Mientras que para el PSOE se sitúan bajo la idea de la igualdad o de la cohesión social (pág. 72 y sigs. del programa socialista), el PP los fija dentro de la rúbrica de las reformas estructurales (págs. 11, 13 y 16 del programa), las oportunidades y el bienestar (págs. 74 y 98 del programa). Y es aquí donde se manifiesta otra pequeña variación, pues el programa del PP y el discurso del Presidente Rajoy hicieron hincapié específico en la reforma de

la Administración como «motor del cambio» (pág. 136 del programa y pág. 14 del Debate de investidura).

¿Dónde radica entonces la alternativa de proyectos cuando coinciden los asuntos prioritarios? Sin duda, en el diagnóstico de la situación. Tanto para el Presidente Rodríguez Zapatero, como para el candidato Pérez Rubalcaba, el complejo escenario posee causas esencialmente exógenas a la acción de gobierno, a saber, la crisis financiera mundial, las dificultades institucionales de la Unión Europea para dar solvencia a algunos Estados Miembros y la burbuja que ocasionó el mercado español de vivienda (Debate del Estado de la Nación, págs. 4 y 5; Debate de investidura, pág. 19). Bien distinta, sin embargo, es la visión que ofreció en el debate sobre el estado de la nación, el entonces líder de la oposición Mariano Rajoy, que subrayó como causas primeras la actitud del Presidente Zapatero negando la crisis y luego «inundando de medidas equivocadas» (pág. 13), para concluir que «el Gobierno está agotado». Es quizá esta intervención de Rajoy la que mejor destila el imaginario de la alternancia cuando afirma:

«Las alternativas no son como el señor Rodríguez Zapatero propone: o consolidar la recuperación o interrumpirla convocando elecciones. La recuperación que anuncia no se percibe ni por indicios, y las elecciones lejos de interrumpir nada abren la puerta a un tiempo nuevo que por serlo permita recuperar la confianza e iniciar una política eficaz» (pág. 16).

Confianza y eficacia son los referentes que construyen la narrativa de la alternancia. No se trata de elegir entre dos partidos que definen de manera distinta los problemas que aquejan a la Sociedad y el Estado. La razón del cambio radica en dar la confianza a uno u otro liderazgo por la credibilidad que ofrece en la solución de los problemas.

C) *La manifestación de la alternancia*

Y, efectivamente, la alternancia se produjo en las elecciones del 9 de noviembre de 2011. Sobre un total de 24.666.392 votantes —el 68,94 % del censo—, el PP obtuvo la victoria con 10.866.566 sufragios (44,63 %) y 186 diputados; esto supuso un ganancia de 588.556 votos y 17 diputados. El PSOE logró 7.033.511 votos (28,76 %) y 110 diputados; perdió 4.255.824 votos y 59 diputados. CIU alcanzó 1.015.691 votos (4,17 %) y 16 diputados; mejoró en 236.266 votos y 6 diputados. IU-LV obtuvo 1.685.991 votos (6,92 %) y 11 diputados; esto significó 716.045 votos y 9 diputados más. UPyD llegó a 1.143.225 votos (4,7 %) y 5 diputados; supuso, por tanto, 837.146 votos y 4 diputados de crecida. Amaiur

se estrenó con 334.498 votos (1,37 %) y 7 diputados. EAJ-PNV logró 324.217 votos (1,33 %) y 5 diputados; en este caso ganaron 18.089 votos, pero perdieron un diputado. Esquerra Republicana obtuvo 256.985 votos (1,6 %) y 3 diputados; pese a perder 47.054 votos conservaron sus escaños. BNG alcanzó 184.037 votos (0,76 %) y 2 diputados; perdió 28.056 votos, pero mantuvo sus diputados. Coalición Canaria-Nueva Canarias obtuvo 143.881 votos (0,59 %) y 2 diputados; conservó los diputados pese a perder 30.478 votos. Se incorporó a la Cámara Compromís-q con 125.036 votos (0,51 %) y 1 diputado. Y Foro de Ciudadanos se estrenó con 99.473 votos (0,41 %) y un diputado. Mientras que Geroa Bai, continuación parcial de Nafarroa Bai, logró 42.415 votos y 1 diputado, lo que supuso una pérdida de 19.983 votos.

Respecto al Senado, los datos totales por candidaturas reflejan también una abrumadora victoria del Partido Popular, que obtuvo 136 escaños, 35 más que en las elecciones pasadas. Por el contrario, el PSOE descendió de 88 senadores a 48. CIU pasó de 4 a 9. La Entesa del Progrés de Catalunya perdió 5, quedándose en 7. EAJ-PNV subió un escaño llegando a 3. Amaiur debutó con 3. Y Coalición Canaria-Nueva Canarias se mantiene con 1 (fuente: página web del Ministerio del Interior).

En la crónica del año 2008, señalábamos que la regla de oro de nuestro sistema electoral residía en el valor clave de las grandes circunscripciones, a saber, Madrid, Cataluña, la Comunidad Valenciana y Andalucía. Que el PSOE haya perdido en estos territorios 31 diputados es un dato ya en sí suficientemente elocuente (11 en Cataluña —6 en Barcelona—, 11 en Andalucía, 5 en Madrid y 4 en Valencia). Pero la derrota se ha extendido en todo el Estado, de manera que encontramos lugares en los que el PSOE ha visto cómo su representación descendía aproximadamente a la mitad (el País Vasco con pérdida de 5 diputados, Aragón y Galicia con 4, Canarias 3 y Navarra y La Rioja con 1). Y solo se puede hablar de una pérdida contenida en Castilla y León, donde se redujeron en 3 los diputados, 2 en Castilla-La Mancha y 1 en Extremadura, Baleares y la Región de Murcia.

Estas elecciones dan continuidad a algunas tendencias. Sin duda, a la estabilidad electoral del Partido Popular, que desde su primera victoria del año 1996 se mueve siempre en una franja aproximada de un millón de votos, entre los 9.716.006 de aquel año y los 10.866.566 de estas últimas elecciones. En definitiva, posee una base electoral sin fugas, pero apenas cobra electores de otros grupos. La segunda tendencia que se confirma es el carácter fluctuante del electorado socialista, que fácilmente se traslada a otras opciones. Así las cosas, el pluralismo del arco parlamentario es directamente proporcional a los malos resultados del PSOE; por el contrario, la derecha española no aporta miradas

distintas a las del PP. Efectivamente, estas elecciones ofrecen una mayor diversidad de partidos, pero este pluralismo deja incólume nuestro bipartidismo rígido y podría calificarse como un pluralismo parlamentario puramente ideológico, pues de ninguna manera son alternativa real de gobierno (el tercer partido apenas pasa del millón y medio de votos) y su incidencia en la dirección política, bajo las condiciones de una mayoría absoluta, es testimonial.

La victoria del Partido Popular ha dado lugar al Gobierno de Mariano Rajoy Brey, que fue nombrado Presidente por el Real Decreto 1822/2001, de 20 de diciembre, publicado en el BOE un día después. El 21 de diciembre, publicándose en el BOE el 22, se dictó el Real Decreto 1825/2011 por el que se nombró Vicepresidenta del Gobierno a Soraya Sáenz de Santamaría, a la sazón Ministra de la Presidencia y Portavoz del Gobierno. El resto del Ejecutivo, en virtud del Real Decreto 1826/2001 de igual fecha que el anterior, quedó compuesto de la siguiente forma: Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, don José Manuel García-Margallo Marfil; Ministro de Justicia, don Alberto Ruiz-Gallardón Jiménez; Ministro de Defensa, don Pedro Morenés Eulate; Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, don Cristóbal Montoro Romero; Ministro del Interior, don Jorge Fernández Díaz; Ministra de Fomento, doña Ana María Pastor Julián; Ministro de Educación, Cultura y Deporte, don José Ignacio Wert Ortega; Ministra de Empleo y Seguridad Social, doña María Fátima Báñez García; Ministro de Industria, Energía y Turismo, don José Manuel Soria López; Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, don Miguel Arias Cañete; Ministro de Economía y Competitividad, don Luis de Guindos Jurado; y Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, doña Ana Mato Adrover.

Sería prematuro en esta crónica intentar trazar las líneas principales del nuevo Gobierno. Esta será una tarea para la próxima crónica. Pero sí merece la pena atender a la primera medida, adoptada a final de año, mediante el Real Decreto-ley 20/2011. Se trata de un extenso texto, que, sin embargo, posee dos finalidades muy claras. De un lado, adecuar los presupuestos prorrogados a la nueva estructura administrativa (art. 1). De otro, atajar el desequilibrio presupuestario, que según el Ministro de Hacienda y Administraciones Pública ascendería a 20.000 millones de euros, el 2 por 100 del PIB (pág. 10 del Debate de convalidación) y puede calificarse de «verdadero agujero negro» (pág. 11). Para alcanzar este objetivo se conjugan políticas de ahorro y de ingreso. En las primeras, que alcanzarían según el Ministro a 8.914 euros (pág. 10) destaca el freno a la oferta de empleo público y a la contratación temporal (art. 3), con las pequeñas excepciones previstas en el apartado 5 de ese artículo; la congelación de los salarios de la Administración Pública (art. 2); el fin de la renta de emancipación, con respeto a las personas que estuviesen disfrutando (derogatoria primera); la decisión de

posponer la extensión del permiso de paternidad para los padres (final octava); o el retraso en la plena aplicación de la dependencia (final decimocuarta). En el lado de los ingresos, incrementándolos en 6.275 euros en opinión del Ministro, se aumenta el tipo del IRPF (final segunda y cuarta), el IBI (art. 8) y se acrece el porcentaje de pago a cuenta en el Impuesto de Sociedades (final tercera), todo ello con una vigencia limitada a dos años. Entiende el Ministro Montoro, que esta primera actuación de urgencia se sustenta sobre tres principios. Por una parte se quiere trasladar un mensaje sobre el nuevo Gobierno:

«Son medidas excepcionales para un tiempo excepcional, medidas excepcionales para recuperar la credibilidad de España, medidas excepcionales para decir a todos, a la sociedad, a los inversores, a nuestros socios europeos, que el Gobierno de España está comprometido con la corrección del déficit público más allá de donde arraigue ese déficit público [...]».

Al mismo tiempo se pretende dirigir el ahorro a garantizar los servicios públicos tal y como afirma en la página 11 del Debate: «Con esto queremos expresar que nuestro compromiso es atender esa necesidad perentoria de financiar los servicios públicos que tienen nuestras administraciones territoriales en sus manos [...]». Y, finalmente, se acentúa la idea de una distribución progresiva de las nuevas cargas: «[...] recaen también ponderadamente sobre las capas sociales que menor capacidad económica tienen, que más han sufrido la crisis, y que hoy tienen también mayores desventajas comparativas [...]».

2. *Los límites de la alternancia en el sistema democrático: el Movimiento 15M*

La posibilidad real de la alternancia en la dirección política es el elemento principal del modelo democrático definido en la Constitución. Posee la innegable virtud, a la que coadyuva la naturaleza partitocrática de nuestro sistema, de simplificar el debate público. Facilita la participación del ciudadano, pues encuentra una paleta de opciones sin necesidad de una implicación personal singular. Sin embargo, la relevancia de la alternancia para el modelo democrático tiene también sus riesgos, especialmente cuando la simplificación que es su virtud, se convierte en patología si sus actores principales, los partidos, hacen de la vulgarización del discurso político no un medio, sino un fin en sí mismo, provocando una reducción innecesaria del espacio público.

El año 2011 ofrece algunos ejemplos. El primero, cualificado por su importancia y que trataré en el epígrafe siguiente, ha sido la peculiar reforma constitu-

cional, cuya tramitación ha supuesto una innegable empobrecimiento del debate. En esta línea ha de valorarse como segundo ejemplo la campaña electoral. Los anquilosados mítines, las informaciones televisivas producidas por los propios partidos o las «ruedas de prensa» sin preguntas conforman una campaña tan autocontrolada, que, efectivamente, no deja margen para el error, pero tampoco para una lúcida exposición del liderazgo. Es seguramente colofón de esta idea, el hierático debate televisivo entre los dos candidatos, pobre remedo de los debates parlamentarios y muy alejado del dinamismo que ofrecen otras disputas mediáticas de nuestro entorno. Finalmente, el tercer ejemplo radica en una de las novedades introducidas por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen electoral general. Me refiero a la nueva redacción del artículo 60, que prohíbe la publicidad electoral en las emisoras de televisión privada, y que redunda con lo ya dispuesto en el artículo 18.6 de la Ley 2/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. Más allá de la dudosa constitucionalidad de este precepto a la luz de la jurisprudencia del TEDH, restringe, tal y como ha señalado ese mismo Tribunal y a diferencia de lo que podría ser una conclusión preliminar, la posibilidad de que los partidos con menor capacidad económica realicen una campaña lo más efectiva posible utilizando los medios de comunicación de masas (2). Y más llamativa es la nueva redacción del artículo 66, que impone durante el período electoral el principio de neutralidad, igualdad y proporcionalidad a las emisoras privadas, con mención especial a las televisiones. Creo que no faltarían argumentos para sostener la inconstitucionalidad de una medida de este tipo, que interviene directamente sobre la dirección editorial, manifestación consustancial del derecho a crear medios de comunicación. Sea como fuere, desde un punto de vista de estricta política-constitucional, parece evidente que se trata de una regulación destinada a prolongar en el espacio mediático el estado de cosas existente, reforzando la posición de los partidos mayoritarios (3).

(2) Para una argumentación más detallada, AZPITARTE SÁNCHEZ (2011): 234.

(3) Las reformas electorales no acaban aquí. La citada Ley Orgánica 2/2011 ha de ser vista como una normativa de racionalización orientada a acomodar cambios técnicos. No faltan, sin embargo, modificaciones relevantes como la exigencia de firmas a los partidos sin representación parlamentaria que pretenden presentar candidaturas (art. 169.3) o la reconducción del transfujo municipal descontando en las mociones de censura el voto del tránsito (art. 197). La Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, debe entenderse como una cautela adicional respecto a los partidos ilegalizados, de manera que destaca la incompatibilidad sobrevenida cuando un electo se retracta o es incoherente respecto a su declaración previa de separación y rechazo de las causas de ilegalización de un partido. Por último, la Ley Orgánica 7/2011, de 15 de julio, pretende avanzar en la transparencia, obligando, mediante la reforma del artículo 160, a dar publicidad a las rentas de los parlamentarios y sus variaciones patrimoniales.

Esta patología de la alternancia es el contexto adecuado, en mi opinión, para analizar desde un punto de vista constitucional el llamado Movimiento 15M. Se trata, no obstante, de un fenómeno difícil de conceptualizar. En todo caso, es obvio que resulta del ejercicio directo de un derecho fundamental, el de manifestación (4), circunstancia que creo permite explicar lógicamente sus restantes notas, a saber, el carácter netamente político, su funcionamiento asambleario y su carencia de estructura. Es, sin duda, un movimiento netamente político porque se presenta asimismo en oposición al modelo institucional, en especial, a los partidos. Pero también porque su discurso llena de nuevos asuntos la agenda pública y, además, con la ocupación pacífica de la calle, materializa, al menos fragmentariamente, la existencia de un nuevo actor político (5). Su naturaleza asamblearia le da una forma múltiple, en la que cada persona es titular de una voz, a la vez que hace sumamente difícil dotar al nuevo actor de un discurso propositivo (6), ciñéndose a la expresión de un malestar difuso contra los elementos salientes del modelo instaurado [los famosos lemas «no nos representan» y «le llaman democracia y no lo es» (7)].

El Movimiento 15M posee, por tanto, una naturaleza particular y muy alejada de las magnitudes que tradicionalmente merecen nuestro análisis. Pero erraría el constitucionalista minusvalorando su relevancia, pues creo que en su mera existencia radica su mensaje y bien podría afirmarse que se trata de un actor político en busca de autor. En efecto, la ocupación de la calle por ciudadanos de lo más variado, independientemente de su impotencia para formular medidas concretas, lanza una idea nítida: cuestiona la propia operatividad de la alternancia como elemento que satisface el carácter democrático del sistema y,

(4) En la crónica del año 2008, pág. 164 y sigs., ya dimos cuentas de las dificultades de la Junta Electoral Central para realizar una comprensión constitucionalmente adecuada de la LOREG. Esta anomalía se ha vuelto a repetir en su Acuerdo de 19 de mayo de 2011, donde ha negado el ejercicio del derecho fundamental de manifestación el día de la jornada de reflexión. Sorprende que la Junta Electoral no se hiciese eco de la STC 96/2010, que ya le había reprochado una doctrina similar.

(5) Siguiendo el pensamiento de B. Ackerman, se ha llegado a identificar a este actor con el Demos, véase GUILLÉN LÓPEZ (2012, en prensa). Aunque quizá esta conclusión sea excesiva, tomo como punto de partida las características que este autor atribuye al Movimiento 15M.

(6) Se han producido ya algunos intentos claros de construir un discurso preciso. Al respecto véase el derecho de petición ejercido ante varios Parlamentos autonómicos para que se impulse desde ellos una reforma de la Constitución que amplíe el ámbito de la iniciativa legislativa y se introduzca el referéndum ratificatorio de leyes, en detalle <http://porlademocraciadirecta.org/>.

(7) El profesor PRESNO LINERO (2012) es el autor que con más detalle ha logrado fijar las premisas constitucionales de ambos lemas, premisas que podrían sintetizarse en lo que él ha llamado «la primacía institucional de los partidos», pág. 42.

por tanto, señala las líneas rojas de nuestra realidad constitucional. Y al expresar ese síntoma, también está discutiendo la aptitud de los partidos políticos, en especial de los dos llamados a gobernar, para cumplir la función principal que de ellos reclama el sistema, esto es, la capacidad de liderar a la sociedad.

Llegados a este punto padecerá el lector una cierta sensación de circularidad. Al tratar la morfología de la alternancia, vimos cómo el imaginario se concentraba en la confianza, en la credibilidad, de uno u otro partido para afrontar las dificultades contemporáneas. A su vez, el Movimiento 15M se puede concebir como una manifestación de duda —«no nos representan»— frente a la capacidad de generar soluciones, por tanto credibilidad y confianza, de aquellos a los que precisamente la Constitución da la posibilidad de alternar en la dirección política. Esta dinámica circular encierra la forma contemporánea de la política. En la segunda mitad del siglo XX dejamos atrás una concepción de la democracia caracterizada por el pluralismo, que se sostenía sobre la imagen ideal que ubicaba a los ciudadanos en uno u otro segmento ideológico. La pasada década marcó un acento definitivo en torno a la política caracterizada esencialmente como la pugna por el poder construida sobre el liderazgo, materializada en el momento electoral y capaz de desplegar una acción de gobierno poderosa. La crisis actual parece aventurar un nuevo escenario en el que la política se despoja definitivamente del contraste de ideas entre grupos y donde los líderes se enfrentan electoralmente bajo la sospecha ciudadana de que la alternancia es ya un puro formalismo. Se podría pensar que estamos ante la política de la incertidumbre, donde los Gobiernos interiorizan la fragilidad de su acción, por más que cuenten con una abrumadora legitimidad parlamentaria o el marchamo de la tecnocracia. Ya solo vale la esperanza de un resultado feliz, y en esa tesitura emergen nuevas formas de derecho constitucional (8).

II. LA RECONSTRUCCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN DOS TIEMPOS

1. *La reforma de la Constitución estatal: entre la banalización y la fe*

El 27 de septiembre de 2011 se publicó en el B.O.E. la reforma del artículo 135 de la Constitución. Toda modificación del texto constitucional pone a

(8) Al menos en términos dogmáticos, se ha planteado, siguiendo la estela latinoamericana la necesidad de una solución que supere sustancialmente las formas constitucionales actuales, abriéndose un proceso constituyente, véase los trabajos recogidos en *Por una asamblea constituyente. Una solución democrática a la crisis* (2012).

prueba, siquiera parcialmente, el significado que los sujetos políticos atribuyen a la Carta magna. En efecto, la reforma exhibe cómo se integran en la Constitución las exigencias de la dinámica política (9) o, visto desde otra perspectiva, cómo se prolonga en el tiempo la normatividad suprema de la misma Constitución (10). Por tanto, el momento elegido, el modo de tramitación, el contenido resultante y la finalidad buscada son circunstancias clarificadoras sobre la «voluntad de Constitución» (11) que emana de los agentes políticos (12).

Comencemos, pues, con el momento elegido, que engarza necesariamente con el modo de tramitación. Esta es una cuestión relevante porque, dado el apoyo cualificado que reclama, exige de los grupos políticos una especial capacidad para deslindar la disputa ordinaria en torno a la actuación gubernamental y trascenderla hasta generar un acuerdo superior. Se corre el riesgo evidente de confundir uno y otro instante, dando lugar a una banalización de la reforma cuando se trata como una legislación más, o, peor aún, volcar sobre la Constitución una visión partisana, que la haga objeto de apropiación política por uno de los partidos dominantes, quebrando así la amplia base social que debe sostenerla. Lograr esa suerte de ocasión privilegiada depende de los requisitos procedimentales dispuestos por el texto constitucional y, también, de la sensibilidad constitucional de nuestra clase política para abordar la reforma.

El caso español añade una variable importante al análisis del momento elegido para la modificación, pues la reforma constitucional es un instrumento que ha ocupado un lugar subsidiario en nuestro desarrollo constitucional. En verdad, otras han sido las técnicas constitucionales que han integrado nuestra dinámica política en el Derecho constitucional, más allá del texto constitucional. Así, como es de sobra sabido, la organización territorial ha sido siempre impulsada por las reformas estatutarias, mientras que la intervención del Tribunal Constitucional ha cumplido una tarea de racionalización en la delimitación de competencias. En cuanto a los derechos fundamentales, su concreción y avance es tarea esencial del legislador, apoyada en las primeras décadas por el Tribunal Constitucional, cuyo papel en este campo se ha desdibujado en los últimos tiempos, limitándose a una función correctora a través del principio de proporcionalidad. El sistema de gobierno debe su forma casi íntegramente a la dinámica de los partidos. Y la Constitución económica recibe su impronta fundamental del

(9) SHULZE-FIELITZ (1995): 65.

(10) DE CABO MARTÍN (2003): 75.

(11) HESSE (2011b): 53.

(12) El objeto de esta crónica recomienda dejar a un lado el análisis doctrina de la reforma. En todo caso es imprescindible remitir al trabajo colectivo publicado en el número anterior de esta revista.

Derecho de la Unión. En definitiva, la reforma constitucional solo apareció para salvar los escollos de la ratificación del Tratado de Maastricht, presentándose en verdad como una mera reforma técnica de carácter obligatorio en términos políticos. Entonces, ¿por qué ahora una reforma constitucional?

Existen dos respuestas, una documentable y otra que pertenece a los misterios de nuestra historia política. La primera se halla en los debates parlamentarios, principalmente en el de toma en consideración, cuando los dos grandes grupos, promotores al unísono de la reforma, explicaron sus razones. Así, Alonso Suárez, portavoz socialista, abordó la cuestión directamente al interrogarse «¿Por qué es necesaria la reforma constitucional para incluir el principio de estabilidad presupuestaria?», a lo que respondió:

«ahora, en este contexto, es necesario tomar una decisión coherente y contundente que resuelva la solvencia de nuestro país [...] no hay mejor manera de despejar incertidumbres que elevando a mandato constitucional el principio de estabilidad [...]» (pág. 3, Debate de toma en consideración).

Y en el mismo sentido, la portavoz popular Sáenz de Santamaría declaró:

«Sí, señorías, es necesaria porque la experiencia de los últimos tres años y la convulsión de las últimas semanas han puesto de manifiesto que los desequilibrios presupuestarios son riesgos inasumibles para el bienestar social [...] Lo hacemos en la Constitución porque el compromiso de unas cuentas públicas equilibradas no puede ser coyuntural, sino que ha de ser permanente» (pág. 5).

En definitiva, la escalada de la prima de riesgo y la necesidad de consolidar la regla de estabilidad presupuestaria justificarían el uso de la reforma constitucional. Estos son, como he dicho, los hechos documentables. Todo parece indicar, sin embargo, que el impulso y la razón última de la veloz reforma son imputables a una carta secreta del presidente saliente del Banco Central Europeo, Trichet, y del entrante, Draghi, en la cual se instaba al Presidente Zapatero a promover una modificación constitucional que anclase el principio de estabilidad presupuestaria.

Esta es una hipótesis plausible a la luz del modo elegido para realizar la reforma. Se tramitó a través de un procedimiento de lectura única y por vía de urgencia, siendo la primera una decisión atribuible al Pleno de la Cámara y la segunda a su Mesa (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura, Serie B, núm. 329-2, 31 de agosto de 2011). Los partidos promotores de la reforma, PSOE y PP, no dieron cuenta en el debate parlamentario de los criterios que impulsaron una opción procedimental tan sor-

prendente. Fue en sede del Tribunal Constitucional, donde se apeló a la cercanía del fin de la legislatura como argumento que habría de sostener la celeridad reformadora.

En la toma en consideración las críticas arreciaron por parte de todos los grupos. Merece especial atención el discurso de Durán i Lleida, portavoz del grupo catalán de *Convergència i Unió*, que afirmó:

«[...] esta actitud de los dos grandes partidos que ustedes llaman nacionales significa para nosotros una ruptura del proceso constituyente [...] La Constitución no fue solo objeto del PP y del PSOE, la Constitución es y existe gracias a todos» (pág. 7).

Y también son relevantes las apreciaciones del diputado Llamazares Trigo:

«Si la Constitución tenía un determinado volumen de apoyos desde el punto de vista de la pluralidad política y territorial del país, su reforma constitucional rompe desde ese mismo punto de vista el consenso constitucional. ¿Por qué, señorías? Porque se trata de un golpe a la Constitución, porque es una forma moderna del caballo de Pavía. Es una forma moderna de abrir un período de restauración y de involución democrática en nuestro país».

La disputa política sobre el procedimiento se transformó en controversia jurídica a resultas de un recurso de amparo presentado por los diputados Llamazares Trigo y Buenaventura Puig, fundado en tres reproches: la vulneración del derecho al ejercicio del cargo público en condiciones de igualdad al optar por un procedimiento de lectura única y urgencia; que la reforma sería una modificación encubierta del Título preliminar; y, finalmente, la inadmisión de una enmienda a la totalidad. El núcleo de la argumentación, recogida en el antecedente tercero del Auto de inadmisión, consistiría en imputar al procedimiento estipulado el resultado de «eludir la negociación previa a la reforma constitucional, dificultando la búsqueda del consenso y reduciendo la participación de los Diputados».

El Auto 9/2012, de 13 de enero, y dictado por el Pleno del Tribunal Constitucional rechazó todas las alegaciones (la oportunidad del Auto como acto procesal para solventar la controversia fue puesta en tela de juicio por el voto particular del Magistrado Pérez Tremps). Respecto a la hipotética reforma subrepticia del Título preliminar, en su fundamento jurídico segundo, el Tribunal ni encuentra conexión del artículo 135 con el Título Preliminar, ni considera posible una interpretación extensiva del objeto del artículo 168 (razonamientos que para el Magistrado Ortega Álvarez, según su voto particular, hubieran me-

recido una mayor profundidad). Las dudas que ofrece la elección del procedimiento de lectura única, se resuelven en el fundamento tercero con un análisis estrictamente literal, advirtiendo que no existe exclusión de la lectura única en el procedimiento de reforma —siendo el único procedimiento proscrito la aprobación en comisión, de la cual el Tribunal no obtiene conclusiones adicionales—, ni materias vedadas, para resolver implícitamente que la decisión del Pleno de la Cámara sobre la oportunidad del procedimiento no admite juicio (posición que es criticada por el Magistrado Gay en su voto particular). Por otro lado, la mayoría del Tribunal, en el fundamento cuarto, encuentra razones para elegir el procedimiento de urgencia y además entiende que esta vía no conculca el derecho de participación, garantizado a través de las enmiendas y el debate en pleno. Finalmente, en el fundamento quinto, abunda sobre su reciente doctrina referente a la homogeneidad material de las enmiendas respecto a la iniciativa de la que traen causa, razón que le sirve para dar por bueno el rechazo de la enmienda a la totalidad presentada por los recurrentes.

A la luz del momento y del modo elegido para la reforma, cabe preguntarse si esta cumple una de sus misiones prototípicas, a saber, ampliar la base social de la Constitución. Ciertamente la satisfacción del quórum requerido por la Constitución debería poner punto final a esta pregunta, pero es innegable que no deja de ser una mácula la incapacidad de los dos grandes partidos para sumar apoyos adicionales. Durante los últimos años, frente al sistema de acuerdos entre dos parlamentos —el territorial y el estatal— que la Constitución impone para las reformas estatutarias, se esgrimió como alternativa mejor «el pacto entre los dos partidos nacionales». Sin embargo, como ya demostraron antiguas reformas estatutarias y la reciente reforma constitucional, esta vía de desarrollo constitucional, cuya legalidad es indudable, en la práctica política corre el riesgo de sumergirse en los vicios simplificadores que antes hemos imputado a la dinámica de la alternancia. Además, cuando la simplificación viene acompañada de la elección de un procedimiento que restringe el debate y la reflexión, se acaba transmitiendo la idea de que se ha tratado la reforma constitucional como un procedimiento legislativo ordinario más. Resulta difícil, en definitiva, no sentir que los principales partidos han banalizado la Constitución.

Esta sensación de banalización se remarca a la luz del contenido de la reforma y los interrogantes que arroja. El nuevo artículo 135 incorpora dos reglas, la de la estabilidad presupuestaria y la de la deuda pública limitada. La primera se concreta en un límite conceptual, el del déficit estructural, cuya definición es doble, primero a través de un reenvío al derecho de la Unión y luego mediante una metodología de cálculo que será establecida por ley orgánica. En cuanto a la regla de deuda pública limitada, se mantiene la reserva de ley

para su autorización, su obligada inclusión en los presupuestos y la rigidez de su contenido que no podrá ser enmendado. Se añade una barrera cuantitativa que se construye nuevamente por reenvío al derecho de la Unión y, además, una preferencia absoluta de pago de la deuda. A su vez, tanto para el equilibrio presupuestario como para la contención de deuda, el artículo 135, en su apartado cuarto, establece la posibilidad de que el Congreso, por mayoría absoluta, establezca una excepción cuando constate la existencia de una catástrofe natural, una recesión económica o una situación de emergencia extraordinaria que escape al control del Estado. Finalmente, el nuevo texto constitucional realiza una serie de prescripciones destinadas a racionalizar nuestra organización territorial, de manera que extiende a las Comunidades Autónomas el mandato de estabilidad presupuestaria (para los Ayuntamientos es un principio de equilibrio) y traslada a una ley orgánica el asunto capital de definir la distribución entre Comunidades del límite de gasto y deuda, así como la determinación de la responsabilidad.

Las reglas existentes en el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (desde ahora TFU), el Protocolo número 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior, obligan a formular una pregunta sobre la finalidad de la reforma: ¿para qué una modificación constitucional que reenvía a un derecho supranacional que ya vincula al legislador?, ¿qué sentido tiene una reforma que habilita el desarrollo legislativo, cuando este existe dando plena eficacia a los mandatos de la Unión? Más aún, ¿era necesaria una reforma cuando el régimen legislativo había logrado el equilibrio presupuestario e incluso superávit, desde su entrada en vigor y hasta el estallido de la crisis? Y, finalmente, ¿ofrece soluciones reales una reforma en la que los límites estructurales no desplegarán plena eficacia hasta el 2020?

El debate parlamentario nos dará algunas respuestas, pero antes merece la pena esbozar el marco teórico adecuado para comprenderlas (13). Tal contexto no puede ser otro que las funciones propias de la Constitución, reflejo de tres cuestiones capitales de teoría política. Toda reforma útil debe necesariamente potenciar alguna de esas funciones y atender a esos interrogantes centrales, dotando así a la norma suprema de mayor legitimidad, bien porque amplía su base social o porque genera una forma de gobierno más eficiente. Así, en este sentido, cabe recordar que la Constitución organiza y racionaliza el poder, dando

(13) Me apoyo en el análisis de los procesos de reforma propuesto por SCHULZE-FIELITZ (1995).

elementos normativos que perfilan los rasgos de su titular y el modo esencial de decisión (¿quién decide y cómo decide?). Igualmente, la norma suprema fija garantías subjetivas indisponibles a la mayoría, conformando la naturaleza de la ciudadanía (¿cuáles son los límites al poder?). Del mismo modo, la Constitución establece fines y objetivos, que justifican la propia existencia del poder (¿para qué se decide?).

Es a partir de esta estructura conceptual donde el debate parlamentario, especialmente las intervenciones de los promotores, debe cobrar algún sentido. Como ya hemos visto, la necesidad de reforzar la solvencia se presentó como la razón del momento elegido para la reforma y no deja de ser también uno de sus motivos esenciales. No obstante, en las palabras del portavoz del PSOE, Alonso Suárez, hallamos justificaciones adicionales. De un lado, una cierta emulación con el contexto europeo; de otro, el tratarse de principios «[...] dotados de una alta voluntad de permanencia y que encuentran en la Carta Magna la ubicación necesaria». Si bien, remachando siempre que la introducción de estos criterios no supone recortes sociales, sino precisamente lo contrario, esto es, el fortalecimiento del gasto social (págs. 3 y 4 Debate de toma en consideración). La intervención de la portavoz del PP, Sáenz de Santamaría, ofrece algunas ideas más en torno a la finalidad de la reforma. Sostiene que gracias a esta, la estabilidad presupuestaria no es una opción, sino un «deber público», una «obligación constitucional» (pág. 5), hasta el punto de afirmar que la «austeridad se ha convertido en una obligación política» (pág. 6). También el mantenimiento de la política social sería uno de los fines últimos de la reforma (pág. 6). Y, por último, alega la lealtad institucional entre administraciones como elemento adicional que justificaría la reforma (pág. 6).

En definitiva, y sin ánimo de exagerar, de acuerdo con las intervenciones de los promotores, con la reforma se estaría intentando asegurar la propia existencia del Estado, su solvencia, y en concreto, su forma de Estado social. Por tanto, con la modificación constitucional se pretendería potenciar la función de organización y racionalización del poder, dotando al Estado de instrumentos adecuados. Y a la vez se buscaría dar relieve a la tercera función, relativa a los fines que ha de lograr el poder público, pues el mantenimiento del Estado social se presenta como un objetivo crucial en la reforma (14). Ni que decir tiene que esta posición fue puesta en cuestión por los restantes grupos parlamentarios,

(14) SÁNCHEZ BARRILAO (2011) ofrece argumentos de sobra para poner en tela de juicio esta perspectiva. Es más, considera que el principio de pago preferente de la deuda obliga a una nueva lectura del Estado social. En un sentido similar, dando por «cerrado» el carácter abierto de la Constitución económica, MERCADO PACHECHO (2011).

salvo la excepción matizada del grupo catalán de *Convergència i Unió*, que discutiendo el modo de la reforma, se acercó a su finalidad. Pero seguramente la intervención más contundente fue la de Erkoreka Gervasio, portavoz del grupo vasco, PNV, que afirmó al respecto de la estabilidad presupuestaria: «Como pauta básica de la gestión económica es excelente, pero como norma constitucional es funesta» (pág. 15), para lo que da cinco razones: es un atropello del procedimiento democrático, es irrespetuosa con la estructura compuesta del Estado, es ineficaz porque ni satisface a los mercados ni dota a las administraciones de las herramientas fiscales que venía utilizando, es innecesaria porque las reglas están establecidas en el derecho de la Unión y es antieuropea porque sugiere que no basta con las normas de la Unión para garantizar el cumplimiento del déficit.

Ahora bien, podría afirmarse que la reforma ha ganado sentido *a posteriori*, debido al Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza en la unión económica y monetaria, hecho en Bruselas el 2 de marzo de 2012, y cuyo artículo 3.2 exige que el principio de estabilidad presupuestaria se incorpore al Derecho nacional «mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de carácter constitucional». Incorporación que será controlada, en su caso, por el Tribunal de Justicia, cuya sentencia condenatoria activaría las repercusiones económicas previstas en el artículo 260 del TFUE. Cabría sostenerse, por tanto, que la reforma constitucional es el cumplimiento anticipado de «un mandato de previsión constitucional» que incorpora el nuevo Tratado, reflejo a su vez de una indiscutible fe en la Constitución estatal como norma suprema capaz de organizar y racionalizar el ejercicio del poder.

2. *Las nuevas estructuras de la Constitución económica: solidaridad y control federal*

A) *La articulación del principio de solidaridad*

La breve experiencia acumulada en la ayuda directa a Grecia, Irlanda y Portugal, e indirecta a España e Italia, ha tomado forma en el Mecanismo de Estabilidad Europea. Esta organización internacional fue creada mediante un Tratado firmado el 2 de febrero, que paralelamente se ha insertado en la organización de la Unión fruto de la reforma del artículo 136.2 TFU, primera modificación por la vía simplificada prevista en el artículo 48.6 del TFUE (Decisión del Consejo de 25 de marzo, 2011/199/UE). La finalidad del Mecanismo Europeo de Estabi-

lidad es lograr solidez en la zona euro mediante la movilización de fondos (en el 2017 podrá contar con 500 billones de euros) a alguno de sus miembros que esté padeciendo problemas financieros, cuando estos pongan en riesgo conjunto de los Estados con moneda común (art. 2). Para alcanzar este fin, el Mecanismo se dota de una organización, en la que destaca el Comité de gobernadores (art. 5), compuesto por un miembro del Gobierno de cada Estado miembro y que decidirá de mutuo acuerdo, por mayoría cualificada o mayoría simple. Ahora bien, el voto ponderado se estipula de conformidad con la participación de cada Estado miembro en el capital del Mecanismo (art. 8).

La asistencia financiera se activa mediante solicitud al Comité de gobernadores por parte del Estado miembro en dificultades financieras. El Comité determinará junto al Banco Central si existe riesgo de inestabilidad financiera para el conjunto de la zona euro, si la deuda del Estado es sostenible y cuáles son las necesidades de actuación (art. 13). De existir riesgo, la Comisión, junto al Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional negociará un «memorando de entendimiento» donde se fijarán las condiciones de ajuste macroeconómico que liberarán la ayuda (art. 13). Esa ayuda puede ordenarse mediante una línea de crédito que opera como una asistencia precautoria (art. 14), asistencia financiera dirigida a la recapitalización del sistema bancario (art. 15), préstamos (art. 16) e intervenciones de compra de deuda tanto en el mercado primario como secundario (arts. 17 y 18). En definitiva, asume la tarea de redistribución de riqueza que venía desempeñándose a través del Instrumento de Estabilidad Financiera y del Banco Central Europeo.

B) *La perfección de los instrumentos de control federal*

En toda estructura política con pretensiones de viabilidad, la redistribución de riqueza ha de ir acompañada de un cierto grado de control sobre el uso de los fondos que una de las partes recibe a partir de la riqueza del conjunto. A esta idea responden los tres instrumentos normativos destinados a potenciar el control sobre la actuación política financiera de los Estados miembros, que la Unión ha aprobado en el año 2011. Uno de ellos, la Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros, tiene por fin esencial dotar de claridad y fiabilidad a los marcos presupuestarios de los Estados, pues no en vano el considerando primero establece «[...] la necesidad de reforzar la responsabilización nacional y de disponer de unos requisitos uniformes con respecto a las normas y los procedimientos que configuran los marcos presupuestarios

de los Estados miembros». Para ello en el artículo tercero se estipula una obligación de conocimiento de los datos presupuestarios, a lo que se acompaña en el artículo 4 un mandato para que las previsiones presupuestarias se elaboren a partir del escenario económico más prudente y que proyecte en reglas presupuestarias numéricas para facilitar su control (arts. 5 y 6). Asimismo, en el artículo 9 se define el «marco presupuestario a medio plazo», que pretende recoger la política presupuestaria plurianual y su incidencia a largo plazo en las finanzas generales, imponiendo un mandato de coherencia entre la ley presupuestaria anual y el citado marco. Por último, el artículo 12 y siguientes quieren asegurar un conocimiento pleno de todos los entes cuyas cuentas repercutan en el sector público.

En el contexto del déficit excesivo, el Reglamento (UE) núm. 1173/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona euro, ha concretado los instrumentos del depósito y la multa como sanciones administrativas (art. 9), desarrollando así las posibilidades abiertas por el artículo 126.11 del TFU. Siguiendo la estela del Reglamento (CE) núm. 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativa a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, diferencia entre el componente preventivo y el corrector. Para el primero, «cuando se percibe una desviación significativa respecto de la trayectoria de ajuste hacia el objetivo presupuestario a medio plazo» (art. 6.2 Reglamento núm. 1466/1997), se prevé ahora la posibilidad de obligar al Estado miembro a constituir un depósito con intereses del 0,2 de PIB (art. 5). Se tratará, sin embargo, de una multa (sin devolución posible) por esa misma cantidad cuando se detecte que efectivamente el Estado miembro se ha desviado del déficit (art. 6). Se ha de reseñar además, que en la fijación de estas sanciones, la mayoría cualificada del Consejo no es necesaria para adoptarla, sino para frenarla, dando así una posición preeminente a la propuesta de la Comisión.

Finalmente, se ha de hacer mención al Reglamento (UE) núm. 1176/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de desequilibrios macroeconómicos. Este Reglamento crea un «mecanismo de alerta» (art. 3) para responder ante «cualquier tendencia que dé lugar a una evolución macroeconómica que afecta o puede afectar negativamente al correcto funcionamiento de la economía de un Estado miembro, de la unión económica y monetaria o del conjunto de la Unión», evolución que se fija a partir de un cuadro de indicadores (art. 4), sobre el que la Comisión elaborará primero un informe y luego un examen exhaustivo en el caso de que algún Estado miembro que padezca o esté en riesgo de padecer desequilibrios macroeconómicos. Ese informe puede resultar en una intervención preventiva con

la forma de recomendaciones del Consejo (art. 6), o instrumentos represivos, que consisten, por ahora, tan solo en la obligación de definir un plan de medidas correctoras sobre el que el Consejo podrá emitir recomendaciones (art. 7).

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV: *Por una asamblea constituyente. Una solución democrática a la crisis*, Sequitur, 2012.
- AAVV: «La reforma del artículo 135 CE», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, 2011, págs. 159-210.
- AAVV: *Comunicación del Gobierno para el debate de política general en torno al estado de la nación*, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 2011, IX Legislatura, núm. 256, 28 de junio de 2011.
- AAVV: *Debate para la toma en consideración de la proposición de reforma del artículo 135 de la Constitución española*, presentada por los grupos parlamentarios Socialista y Popular en el Congreso, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 2011, IX Legislatura, núm. 269, 30 de agosto de 2011.
- AAVV: *Debate sobre la investidura del candidato a la Presidencia del Gobierno*, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 2011, X Legislatura, núm. 2, 19 de diciembre de 2011.
- AAVV: *Debate de convalidación del Real Decreto-ley 20/2011*, Año 2012, X Legislatura, núm. 4, 11 de enero de 2004.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel: «La dimensión constitucional del derecho a prestar el servicio de comunicación audiovisual: creación de medios, dirección editorial y autorregulación», en *Estudios sobre la Ley General de la Comunicación Audiovisual*, dirs. C. Chinchilla y M. Azpitarte, Garrigues/Aranzadi/Thomson, 2011, págs. 213-254.
- DE CABO MARTÍN, Carlos: *La reforma constitucional*, Trotta, 2003.
- GUILLÉN LÓPEZ, Enrique: «El 15M desde una óptica constitucional», *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, en prensa.
- HESSE, Konrad (2011a): «Democracia», *Escritos de derecho constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo y CEPCO, 2011, págs. 131-150.
- (2011b): «Concepto y cualidad de Constitución», *Escritos de derecho constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo y CEPCO, 2011, págs. 33-55.
- MERCADO PACHECO, Pedro: «Liquidación por reforma», *Olvidos*, 2011, <http://www.olvidos.es/palabras/20>.
- PRESNO LINERA, Miguel: «El 15M y la democracia real», *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm. 25, enero 2012, págs. 38-49.
- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan: «La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución española», en prensa.
- SCHULZE-FIELITZ, Helmut: «Die deutsche Wiedervereinigung und das Grundgesetz —Zur Theorie und Praxis von Verfassungsentwicklungsprozessen—», en *Verfas-*

sungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen, ed. J. J. Hesse, G. F. Schuppert y K. Harms, Nomos, 1999, págs. 65-96.

RESUMEN

Este trabajo intenta dar cuenta de las novedades políticas y legislativas del año 2011. En este año, la crisis económica ha continuado incidiendo sobre nuestra realidad. Desde la perspectiva de la política ordinaria se atiende a las características de la alternancia en la dirección del Estado y la novedad que supone el Movimiento 15M. Además, se ha añadido una perspectiva constitucional atenta a los elementos que reconstruyen nuestra Constitución económica, sea a través de la reforma constitucional o de las novedades normativas de la Unión.

PALABRAS CLAVES: realidad constitucional; alternancia; Movimiento 15M; Constitución económica; reforma constitucional; Unión Europea.

ABSTRACT

This essay takes account of the political and legislative actions in 2011. This year, the economic crisis kept affecting our reality. From the perspective of ordinary politics, the paper studies the change of Government and the so called «Movimiento 15M». Besides that, the constitutional perspective is analyzed to understand the reconstruction of the «Economic Constitution» through the constitutional reform and the new laws in the European Union.

KEY WORDS: Constitutional reality; change in Government; *Movimiento 15M*; Economic Constitution; constitutional reform; European Union.

LA REFORMA DEL AMEJORAMIENTO DEL FUERO DE NAVARRA EN EL CONTEXTO DE LAS «REVISIONES» ESTATUTARIAS. LA LO 7/2010, DE 27 DE OCTUBRE (*)

ASUNCIÓN DE LA IGLESIA CHAMARRO

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA LEY ORGÁNICA 7/2010, DE 27 DE OCTUBRE, Y EL LIMITADO ALCANCE DE LA REFORMA DEL AMEJORAMIENTO DEL FUERO APROBADA EN 2001. LA VUELTA A UNA CUESTIÓN PENDIENTE.—3. BREVE REFERENCIA AL PARTICULAR PROCEDIMIENTO DE REFORMA DEL AMEJORAMIENTO DEL FUERO O LORAFNA.—4. ALCANCE Y CONTENIDO DE LA LEY ORGÁNICA 7/2010, DE 27 DE OCTUBRE: 4.1. *Alcance general de la reforma*. 4.2. *Análisis de las principales novedades en el Título I, «De las Instituciones Forales de Navarra»*: 4.2.1. *Modificaciones introducidas en el Capítulo II, «Del Parlamento o Cortes de Navarra»*. 4.2.2. *Modificaciones introducidas en los Capítulos III y IV sobre el Gobierno de Navarra y el Presidente de la Comunidad Foral de Navarra*. 4.3. *Referencia a las novedades principales en el Título II, «Facultades y competencias de Navarra»*.—5. CONSIDERACIONES DE CIERRE.—BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El 28 de octubre de 2010 el Boletín Oficial del Estado publicó la LO 7/2010, de reforma de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (1) (13/1982). Esta es la séptima reforma estatutaria de la oleada iniciada en la VIII Legislatura y la segunda del texto del Amejora-

(*) *Este texto tiene su origen en una conferencia dictada el 17 de diciembre de 2010 «Análisis de la LO 7/2010, de 27 de octubre, de reforma de la LORAFNA» en la Jornada organizada por el Aula Foral (Gobierno de Navarra-Universidad de Navarra). Agradezco al profesor Manuel Aragón Reyes sus valiosas aportaciones y la sugerencia de escribir mi intervención en estas páginas.*

(1) En adelante me referiré a la misma indistintamente como LORAFNA o Amejoramiento del Fuero.

miento (2). Es una reforma peculiar si se la compara con las aprobadas hasta la fecha. A diferencia de lo que, con intensidades distintas, han sido las reformas estatutarias de los últimos años, no hay en la LO 7/2010 ni reconocimiento de nuevas competencias, salvo alguna excepción muy limitada, ni elementos de afirmación identitaria, ni tampoco declaración de derechos, aunque se incorporan como novedades algunas modificaciones generalizadas en los nuevos estatutos (es el caso de los Decretos-Leyes Forales o la facultad de participación de la Comunidad Foral a través de sus órganos en materia de política exterior o Unión Europea). Como avanza la E. de M. de la LO 7/2010, la reforma se plantea como «una mejora y actualización del Amejoramiento del Fuero, profundizando en la experiencia ya acreditada por sus resultados de libertad y progreso» (3).

Afectan los cambios a una veintena de preceptos. Se conserva la estructura de la LO 13/1982 de Reintegración y Amejoramiento del Fuero de Navarra y el número de artículos al menos formalmente, pues el último sigue siendo el número 71, aunque con los preceptos integrados suman 75. Para ello las adiciones se incorporan «parcheadas» al texto con la enumeración bis) y ter), lo que es expresivo de la voluntad de conservar el texto original frente al proceso de sustitución de unos estatutos por otros (4).

En definitiva, la reforma del Amejoramiento del Fuero se aleja de la tendencia general y si de los nuevos estatutos se ha llegado a decir que «tienen alma de Constitución y cuerpo de reglamento» (5), puede afirmarse en paralelo que tras su reforma, el Amejoramiento conserva el alma de fuero inserto en la Constitución (6) y el cuerpo de estatuto originario.

(2) Aquella primera reforma, muy limitada, se aprobó por Ley Orgánica 1/2001, de 26 de marzo (BOE núm. 75, 28 de marzo de 2001).

(3) *Vid.* E. de M. de la LO 7/2010: «[...] respetuoso con el pasado histórico y determinante de la presente configuración de la Comunidad Foral, el Amejoramiento del Fuero se ha revelado durante los últimos 28 años como el instrumento idóneo para organizar la convivencia y potenciar el desarrollo de Navarra dentro del Estado de las Autonomías actualmente existente en España, por lo que dicha experiencia aconseja que los nuevos retos con los que la Comunidad Foral afronta el actual siglo sean abordados a través de la mejora y actualización de aquél, profundizando en la experiencia ya acreditada por sus resultados de libertad y progreso».

(4) Es una característica común a la mayoría de Estatutos aprobados —salvando la reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana—. Los demás son propiamente sustituciones integrales, que alumbran nuevos estatutos que vienen a expresar así una nueva etapa. *Vid.* TUDELA ARANDA (2007): 95.

(5) MEILÁN, J. L., *cit.* en GONZÁLEZ TREVIJANO (2006): 15.

(6) Al doble anclaje foral y constitucional del Amejoramiento, que se elabora «al modo foral» y se aprueba también al modo constitucional con el contenido que puede tener un Estatuto de Autonomía se ha referido ARAGÓN REYES (2008): 43-44.

2. LA LEY ORGÁNICA 7/2010, DE 27 DE OCTUBRE, Y EL LIMITADO ALCANCE DE LA REFORMA DEL AMEJORAMIENTO DEL FUERO APROBADA EN 2001. LA VUELTA A UNA CUESTIÓN PENDIENTE

Esta reforma de 2010 trae causa inmediata de la insuficiencia de la primera reforma del Amejoramiento aprobada en 2001 (7), cuyo objeto era la cláusula de cierre del procedimiento de designación del Presidente del Gobierno para el caso de no alcanzar mayoría parlamentaria necesaria en la investidura (8) (art. 29.4 de la LORAFNA o Amejoramiento). Pero entonces se hizo una modificación alejada de la voluntad de reforma planteada desde la Comunidad Foral.

En efecto, en el Amejoramiento del Fuero aprobado por la LO 13/1982 lo previsto para la eventualidad de no resultar investido candidato a la presidencia en el plazo señalado era la designación automática del líder del partido con más escaños o, en igualdad de escaños, el de la lista más votada, lo que alumbraba como solución un Gobierno en minoría parlamentaria para la Legislatura completa de cuatro años. Con la reforma de 2001 se suprimió esa previsión y transcurrido el plazo sin otorgar la confianza a un candidato se procedía a la disolución automática del Parlamento y a la convocatoria de nuevas elecciones (9) (art. 29.4 LORAFNA), pero el nuevo Parlamento tenía limitada la duración al término natural de la Legislatura anterior. En este punto las pretensiones iniciales de la Comunidad Foral de Navarra eran mayores ya que pasaban por completar una Legislatura de cuatro años. Sin embargo, la oposición por parte del Gobierno de la Nación hizo que finalmente se excluyera este aspecto de la negociación (10). Con la reforma de 2001 la Comunidad Foral de Navarra se-

(7) Cfr. SEBASTIÁN LABAYEN (2010): 423.

(8) Además de la reforma principal, también se acortaron los plazos para el procedimiento de designación del Presidente, se redujo la mayoría en la segunda votación de investidura a mayoría simple y se exigió que el candidato a la investidura ostentara la condición de miembro del Parlamento de Navarra.

(9) El artículo 29.4 del Amejoramiento del Fuero o LORAFNA en la versión reformada en 2001 establecía lo siguiente: «si transcurrido el plazo de treinta días naturales a partir de la primera votación ningún candidato hubiera sido elegido, el Parlamento quedará disuelto, convocándose de inmediato nuevas elecciones. El mandato del nuevo Parlamento durará, en todo caso, hasta la fecha en que hubiere concluido el primero».

(10) La reforma fue impulsada por el Parlamento de Navarra a través de sendas resoluciones de Pleno en las que se instaba al Gobierno de Navarra a iniciar el procedimiento de reforma para eliminar el automatismo y permitir la disolución de la Cámara. La primera iniciativa del Gobierno de Navarra no prosperó, pues en las negociaciones con el Gobierno de la Nación en 1998-1999 este último rechazó que el nuevo Parlamento pudiera tener un mandato completo de cuatro años. Las negociaciones se retomaron en 1999 tras las elecciones autonómicas y, finalmente, el Gobierno

guía así asimilada a las CC.AA. del artículo 143 CE en los tiempos electorales, mientras que a nivel competencial gozaba de un grado de autonomía superior. Por su parte, las Comunidades Autónomas del artículo 151 CE ya habían establecido a través de leyes autonómicas la facultad de disolución parlamentaria sin este límite en la gestión de los tiempos electorales.

En el último proceso de reformas estatutarias, varios textos de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE han suprimido la limitación de la duración de la Legislatura para los casos de disolución automática o anticipada (Comunidad Valenciana, Aragón, Islas Baleares, Castilla y León, Extremadura). La previsión del Amejoramiento del Fuero en la versión de 2001 había quedado manifiestamente superada.

De ahí que el *leit motiv* de la reforma de 2010 haya sido precisamente la vuelta a este punto pendiente de la duración de la Legislatura. Después, por impulso del Parlamento de Navarra (11), la reforma se ha extendido a otras cuestiones, en parte alentadas por las reformas estatutarias en boga, en parte, por cuestiones que necesitaban actualizarse a la vuelta de los años.

3. BREVE REFERENCIA AL PARTICULAR PROCEDIMIENTO DE REFORMA DEL AMEJORAMIENTO DEL FUERO O LORAFNA

Aunque sea muy brevemente, es obligada la referencia a la particularidad del procedimiento seguido para la reforma del Amejoramiento del Fuero, explicable por el modo singularísimo de inserción de la Comunidad Foral de Navarra en la organización territorial del Estado, a partir del reconocimiento que el texto constitucional hace de los derechos históricos en la Disposición Adicional Primera, que permitió a Navarra adaptar su autogobierno histórico sin interrupción desde 1841 *reintegrando y mejorando* el Régimen Foral en el nuevo marco del Estado de las Autonomías (12).

Responde el procedimiento a las exigencias históricas del Régimen Foral o paccionado —el acuerdo se negocia entre Navarra y el Estado a través de los Ejecutivos, con una intervención parlamentaria exigua—, pero también se ajus-

de Navarra redujo las pretensiones en la negociación admitiendo que el mandato del nuevo Parlamento duraría hasta el término natural del primero. Sobre esta reforma *vid.* SEBASTIÁN LABAYEN (2010): 423 y sigs.

(11) Resolución decimonovena aprobada por el Parlamento de Navarra en el debate sobre el estado de la Comunidad Foral (BOPN núm. 112, 10 de noviembre de 2009).

(12) Sobre las raíces históricas del Régimen Foral navarro me remito a GALÁN LORDA (2009): en particular 78 y sigs.

ta a las previsiones del artículo 147.3 CE y, formalmente, es una ley orgánica, aunque con especialidades adicionales con respecto a las demás aprobatorias o de reforma de los Estatutos de Autonomía. Es un procedimiento singular dentro de la heterogeneidad de los procedimientos de reforma estatutaria. En concreto el Amejoramiento del Fuero señala en el artículo 71 lo siguiente:

«1. Dada la naturaleza jurídica del régimen foral, el Amejoramiento al que se refiere la presente Ley Orgánica es inmodificable unilateralmente.

2. La reforma del mismo se ajustará, en todo caso, al siguiente procedimiento:

a) *La iniciativa corresponderá a la Diputación Foral o al Gobierno de la Nación.*

b) *Tras las correspondientes negociaciones, la Diputación Foral y el Gobierno formularán, de común acuerdo, la propuesta de reforma, que será sometido a la aprobación del Parlamento Foral y de las Cortes Generales, por el mismo procedimiento seguido para la aprobación de la presente Ley Orgánica.*

3. *Si la propuesta de reforma fuese rechazada, continuará en vigor el régimen jurídico vigente con anterioridad a su formulación.»*

En primer lugar, nótese que la iniciativa solo puede ser presentada por los Gobiernos de la Nación y de la Comunidad Foral de Navarra (13). Especialmente singular es que la centralidad del procedimiento de reforma resida en el seno de una Comisión mixta paritaria, de perfil técnico-político e integrada por los representantes de los Gobiernos respectivos de la Comunidad Foral y el Estado. Aquí, la buena marcha del proceso depende del acierto y la capacidad negociadora de los intervinientes pero también, como es de suponer, del grado de sintonía existente entre los Ejecutivos de Navarra y de la Nación. En esta Comisión los trabajos se desenvuelven de forma bilateral y sin debate público. Una vez que se alcanza el acuerdo entre Ejecutivos, en el seno de esta Comisión mixta paritaria el texto es definitivo, pues queda cerrada la posibilidad de incorporar enmiendas. Esta es precisamente la manifestación más clara de un

(13) Esta singularidad se justificaría en el carácter paccionado del Régimen Foral de Navarra. Así, DEL BURGO TAJADURA que entiende que esto no excluye que el Parlamento pueda presentar propuestas de carácter declarativo. Cfr. DEL BURGO TAJADURA (1996): 678-679. RAZQUIN LIZARRAGA defiende, por el contrario, que no habría problema en reconocer al Parlamento de Navarra la facultad de iniciar la reforma. *Vid.* RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. (2007): 970; también IZU BELLOSO (2009): 289-290. Por mi parte, entiendo que la iniciativa, como impulsión del proceso desde el Parlamento a que el Gobierno inicie un procedimiento negociador de reforma no es incompatible con el carácter paccionado de la reforma del Amejoramiento del Fuero.

proceso paccionado donde la voluntad de ambas partes cierra el texto, aunque luego reste la ratificación parlamentaria en procedimientos de totalidad.

Desde 1999, al cierre del acuerdo en la Comisión sigue preceptivamente el Dictamen del Consejo de Navarra [así lo prevé el art. 16.1.a) de la Ley Foral 8/1999]. Es de notar que la ubicación del Dictamen en esta fase postacuerdo complica la incorporación de las sugerencias que este órgano consultivo pudiera formular, pues para ello sería preciso reabrir la fase de negociación en la Comisión paritaria (14).

Después, las intervenciones de Parlamento de Navarra y Cortes Generales se ajustan al procedimiento de totalidad con votación de ratificación en los Plenos. En el Parlamento de Navarra basta el respaldo de la mayoría simple (art. 161 del Reglamento del Parlamento de Navarra) (15). Nótese que esta mayoría que es llamativamente baja si se la compara con las reforzadas exigidas para la reforma de la mayoría de los Estatutos de Autonomía. En el caso de la reforma de 2010, obtuvo el voto afirmativo de 38 de los 50 parlamentarios que componen la Cámara foral (16).

Una vez ratificado el texto por el Parlamento de Navarra pasa a las Cortes Generales para su aprobación como Ley Orgánica de acuerdo con lo exigido en el artículo 147.3 CE. En el caso del Amejoramiento del Fuero se sigue un procedimiento singular de lectura única, que excluye la posibilidad de enmienda, tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado. Y así se recoge en la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 16 de marzo de 1993 (17) y en la Norma Supletoria de la Presidencia del Senado de 30 de septiembre de

(14) Para esta reforma de 2010 el Consejo de Navarra emitió su Dictamen 27/2010, de 10 de mayo, que avala el texto en su totalidad —<http://www.cfn Navarra.es/consejonavarra/pdf.asp?id=605>—.

(15) «La reforma de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra se podrá llevar a cabo a iniciativa de la Diputación Foral o del Gobierno de la Nación.

2. *Tras las correspondientes negociaciones, el Gobierno de Navarra y el Gobierno de la Nación formularán, de común acuerdo, la propuesta de reforma que será sometida a la aprobación del Parlamento de Navarra. A tal fin se procederá en el Pleno de la Cámara a un debate de totalidad y, a continuación, la propuesta de reforma será sometida, en su conjunto, a una sola votación.*

3. *Si la propuesta de reforma fuese aprobada, el Presidente de la Cámara lo pondrá en conocimiento del Presidente de la Diputación a los efectos de su ulterior tramitación. En el caso de que fuese rechazada, el Presidente de la Cámara dará cuenta de ello al Presidente de la Diputación Foral a los efectos prevenidos en el art. 71.3 de la referida Ley Orgánica.»*

(16) *Diario de Sesiones del Parlamento de Navarra*, núm. 80, de 10 de junio de 2010.

(17) Dispone en el apartado 13 que «La propuesta de reforma de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra se tramitará, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 71.2, como proyecto de ley orgánica por el procedimiento de lectura única, sin que

1993 (18). En esta reforma del Amejoramiento del Fuero de 2010 el respaldo parlamentario fue elevado en ambas cámaras. En el Congreso de los Diputados obtuvo 308 votos a favor, 13 en contra y 10 abstenciones, mientras que en el Senado de 234 votos fueron a favor 223, en contra 3 y 8 abstenciones (19).

Para concluir la referencia a la reforma, el Amejoramiento del Fuero no prevé, ni se ha incluido ahora la ratificación popular en referéndum, ni siquiera facultativo, que, sin embargo, sí se ha incorporado en algunos Estatutos de Autonomía del 143 y es obligado en las Comunidades Autónomas del artículo 151 CE (20).

Por todo lo anterior se puede decir que el rasgo más acentuado del procedimiento de reforma es la prevalencia de la voluntad de los Ejecutivos, tanto de Navarra como del Estado, frente a un papel de los Parlamentos, reducido a la función de ratificadores en bloque. Esto, ciertamente, facilita llegar a acuerdos, pero convierte al Amejoramiento del Fuero en una ley «sumamente peculiar», aquejada de un déficit de intervención parlamentaria que debería revisarse.

4. ALCANCE Y CONTENIDO DE LA LEY ORGÁNICA 7/2010, DE 27 DE OCTUBRE

4.1. *Alcance general de la reforma*

En su estructura originaria integran el Amejoramiento del Fuero 71 artículos, 3 disposiciones adicionales, 7 disposiciones transitorias y 1 final. Los 71

resulte admisible la presentación de enmiendas» (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 255, de 22 de marzo de 1993).

(18) En su apartado 14 establece que «La propuesta de reforma de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra se tramitará, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 71.2, como proyecto de ley orgánica por el procedimiento de lectura única, pudiéndose presentar únicamente propuestas de veto» (BOCG, Senado, núm. 23, de 5 de octubre de 1993).

(19) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, núm. 195, 30 de septiembre de 2010. *Diario de Sesiones del Senado, Pleno*, núm. 97, de 20 de octubre de 2010.

(20) Esta es una de las cuestiones que en algún momento ha estado sobre la mesa —lo estuvo en la citada Ponencia de autogobierno del Parlamento de Navarra puesta en marcha en 2003— pero sin acuerdo final sobre este punto. Nótese que, además de las Comunidades del 151, varias CCAA del 143 han incorporado el referéndum de ratificación de la reforma estatutaria, bien preceptivo o facultativo [así, Aragón que podrá convocarlo si lo piden dos tercios de los parlamentarios autonómicos (art. 115.7), Valencia (art. 81.5 ECV) o Extremadura (art. 91.2 EE)]. A favor del referéndum para aquellos aspectos que afecten a los grandes principios del Régimen Foral, *vid.* PÉREZ CALVO (2007): 90.

artículos se ordenan en un Título Preliminar (Disposiciones generales) y tres títulos: De las Instituciones Forales de Navarra (I); Facultades y competencias de Navarra (II) y De la reforma (III).

Las reformas que incorpora la LO 7/2010 afectan a una veintena de preceptos, con intensidades muy distintas. Por eso, atendiendo a la importancia y al grado de novedad de los cambios se puede hablar de reformas sustantivas, de reformas de institucionalización y, finalmente, de reformas de carácter depurativo, nominal o estilístico. Las reformas sustantivas introducen novedades en las normas reguladoras de distintos aspectos del sistema jurídico político de la Comunidad Foral y son el grueso de la reforma (así, afectan a la designación o duración del mandato de las instituciones forales principales, al sistema de gobierno parlamentario o a sus competencias y procedimientos para su ejercicio). Las reformas de institucionalización son aquellas que reflejan en el texto del Amejoramiento del Fuero el resultado del proceso de desarrollo institucional de la Comunidad Foral de Navarra e incorporan o actualizan las referencias a las instituciones ya creadas por Ley Foral, pero sin alterar el régimen jurídico con respecto a lo previsto en sus normas reguladoras (serían, por ejemplo, la referencia al Defensor del Pueblo, al Consejo de Navarra y a la Cámara de Comptos). Estas reformas, más allá de las consecuencias del blindaje estatutario, no establecen realmente cambios en el régimen jurídico de las instituciones. Por último, las reformas nominales, depurativas y estilísticas integran un cajón de sastre de modificaciones de orden menor (21).

Hecha esta observación, para el orden expositivo de los dos primeros grupos de reformas sustantivas y de institucionalización he preferido seguir la estructura del texto del Amejoramiento.

En un primer avance hay que decir que las reformas sustantivas se concentran en el Título I relativo a las Instituciones de la Comunidad Foral, más en particular en el Capítulo II relativo al Parlamento donde las modificaciones

(21) Después de casi treinta años de vigencia del Amejoramiento es lógico que disposiciones transitorias hayan perdido su sentido, que la norma contenga referencia a instituciones desaparecidas o que sea precisa la sustitución de unos términos por otros más adecuados. Entre las reformas de adecuación terminológica figura en la enumeración de las competencias la sustitución de la expresión «condición femenina» por la de «políticas de igualdad» como competencia de la Comunidad Foral en el artículo 44.18 o, en sentido parecido, la referencia a «candidato» o «candidata» en el artículo 35.2 y 3 referidos a la moción de censura. Otras, son reformas depurativas o de supresión de disposiciones extinguidas en su eficacia, bien por su transitoriedad o por desaparición del objeto. Es el caso de cuatro Disposiciones Transitorias del Amejoramiento (Disposiciones Transitorias primera, segunda, quinta y sexta, o la referencia a las suprimidas Cámaras de la Propiedad, agentes de Cambio y bolsa o corredores de comercio (arts. 52.1 y 2 respectivamente de Amejoramiento).

principales se concretan en los arts. 17, 18, 18 bis), 18 ter), 21 bis). Después en el Capítulo III «Del Gobierno de Navarra o Diputación Foral» se modifican los artículos 23.2, 26.b) y se incorporan dos nuevos 28 bis) y 28 ter) y, finalmente, en el Capítulo IV se modifica su título, aunque los cambios principales afectan a los artículos 29.4 y 30.3.

Por su parte, el Título II relativo a las competencias sufre menos cambios. La novedad principal es la previsión de la participación de la Comunidad Foral de Navarra en los asuntos relacionados con la Unión Europea y su proyección en el exterior e intervención en la elaboración de tratados y convenios que afecten a materias de su competencia o al interés de Navarra [arts. 68 y 68 bis)]. También en este Título II se actualiza la referencia a la Administración de Justicia en Navarra (art. 59) y se refuerza el papel de la Junta de Cooperación como instrumento ordinario y principal de relación entre la Comunidad Foral de Navarra y el Estado, otorgándole facultades de arbitraje en la resolución de las discrepancias respecto a la aplicación e interpretación del texto del Amejoramiento (art. 69).

El límite de páginas permite únicamente una aproximación a los cambios introducidos, sin poder hacer un análisis detallado de cada uno de ellos. No obstante, sí me detendré en algunas novedades atendiendo a su interés o a su singularidad. En otros casos, me limitaré a dar noticia.

4.2. *Análisis de las principales novedades en el Título I, «De las Instituciones Forales de Navarra»*

Como he señalado más arriba, es en este Título I, «De las Instituciones Forales de Navarra», donde se incorporan la mayor parte de las novedades, en particular en los Capítulos II, III y IV. Afectan al Parlamento o Cortes de Navarra, al Gobierno de Navarra o Diputación Foral y al Presidente de la Comunidad Foral.

4.2.1. *Modificaciones introducidas en el Capítulo II, «Del Parlamento o Cortes de Navarra»*

En una valoración de conjunto se puede afirmar que con esta reforma el Parlamento de Navarra aumenta su autonomía organizativa, al suprimirse el límite del número de sesiones ordinarias anuales y remitir al reglamento parlamentario los períodos de sesiones aunque en facultades refuerza al Gobierno frente al

Parlamento. En este sentido baste citar la introducción de los Decretos-Leyes Forales [art. 21 bis)] o, más adelante, la reducción de los supuestos en los que se requiere la autorización del Parlamento para la firma de Convenios de colaboración con otras Comunidades Autónomas en el ejercicio de las técnicas de cooperación horizontal [art. 26.b)].

- a) Modificación de los tiempos de trabajo del Parlamento:
Períodos de sesiones y supresión del límite de dieciséis sesiones ordinarias anuales

Como es conocido, las restricciones al tiempo de trabajo de los Parlamentos de las CC.AA. tenían su origen en los Pactos Autonómicos de 31 de julio de 1981 y se reflejaron en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE (22) y también de la Comunidad Foral de Navarra. Dichas restricciones se manifestaban en la limitación anual del número de sesiones ordinarias y en el acortamiento de los períodos de sesiones.

La evolución institucional de las Comunidades Autónomas y del propio sistema autonómico ha llevado a la eliminación progresiva de estas restricciones. En esa línea, el artículo 17.2 del Amejoramiento del Fuero incorpora dos novedades. La primera es la supresión de límite de las dieciséis sesiones ordinarias anuales que era una previsión desfasada, pues ningún texto estatutario la recogía ya (23). Otra novedad es la liberación de los tiempos de trabajo que acotaban los períodos de sesiones. Esta cuestión se saca del Amejoramiento del Fuero para pasar a acrecer e integrar la autonomía organizativa del Parlamento a través de su norma reglamentaria (24). En adelante, corresponde al Parlamento de Navarra disponer sus tiempos de trabajo y la organización de su actividad (25).

(22) La reducción de los períodos de sesiones se alineaba con un modelo de Parlamento distinto, con una actividad más limitada y sin profesionalización de los parlamentarios. Todas esas barreras a fecha de hoy se consideran superadas. *Vid.* MUÑOZ MACHADO (2007): 64.

(23) RIDAURA MARTÍNEZ (2006): 93.

(24) El Reglamento del Parlamento de Navarra ha sido reformado por Acuerdo de 24 de marzo de 2011 (BON núm. 75, 18 de abril de 2011). En concreto, se modifica el artículo 71 que establece dos períodos de sesiones: el primero de septiembre a diciembre y el segundo de enero a junio.

(25) IZU BELLOSO (2009): 222-223.

- b) Cámara de Comptos y Defensor del Pueblo de Navarra.
La no inclusión del Consejo Audiovisual de Navarra en el texto del Amejoramiento

También dentro de este Capítulo II dedicado al Parlamento se incluyen novedades relativas a aquellas que dependen orgánicamente del Parlamento de Navarra: la Cámara de Comptos y el Defensor del Pueblo de Navarra.

La Cámara de Comptos estaba ya prevista en la primera redacción del Amejoramiento del Fuero (art. 18 relativo a la ley de Presupuestos) y ahora se regula en el art. 18 bis) como precepto desgajado y dedicado exclusivamente a la institución, que incorpora además las novedades siguientes: subraya expresamente el vínculo de la Cámara de Comptos con el Régimen Foral, explicita su naturaleza de órgano fiscalizador externo y extiende su función sobre las cuentas y gestión económica de las entidades locales al sector público dependiente de las mismas, de acuerdo con lo que dispone su Ley Foral reguladora (Ley Foral 19/1984) (26).

Pero además, la Comunidad Foral de Navarra no ha sido ajena al proceso de institucionalización y proliferación de nuevas instituciones. En concreto, se han creado por Ley Foral el Consejo de Navarra (Ley Foral 18/1999), el Defensor del Pueblo de Navarra (Ley Foral 4/2000) y el Consejo Audiovisual de Navarra (Ley Foral 18/2001).

Al incorporarse ahora algunas de estas instituciones en el Amejoramiento del Fuero se ha blindado su existencia pues, en adelante, su reforma requiere la coincidencia de las voluntades de Navarra y del Estado, cuando hasta ahora la disposición sobre la existencia se limitaba al ámbito decisorio del Parlamento de Navarra. Desde ese punto de vista, el blindaje estatutario supone un desapoderamiento del Parlamento de Navarra para suprimir o modificar lo que ahora se fija estatutariamente.

Concretamente, el Defensor del Pueblo de Navarra se regula en el artículo 18 ter) del Amejoramiento y se hace con mesura, limitando las referencias al reconocimiento de su existencia y la función principal, sin señalar ni mayorías parlamentarias para la designación (cuestión controvertida en Navarra), ni la duración del mandato, que se remiten a la Ley Foral (27).

(26) Vid. SEBASTIÁN LABAYEN (2010): 444.

(27) Artículo 28 ter): «1. Como órgano dependiente del Parlamento de Navarra actuará el Defensor del Pueblo de Navarra, al que, sin perjuicio de la competencia del Defensor del Pueblo designado por las Cortes Generales, corresponderá la función de defensa y protección de los derechos y libertades amparados por la Constitución y la presente Ley Orgánica, en el

Sin embargo, el Consejo Audiovisual de Navarra (CoAN) creado por Ley Foral 18/2001, en contraste con lo que se ha hecho con sus homólogos en Cataluña y Andalucía (art. 131 Estatuto de Andalucía y art. 82 Estatuto de Cataluña) (28) no se ha incorporado en esta reforma estatutaria (29) y por Ley Foral 15/2011, de 21 de octubre, se ha aprobado la supresión de este órgano.

Al Consejo de Navarra me referiré más adelante al tratar de las modificaciones al Capítulo III relativo al Gobierno.

c) Introducción de los Decretos-Leyes Forales: artículo 21 bis)

A primera vista podría decirse que en este punto la reforma del Mejoramiento del Fuero o LORAFNA ha sucumbido a la tendencia expansiva de las potestades normativas del Gobierno, generalizada en los nuevos estatutos (30). Así, el artículo 21 bis) reconoce al Gobierno la potestad legislativa provisional de urgencia en términos muy parecidos a los del artículo 86 CE y a la mayoría de los nuevos estatutos que los recogen (31).

ámbito competencial de la Comunidad Foral, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de las Administraciones Públicas de Navarra, debiendo dar cuenta de sus actuaciones al Parlamento.

2. *Por ley foral se regulará la elección, atribuciones, régimen jurídico y funcionamiento del Defensor del Pueblo de Navarra.»* Sobre la creación y facultades del Defensor del Pueblo de Navarra *vid.* GALÁN LORDA, DE LA IGLESIA CHAMARRO y SALVADOR ARMENDÁRIZ (2004): en particular, 81 y sigs.

(28) Sobre la regulación estatutaria de los Consejos Audiovisuales autonómicos y en particular las características del CoAN *vid.* AZURMENDI, DE LA IGLESIA CHAMARRO, MUÑOZ SALDAÑA y SALVADOR ARMENDÁRIZ (2009): en particular, 145 y sigs.

(29) BON núm. 216, de 31 de octubre.

(30) El primer Estatuto de Autonomía en incorporar los Decretos-leyes fue el Estatuto de Valencia en su artículo 44.4 y después las reformas sucesivas han ido en cascada: artículo 64 Estatuto catalán; artículo 110 Estatuto de Andalucía; artículo 49 Estatuto balear; artículo 44 Estatuto aragonés; artículo 25.4 Estatuto castellano-leonés o en el artículo 33 del Estatuto extremeño.

(31) Artículo 21 bis): «1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad el Gobierno de Navarra podrá dictar disposiciones legislativas provisionales bajo la forma de Decretos-leyes forales. No pueden ser objeto de Decreto-Ley Foral el desarrollo directo de los derechos, deberes y libertades de los navarros y de las instituciones de la Comunidad Foral regulados en la presente Ley Orgánica, la reforma de la misma ni de las leyes dictadas en su desarrollo a las que se hace mención expresa en ella, el régimen electoral ni los Presupuestos Generales de Navarra.

2. Los Decretos Leyes Forales quedarán derogados si en el plazo improrrogable de los treinta días siguientes a su promulgación no fuesen convalidados expresamente por el Parlamento de Navarra después de un debate y votación de totalidad.

3. Durante el plazo establecido en este apartado, el Parlamento podrá acordar la tramitación de los Decretos-Leyes Forales como proyectos de ley foral por el procedimiento de urgencia.»

Sin embargo, es preciso advertir que la inclusión de la figura de los Decretos-Leyes Forales, que encontrará ámbitos de aplicación y problemáticas comunes con otras experiencias en el ámbito autonómico, tiene una significación adicional en Navarra para adaptar las disposiciones legislativas tributarias a los cambios en la normativa estatal, según las exigencias de la Disposición Adicional Tercera del Convenio Económico (32) que hasta ahora se han venido resolviendo a través de la figura de los decretos legislativos forales de armonización tributaria (art. 54 Ley Foral 14/2004, del Gobierno). Se ha dicho que la rapidez de respuesta que exige en el procedimiento de adaptación de la normativa impide que pueda hacerse mediante la presentación de un proyecto de ley foral (33).

Volviendo al plano general, con esta técnica normativa se pone en manos del Gobierno un instrumento de intervención legislativa extraordinario, del que puede usar espontáneamente sin previa delegación parlamentaria cuando concurra el presupuesto de hecho habilitante: «la extraordinaria y urgente necesidad». Sin poder entrar aquí en el análisis detenido de las numerosas cuestiones jurídicas que plantea la incorporación de esta figura sí cabe hacer, aunque sea de modo muy sucinto, algunas observaciones. Los Decretos-leyes autonómicos —que afectan al ejercicio de la potestad legislativa— no se prevén ni en la Constitución ni tampoco en los estatutos originarios (34) pero la apertura de la Constitución y la ausencia de prohibición expresa (35) permiten argumentar la constitucionalidad de los mismos. En todo caso, cabría preguntarse acerca de su oportunidad. Desde la perspectiva del ejercicio de la función legislativa genuinamente parlamentaria, no parece muy de celebrar el reconocimiento de un instrumento más del Poder Ejecutivo, aún más cuando la experiencia de los Decretos-leyes del artículo 86 CE ha dado lugar a no pocos problemas. De esta manera, si bien es un instrumento que en determinadas circunstancias ha resultado útil para dar soluciones a cuestiones que requerían la adopción de medidas que no podían esperar a la tramitación parlamentaria, en no pocos casos

(32) En el caso de producirse una reforma sustancial en el ordenamiento jurídico tributario del Estado, se procederá por ambas Administraciones, de común acuerdo, a la adaptación del presente convenio a las modificaciones que hubiesen experimentado los tributos convenidos y a la revisión, en su caso, de la aportación líquida del año base del quinquenio que corresponda, en la forma y cuantía procedentes, con efectos a partir del año en que entre en vigor la citada reforma.

(33) CONTRERAS LÓPEZ (2005): 368 y sigs.

(34) Cuando se pretendió su incorporación en la redacción de algún estatuto fue suprimida en el debate parlamentario *vid.* MUÑOZ MACHADO (2007): 574.

(35) MUÑOZ MACHADO (2007): 573. También en este sentido CASTELLÀ ANDREU (2009): 75-76.

su utilización ha sido muy cuestionada (36). Por otra parte, en los Parlamentos autonómicos de estructura unicameral, el problema de los tiempos parlamentarios se reduce notablemente, más aún si se recurre a los procedimientos legislativos de urgencia o de lectura única (37). Cosa distinta es el juego de las mayorías parlamentarias y las trabas a convertir en ley un proyecto presentado por el Gobierno cuando este no cuenta con mayoría absoluta.

Habría que entender trasladable a Decretos-Leyes Forales como a los demás la jurisprudencia constitucional relativa al presupuesto de hecho habilitante, así como a la necesidad de la motivación expresa. La ausencia de cualquiera de estos elementos sería un vicio de validez del Decreto-ley autonómico (foral, al caso) que debería ser declarado inconstitucional previa activación del procedimiento de control de constitucionalidad que proceda, lo que, pensando en la aritmética parlamentaria en Navarra y el singular sistema de partidos, no siempre será fácil.

En cuanto a las materias vedadas al Decreto-Ley Foral se ha optado por el sistema de lista como en la mayoría de los nuevos Estatutos (38). En concreto, se excluyen como objeto de Decreto-Ley Foral el desarrollo directo de los derechos, deberes y libertades de los navarros; el desarrollo directo de las instituciones de la Comunidad Foral reguladas en la propia LORAFNA; la reforma de la misma; la reforma de las leyes dictadas en su desarrollo a las que se hace mención expresa en ella, el régimen electoral y los Presupuestos Generales de Navarra. Entiendo que la referencia a algunas de las materias puede resultar innecesaria, por redundante; por ejemplo, la exclusión de la reforma del Amejoramiento o de *las leyes de desarrollo a que se hace mención* en el mismo, pues requieren mayoría absoluta para su aprobación (art. 20.2). Queda por ver la interpretación que se hace de la referencia a los derechos, deberes y libertades de los navarros. En todo caso, parece oportuna la exclusión de la ley de presupuestos, aunque podría deducirse del artículo 18 del Amejoramiento del Fuero pero, en ese caso, no está de más excluirla expresamente.

Como hacen la mayoría de los EEAA al recoger esta figura, también en el apartado 2 del artículo 21 bis) se exige la convalidación parlamentaria expresa en un plazo improrrogable de treinta días, so pena de entender derogado el

(36) *Vid.* GÓMEZ MONTORO y DE LA IGLESIA CHAMARRO (2007): 82. En este mismo sentido se ha señalado que debe valorarse más la excepcionalidad del instrumento, considerando las posibilidades de traslación a las Comunidades Autónomas cuando las asambleas menos numerosas y podrían resolver con urgencia la práctica totalidad de las emergencias que se les planteen. *Vid.* MUÑOZ MACHADO (2007): 573.

(37) Acerca del dudoso acierto de extender esta figura *vid.* MUÑOZ MACHADO (2008): 169.

(38) Esto es así salvo en el Estatuto de Valencia (art. 44.4).

Decreto-Ley Foral. Es un acierto la incorporación de esta solución que resuelve el problema del silencio parlamentario que se suscita con la no convalidación.

En todo caso con la incorporación de los Decretos-Leyes Forales se atisban numerosas cuestiones problemáticas en el horizonte. Por eso no sobra, aunque sea como *desideratum*, dejar apuntada la necesidad de que se recurra con prudencia a este instrumento de «extraordinaria y urgente necesidad» (39) sin las inercias del modelo estatal.

4.2.2. *Modificaciones introducidas en los Capítulos III y IV sobre el Gobierno de Navarra y el Presidente de la Comunidad Foral de Navarra*

a) Del Presidente del Gobierno de Navarra al Presidente de la Comunidad Foral de Navarra

Una de las modificaciones nominales operadas en el texto del Amejoramiento del Fuero es la sustitución de la expresión «Presidente del Gobierno» allí donde aparece por la de «Presidente de la Comunidad Foral de Navarra» (40). Este último recoge mejor el rasgo del Presidente como supremo representante de la Comunidad Foral y del Estado en Navarra sobre el otro perfil destacado hasta ahora de cabeza del Gobierno. Esa doble faz del Presidente en el engranaje institucional de la Comunidad Foral queda bien reflejada en los apartados 1 y 2 del artículo 30 del Amejoramiento:

«1. El Presidente de la Comunidad Foral de Navarra ostenta la más alta representación de la misma y la ordinaria del Estado en Navarra.

2. El Presidente de la Comunidad Foral de Navarra es Presidente del Gobierno de Navarra o Diputación Foral. Como tal designa y separa a los Diputados Forales o Consejeros, dirige la acción del Gobierno o Diputación Foral y ejerce las demás funciones que se determinen en una ley foral.»

Este cambio no es una novedad en el ámbito estatutario, pues se viene extendiendo la tendencia a reforzar el papel presidencial como cabeza de la Comunidad

(39) En referencia al Estatuto Aragonés TUDELA ARANDA ha señalado que este instrumento queda lejos de ser una conquista del autogobierno y llama a la prudencia del Ejecutivo en su utilización. TUDELA ARANDA (2007): 121-122.

(40) Rúbrica del Capítulo IV del Título I, artículos 10.e), 29, 30, 33 y 34.

Autónoma, más allá del de cabeza del Gobierno (41). La expresión es así más ajustada a la deriva presidencial del sistema de gobierno parlamentario de las Comunidades Autónomas, aunque sin llegar a un modelo de gobierno complejo.

- b) Reajuste del *nomen iuris* de los instrumentos dispositivos del Presidente de la Comunidad Foral, del Gobierno de Navarra y de los Consejeros

Con anterioridad a esta reforma, el artículo 23.2 del Amejoramiento establecía como instrumento dispositivo único el *Decreto Foral* sin distinción de si el Decreto se dictaba en el ejercicio de facultades propias del Presidente o asignadas al Gobierno o Diputación Foral. Para los Consejeros ya se preveían —y se mantienen— las *Órdenes Forales*.

En su nueva redacción, el artículo 23.2 refiere tres figuras distintas: los *Decretos Forales del Presidente*, los *Decretos Forales del Gobierno* y las *Órdenes Forales de los Consejeros*. Es muy oportuna esta actualización de los instrumentos dispositivos en la medida en que adapta las fuentes a los sujetos que efectivamente tienen asignadas las distintas facultades. Por otra parte, el texto del Amejoramiento se ajusta así a lo que ya estaba fijado en la Ley Foral 14/2004, del Gobierno de Navarra y de su Presidente (art. 55).

- c) La reforma por excelencia: la supresión de la limitación a la duración de la Legislatura surgida como consecuencia de una disolución anticipada

Antes de la reforma, tanto para la disolución automática prevista como solución de desbloqueo ante la imposibilidad de investir candidato a la Presidencia de la Comunidad Foral de Navarra (art. 29.4), como para la disolución anticipada como facultad presidencial (art. 30), el texto anterior del Amejoramiento del Fuero limitaba la duración de la Legislatura al término natural de la anterior, penalizando en tiempo la falta de acuerdo parlamentario en el primer caso o el ejercicio de una facultad legítima del Presidente, en el segundo.

La facultad presidencial de disolución anticipada devenía poco operativa en la práctica (42), pues poco margen había para la disolución si a la limitación

(41) De estos rasgos en el particular del Presidente de la Comunidad Foral de Navarra *vid.* ALLI ARANGUREN (2005): 150 y sigs.

(42) Sobre la inoperancia de una «encorsetada» disolución presidencial en el sistema foral *cfr.* ESPARZA OROZ (2005): 330.

de la duración se suman las restricciones de los tiempos para su ejercicio. En efecto, la disolución está vedada en el primer período de sesiones, cuando reste menos de un año para la terminación de la Legislatura, cuando se encuentre en tramitación una moción de censura o convocado un proceso electoral estatal o cuando no haya transcurrido un año desde la última disolución anticipada (art. 30.3). Hasta la fecha nunca se ha recurrido a ella.

Conviene recordar que la facultad de disolución del Parlamento es un instrumento necesario para el equilibrio en un sistema de gobierno parlamentario que, frente al modelo presidencialista, se caracteriza porque Gobierno y Parlamento pueden mutuamente decidir sobre la existencia de uno y otro. Y difícilmente se concibe equilibrio allá donde los instrumentos de la moción de censura y cuestión de confianza no tienen su versión recíproca en la disolución presidencial. Recuérdese que la finalidad de la disolución presidencial mira a poner en manos del Presidente o del Gobierno, según los modelos, un instrumento extraordinario para la resolución de conflictos o crisis de bloqueo de la acción de gobierno (43). Sin embargo, hoy su utilidad primera no es tanto la relativa a los fines que la inspiraron originariamente sino la de servir para ajustar el calendario electoral a los tiempos más propicios para el Gobierno, es decir, convertir, la disolución anticipada en un arma electoral (44).

Como es sabido, en los Pactos Autonómicos de 1981, con la lógica de evitar la dispersión de tiempos electorales, se descartó que los Estatutos de Autonomía incorporaran la facultad de disolución presidencial anticipada, aunque se admitió la disolución automática para el supuesto de no poder formar Gobierno (45). Sin embargo, la regla de la simultaneidad del calendario electoral se quebró cuando las CC.AA. del artículo 151 CE establecieron la posibilidad de disolución presidencial anticipada a través de leyes autonómicas (46). Después, tras los Acuerdos Autonómicos de 1992, varias CC.AA. del artículo 143 CE reformaron sus estatutos incluyendo la facultad de disolución presidencial discrecional o anticipada,

(43) Está prevista para situaciones de inestabilidad política de gobiernos minoritarios como consecuencia de avatares muy diversos (ruptura de partidos, de coaliciones, transfuguismo). Es la solución más democrática, convocar al pueblo electoral para que actúe de árbitro. *Vid.* GARRIDO MAYOL (2010): 160.

(44) GARRIDO MAYOL (2010): 161.

(45) Se trataba con esta medida, en buena lógica, de evitar la dispersión de convocatorias electorales que pudiera condicionar permanentemente la gestión prudencial del interés general en la acción de gobierno.

(46) ARAGÓN REYES califica de «muy discutible» que por ley autonómica se introdujera la facultad de disolución presidencial en su día en País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía, pues afectando al mandato parlamentario debería haberse contemplado en la norma estatutaria. *Cfr.* ARAGÓN REYES (2009): 767. También en este sentido GARRIDO MAYOL (2010): 167.

aunque con la limitación de la duración al término de la Legislatura anterior, con el fin de acompañar el calendario electoral al cuarto domingo de mayo cada cuatro años (47). Precisamente en ese segundo escenario se aprobó la primera reforma del Mejoramiento del Fuero (LO 1/2001, de 26 de marzo) que incluía la facultad de disolución presidencial con la limitación de duración de la segunda Legislatura para mantener la coincidencia de las elecciones forales con la mayoría de los procesos electorales autonómicos y con las limitaciones al ejercicio de la facultad de disolución (arts. 39.4 y 30.3).

En el último proceso de reformas estatutarias ha quedado roto el criterio de la simultaneidad electoral, al suprimirse en varios EEAA del artículo 143 los límites a la duración de la Legislatura e incluso algunas de las restricciones temporales a la facultad de disolución (48).

En el caso de Navarra, la supresión de la restricción temporal de la nueva Legislatura coloca en la línea de las últimas reformas estatutarias y saca adelante una reivindicación que venía de años, tal vez entonces con la vista puesta en una facultad singular de las Comunidades Autónomas del artículo 151 CE, pero que ya no lo es exclusivamente.

Curiosamente, a diferencia de lo que se ha hecho en otras reformas estatutarias, en el artículo 30.3 del Mejoramiento del Fuero se mantienen todas las limitaciones temporales a la disolución presidencial. En este sentido, hay que recordar que la finalidad de estas restricciones es buscar la estabilidad del Gobierno, evitando sobresaltos, legislaturas breves o disoluciones precipitadas cuando el término está próximo, dificultando así que la facultad de disolución pueda utilizarse con fines distintos a los que teóricamente la justifican.

(47) Además, esta facultad de disolución presidencial se incluyó con importantes restricciones temporales en cuanto a su ejercicio. Tomo los datos de Garrido Mayol que refiere cómo fue la reforma del Estatuto de Aragón en 1996 la que marcó la tendencia de las reformas estatutarias en este punto y en las limitaciones para el ejercicio de la facultad de disolución, a saber: 1. No podía decretarse durante el primer período de sesiones de la Legislatura, ni cuando restara menos de un año para su terminación, ni si estaba tramitándose una moción de censura, ni antes de un año de la última disolución discrecional ni si estuviera convocado un proceso electoral estatal. Cfr. GARRIDO MAYOL (2010): 168.

(48) Así, la LO 1/2006 del Estatuto de la Comunidad Valenciana en su artículo 23.4 prohíbe la facultad de disolución cuando esté tramitándose una moción de censura (art. 28.4); la facultad de disolución presidencial se recoge ahora en el artículo 75 del Estatuto de Cataluña (LO 6/2006); igualmente el estatuto de las Illes Balears LO 1/2007 (arts. 52 y 55) el de Andalucía (LO 2/2007, artículo 127; Aragón, LO 5/2007, que reduce las limitaciones de cinco a dos: moción de censura y que no haya pasado un año de la disolución anterior.

- d) La celebración de las elecciones como término inicial para el cómputo del plazo máximo para la investidura del Presidente de la Comunidad Foral de Navarra: una novedad en el panorama comparado

También dentro del artículo 29.4 de la LORAFNA se ha reformado el plazo para la investidura del Presidente de la Comunidad Foral. En la nueva redacción se dice que «*si transcurrido el plazo de tres meses desde la celebración de las elecciones al Parlamento de Navarra no se presentara ningún candidato o ninguno de los presentados hubiera sido elegido, el Parlamento quedará disuelto, convocándose de inmediato nuevas elecciones*».

Con anterioridad a esta reforma el plazo para la disolución parlamentaria era de treinta días naturales a partir de la primera votación de investidura, siguiendo el modelo del artículo 99 CE (aunque ahí el plazo sea de dos meses).

El cambio tiene su explicación en el pasado reciente de la Comunidad Foral de Navarra. Tras las elecciones forales de 2007 la falta de acuerdo de los grupos políticos impidió la propuesta de un candidato a la investidura, de modo que el tiempo transcurrió sin darse siquiera el hecho que marcaba el término inicial para una solución de desbloqueo (49). Esto puso sobre la mesa un problema jurídico, carente de solución en el texto del Mejoramiento del Fuero. Y lo mismo ocurría con la previsión del artículo 173.7.º del Reglamento del Parlamento de Navarra, lo que hizo temer una dilación *sine die* en la designación del nuevo Gobierno foral. La laguna normativa se suplió con una Resolución interpretativa de la Presidencia del Parlamento de Navarra de 17 de julio de 2007 (50).

El nuevo texto del Mejoramiento del Fuero fija como término inicial un hecho cierto que es la fecha de celebración de las elecciones y a partir de ahí dispone un plazo de tres meses para investir un candidato a la Presidencia de la Comunidad Foral de Navarra. Hay que recordar que desde la fecha de las elecciones, el Parlamento debe constituirse en un máximo de 30 días (art. 13 Ley Foral 16/1986) y que en los diez días siguientes debe presentarse candidato a

(49) Con más detalle refiero esta cuestión en la Crónica de Navarra de 2007 publicada en la *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 5, Iustel, 2008.

(50) La resolución —según se indica en la misma— buscó fijar parámetros racionalizadores del procedimiento de investidura, estableciendo como término los treinta días naturales a partir del vencimiento del plazo establecido para la propuesta de candidato a la Presidencia del Gobierno de Navarra, incluida su prórroga de acuerdo con 29.3 de la LORAFNA y 173.7 del RPN. *Vid.* Resolución de la Presidencia del Parlamento de Navarra, de 17 de julio de 2007, por la que se aprueba la norma supletoria para el cómputo del plazo previsto en el artículo 171.7.ª del Reglamento del Parlamento de Navarra (BOPN núm. 4, de 18 de julio de 2007).

la investidura (art. 172 RPN). De este modo, el plazo de dos meses parece suficiente y razonable para conseguir la investidura de un candidato o, en su caso, proceder a la disolución automática y la convocatoria de nuevas elecciones de acuerdo con el artículo 29.4 del Amejoramiento del Fuero.

Navarra adopta en este punto una solución original fruto de la experiencia, que tiene que ver con un peculiar mapa electoral donde la política de pactos es la solución que se impone habitualmente ante la ausencia de mayorías absolutas en un Parlamento plural y fragmentado. En contraste, la mayoría de los Estatutos de Autonomía refieren el cómputo del plazo a la primera votación de investidura (51). Como acertadamente se ha señalado, la del artículo 29.4 del Amejoramiento del Fuero es una cláusula de cierre del procedimiento de investidura (52) que busca dotar de seguridad jurídica a un elemento fundamental del sistema político.

- e) Limitación de los supuestos que requieren autorización del Parlamento de Navarra para la adopción de Convenios con el Estado u otras Comunidades Autónomas

El artículo 70 del Amejoramiento, de acuerdo con la habilitación del artículo 145.2 CE, prevé que Navarra pueda celebrar Convenios con las Comunidades Autónomas, cuyo objeto es la cooperación *para la gestión y prestación de servicios propios correspondientes a materias de su competencia* y que deben versar sobre competencias *exclusivas* (53) de las CC.AA. El artículo 26, *b*) del Amejoramiento del Fuero venía exigiendo para la formalización de estos Convenios que, en todo caso, fueran previamente autorizados por el Parlamento de Navarra (54). Con esta reforma, en el futuro solo será necesaria la autorización

(51) También remite a un hecho cierto el Estatuto de Aragón que establece la disolución si en el plazo de dos meses a contar desde la constitución de las Cortes no resulta investido ningún candidato (art. 48.3).

(52) SEBASTIÁN LABAYEN (2010): 439-441.

(53) El Amejoramiento del Fuero distingue dos procedimientos para la adopción de estos Convenios: uno para cuando se acuerden con CCAA limítrofes (País Vasco, La Rioja y Aragón) y otro para el resto de las Comunidades Autónomas. Para el caso de las Comunidades Autónomas limítrofes el régimen previsto es más flexible; primero porque puede alcanzar a materias de competencia de Navarra para las que no se exige el requisito de exclusividad y, por otra parte, porque se establece un plazo más breve para la entrada en vigor de los Convenios. Cfr. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2005): 715-717.

(54) Por su parte, el RPN en los artículos 163 a 167 detalla el procedimiento para la autorización de los Convenios, sean con el Estado o con las Comunidades Autónomas. En todos los casos,

parlamentaria cuando la firma del Convenio suponga modificación o derogación de alguna Ley Foral o exija medidas legislativas para su ejecución. En el resto de los casos el Gobierno de Navarra podrá formalizar los Convenios sin intervención parlamentaria. La finalidad es agilizar el recurso a las técnicas de cooperación horizontal con otras Comunidades Autónomas en la medida en que simplifica la tramitación de estos mecanismos (55) hasta ahora poco operativos (56).

En las recientes reformas estatutarias la regulación de los convenios de colaboración ha recibido un tratamiento muy distinto. La mayoría de los textos sigue exigiendo expresamente la autorización del Parlamento autonómico (art. 59.1 Estatuto de la Comunidad Valenciana, art. 226.1 Estatuto de Andalucía o art. 60.2 Estatuto de Castilla y León). La reforma del Amejoramiento del Fuero se acerca más a las previsiones del artículo 178.3 del Estatuto de Cataluña, que reserva la autorización parlamentaria a aquellos convenios que afecten a las facultades legislativas, mientras que en el resto el Gobierno debe limitarse a informar al Parlamento de la suscripción en el plazo de un mes a contar desde el día de la firma (57).

El Amejoramiento del Fuero es parco en la regulación y tampoco prevé la obligación de informar al Parlamento de Navarra en el caso de Convenios que no afectan a su competencia, aunque esto podría fijarse por ley foral. Parece razonable que el Parlamento tenga conocimiento de los acuerdos con otras Comunidades Autónomas o con el Estado. Asimismo, debería preverse una solu-

el Gobierno de Navarra debía remitir el acuerdo del Gobierno sobre el texto cerrado del Convenio y la memoria justificativa del mismo (arts. 163.2 y 165.3 RPN). Después, la Mesa del Parlamento, previa audiencia de la Junta de Portavoces, debía ordenar la publicación del texto del Convenio en el Boletín Oficial de la Cámara, pudiendo disponer su tramitación en Pleno o Comisión, salvo que el Gobierno proponga el debate en el Pleno (art. 164.1 RPN). En todo caso, el debate para la concesión de la autorización al Convenio debía ajustarse a las previsiones reglamentarias para los debates de totalidad (art. 164.2 RPN).

(55) TAJADURA TEJADA viene señalando la rigidez de los procedimientos para la adopción de los convenios. *Vid.* TAJADURA TEJADA (2010): 84.

(56) Esto ha llevado a buscar otras figuras más flexibles que permiten huir de la rigidez del procedimiento (acuerdos entre Consejerías o Departamentos autonómicos, salvando así el trámite parlamentario autonómico y la autorización a las Cortes Generales). *Cfr.* RAZQUIN LIZARRAGA (1990): 25. Incluso se han buscado fórmulas de Derecho privado (sociedades mercantiles, asociaciones, fundaciones...) huyendo de las complejidades del Derecho Público. *Vid.* IZU BELLOSO (2009): 307.

(57) Sigue también esta línea el Estatuto de Extremadura (art. 65.3) que incluye además un procedimiento para la resolución de conflictos para el caso de que la Asamblea legislativa entienda que el Convenio afecta a sus competencias legislativas; en último término remite la resolución del conflicto al Consejo Consultivo.

ción para el supuesto de discrepancia entre Gobierno y Parlamento sobre si es necesaria la intervención de este último. En este sentido hay que recordar que el artículo 16.1.e) de la Ley Foral 8/1999 del Consejo de Navarra establece que «el Consejo debe ser consultado preceptivamente en los *Convenios y Acuerdos de Cooperación de la Comunidad Foral con el Estado y con las Comunidades Autónomas cuando su formalización esté sometida a la previa autorización del Parlamento de Navarra, así como cuantas cuestiones se refieran a dudas o discrepancias sobre los mismos*». Parece razonable que el Consejo de Navarra sea la instancia que debería mediar en caso de discrepancia.

f) Referencia a los principios que deben informar la actuación de la Administración de la Comunidad Foral

El nuevo artículo 28 bis) recoge de forma singularizada la referencia a la Administración de la Comunidad Foral y a los principios a los que ha de ajustar su actuación. Este tipo de preceptos es una de las novedades extendidas en los nuevos Estatutos de Autonomía y responde a la necesidad de establecer un marco normativo adecuado también a nivel estatutario que contemple los principios de actuación de la Administración autonómica, de peso creciente y prácticamente ausente en los primeros textos estatutarios (58). En realidad este artículo 28 bis) (59) es novedoso en el Amejoramiento, pero no en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Foral de Navarra, pues recoge el contenido del artículo 3 de la Ley Foral 15/2004 de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, aunque añade y explicita como principios «la buena administración» y «el servicio efectivo a los ciudadanos».

g) Incorporación del Consejo de Navarra

El Consejo de Navarra fue creado por Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, en el contexto de desarrollo institucional de las Comunidades Autónomas (60).

(58) También en el Amejoramiento del Fuero. Cfr. RAZQUIN LIZARRAGA (2007): 274-276.

(59) En particular, en el apartado 2 de este artículo 28 bis) se establece que «*La Administración de la Comunidad Foral de Navarra ostenta la condición de Administración ordinaria en el ejercicio de sus competencias y ajusta su actividad, entre otros, a los principios de eficacia, eficiencia, racionalización, transparencia, buena administración y servicio efectivo a los ciudadanos.*»

(60) Como curiosidad, únicamente formula una observación de carácter técnico en relación con la ubicación de la referencia al Consejo de Navarra en el texto del Amejoramiento que no

En esta reforma del Amejoramiento se incluye la institución en el Capítulo III «del Gobierno», en el artículo 28 ter) donde se define como «órgano consultivo superior de la Comunidad Foral de Navarra que ejerce sus funciones con autonomía orgánica y funcional, en garantía de su objetividad e independencia». Al igual que se hace con el Defensor del Pueblo, el Amejoramiento refiere con parquedad la institución y remite a la ley foral la regulación de la composición, elección de los consejeros, atribuciones, régimen jurídico y funcionamiento.

4.3. *Referencia a las novedades principales en el Título II, «Facultades y competencias de Navarra»*

Ya se ha apuntado al principio de estas páginas que la reforma no ha alcanzado apenas el tema competencial. Por eso las novedades de las que hay que dar cuenta en este título son pocas. Además, en buena medida, las modificaciones son de carácter nominal y técnico, como es el caso del artículo 44.18 y 28, el primero para suprimir la expresión «condición femenina» por «políticas de igualdad» y el segundo para eliminar la referencia a las Cámaras de la Propiedad. Lo mismo en el artículo 52.2 para quitar la referencia a los suprimidos Corredores de Comercio y Agentes de Cambio y Bolsa.

También se ha actualizado la referencia a la Administración de Justicia en la Comunidad Foral ciertamente desfasada en la redacción de 1982. En particular el artículo 59.2 del Amejoramiento del Fuero elimina la referencia a instituciones hoy inexistentes como la Audiencia Territorial y recoge expresamente al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Navarra y al Fiscal Superior de la Comunidad Foral como representante del Ministerio Fiscal en Navarra. Asimismo, tanto uno como otro podrán presentar ante el Parlamento de Navarra las respectivas memorias anuales (art. 59 del Amejoramiento). Este artículo refleja la realidad institucional después de las LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, de modificación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Las novedades principales en este título tocan a dos aspectos: la participación de Navarra en política exterior y el papel de la Junta de Cooperación.

ha sido tenida en cuenta. Puede leerse en el Dictamen 27/2010 «*Como observación de carácter técnico hemos de señalar que la inclusión del precepto dentro del capítulo III “Del Gobierno de Navarra o Diputación Foral” no se compadece con la naturaleza del Consejo de Navarra como órgano consultivo superior de la Comunidad Foral de Navarra.*»

a) *La participación de Navarra en la toma de decisiones de la Unión Europea y en la acción exterior.*

Lejos de cualquier solución original, la LO 7/2010 incorpora las previsiones de otras reformas estatutarias en este aspecto. Sin extenderse tanto en el número de preceptos relativos a la materia como otros estatutos —17 artículos le dedica el Estatuto de Cataluña— el Amejoramiento recoge en dos extensos artículos —68 y 68 bis— las disposiciones relativas a la participación de Navarra en los asuntos de la Unión Europea y a la acción exterior de la Comunidad Foral, respectivamente. En estos preceptos y sus apartados se incorporan casi al completo y de modo muy parecido las previsiones del Estatuto de Cataluña, que han seguido también los demás estatutos. Por eso le son trasladables las consideraciones del Tribunal Constitucional en la STC 31/2010 (FFJJ 118 a 129), confirmatorios de la constitucionalidad de las previsiones, aunque con precisiones interpretativas importantes.

Ciertamente, no es nueva la necesidad de incorporar la voz de las Comunidades Autónomas en las decisiones de la Unión Europea —y también en política exterior— cuando se comprometan sus intereses o competencias. Hasta la fecha, los Estatutos de Autonomía no decían nada sobre este punto y la participación se ha venido resolviendo a nivel estatal a través de mecanismos de cooperación como son las Conferencias Sectoriales y la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas y en la Unión Europea a través de la participación en el Comité de las Regiones (61).

Ahora, el nuevo artículo 68 del Amejoramiento establece que la Comunidad Foral de Navarra, además del derecho a la información completa y actualizada que debe cumplidamente trasladarle el Gobierno de España tendrá una *participación determinante para la formación de la posición española si afecta a sus competencias exclusivas o se pueden derivar consecuencias financieras o administrativas de especial relevancia para Navarra*. En el caso particular de la Comunidad Foral, si el Estado se apartara al fijar la posición final de lo expresado por la Comunidad Foral debe motivarlo ante la Junta de Cooperación. En los demás casos cuando no se trate de competencias exclusivas la posición de Navarra deberá ser oída por el Estado. A la vista de este precepto, la pregunta que de entrada se suscita es el sentido con que debe interpretarse la expresión *participación determinante*. Y es que es imposible la bilateralidad vinculante

(61) Para una exposición general sobre el problema y su manifestación en Navarra me remito a PÉREZ CALVO (2007): 257-269.

por parte de todas las Comunidades Autónomas. Por eso, la participación es consultiva con obligación de respuesta motivada en caso de no seguirse la posición indicada por la Comunidad Foral de Navarra (62). Ese sentido del término «determinante», realmente devaluado, en cuanto que no puede limitar la libre decisión estatal es, por lo demás, el que el Tribunal Constitucional ha establecido de modo indubitado en la STC 31/2010, FJ 120.

Otras cuestiones que recoge el artículo 68, apartado 4, es que corresponde a la Comunidad Foral de Navarra la aplicación, ejecución y desarrollo del Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias, y ello debe ser así en virtud del principio de autonomía institucional fijado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según el cual la existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias que establecen la Constitución y los Estatutos (63). Este principio ha sido incorporado expresamente en el Amejoramiento del Fuero.

También se lleva al texto del Amejoramiento del Fuero la participación del Gobierno de Navarra en las delegaciones españolas ante la Unión Europea cuando traten asuntos de la competencia legislativa de la Comunidad Foral que, previo acuerdo, permitirá ejercer la representación y la presidencia en los órganos consultivos y preparatorios del Consejo y de la Comisión. Asimismo, la Comunidad Foral de Navarra participará en la designación de representantes del Estado ante la Unión Europea. En la interpretación de todas estas previsiones habrá de estarse a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la STC 31/2010, FFJJ 118 a 124.

Acoge el texto reformado las previsiones del Tratado de Lisboa relativas a la participación de los parlamentos regionales en los procedimientos de control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en relación con las propuestas legislativas europeas cuando afecten a competencias de la Comunidad Foral (art. 68, apdo. 6) (64), o el acceso de la Comunidad Foral de Navarra al Tribunal de Justicia de la Unión Europea o, en su caso, la posibilidad de instar al Gobierno de España a la interposición de acciones en defensa de los legítimos intereses y competencias de la Comunidad Foral ante este Tribunal, con obligación del Gobierno de España en caso de negativa de comunicarla inmediatamente de forma motivada (art. 68, apdo. 7).

(62) *Vid.* MORILLO-VELARDE PÉREZ (2008): 1212.

(63) ALBERTI ROVIRA (2003): 178.

(64) En la reforma reciente al Reglamento del Parlamento de Navarra se ha incorporado el procedimiento para la intervención parlamentaria en el artículo 63 bis) que atribuye a la Ponencia de Asuntos Europeos la competencia para el control de la observancia del principio de subsidiariedad.

Por su parte, el artículo 68 bis) incorpora las vías de participación de la Comunidad Foral de Navarra en política exterior. Muy en síntesis, igual que en materia de Unión Europea, las disposiciones siguen al Estatuto de Cataluña. Así prevén el impulso exterior de la Comunidad Foral y la promoción exterior de sus intereses, para lo que puede establecer oficinas, siempre con respeto a las competencias estatales en materia de relaciones exteriores. Se establece el deber de información del Estado, con carácter previo, sobre la elaboración de tratados y convenios internacionales si afectaran a materias de competencia de la Comunidad Foral o de su específico interés, pudiendo el Gobierno de Navarra dirigir las observaciones pertinentes al Gobierno de España y solicitar la participación de representantes de la Comunidad Foral en las delegaciones negociadoras. Asimismo reconoce en términos imperativos para el Gobierno de Navarra la adopción de las medidas necesarias para la ejecución de los tratados internacionales y de los actos normativos de las organizaciones internacionales que afecten a materias propias de la Comunidad Foral. De modo análogo a lo que ya se señaló más atrás, todas estas previsiones habrán de interpretarse según lo que tiene establecido el Tribunal Constitucional en la STC 31/2010, FFJJ 125 a 128.

En lo que respecta a la cooperación interregional el artículo 68 bis) en su apdo. 5 exhorta a la Comunidad Foral a la cooperación con los territorios con los que comparta intereses, especialmente con los fronterizos con Navarra, con los que podrá suscribir acuerdos de cooperación en el ámbito de sus competencias.

b) *El papel creciente de la Junta de Cooperación*

Otro de los aspectos novedosos de esta reforma es la extensión de facultades de la Junta de Cooperación (65). Este órgano ejecutivo de cierre figuraba ya en la primera redacción del Amejoramiento en el artículo 69, donde se le asignaba la resolución de todas las discrepancias entre la Administración del Estado y la Comunidad Foral de Navarra respecto a la aplicación e interpretación del Amejoramiento o LORAFNA, sin perjuicio de la legislación propia del Tribunal Constitucional y de la Administración de Justicia (66).

(65) La Junta de Cooperación es el equivalente en Navarra a las Comisiones Bilaterales Estado-Administración del Estado-Comunidad Autónoma. De acuerdo con el Real Decreto 1507/1984 están formadas por tres representantes de la Administración del Estado y tres de la Comunidad Foral de Navarra. *Vid.* PÉREZ CALVO, en PÉREZ CALVO y RAZQUIN LIZARRAGA (2007): 248.

(66) El origen de la Junta de cooperación tendría relación con el modelo de convenio económico y sería su antecedente la junta arbitral creada en 1927. *Vid.* RAZQUIN LIZARRAGA (1990): 87.

Con esta reforma de 2010, la Junta de Cooperación acrece sustancialmente sus competencias, al sumar a la de arbitraje general «cualesquiera otras discrepancias que se susciten entre la Administración del Estado y la Comunidad Foral de Navarra» (art. 69, apdo. 2). Convirtiéndose en *instrumento ordinario y principal de relación entre la Comunidad Foral de Navarra y el Estado*, sin perjuicio de las competencias específicas de otros órganos sectoriales. También le otorga el Amejoramiento del Fuero un papel preferente en el impulso de las actuaciones y planes conjuntos para el desarrollo de políticas comunes y el diseño de mecanismos de colaboración en ámbitos sectoriales donde haya un interés concurrente del Estado y de la Comunidad Foral.

5. CONSIDERACIONES DE CIERRE

Concluyo retomando la idea adelantada al comienzo de estas páginas: en el contexto de las reformas estatutarias emprendidas en 2006 la reforma del Amejoramiento del Fuero o LORAFNA es moderada y se desmarca de la tendencia generalmente seguida tanto por la limitación del objeto como por el procedimiento.

Sin embargo, a pesar de la limitación del objeto a una actualización y reforma de lo considerado estrictamente necesario, el interés de la LO 7/2010 es incontestable: afecta, en lo principal, al sistema de gobierno parlamentario, a las instituciones forales de mayor relieve, a las fuentes del ordenamiento jurídico de la Comunidad Foral de Navarra y a otros aspectos de considerable interés, como ha quedado expuesto. La reforma aprobada también contiene modificaciones perfectivas, completa previsiones insuficientes o desfasadas y aporta soluciones procedimentales para el mejor y más ágil ejercicio de las competencias y facultades de las instituciones forales.

Por todo lo anterior se puede decir que es, en sentido estricto, una reforma de «amejoramiento» en la que no se plantean otras pretensiones que sí han impregnado el proceso de reformas estatutarias acometidas en la última etapa.

Dejando apuntada la postergación notoria de la institución parlamentaria en el procedimiento de reforma que, si bien puede traer causa de la configuración histórica del régimen foral no creo que impida una revisión de este punto, en lo sustantivo, más allá de alguna objeción muy puntual de carácter técnico, el juicio global es positivo. Sin duda, podía haberse ido más lejos y algunas cuestiones requerirán revisión andando el tiempo y sencillamente se han diferido. Sin embargo, en el actual contexto político de la Comunidad Foral de Navarra puede valorarse como una reforma hoy por hoy adecuada y que responde al grado ma-

yoritario de conformidad de la ciudadanía navarra con su nivel de autogobierno y con el modo singular en que se inserta la Comunidad Foral de Navarra en la organización territorial del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV (2008): *XXV Aniversario de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra*, Pamplona, Parlamento de Navarra.
- ALBERTÍ ROVIRA, Enoch (2003): «Las regiones en la Unión Europea. El largo camino hacia una presencia directa de las regiones en la Unión Europea», *Autonomías*, núm. 29, págs. 177-206.
- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz (2005): «El Presidente del Gobierno de Navarra», en vol. col. *El Gobierno y la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Comentarios a las Leyes Forales 14 y 15/2004, de 3 de diciembre*, Pamplona, Gobierno de Navarra, págs. 149-197.
- ARAGÓN REYES, Manuel (2008): «La posición constitucional de Navarra», en AAVV, *Jornadas conmemorativas del XXV Aniversario de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra*, Pamplona, Parlamento de Navarra, págs. 21-54.
- (2009): *Estudios de Derecho Constitucional*, 2.^a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- AZURMENDI, Ana; DE LA IGLESIA CHAMARRO, Asunción; MUÑOZ SALDAÑA, Mercedes, y SALVADOR ARMENDÁRIZ, Amparo (2009): *El Consejo Audiovisual de Navarra*, Pamplona.
- CASTELLÀ ANDREU, Josep María (2009): *Nuevos estatutos y reforma del Estado. Las experiencias de España e Italia a debate* (CASTELLÀ ANDREU, Josep María, y OLIVETTI, Marco, coords.), Barcelona, Atelier.
- CONTRERAS LÓPEZ, José (2005): «Iniciativa legislativa y potestad normativa del Gobierno de Navarra», en *El Gobierno y la Administración de la Comunidad Foral de Navarra*, Pamplona, Gobierno de Navarra, págs. 331-394.
- DEL BURGO TAJADURA, Jaime Ignacio (1996): *Curso de Derecho Foral Público de Navarra*, Pamplona, Aranzadi.
- ESPARZA OROZ, Miguel (2005): «Responsabilidad política, control parlamentario y disolución del Parlamento», *El Gobierno y la Administración de la Comunidad Foral de Navarra*, Pamplona, Gobierno de Navarra.
- GALÁN LORDA, Mercedes (2009): *El Derecho de Navarra*, Pamplona, Gobierno de Navarra-MICAP.
- GALÁN LORDA, Mercedes; DE LA IGLESIA CHAMARRO, Asunción, y SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo (2004): *El Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de*

- Navarra (Análisis de la Ley Foral 4/2000, de 3 de julio: antecedentes históricos y régimen jurídico de la institución)*, Pamplona, Institución del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra, Pamplona.
- GARRIDO MAYOL, Vicente (2010): «La Legislatura y su terminación anticipada: la facultad presidencial de disolución del Parlamento», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 24, págs. 157-183.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel José, y DE LA IGLESIA CHAMARRO, Asunción (2007): «El Parlamento de Navarra», en *Nuevas perspectivas y retos en el XXV aniversario del Mejoramiento del Fuero* (RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, dir.), Pamplona, Gobierno de Navarra.
- GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro (2006): «La reforma como defensa de la propia Constitución», *Cuadernos de pensamiento político*, julio-diciembre, págs. 15-42.
- IZU BELLOSO, Miguel José (2009): *Derecho Parlamentario de Navarra*, Pamplona, Parlamento de Navarra.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio (2008): «Relaciones con las instituciones de la Unión Europea», en MUÑOZ MACHADO, Santiago, y REBOLLO PUIG, Manuel (dirs.) (2008): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Pamplona, Thomson-Civitas, págs. 1209-1216.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2007): *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, 2.ª ed., Iustel, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, y REBOLLO PUIG, Manuel (dirs.) (2008): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2008.
- PÉREZ CALVO, Alberto, y RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2007): *Manual de Derecho Público de Navarra*, 3.ª ed., Pamplona, Gobierno de Navarra.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (1989): *Fundamentos Jurídicos del Mejoramiento del Fuero. Derechos Históricos y Régimen Foral de Navarra*, Pamplona, Gobierno de Navarra.
- (2002): «La evolución del Régimen Foral de Navarra: veinte años del Mejoramiento del Fuero», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 33, págs. 9-31.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2007): «La reforma del Mejoramiento del Fuero», en *Nuevas perspectivas y retos en el XXV aniversario del Mejoramiento del Fuero*, Pamplona, Gobierno de Navarra, págs. 917-972.
- RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa (2006): «El funcionamiento de los parlamentos autonómicos», en *Organización y funcionamiento de los parlamentos autonómicos*, OÑATE, Pablo (ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 85-133.
- RUBIO TORRANO, Enrique (2007): «El Consejo de Navarra», *Nuevas perspectivas y retos en el XXV aniversario del Mejoramiento del Fuero*, RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. (dir.), Pamplona, Gobierno de Navarra, págs. 425-472.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel (2005): «Relaciones de la Administración de la Comunidad Foral con las demás administraciones públicas», en *El Gobierno y la Administración de la Comunidad Foral de Navarra*, Pamplona, Gobierno de Navarra, págs. 693-745.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (dir.) (1992): *Comentarios a la Ley Orgánica de Reintegración y Mejoramiento del Régimen Foral de Navarra*, Madrid, MAP.

- SEBASTIÁN LABAYEN, Ildelfonso (2010): «El proyecto del año 2010 de reforma de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra», *Estudios de la Administración desde la Administración*, RODRÍGUEZ GARRAZA, Tomás (coord.), Pamplona, Gobierno de Navarra, págs. 423-452.
- TAJADURA TEJADA, Javier (2010): *El principio de cooperación en el Estado Autonómico*, Granada, Comares.
- TUDELA ARANDA, José (2007): «A modo de aproximación al Estatuto de Autonomía de Aragón de 20 de abril de 2007. El nuevo estatuto en el Estado descentralizado», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 30, págs. 89-145.

RESUMEN

En octubre de 2010 se aprobó una importante reforma del Amejoramiento del Fuero de Navarra. Es la séptima de las reformas estatutarias producidas en la última oleada y la segunda del Amejoramiento del Fuero (aprobado en 1982). Aunque es más limitada que el resto de revisiones estatutarias incorpora novedades de gran interés. En efecto, si bien el objeto principal de la reforma fue suprimir la limitación de la duración de la Legislatura nacida tras una disolución anticipada, después se ha extendido a otros aspectos: principalmente a cuestiones que afectan a las instituciones forales y al sistema de gobierno y, en menor medida, a competencias o actualizaciones requeridas a la vuelta de los años. El presente trabajo se dedica al repaso y análisis de los cambios introducidos por la reforma.

PALABRAS CLAVE: Navarra; Amejoramiento del Fuero; Estatuto de Autonomía; reforma estatutaria; investidura; Decretos-Leyes Forales; Gobierno; Parlamento.

ABSTRACT

An important reform of the historic Statute of Navarre (*Amejoramiento del Fuero*) has been recently approved. It is the seventh statutory reform among those recently approved. Although this one is more limited than the previous ones, it contains innovations of great interest. Indeed, though the main purpose of this reform was to eliminate the restriction concerning the length of the Legislature which occurred when there was an early dissolution, the reform has extended to other areas, most of them referred to matters affecting the regional institutions and the parliamentary system and, but with minor impact, also to several competences or updates due to the passing of the years.

KEY WORDS: Navarra; *Amejoramiento del Fuero*; Statute of Autonomy; statutory reform; investment; Government; Parliament.

DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA Y ESTABLECIMIENTO DE CENTROS DE CULTO. A PROPÓSITO DE SU DESARROLLO LEGAL EN CATALUÑA

MARÍA DEL MAR MARTÍN GARCÍA

I. INTRODUCCIÓN.—II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NORMATIVA CATALANA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.—III. ANÁLISIS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY CATALANA DE CENTROS DE CULTO.—IV. LEGITIMIDAD DE LA RESERVA DE ESPACIOS PARA USO RELIGIOSO EN LAS ORDENACIONES URBANÍSTICAS.—V. REQUISITOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE CENTROS DE CULTO.—VI. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

I. INTRODUCCIÓN

Toda regulación de los centros de culto pone en relación el hecho religioso y el urbanismo. Esto supone, desde una perspectiva jurídica, que entran en juego el derecho de libertad religiosa y un sector del derecho público tan técnico y reglamentado como es el derecho urbanístico. Su incidencia práctica es indudable, pues no se trata de una simple cuestión teórica en la que quepa únicamente debatir aspectos de la laicidad o de la igualdad religiosa. Ciertamente, la gestión diaria del hecho religioso que incide en el ámbito de lo público va a estar protagonizada, en parte, por la posibilidad real que tengan las confesiones religiosas de establecer y ser titulares de centros de culto para la satisfacción de sus fines.

Naturalmente, de esa posibilidad de las confesiones religiosas dependerá también, en buena medida, el libre ejercicio del culto por parte de los individuos, que es, como es sabido, parte nuclear, aunque no exclusiva, de su libertad religiosa. En ese sentido, se puede recordar cómo el artículo 16 de la Constitución española de 1978 (a partir de ahora CE) recoge el reconocimiento de la libertad religiosa junto con el reconocimiento de la libertad de culto, además

del reconocimiento de la libertad ideológica. Ahora bien, acerca de la interpretación de esta aparente dualidad de libertades —libertad religiosa y libertad de culto— puede aportar luz lo señalado por González del Valle, según el cual esta distinción carece de relevancia en la actualidad, aunque históricamente tuvo su importancia (1). El Tribunal Supremo, por su parte, no ha dejado de señalar la relación entre la libertad de culto y la libertad religiosa en términos que, si bien no vienen a identificarlas, sí que incluyen aquella en la más amplia noción de libertad religiosa (2).

Será interesante el acercamiento a una normativa que, por primera vez, contempla de manera especial en nuestro país los centros de culto para el conocimiento y análisis del hecho religioso en general en España. Es el caso de la legislación autonómica catalana. De la necesidad de entrar en profundidad en el contenido de la normativa catalana a la que se ha hecho referencia, es buena muestra el que ya van existiendo algunos posicionamientos al respecto al ir pronunciándose distintos estudiosos sobre algunas de estas cuestiones (3).

Para situarnos en la reciente normativa catalana que regula los centros de culto hay que hacer mención, principalmente, de la Ley 16/2009, de 22 de julio, de los centros de culto (4) y del Decreto 94/2010, de 20 de julio, de desarrollo de la Ley 16/2009, de 22 de julio, de centros de culto (5). Asimismo hay que indicar el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo catalana (6), donde se enmarca la legis-

(1) Cfr. GONZÁLEZ DEL VALLE (2005): 131. Véase, también, MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO (2000): 293.

(2) En efecto, la STS de 18 de junio de 1992, resolviendo un conflicto planteado a propósito de un local perteneciente a la Iglesia Evangélica de Filadelfia, señala en su Fundamento de Derecho número 3 que la libertad religiosa (art. 16.1 CE) es también libertad de culto, en la que se comprenden los derechos a exteriorizar y practicar externamente, tanto individual como comunitariamente las creencias religiosas, abarcando, por tanto, la libertad de reunirse públicamente para manifestar las creencias de quienes profesen un mismo credo. Reitera el Tribunal Supremo esta doctrina en las SSTs de 14 de octubre de 1996 (FD 3) y de 10 de febrero de 1997 (FD 2).

(3) Entre otros, caben destacar: GUARDIA HERNÁNDEZ (2010); *IDEM* (2011); LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS (2011); MORENO ANTÓN (2008); PONCE SOLÉ (2005); *IDEM* (2010); RODRÍGUEZ GARCÍA (2009); SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO (2006); *IDEM* (2010).

Por otra parte, deben ser mencionadas dos monografías, anteriores, que resultan útiles para enjuiciar la actual normativa catalana: RODRÍGUEZ BLANCO (2000) y RODRÍGUEZ GARCÍA (2003).

(4) A partir de ahora Ley catalana de centros de culto. Boletín Oficial del Estado, número 198, de 17 de agosto de 2009.

(5) A partir de ahora reglamento catalán de centros de culto. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, número 5676, de 22 de julio de 2010.

(6) Boletín Oficial del Estado, número 218, de 8 de septiembre de 2010.

lación sobre edificación de nuevos centros de culto, y mantenimiento o reforma de los ya existentes.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NORMATIVA CATALANA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

La Ley catalana de centros de culto señala que su finalidad es la de garantizar la aplicación real y efectiva del derecho de las iglesias, las confesiones y las comunidades religiosas a establecer centros de culto (7). Finalidad en cierto modo altisonante, pero que no deja de ser obligada al tratarse de la regulación de uno de los más importantes aspectos de un derecho fundamental reconocido en la CE. Concreta aún más la norma al señalar que tiene por objeto prever suelo donde se admita o se asigne el uso religioso, de acuerdo con las necesidades y la disponibilidad del municipio. Pero, en realidad, como muestra Rodríguez Blanco, esto ya estaba previsto, en el caso de Cataluña, en los artículos 23.2.1.d) y 25.2.b) del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprobaba el Texto Refundido de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística (8). A su vez, debe hacerse mención del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña (9), que dispone que el sistema urbanístico de equipamientos comunitarios comprende los centros públicos, *los equipamientos de carácter religioso*, cultural, docente, deportivo, sanitarios, asistenciales, de servicios técnicos y de transporte y los otros equipamientos que sean de interés público o de interés social. A la vez, se regulan las condiciones técnicas y materiales mínimas que se deben garantizar para la seguridad de las personas y las condiciones adecuadas de salubridad de los centros de culto (10).

Habría que enmarcar esta finalidad de garantizar la aplicación real y efectiva del derecho de las iglesias, las confesiones y las comunidades religiosas a establecer centros de culto, además, en la necesidad más general de hacer un uso sostenible del suelo urbano, pues entran en juego otros intereses de los que los poderes públicos no pueden desentenderse. A ese respecto conviene recordar que el artículo 47 CE, tras reconocer el derecho de los españoles a una vivienda digna y adecuada, establece que los poderes públicos regularán la utilización del suelo de acuerdo con los intereses generales, promoviendo las condiciones

(7) Artículo 1 de la Ley catalana de centros de culto.

(8) Cfr. RODRÍGUEZ BLANCO (2000): 196.

(9) Aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto. Boletín Oficial del Estado, número 218, de 8 de septiembre de 2010.

(10) Artículo 1 de la Ley catalana de centros de culto.

necesarias para hacer efectivo el derecho antedicho. Y señala Ponce Solé que la idea de desarrollo sostenible sintetiza bien el hecho de que las preocupaciones de los operadores jurídicos deben asociarse no sólo al impacto económico del derecho, sino también, y en el mismo nivel, al impacto ambiental y social. Además, señala el autor, apoyándose en Menéndez Rexach y Piñar Mañas, que la idea de desarrollo sostenible ha pasado a constituir, en nuestro ordenamiento, un principio general del derecho (11). Por su parte, Ramallo López muestra, más recientemente, cómo el desarrollo urbano sostenible está transformándose en algo más que en un principio inspirador de las políticas de suelo; de modo que está configurándose como un principio que debe tornarse en un auténtico derecho subjetivo que atendería a la necesidad de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos en el presente y en el futuro, y que se apoyaría en tres pilares: el derecho al medio ambiente urbano saludable, al desarrollo económico equilibrado y a la integración social en la ciudad (12).

Este es el caso, por ejemplo, de la conveniencia de evitar el surgimiento o mantenimiento de condiciones de marginación de determinados grupos de personas; necesidad más urgente si se tiene en cuenta el fenómeno inmigratorio y los integrismos que se apoyan en una falsa interpretación de las religiones y de las ideologías. A pesar de su importancia, la Ley catalana de centros de culto no hace referencia expresa a este punto en su articulado. Sí que, en el último párrafo del Preámbulo, al describir la laicidad como *respeto a todas las opciones religiosas y de pensamiento y a sus valores, como principio integrador y marco común de convivencia*, se puede interpretar, un poco forzosamente, que ese marco común de convivencia incluye también una integración de la pluralidad social reflejada en el urbanismo (13).

Hablar de la finalidad de una normativa que regule los centros de culto supone aludir a diversos y complejos factores que le inciden y que postulan un

(11) Cfr. PONCE SOLÉ (2005): 16.

Sobre desarrollo sostenible y urbanismo véanse, también, el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña y el último párrafo del número II de la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo.

(12) Cfr. RAMALLO LÓPEZ (2011): 438.

(13) En cuanto al concepto de laicidad ahí reflejado hubiera sido más acertado señalar simplemente que, en el tratamiento de lo religioso, la postura de los poderes públicos debe ser neutra y limitada a garantizar el ejercicio real de la libertad religiosa de las personas individual y colectivamente consideradas. Esto incluye, a la vista del artículo 16.3 CE, el cooperar con los agentes sociales —las confesiones religiosas y sus entidades— para conseguir dicho cometido, sin vulnerar obviamente la igual titularidad y contenido del derecho de libertad religiosa de todas las personas y grupos.

análisis de la nueva realidad social. Esta realidad social nueva está necesitada, indudablemente, de un posicionamiento tanto por parte de los operadores jurídicos, como de la entera sociedad. Precisamente, el territorio es lugar de encuentro entre distintas esferas de poder (14); y, más allá de posibles encuentros entre esas distintas esferas de poder, en este ámbito del urbanismo se da un necesario reflejo del respeto y garantía hacia distintos derechos fundamentales, como es el caso del derecho de libertad religiosa que nos ocupa.

Entre los complejos factores que inciden en la necesidad de nuevos centros de culto —y que, en buena medida, han provocado la promulgación de la normativa catalana al respecto— hay que mencionar el creciente y novedoso carácter multicultural de la sociedad, en general en España y, en particular, en Cataluña (15).

Ciertamente, los cambios habidos en la sociedad española, y, en particular, en la catalana, van a crear nuevas necesidades colectivas, que requerirán un correlativo reflejo en el diseño de la ciudad. El cambio al que se está aludiendo es, como se ha dicho, fundamentalmente la creciente pluralidad cultural y religiosa de la sociedad española. En efecto, la libertad que el pueblo español quiso para sí cuando se configuró políticamente como Estado social y democrático de Derecho, facilitó una progresiva presencia pública de la diversidad cultural y religiosa. Presencia pública que, en cierto modo, ya había sido facilitada, aunque no muy generosamente, por la Ley de Libertad Religiosa de 1967. Ahora bien, esta diversidad cultural y religiosa ha empezado a tener una importancia cuantitativa y cualitativa real con la recepción en España de inmigrantes. Como se ha señalado ya, es la propia Ley catalana de centros de culto la que afirma, después de constatar que la realidad religiosa catalana es cada día más plural, que esa pluralidad se debe, en parte, al fenómeno de la inmigración. A la vez sostiene que entre las confesiones que conviven en su territorio hay algunas con una gran diversidad interna (16).

En concreto, la pluralidad religiosa ha provocado la necesidad de proveer de centros de culto para el ejercicio de la libertad religiosa de muchas personas. Y

(14) Cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2007): 38.

(15) A este factor se refiere paladinamente el Preámbulo de la Ley catalana de centros de culto.

(16) En la doctrina, y a modo de ejemplo, véase también PONCE SOLÉ (2005): 14, y MARTÍN (2010): 27 y sigs. Por su parte, señala FONT I LLOVET que, aunque la coexistencia de una pluralidad de religiones no es un fenómeno ligado necesariamente al movimiento migratorio, es evidente que la notoria dimensión de este fenómeno alcanzada en los últimos años se debe a la llegada masiva a Europa occidental de ciudadanos procedentes de otros países en los que son mayoritarias religiones distintas a las que lo son en el oeste europeo. Cfr. FONT I LLOVET (2010): 11.

hay que hacer notar que esta necesidad se hace sentir especialmente respecto a confesiones religiosas que, hasta fechas relativamente recientes, prácticamente no estaban presentes en Europa occidental.

Por otra parte, entendiendo el urbanismo como planificación del espacio y de las actividades que en él se pueden desarrollar (17), conviene remarcar que hoy en día constituye una función pública indeclinable, y no, por tanto, una simple derivación del poder de disposición correlativo a la titularidad de la propiedad de unos terrenos (18). Por otro lado, no está de más considerar que la utilización del suelo en España en el último medio siglo, sobre todo en lo referido al sector de la construcción, ha incidido, no siempre para bien, tanto en la fisonomía de las ciudades y en la integración de los distintos sectores de la sociedad, como en la situación económica del país y de las familias. Ello pone al urbanismo en el punto de mira del legislador, como no podía ser de otro modo. A esto se le une la señalada pluralidad religiosa y cultural de la sociedad actual, que, como se ha dicho, configura nuevas necesidades colectivas que marcarán el diseño de los núcleos poblacionales. La consecuencia es que va a haber una progresiva intervención de la autoridad pública en lo que respecta a la utilización concreta del suelo, tanto por parte de los ciudadanos como por parte de distintas instituciones, entre las que estarán las confesiones religiosas, que podrá afectar, como es el supuesto de los centros de culto, al ejercicio de los derechos fundamentales. Y es que la relación entre urbanismo y libertad religiosa es clara en el sentido de que la manifestación de la religiosidad tanto de modo individual, como sobre todo de modo colectivo, va a necesitar de espacios físicos adecuados y preparados para tal fin (19).

Es claro, por otra parte, que en este concreto ámbito, la respuesta del legislador ha de estar en consonancia con lo previsto por el ordenamiento jurídico español para el tratamiento del hecho religioso cuando éste adquiera relevancia civil. Sentado que el ordenamiento reconoce la libertad religiosa como derecho fundamental de los especialmente protegidos, hay que considerar la importancia que, en la regulación de este derecho, tiene la consideración del Estado español

(17) El urbanismo en la actualidad sería la perspectiva global e integradora de todo lo que se refiere a la relación del hombre con el medio en el que se desenvuelve y que hace de la tierra, del suelo, su eje operativo. Cfr., entre otros, FERNÁNDEZ (2006): 16.

(18) Como es sabido, en España, este cambio de entendimiento del urbanismo fue consecuencia del cambio legislativo propiciado por la Ley del Suelo de 1956. Al respecto, véase, entre otros, *ibidem*: 22 y sigs.

(19) Se ha llegado a afirmar que el ejercicio de la libertad religiosa previsto en el artículo 16 de la CE está de una manera o de otra determinado por la regulación que existe del uso del suelo y por las decisiones públicas en relación al mismo. Cfr. PONCE SOLÉ (2010): 79.

como laico o aconfesional, y la relevancia, concretamente, del mandato constitucional, de que son destinatarios los poderes públicos, de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y de cooperar con las confesiones. Pues bien, dicho en general, a la hora de regular la incidencia del hecho religioso en el ámbito urbanístico, habrá de tenerse en cuenta una doble exigencia: la de respeto al derecho fundamental de libertad religiosa, y la de respeto a un ámbito, el religioso, que, si es fiel a su laicidad, el Estado es incompetente para regular en su propia especificidad. En ese sentido, por una parte, será necesario ser especialmente escrupuloso a la hora de respetar las exigencias formales que para la regulación y desarrollo del contenido de los derechos fundamentales se contienen en el ordenamiento jurídico. Por otra parte, será importante no confundir la dimensión religiosa de la sociedad y de la persona con otros ámbitos en los que, si bien es importante el reconocimiento de la libertad de los individuos y grupos, no cabe considerarlos ajenos a las competencias propias de los poderes públicos, como sí que ocurre con el hecho religioso en sí mismo considerado. Habrá que plantearse, por ello, que, respecto a algunas manifestaciones de la libertad religiosa, como son las de reunión o manifestación, quizás baste, operativamente, regular algunos de sus aspectos de forma similar a como se regulan en el supuesto de los comunes derechos de reunión o manifestación, pero no será admisible que se haga de una forma más restrictiva, si bien quepa un tratamiento específico (20).

III. ANÁLISIS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY CATALANA DE CENTROS DE CULTO

Conforme a su artículo 2, la Ley catalana de centros de culto se aplicará a los centros de culto de concurrencia pública incluidos en el ámbito de aplicación de la LOLR. Y también a los equipamientos o espacios de titularidad pública no destinados habitualmente a dichas finalidades. A su vez, se declaran excluidos del ámbito de aplicación de la ley los lugares de culto situados en centros hospitalarios, asistenciales y educativos, cementerios, tanatorios y centros penitenciarios y aquellos situados en espacios de titularidad pública o privada destinados a otras actividades principales.

(20) Acerca de la cuestión sobre cuándo se aplica la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (a partir de ahora, LOLR), o la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión, en su redacción dada por la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, y por la Ley Orgánica 9/1999, de 21 de abril, véase, entre otros, GONZÁLEZ PÉREZ (2002): 90-91.

Habrá de entenderse, pues, que la ley se refiere a los centros de culto de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas a las que la LOLR reconoce, como contenido de su derecho de libertad religiosa, el derecho, entre otros, a establecer lugares de culto (21). Pero la LOLR no hace referencia a que las iglesias, confesiones y comunidades religiosas deban estar inscritas en el Registro de Entidades Religiosas (a partir de ahora, RER), aunque es cierto que sólo reconoce la plena autonomía y la posibilidad de establecer normas propias de organización, régimen interno y régimen de su personal a las confesiones inscritas (22). En cambio, la Ley catalana de centros de culto s  exige —en su Disposición Adicional segunda— la inscripción en el RER, tanto para poder solicitar las licencias necesarias —las urbanísticas y la municipal de apertura y uso creada por la propia ley—, como para la cesión o autorización de uso de equipamientos y espacios públicos, de uso privativo del dominio público, de ocupación temporal de la vía pública o de uso de bienes patrimoniales para llevar a cabo actividades esporádicas de carácter religioso. Esta contradicción entre ambas normas hace poner en duda la legitimidad de esta exigencia ulterior de la Ley catalana —se trata de una ley ordinaria— para restringir, sutil pero eficazmente, el ejercicio de la libertad religiosa para determinadas actuaciones importantes como son las relativas al establecimiento y titularidad de centros de culto (23). Por otra parte, en el caso de que se tratara de centros de culto que no sobrepasaran el aforo al que se refiere el artículo 9.4 de la Ley catalana, parece que no les será aplicable lo establecido en su Disposición Adicional segunda.

En cuanto a las iglesias, confesiones y comunidades religiosas a cuyos centros de culto se les aplicará la ley, hay que hacer algunas distinciones. Por una parte, estarán las inscritas, que son las únicas a las que se les reconoce su plena autonomía (24), y las no inscritas. No es una cuestión baladí porque precisa-

(21) Cfr. artículo 2.2 de la LOLR.

Por otra parte, la LOLR, en su Disposición Transitoria Segunda se refiere, no a los centros de culto, sino a los bienes inmuebles de los que fueran propietarias las Asociaciones religiosas al solicitar su reconocimiento legal conforme a la derogada Ley 44/1967, de 28 de junio, de Libertad Religiosa. No parece planteable, en cualquier caso, entender que la Ley catalana de centros de culto se refiera a dichos bienes inmuebles.

(22) Cfr. artículo 6.1 de la LOLR.

(23) La doctrina científica ha llamado ya la atención sobre esta cuestión. Cfr., entre otros, GUARDIA HERNÁNDEZ (2010): 111, e *IDEM* (2011): 313. También alude veladamente a esta cuestión FONT I LLOVET (2010): 15, y PONCE SOLÉ (2010): 27.

(24) Sin profundizar en este trabajo en la distinción de estatuto jurídico entre la Iglesia católica y otras iglesias, confesiones o comunidades religiosas, y sin ignorar la cuestión, no siempre fácil, de la aplicabilidad o no —y en qué medida— de la LOLR a la Iglesia católica y sus entidades, téngase a la Iglesia católica incluida, a nuestros efectos, entre las confesiones inscritas. Ello a pesar de que, como es sabido, ni la Iglesia católica propiamente, ni sus entidades de mayor grado

mente lo que hay que juzgar a la hora de analizar una normativa que regule los centros de culto es precisamente su respeto a la autonomía propia de la iglesia, confesión o comunidad religiosa.

Relacionado con este tema está también el de la noción de centro de culto que se tome en consideración. Para la Ley catalana de centros de culto se van a reconocer como tales aquellos edificios o locales de concurrencia pública, de titularidad pública o privada, reconocidos, declarados o certificados por la respectiva iglesia, confesión o comunidad religiosa reconocida legalmente de acuerdo con la LOLR, y destinados principal y permanentemente al uso colectivo de actividades de culto (25). Pero sobre esta noción legal autonómica de centros de culto se pueden hacer dos observaciones. En primer lugar, que el reconocimiento legal con acuerdo a la LOLR, de iglesias, confesiones o comunidades religiosas no debería entenderse referido, como hemos visto, a las que estén inscritas, sino a todas las existentes en el territorio (catalán, a efectos de la Ley que nos ocupa).

En segundo lugar, que, como ha sido puesto de relieve por algunos autores, en este punto va a haber una distinción importante entre las iglesias, confesiones o comunidades religiosas a las que les sean aplicables los Acuerdos de 1992 del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (a partir de ahora, FEREDE), la Federación de Comunidades Judías de España (a partir de ahora, FCJ) y la Comisión Islámica de España (a partir de ahora, CIE) y las demás iglesias, confesiones y comunidades religiosas —inscritas o no—. El motivo de esta distinción es que en dichos Acuerdos se ofrece ya una noción legal de centro de culto. De ese modo, serán, a todos los efectos, centros de culto de las Iglesias pertenecientes a la FEREDE los edificios o locales que estén destinados de forma permanente y exclusiva a las funciones de culto o asistencia religiosa, cuando así se certifique por la Iglesia respectiva con la conformidad de la Comisión permanente de la FEREDE (26). Paralelamente, se puede dar el mismo concepto de centro de culto en el supuesto de las comunidades pertenecientes a la FCJ y a la CIE. Pero hay que señalar que en el Acuerdo con la FCJ se incluye, entre las funciones, la de formación; y en el Acuerdo con la CIE, además de incluirse la función de formación, se alude a la práctica habitual de la oración en lugar de a la función de culto (27). Señala Rodríguez Blanco acertadamente que, en el caso de los centros del culto que nos ocupan, en lo referente

de eclesiasticidad, necesitan la inscripción en el RER para que les sea reconocida personalidad jurídica en el ordenamiento español.

(25) Cfr. artículo 3 de la Ley catalana de centros de culto.

(26) Cfr. artículo 2.1 del Acuerdo con la FEREDE.

(27) Cfr., respectivamente, los artículos 2.1 de los Acuerdos con la FCJ y con la CIE.

al tipo de relación entre el ordenamiento estatal y los confesionales, estaríamos en un supuesto en el que opera la técnica del presupuesto, dado que el Estado no es competente para determinar lo que es un lugar de culto (28). Se puede decir, pues, que la Ley catalana de centros de culto es respetuosa, en este punto, con el tratamiento que se le debe a los ordenamientos confesionales, ya que remite a ellos a la hora de identificar los centros de culto. Ahora bien, no por ello dejan de ser aplicables, para las iglesias, confesiones y comunidades integradas en la FEREDE, FCJ o CIE, sus respectivos Acuerdos de cooperación, los que, como se ha dicho, contienen una poco congruente noción legal de centro de culto. No es una cuestión menor, pues, como hace caer en la cuenta Rodríguez Blanco, supone una diferencia de trato en el sentido de que, por ejemplo, con respecto al culto católico, el ordenamiento estatal identificará sus centros de culto conforme al Derecho Canónico, mientras que habrá de estar al Derecho pacticio cuando se trate del culto de las iglesias, confesiones o comunidades integradas en la FEREDE, FCJ o CIE (29). Abundando un poco más, señala Nieto Núñez que, mientras la certificación de una confesión sin acuerdo en la que se indique que un determinado inmueble es un lugar de culto tiene fuerza probatoria directa, pues gozaría de una presunción de veracidad a su favor, las certificaciones que emitan las confesiones minoritarias con acuerdo no gozarían de esta presunción, porque en los acuerdos ya se define lo que es un lugar de culto (30). Ha de entenderse, en todo caso, que la incongruencia es del texto de los Acuerdos, no de la Ley catalana de centros de culto, si bien el artículo 2.1 del reglamento sí que remite a la normativa pacticia a efectos de la noción de centro de culto.

Respecto al alcance real de la normativa, hay que observar que el artículo 9.4 de la Ley catalana de centros de culto prevé que la licencia de apertura y uso se sustituya por una comunicación previa en los supuestos de locales que no superen un determinado aforo (31). Hay que tener en cuenta que, posiblemente, los centros de culto que están en el origen de la nueva regulación catalana en muchas ocasiones no superen ese mínimo aforo, para el que no será necesaria

(28) Cfr. RODRÍGUEZ BLANCO (2000): 26-34, especialmente 33. Los datos ahí ofrecidos por el autor permiten confrontar otras opiniones doctrinales.

El Tribunal Supremo, por su parte, se ha expresado en el mismo sentido. Así, por ejemplo, en la ya citada Sentencia de 18 de junio de 1992, Fundamento de Derecho número 2, en la que claramente afirma que la precisión de si un local es o no lugar de culto corresponde a la propia entidad religiosa, que es titular del derecho a establecerlos con fines religiosos, y, congruentemente, de manifestar cuáles son los que ostentan dicho carácter. Asimismo STS de 10 de febrero de 1997, Fundamento de Derecho número 2.

(29) Cfr. *ibidem*: 35.

(30) Cfr. NIETO NÚÑEZ (2004): 51, nota a pie de página número 3.

(31) O en otros supuestos que se determinen, continúa la norma.

la licencia municipal, y, en cambio, en la mayoría de las ocasiones, esa licencia sea necesaria para los centros de culto católicos, que habitualmente superarán ese aforo mínimo, y para los que no parece que pueda estimarse que hubiera necesidad de la ley.

IV. LEGITIMIDAD DE LA RESERVA DE ESPACIOS PARA USO RELIGIOSO EN LAS ORDENACIONES URBANÍSTICAS

Para la reserva de espacios de uso religioso en las ordenaciones urbanísticas municipales, señala la Ley catalana de centros de culto que han de preverse las necesidades existentes en relación con la construcción de lugares de culto (32). En la norma, esa explicable necesidad de previsión se relaciona con el reconocimiento del derecho a participar en el proceso de formulación del planeamiento urbanístico que tienen las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, a través de los programas de participación ciudadana. Ahora bien, el reglamento catalán de centros de culto establece que las memorias de los planes de ordenación urbanística municipal tienen que contener una evaluación y justificación de las necesidades cuantitativas y de localización de suelo para la implantación de centros de culto en el municipio (33). Y añade que, para la determinación de las necesidades municipales de suelo relativas a la implantación de estos centros, se tomarán en consideración, aparte de los estudios específicos que se elaboren en la fase de preparación de los planes de ordenación urbanística municipal, las sugerencias o alegaciones que a tal efecto formulen las iglesias, las confesiones y las comunidades religiosas en el transcurso del proceso de participación ciudadana que se desarrolle con motivo de la formulación de aquellos planes y en el trámite o trámites del procedimiento de aprobación general.

El que una memoria de un plan de ordenación urbanística municipal, en el caso de que efectivamente reserve uno o varios espacios de equipamiento público para uso religioso, contenga información que justifique tal reserva —y especialmente la petición o peticiones motivadas de las iglesias, confesiones o comunidades religiosas interesadas— no tiene, en principio, cosa alguna que objetar. Distinta es la exigencia de que esta memoria contenga una *evaluación y justificación de las necesidades cuantitativas y de localización del suelo para la implantación de centros de culto en el municipio* (34). En realidad, esta última

(32) Cfr. artículo 5.2 de la Ley catalana de centros de culto.

(33) Cfr. artículo 3 del Reglamento catalán de centros de culto.

(34) Se entiende que únicamente en el caso de que se haga la reserva de espacio para uso religioso, porque, si no es así, carece de sentido.

exigencia otorga, en cierto modo, una función de determinación de las necesidades religiosas en su municipio a las autoridades públicas que han de aprobar el plan de ordenación urbanística. Función que es discutible en cuanto que no parece acoplarse con la autonomía que el ordenamiento reconoce a las confesiones religiosas. A este respecto, comentando la intervención parlamentaria del diputado Sr. Miquel Àngel Estradé, representante de uno de los partidos impulsores de la Ley catalana de centros de culto, del día 15 de julio de 2009, afirma acertadamente Guardia Hernández que se confunde la necesidad de ordenar el espacio con el control del mismo. Y lo califica como del mismo tipo de excesivo intervencionismo existente bajo la vigencia de la Ley de Libertad Religiosa de 1967 (35).

No se quiere poner en tela de juicio la previsión de espacios de equipamientos públicos para uso religioso, y señaladamente, para la construcción de centros de culto, pues en sí misma considerada no empaña la laicidad de los poderes públicos. Pero eso no significa que todas las formas de reglamentar esa previsión sean igualmente respetuosas. No parece que lo sea, en efecto, que el poder público sea quien programe las necesidades religiosas de la población. En ese sentido no parece que sea sostenible la tesis según la cual, refiriéndose a España, se viene a afirmar que es un verdadero Estado laico y neutral en el ámbito religioso que quiere, además, respetar el principio de igualdad religiosa sin basarse en el criterio sociológico (36). Para salvar la tesis, se podría pensar que el autor se refiere a que se debe respetar el principio de igualdad sin basarse *exclusivamente* en el criterio sociológico; sería una interpretación forzada, ya que eso no lo dice el autor, pero que haría planteable su postura. De otro modo, hay que pensar que tras ella se esconde una idea errónea de igualdad, más propia de un laboratorio en el que se trabaje con hipótesis no radicadas en la realidad, que de una noción verdaderamente jurídica. Por el contrario, es cierto que habrán de tenerse en cuenta determinadas circunstancias sociológicas para la reserva de suelo público para uso religioso, pero habrá de hacerse de un modo respetuoso con el carácter laico de los poderes públicos, que no significa otra cosa que su exigible neutralidad a la hora de regular el hecho religioso cuando cobre dimensión civil, como es el caso del urbanismo y la necesidad de espacios físicos para funciones de culto.

Además, ha de tomarse en consideración que, conforme al artículo 16.2 CE, nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Es ésta una norma que va en garantía de la libertad religiosa e ideológica y de la

(35) Cfr. GUARDIA HERNÁNDEZ (2011): 308-309.

(36) Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA (2003): 152.

intimidad de las personas; y justamente hace notoria la dificultad —y contradicciones inherentes— para encontrar mecanismos que ayuden a recabar los datos que hicieran posible esa previsión de necesidades de construcción de centros de culto encomendada por la Ley catalana a la Administración Pública.

El tema es importante y para su resolución hay que tener en cuenta, también, la legislación y la jurisprudencia supranacional, pues, como bien señala Ponce Solé, una regulación urbanística nacional puede llegar a vulnerar el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, reconocedor de la libertad religiosa (37). Concretamente, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) *Vergos c. Grecia* de 24 de junio de 2004, comentada también por este autor, puede resultar ilustrativa en esta cuestión, pues a primera vista avalaría sin más el criterio cuantitativo —y, por lo tanto, sociológico— a la hora de admitir o no un espacio de uso religioso. La decisión del TEDH en este caso niega la vulneración de la libertad religiosa del demandante, que pretendía construir una casa de oración en terreno de su propiedad, pretensión que le venía siendo reiteradamente denegada; por otro lado, se daba la circunstancia de que no constaba la existencia en el municipio de más fieles de la misma institución religiosa que el propio demandante. Pero el TEDH no basa su decisión directamente en criterios cuantitativos, si no que la basa en la vigencia de una legislación urbanística interna anterior, neutra. En efecto, el TEDH hace referencia, en su sentencia, a la postura del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que distingue, en su jurisprudencia sobre libertad religiosa, una categoría de leyes (en nuestro caso sería la legislación urbanística preexistente) que no pretenden regular directamente una práctica religiosa, pero que pueden tener efectos limitativos del ejercicio de la libertad de culto. Estas leyes (*facially neutral laws*) serían aplicables, pues, según esta jurisprudencia, el derecho al libre ejercicio de la religión nunca sustrae al individuo de su obligación de acatar una ley válida y neutra de aplicación general debido a que dicha ley proscribiera o prescribe un comportamiento que su religión prescribe o proscriba. Sólo después de constatar que, para haber admitido la pretensión del demandante, era necesario modificar un plan de ordenación del territorio, basado en la susodicha legislación anterior, el TEDH toma en cuenta el criterio sociológico y concluye, en ese sentido, que la medida recurrida por el demandante estaba justificada por su principio y era proporcional al fin perseguido. Señala la Sentencia cómo el TEDH constataba que el criterio admitido por el Consejo de Estado no podía tacharse de arbitrario. En efecto, la autorización de modificar el plan de ordenación del territorio no podría acordarse sino para la construcción de un edificio

(37) Cfr. PONCE SOLÉ (2010): 87.

de utilidad pública. Ahora bien, era razonable pensar que, en tal hipótesis, las necesidades de la comunidad religiosa podían jugar un rol. Era evidente que el interés público de ordenación racional del territorio no podía suplantarse por las necesidades de culto de un único fiel de los COV (Cristianos Ortodoxos Verdaderos) cuando existía en la ciudad vecina una casa de oración que cubría las necesidades de dicha colectividad en la región.

Así pues, no parece quedar justificada una función de la Administración Pública consistente en la determinación de las necesidades religiosas de la sociedad. Y fácilmente se la puede entender otorgada si se exige una evaluación y justificación de las necesidades cuantitativas y de localización del suelo por parte de la autoridad para la implantación de centros de culto en un municipio. Lo cual no significa negar que el Estado deba facilitar que la libertad religiosa sea efectiva, y, para ello, deba atender a la demanda social (por ejemplo, en la organización y configuración de la asistencia religiosa en hospitales públicos, etc.). A la postre, pues, los criterios cuantitativos —y sociológicos en general— sí tendrán que ser tenidos en cuenta; ahora bien, estos criterios deben ser aplicados siempre que sean proporcionados y no supongan una ilegítima limitación de derechos fundamentales.

En ese sentido, llama la atención la opinión de Rodríguez García, en la que, comentando el artículo 4 de la Ley catalana de centros de culto, se posiciona a favor de establecer un uso denominado *cívico-asociativo* que, independientemente del tamaño del municipio, respondería a un centro pluriconfesional para dar respuesta a todas las necesidades religiosas de los habitantes de todos los municipios. Según el autor, esta propuesta sí respetaría el principio de laicidad y no conllevaría ningún tipo de discriminación, además, entre creyentes y no creyentes (38). Pero no se puede compartir esta opinión toda vez que implica una serie de presupuestos erróneos que llevan a entender que es el Estado el que, anulando el protagonismo de los agentes sociales, debe diseñar la ciudad, además, proveyendo de todas las necesidades religiosas a los habitantes de todos los municipios. Y esto independientemente, además, de la extensión y población del municipio, por lo que a primera vista parece que daría igual, a la hora de prever la construcción de un centro pluriconfesional, que en un determinado municipio el total de la población fuera de religión musulmana, por ejemplo, o que lo fuera católica. No se ve la conexión con la realidad y podría incluso interpretarse como un intento de construir una especie de religión laica —y sincrética— con la que el Estado podría satisfacer todas las necesidades religiosas de los ciudadanos. Por otra parte, muy probablemente, las necesida-

(38) Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA (2009): 421-422.

des y preferencias de las confesiones que se vieran más afectadas no avalarían dicho uso.

Se ha hecho referencia a que no empaña la laicidad del Estado el que se permita o se prevea que los planes urbanísticos puedan reservar espacios de equipamientos públicos para uso religioso. Como señala Seglers Gómez-Quintero, los equipamientos comunitarios comprenden todos aquellos centros que, para servicio de los ciudadanos, se destinan a usos administrativos, comerciales, culturales, docentes, sanitarios, asistenciales, funerarios y religiosos (39). Cabe añadir que esos espacios de uso rotacional que tienen por finalidad proveer lo necesario para la satisfacción de servicios públicos o de servicios de utilidad o interés social, pueden ser, en realidad, de titularidad pública o privada, aunque aquí nos interesan más los de titularidad pública, por ser los más sensibles a un posible desajuste con la necesaria neutralidad consecvente al Estado laico. Ahora bien, se podría argumentar que los equipamientos urbanísticos no deben prever espacios para uso religioso por no poder ser calificado el culto de servicio público en un Estado aconfesional. Pero, como recuerda Guardia Hernández, el suelo de dominio público puede estar destinado a *un uso general* o a *un servicio público* (40), y es importante, al respecto, no confundir ambas nociones porque entrañaría una inadecuada apreciación de lo que significa que el aparato estatal está al servicio de la sociedad (41). En esa línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1987, resolviendo una cuestión atinente a equipamientos públicos de tipo religioso, es muy clara cuando señala textualmente, en el argumento cuarto de su Fundamento de Derecho núm. 1, que

«se sostiene también por el apelante que el Plan Especial combatido, al querer equipamientos de tipo religioso de titularidad pública incurre en inconstitucionalidad por resultar contradictorio con el art. 16-3 de la Constitución, en cuanto garantiza la neutralidad y no intervención de los poderes públicos en materia religiosa. Esta alegación tampoco puede prosperar. Como se indica en la sentencia apelada, del dato de que ninguna confesión religiosa tenga carácter estatal no puede seguirse que la Administración, dado que el precepto referido señala que los poderes públicos “*tendrán en cuenta* las creencias religiosas de la sociedad española, no puede ni debe atender las necesidades religiosas de la sociedad española, no puede ni debe atender las necesidades religiosas de los ciudadanos. Por otro lado, como señala igualmente la referida sentencia, no aparece que el acto

(39) Cfr. SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO (2006): 8-9.

(40) Cfr. GUARDIA HERNÁNDEZ (2010): 61-62.

(41) Resulta interesante, al respecto, el comentario que hace GUARDIA HERNÁNDEZ a la crítica de RODRÍGUEZ GARCÍA al Plan General de Ordenación Urbana de Valencia. Cfr. *ibidem*: 142-146.

administrativo impugnado establezca alguna discriminación por razones ideológicas; [...]».

Por otra parte, una perspectiva interesante para enfocar esta cuestión es la de entender —como sugiere acertadamente Guardia Hernández— las reservas de suelo dotacional público calificado de equipamiento como un instrumento para acercar la gestión de la ciudad a los ciudadanos (42).

V. REQUISITOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE CENTROS DE CULTO

Para nuestro análisis se ha de diferenciar la licencia de apertura y uso de centro de culto —creada por la Ley catalana— y las distintas licencias de urbanismo. Tanto una como las otras se configuran como obligatorias.

Las licencias urbanísticas son exigidas en el artículo 12 de la Ley catalana de centros de culto, que viene desarrollado en el artículo 21 de su reglamento. Asimismo, el artículo 13 de la Ley señala que los centros de culto estarán afectos a otras autorizaciones establecidas por la normativa sectorial que corresponda respecto a otras actividades concretas que se puedan llevar a cabo en ellos, pero se exceptúan las conferencias, conciertos, el canto coral y las actividades de ocio y tiempo libre.

En relación con la exigencia de licencias urbanísticas a los centros de culto, la normativa catalana no aporta prácticamente novedades. En realidad, la más señalada se refiere a la licencia de apertura y uso, que no es urbanística, sino que es propia de la función de policía de las entidades locales, pero cuyo otorgamiento se antepone a las licencias urbanísticas que sean exigibles. En efecto, el artículo 21.2 del reglamento catalán de centros de culto señala que esta licencia es previa a la licencia urbanística y al resto de autorizaciones o licencias que sean preceptivas de acuerdo con la legislación de régimen local o sectorial, en función de las actividades complementarias que hayan de realizarse en el inmueble. Y añade el artículo 21.3 que si la eficacia de esta licencia se condiciona al otorgamiento de la licencia urbanística, no se puede iniciar la actividad de culto hasta la conclusión de las obras amparadas por dicha licencia urbanística o la obtención de la licencia de primera utilización.

La gran novedad de la Ley catalana de centros de culto es, por lo tanto, la creación de una licencia obligatoria de apertura y uso. La doctrina ha sido cautelosa, en general, al pronunciarse al respecto antes de la publicación del

(42) Cfr. *ibidem*: 62.

reglamento de la ley. Es ilustrativo lo que señala Ponce Solé, según el cual es obvio, en cualquier caso, que la intervención administrativa en relación a determinadas actividades conectadas con la práctica religiosa, no es mala *per se* ni debe ser rechazada *a priori*. Y añade que, en el caso de la libertad religiosa, ésta se ejerce en lugares que pueden tener problemas de seguridad para las personas o problemas de salubridad. Por ello, para servir al interés general, que demanda tanto que se pueda practicar la propia religión como el poder hacerlo sin riesgo para la propia seguridad, los poderes públicos pueden y deben ejercer sus potestades y competencias. Y advierte el autor que eso no significa que el ejercicio de las potestades para proteger el orden público no pueda devenir en un ardid para dificultar o incluso impedir la práctica religiosa mediante trabas urbanísticas; pero en ese caso, concluye acertadamente, se estaría ante una patología jurídica, controlable por los medios habituales, entre ellos, destacadamente, la desviación de poder a que hace referencia el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (43).

Es, pues, razonable afirmar, respecto a la licencia de apertura y uso de centros de culto, que es función de la autoridad la de velar por las condiciones de seguridad y salubridad de los centros de culto de pública concurrencia, así como de otros cualesquiera espacios del mismo carácter, aunque no tengan una finalidad cultural. Esta función en nada empaña, de principio, la laicidad de los poderes públicos. Ahora bien, distinto es que sea necesaria una normativa específica para tal finalidad y, claro está, que esa normativa específica respete la debida proporcionalidad entre la necesidad que tenga una realidad, como la de los centros de culto, de tener una regulación contemplada en una legislación específica y el peligro de menoscabar la legítima autonomía confesional.

La necesidad de una regulación específica para los centros de culto puede justificarse a la vista de la nueva realidad social, marcada por la pluralidad religiosa y cultural, a la que se ha hecho reiterada referencia. Lo que no convence es que se entienda necesaria una regulación que, aunque en línea teórica viene a dar respuesta a las nuevas necesidades culturales surgidas en cierta medida por la inmigración (44), va a afectar más incisivamente, en la práctica, a centros de culto ya existentes o a los que confesiones religiosas no especialmente necesitadas de esta regulación puedan crear en el futuro. El motivo es doble: por una parte, aunque la normativa se anunciaba como respuesta a la necesidad de los centros de culto de nueva implantación, se prevé un plazo máximo de cinco años para que todos los centros de culto ya existentes se amolden a las

(43) Cfr. PONCE SOLÉ (2005): 38-39.

(44) Cfr. los preámbulos respectivos de la Ley catalana de centros de culto y su reglamento.

condiciones exigidas en la normativa. No obstante, habría que hacer una serie de matizaciones, pues, además de que se debe tener en cuenta tanto el aforo como el hecho de que el inmueble forme parte o no del patrimonio histórico, habría menores exigencias que en el caso de los centros de culto de nueva implantación. Por otra parte, es previsible que la mayoría de centros de culto de nueva implantación que surgen como consecuencia en gran medida del fenómeno inmigratorio —centros de culto que, a fin de cuentas, vienen a ser la justificación de la nueva normativa, como se ha dicho— podrán fácilmente soslayar tanto la licencia municipal de apertura y uso como las condiciones que se exigen en el reglamento para concederla, limitando su aforo a menos de cien personas.

Es interesante, en este punto, considerar lo señalado por Rodríguez García (45), aunque hay que advertir que el autor escribía sus consideraciones a la vista, únicamente, del texto de la Ley catalana de centros de culto, no del reglamento, que aún no se había publicado. Comentando el artículo 8 de la Ley, se pregunta el autor si esa licencia es congruente con la LOLR y con la laicidad, y si el Parlamento de Cataluña puede crear este tipo de licencias. En su opinión, el Parlamento catalán no es competente para regular *ex novo* este tipo de licencias y no lo es, según me parece entender, por varias razones.

En primer lugar, al exigirse esa licencia sólo en Cataluña el sistema iría en contra de la debida igualdad, pues se haría más gravoso abrir un centro de culto en esta Comunidad Autónoma que en el resto. Hay que señalar, por una parte, que el autor parte de que toda licencia limita el ejercicio de los derechos fundamentales (46). Ahora bien, posteriormente, comentando la naturaleza de las licencias urbanísticas, señala que la licencia no quita ni otorga derechos, sino que se limita a permitir su libre ejercicio a quienes ya los tuviera (47). Al margen de que la primera de las afirmaciones —que toda licencia limita el ejercicio de derechos fundamentales— se refiriera sólo a licencias no urbanísticas, me parece que hay que recordar que, aunque no hay ningún derecho, ni siquiera de entre los fundamentales, que sea ilimitado, una licencia, sea urbanística o no, ha de considerarse, de principio y en un Estado de Derecho, delimitadora de derechos y no limitadora. Obviamente es distinto que sea inconstitucional la norma que exija una determinada licencia para el ejercicio de un derecho fundamental, o el que la autoridad pública utilice una concreta licencia con abuso de poder. Rodríguez Blanco, por su parte, menciona la clarificadora distinción

(45) Cf. RODRÍGUEZ GARCÍA (2009): 429-437.

(46) Cf. *ibidem*: 429.

(47) Cf. *ibidem*: 431.

entre normas limitadoras de un derecho fundamental y normas delimitadoras de un derecho fundamental que precisan su ámbito material (48). Por otra parte, recuerda Rodríguez García el artículo 149.1.1.^a CE (49) y la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, y sugiere que en la anunciada en varias ocasiones (a lo largo de la última legislatura socialista) nueva Ley de Libertad Religiosa, debería incluirse una regulación que garantice las condiciones básicas en relación con la uniformidad en la exigencia de licencias urbanísticas, de apertura, de actividades y ambientales por parte de las entidades locales a la hora del establecimiento de lugares de culto (50).

En segundo lugar, según el autor, esa licencia de apertura y uso de centros de culto vulnera la neutralidad en tanto que no se contempla esa licencia para el caso de edificios o lugares de reunión con fines de carácter ideológico en general (51).

En tercer lugar, el autor no considera necesario acudir a esta nueva licencia no urbanística pues bastaría el sometimiento de los centros de culto a las licencias urbanísticas de instalación y de funcionamiento de actividades (52). En ese sentido es ilustrativo el segundo motivo con el que argumenta en contra de la opinión de Rodríguez Blanco, el cual se posicionó a favor de exigir licencia de apertura a los lugares de culto (53): en opinión de Rodríguez García, siempre se van a exigir las licencias urbanísticas de instalación de actividad y de primera ocupación o cambio de uso, por lo que considera innecesaria la licencia de apertura al cubrirse con las anteriores licencias las exigencias de control de seguridad, tranquilidad y salubridad, entre otras cuestiones (54).

En relación con la primera de las razones esgrimidas por Rodríguez García —sobre la incompetencia del legislador autonómico para regular la creación de una licencia de apertura y uso de centros de culto, en la medida en

(48) Cfr. RODRÍGUEZ BLANCO (2000): 109-110.

(49) Según el cual, la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos es una de las competencias exclusivas del Estado español.

(50) Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA (2009): 430-431.

(51) Cfr. *ibidem*: 431.

(52) Cfr. *ibidem*: 433.

(53) Cfr. RODRÍGUEZ BLANCO (2000): 208-218, especialmente págs. 211-212 y págs. 213-214. Este autor no se refería, no obstante, a una licencia de apertura de centros de culto, entonces inexistente, sino a las licencias del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas y a las licencias del Reglamento de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas. Se debe entender que RODRÍGUEZ GARCÍA se refería a estas últimas, pues, entre otras cosas, remite a las págs. 213-214 de la obra de RODRÍGUEZ BLANCO, que son las que contienen sus comentarios sobre ellas.

(54) Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA (2009): 436.

que afecta a las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos—, parece razonable estimar, con el autor, que la creación de centros de culto de pública concurrencia por parte de las confesiones religiosas ha de ser considerada como parte de las condiciones básicas del ejercicio de la libertad religiosa (55). Seglers Gómez-Quintero considera, por el contrario, que la ley es legítima a ese respecto en tanto que niega que la misma desarrolle el contenido esencial de la libertad religiosa (56). Si acudimos a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de urbanismo, encontramos dos sentencias especialmente relevantes y que pueden aportar luces a nuestra cuestión: la ya citada STC 61/1997, de 20 de marzo, y la STC 164/2001, de 11 de julio (57). Pues bien, en la actualidad, en materia de urbanismo es clara la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (58); no obstante, el Estado tiene otras competencias exclusivas con las que las competencias autonómicas han de coexistir, habida cuenta de que la actuación estatal puede condicionar, lícitamente, la competencia de aquellas (STC 61/1997, FD 5). Ciertamente, según el artículo 149.1.1.º CE, es competencia exclusiva del Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. La cuestión está en si se puede entender que el sometimiento o no a una nueva licencia para la apertura de centros de culto puede considerarse dentro de las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de la libertad religiosa (derecho de libertad incluido, ciertamente, dentro de la categoría de derechos constitucionales mencionada en el art. 149.1.1.º CE), y que es el aquí afectado. Por otro lado, y al margen de que se considere o no que la Ley catalana de centros de culto desarrolla lo que es contenido esencial del derecho de libertad religiosa, es importante la precisión que realiza la mencionada STC 61/1997 en su Fundamento de Derecho núm. 7, según la cual las condiciones básicas no equivalen ni se identifican con el contenido esencial de los derechos: tanto el legislador

(55) LEAL ADORNA, por su parte, comentando el entonces proyecto de Ley catalana de centros de culto, centra el debate en si el establecimiento, apertura, reforma, etc., de un lugar de culto afecta o no a las condiciones básicas del ejercicio de la libertad religiosa para ver si la competencia para regularlo es autonómica o estatal, aunque no resuelve la cuestión. Cfr. LEAL ADORNA (2009): 366.

(56) Cfr. SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO (2010): 233.

(57) Para una aproximación a la doctrina constitucional establecida en estas sentencias véase, entre otros, SANTOLAYA MACHETTI (2007): 109-127.

(58) Véase el artículo 148.1.3.º CE y los respectivos estatutos autonómicos.

estatal como el autonómico deben respetar ese contenido esencial (59). De esa forma, pienso que se puede entender que esa competencia estatal de igualación básica en el régimen de ejercicio y cumplimiento de derechos y deberes constitucionales del artículo 149.1.1.º CE puede permitir (no obligar) al Estado a crear una licencia para la apertura de centros de culto, pero se lo prohíbe al legislador autonómico (60).

No parece sostenerse tanto la segunda de las razones de Rodríguez García —que la licencia que nos ocupa vulneraría la neutralidad en tanto que no se la contempla para el caso de edificios o lugares de reunión con carácter ideológico en general—. El motivo es que el no creyente no tiene una necesidad de un espacio físico de concurrencia pública para llevar a cabo actividades de culto, porque éstas no existirán, y de lo que aquí se está tratando es, precisamente, de la conveniencia o no de someter a licencia de apertura no a cualesquiera espacios de concurrencia pública, sino a centros de culto (61). No obstante, aun sin compartir el fondo de su argumento, coincido en entender que, en cualquier caso, las condiciones que se exijan para el ejercicio de la libertad religiosa no deben ser más restrictivas que las condiciones que se exijan para otras libertades, entre ellas la ideológica, y, en su caso, pueden ser las mismas.

Por lo que respecta a la tercera de las razones —que la nueva licencia no sería necesaria pues bastaría el sometimiento de los centros de culto a las licencias urbanísticas que correspondiesen—, resulta acertada. En efecto, y dada la necesidad de ser comedidos a la hora de regular el ejercicio del derecho de libertad religiosa, parece razonable reducir posibles discrecionalidades de las autoridades públicas en este ámbito. En ese sentido, parece que las posibles

(59) Al respecto, véase, entre otros, MORENO ANTÓN (2008): 16-18.

(60) Por su parte, la STC 164/2001, en su Fundamento de Derecho número 18, señala al respecto que esa competencia de igualación permite al Estado distinguir varios grupos o clases de derechohabientes (se refiere a distintas clases de suelo) e igualar el régimen jurídico de quienes se integran en un mismo grupo. Y señala la sentencia que lo relevante, desde la perspectiva competencial del artículo 149.1.1.º CE es la igualación básica, en toda España, de los propietarios de una misma clase de suelo. Parece razonable aplicar esta doctrina, *mutatis mutandis*, a los titulares del derecho de libertad religiosa en lo relativo a la apertura de nuevos centros de culto.

(61) Se entra así en la interesante cuestión de la distinción entre libertad religiosa e ideológica. Sin ánimo de agotar el tema, pues nos saldríamos del ámbito de interés de este trabajo, no está de más afirmar, como hace PORRAS RAMÍREZ al comentar la compleja fórmula que utiliza el artículo 16.1 CE, que se trata de dos derechos, de carácter autónomo, y rango igualmente fundamental. Distinción que no impedirá admitir el vínculo estrecho que media entre ambos. Eso vínculo se manifiesta en la existencia de indudables analogías en la conformación de su régimen jurídico, y es fruto de su común surgimiento histórico. Cfr. PORRAS RAMÍREZ (2011): 20-21.

discrecionalidades van a reducirse al mínimo en el supuesto de que únicamente se exijan licencias urbanísticas y no otras licencias municipales, máxime cuando las exigibles garantías de seguridad y salubridad puedan quedar suficientemente satisfechas con aquellas. Ya con anterioridad, Combalía, refiriéndose al concepto estricto de seguridad en relación con la libertad religiosa, había dejado constancia, al hilo de unos comentarios sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, de que no puede utilizarse tal concepto de modo arbitrario, sino que debe interpretarse de modo que el peligro para la seguridad aparezca probado y sea cierto (62). Por su parte, Ferreiro se había posicionado en contra de la posibilidad de someter a los centros de culto a licencias de apertura (63).

Por otra parte, hay que reparar en la contradicción que supone que el legislador no entre —o no deba entrar— a definir lo que es un centro de culto, y remita, acertadamente, a los ordenamientos confesionales (64), y sin embargo tenga una idea lo suficientemente nítida de la materialización de las actividades de culto de las respectivas confesiones religiosas como para una determinación tan detallada de las condiciones de seguridad y salubridad exigibles a la generalidad de centros de culto. Parecería más acertado, en ese sentido, que las condiciones fueran mucho más básicas. Además, en el supuesto de que se viera la necesidad de esta nueva licencia —al considerar, por ejemplo, que, al no haber una normativa clara aplicable se daría el peligro de una discrecionalidad aún mayor—, sería conveniente una regulación fruto de previas negociaciones con las distintas confesiones religiosas. Esta vía parece más congruente con el principio de cooperación del Estado con las confesiones, que subyace en el tratamiento de lo religioso en nuestro ordenamiento jurídico, y que se alza como criterio necesario para una correcta interpretación de la laicidad de los poderes públicos, a tenor del artículo 16.3 CE (65). Este principio de cooperación viene reflejado con nitidez en el mandato constitucional a los poderes públicos de mantener relaciones de cooperación con las confesiones religiosas; y es este mandato justamente el que legitima la opción del legislador de atribuir un régimen jurí-

(62) Cfr. COMBALÍA (1994): 494-495.

(63) Cfr. FERREIRO GALGUERA (1998): 210.

(64) Con la salvedad de los respectivos artículos 2.1 de los Acuerdos con la FEREDE, FCE y CIE y el artículo 2.1 del Reglamento catalán de centros de culto.

(65) Aunque el contexto donde el autor hace estas afirmaciones es distinto al que nos ocupa —acerca de unos supuestos de objeción de conciencia fundamentados en convicciones religiosas— resulta interesante la afirmación de BARRERO ORTEGA, según la cual el ordenamiento español tiene previsto un cauce normativo especial, hábil para legitimar esas pretensiones, precisamente se trata de los acuerdos de cooperación entre el Estado y la confesiones que gozan de arraigo en la sociedad. Cfr. BARRERO ORTEGA (2011): 32.

dico diferenciado a la libertad religiosa y de culto (66). Consiguientemente, se llegaría a una regulación de carácter mínimo aplicable a los centros de culto de todas las confesiones religiosas, y, si fuera el caso, al establecimiento de unas condiciones más específicas de carácter pacticio con las confesiones que se vieran en la necesidad de ellas.

VI. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

La reciente Ley catalana de centros de culto, junto con su desarrollo reglamentario, constituye una novedad que procura cubrir una laguna que se dejaba sentir en el Derecho público español. Se carecía de una normativa específica sobre centros de culto lo que provocaba algunos inconvenientes: por ejemplo, la diversidad de criterios con los que las autoridades locales resolvían la demanda de nuevos centros de culto, con la consiguiente inseguridad jurídica; la falta de condiciones mínimas de salubridad y seguridad en algunos centros de culto existentes, en ocasiones en funcionamiento sin las oportunas licencias urbanísticas; etc. Además, en los últimos años se ha agravado la situación con la recepción en España de inmigrantes, quienes han hecho surgir la necesidad de centros de culto de nueva implantación, en muchos casos de confesiones minoritarias.

En ese sentido, se puede afirmar que el legislador catalán se ha adelantado a intentar solventar una problemática real. Esta problemática es difícil y compleja pues tiene como objeto una materia muy sensible, punto de confluencia entre dos ámbitos del ordenamiento: la protección del ejercicio de un derecho fundamental como es el de la libertad religiosa, y el urbanismo, de cuya regulación los poderes públicos no pueden declinar su responsabilidad. Parece claro, por lo demás, que la respuesta que diseñe el legislador para colmar la laguna normativa sobre centros de culto debe estar en consonancia con lo que el ordenamiento jurídico español prevé para el tratamiento del hecho religioso cuando éste adquiera relevancia civil, como es el supuesto que nos ocupa.

La solución aportada por esta reciente normativa catalana presenta, sin embargo, una serie de cuestiones que, posiblemente, deban ser revisadas. Por una

(66) Señala PORRAS RAMÍREZ que en el mandato programático —que califica de polémico— dirigido a los poderes públicos, en orden a mantener relaciones de cooperación con la Iglesia católica y demás confesiones reside la única habilitación que legítimamente se halla a fin de permitir que el legislador opte, si tal es su deseo, por atribuir un régimen jurídico diferenciado a la garantía de la libertad religiosa y de culto. Cfr. PORRAS RAMÍREZ (2011): 21, en cuyo contexto el autor argumenta sobre la distinción entre la libertad religiosa y la ideológica. Véase, también con un cierto sentido crítico, BARRERO ORTEGA (2009): 223-235.

parte, es dudoso que sea el legislador autonómico el competente para regular una materia que no es aventurado afirmar que incide en las condiciones básicas del ejercicio de la libertad religiosa. Además, puede considerarse que el exigir una nueva licencia para la creación o el uso de un centro de culto, o limitar la posibilidad de establecimiento o titularidad de centros de culto únicamente a confesiones religiosas inscritas en el RER, supone añadir condiciones al ejercicio de un derecho fundamental por lo que debería utilizarse la vía de una ley orgánica y no una ley ordinaria.

Por otra parte, crea cierta perplejidad el que la ley establezca que las memorias de los planes de ordenación urbanística municipal deban contener una evaluación y justificación de las necesidades cuantitativa y de localización de suelo para la implantación de centros de culto en el municipio. Es aquella una materia muy sensible en el sentido de que cualquier extralimitación puede vulnerar la laicidad que debe acompañar a toda actuación de los poderes públicos. Sin que los poderes públicos declinen de su responsabilidad en el diseño urbanístico, hay que hacer notar que la valoración de las necesidades religiosas de la sociedad sólo podrán hacerla de modo indirecto y a demanda —sin duda proporcionada y debidamente justificada— de las confesiones religiosas. En ese sentido, llama también la atención tanto la reglamentación, exigente y exhaustiva, de las condiciones para otorgar la licencia, como el que no se haya acudido a una normativa pacticia, o, al menos, consiguiente y consecuente a una previa negociación con las confesiones religiosas más directamente afectadas.

El principal acierto de la ley es, en cualquier caso, dar la posibilidad de un debate sobre una cuestión necesitada de una respuesta por parte de los operadores jurídicos tanto como de la sociedad en general.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRERO ORTEGA, Abraham (2009): «Apuntes críticos a la implementación legislativa de la dimensión social de la libertad religiosa en el ordenamiento jurídico español», en BARRERO ORTEGA, Abraham, y TEROL BECERRA, Manuel (coords.): *La libertad religiosa en el Estado social*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 221-238.
- (2011): «Multiculturalismo y libertad religiosa», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 27, págs. 21-38.
- COMBALÍA, Zoila (1994): «Los límites del derecho de libertad religiosa», en AAVV, *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona, Eunsa, págs. 469-510.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2006): *Manual de derecho urbanístico*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados.

- FERREIRO GALGUERA, Juan (1998): *Protección jurídico penal de la religión*, La Coruña, Servicio de Publicaciones de la Universidad de la Coruña.
- FONT I LLOVET, Tomás (2010): «Prólogo», en PONCE SOLÉ, Juli (coord.): *Ciudades, Derecho urbanístico y libertad religiosa. Elementos comparados de Europa y Estados Unidos*, Barcelona, Fundación Carles Pi i Sunyer, págs. 11-16.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, José M.^a (2005): *Derecho eclesiástico español*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2002): *Derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Civitas.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2007): *Urbanismo y ordenación del territorio*, Pamplona, Aranzadi.
- GUARDIA HERNÁNDEZ, Juan José (2010): *Libertad religiosa y urbanismo. Estudio de los equipamientos religiosos en España*, Pamplona, Eunsa.
- (2011): «La relación entre urbanismo y libertad religiosa en Cataluña: Llei 16/2009 dels centres de culte», *Ius Canonicum*, núm. 51, págs. 277-328.
- LEAL ADORNA, Mar (2009): «Los edificios destinados al culto en el ordenamiento jurídico español: ¿violación del derecho fundamental de la libertad religiosa?», en BARRERO ORTEGA, Abraham, y TEROL BECERRA, Manuel (coords.): *La libertad religiosa en el Estado social*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 341-366.
- LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, José Luis (2011): «Normativa catalana sobre centros de culto (I): La LLei», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 27, págs. 1-57.
- MARTÍN, María del Mar (2010): «La libertad religiosa de los inmigrantes pertenecientes a minorías religiosas», en MARTÍN, María del Mar, y RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel (coords.): *El pluralismo religioso y su gestión en el ámbito local y autonómico. Especial referencia a Andalucía*, Granada, Comares, págs. 27-36.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José (2000): *Constitución y libertad religiosa en España*, Madrid, Dykinson.
- MORENO UNIÓN, María (2008): «El tratamiento urbanístico de los lugares de culto o de reunión con fines religiosos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 17, págs. 1-44.
- NIETO NÚÑEZ, Silverio (2004): «Interpretación por los tribunales de justicia de la legislación urbanística y municipal en relación a los lugares de culto», en CORRAL SALVADOR, Carlos (coord.): *La urbanística del culto*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, págs. 47-74.
- PONCE SOLÉ, Juli (2005): «Una reflexión desde el derecho urbanístico sobre las modernas sociedades pluriculturales y pluriconfesionales», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 215, págs. 11-67.
- (2010): «Introducción. Derecho, apertura de lugares de culto y libertad religiosa» y «Derecho urbanístico y libertad religiosa en España: aspectos competenciales y materiales. La Ley catalana 16/2009, de 22 de julio, de los centros de culto», en PONCE SOLÉ, Juli (coord.): *Ciudades, Derecho urbanístico y libertad religiosa. Elementos comparados de Europa y Estados Unidos*, Barcelona, Fundación Carles Pi i Sunyer, págs. 17-27 y 77-153.

- PORRAS RAMÍREZ, José María (2011): «La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal, internacional y europea», en *IDEM* (coord.): *Derecho y factor religioso*, Madrid, Tecnos, págs. 19-59.
- RAMALLO LÓPEZ, Fátima M. (2011): «El principio de desarrollo urbano sostenible. Un nuevo paradigma en la planificación urbanística», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 150, págs. 391-440.
- RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel (2000): *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio (2003): *Urbanismo y confesiones religiosas*, Madrid, Montecorvo.
- (2009): «La Ley catalana de centros de culto y la laicidad», *Laicidad y libertades*, núm. 9, págs. 403-441.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (2007): «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el urbanismo y en el régimen de la vivienda», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 31, págs. 109-127.
- SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, Álex (2006): «Urbanismo y libertad religiosa: el proyecto de ordenanza tipo de la Generalitat de Catalunya para regular los lugares de culto», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 10, págs. 1-21.
- (2010): «La nuova legge catalana sui luoghi di culto», *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, núm. 18/I, págs. 227-236.

RESUMEN

El trabajo trata del establecimiento de centros de culto a la luz del reconocimiento de la libertad religiosa en el artículo 16 de la Constitución española de 1978. Lo hace al hilo de la reciente normativa catalana al respecto. Es una materia muy sensible, pues en ella confluyen dos importantes ámbitos del Ordenamiento: la protección de la libertad religiosa y el urbanismo. En tanto que la respuesta del legislador debe estar en consonancia con lo previsto por el ordenamiento jurídico español para el tratamiento del hecho religioso cuando éste tenga relevancia civil, se estudian los puntos más conflictivos que parece presentar la nueva normativa. Su principal acierto es, en cualquier caso, dar la posibilidad de un debate sobre esta delicada cuestión.

PALABRAS CLAVE: centros de culto; derecho urbanístico; libertad religiosa.

ABSTRACT

This work deals with the matter of religious buildings through the point of view of the constitutional religious freedom's Spanish regulation. It is a very sensitive matter due to the fact that two important areas of the law are implicated: the religious freedom

protection and the urban development. As the legislators' response ought to respect what is ordered by the Spanish law when the religious fact becomes relevant in civil society, this work studies the most conflicting issues that the new Catalan regulation seems to introduce in this area. It's principal success is opening, somehow or other, the possibility of a public debate about this delicate matter.

KEY WORDS: religious buildings; urban development; religious freedom.

JURISPRUDENCIA

ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: RELACIÓN DE SENTENCIAS DICTADAS DURANTE EL TERCER CUATRIMESTRE DE 2011

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID (*)

Las Sentencias dictadas en este segundo cuatrimestre del año se desglosan de la siguiente forma:

A) Las Sentencias dictadas en *recursos de inconstitucionalidad* son 21:

La Sentencia 136/2011, de 13 de septiembre, resuelve el recurso interpuesto por 89 Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. En primer lugar, el Tribunal destaca que la Constitución no establece un principio de homogeneidad en las leyes, por lo que el hecho de que en una misma ley se desarrollen materias diversas no es causa de inconstitucionalidad. Por otro lado, en relación con el derecho de enmienda de los parlamentarios, el TC recuerda que el objeto del procedimiento legislativo está delimitado por la iniciativa y que este derecho no puede desnaturalizar el proyecto de ley, por lo que las enmiendas deberán versar sobre la materia del proyecto de ley que tratan de modificar; en el caso analizado, los recurrentes alegan que se introdujeron enmiendas ajenas al objeto del proceso, sin embargo, no detallan qué preceptos son fruto de las mismas y el TC mantiene que no es competencia suya investigarlo, por lo que desestima tales argumentos. En relación a la vulneración de la *seguridad jurídica*, se mantiene que se ha cumplido con el principio de publicidad y que el hecho de que la ley sea de contenido heterogéneo no supone la vulneración de este principio. Respecto a las diversas quejas relativas al procedimiento seguido, o bien el Tribunal no aprecia las irregularidades que se aducen, o bien los recurrentes no han alegado por qué los vicios que aprecian alteraron de manera sustancial el proceso de formación de voluntad de la Cámara. Por último, en relación con la aplicabi-

(*) La presente relación de sentencias ha sido elaborada por los profesores Elvira Perales y Gómez Lugo (Coords.), Pajares Montolío, Fraile Ortiz y Espinosa Díaz.

lidad o no de los límites constitucionales que establece el artículo 137 CE para la LPGE a esta ley (Ley de acompañamiento), el Tribunal mantiene que la Ley 50/1998 no es la Ley de Presupuestos y, por tanto, no son de aplicación estos límites. Formula un voto particular el Sr. Aragón y un voto particular concurrente el Sr. Ortega.

La Sentencia 137/2011, de 14 de septiembre, resuelve el recurso interpuesto por noventa y un Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados frente al artículo 1 del Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes. Se aprecia una vulneración del artículo 86.1 CE al no haber justificado el Gobierno la gravedad o excepcionalidad de la situación en el sector inmobiliario ni los perjuicios que se derivarían de adoptar la medida siguiendo el procedimiento legislativo; el problema en el mercado inmobiliario no es coyuntural, sino estructural, por lo que el art. 1 de este Real Decreto-ley carece del presupuesto habilitante para su adopción. Formulan un voto particular los Sres. Aragón y Delgado.

La Sentencia 138/2011, de 14 de septiembre, resuelve el recurso interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero. La sentencia se remite a lo decidido en la STC 118/2011, en la que se resolvía un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento de Andalucía respecto a varios apartados de este artículo (entre ellos, los aquí recurridos); el Tribunal reitera la doctrina de aquel pronunciamiento otorgándole ahora un carácter general.

La Sentencia 139/2011, de 14 de septiembre, resuelve un recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero. La sentencia se remite a lo decidido en la STC 118/2011, en la que se resolvía un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento de Andalucía sobre diversos apartados de este mismo artículo. Respecto a los apartados que se recurrían en este procedimiento (y no en el anterior), algunos han perdido el objeto y otros se desestiman.

La Sentencia 140/2011, de 14 de septiembre, resuelve el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno de las Illes Balears en relación con diversos preceptos de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales. El hecho de que el Estado fije, calificándolo como legislación básica, la plena libertad de apertura de determinados comercios (panaderías, floristerías, tiendas de conveniencia...), impidiendo la actuación normativa autonómica no vulnera el régimen competencial establecido por la Constitución, por lo que no se vulnera el régimen de distribución competencial.

La Sentencia 148/2011, de 28 de septiembre, resuelve el recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley de Castilla-La Mancha 6/1999, de 15 de abril, de protección de la calidad del suministro eléctrico. El recurso es parcialmente estimado, respecto a los arts. 17, 16.5 último párrafo, y 18 en su inciso «las graves a los dos años» de la Ley de Castilla-La Mancha 6/1999, de 15 de abril, de protección de la calidad del suministro eléctrico. El fallo es parcialmente estimatorio, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «con cargo a la empresa distribuidora» del art. 4.3; las letras *e*) y *f*) del art. 15.1; la letra *h*) del art. 15.2 y el inciso

«las graves a los dos años» del art. 18 por no respetar el régimen de distribución competencial, ya que invaden competencia básica estatal en materia energética.

La Sentencia 149/2011, de 28 de septiembre, resuelve dos recursos acumulados interpuestos por la Diputación General de Aragón en relación con diversos preceptos de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, y del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio. El recurso contra el apartado único de la Ley 46/1999 se entiende desaparecido por la pérdida sobrevenida del objeto; en relación con los demás, relativos al procedimiento administrativo en relación con el agua como bien de dominio público, se entiende que la regulación es conforme a la Constitución.

La Sentencia 157/2011, de 18 de octubre, resuelve el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias en relación con diversos preceptos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria. En ella se destaca que las cuestiones planteadas en este proceso ya fueron resueltas en la STC 134/2011 —a la que se remite—, en particular la admisión de la legitimidad constitucional de que el Estado, *ex* artículos 149.1.13 y 156.1 en conexión con el artículo 149.1.14 CE, establezca topes generales máximos a las Comunidades Autónomas en la elaboración de sus presupuestos. En la presente Sentencia, como nota añadida, se aprecia la incidencia de la reforma constitucional de 27 de septiembre de 2011 por la que se da una nueva redacción al artículo 135 CE, que supone la «consagración constitucional» del principio de estabilidad presupuestaria y, a la vez, corrobora la competencia estatal sobre la materia al remitir a una ley orgánica el desarrollo de los principios del precepto. En base a esa argumentación, el recurso es desestimado.

La Sentencia 176/2011, de 8 de noviembre, resuelve el recurso interpuesto por 60 Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Se estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, remitiéndose a la doctrina de la STC 136/2011, desestimando la inconstitucionalidad «general» de la ley de acompañamiento. A diferencia de la ley que se impugnaba en aquel recurso, en este se impugna también la disposición adicional que establecía la modificación de la ley del IRPF: la Ley 55/1999 se publicó en el BOE el 30 de diciembre de 1999 y fija su entrada en vigor para el 1 de enero de 2000, sin embargo, la DT 12 establece que la modificación de la ley del IRPF será aplicable a los rendimientos devengados a partir del 1 de octubre de 1999, es decir, al ejercicio fiscal anterior a que estuviese vigente la ley (en el 2000), de manera que estamos ante una retroactividad «auténtica», porque afecta a situaciones jurídicas ya consumadas, sin la concurrencia de nítidas y cualificadas exigencias de interés general que justifiquen este efecto retroactivo. Se aclara que la nulidad de esta disposición solo podrá suponer la revisión de las situaciones que no hayan adquirido firmeza.

La Sentencia 185/2011, de 23 de noviembre, resuelve el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley general de estabilidad presupuestaria. En ella se reiteran los argumentos de las SSTC 134/2011 y 157/2011, con igual resultado desestimatorio.

Esa misma Ley Orgánica 5/2011, es objeto de impugnación en otros recursos que dan lugar a otras tantas resoluciones, con un contenido idéntico a la anteriormente reseñada: Sentencia 186/2011, de 23 de noviembre, que resuelve el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña; Sentencia 187/2011, de 23 de noviembre, sobre el recurso interpuesto por el Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha; Sentencia 188/2011, de 23 de noviembre, en el recurso interpuesto por el Gobierno de Aragón; Sentencia 189/2011, de 23 de noviembre, donde se resuelve el recurso interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados.

La Sentencia 195/2011, de 13 de diciembre, resuelve el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria. También en este caso la Sentencia se remite a lo establecido en las SSTC 157/2011 y 134/2011.

La Sentencia 196/2011, de 13 de diciembre, resuelve el recurso interpuesto por el Gobierno de Aragón en relación así mismo con diversos preceptos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria. La Sentencia se remite a lo establecido en las SSTC 157/2011 y 134/2011. En este pronunciamiento cabe añadir que en el FJ 13 se sintetiza la doctrina del Tribunal en torno al control de la arbitrariedad de las leyes en relación con el artículo 9.3 CE y a la prudencia de la que ha de hacer gala para respetar la voluntad del legislador. Finalmente, sobre la impugnación de la disposición final cuarta que faculta al Gobierno de la Nación, en el ámbito de sus competencias, para que apruebe las normas reglamentarias previstas en esa ley y las medidas necesarias para su implantación, se indica que una posible extralimitación habría de analizarse una vez que se produjeran tales medidas.

La Sentencia 197/2011, de 13 de diciembre, resuelve el recurso interpuesto por las Cortes de Aragón en relación con diversos preceptos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria y de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley general de estabilidad presupuestaria. La Sentencia se remite a lo establecido en las SSTC 157/2011 y 134/2011. Se recoge también igual consideración sobre las medidas a adoptar por el Gobierno en desarrollo de la Ley.

La Sentencia 198/2011, de 13 de diciembre, resuelve el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura en relación con diversos preceptos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria y de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley general de estabilidad presupuestaria. Además de reiterar los argumentos de las SSTC 157/2011 y 134/2011, en ella se culmina con la afirmación de que «la responsabilidad *ad extra* de la Administración estatal por incumplimientos del Derecho de la Unión Europea «no justifica la asunción de una competencia que no le corresponde, aunque tampoco le impide repercutir *ad intra*, sobre las Administraciones públicas autonómicas competentes, la responsabilidad que en cada caso proceda» (SSTC 79/1992, de 28 de mayo, FJ 5; 148/1998, de 2 de julio, FJ 8, o 96/2002, de 25 de abril, FJ 10). De acuerdo con nuestra jurisprudencia corresponde al Estado, no solo establecer los sistemas de coordinación y cooperación que permitan evitar las irregularidades o las carencias en el cumplimiento de la normativa europea, sino también «los sistemas de compensación interadministrativa de la

responsabilidad financiera que pudiera generarse para el propio Estado en el caso de que dichas irregularidades o carencias se produjeran efectivamente y así se constatará por las instituciones comunitarias» (STC 148/1998, FJ 8). Con base en esta doctrina se debe desestimar la impugnación del artículo 11 de la Ley 18/2001.

La Sentencia 199/2011, de 13 de diciembre, resuelve el recurso interpuesto por sesenta y dos Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria. El recurso es desestimado de acuerdo a los argumentos, tanto con respecto a la autonomía de las Comunidades Autónomas como a la de las entidades locales, expuestos en la STC 134/2011, a los que se suman después los de la STC 157/2011.

La Sentencia 203/2011, de 14 de diciembre, resuelve el recurso interpuesto por el Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha en relación con diversos preceptos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria. En ella además de la doctrina de la citadas SSTC 134/2011 y 157/2011, se recuerda la doctrina de la STC 31/2010, en el sentido de que la competencia exclusiva en materia de planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la región no puede afectar a las competencias sobre materias reservadas al Estado. De esta forma, en este caso, la intervención del Consejo de Política Fiscal y Financiera en la fijación por el Gobierno del objetivo de estabilidad para el conjunto de las Comunidades Autónomas se enmarcaría dentro de esas competencias estatales.

La Sentencia 204/2011, de 15 de diciembre, resuelve el recurso promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía. En ella el Tribunal, en primer lugar, rechaza la alegada vulneración del artículo 115 del Reglamento del Senado (RS), pues considera que ese precepto admite otras interpretaciones diversas a las de los recurrentes sobre el significado de las enmiendas transaccionales y que dichas enmiendas respetaron el principio de homogeneidad con la iniciativa legislativa en curso y, por añadidura, se entiende que «no ha quedado acreditado que en este supuesto se haya producido restricción alguna a las facultades de las Cámaras» (FJ 5). Con respecto a los argumentos sustantivos se rechaza que se haya producido una vulneración del principio dispositivo, puesto que este «no puede interpretarse en el sentido de que cada Comunidad Autónoma pueda decidir, por sí misma, qué parte del sistema de financiación le ha de ser aplicable o incluso si este le ha de ser aplicable... Se trata, pues, de un modelo normativo cuyo vértice (la LOFCA) se integra en el bloque de la constitucionalidad y que puede variar en función de decisiones políticas del legislador (orgánico y ordinario) estatal, con la participación que en él corresponda a las Comunidades Autónomas» (FJ 7); la regulación cuestionada lo que hace es aunar por primera vez en un modelo de financiación autonómica todos los mecanismos que financian las diferentes competencias. A ello se añade que todas las Comunidades Autónomas manifestaron su voluntad de acuerdo con las previsiones existentes, por lo que concluye que «del iter seguido no es posible afirmar que los mecanismos de cooperación

y coordinación no hayan funcionado y que, por tanto, se haya infringido el principio de lealtad constitucional, sino que justamente cabe extraer la conclusión contraria» (FJ 9). En base a esos argumentos el fallo tiene carácter desestimatorio.

B) Las *cuestiones de inconstitucionalidad* del período analizado han sido 13:

La Sentencia 146/2011, de 26 de septiembre, resuelve la cuestión planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, respecto al artículo 23 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, que da nueva redacción al artículo 3.1.b) del texto refundido de la Ley de procedimiento laboral. La cuestión se inadmite en todo lo que no se refiere a la «inscripción de empresas». Por otra parte, se analiza el alcance de la reserva de ley orgánica, en relación con constitución de tribunales y posibilidad de que una ley que carezca del carácter de orgánica colabore en la determinación de los asuntos de los que haya de entender cada orden jurisdiccional, con un contenido similar al asunto resuelto en la STC 121/2011. La cuestión es desestimada.

Con igual contenido y fallo que la anterior, la Sentencia 147/2011, de 26 de septiembre, resuelve la cuestión planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, respecto al artículo 23 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, que da nueva redacción al artículo 3.1.b) del texto refundido de la Ley de procedimiento laboral.

La Sentencia 151/2011, de 29 de septiembre, resuelve la cuestión planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Córdoba en relación con la disposición adicional quinta de la Ley de Andalucía 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras, y el artículo 8, apartado 15, de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero. La cuestión resulta inadmitida en lo que se refiere a la ley autonómica al no superar el juicio de aplicabilidad (art. 35 LOTC) por encontrarse suspendida al haber sido recurrida por el presidente del Gobierno con invocación del artículo 161.2 CE en el momento de plantearse la cuestión. Con respecto al resto, se analizan las competencias sobre la aprobación de estatutos, reglamentos de órganos de gobierno y presupuesto de la obra social de cajas de ahorro, que radican en los órganos correspondientes de la comunidad autónoma, de conformidad con los artículos 149.1.11 y 149.3 CE en relación con el artículo 18.1.3 EAAnd (aprobado por Ley Orgánica 6/1981, ya derogado, pero vigente en el momento en que se plantea la cuestión). El asunto es similar al resuelto en STC 118/2011. El fallo declara inconstitucional y nulo el segundo párrafo de la disposición adicional segunda de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las cajas de ahorros, en la redacción dada por el artículo 8, apartado 15, de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero.

La Sentencia 152/2011, de 29 de septiembre, resuelve la cuestión planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Vigo en relación con el artículo 70.4 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia. En ella se cuestionaba la diferencia de trato en los supuestos de parto y acogimiento en detrimento del padre biológico para disfrutar del descanso voluntario

por maternidad, que no resulta irrazonable en la medida en que atienden a finalidades diferentes: proteger la salud de la madre en un caso, facilitar la integración del menor adoptado y contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en otro. La cuestión —similar al asunto resuelto en la STC 75/2011— es desestimada.

La Sentencia 160/2011, de 19 de octubre, resuelve la cuestión planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Córdoba en relación con la disposición adicional quinta de la Ley de Andalucía 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras, y el artículo 8, apartado 15, de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero. El asunto es similar al resuelto en STC 151/2011, por lo que tiene un igual sentido, declarándose la pérdida de objeto en lo relativo a la disposición estatal, declarada inconstitucional y nula en dicha Sentencia.

La Sentencia 161/2011, de 19 de octubre, resuelve la cuestión planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con el artículo 11 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica. En ella se analiza la diferencia de trato derivada de la consideración de ciertos criterios para conceder autorizaciones de oficinas de farmacia por servicio público. No se aprecia que sea razonable «el empadronamiento mínimo de tres años» en la comunidad autónoma, pues la finalidad del servicio farmacéutico es la mejor dispensa y consejo en el suministro de medicamentos, lo que nada tiene que ver con esa realidad geográfica, ni tampoco la prohibición de participar de «los farmacéuticos que tengan más de sesenta y cinco años», por las razones mencionadas en la STC 63/2011 (no se equilibra la posición de ningún grupo desfavorecido, se limita el ejercicio de una actividad empresarial por razón de la edad y no se garantiza la contratación de nuevos profesionales). En cambio, sí que lo es el criterio de «medidas de fomento, mantenimiento y creación de empleo», a la vista del alto desempleo de la comunidad.

La Sentencia 175/2011, de 8 de noviembre, resuelve la cuestión planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en relación con la disposición transitoria segunda de la Ley del Parlamento de Cantabria 7/1994, de 19 de mayo, de coordinación de policías locales. La cuestión se estima por ser la disposición cuestionada contraria a la normativa estatal que, conforme al artículo 149.1.18 CE, tiene carácter de básica.

La Sentencia 177/2011, de 8 de noviembre, resuelve una cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en relación con los artículos 453.2 y 468.b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar. La cuestión interna es estimada respecto a los artículos 453.2, en el inciso «por falta grave», y 468.b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar. Estos artículos preveían que solo podían ser objeto de recurso contencioso-disciplinario militar las sanciones impuestas por faltas graves, no pudiendo ser recurridas por el cauce ordinario las sanciones leves, lo que suponía una vulneración de los artículos 24.1 y 106.1 CE, en oposición además con el artículo 117.5 CE.

La Sentencia 184/2011, de 23 de noviembre, resuelve una cuestión planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con respecto al segundo inciso del artículo 59.2 de la Ley del Parlamento de Cataluña

9/1993, de 30 de septiembre, del patrimonio cultural catalán. En ella se declara la nulidad del precepto legal autonómico que establecía una exención en el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, aplicable a las obras de conservación, mejora o rehabilitación de monumentos declarados de interés nacional por vulnerar el orden constitucional de competencias puesto que la reserva legal para este tipo de supuestos corresponde al legislador estatal; no obstante, en base al principio de seguridad jurídica limita el alcance del fallo y afirma que «las situaciones jurídico-tributarias producidas a su amparo no son susceptibles de ser revisadas» (FJ 7).

En las Sentencias 200 y 201/2011, ambas de 13 de diciembre, las dos planteadas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional respecto de la disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se declara su inadmisión al versar sobre un precepto legal que no es aplicable al caso que da lugar a su planteamiento.

La Sentencia 202/2011, de 13 de diciembre, resuelve la cuestión planteada por la Sala de lo Contencioso-Disciplinario del Tribunal Militar Territorial Cuarto en relación con los artículos 453.2 y 468.b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar y el artículo 64.3 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil. La cuestión es estimada en relación con los artículos 453.2, en el inciso «por falta grave», y 468.b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, y el apartado 3 del artículo 64 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil. La cuestión respecto a los artículos de la LO procesal militar se entiende que ha perdido el objeto, porque fueron declarados nulos por la STC 177/2011. Los artículos de la LO del régimen disciplinario de la Guardia Civil cuestionados se declaran inconstitucionales y nulos aplicando la doctrina de la STC 177/2011.

La Sentencia 205/2011, de 15 de diciembre, resuelve dos cuestiones acumuladas planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con el artículo 143.2 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. En ella se cuestiona la existencia de una posible discriminación entre los pensionistas de incapacidad permanente que trabajan y aquellos que no lo hacen, en la medida en que los primeros pueden acceder en todo momento a la revisión por agravamiento o mejoría de su grado de incapacidad declarado, mientras que los segundos deben esperar a que se cumpla el plazo de revisión que, con carácter vinculante, establecen las resoluciones de reconocimiento del derecho. Finalmente se declara la validez del precepto legal en base a que «[e]n su argumentación, el órgano judicial parece partir de la existencia de un derecho del pensionista a la revisión automática de su grado de invalidez, derecho para cuya actuación fuera de los plazos establecidos de revisión no habría más opción legal que la del acceso al empleo; sin embargo, como ya hemos señalado, del art. 41 CE no se deriva ese pretendido derecho, siendo la norma legal, a la que la Constitución defiere la articulación técnica del sistema de protección, la que establece, tanto por razones de seguridad jurídica como por imperativos de racionalidad y eficacia, un procedimiento para la revisión del grado

de incapacidad, con sujeción a unos plazos mínimos para instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante».

C) Se han dictado seis Sentencias sobre *conflictos positivo de competencias*:

La Sentencia 156/2011, de 18 de octubre, resuelve el conflicto interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña frente a la Resolución de 8 de septiembre de 1999, del Consejo Superior de Deportes, por la que se convocan subvenciones a Universidades privadas con programas de ayuda a deportistas universitarios de alto nivel correspondientes al año 1999. Estima el conflicto y declara vulnerada la competencia autonómica por la Resolución de 8 de septiembre de 1999, del Consejo Superior de Deportes, por la que se convocan subvenciones a Universidades privadas con programas de ayudas a deportistas universitarios de alto nivel correspondientes al año 1999. La resolución se encuadra dentro de las competencias en materia de educación, por tanto, corresponde al Estado la legislación básica y a las CCAA su desarrollo. Desde un punto de vista material, el contenido de la resolución respeta este esquema de reparto, sin embargo, formalmente esta resolución, con rango de orden ministerial, no cumple con las exigencias necesarias para poder ser normativa básica, por su insuficiencia de rango, por lo que tal resolución vulnera las competencias de la Generalitat de Cataluña. Formulan un voto particular los Sres. Gay Montalvo, Pérez Tremps y Ortega Álvarez y la Sra. Asúa Batarrita.

La Sentencia 158/2011, de 19 de octubre, resuelve dos conflictos interpuestos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura en relación con el Real Decreto 324/2000, de 3 de marzo, por el que se establecen las normas básicas de ordenación de las explotaciones porcinas y con el Real Decreto 3483/2000, de 29 de diciembre, por el que se modifica el anterior. En ella se desestima el conflicto y se declara que las disposiciones cuestionadas no vulneran la competencia autonómica en materia de ganadería. Por un lado, la competencia del Estado del 149.1.13 respecto a la planificación general de la actividad económica le permite dictar normativa básica del subsector del ganado porcino que limite la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Extremadura en la materia. Por otro lado, esta competencia autonómica también está limitada por la competencia estatal en materia de sanidad.

La Sentencia 159/2011, de 19 de octubre, resuelve el conflicto interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del Real Decreto 835/2003, de 27 de junio, por el que se regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales. El conflicto es parcialmente estimado y se declara que el Decreto cuestionado vulnera la competencia autonómica. La sentencia retoma la doctrina de la STC 13/1992 sobre subvenciones. La competencia del Estado para establecer normas básicas en materia de régimen local (art. 149.1.18) posibilita el establecimiento de líneas de apoyo económico como las que prevé este Real Decreto, sin embargo, estas subvenciones no deben de ser tramitadas por el Estado, sino que deberán de repartirse entre las CCAA y que estas las gestionen según las normas básicas establecidas por el Estado.

La Sentencia 178/2011, de 8 de noviembre, resuelve un conflicto positivo de competencia interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña en relación

con la Orden TAS/893/2005, de 17 de marzo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones del área de servicios sociales, familias y discapacidad, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y del Instituto de Mayores y Servicios Sociales. La sentencia retoma la doctrina de la STC 13/1992 sobre subvenciones. La subvención de la que aquí se trata se encuadra en la materia «asistencia social», de la que el Estado carece de competencias, lo que no impide que tenga políticas subvencionales en la materia, pero debe realizarlas conforme a lo establecido en el primer apartado del FJ 8 de la STC 13/1992. Por tanto, vulneran la competencia autonómica los preceptos que prevén la gestión estatal de la subvención, aunque no lo que es normativa básica de la subvención.

La Sentencia 194/2011, de 13 de diciembre, resuelve el conflicto Interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña respecto del artículo 8 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 24 de julio de 2000 por la que se regula el procedimiento administrativo referente a las medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 a favor de trabajadores discapacitados en empresas de cincuenta o más trabajadores, reguladas por el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero. En primer lugar, en base al *ius superveniens* se precisa que la resolución deberá dictarse a la luz de la delimitación de competencias que se deriva de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, que atribuye a la Generalitat, en su artículo 170, la competencia ejecutiva en materia de trabajo y relaciones laborales. En la Sentencia se recuerda la doctrina sobre la territorialidad de las competencias ejecutivas autonómicas así como con la correlativa utilización de la supraterritorialidad como criterio de atribución de competencias al Estado, para finalizar recordando que «solo en los casos excepcionales en los que la actividad pública no admita fraccionamiento resulta justificado el ejercicio por el Estado de una competencia de ejecución que no le está atribuida» (FJ 5). La argumentación conduce a estimar el conflicto puesto que «la atribución a un órgano estatal de las facultades para adoptar las resoluciones relacionadas con el cumplimiento alternativo de la cuota de reserva a favor de los trabajadores discapacitados que hace el impugnado art. 8, vulnera el orden constitucional de competencias, de acuerdo con lo previsto en los arts. 149.1.7 CE y 170 del Estatuto de Autonomía de Cataluña».

La Sentencia 207/2011, de 20 de diciembre, resuelve dos conflictos acumulados Interpuestos por el Gobierno de Aragón en relación con diversos preceptos del Real Decreto 324/2000, de 3 de marzo, por el que se establecen las normas básicas de ordenación de las explotaciones porcinas y con el Real Decreto 3483/2000, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 324/2000, respectivamente. En ella se declara que no se vulnera la competencia autonómica en materia de ganadería, reproduciendo los fundamentos de la STC 158/2011.

D) El número de Sentencias dictadas en *recursos de amparo* ha sido de 33:

De los recursos resueltos, 21 han resultado estimatorios, y 3 parcialmente estimatorios, de los anteriores 18 han tenido el carácter de devolutivos. El número de recursos desestimados ha sido de 8.

La Sentencia 143/2011 inadmite el recurso de amparo por no contener justificación alguna de su especial trascendencia constitucional, aun valorando esta exigencia de manera flexible.

Los demandantes de amparo han sido:

- Particulares: 16.
- Entidades mercantiles: 3, en concreto 3 S. L.
- Partido político: 11.
- Diputado autonómico: 1.
- Sindicato: 1.
- Universidad: 1.
- Colegio oficial: 1.

En la Sentencia —dictada por el Pleno— 150/2011, de 29 de septiembre, se rechaza la alegada vulneración de los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad a la inviolabilidad del domicilio, al considerarse que existe una falta de prueba de los daños sufridos en la salud y el domicilio del demandante a causa de contaminación acústica. En ella se toma como antecedente la STC 119/2001 y se parte de que «será ilegal toda pasividad de la Administración que tolere que se excedan los límites fijados en la ordenanza y será contraria al art. 45 CE la inactividad prolongada de la que derive una seria degradación medioambiental de esa zona, pero solo serán materia de un recurso de amparo aquellas omisiones que se traduzcan en la lesión de un derecho fundamental de los invocados», de tal forma que «una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida» para concluir que en el presente caso el demandante no había demostrado sufrir una «lesión real y efectiva» de los derechos invocados, por considerar que las pruebas practicadas no resultaban concluyentes del daño causado sino que se referían a una situación de toda una zona. Formula un voto particular el Sr. Aragón y otro el Sr. Ortega, adhiriéndose a este último el Sr. Gay y la Sra. Pérez Vera. En el caso del primero, se estima que la tutela ofrecida por el TEDH no ha de conducir a que en nuestro ordenamiento haya de considerarse como derecho fundamental, sino que sería un derecho tutelable exclusivamente por la jurisdicción ordinaria, por lo que concluye que hubiera debido modificarse la doctrina anterior del Tribunal y considerar que no existía lesión de un derecho susceptible de amparo constitucional. En el otro voto particular, por el contrario, se considera que sí hubiera debido de concederse en amparo, de acuerdo con el contenido del derecho a la intimidad interpretado a la luz de la jurisprudencia del TEDH.

La Sentencia 179/2011, de 21 de noviembre, aprecia una vulneración del derecho a la libertad personal referida a la detención acordada por la autoridad judicial ante la ausencia de la debida ponderación de las especiales circunstancias concurrentes en el caso, en concreto que el recurrente ya se había personado en las diligencias previas, que

había comparecido voluntariamente y que había prestado declaración como imputado, quedando en libertad.

En la Sentencia 180/2011, de 21 de noviembre, también se aprecia una vulneración del derecho a la libertad personal, en este caso por haberse prolongado la privación de libertad fuera del plazo de 72 horas previsto en el art. 497 LECrim, de tal forma que «en los supuestos de detención acordada por la autoridad judicial, debe computarse desde que se verifica la ejecución material de la decisión de detención».

En la Sentencia 173/2011, de 7 de noviembre, se analiza la supuesta vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y a la intimidad, como consecuencia del acceso a los archivos informáticos personales de un individuo sin contar con su consentimiento, en los que se encuentra material pedófilo. Después de recordar la doctrina constitucional sobre el derecho a la intimidad proyectada sobre archivos informáticos personales («ordenador como medio idóneo para el ejercicio del derecho a la intimidad», FJ 4), interpretada de conformidad con lo señalado al respecto por el TJUE y por el TEDH en varias sentencias [Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de enero de 2008, asunto C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España, S.A.U.*, apartados 61-70; STEDH de 3 de abril de 2007, caso *Copland contra el Reino Unido*, STEDH de 22 de mayo de 2008, caso *Iliya Stefanov contra Bulgaria*], el Tribunal señala que el derecho a la intimidad puede ceder ante un «interés constitucionalmente prevalente» y a tales efectos concluye que *a)* la conducta del técnico de la tienda de informática no vulneró la intimidad porque el demandado dio su consentimiento «indirectamente» a la conducta luego reprochada, y *b)* si bien la actuación de la policía al acceder al contenido sin autorización judicial sí supuso una injerencia en su derecho a la intimidad, esta estuvo justificada por la necesidad de proteger otros bienes constitucionalmente relevantes: «[...] la investigación se circunscribía de manera específica a un delito de distribución de pornografía infantil, lo que resulta relevante, no solo por la modalidad delictiva y la dificultad de su persecución penal al utilizarse para su comisión las nuevas tecnologías e Internet, sino fundamentalmente en atención a la gravedad que estos hechos implican, derivada esta de la pena que llevan aparejados por referirse a víctimas especialmente vulnerables» (FJ 7). La sentencia cuenta con un Voto Particular de la Magistrada Elisa Pérez Vera que tras señalar la deficiente calidad de la ley en cuanto a la protección de la intimidad contenida en medios informáticos, defiende que el TC debió haber sido por ello mismo más riguroso ofreciendo criterios como hizo respecto del derecho al secreto de las comunicaciones en las famosas SSTC 49/1999 y 184/2003. A su juicio, no se daba la urgencia que justificaba la intervención policial sin la previa autorización judicial, por lo que debió estimarse la vulneración del derecho a la intimidad y de la tutela judicial efectiva al haber quedado las pruebas «contaminadas» por su ilegítima obtención.

La Sentencia 193/2011, de 12 de diciembre, rechaza la invocada vulneración del derecho de manifestación debida a la prohibición de cortes de tráfico durante el recorrido de las manifestaciones previstas así como de la utilización de elementos sonoros por encima de los límites marcados por las ordenanzas municipales. En el rechazo del amparo se sopesa la vulneración de los derechos de otras personas, así como la reiteración de las manifestaciones (pues venían realizándose durante meses), por lo que se concluye que

las restricciones exigidas, sin impedir el derecho, permiten el respeto de la normativa específica en materia de ruidos y el ejercicio de la libertad de circulación por parte del resto de los ciudadanos.

La Sentencia 162/2011, de 2 de noviembre, resuelve un recurso de amparo electoral, promovido por el partido político Unificación Comunista de España en relación con la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Santander que confirmó la no proclamación de su candidatura en la circunscripción de Cantabria para las elecciones generales de 2011. En ella se analiza la subsanabilidad de los defectos en los que se puede incurrir al presentar candidaturas ante la Administración electoral, en relación con el (nuevo) artículo 169.3 LOREG, que requiere avales a los partidos políticos sin representación en el Congreso de los Diputados o en el Senado: la insuficiencia de avales es subsanable y se puede corregir en el trámite previsto en el artículo 47.2 LOREG; asimismo, nada impide que las firmas que se requieren se obtengan durante el transcurso de ese trámite de subsanación. En base a esa argumentación el fallo es estimatorio.

La Sentencia 163/2011, de 2 de noviembre, resuelve un recurso de amparo electoral, promovido por el Partido Humanista en relación con la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Santander que confirmó la no proclamación de su candidatura en la circunscripción de Cantabria para las elecciones generales de 2011. En ella se parte de que el requisito de exigir avales a los partidos políticos sin representación en el Congreso de los Diputados o el Senado para concurrir a esos procesos electorales (art. 169.3 LOREG), siendo una restricción del derecho a participar en los asuntos públicos no derivada necesariamente de la CE, tiene un carácter objetivo y no carece de fundamento constitucional (aparte de que ya estaba prevista para otros supuestos —agrupaciones de electores, Parlamento Europeo— y que figura en legislaciones de otros países): por un lado, obedece a la racionalización y perfeccionamiento de la organización y desarrollo del proceso electoral, que se proyecta sobre recursos públicos (las formaciones electorales tienen derecho a una copia del censo, disponen gratuitamente de lugares para colocar propaganda, de locales para celebrar actos, de espacios en medios de comunicación de titularidad pública, disfrutan de tarifas especiales, generan la obligación de confeccionar sobres y papeletas...), por lo que es razonable que acrediten un mínimo respaldo o arraigo ya que el derecho a presentar candidaturas no es ilimitado; por otro, favorecen que la oferta electoral sea más clara, evitando la dispersión del voto entre opciones partidistas que sean expresión de una misma orientación o corriente ideológica; en cuanto al trato desigual respecto a los partidos que sí cuentan con representación en las cámaras, tiene una justificación objetiva y razonable, en cuanto acredita que gozan o han gozado de ese arraigo o respaldo. Tampoco es un requisito desproporcionado, a la vista del porcentaje de firmas que se exige, notablemente inferior al que se establece para las agrupaciones de electores. Por otra parte, se afirma que no se vulnera el derecho de los avalistas a no ser obligados a declarar sobre la propia ideología (art. 16.2 CE), porque se trata de un acto voluntario, en el que por lo demás no se manifiesta una inequívoca adhesión ideológica. Por lo demás, ninguno de los datos personales que se facilitan a la Administración electoral afecta a la intimidad, ya que la participación en la vida política por su propia naturaleza se desarrolla en la esfera pública.

En fin, las firmas no se publican, a diferencia de las listas, y la recogida y tratamiento de los datos por la Administración electoral no vulnera tampoco este derecho. Finalmente, se considera que el derecho al acceso a los cargos públicos no se vulnera por haber recibido de la Administración electoral una información acerca de las firmas inválidas por haber avalado otras candidaturas considerada insuficiente, puesto que se produce en el marco de un procedimiento entre cuyas notas se encuentra la celeridad, la perentoriedad y la preclusión de plazos (además, la invalidez la acredita una certificación de la oficina del censo electoral, a la que habrá de dirigirse para comprobar la existencia de errores y en su caso subsanarlos); en cambio, sí que se producido por considerar insubsanables el defecto de presentar un número insuficiente de avales (de manera similar al asunto resuelto en STC 162/2011).

La Sentencia 164/2011, de 3 de noviembre, resuelve un recurso de amparo electoral, promovido por el partido político Unificación Comunista de España en relación con la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Bilbao que confirmó la no proclamación de su candidatura en la circunscripción de Bizkaia para las elecciones generales de 2011. También en este supuesto se analiza la subsanabilidad de los defectos en los que se puede incurrir al presentar candidaturas ante la Administración electoral, en relación con el (nuevo) artículo 169.3 LOREG, que requiere avales a los partidos políticos sin representación en el Congreso de los Diputados o en el Senado, similar, por tanto, al resuelto en STC 162/2011 e igualmente estimatorio.

La Sentencia 165/2011, de 3 de noviembre, resuelve un recurso de amparo electoral, promovido por el partido político Unificación Comunista de España en relación el Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Pamplona, que inadmitió la demanda formulada contra la no proclamación de su candidatura en la circunscripción de Navarra para las elecciones generales de 2011. Además de considerarse vulnerado el artículo 23 CE por iguales consideraciones que en la Sentencia anterior o en la 162/2011, se estima vulnerado el derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24 CE) al no haber considerado acreditada la representación del partido recurrente cuando el representante de la candidatura tiene un apoderamiento general que le permite actuar en procedimientos judiciales en materia electoral.

La Sentencia 166/2011, de 3 de noviembre, que resuelve un recurso de amparo electoral, promovido por el partido político Demos el Cambio en relación con la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Sevilla que confirmó la no proclamación de su candidatura en la circunscripción de Sevilla para las elecciones generales de 2011; la Sentencia 167/2011, de 3 de noviembre, sobre un recurso de amparo electoral, promovido por el partido Demos el Cambio en relación con la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Córdoba que confirmó la no proclamación de su candidatura en la circunscripción de Córdoba para las elecciones generales de 2011; y la Sentencia 168/2011, de 3 de noviembre, que resuelve un recurso de amparo electoral, promovido por el partido político Partido Solidaridad y Autogestión Internacionalista en relación con la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Pontevedra que confirmó la no proclamación de su candidatura en la circunscripción de Pontevedra para las elecciones generales de 2011. Todas ellas tienen un contenido similar al de la STC 162/2011.

La Sentencia 169/2011, de 3 de noviembre, que resuelve un recurso de amparo electoral, promovido por el Partido Humanista por la circunscripción de Pontevedra, en relación con la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Pontevedra y la Sentencia 170/2011, de 3 de noviembre, que también resuelve un recurso de amparo electoral promovido por el Partido Humanista en relación, en este caso, con la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Toledo que confirmó la no proclamación de su candidatura en la circunscripción de Toledo, en ambos casos para las elecciones generales de 2011. En ellas se reiteran los argumentos de la STC 162/2011.

Igualmente similares a la STC 162/2011 son la Sentencia 171/2011, de 3 de noviembre, resuelve un recurso de amparo electoral, promovido por el Partido Comunista de los pueblos de España en relación con la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Ciudad Real, y la Sentencia 172/2011, de 3 de noviembre, resuelve un recurso de amparo electoral, promovido por el Partido Comunista de los Pueblos de España en relación con la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 32 de Madrid.

En la Sentencia 192/2011, de 12 de diciembre, se rechaza que se hubiera producido la vulneración del derecho al ejercicio de los cargos parlamentarios, a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a la legalidad sancionadora, puesto que la conducta de la actora se encontraba tipificada en el Reglamento del Parlamento de La Rioja y, frente a sus alegaciones, pudo defenderse en el debate sobre su conducta y que dio lugar a la sanción impuesta, por lo que no se conculcó tampoco el derecho al *ius in officium*. En la Sentencia cabe llamar la atención sobre el hecho de que no se cuestionara la proporcionalidad de la sanción impuesta de suspensión durante un mes.

Una vulneración del derecho a la legalidad sancionadora se aprecia en la Sentencia 144/2011, de 26 de septiembre. En ella se recuerda la doctrina al respecto, incidiendo en el doble carácter formal y material y en las especiales connotaciones en el ámbito administrativo. El recurso es parcialmente estimado por no haber respetado la garantía material del principio de legalidad de acuerdo con los criterios ya esgrimidos en la STC 35/2010.

El derecho a la autonomía universitaria se considera vulnerado en la Sentencia 206/2011, de 19 de diciembre. Tras recordar el alcance la protección de la tutela judicial en el caso de personas públicas, se evoca la doctrina sobre la autonomía universitaria, en particular, «su carácter eminentemente instrumental y el amplio margen de que dispone el legislador para configurar su contenido», para a partir de ello analizar el caso concreto, esto es, la regulación que el artículo 56.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria hace del acceso de los presos a la enseñanza universitaria y determinar la inconstitucionalidad de la resolución recurrida «al supeditar el ejercicio de uno de los contenidos de esa autonomía, la potestad normativa para la ordenación de la actividad docente, a la previa suscripción de un convenio interadministrativo» (FJ 6).

Las vulneraciones del artículo 24 de la Constitución se clasifican de la siguiente forma:

a) Acceso a la justicia: Sentencias 141/2011, de 26 de septiembre; 155/2011, de 17 de octubre: decisión de inadmisión que resulta desproporcionada ponderada con

el objetivo de excluir peticiones ajenas a la conciliación. Aunque no hay alegaciones por los recurrentes referidas a la exigencia de la especial trascendencia constitucional (ETC), parece que el TC encuentra que dicha ETC se da en el caso por la ausencia de doctrina del TC sobre la proyección del derecho a la tutela judicial efectiva en su faceta de derecho de acceso a la jurisdicción, sobre un procedimiento judicial de índole no contenciosa como es el de conciliación previa civil (en contraste con la conciliación preprocesal social sobre la que sí se ha pronunciado); formula un voto particular el Sr. Ortega en el que defiende que el canon reforzado que aplica el TC para valorar las decisiones sobre acceso a la jurisdicción para obtener así una resolución judicial, no es aplicable a las decisiones dictadas en un expediente de conciliación por no ser este un procedimiento contencioso; 190/2011, de 12 de diciembre: denegación de legitimación al cónyuge separado legalmente para el ejercicio de la acción que no resulta contraria al principio *pro actione*.

b) Motivación: Sentencia 182/2011, de 21 de noviembre: en ella se cuestiona la aplicación analógica del régimen legal de la subasta sin postor que irrazonablemente asimila la figura del cónyuge que solicita la liquidación del bien común con la del acreedor y la de aquel que no tomó esa iniciativa con la del deudor.

c) Derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: Sentencia 135/2011, de 12 de septiembre; 154/2011, de 17 de octubre; esos mismos derechos conjuntamente con el derecho a la tutela judicial efectiva son el objeto de la Sentencia 153/2011, de 17 de octubre.

d) Derecho a un proceso con todas las garantías: Sentencia 174/2011, de 7 de noviembre, donde se cuestionaba una condena impuesta sin que se permitiese al acusado interrogar a la menor de edad que aparece como víctima de los hechos. La cuestión planteada tenía que ver con «las eventuales limitaciones y modulaciones de las garantías procesales que, en beneficio de los menores que denuncian haber sido víctimas de abusos sexuales, pueden adoptarse cuando sea necesario para evitar que su interrogatorio público con plena contradicción en el acto del juicio oral —en cuanto testigos de cargo especialmente vulnerables—, afecte negativamente a su desarrollo personal y su indemnidad moral y psíquica, que según experiencias contrastadas, presentan especiales tasas de vulnerabilidad en estas situaciones (STEDH de 2 de julio de 2002, caso *S.N. contra Suecia*)» (FJ 3). Si bien no es una cuestión nueva ni en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sí lo es en la jurisprudencia del TC (solo tangencialmente en la STC 41/2003, de 27 de febrero —FJ 3— sobre testimonio de referencia sustitutivo de la exploración personal de la víctima cuando, por su muy corta edad, pueda entenderse que carece de discernimiento). El contenido de las garantías de defensa del demandado (supuesto agresor de la menor) se formula en torno a lo prescrito al efecto por el TEDH, el cual en su Sentencia de 28 de septiembre de 2010, caso *A.S. contra Finlandia* señala que «quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior» (FJ 4). A juicio del Tribunal, el acusado no tuvo la oportu-

nidad de interrogar en modo alguno a la menor; por ello estima el amparo y retrotrae las actuaciones al momento oportuno para el restablecimiento del derecho.

e) Derecho a la defensa: Sentencias 142/2011, de 26 de septiembre; 144/2011, de 26 de septiembre.

f) Resolución fundada en derecho: Sentencia 191/2011, de 12 de diciembre: en ella se señala cómo las recientes SSTC 69 y 143/2011 recordaron la diferencia entre justificar la existencia de una lesión del derecho y justificar que dicha lesión tiene «especial trascendencia constitucional». En este caso sí se justifica, interpretando el requisito de modo flexible dado que el recurso se interpuso antes de dictar la STC 155/2009.

g) Tramitación inaudita parte de una ampliación de una orden europea de detención: Sentencia 181/2011, de 21 de noviembre: el órgano judicial debió haber hecho una lectura de la Ley 3/2003 que permitiera la interpretación conforme a la CE, concretamente a las garantías de defensa del demandante.

En la Sentencia 183/2011, de 21 de noviembre, cabe llamar la atención de que el Tribunal esgrime el criterio de la especial trascendencia constitucional en base al supuesto g) de entre los criterios expuestos en la STC 155/2009, esto es, «cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales», que, en el caso concreto, significaba una decisión sobre una sentencia anulatoria de una titulación universitaria —graduado en ingeniería de edificación— habilitante para el ejercicio de una profesión regulada. Tras unas referencias al alcance de la autonomía universitaria de acuerdo con su anterior doctrina (FJ 6), la resolución deniega el amparo solicitado por entender que la sentencia del Tribunal Supremo cuestionada no vulnera el derecho a la tutela judicial, afirmando que «determinar si una concreta denominación de un título universitario oficial puede inducir a confusión a terceros sobre sus efectos profesionales es una cuestión de legalidad que corresponde resolver a la jurisdicción ordinaria». Formula un voto particular el Sr. Sala al considerar que la sentencia recurrida no contiene el grado de razonabilidad exigible, frente a la opinión expresada por la mayoría.

— Las resoluciones judiciales, según el órgano que las dictó, recurridas han sido:

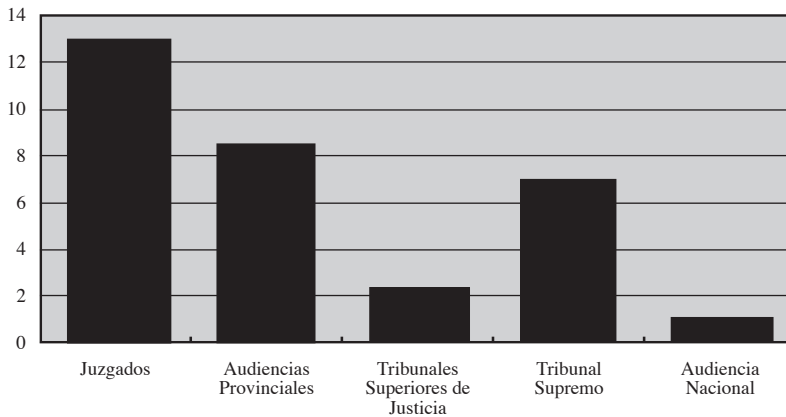
Órgano	Sentencia	Auto	Acuerdo	Providencia	Resolución
Tribunal Supremo	7				
Audiencia Nacional.....		1			
Tribunal Superior de Justicia	2	1			
Audiencia Provincial.....	5	4			
Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.	10	1			
Juzgado de Primera Instancia.....		2			

También ha sido recurrido un Acuerdo de Mesa de Parlamento Autonómico.

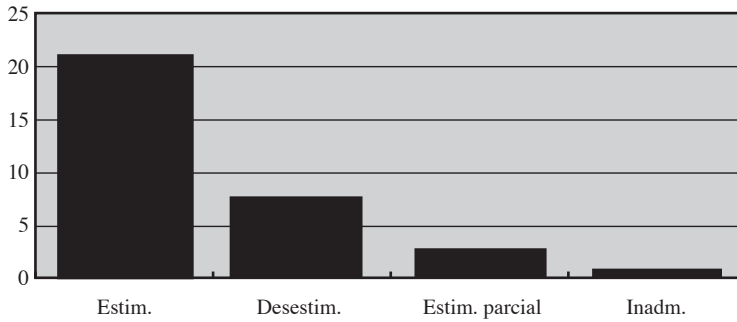
En el período se han pronunciado 8 votos particulares, alguno de ellos firmado por más de un magistrado; los magistrados firmantes han sido:

<i>Magistrados que han formulado votos particulares</i>	<i>Número de votos</i>
— Sr. Aragón Reyes	3
— Sra. Delgado Barrio	1
— Sr. Ortega Álvarez	4
— Sr. Sala Sánchez.....	1
— Sr. Gay Montalvo.....	1
— Sr. Pérez Tremps.....	1
— Sra. Asua Batarrita.....	1
— Sra. Pérez Vera.....	1

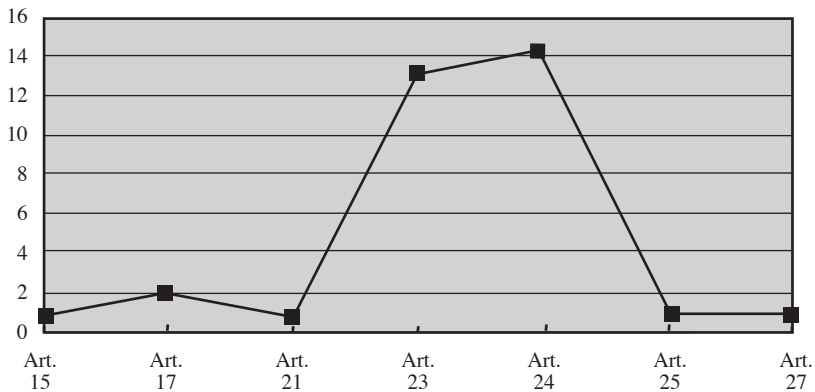
RECURSOS DE AMPARO. ÓRGANO QUE DICTA LA RESOLUCIÓN RECURRIDA
TERCER CUATRIMESTRE DE 2011



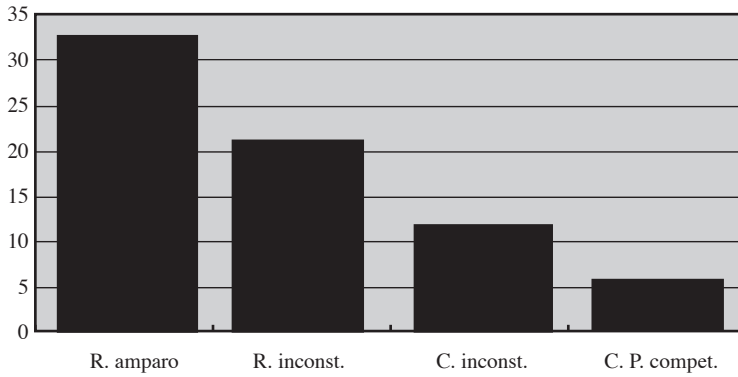
RECURSOS DE AMPARO SEÚN EL CONTENIDO DEL FALLO
TERCER CUATRIMESTRE DE 2011



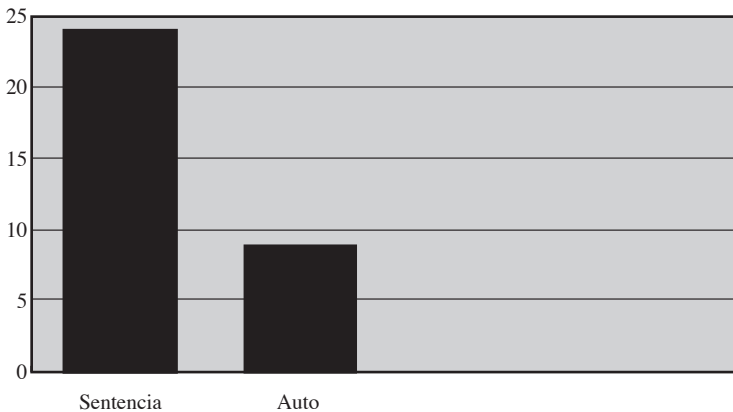
RECURSOS DE AMPARO. DERECHO FUNDAMENTAL ALEGADO
TERCER CUATRIMESTRE DE 2011



RELACIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
TERCER CUATRIMESTRE DE 2011
Por procedimientos



RECURSOS DE AMPARO. TIPO DE RESOLUCIÓN JUDICIAL RECURRIDA
TERCER CUATRIMESTRE DE 2011



DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DURANTE EL TERCER CUATRIMESTRE DE 2011

A la memoria de Miguel Ángel Montañés Pardo

JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS
JUAN CARLOS DUQUE VILLANUEVA
ENRIC FOSSAS ESPADALER
CARLOS ORTEGA CARBALLO

I. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL.—II. FUENTES DEL DERECHO.—III. ESTRUCTURA TERRITORIAL DEL ESTADO.—IV. DERECHOS FUNDAMENTALES.

I. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. Como ya pudo confirmarse en la crónica precedente, la condición electoral de una demanda de amparo no implica, por sí sola, la especial trascendencia constitucional de su contenido (1). Los recursos electorales admitidos (y resueltos) durante este cuatrimestre lo fueron estrictamente por plantear un problema inédito en la jurisprudencia, derivado de la entrada en vigor de una reforma legislativa de alcance general (2). La novedad de la cuestión supuso la admisión a trámite de numerosos recursos motivados por la negativa de la Administración electoral a conceder un plazo para la subsanación del cumplimiento del requisito de la presentación de avales establecido por el nuevo artículo 169.3 LOREG. Todos ellos fueron estimados en la medida en que denuncia-

(1) *REDC*, núm. 93, 2011, pág. 261.

(2) Se trataba de la modificación del artículo 169.3 LOREG por obra de la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero. Sobre el fondo de la cuestión planteada, véase *infra*, págs. 327-328.

ban la imposibilidad de subsanar (3); pero allí donde los recurrentes planteaban, además, que el artículo 169.3 LOREG pudiera ser contrario a la Constitución, merecieron una respuesta desestimatoria que acaso haya ido más allá de lo que el Tribunal podía decir en ese trance y que, desde luego, pone en evidencia una grave imprevisión de la reforma de 2007.

El nuevo artículo 55.2 LOTC impone ahora al Tribunal la obligación de suspender la tramitación de la demanda de amparo y elevar cuestión de inconstitucionalidad al Pleno cuando la lesión de derechos invocada en el recurso pudiera traer causa inmediata de la ley aplicada. No cabe ya, por tanto, la estimación del amparo previa al planteamiento de la cuestión interna, evitándose así la posibilidad de que, descartada después la inconstitucionalidad de la ley, ésta haya sido excepcionalmente inaplicada en un supuesto singular. La fórmula es, en principio, inobjetable, pues no sólo redundaría en beneficio de la coherencia del sistema, sino también en la autoridad de la ley, que con el régimen anterior padecía necesariamente ante la cualificada duda de validez que suponía su inaplicación por el propio Tribunal Constitucional (4). Ciertamente se dilata ahora la resolución del proceso de amparo, pero el perjuicio individual que ello implica puede mitigarse en los extremos más gravosos mediante la suspensión del acto de aplicación recurrido. Salvo que la ley aplicada sea la Ley Electoral.

En ese caso, fatalmente, el recurso de amparo nunca podrá resolverse antes de la celebración de las elecciones a las que se pretende concurrir. El Ordenamiento quedará objetivamente depurado, desde luego, tras la sentencia que resuelva la cuestión interna planteada con suspensión del amparo electoral, pero el derecho subjetivo invocado por el recurrente no se beneficiará, en su caso, de una reparación efectiva. Así las cosas, el sistema puede conducir a una conclusión diabólica: Las reformas inconstitucionales de la Ley Electoral tienen

(3) SSTC 164 a 170/2011, todas de la Sala Primera y de 3 de noviembre. Es de subrayar, por otra parte, que la STC 165/2011, pese a no ser necesario para resolver el fondo de la cuestión suscitada en el contencioso electoral, no deja de pronunciarse sobre una posible lesión autónoma del artículo 24.1 CE. La razón es que, en otro caso, nunca habría ocasión de sentar doctrina sobre un problema de representación en juicio que sólo se suscita en el curso de los procesos electorales (STC 165/2011, FJ 3).

(4) Que no eximía, sin embargo, a los jueces ordinarios de su obligación de continuar aplicándola, como recordaba el ATC 61/2004 (Pleno), de 24 de febrero, reseñado en *REDC*, núm. 71, 2004, pág. 304. La única alternativa era el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. En general, sobre el planteamiento de cuestiones pueden destacarse este cuatrimestre las SSTC 151/2011, de 29 de septiembre, y 160/2011, de 19 de octubre, en las que el Pleno advierte de que no puede ser cuestionada la ley suspendida *ex* artículo 161.2 CE con ocasión de un recurso directo. La razón es que, no siendo entonces aplicable al caso, no se dan las condiciones que la hacen relevante a los efectos del artículo 163 CE. Sobre el objeto de ambas Sentencias, véase *infra*, págs. 312-313.

asegurada su aplicación incontestable en los comicios inmediatos a su entrada en vigor.

Una consecuencia de ese tenor debería ser suficiente para volver sobre la reforma de 2007 y permitir que en el caso de los amparos electorales, excepcionalmente, la cuestión interna de inconstitucionalidad pudiera plantearse una vez estimada la demanda. En otro caso, además del efecto perverso antes señalado, puede producirse la consecuencia de una grave desnaturalización del proceso de amparo electoral. Es, en cierto modo, lo que ha venido a suceder en la STC 163/2011, de 2 de noviembre, en la que la Sala Primera, ante un cuestionamiento directo del artículo 169.3 LOREG, acaba haciendo un verdadero juicio de constitucionalidad del precepto. No tanto para descartar la necesidad de cuestionarlo ante el Pleno, cuanto para avalar, materialmente, su conformidad con la Constitución. En este sentido es muy expresiva la afirmación de que «hemos de examinar, en procesos como el que nos ocupa, si una determinada *norma* (5) o el acto de aplicación de ésta se atempera o resulta conciliable con lo que cabe reconocer como concepto (o imagen) constitucionalmente garantizado de la representación política» (STC 163/2011, FJ 3, *in fine*). Juicio, pues, sobre una *norma*, por más que contraído, «desde el limitado ámbito del recurso de amparo electoral, a constatar si el requisito legal impuesto por el art. 169.3 LOREG [...] resulta o no lesivo del derecho de acceso a los cargos públicos [...]» (STC 163/2011, FJ 2). Y juicio, por lo demás, muy exhaustivo, como se desprende de la extensa fundamentación jurídica de la resolución. Obviamente, el fallo no se pronuncia sobre la constitucionalidad de la ley, pero toda una serie de Autos posteriores que inadmiten sendos amparos electorales dirigidos únicamente contra el artículo 169.3 LOREG toman pie en la STC 163/2011 para afirmar que «dicho precepto no puede ser considerado lesivo del art. 23.2 CE» [ATC 134/2011 (Sala Primera), de 3 de noviembre, FJ 5] (6).

(5) *Cursiva añadida.*

(6) En el mismo sentido, AATC 135 a 147/2011, de las mismas Sala y fecha. Todos ellos inadmiten las respectivas demandas «por inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo» (ATC 134/2011, FJ 5), es decir, en aplicación del artículo 50.1.a) LOTC y no, como es habitual, por falta de trascendencia constitucional del contenido del recurso [art. 50.1.b) LOTC]. Como quiera que los recursos inadmitidos por los AATC 134 a 144/2011 se interpusieron antes que el que dio lugar a la STC 163/2011, cabe deducir que en aquellos casos el Tribunal centró el examen de admisibilidad en la posible existencia de una lesión de los derechos invocados, pues no habría podido rechazarlos si hubiese atendido únicamente al criterio de la trascendencia, como hizo al admitir después la demanda que propició la STC 163/2011, cuya trascendencia constitucional hay que entender que sólo adquirió relevancia una vez apreciada la existencia de una lesión. Si así fueran las cosas, el giro advertido supondría desandar todo lo avanzado en el proceso de objetivación del amparo iniciado con la reforma de 2007, aparentemente consolidado con reso-

Si éste, en definitiva, no ha sido el caso (7), habrá que esperar al supuesto en el que el juicio material de constitucionalidad de la ley haga inevitable suspender el proceso para plantear la cuestión al Pleno. Es impensable que la Sala, pese a la evidencia del efecto diabólico del artículo 55.2 LOTC, estime el amparo o declare la inconstitucionalidad de la ley aplicada. Pero, precisamente porque esta alternativa sería inconcebible, es de temer que, atrapado entre aquel efecto y esa alternativa imposible, el Tribunal se sienta obligado a forzar un juicio favorable a la constitucionalidad de la ley.

2. El anterior es un problema nacido de la imprevisión del legislador de 2007. Pero el propio Tribunal es responsable de propiciar situaciones que terminan por colocarle ante disyuntivas que hacen impracticable el juicio que la ley merece. Basta pensar en el caso del recurso contra la llamada Ley del matrimonio homosexual, pendiente desde hace cerca de siete años y cuya eventual estimación afectaría de manera tan radical al estado civil de tantas personas (incluida la filiación de menores) que ningún juez razonable podría dejar de ser sensible a esas consecuencias. Seguramente nunca hasta el punto de condicionar su juicio, pero sí haciéndole más difícil el ejercicio de su función y, en el mejor de los casos, invitándole a improvisar fórmulas y categorías procesales para minimizar el daño de una declaración de nulidad. De ahí la importancia de la suspensión cautelar, especialmente cuando se trata de leyes relativas al estatuto de la persona y a los derechos de los menores. Y, en cualquier caso, cuando la suspensión no es posible (8), la necesidad de una resolución inmediata del proceso.

Lamentablemente, el Tribunal no parece estar en condiciones de resolver siquiera en un plazo razonable los numerosos procesos abiertos contra normas con rango de ley. Ni aun los que él mismo plantea, como viene a demostrar el hecho de que la STC 177/2011 (Pleno), de 8 de noviembre, estima una cuestión de inconstitucionalidad elevada por la Sala Segunda en el año 2002 (9). Como

luciones tan inequívocas como el ATC 46/2011, de 28 de abril (comentado en *REDC*, núm. 92, 2011, pág. 285).

(7) Sobre las razones de fondo de la STC 163/2011 en cuanto a la constitucionalidad del artículo 169.3 LOREG, véase *infra*, págs. 327-328.

(8) El ATC 132/2011 (Pleno), de 18 de octubre, confirma la doctrina sobre el artículo 30 LOTC recientemente recordada en el ATC 90/2010 (Pleno), de 14 de julio —del que se dio cuenta en la crónica publicada en *REDC*, núm. 90, 2010, págs. 189-190—, denegando, en consecuencia, la suspensión de la Ley Foral 16/2010, de 8 de noviembre, por la que se crea el registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, impugnada por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso.

(9) Se trata de la cuestión planteada con la STC 202/2002, de 28 de octubre, en relación con los artículos 453.2 y 468.b) de la Ley Orgánica Procesal Militar. Para los detalles, *infra*, pág. 330.

es sabido, esta demora en la resolución añade a la dificultad objetiva de todo juicio de constitucionalidad un problema en ocasiones casi inextricable, como es el de la identificación precisa de la norma que finalmente ha de tenerse por impugnada y, con frecuencia, también la de la norma con la que debe ser contrastada.

Este cuatrimestre ha sido especialmente prolijo en resoluciones que ponen de manifiesto la importancia de la gestión del tiempo en el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Toda una serie de recursos interpuestos entre los años 2000 y 2002 se han resuelto en 2011 aplicando ya el artículo 135 CE en su versión recientemente reformada. A la primera Sentencia que se ha valido del nuevo precepto constitucional —recordando implícitamente, además, al citar la STC 134/2011 (10), que la reforma no ha hecho posible nada que no pudiera hacerse antes—, la STC 157/2011 (Pleno), de 18 de octubre, le han seguido una decena de resoluciones que abundan en la doctrina conocida del *ius superveniens*, también aplicada en la STC 194/2011 (Pleno), de 13 de diciembre, en relación con el Estatuto catalán de 2006.

Con arreglo a dicha doctrina, como es sabido, la derogación de la ley impugnada a través de un recurso de inconstitucionalidad supone, en principio, la desaparición sobrevenida del objeto proceso. Se excepcionan los recursos de carácter competencial y, como afirma el Pleno en la STC 136/2011, de 13 de septiembre (11), aquéllos en los que se cuestiona la correcta tramitación del procedimiento de elaboración de la ley. En ese caso, «la eventual derogación o modificación de alguna de las normas contenidas en [la] disposición legal no incidiría en el control de los vicios de validez en que pudiera haberse incurrido al momento de su aprobación, con lo cual subsiste el interés constitucional de velar por el recto ejercicio de la potestad legislativa» (STC 136/2011, FJ 2). Y ello porque —con cita de otras resoluciones— «es función esencial de esta jurisdicción garantizar “la primacía de la Constitución” (art. 27.1 LOTC) y asegurar en todo momento, sin solución de continuidad, el correcto funcionamiento del sistema de producción normativa preconizado por la Norma fundamental, depurando y expulsando del ordenamiento las normas impugnadas que se aparten de dicho sistema, con independencia de que se encuentren o no en vigor cuando se declara su inconstitucionalidad. Es la pureza misma del ordenamiento jurídico la que se ventila en esta sede jurisdiccional, y ello ha de decidirse en términos de validez o invalidez *ex origine* de las normas impugnadas, sin

(10) A la que se hizo referencia en la crónica precedente, *REDC*, núm. 93, 2011, pág. 258, nota 4, y págs. 282-285.

(11) Comentada *infra*, págs. 294-300.

atender a su vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo constitucional» (*loc. ult. cit.*).

3. Si bien durante el período examinado no son de advertir inflexiones o matices en ninguna de las líneas fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal en relación con cuestiones procesales o, más en general, sobre el concepto y el alcance de la jurisdicción constitucional, sí pueden encontrarse indicios de que algunas cuestiones muy principales podrían ser objeto de reconsideración en un futuro indeterminado.

Muy en particular merece destacarse el voto particular del Magistrado Sr. Aragón Reyes a la STC 150/2011 (Pleno), de 29 de septiembre, desestimatoria de una demanda de amparo por vulneración de derechos fundamentales ocasionada por el ruido. Al margen de la cuestión de fondo (12), la crítica del Magistrado discrepante se dirige contra lo que considera un entendimiento equivocado del artículo 10.2 CE. A su juicio, este precepto no permitiría la «incorporación encubierta» (voto particular, apartado 3) de nuevos derechos, sino que sólo impone la interpretación de los derechos constitucionales (y sólo de ellos) con arreglo a pautas que no pueden llevar al punto de desnaturalizarlos. Para el Magistrado discrepante, la jurisprudencia del Tribunal Europeo que, más allá del contenido de un derecho fundamental reconocido en la Constitución, deduce del Convenio un contenido adicional, no amplía el elenco de los derechos constitucionales ni transmuta su contenido propio, sino que asegura a los españoles un derecho subjetivo que se integra en el Ordenamiento nacional con los efectos del artículo 96.1 CE (no con los del art. 10.2 CE) y que, por tanto, ha de ser asegurado por los Tribunales españoles como tal derecho subjetivo, pero sin valor de derecho fundamental.

Esta crítica radical al entendimiento común del valor de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo advierte, cuando menos, de la existencia en el Tribunal Constitucional de un debate interno cuya deriva no es posible anticipar (*Juan Luis Requejo Pagés*).

II. FUENTES DEL DERECHO

1. Sin duda la resolución más novedosa en materia de fuentes durante el período que comprende esta crónica es la STC 136/2011 (Pleno), de 13 de septiembre, en la que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la

(12) Para los detalles, véase *infra*, págs. 322-323.

constitucionalidad de las denominadas «leyes de acompañamiento» anuales, con ocasión del recurso de inconstitucionalidad promovido por Diputados del Grupo Parlamentario Socialista contra determinados preceptos de la Ley 50/1998, de 30 de octubre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Los recurrentes adujeron diversos motivos impugnatorios a través de los cuales cuestionaron la constitucionalidad de la existencia de ese tipo de leyes, los límites que, en su caso, operan sobre las mismas, así como las infracciones del procedimiento legislativo acaecidas a su juicio con ocasión de la concreta tramitación de la Ley 50/1998.

El Tribunal desestima el alegato de los recurrentes sobre la imposibilidad constitucional de la existencia de este tipo de leyes, que con carácter anual y contenido heterogéneo e impredecible inciden sobre múltiples y diversas normas, dado que el texto constitucional ni las prohíbe ni establece límites a su uso o contenido. En este sentido, en la Sentencia se afirma que «el dogma de la deseable homogeneidad de un texto legislativo no es un obstáculo insalvable que impida al legislador dictar normas multisectoriales, pues tampoco existe en la Constitución precepto alguno, expreso o implícito, que impida que las leyes tengan un contenido heterogéneo», con la salvedad prevista para la iniciativa legislativa popular [art. 5.2.c) Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo]. Rechazada una supuesta prohibición constitucional a las leyes de acompañamiento, también se descarta que exista algún límite a su uso o contenido, ya que «la Constitución no prevé que el principio de competencia o especialidad obligue a que sólo puedan aprobarse constitucionalmente normas homogéneas que se refieran a una materia concreta». Los reseñados pronunciamientos no son obstáculo, sin embargo, para que el Tribunal llegue a admitir que ese tipo de leyes «puede[n] ser expresión de una deficiente técnica legislativa», lo que no puede determinar, obviamente, su inconstitucionalidad. En definitiva, la Sentencia concluye la desestimación de este concreto motivo impugnatorio declarando que «ningún óbice existe desde el punto de vista constitucional que impida o limite la incorporación a un solo texto legislativo, para su tramitación conjunta en un solo procedimiento, de multitud de medidas normativas de carácter heterogéneo» (FJ 3).

Las leyes de acompañamiento tampoco alteran en principio, ni lo ha hecho la ley impugnada en este proceso constitucional, el sistema de fuentes, tal y como sostenían los recurrentes. Su relación con la ley de presupuestos generales del Estado, al igual que la relación de cualquier ley ordinaria con este tipo de fuente, se rige por el principio de competencia, en cuanto la ley de presupuestos generales del Estado tiene un contenido constitucionalmente definido que queda fuera del alcance de cualquier norma jurídica y únicamente en supuestos excep-

cionales *ex* artículo 134.5 CE, en concreto cuando se trate de un gasto inaplazable provocado por una circunstancia sobrevenida, puede la ley ordinaria modificar la previsión de ingresos y la autorización de gastos contenidas en la ley de presupuestos. De otra parte, las relaciones entre las leyes de acompañamiento y el resto de las leyes ordinarias, con excepción de las reservas materiales constitucionalmente previstas, se desenvuelven en la estricta aplicación del criterio de sucesión temporal de leyes *lex posterior derogat priori*. Dado que en la ley impugnada no figuran disposiciones de naturaleza presupuestaria que formen parte del contenido constitucionalmente definido de la ley de presupuestos generales del Estado, ni su contenido heterogéneo modifica o altera su naturaleza de ley ordinaria, el Tribunal rechaza que altere el sistema de fuentes establecido por la Constitución (FJ 4).

El Tribunal también desestima el genérico alegato de los recurrentes sobre la posible infracción del principio democrático, el pluralismo político, la separación de poderes y los derechos de las minorías (arts. 1.1 y 66 CE), pues, se afirma en síntesis en la Sentencia, «la ley es el fruto de la potestad legislativa del Estado que la Constitución atribuye a las Cortes Generales (art. 66.2 CE)» y el principio democrático (art. 1.1 CE) impone que «la formación de la voluntad de las Cortes Generales se articule a través de un procedimiento cuyos rasgos estructurales ha prescrito el texto constitucional», conforme al cual «la aplicación del principio mayoritario y, por tanto, la consecución de una determinada mayoría como fórmula para la integración de voluntades concurrentes, es el instrumento por el que ha optado nuestra Constitución para encauzar la voluntad de los ciudadanos». Y precisamente, eso es lo que ha sucedido en el procedimiento legislativo en el que se ha aprobado la ley recurrida (FJ 5).

Una extensa argumentación ofrece la Sentencia en relación con la aducida vulneración por los recurrentes del artículo 90.2 CE, como consecuencia de la introducción de enmiendas en el Senado al texto remitido por el Congreso de los Diputados, lo que a su juicio había impedido la presentación por las minorías de otras enmiendas de sentido distinto a las de la mayoría, viendo limitada su participación al rechazo o aceptación de dichas enmiendas.

Tras recordar que los reglamentos parlamentarios pueden operar como parámetro de constitucionalidad de la ley, el Tribunal declara que «[I]a materia y el objeto del procedimiento [legislativo] lo delimita [...] el autor de la iniciativa legislativa, de modo que cumplidos los requisitos reglamentariamente exigidos para su admisión a trámite [...] el procedimiento debe contraerse al mismo y actuarse en su marco, sin perjuicio de que a través del derecho de enmienda los representantes de los ciudadanos puedan incidir en el texto de la iniciativa, rechazándolo (enmienda a la totalidad con devolución del texto), alterándolo

(enmienda de totalidad con proposición de texto alternativo) o modificándolo (enmiendas parciales de modificación, supresión o adición)». Después de esta consideración general sobre la exigencia de que el ejercicio de la potestad legislativa de las Cámaras se contraiga a la materia y objeto de la iniciativa legislativa, la Sentencia reseñada, refiriéndose en concreto al procedimiento legislativo de las Cortes Generales, reproduce la doctrina sentada en la STC 119/2011, de 5 de julio (13), sobre el requisito de la conexión u homogeneidad entre las enmiendas al articulado y los textos enmendados, derivado «del carácter subsidiario que, por su propia naturaleza, toda enmienda tiene respecto al texto enmendado», si bien se precisa, en relación con las leyes de acompañamiento que en este caso «la conexión de homogeneidad ha de entenderse de modo flexible que atienda también a su funcionalidad». En consecuencia, no caben enmiendas parciales que no guarden una conexión de homogeneidad mínima con el proyecto de ley y la tramitación de enmiendas que no satisfagan ese requisito constituye un vicio en el desarrollo del procedimiento legislativo que puede llegar a alcanzar relevancia constitucional «si alterase de forma sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras», lo que ocurrirá cuando se constriña la participación de las minorías, así como en determinadas circunstancias puede suponer también una limitación ilegítima al ejercicio de los derechos y facultades que integran el estatuto constitucionalmente relevante de los representantes políticos (art. 23.2 CE).

Esta doctrina constitucional sobre la exigencia de conexión u homogeneidad entre las enmiendas y el texto enmendado conecta, y completa, la doctrina sentada al respecto en la STC 119/2011, si bien en este caso no puede dejar de resaltarse tan extenso y prolijo razonamiento para concluir desestimando el motivo impugnatorio aducido por los recurrentes dada la insuficiente argumentación de la demanda en este extremo, pues en ella ni siquiera se identifican los preceptos a los que dieron lugar las enmiendas indebidamente tramitadas y aprobadas en el Senado (FFJJ 7 y 8).

Descarta también el Tribunal que la ley recurrida, por su contenido indefinido, vulnere los principios de publicidad y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). En cuanto al primero, se reitera en la Sentencia precedente doctrina constitucional, según la cual el principio de publicidad de las normas es un «elemento inherente al de seguridad jurídica», constituyendo «una garantía básica del Ordenamiento

(13) Véase la crónica correspondiente a la doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2011, *REDC*, núm. 93, 2011, págs. 272-276. Asimismo, en relación con las enmiendas transaccionales, véase la reseña a la STC 204/2011, de 15 de diciembre, recogida en este mismo apartado de la crónica, págs. 304-306. Asimismo, págs. 319-320.

jurídico «que implica la exigencia de que las normas sean dadas a conocer públicamente mediante su inclusión en los boletines oficiales correspondientes [...] antes de que pueda exigirse su cumplimiento general». El Tribunal entiende que en este caso se han cumplido con los requisitos de publicidad exigibles, en la medida en que la ley impugnada, como es común requisito de toda norma legal, ha sido objeto de publicación en el BOE, «no siendo posible entender, en consecuencia, que dicha publicación no basta para el conocimiento formal de las disposiciones que la norma publicada incorpora». De otra parte, tampoco ha resultado infringido el principio de seguridad jurídica, pues la norma «tiene un objeto que, aunque heterogéneo, está perfectamente delimitado», teniendo todos sus destinatarios «(operadores jurídicos y ciudadanos) conocimiento del mismo» mediante su publicación en el BOE, siendo sus preceptos en principio claros, sin que ofrezcan especiales dificultades de comprensión y entendimiento que puedan inducir a error o confusión a sus destinatarios (FJ 9).

Finalmente, desde la perspectiva de la constitucionalidad de la existencia de las leyes de acompañamiento y de sus límites, se declara en la Sentencia, tras rechazar diversas infracciones referidas a las normas reguladoras del procedimiento legislativo (antecedentes que deben acompañar al proyecto de ley, vulneración de las normas reguladoras de las comisiones legislativas permanentes y la utilización del procedimiento de urgencia —FJ 10—), que no es factible aplicar a las leyes de acompañamiento los límites constitucionales previstos para la ley de presupuestos generales del Estado, al no ser aquélla la fuente al que se refiere el artículo 134 CE, de modo que «las limitaciones materiales y temporales a que el constituyente ha sometido el instrumento presupuestario sólo a éste se refieren, no pudiendo extrapolarse a otras disposiciones generales que, no siendo fruto de la actividad presupuestaria de las Cortes (art. 134 CE), son el resultado del ejercicio genérico de su actividad legislativa (art. 66.2 CE)», de modo que a la ley de acompañamiento no lo es aplicable, por ejemplo, la limitación constitucional de la prohibición de crear tributos prevista en el artículo 134.7 CE para la ley de presupuestos generales del Estado (FFJJ 11 y 12).

A la Sentencia formuló un voto particular discrepante (14) el Magistrado Sr. Aragón Reyes, en el que se recogen los argumentos por él defendidos en la

(14) A la Sentencia también formuló voto particular concurrente el Magistrado Sr. Ortega Álvarez, en el que pone de manifiesto su discrepancia con la crítica que en el texto de la mayoría se hace a la ley enjuiciada desde la perspectiva de su calidad técnica. En su opinión, tal crítica no debería haber figurado en el texto de la Sentencia, en primer lugar, porque el «juicio de constitucionalidad» que corresponde hacer a este Tribunal «no lo es de la técnica legislativa», pero, además, porque «[l]a complejidad política, social y económica de una sociedad desarrollada, tiene como natural correlación la existencia de un ordenamiento extenso y complejo» y «los ritmos que

deliberación del Pleno a favor de la estimación del recurso de inconstitucionalidad y que junto con los razonamientos recogidos en la fundamentación jurídica de la Sentencia revelan los términos en los que se desarrolló el debate sobre la constitucionalidad de las leyes de acompañamiento anuales. Para el autor del voto este tipo de leyes suponen, en primer lugar, una «deplorable técnica legislativa», en cuando, de un lado, constituyen, dado su calendario de tramitación que coincide con el de la ley de presupuestos generales del Estado, un instrumento ideado para evadir la doctrina del Tribunal que «puso freno al inconstitucional desbordamiento de las leyes de presupuestos», y, de otro lado, su heterogéneo contenido y ausencia de sistema «provoca un innegable efecto descodificador del ordenamiento jurídico de tal magnitud [...] que origina una evidente incertidumbre sobre la normativa vigente, lo que representa un riesgo, sin duda, para la seguridad jurídica garantizada por el art. 9.3 CE». Aparte de la gravedad de los defectos señalados, la razón de la inconstitucionalidad de este tipo de leyes radica, a juicio del citado Magistrado, «en la vulneración del principio democrático (art. 1.1 CE), como manifestación de la soberanía popular (arts. 1.2 y 66.1 CE y STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 3) y su proyección sobre el procedimiento legislativo (arts. 66.2, 89.2 y 90 CE, en particular)», desnaturalizando estas leyes «la función legislativa de las Cortes, así como la concepción constitucional de la ley (ínsita en los arts. 1.1 y 2 y 66.1 y 2 CE) como expresión de la voluntad popular». Se argumenta al respecto en el voto particular, en síntesis, que la ley recurrida, como consecuencia de los avatares de su tramitación parlamentaria, resulta contraria a la Constitución y a los Reglamentos de las Cámaras por las restricciones ilegítimas que ha supuesto para la potestad legislativa de las Cortes Generales (art. 66.2 CE), en cuanto (i) en el Congreso de los Diputados se introdujeron numerosas enmiendas en el proyecto de ley sin conexión alguna con el mismo que encubren verdaderas iniciativas legislativas, lo que supone no sólo una infracción constitucional en el procedimiento legislativo, sino, además, la lesión del derecho de los Diputados al ejercicio del cargo (art. 23.2 CE); (ii) en el Senado se introdujeron también enmiendas que no guardaban relación de homogeneidad material ni textual con el proyecto de ley remitido por el Congreso de los Diputados, con la consiguiente infracción constitucional en el desarrollo del procedimiento legislativo y la lesión del derecho al ejercicio del cargo de los Senadores y Diputados; y, en fin, (iii) se menoscabó también el principio de especialidad parlamentaria desde el punto de vista orgánico, al debatirse en una

gobiernan este tipo de sociedad dotan a muchas de sus normas de un contenido temporal, para adecuarse a las situaciones cambiantes», de modo que «las leyes transversales como la aquí enjuiciada son una respuesta parlamentaria a este tipo de realidad que es propia de nuestra época».

única Comisión múltiples modificaciones normativas que afectaban a los más dispares sectores del Ordenamiento jurídico, sustrayendo el conocimiento del asunto a la Comisión especializada correspondiente (arts. 75.2 CE y 43.2 RCD). Concluye el voto particular manifestado su autor que la estimación del recurso debió conducir a la inconstitucionalidad de la ley, sin efectos anulatorios, «teniendo en cuenta no sólo el hecho de la eventual derogación o modificación de algunos de sus preceptos contenidos en dicha Ley a la fecha de pronunciarse los efectos, sino también la necesidad de evitar el vacío normativo que se produciría en diversos sectores del ordenamiento por la nulidad de la ley declarada inconstitucional», debiendo hacerse una llamada al legislador para que «en lo sucesivo se abstenga de volver utilizar la técnica legislativa de las llamadas «leyes de acompañamiento», con la advertencia de que la utilización futura de este tipo de leyes será declarada inconstitucional y nula, con efectos *ex tunc*».

2. El presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» exigido por el artículo 86.1 CE para la utilización de la figura del decreto-ley mereció la atención del Tribunal, una vez más, en la STC 137/2011 (Pleno), de 14 de septiembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por Diputados del Grupo Parlamentario Socialista contra el artículo 1 del Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes. El precepto impugnado, que modificaba determinados artículos de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen de suelo y valoraciones, establecía los criterios para la clasificación del suelo no urbanizable y fijaba las condiciones de ejercicio del derecho a promover la transformación del suelo urbanizable.

Con cita de una precedente y consolidada doctrina constitucional, en la Sentencia se sintetizan los requisitos para apreciar o no la concurrencia del presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad que legitiman que el Gobierno pueda acudir a la figura del decreto-ley, así como el alcance de la función fiscalizadora que al respecto corresponde al Tribunal: *a)* el decreto-ley constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación en el mismo de las minorías, por lo que la utilización de esta figura normativa está sometida al cumplimiento de todos los presupuestos circunstanciales y materiales enunciados en el artículo 86.1 CE; *b)* el concepto de «extraordinaria y urgente necesidad» no es una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueve libremente sin restricción alguna, sino que, por el contrario, constituye un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes, correspondiendo al Tribunal garantizar el cumplimiento de este límite, de modo que en supuestos de uso abusivo o arbitrario puede rechazar la definición que los órganos políticos hagan

de una situación determinada como de «extraordinaria y urgente necesidad»; c) la utilización del instrumento normativo del decreto-ley se estima legítima en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país que por razones difíciles o imposibles de prever requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta en un plazo más breve que el requerido para su adopción por el procedimiento legislativo, y d) la situación de extraordinaria y urgente necesidad es preciso que sea explicitada y razonada por el Gobierno, así como que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida y las medidas que en el decreto-ley se adoptan (FJ 4).

El Tribunal, después de precisar que el enjuiciamiento sobre la concurrencia o no del presupuesto habilitante del decreto-ley se circunscribirá exclusivamente al precepto recurrido, pese a que éste se inserta en un conjunto de disposiciones contenidas en el decreto-ley, y de rechazar, como pretendía el Abogado del Estado, que se tomase en consideración que ese decreto-ley formaba parte de un conjunto de decretos-leyes aprobados en la misma fecha, estima que en este caso el Gobierno, al que le corresponde acreditar la concurrencia de dicho presupuesto habilitante, nada había justificado en la exposición de motivos del decreto-ley ni en el debate de convalidación «sobre la necesidad y urgencia de corregir la situación diagnosticada del mercado inmobiliario», a la que se pretendía hacer frente, ni «nada había alegado sobre la necesidad de una acción normativa inmediata, como la llevada a cabo a través del precepto impugnado, en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes, bien sea por el procedimiento ordinario o por el de urgencia», sin que tampoco se hubiera justificado «cuáles podrán ser los perjuicios u obstáculos que para la consecución de los objetivos perseguidos se seguirían de la tramitación de la modificación normativa que lleva a cabo el precepto recurrido por el procedimiento legislativo parlamentario». Al razonamiento expuesto, el Tribunal añade que la situación de rigidez del mercado inmobiliario a la que se pretendía hacer frente ya había sido apreciada y puesta de manifiesto en otros instrumentos normativos con anterioridad al decreto-ley recurrido, por lo que aquella situación no parece que pudiera «presentar las notas de imprevisibilidad y excepcionalidad que definen la existencia de una necesidad extraordinaria y urgente que exija una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes». Finalmente, se rechaza en la Sentencia que la concurrencia del presupuesto habilitante pueda entenderse justificada con el recurso a la genérica y abstracta fórmula, contenida en el preámbulo del decreto-ley impugnado, de que «en la adopción de estas medidas [...] concurren, por naturaleza y finalidad de las mismas, la circunstancia de

extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución para la utilización del Real Decreto-ley» (FJ 7) (15).

3. Las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por diversos órganos judiciales en relación con la reducción de las retribuciones de los empleados públicos impuesta por el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit, dando nueva redacción a diversos preceptos de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, suscitaron diferentes temas relevantes en lo que a este apartado de la crónica se refiere en torno también a la figura del decreto-ley, a los que el Pleno del Tribunal ha dado respuesta en los Autos por los que se ha acordado su inadmisión (AATC 179/2011, de 13 de diciembre, 180/2011, de 13 de diciembre, y 184/2011, de 20 de diciembre).

Ha sido cuestionada, en primer término, la concurrencia del presupuesto habilitante del decreto-ley, esto es, la situación de una situación de extraordinaria y urgente necesidad que justificase constitucionalmente la utilización de este tipo de fuente. El Tribunal ha considerado, frente a la aducida vulneración del artículo 86.1 CE, que en este caso se satisfacían «cumplidamente las exigencias establecidas por la doctrina constitucional en relación con la concurrencia del presupuesto habilitante del art. 86.1 CE, tanto en lo que se refiere a los motivos tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación y explicitados de una forma razonada en la exposición de motivos de la norma, como en lo relativo a la existencia de la necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y las medidas concretas adoptadas para subvenir a la misma». Se señalan al respecto en los Autos como motivos expuestos por el Gobierno acreditativos de la situación de extraordinaria y urgente necesidad el grave deterioro que han sufrido las finanzas públicas, «que ha de ser corregido como requisito esencial para alcanzar una recuperación sólida y duradera, para lo cual son necesarias medidas de contención del gasto público», como la reducción de los gastos de personal de las Administraciones Públicas que suponen una parte significativa de los gastos corrientes, «con la finalidad de acelerar la senda de la consolidación fiscal, restableciendo de esta manera la confianza de los mercados en

(15) A la Sentencia formularon un voto particular discrepante los Magistrados Sres. Delgado Barrio y Aragón Reyes, al entender que en este caso, frente a la decisión mayoritaria, concurría el presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad para la viabilidad del decreto-ley, no habiéndose vulnerado tampoco los límites materiales que para esta figura normativa establece el artículo 86 CE, por lo que consideran que debió de haberse entrado en el examen de los motivos competenciales en los que se sustentaba el recurso de inconstitucionalidad y revisarse, en este extremo, la doctrina sentada en la STC 61/1997, de 20 de marzo.

el cumplimiento de las perspectivas de reducción del déficit». Asimismo, el Tribunal entiende que se da la necesaria conexión de sentido entre la situación de urgencia definida y las medidas adoptadas, pues «siendo el objetivo principal de la norma introducir determinadas medidas urgentes y extraordinarias para la contención y reducción del déficit público, es evidente que la reducción de las dos principales partidas del gasto público corriente de la ley de presupuestos —los salarios de los empleados públicos y las pensiones públicas— guardan la necesaria conexión de sentido con la situación de urgencia definida». Descarta, por el contrario, que el carácter no imprevisible o no sobrevenido de la situación económica pueda convertir en inconstitucionalidad el recurso al decreto-ley, ya que «la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno, siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación».

El Tribunal desestima también la duda del órgano constitucional sobre la transgresión en este caso de la prohibición que al decreto-ley impone el artículo 86.1 CE de «afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I» CE. Recuerda al respecto que este límite ha de ser interpretado restrictivamente, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, en el sentido de que lo que le está vedado al decreto-ley es la regulación del régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I CE o que vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos. En este sentido, se rechaza en el Auto la supuesta vulneración por los preceptos cuestionados del principio de igualdad (art. 14 CE), «por cuanto no regulan el régimen general de este derecho ni contradicen el contenido esencial del mismo», al no ser susceptibles de comparación situaciones que no son efectivamente homogéneas o equiparables, como es el diferente trato retributivo que en la reducción de las retribuciones se establecen en función del distinto vínculo entre los empleados públicos y la Administración (funcionarios y personal laboral) o en función de los diferentes grupos o categorías en que se clasifican los funcionarios. A igual conclusión se llega en relación con una supuesta infracción del artículo 31 CE, en cuanto «la reducción de las retribuciones de los empleados públicos impuesta [...] no configura un tributo encubierto, por cuanto, no establece un hecho imponible al que se anude una obligación de contribuir, de acuerdo con el deber constitucional de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos». También se descarta, en fin, la vulneración del derecho de propiedad y la interdicción constitucional de la expropiación de derechos sin indemnización (art. 33 CE), dado que la reducción salarial «lo es con efectos de 1 de junio de 2010 respecto de las retribuciones vigentes a 31

de mayo de 2010, esto es, afecta a derechos económicos aún no devengados por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado el servicio público y, en consecuencia, no se encuentran incorporados al patrimonio del funcionario, por lo que no cabe hablar de derechos adquiridos de los que los funcionarios hayan sido privados sin indemnización (art. 33.3 CE), ni de una regulación que afecta retroactivamente a derechos ya nacidos».

Los preceptos cuestionados no invaden tampoco, a juicio del Tribunal, materia reservada a la ley de presupuestos generales del Estado (art. 134 CE). Esta reserva no impide que otras normas con contenido presupuestario alteren la cuantía y destino del gasto autorizados en la ley de presupuestos, pero sí una modificación de la misma que no obedezca a circunstancias excepcionales, circunstancias que precisamente concurren en este caso, como ya se ha puesto de relieve al enjuiciar el presupuesto habilitante del decreto-ley, por lo que la utilización de este instrumento normativo para la modificación que se cuestiona de la ley de presupuestos generales del Estado no le plantea al Tribunal objeción constitucional alguna. Y, en cuanto a la exigencia de ley formal que se deriva del artículo 134.5 CE para las modificaciones presupuestarias, concluyen los Autos afirmando que en este caso no se trata de una modificación presupuestaria que suponga incremento de gastos o disminución de ingresos, sino medidas excepcionales de restricción del gasto público, «por lo que la utilización del decreto-ley para adoptar esas medidas, modificando la Ley de presupuestos generales del Estado vigente para el ejercicio en curso, resulta constitucionalmente válida».

4. Sobre enmiendas transaccionales y la posible infracción del artículo 115 del Reglamento del Senado (RS) versó una de las cuestiones abordadas en la STC 204/2011 (Pleno), de 15 de diciembre (16), que resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en relación con diversos preceptos de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía.

Respecto a la incidencia que sobre el objeto del proceso constitucional pudiera tener la derogación o modificación de los preceptos impugnados, el Tribunal traslada la doctrina inicialmente elaborada en relación con el presupuesto habilitante del decreto-ley (art. 86.1 CE) a la denuncia de posibles vicios en el procedimiento legislativo, de modo que cuando se invoque la vulneración de

(16) Reseñada también *infra*, págs. 319-320.

alguno de los preceptos reguladores de dicho procedimiento, en este caso el artículo 115 RS, la modificación o derogación del precepto recurrido no hace perder su objeto al proceso constitucional, pues en tales supuestos «se trata de realizar un control sobre los vicios de validez en que pudiera haberse incurrido en el momento de su aprobación», por lo que subsiste «el interés constitucional de velar por el recto ejercicio de la potestad legislativa».

En cuanto a la cuestión de fondo suscitada, los recurrentes sostenían que se habría infringido el artículo 115 RS (17), precepto que regula las enmiendas transaccionales en la Cámara Alta, dado que las enmiendas transaccionales aprobadas se habían presentado sobre la bases de dos enmiendas idénticas de dos grupos parlamentarios distintos, de modo que no tenían por finalidad alcanzar un acuerdo entre dichas enmiendas, persiguiendo en realidad otorgar a algunos preceptos nuevas redacciones diversas a las que tenían en el proyecto ley y a las que se proponían en las enmiendas de los propios grupos parlamentarios, de suerte que las enmiendas transaccionales venían a ser nuevas enmiendas presentadas una vez concluido el plazo de presentación de enmiendas.

Tras afirmar la funcionalidad de los reglamentos parlamentarios como parámetros de constitucionalidad de las leyes, en la Sentencia se trae a colación la doctrina constitucional elaborada en la STC 119/2011, de 5 de julio (FJ 6), sobre la exigencia de correlación y homogeneidad entre la enmienda y el texto enmendado, aunque evidentemente el enjuiciado sea un supuesto distinto. No obstante, el Tribunal descarta que las enmiendas transaccionales aprobadas estuvieran desconectadas de la iniciativa legislativa o que incurrieran en falta de homogeneidad, resaltando que están «directamente vinculadas al objeto del proyecto inicial». Afirma a continuación, frente al alegato de los recurrentes, que «es perfectamente posible admitir una enmienda transaccional sobre la base de dos idénticas, con la finalidad de llegar a un acuerdo entre éstas y el texto legislativo», de manera que «la finalidad de las enmiendas transaccionales puede también radicar en llegar a un acuerdo entre el texto de la enmienda y el texto legislativo», por lo que, a juicio del Tribunal, no merece reproche alguno la interpretación llevada a cabo por el Presidente de la Comisión del artículo 115 RS. A la anterior consideración, se añaden como argumentos para desestimar la impugnación de los recurrentes que no se ofrecen en la demanda argumentos con base en los cuales sostener que aquella interpretación «haya mermado las facultades de los parlamentarios para debatir sobre la citadas enmiendas o se

(17) El artículo 115 RS dispone que «[d]urante la discusión de un artículo, el Presidente podrá admitir a trámite enmiendas que se presenten en ese momento y por escrito, tendentes a alcanzar un acuerdo entre las enmiendas presentadas y el texto legislativo».

haya hurtado a las Cámaras las posibilidades de debate», pues dichas enmiendas fueron objeto de posterior debate y votación en el Senado y en el Congreso de los Diputados, así como que los recurrentes tampoco habían acreditado, aun en la hipótesis de apreciar una infracción del artículo 115 RS, que se hubiera alterado de un modo sustancial el proceso de formación de voluntad de la Cámara (FFJJ 4 y 5).

La solución dada en este caso a la infracción reglamentaria denunciada, que, en principio, parece evidente, toda vez que las enmiendas transaccionales están previstas en el artículo 115 RS para «alcanzar un acuerdo entre las enmiendas presentadas y el texto legislativo», no, como se ha utilizado en el supuesto enjuiciado, para introducir en el proyecto de ley remitido por el Congreso de los Diputados nuevos preceptos, de suerte que en la práctica aquéllas constituyeron nuevas enmiendas formuladas transcurrido ya el plazo de presentación de enmiendas, contrasta con la nueva doctrina constitucional elaborada en relación con la exigencia de conexión u homogeneidad entre la enmienda y el texto enmendado [SSTC 119/2011, de 5 de julio (18), y 136/2011, de 13 de septiembre] y las consecuencias que se derivan de la carencia de esa conexión u homogeneidad, en cuanto puede constituir un vicio del procedimiento legislativo con trascendencia constitucional, a la vez que lesionar el *ius in officium* de los parlamentarios al resultar afectado el núcleo de su función representativa. No parece en principio dudoso, a la luz de la referida doctrina constitucional, que la utilización de enmiendas transaccionales para un fin distinto al previsto reglamentariamente, en concreto, para introducir nuevos preceptos en el proyecto de ley remitido al Senado por el Congreso de los Diputados, afecta, mermándola, a la facultad de los parlamentarios de enmendar esos nuevos preceptos, de la que se han visto privados por una indebida instrumentalización de las enmiendas transaccionales (en este sentido, STC 119/2011, FFJJ 8 y 9). La lógica de la doctrina y la solución adoptada en la STC 119/2011 parece que, proyectándola sobre las enmiendas transaccionales, habría de llevar en este caso a una solución diferente a la que alcanza en la Sentencia.

5. La delimitación de las competencias de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social es el tema al que de nuevo se enfrentan las SSTC 146 y 147/2011 (Pleno), de 26 de septiembre, que resuelven sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en relación con el artículo 23 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, que da

(18) Véase *supra*, pág. 297 nota [13].

nueva redacción al artículo 3.1.b) del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. A diferencia de la STC 121/2011 (Pleno) (19), de 7 de julio, que versó sobre la exclusión del conocimiento del orden jurisdiccional social de la impugnación de resoluciones y actos dictados en materia de alta de trabajadores en la Seguridad Social, las dos Sentencias ahora reseñadas se circunscriben al inciso de precepto cuestionado que excluye del conocimiento del referido orden jurisdiccional las resoluciones y actos dictados en materia de inscripción de empresas en la Seguridad Social.

En ambas Sentencias se reproduce la doctrina recogida en la STC 121/2011, ya sentada inicialmente en la STC 224/1993, de 1 de julio, según la cual la concreción por ley ordinaria de la genérica delimitación de competencias que entre el orden jurisdiccional social y el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se efectúa en el artículo 9.4 y 5 LOPJ constituye un supuesto de colaboración no sólo constitucionalmente lícito entre ambas fuentes, sino necesaria en aras del principio de seguridad jurídica, habida cuenta de la concurrencia en la materia sobre la que versa el precepto cuestionado de los citados órdenes jurisdiccionales y la existencia entre ellos de las denominadas «zonas grises». Pues bien, al igual que se concluyó en la STC 121/2011, el Tribunal entiende que la «decisión del legislador de hacer prevalecer, a efectos de la necesaria delimitación de ambos órdenes jurisdiccionales, la dimensión administrativa del acto de inscripción de empresas en la Seguridad Social «no constituye motivo de inconstitucionalidad ni puede calificarse de arbitraria, pues lo que se advierte es más bien que el criterio acogido, tanto en lo relativo a los actos de encuadramiento como al resto de las materias a las que el precepto legal se refiere, no ha sido otro que el de extender el ámbito del orden contencioso-administrativo al conocimiento de todas aquellas actuaciones gestoras de la Seguridad Social relacionadas con la percepción y recaudación de cotizaciones y demás recursos financieros; y, por el contrario, atribuir al orden social el conocimiento de los actos de gestión de las prestaciones de la Seguridad Social, esto es, de su actuación protectora» (STC 121/2011, FJ 7).» En consecuencia, concluyen las Sentencias, la regla competencial cuestionada no contradice el diseño establecido en la LOPJ de los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo [FFJJ 3].

6. La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) operó en la STC 136/2011 (Pleno), de 13 de septiembre, como canon de control

(19) Véase la crónica correspondiente a la doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2011, *REDC*, núm. 93, 2011, págs. 276-277.

de uno de los preceptos impugnados de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

En concreto, los recurrentes impugnaron su artículo 107, que incorporaba una nueva regla para el cálculo de los costes de transición al régimen del mercado competitivo para las sociedades titulares de instalaciones de energía eléctrica, convirtiendo la previsión de una cantidad indeterminada con un tope máximo reconocible en cada ejercicio establecida por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, en una cantidad cierta susceptible de titulación. El Tribunal, tras reiterar una consolidada doctrina constitucional sobre el alcance del control que le corresponde respecto a la obra del poder legislativo ante mandatos constitucionales generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad, rechazó que esta nueva regla, como sostenían los recurrentes, vulnerase la interdicción de la arbitrariedad, pues la norma cuestionada no establecía discriminación alguna, ni carecía de explicación racional, respondiendo la nueva regla de cálculo de los costes de transición «a una opción política y económica perfectamente legítima, como lo sería la contraria». Recuerda al respecto el Tribunal que «el hecho de que en el ejercicio de la potestad legislativa el Parlamento asuma, en virtud del principio mayoritario, una u otra opción, no convierte la obra del legislador democrático en arbitraria», no pudiendo tacharse de arbitraria «una norma que persigue una finalidad razonable y que no se muestra desprovista de todo fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución adoptada» [FJ 12.a)].

7. La posible vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) como consecuencia del carácter retroactivo conferido por el legislador a una norma tributaria ha sido invocada por los demandantes en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, resuelto por la STC 176/2011 (Pleno), de 8 de noviembre.

El artículo 1 de la citada Ley dio nueva redacción al artículo 17.2.a) de la Ley 40/1998, de 7 de noviembre, del Impuesto sobre las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, mediante la que se modificó la reducción aplicable a los rendimientos irregulares del trabajo personal por cuenta ajena, previéndose que la medida en cuestión era aplicable a los rendimientos devengados desde el día 1 de octubre de 1999 (disposición transitoria segunda).

El Tribunal recuerda que para determinar cuanto una norma tributaria retroactiva vulnera o no el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) ha de estarse al carácter de la retroactividad, esto es, a si se trata de una retroactividad impropia o auténtica y a las específicas circunstancias que concurren en cada caso. En este supuesto, el Tribunal entiende que se trata de una retroactividad auténtica,

ya que la Ley 55/1999 entró en vigor el día 1 de enero de 2000, retrotrayéndose la aplicación de la norma tributaria impugnada al 1 de octubre de 1999, de modo que, con la retroactividad conferida a la misma, se estaba afectando, en el ámbito de un hecho imponible que estaba totalmente consumado, puesto que el devengo del impuesto sobre la renta de las personas físicas se sitúa al final del período impositivo, a situaciones jurídicas surgidas y concluidas durante el ejercicio de 1999. Por consiguiente, tratándose de una retroactividad auténtica, el sacrificio del principio de seguridad jurídica dependerá «de la concurrencia o no de exigencias cualificadas “del bien común” [...] o de “interés general” [...], razón por la cual pueden reputarse conformes con la Constitución modificaciones con cualquier grado de retroactividad cuando “existieran claras exigencias de interés general”», que han de ser «especialmente nítidas cuando la norma retroactiva de que se trate incide en un tributo como el impuesto sobre la renta de las personas físicas».

La aplicación de la doctrina reseñada conduce al Tribunal en el caso enjuiciado a estimar vulnerado el principio de seguridad jurídica por la norma tributaria recurrida. Aunque obedece a «la finalidad, constitucionalmente respaldada, de una mayor justicia tributaria», al dirigirse a corregir una forma de tributación de los rendimientos irregulares del trabajo personal por cuenta ajena que se estaba utilizando por algunos contribuyentes con elevado nivel de rentas como un instrumento de planificación fiscal con el resultado de eludir la progresividad fiscal, en la medida en que la modificación introducida afectaba por igual a todas las rentas irregulares del trabajo, sin establecer distinciones de ningún tipo, se producía un tratamiento discriminatorio, que implicaba que el efecto retroactivo se proyectase sobre todas las rentas irregulares del trabajo, no sólo sobre las que propiciaban aquella planificación fiscal, lo que pone en duda no sólo la existencia de un cualificado interés general, sino que tiene como consecuencia que la medida tenga un alcance más general que el que pretendía obtenerse con la aprobación de la norma tributaria en cuestión. En definitiva, concluye la Sentencia, «la norma cuestionada ha llevado a cabo, retroactivamente, una alteración en la determinación de la deuda tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas, sin la concurrencia de nítidas y cualificadas exigencias de interés general que justificasen el efecto retroactivo otorgado, lo que conduce a estimar que se ha producido una vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 de la Constitución».

Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad se contraen al carácter retroactivo de la medida tributaria adoptada, no a la medida misma, declarándose como únicas situaciones susceptibles de ser revisadas como consecuencia de esa declaración de inconstitucionalidad y nulidad, por imponerlo

así el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), aquéllas que a la fecha de la publicación de la Sentencia no hubieran adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído una resolución administrativa o judicial firme sobre las mismas (art. 40.1 LOTC) [5 y 6].

8. En relación con la petición de suspensión de una ley autonómica por los Diputados recurrentes, el Tribunal reitera en el ATC 132/2011 (Pleno), de 18 de octubre, que la suspensión de las leyes ha de ser considerada como una medida excepcional, que sólo es posible adoptar «cuando esté expresamente prevista», no pudiendo extenderse las previsiones establecidas al efecto en la CE y en la LOTC a casos distintos de aquéllos expresamente contemplados. En consecuencia, fuera de los supuestos de los artículos 161.2 CE y 30 LOTC, esto es, que por el Presidente del Gobierno se interponga recurso de inconstitucionalidad contra una ley autonómica y que solicite expresamente su suspensión en la demanda con invocación del artículo 161.2 CE, en ningún otro caso la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley autonómica producirá efectos suspensivos, careciendo el Tribunal «de potestades o poderes implícitos para suspender de oficio las leyes impugnadas en los procesos constitucionales», sin que sea posible tampoco «la extensión analógica de las potestades suspensorias atribuidas al Tribunal por los arts. 161.2 CE y 30 LOTC» (*Juan Carlos Duque Villanueva*).

III. ESTRUCTURA TERRITORIAL DEL ESTADO

1. El tercer cuatrimestre del año ha sido prolífico en resoluciones relativas a la estructura territorial del Estado. El Tribunal ha dictado 27 Sentencias en este ámbito, una cifra excepcional que contrasta con las de los últimos años, en los que el Pleno ha estado en buena medida absorbido por la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (STC 31/2010, de 28 de junio) tal como se ha relatado en estas Crónicas, lo cual no ha impedido que las Salas, en aplicación de la reforma de la LOTC de 2007, hayan dictado algunas Sentencias en la materia. El dato, sin embargo, debe relativizarse cuantitativamente ya que aquella cifra incluye dos bloques de Sentencias de remisión: uno de 12 Sentencias en materia de estabilidad presupuestaria, que ponen fin a los respectivos procesos acudiendo a la STC 134/2011, de 20 de julio; y otro bloque de 4 Sentencias sobre cajas de ahorro, que se remiten a la STC 118/2011, de 5 de junio. A los dos bloques habría que añadir dos Sentencias en materia de ganadería que resuelven sendos procesos contra la misma norma: la STC 158/2011, de 19 de octubre, y la STC 207/2011, de 20 de diciembre.

Junto a las anteriores, deben mencionarse las Sentencias de este período que han versado sobre el régimen competencial de distintas materias, debiendo destacarse cuatro resoluciones relacionadas con la actividad de fomento: subvenciones destinadas a la enseñanza (STC 156/2011, de 18 de octubre), subvenciones a los entes locales (STC 159/2011, de 19 de octubre), subvenciones en servicios sociales (STC 178/2011, de 8 de noviembre), y exenciones en tributos locales (STC 184/2011, de 23 de noviembre). Finalmente, deben mencionarse las Sentencias en materia de horarios comerciales (STC 140/2011, de 14 de septiembre), régimen energético (STC 148/2011, de 28 de septiembre), función pública policial (STC 175/2011, de 8 de noviembre), materia laboral (STC 194/2011, de 13 de diciembre) y financiación autonómica (STC 204/2011, de 15 de septiembre). Como se verá, el dato ofrecido al inicio también debe relativizarse cualitativamente, pues el elevado número de resoluciones no ha entrañado la aportación de muchas novedades desde el punto de vista doctrinal.

2. La STC 157/2011 (Pleno), de 18 de octubre, encabeza el bloque de Sentencias que resuelven los correspondientes recursos de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria, o de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior. Todas ellas se remiten a la STC 134/2011, de 20 de julio, que ya enjuició tales disposiciones, y de la que se dio cuenta en esta Crónica (20). La primera resolución, que resuelve el recurso presentado por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias contra la primera de esas disposiciones, se remite a la citada Sentencia, dejando ya constancia de la reforma constitucional del artículo 135 CE (publicada en el BOE de 27 de septiembre de 2011), mediante la cual se consagra constitucionalmente el principio de estabilidad presupuestaria y se remite su desarrollo a una ley orgánica, «corroborando así la competencia del Estado en la materia» (FJ 3).

Este primer recurso es obviamente desestimado, e igual suerte corren los recursos interpuestos contra alguna de las dos disposiciones por los diversos legitimados que las impugnaron: el mismo Consejo de Gobierno del Principado de Asturias contra la segunda disposición (STC 185/2011, de 23 de noviembre), el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña (SSTC 186/2011, de 23 de noviembre, y 195/2011, de 13 de diciembre), las Cortes de Castilla-La Mancha (SSTC 187/2011, de 23 de noviembre, y 203/2011, de 14 de diciembre), el Gobierno de Aragón (SSTC 188/2011, de 23 de noviembre, y 196/2011, de 13 de diciembre), más de 50 Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del

(20) Véase la crónica publicada en *REDC*, núm. 93, 2011, págs. 282-285.

Congreso de los Diputados (SSTC 189/2011, de 23 de noviembre, y 199/2011, de 13 de diciembre), Cortes de Aragón (STC 197/2011, de 13 de diciembre) y Junta de Extremadura (STC 198/2011, de 13 de diciembre).

Algunas de estas resoluciones contienen pronunciamientos que no figuraban en la STC 134/2001 y por ello constituyen nuevas aportaciones a la doctrina sentada en aquélla. Así, en la STC 196/2011 no se reputa arbitrario que el objetivo de estabilidad presupuestaria en el Estado se determine teniendo en cuenta el Sistema de Seguridad Social (FJ 13); la STC 197/2011 declara que la atribución al Ministerio de Hacienda de la facultad de recabar información de los entes locales, a los efectos de la Ley 18/2001, no vulnera las competencias autonómicas de tutela de tales entes (FJ 16); y la STC 198/2011 estima constitucionalmente legítimo que las distintas Administraciones asuman, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades derivadas de su incumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado ante la Unión Europea en esta materia, estando aquél legitimado para establecer un sistema de compensación interadministrativa de la responsabilidad financiera que pudiera generarse para él (FJ 15).

3. El segundo bloque de Sentencias está encabezado por la STC 138/2011 (Pleno), de 14 de septiembre, que estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso en relación contra diversos preceptos de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, relativos a los órganos rectores de las cajas de ahorros. La Sentencia remite a lo establecido en la STC 118/2011, de 5 de junio (21) para declarar que las Comunidades Autónomas son competentes en materia de organización interna de las cajas de ahorro dentro del marco de lo dispuesto en la legislación básica estatal. También se remite a aquella resolución la STC 139/2011 (Pleno), de 14 de septiembre, que resuelve el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. Sin embargo, se desestima la impugnación de un precepto de la Ley 44/2002 que se pretendía inconstitucional por establecer una norma de aplicación supletoria (FJ 4). La STC 151/2011 (Pleno), de 29 de septiembre, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Córdoba en relación con el artículo 8.15 de la Ley 44/2002, declarándolo inconstitucional con base en la fundamentación de la STC 118/2011. Ello, a su vez, lleva al Tribunal a declarar en la STC 160/2011 (Pleno), de 19 de octubre, la desaparición del objeto de una cuestión

(21) Véase la crónica publicada en *REDC*, núm. 93, 2011, págs. 288-289.

de inconstitucionalidad idéntica a la anterior, planteada por el Juzgado número 6 de Córdoba.

4. Dos Sentencias en materia de ganadería resuelven los conflictos positivos de competencia planteados contra un Real Decreto del año 2000 y su posterior modificación, que establecían normas básicas de ordenación de las explotaciones porcinas. La STC 158/2011 (Pleno), de 19 de octubre, desestima (diez años después de su planteamiento) los conflictos acumulados planteados por el Gobierno de la Junta de Extremadura frente a los dos Reales Decretos (RD 324/2000, de 3 de marzo, por el que se establecen las normas básicas de ordenación de las explotaciones porcinas, y RD 3483/2000, de 29 de diciembre, que modifica el anterior). Lo más destacado de la Sentencia (FFJJ 8, 9 y 10) es sin duda la ya conocida doctrina según la cual los títulos competenciales del Estado *ex* artículo 149.1.13 CE (ordenación general de la economía) y artículo 149.1.16 CE (bases y coordinación general de la sanidad) amparan el carácter básico, desde el punto de vista material y formal, de un Real Decreto estatal que puede limitar la normativa autonómica previa, dictada al amparo de las competencias estatutarias «exclusivas» sobre una materia específica, en este caso la ganadería, la cual constituye «un sector económico específico» (concretamente, el subsector del ganado porcino) «que tiene una relación expresa con la política económica general». Acudiendo a esta doctrina, la STC 207/2011 (Pleno), de 20 de diciembre, desestima el conflicto de competencias promovido por el Gobierno de Aragón en relación con diversos preceptos de los mismos Reales Decretos.

5. Varias son las Sentencias relacionadas con la actividad de fomento, y en particular, el régimen competencial de las subvenciones. La STC 156/2011 (Pleno), de 18 de octubre, estima el conflicto positivo de competencias promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña contra la Resolución de 8 de septiembre de 1999, del Consejo Superior de Deportes, por la que se otorgan subvenciones a Universidades privadas con programas de ayudas a deportistas de alto nivel. Siguiendo el argumento utilizado en este tipo de controversias, el Tribunal procede primero a encuadrar la disposición impugnada en la materia «enseñanza», descartando las otras invocadas, como «deporte», para aplicar después la doctrina sobre subvenciones estatales a fin de verificar si la Resolución estatal se acomoda al sistema de reparto competencial en aquella materia. La doctrina es la contenida en la que aún sigue siendo Sentencia de referencia, la STC 13/1992, de 6 de febrero, y en concreto, el segundo de los supuestos que aquella contempla [FJ 8, *b*], es decir, el previsto para las materias compartidas. Previamente, se examina si la disposición controvertida cumple con los requisi-

tos de orden material y formal exigidos a la normativa básica, llegando a la conclusión de que estos últimos se incumplen ya que aquella no alcanza ni el rango de orden ministerial, y no encuentra cobertura formal en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, razón por la cual no puede ser calificada de norma básica. El Tribunal, en consecuencia, estima el conflicto positivo, y como ya viene siendo frecuente en estos casos, reduce los efectos del fallo a los meramente declarativos puesto que la Resolución de 1999 obviamente ha agotado todos sus efectos. La Sentencia cuenta con un Voto particular suscrito por el Vicepresidente, Sr. Gay Montalvo, y los Magistrados Sres. Pérez Tremps y Ortega Álvarez y Sra. Asúa Batarrita, quienes discrepan de la estructura del razonamiento seguido (sostienen que deberían haberse analizado en primer lugar los aspectos formales de las bases, y no lo materiales), y del encuadramiento (entienden que la Resolución se encuadra en la materia «deporte» y no en «educación»), lo cual tiene trascendencia para concretar el régimen jurídico de las ayudas.

La STC 159/2011 (Pleno), de 19 de octubre, estima parcialmente otro conflicto de competencias promovido por la Generalitat de Cataluña, esta vez en relación con el Real Decreto 835/2003, de 27 de junio, que regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales a través de créditos consignados en los presupuestos generales del Estado, y que se traducen en tres líneas de ayuda (art. 3). El Tribunal desestima la impugnación de la disposición adicional segunda, que no preveía la remisión a la Generalitat, y consecuente integración en el plan único de obras y servicios de Cataluña, de las aportaciones a «proyectos singulares de desarrollo local y urbano» [art. 3.1.c)]. Y ello por tratarse de una «impugnación por omisión», que según la doctrina del Tribunal carece de encaje en un conflicto positivo de competencias «el cual presume una acción positiva de invasión de la esfera competencial de la entidad que lo plantea» (FJ 5). Asimismo se desestima la impugnación de los artículos 3.3 y 22 a 32 del Real Decreto que prevén la financiación de aquellos proyectos directamente por el Estado a las entidades locales. A pesar de recordar el modelo específico que dispone Cataluña en esta materia (el mencionado plan único de obras y servicios), consagrado ya en el RD 2115/1978, de 26 de julio, y sobre el que se pronunció la STC 109/1998, de 21 de mayo, la Sentencia declara que el plan único «no puede acoger más financiación estatal que la que se hubiese dirigido a los planes provinciales de obras y servicios en Cataluña en caso de que los mismos hubiesen pervivido», amén de que «nada impide que el Estado disponga de fuentes de financiación dirigidas hacia objetivos de cooperación económica con los entes locales distintos a los señalados, las cuales no deberán incorporarse» (FJ 6) al plan único que rige en Cataluña. Sí se acoge, en cambio, la impugnación de los mismos preceptos del Real Decreto por esta-

blecer una línea de ayudas que ha de ser aplicada teniendo en cuenta la doctrina constitucional relativa a las subvenciones (de nuevo la STC 13/1992). La norma impugnada la incumpliría al no apreciarse, como exige aquella Sentencia, que la gestión estatal (centralizada) de las subvenciones se justifique en alguna de las excepciones previstas en la doctrina allí sentada, razón por la cual «los créditos correspondientes han de ser repartidos entre las Comunidades Autónomas para que éstas los gestionen de acuerdo con las normas básicas establecidas por el Estado» (FJ 7). En aplicación de esta *ratio* se declara que algunos apartados de los preceptos impugnados vulneran las competencias de la Generalitat (FJ 8). Sin embargo, de nuevo los efectos del Fallo son meramente declarativos dado que el Real Decreto de 2003 impugnado ha agotado sus efectos.

La STC 178/2011 (Pleno), de 8 de noviembre, estima parcialmente un tercer conflicto de competencias promovido también por la Generalitat de Cataluña en relación con la Orden TAS/893/2005, de 17 de marzo, que establece las bases reguladoras para la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones del área de servicios sociales, familias y discapacidad del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y del Instituto de Mayores y Servicios Sociales. La disposición se impugna por entender que el régimen de gestión de las subvenciones en materia de servicios sociales debe implicar la territorialización de los fondos entre las Comunidades Autónomas, asignándose a la Generalitat la dotación correspondiente. De nuevo, la STC 13/1992 servirá para resolver el conflicto, una vez encuadradas las subvenciones en la materia de «asistencia social», sobre la que la Generalitat ostenta una competencia exclusiva (art. 166 EAC), y de ahí que deba seguirse la doctrina prevista para los supuestos primero y cuarto de la repetida Sentencia. Ello conduce a reservar a la competencia estatal la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional, mientras su gestión corresponde a la Comunidad Autónoma, lo que lleva al Tribunal a declarar que algunos de los preceptos de la Orden impugnada vulneran las competencias de la Generalitat (FJ 7). Conclusión que se alcanza tras haberse rechazado el carácter «preventivo» de la reivindicación competencial, tal como alegaba el Abogado del Estado basándose en que la disposición impugnada no concretaba el alcance de los programas a subvencionar. La Sentencia, por el contrario, declara que los fondos de las subvenciones deberían haberse territorializado en los propios presupuestos generales del Estado o en normas inmediatamente posteriores por convenio (FJ 6). Al no haberlo hecho de este modo la Orden impugnada, pues impone la centralización de todo el procedimiento, desconoce las competencias autonómicas. La Sentencia, en consecuencia, declara que la Orden vulnera las competencias de la Generalitat, aunque de nuevo el Fallo tenga un efecto meramente declarativo.

En este grupo de Sentencias, y a pesar de no referirse a la actividad subvencional, damos cuenta de la STC 184/2011 (Pleno), de 23 de noviembre, que estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña respecto de segundo inciso del artículo 59.2 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1993, de 30 de septiembre, del patrimonio cultural catalán, que establecía una exención del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras que tienen por finalidad la conservación, mejora o rehabilitación de monumentos declarados de interés nacional. Se trataba (la cuestión se planteó en 1999) de una norma autonómica que introducía una exención en un impuesto local. De ahí que el Tribunal acuda a la doctrina (FJ 4) sobre competencias en materia de haciendas locales, sentada esencialmente en la STC 233/1999, de 16 de diciembre, sobre la Ley de Haciendas Locales de 1988, y reiterada en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 139, sobre el Estatuto de Cataluña de 2006. Según tal doctrina, corresponde al Estado, en base a los títulos del artículo 149.14 y del artículo 149.1.18 CE, regular el sistema tributario local, hacer efectivo el principio de suficiencia financiera de las haciendas locales, y crear los tributos locales (arts. 31.2 y 133.1 CE). El impuesto regulado por la Ley catalana es un impuesto local (art. 60 LHL) cuya creación y configuración de los elementos esenciales (entre ellos, las exenciones) están sometidas a una reserva de ley estatal, motivo por el cual se declara inconstitucional el inciso de la ley cuestionada. La Sentencia, en aras de la seguridad jurídica, modula el alcance del Fallo, aclarando que las situaciones jurídico-tributarias producidas a su amparo no son susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la inconstitucionalidad que se declara.

6. La STC 140/2011 (Pleno), de 14 de septiembre, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de las Illes Balears en relación con diversos preceptos de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales. En concreto, se impugnaban dos apartados de su artículo 5 que establecen la plena libertad de horarios para determinados tipos de establecimientos (entre otros, las llamadas «tiendas de conveniencia»), lo cual ya se había declarado anteriormente en la legislación estatal. El Tribunal se pronunció sobre este mismo precepto legal en la STC 88/2010, de 15 de noviembre, donde declaró que la libertad horaria sobre los establecimientos situados en zonas de gran afluencia turística debía considerarse una norma básica legítimamente dictada al amparo del artículo 149.1.13 CE (FJ 5). Siguiendo la doctrina que acabamos de reseñar, el Tribunal reitera que la competencia autonómica «exclusiva» sobre un subsector económico no excluye la competencia estatal para establecer las bases y la coordinación en ese subsector. En concreto, la regulación de los horarios comerciales, que se ubica en la materia comercio interior, ha de respetar

las competencias del Estado sobre las «bases y coordinación de la planificación general de la economía» que le atribuye aquel título competencial. La Sentencia declara que el precepto impugnado cumple con los requisitos formales y materiales que deben seguir las bases estatales (FJ 3), a pesar de que aquél impide cualquier intervención autonómica puesto que la libertad de horarios entraña una «desregulación legal en esta materia» (FJ 4). Tal des/regulación estatal sin intervención autonómica constituiría una excepción que afectaría sólo a un subsector dentro de la materia «comercio interior», y los objetivos del legislador estatal (entre otros, promover unas adecuadas condiciones de competencia del sector) justificarían «un régimen homogéneo de libertad para todo el territorio» (FJ 4).

7. La STC 148/2011 (Pleno), de 28 de septiembre, estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley de Castilla-La Mancha 6/1999, de 15 de abril, de protección de la calidad del suministro eléctrico. El recurso se planteó en 1999 por entender la representación estatal que los preceptos de la ley autonómica no habían respetado la normativa básica en lo relativo a la regulación estatal del régimen económico del sector eléctrico, incurriendo así en una «inconstitucionalidad mediata». La controversia es prácticamente idéntica a la planteada en la STC 18/2011 (Pleno), de 3 de marzo (22), si bien en aquella se resolvieron diversos recursos cruzados entre el Parlamento y el Gobierno de Canarias (contra la Ley 54/1997, de 17 de noviembre, del sector eléctrico), por una parte, y el Presidente del Gobierno (contra la Ley autonómica), de la otra. El Tribunal se remite (FJ 4) a la doctrina sentada en esa Sentencia en relación con la regulación de la actividad de distribución, el régimen económico del sector eléctrico y la calidad del suministro. La aplicación de esta doctrina conduce a la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos de la ley autonómica impugnada, en concreto, los relativos a los costes de instalación de los dispositivos de medida de calidad del suministro, la tipificación como infracciones de conductas relacionadas con el régimen tarifario y la introducción de un plazo de prescripción de las infracciones graves más breve que el fijado en la legislación estatal.

8. La STC 175/2011 (Pleno), de 8 de noviembre, estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria en relación con la disposición transitoria segunda de la Ley

(22) Véase la crónica publicada en *REDC*, núm. 92, 2011, págs. 308-309.

del Parlamento de Cantabria 7/1994, de 19 de marzo, de coordinación de policías locales. El precepto cuestionado establecía una dispensa de un grado del requisito de titulación para que los policías locales nombrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley pudieran participar en los concursos de promoción interna, siempre que superaran unos cursos impartidos en la Escuela de Policía de Cantabria. El órgano judicial entendió que el precepto vulneraba los artículos 103.3 y 149.1.18 CE. El Tribunal procede a encuadrar la norma cuestionada en este título competencial del Estado, pues según la legislación vigente aplicable (LBRL, LOFCS, LEEP) la policía local está integrada por funcionarios al servicio de la Administración local, ostentando la «promoción interna» y la «titulación» el carácter básico, que se inscribe en el «régimen estatutario de los funcionarios públicos» del citado artículo 149.1.18 CE, y por ello se les debe aplicar la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública (FJ 5). Se rechaza así la posibilidad de encuadrar la norma cuestionada en el título «seguridad pública» (art. 149.1.29 CE), aunque así se hiciera en el ATC 375/2004, de 5 de octubre, respecto de la Ley de mossos d'esquadra de Cataluña, dado que éste es un cuerpo que ejerce tareas predominantemente de «seguridad» mientras los agentes municipales desarrollan una actividad predominantemente de «policía administrativa». La Sentencia concluye que el precepto autonómico cuestionado estableció una dispensa de un requisito de titulación que contradice las normas básicas de la Ley 30/1984, y en consecuencia incide en el ámbito competencial reservado al Estado por el artículo 149.1.18 CE, motivo por el cual declara su nulidad.

9. La STC 194/2011 (Pleno), de 13 de diciembre, estima el conflicto de competencias planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña respecto del artículo 8 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales de 24 de julio de 2000 por el que se regula el procedimiento referente a las medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota reservada del 2 por 100 a favor de trabajadores discapacitados en empresas de cincuenta o más trabajadores, reguladas a su vez en el Real Decreto 27/2000. La controversia no reside en el encuadramiento de la disposición, pues todas las partes coinciden en que se inscribe en la materia laboral (art. 149.1.7 CE; art. 170 EAC), sino en el criterio de atribución competencial fijado en el precepto discutido, que es el domicilio del centro de trabajo de la empresa, estableciendo que si ésta disponía de centros en más de una Comunidad Autónoma, entonces correspondía dictar las resoluciones de los procedimientos al director general del INE. Siendo ésta la cuestión controvertida, la Sentencia expone la doctrina sobre la utilización de la supraterritorialidad como criterio de atribución de competencias al Estado (FJ 5), señalando que en materia laboral corresponde al Estado fijar la com-

pleta disciplina normativa de la materia, que incluye la fijación de los puntos de conexión; pero dicha facultad se dirige precisamente a permitir el ejercicio ordinario de la actividad de gestión de las Comunidades Autónomas de modo que no se produzca el ejercicio de la competencia ejecutiva por el Estado, salvo casos excepcionales. El Tribunal rechaza los argumentos de la representación del Estado que justificarían excepcionalmente el desempeño de las funciones de gestión por parte de un órgano estatal, declarando que «la fijación de un punto de conexión adecuado [...] y el recurso a las técnicas de coordinación [...] son los instrumentos que han de servir, en principio, para resolver la eventual contraposición de intereses» (FJ 6). De ahí que concluya que la atribución a un órgano estatal de las facultades para adoptar las resoluciones previstas en la Orden controvertida vulnera el orden constitucional de competencias.

10. Finalmente, la STC 204/2011 (Pleno), de 15 de diciembre, desestima el recurso de inconstitucionalidad promovido por 63 diputados del Grupo Parlamentario Socialista en relación con diversos preceptos de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía. El recurso se dirigía contra diversos preceptos de la Ley, pero el Tribunal sólo examina la disposición final segunda al apreciar que sobre los demás no se justifica razonadamente su inconstitucionalidad, lo cual impide su enjuiciamiento. Los cuatro motivos de inconstitucionalidad se basaban en la infracción del artículo 115 del Reglamento del Senado, la vulneración del principio dispositivo (art. 147 CE), la falta de respeto al principio de suficiencia financiera (art. 156 CE), y el incumplimiento del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Resulta de interés la doctrina relativa a la incidencia de la derogación de las Leyes de Financiación sobre el proceso constitucional (FJ 2), así como la relacionada con el derecho de enmienda y la eventual inconstitucionalidad por infracción de los Reglamentos parlamentarios (FJ 4), que se comenta en otro apartado de esta crónica (23). La doctrina que merece aquí nuestra atención, y que constituye el aspecto central de la controversia planteada en el proceso, es sin duda la relativa al principio dispositivo en relación con la autonomía financiera. Los recurrentes denunciaron que la disposición final segunda de la Ley 21/2001 vulneraba tal principio (art. 147 CE) por dos motivos: primero, al condicionar indebidamente la aplicación del nuevo sistema de financiación a la aceptación por cada Comunidad Autónoma de la competencia de gestión de los servicios de asistencia sanitaria

(23) Véase *supra*, págs. 304-306.

de la Seguridad Social; y segundo, por no respetar el acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera alcanzado en su día. El Tribunal rechaza ambos motivos de la impugnación. El primero, después de describir la evolución del sistema de financiación autonómica (y en especial, de los servicios sanitarios), declarando que la disposición impugnada «no deja una puerta abierta a que el Estado imponga transferencias de competencias materiales a las Comunidades Autónomas en el futuro como condición para mantener el sistema de financiación en vigor», y afirmando que la norma no vulnera el principio dispositivo, «pues no impide a las Comunidades Autónomas decidir, dentro de los límites de la Constitución, acerca del nivel competencial que deban asumir» (FJ 6). El segundo motivo se rechaza, con amplio apoyo en la STC 13/2007, declarando que «el principio dispositivo, contenido en el art. 147.2.d) CE, no puede interpretarse en el sentido de que cada Comunidad Autónoma pueda decidir, por sí misma, qué parte del sistema de financiación le ha de ser aplicable o incluso si éste le ha de ser aplicable» pues «el Estado [...] está constitucionalmente habilitado para establecer uno u otro sistema de financiación autonómica», de tal forma que no cabe «interpretar el principio dispositivo en el sentido de que han de ser las Comunidades Autónomas las habilitadas para elegir el sistema con arreglo al cual deberán financiarse» (FJ 7). La Sentencia tampoco acoge la impugnación basada en la infracción del principio de autonomía financiera acudiendo de nuevo a la evolución del sistema de financiación autonómica, y a la doctrina sobre la suficiencia en relación con el principio de autonomía financiera (art. 156.1 CE), que «exige atender a todos los recursos a disposición de las Comunidades Autónomas y no sólo a las transferencias garantizadas por el Estado» (FJ 8). Finalmente, se rechaza la denunciada doble infracción del artículo 9.3 CE, por tratarse de una norma arbitraria que conculcaría el principio de lealtad constitucional, basándose en la consolidada doctrina sentada por el Tribunal sobre ambas cuestiones (FJ 9) (*Enric Fossas Espadaler*).

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Sobre el derecho a la libertad, artículo 17 CE, se han dictado dos Sentencias que merecen ser destacadas ya que aportan determinados matices a la doctrina constitucional sobre tal derecho. En ambos casos se trataba del mismo recurrente que vio lesionado su derecho en dos momentos diferentes de un mismo proceso penal. En la primera de ellas, STC 179/2011 (Sala Primera) de 21 de noviembre, se impugnaba la resolución judicial que ordenaba su detención para la toma de declaración por un supuesto delito de prevaricación y cohecho;

se recuerda la consolidada doctrina respecto de la exigencia de motivación de las medidas cautelares judiciales limitativas del derecho a la libertad a adoptar en el marco de un proceso penal. Se afirma que, si en relación con la medida de la prisión provisional debe ponderarse el peligro de fuga como fin constitucional legitimador de esta medida, en la detención judicial debe ponderarse el riesgo de incomparecencia, siendo preciso tomar en consideración además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le conmina legalmente, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. En el caso analizado, el recurrente había comparecido voluntariamente ante el Juzgado, estaba ya imputado en el proceso y había acudido a declarar en tal condición cuando fue llamado para ello; todos estos hechos eran lo suficientemente relevantes para que, al menos, debieran haber sido objeto de ponderación respecto de la necesidad de adoptar la decisión de detención frente a otras alternativas menos lesivas para el derecho a la libertad del recurrente.

Dentro del mismo proceso penal se dictaron los Autos que acordaban la prórroga de la situación de detención judicial del recurrente. Estas resoluciones fueron recurridas en amparo que fue estimado por la Sala Primera en la STC 180/2011, de 21 de noviembre. Las resoluciones judiciales impugnadas vulneraron el derecho del recurrente a su libertad personal, artículo 17.1 CE, por haber prolongado la situación de privación de libertad del recurrente fuera del plazo de 72 horas previsto en el artículo 497 LECrim (24). Explica el Tribunal que cuando se trata de una detención ordenada por el órgano judicial —regulada en el párrafo segundo del art. 497 LECrim— la intervención de la policía no se hace en virtud de una potestad o habilitación legal autónoma, sino que se limita a ser una mera ejecución de la decisión judicial. En ese contexto, tomando en consideración que la única finalidad de la detención realizada por parte de la policía en este caso era la de ejecutar la decisión judicial de detención para ponerlo a su disposición, no resulta posible aplicar como inicio del cómputo temporal uno diferente al de la propia ejecución material de la detención. La pretensión de que el cómputo del plazo se inicie sólo con la entrega material del detenido a la propia autoridad judicial, implicaría la existencia de un período de privación de libertad —la que transcurre entre la ejecución material de la detención judi-

(24) Dicho precepto dispone: «Si el Juez o Tribunal a quien se hiciese la entrega fuere el propio de la causa, y la detención se hubiese hecho según lo dispuesto en los números 1, 2 y 6, y caso referente al procesado del 7 del artículo 490, y 2, 3 y 4 del artículo 492, elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el término de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado.

Lo propio, y en idéntico plazo, hará el Juez o Tribunal respecto de la persona cuya detención hubiere él mismo acordado».

cial por parte de la policía y la efectiva entrega a la autoridad que ordenó la detención— en que, a pesar de contarse con un presupuesto habilitante —la orden judicial de detención—, sin embargo, no contaría ni con la limitación temporal propia de la detención gubernativa —que no lo es por no haberse decidido la detención por la dicha autoridad— ni con la de la detención judicial, por pretenderse excluir de su cómputo. Esto supondría, dice el Tribunal, consagrar por vía interpretativa un supuesto de privación de libertad de tiempo potencialmente ilimitado y, por ello, lesivo del artículo 17.1 CE.

2. La STC 150/2011 (Pleno), de 29 de septiembre, tiene su origen en un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración que planteó el recurrente que se quejaba de la continua desatención por la Administración municipal de las obligaciones dimanantes de la declaración del área donde residía como «zona acústicamente saturada», lo que además de provocar la degradación del medio ambiente constituía, a su juicio, por la exposición a un intenso ruido nocturno, la lesión sus derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE), y a la intimidad domiciliaria (art. 18.1 y 2 CE, en relación con el art. 10.1 CE). La Sentencia cita como precedentes a las SSTC 119/2001, de 24 de mayo (25), y 16/2004, de 23 de febrero (26), en las que ya afirmó el Tribunal que el derecho a la integridad física y moral puede verse afectado cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas. Recuerda también que el artículo 18 CE dota de entidad propia y diferenciada a los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1), y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), admitiendo que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que sean evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada por este derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión pueda ser imputada a actos u omisiones de entes públicos.

Una vez establecidas las condiciones en que el ruido puede suponer una lesión de los derechos fundamentales alegados, el Tribunal rechaza el amparo al no haber probado el demandante que la contaminación acústica sufrida lesionara sus derechos, ya que no acreditó que padeciera un nivel de ruidos tal, que hubiera puesto en peligro grave e inmediato su salud, ni tampoco que el nivel de ruido existente en el interior de su vivienda fuera tan molesto que impidiera

(25) Véase *REDC*, núm. 63, 2001, págs. 233 y 234.

(26) Véase *REDC*, núm. 71, 2004, págs. 334 y 335.

o dificultase gravemente el libre desarrollo de su personalidad. Se desestima el recurso porque lo contrario, dice el Tribunal, sería considerar que todos los que habiten en una zona declarada acústicamente saturada y sin necesidad de prueba individualizada, estarían sufriendo vulneraciones de sus derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad domiciliaria cuando el ruido ambiental supere los niveles máximos autorizados. Justifica la Sentencia por qué se separa de la STEDH de 16 de noviembre de 2004, asunto Moreno Gómez —en la que se condenó a España—, que se refería a unos hechos, objeto y fundamento jurídico similares a los abordados en la Sentencia que se comenta. La principal diferencia se basa en la actividad probatoria desplegada por los recurrentes en ambos casos. Concluye el Tribunal afirmando que de la declaración del barrio donde vive el recurrente como zona acústicamente saturada, lo único que se deduce es que el ruido ambiental en él supera con cierta habitualidad los límites de la ordenanza, pero dicha declaración, sin más, no lesiona ningún derecho fundamental, para lo que sería necesario una actividad probatoria concreta para acreditar una merma relevante en la salud o en la intimidad personal o familiar del actor y, además, sería necesario que la misma fuese imputable a la acción u omisión de un poder público. La Sentencia cuenta con un voto particular discrepante del Magistrado Sr. Aragón Reyes, que considera que afirmar que el ruido ambiental puede lesionar los derechos a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio, incurre en un error, pues implica una incorporación encubierta de nuevos derechos fundamentales a nuestro sistema constitucional (el «derecho frente al ruido» o «derecho al silencio»). También el Magistrado Sr. Ortega Álvarez formuló voto particular discrepante —al que se adhirieron los Magistrados Sr. Gay Montalvo y Sra. Pérez Vera—, ya que, a su juicio, el derecho a la intimidad domiciliaria frente a agentes contaminantes como el ruido forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.1 y 2 CE; en su opinión, si existen pruebas objetivas proporcionadas por las autoridades públicas de la superación legal de los niveles de contaminación acústica en la zona urbana en la que se sitúa el domicilio de la víctima, ésta no está obligada a aportar una prueba individualizada de tal nivel de ruido en el interior de su vivienda.

Puede calificarse como novedosa la STC 173/2011 (Sala Segunda), de 7 de noviembre, que aborda el caso de un condenado por un delito de corrupción de menores que recurría en amparo alegando la vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por haberse fundado la condena en una prueba de cargo obtenida con vulneración del primer derecho fundamental invocado, al haber accedido tanto el denunciante de los hechos, como después

la policía, a determinados archivos de su ordenador sin su consentimiento y sin autorización judicial. Los hechos tuvieron lugar el día que el recurrente llevó a reparar la grabadora de su ordenador; el técnico, para comprobar la reparación efectuada y puesto que el dueño manifestó que no tenía ninguna clave de acceso, tras acceder a determinados archivos del ordenador y constatar su contenido pedófilo, denunció a la policía tales hechos. Recuerda el Tribunal que la regla general es que en el ámbito de lo íntimo sólo pueden llevarse a cabo injerencias mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad, exceptuándose los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. El Tribunal, desde la STC 110/1984, de 26 de noviembre (27), ha advertido sobre la protección del derecho a la intimidad, que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. En coherencia con lo anterior, el Tribunal ha venido describiendo casuísticamente una serie de supuestos en los que la intimidad estaba en juego (información relativa a la salud física y psíquica de las personas, los datos relativos a su situación económica, la información concerniente al gasto en que incurre un obligado tributario, una agenda personal). Considera la Sentencia que no es discutible que el cúmulo de información que se almacena por su titular en un ordenador personal está protegida por el derecho a la intimidad.

En cuanto a la conducta del encargado del establecimiento de informática, consistente en acceder a la carpeta llamada «mis documentos/mis imágenes» del ordenador personal del demandante en la que encontró diversos archivos fotográficos de contenido pedófilo que motivaron la presentación de la denuncia, considera el Tribunal que el hecho de que el recurrente afirmara que el ordenador carecía de clave de acceso y no manifestara limitación alguna en el uso del mismo, se considera como un consentimiento suficiente para que el técnico pudiera acceder al contenido del ordenador. Por su parte, los agentes procedieron a encender el ordenador entregado, accediendo, no sólo a la carpeta «mis documentos», sino también a la carpeta denominada «Incoming», perteneciente al programa de intercambio de archivos «eMule». A pesar de descartar que la autorización que el recurrente prestó para el acceso a su ordenador al propietario del establecimiento de informática pueda extenderse al posterior acceso a

(27) Véase *REDC*, núm. 13, 2005, págs. 205-207.

los archivos por parte de la policía, sin embargo, considera la Sentencia que la conducta de la policía perseguía un fin legítimo, contaba con habilitación legal y no lesionó derecho fundamental alguno del recurrente. Avala esta conclusión la circunstancia de que los funcionarios intervinientes actuaron ante la *notitia criminis* proporcionada por el propietario de una tienda de informática, que informó acerca del material pedófilo que había encontrado en un ordenador personal. Con esta actuación, los expresados agentes pretendían, con la conveniente celeridad que requerían las circunstancias, comprobar la veracidad de lo ya descubierto, así como constatar si existían elementos suficientes para la detención de la persona denunciada. Se pondera, además, que la investigación se circunscribía de manera específica a un delito de distribución de pornografía infantil, lo que resulta relevante, no sólo por la modalidad delictiva y la dificultad de su persecución penal al utilizarse para su comisión las nuevas tecnologías e Internet, sino fundamentalmente en atención a la gravedad que estos hechos implican, derivada ésta de la pena que llevan aparejados por referirse a víctimas especialmente vulnerables. Por otra parte, adquiere especial relevancia en este caso la función que se encomienda a la policía judicial de asegurar las pruebas incriminatorias, debiendo destacarse que en estas infracciones, a diferencia de lo que generalmente ocurre con ocasión de otro tipo de intervenciones (p. ej., telefónicas o postales), el delito se comete en la red, por lo que el ordenador, no sólo es el medio a través del cual se conoce la infracción, sino fundamentalmente la pieza de convicción esencial y el objeto de prueba. Considera el Tribunal que en este supuesto hay que tener en cuenta que la persona denunciada no estaba detenida cuando se practicó la intervención, por lo que tampoco era irrazonable intentar evitar la eventualidad de que mediante una conexión a distancia desde otra ubicación se procediese al borrado de los ficheros ilícitos de ese ordenador o que pudiera tener en la «nube» de Internet. En todo caso, señala la Sentencia, también aparece como un interés digno de reseñar la conveniencia de que por parte de los funcionarios policiales se comprobara con la conveniente premura la posibilidad de que existiesen otros partícipes en la comisión del delito. A estas apreciaciones, se añade que la actuación policial respetó el principio de proporcionalidad, al ser una medida idónea, imprescindible en el caso concreto, y ejecutada de tal modo que el sacrificio del derecho fundamental a la intimidad no resultó desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las evidencias existentes. La Sentencia cuenta con un voto particular discrepante de la Magistrada Sra. Pérez Vera, que considera que la actuación policial lesionó el derecho fundamental alegado por el demandante.

3. La STC 193/2011 (Sala Segunda), de 12 de diciembre, desestimó el amparo del sindicato demandante, que consideraba lesivo de su derecho de mani-

festación (art. 21 CE) la resolución administrativa por la que se prohibían cortes de tráfico durante el recorrido de las manifestaciones que pretendía llevar a cabo, así como la utilización de megafonía u otros elementos sonoros por encima de los límites marcados en las ordenanzas municipales. Después de recordar la doctrina sobre el derecho de reunión y sus límites, analiza el Tribunal si tales prohibiciones suponen una limitación del derecho constitucionalmente admisible. La Administración razonó la modulación del derecho de reunión en la reiteración de manifestaciones convocadas, en el habitual colapso de tráfico que se producía como consecuencia de los cortes de tráfico en la zona elegida para la manifestación, en la distorsión del funcionamiento de los servicios públicos de viajeros, en el colapso circulatorio que impide la entrega normalizada de suministros a los comercios de la zona y en las quejas de los vecinos como consecuencia del ruido que soportan ocasionado por el uso de megafonía, tambores y otros objetos e instrumentos de viento. Estima el Tribunal que, sin necesidad de asumir en su integridad las conclusiones alcanzadas en la resolución gubernativa impugnada, las circunstancias fácticas puestas de relieve por la Administración constituyen una motivación suficiente de las limitaciones del derecho de reunión. Advierte que si bien el mero hecho de ejercer de forma reiterada el derecho de manifestación no supone, por sí, un abuso o ejercicio extralimitado del mismo, la reiteración o habitualidad en el ejercicio del derecho sí pueda configurarse como una variable que, en función de las características concretas del caso, coadyuve a la justificación de la imposición de condicionamientos o limitaciones al ejercicio del derecho de manifestación. En relación, por último, a la imposibilidad de superar los límites establecidos en las ordenanzas municipales sobre ruido, dice el Tribunal que no se trata de una prohibición, ni siquiera de una modulación, sino más bien de un recordatorio del deber de respeto a la normativa aplicable en esta materia.

4. Sobre derecho electoral destaca la STC 162/2011 (Sala Primera), de 2 de noviembre, que entendió lesivo del artículo 23 CE que la insuficiencia de avales presentados por las candidaturas fuera considerado como defecto no subsanable. Recuerda la Sentencia que en relación con la subsanación de los defectos en los que se puede incurrir al presentar las candidaturas ante la Administración electoral, existe una consolidada doctrina constitucional que sostiene que, en principio, los errores e irregularidades cometidos en la presentación de las candidaturas son subsanables, ya que el legislador, al configurar un trámite específico de subsanación (art. 47.2 LOREG) ha establecido una garantía del derecho de sufragio pasivo que comporta el deber de la Administración electoral de poner de manifiesto a los interesados la existencia de irregularidades en las candidaturas para que en el plazo legalmente previsto puedan ser subsanadas. Por otra parte, para determinar qué defectos son subsanables, no cabe distinguir

entre simples «irregularidades» y «defectos sustantivos» o esenciales, pues esta distinción no sólo no cuenta con base legal alguna, sino que, como se dijo en la STC 24/1989, de 2 de febrero (28), FJ 6, «resulta contradicha por la permisón que la propia Ley hace (art. 48.1 LOREG) de la modificación de candidaturas a resultas de subsanación y desconoce, por lo demás, el principio interpretativo según el cual la legalidad aplicable ha de ser entendida en los términos más favorables a la plena efectividad del derecho fundamental».

También en relación a los avales se dictó la STC 163/2011 (Sala Primera), de 2 de noviembre (29), cuyo objeto fue examinar si la exigencia de presentación de un porcentaje mínimo de avales establecida en el artículo 169.3 LOREG (30) conculca el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad, artículo 23.2 CE, en relación con el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE). Este requisito, explica el Tribunal, si bien supone una restricción a la libre facultad de presentación de candidaturas por los partidos políticos que no hubieran obtenido representación en ninguna de las Cámaras de las Cortes Generales en la anterior convocatoria electoral, no puede considerarse lesivo de los derechos fundamentales alegados al no estar carente de fundamento constitucional; obedece a la consecución de un valor o bien constitucionalmente protegido, como es el de la racionalización y perfeccionamiento de la organización y desarrollo del proceso electoral, a través del cual se articula la representación política. Además, explica la Sentencia, no puede pretenderse un supuesto derecho fundamental de los partidos políticos a participar ilimitadamente en todo proceso electoral y en cada una de las circunscripciones; considera que, dados los valores y bienes constitucionales a los que obedece el requisito, no está desprovista desde la perspectiva del artículo 23.2 CE de una justificación objetiva y razonable, ya que la obtención de representación parlamentaria en la última convocatoria electoral acredita que los partidos políticos que la han alcanzado gozan o, al menos, han gozado, de un respaldo o arraigo en el cuerpo electoral con ocasión de la celebración de un proceso electoral del que carecen los partidos políticos que, habiéndose presentado al mismo proceso electoral, no han tenido representación y que se desconoce que tengan o puedan tener aquellos partidos políticos que no han concurrido a la anterior convocatoria electoral. Por otra parte, ni desnaturaliza el concepto o la imagen constitucionalmente garantizada de la representación política que el artículo 23.2 CE garantiza, ni puede

(28) Véase *REDC*, núm. 29, pág. 314.

(29) También reseñada *supra*, págs. 291-292.

(30) El artículo 169.3 LOREG exige «la firma, al menos, del 0,1 por 100 de los electores inscritos en el censo electoral de la circunscripción por la que pretenda su elección».

estimarse desproporcionado. Tampoco aprecia el Tribunal que la exigencia de presentar un porcentaje determinado de avales atente contra el derecho de los avalistas a no ser obligados a declarar sobre la propia ideología, en relación con el derecho a participar por medio de representantes en los asuntos públicos. Es obvio, afirma la Sentencia, que quien voluntariamente decide apoyar con su firma la presentación de una candidatura a las elecciones no está siendo obligado a declarar sobre su ideología, como también lo es que avalar una determinada candidatura no equivale necesariamente a manifestar una inequívoca adhesión ideológica a la misma. Recuerda que entre aquellos aspectos básicos de la vida privada protegidos por la intimidad, entre ellos los referidos a la ideología y creencias, no se encuentran los datos referentes a la participación de los ciudadanos en la vida política, actividad que por su propia naturaleza se desarrolla en la esfera pública de una sociedad democrática, con excepción del derecho de sufragio activo, dado el carácter secreto del voto.

5. Sobre los derechos y garantías del artículo 24 CE, destaca la STC 145/2011 (Sala Primera), de 26 de septiembre, que consideró lesivo del artículo 24.2 CE el hecho de que al demandante —expulsado por estancia irregular— no se le notificara la propuesta de resolución del expediente, pese a que en ella se introdujeron hechos nuevos relevantes para sustentar la sanción de expulsión, respecto de los cuales no tuvo la oportunidad de alegar y aportar prueba.

También sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, la STC 155/2011 (Sala Segunda), de 17 de octubre, consideró aplicable el canon constitucional sobre *pro actione* al proceso de conciliación previsto en los artículos 460 a 480 de la LEC de 1881. Recurridas en amparo las resoluciones judiciales que inadmitieron a trámite de la solicitud de la recurrente para la apertura del procedimiento de conciliación voluntaria preprocesal regulado en los artículos 460 a 480 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881 vigentes, afirma el Tribunal que, tanto si se atiende al carácter tutelador de la actividad judicial que se presta en la conciliación preprocesal, como a su naturaleza propia de actividad de jurisdicción voluntaria para la que este Tribunal ha reconocido los derechos procesales del artículo 24 CE, nada obsta a que se le dispense el mismo trato a dicha conciliación, lo que se traduce, específicamente, en el reconocimiento para el justiciable que hace uso de este cauce, del derecho de acceso a la jurisdicción. La Sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado Sr. Ortega Álvarez, que considera que el canon sobre el principio *pro actione* no es aplicable a una conciliación voluntaria y que, en ningún caso, cierra a la parte que lo intenta la posibilidad de acudir al proceso judicial contencioso.

Mención especial merece la STC 174/2011 (Sala Segunda), de 7 de noviembre, que aborda por primera vez las eventuales limitaciones y modulaciones de

las garantías procesales que, en beneficio de los menores que denuncian haber sido víctimas de abusos sexuales, pueden adoptarse cuando sea necesario para evitar que su interrogatorio público, con plena contradicción en el acto del juicio oral, afecte negativamente a su desarrollo personal y su indemnidad moral y psíquica. La queja planteada por el demandante se refería a que, habiendo sido acusado de cometer abusos sexuales sobre una menor de edad, no tuvo ninguna oportunidad, ni en fase policial, ni en fase sumarial, ni durante el juicio oral, de interrogar de alguna forma a la menor cuyas manifestaciones constituyeron la única prueba de cargo que justificó su condena. Recordando la Sentencia que en nuestra tradición jurídica la forma natural de refutar las manifestaciones inculpativas es el interrogatorio personal del testigo practicado en el acto del juicio oral, advierte que se ha admitido excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción. Dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. Con abundante cita de jurisprudencia del TEDH, se afirma que en el caso del testimonio de los menores de edad que han sido víctimas de un delito contra la libertad sexual, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada, siempre que tales cautelas sean compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa. Se destaca que como quiera que normalmente en los delitos de abuso sexual la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. Con remisión a la jurisprudencia del TEDH, se señala que quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior. El interrogatorio del menor puede llevarse a efecto a través de un experto, evitando la confrontación visual con el acusado, o bien, si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, pero en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento

posterior. En el caso que se comenta, se otorgó el amparo al no haber dispuesto el acusado en el proceso penal previo de las mínimas oportunidades exigibles para contradecir el testimonio de la menor que ha dado lugar a su condena. Ni durante la investigación, ni posteriormente en juicio oral el acusado pudo interrogar a la menor, a pesar de que el Ministerio Fiscal, la acusación particular y el propio acusado propusieron como prueba el interrogatorio de la menor en el juicio oral; finalmente, se sustituyó el interrogatorio por la reproducción de la grabación de la exploración policial, que fue considerada suficiente por la juzgadora para formar convicción junto con el resto de pruebas.

La STC 177/2011 (Pleno), de 8 de noviembre, al resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada, apreció la vulneración del artículo 24.1 CE por los artículos 453.2, en el inciso «por falta grave», y 468.b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril (31), procesal militar. Se consideró contrario al artículo 24 CE el hecho de que las sanciones impuestas por faltas leves no pudieran ser impugnadas ante la jurisdicción militar por cauce del procedimiento contencioso-disciplinario ordinario, sino sólo por el cauce especial y sumario utilizable si se alega vulneración de los derechos fundamentales y las libertades públicas pero cerrado a los motivos de impugnación sean de legalidad ordinaria.

En la STC 181/2011 (Sala Primera), de 21 de noviembre, se consideró lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva el Auto de la Audiencia Nacional, dictado en procedimiento de orden europea de detención y entrega, que acordó la ampliación de la entrega del recurrente —que ya había sido entregado por las autoridades españolas por hechos distintos— para ser enjuiciado por otros hechos. En tal proceso de ampliación de entrega no puede prescindirse de un trámite de alegaciones, ya oral, ya escrito, ante el órgano judicial de cuya decisión depende la autorización para el enjuiciamiento, por hechos distintos a los que motivaron la entrega inicial.

La STC 183/2011 (Sala Primera), de 21 de noviembre, desestimó el recurso de amparo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos. En el proceso del que traía causa el recurso de amparo, el Consejo General de Colegios de Ingenieros Industriales había

(31) El artículo 453.2 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, dispone que «el procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario, que se regula en los Títulos II al IV, ambos inclusive, de este Libro, es aplicable a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias que señala el artículo 61 de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas». El artículo 468.b) dispone que «no se admitirá recurso contencioso-disciplinario militar respecto de: b) Los actos que resuelvan recursos por falta leve, salvo lo dispuesto para el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario».

impugnado el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se establecían las condiciones de los planes de estudio conducentes a la obtención de títulos para el ejercicio de la profesión regulada de arquitecto técnico; principalmente se solicitaba la nulidad de la denominación «graduado o graduada en ingeniería de edificación» que contenía el apartado segundo del acuerdo impugnado, ya que dicho Acuerdo infringía la disposición adicional decimonovena de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, y de la Ley 12/1986, de 1 de abril, por cuanto la titulación de «ingeniero de edificación» induce a confusión, dado que un arquitecto técnico no es un ingeniero. El Tribunal Supremo, estimando el recurso, consideró que efectivamente la nueva denominación del título «graduado en ingeniería de edificación» induce a confusión y, por tanto, vulneraba la normativa señalada por la parte recurrente. El núcleo del recurso de amparo se centraba en la queja por motivación irrazonable o una quiebra lógica en la motivación de la Sentencia impugnada, defectos no apreciados por el Tribunal Constitucional. La Sentencia cuenta con un voto particular discrepante del Presidente, que considera que la Sentencia impugnada vulneró el artículo 24 CE.

En la STC 190/2011 (Sala Primera), de 12 de diciembre, se abordó la posible lesión del artículo 24 CE del recurrente —perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción— por haberle negado legitimación para ejercer la acusación particular por supuestos delitos de estafa y apropiación indebida contra su esposa, de la que estaba separado legalmente. Recuerda el Tribunal que no existe una exigencia constitucional, derivada del artículo 24.1 CE, que obligue al establecimiento de una acusación particular, y que el derecho de acceso a la jurisdicción penal que ostenta la víctima para el ejercicio de la acusación particular no supone un derecho fundamental a la condena penal de otra persona, sino que se concreta esencialmente en un *ius ut procedatur*. Así, los órganos judiciales aplicaron el artículo 103.1 LECrim (32) negando al recurrente la posibilidad del ejercicio de la acción particular contra su esposa, de la que estaba separado judicialmente, por supuestos delitos de estafa y apropiación indebida, manteniendo únicamente la posibilidad de que ejerciera acciones civiles. Tal interpretación realizada por los órganos judiciales respecto de la prohibición del ejercicio de la acción penal entre cónyuges, incluyendo a los separados legalmente, no puede ser calificada de irrazonable, arbitraria o incurso en error patente ni tampoco contraria al principio *pro actione*. Además, la decisión judicial controvertida quedó limitada al ejercicio de la acción penal, manteniéndose la posibilidad del

(32) El artículo 103.1 LECrim establece la prohibición de ejercitar acciones penales entre «los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia».

ejercicio de la acción civil y, por tanto, la pretensión resarcitoria de los eventuales perjuicios que se hubieran ocasionado por parte de su cónyuge con esos supuestos delitos patrimoniales no violentos.

También sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva versa la STC 191/2011 (Sala Primera), de 12 de diciembre. Se recurrían en amparo determinados Autos dictados por el Juzgado de Primera Instancia en el proceso de ejecución hipotecaria, en los que acordaba poner en posesión de la entidad bancaria ejecutante, tras su adjudicación luego de subasta desierta, de un total de cincuenta y nueve inmuebles. La queja de fondo planteada en la demanda de amparo se articula en torno a la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), por negarse de manera arbitraria e irrazonable el Juez de la ejecución hipotecaria a aceptar el pronunciamiento del Juzgado de lo Mercantil sobre la afección de las fincas al patrimonio de la entidad objeto de concurso, a pesar de imponerle su superior jerárquico —la Audiencia Provincial— al resolver la cuestión de competencia entre ambos, y negarse con ello a acordar la suspensión de la ejecución en virtud de dicha afección. Tras descartar que se haya lesionado el derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley, se contempla la lesión que denuncian los recurrentes en amparo, desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que si bien no ha sido invocado de forma específica en su demanda, puede claramente concurrir en este caso. Afirmar el Tribunal que no entra en calificaciones de legalidad ordinaria sobre cómo debía aplicarse el artículo 56 de la Ley concursal a los hechos del caso, ni sobre el resultado al que se ha llegado por el Juzgado de lo Mercantil respecto de la afección y el carácter necesario de las fincas objeto de ejecución en el proceso para la continuidad de la actividad de la concursada, pero sí debe verificar la razonabilidad de la actuación del Juzgado de Primera Instancia por haber ignorado abiertamente y de forma continuada lo dispuesto en el Auto de la Audiencia Provincial donde, con extensa argumentación y de modo inequívoco, se le ordenaba que resolviera sobre la suspensión ejecutiva ateniéndose al tenor de la cuestión prejudicial devolutiva resuelta por aquel Juez de lo Mercantil. La persistencia en desatender la resolución vinculante de la Audiencia Provincial, a lo largo de más de un año, durante el cual continuó dictando resoluciones que ignoraban lo acordado en aquel Auto, conculca el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución jurídicamente fundada (art. 24.1 CE), toda vez que los recurrentes tenían derecho a que la suspensión de la ejecución se resolviera de forma congruente y fundamentada en Derecho, en coherencia con lo declarado previamente por el Juez del concurso.

6. La STC 192/2011 (Sala Segunda), de 12 de diciembre, abordó la sanción impuesta a una diputada del Parlamento de La Rioja, que fue sancionada con la expulsión de la sala de plenos y la prohibición de asistencia al resto de la sesión, en aplicación de lo dispuesto en el Reglamento del Parlamento de La Rioja, después de haber sido llamada al orden por el Presidente del Parlamento, tres veces a consecuencia de las interrupciones que la misma producía en el desarrollo de la sesión. No se aprecia lesión del derecho a la legalidad sancionadora, ya que no se considera exigible al Presidente advertir de que con la tercera llamada al orden iría aparejada la expulsión de la sala de Plenos y la prohibición de asistir al resto de la sesión, pues dicha advertencia no se encuentra prevista en el Reglamento. Tampoco se apreció indefensión alegada puesto que la asistencia de la recurrente a las reuniones en calidad de miembro de la Mesa de la Cámara y su activa intervención en el debate sobre su conducta en la sesión parlamentaria, supuso el efectivo ejercicio de su derecho a defenderse.

7. La STC 206/2011 (Sala Segunda), de 19 de diciembre, versa sobre la autonomía universitaria (art. 27.10 CE); la Universidad del País Vasco solicitaba amparo frente a lo que consideraba una vulneración de tal derecho, impugnando la Sentencia del Tribunal Supremo que declaró nulo de pleno derecho el protocolo que, para la atención de personas internas en centros penitenciarios, había aprobado dicha Universidad. Consideraba la recurrente que la Sentencia incurriría en el error de confundir los institutos jurídicos de la validez y la eficacia, erigiendo los convenios educativos previstos en el artículo 56.2 LOGP (33) en un presupuesto habilitante para el ejercicio por las universidades de la potestad de ordenación de las enseñanzas impartidas a internos en centros penitenciarios,

(33) Tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2003, de 30 de junio, el artículo 56.2 LOGP establece: «Para que los internos puedan acceder al servicio público de la educación universitaria será necesario que la Administración penitenciaria suscriba, previos los informes de ámbito educativo que se estimen pertinentes, los oportunos convenios con universidades públicas. Dichos convenios garantizarán que la enseñanza se imparte en las condiciones y con el rigor y la calidad inherentes a este tipo de estudios, adaptando, en lo que sea preciso, la metodología pedagógica a las especiales circunstancias que concurren en el ámbito penitenciario. La alteración del régimen y estructura de la enseñanza o de la asistencia educativa a los internos prevista en los convenios aludidos, así como cualesquiera otras modificaciones, prórrogas o extensión de aquéllos a nuevas partes firmantes o sujetos, deberán ser autorizados por la Administración penitenciaria. En atención a la movilidad de la población reclusa y a la naturaleza no presencial de los estudios a los que se refiere este artículo, los convenios aludidos en el párrafo anterior se suscribirán, preferentemente, con la Universidad Nacional de Educación a Distancia. No obstante, las Administraciones penitenciarias competentes podrán celebrar convenios con universidades de su ámbito en los términos establecidos en el párrafo anterior».

en lugar de considerarlos instrumentos de colaboración de la Administración penitenciaria. La Sentencia, después de recordar la doctrina sobre el alcance del derecho a la autonomía universitaria, explica que la singularidad de este caso radica en que, cuando los destinatarios de la actividad docente desarrollada en el ejercicio de tal derecho se encuentran privados de libertad, es preciso compatibilizar el desenvolvimiento concreto de la autonomía universitaria con las limitaciones que pueden derivarse no sólo del contenido del fallo condenatorio, sino también de la ley penitenciaria. Parte el Tribunal de que la potestad normativa, en cuanto que sirve a la libertad académica, se integra en el contenido de la autonomía universitaria como parte de la libertad de ordenación —también normativa— de los medios necesarios para la impartición de las enseñanzas superiores que la Universidad tiene legalmente encomendada. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 LOGP, dice el Tribunal, la prestación del servicio público universitario a personas internas en instituciones penitenciarias está condicionada a la suscripción previa de convenio entre la Administración penitenciaria y la universidad correspondiente, encontrando justificación esta exigencia en la necesidad de contar con la colaboración de la Administración penitenciaria para que los internos puedan seguir adecuadamente los estudios impartidos a distancia. No obstante, no puede verse en el artículo 56.2 LOGP una norma reguladora de los aspectos estrictamente docentes de los estudios universitarios a distancia dirigidos a los internos en centros penitenciarios. Matiza el Tribunal que no se trata de una norma sobre calidad educativa que atienda a la especificidad de sus destinatarios para modular sus condiciones, ni sobre ordenación de los medios necesarios para la impartición de la enseñanza superior, materias ambas que podrían reclamar o justificar el dictado de una disposición de carácter general pero no remitir a un convenio entre Administraciones sin establecimiento de directrices sustantivas al respecto. Reprocha que el Tribunal Supremo no lo haya interpretado así, que basó la nulidad del protocolo en que «no es posible que exista un Protocolo que desconozca que ha de nacer del Convenio previo suscrito entre la Universidad autora del mismo y la Administración penitenciaria». Con esta tajante aseveración, dice el Tribunal Constitucional, se haría de los convenios de colaboración entre la Administración penitenciaria y las Universidades públicas presupuesto habilitante del ejercicio por éstas de su potestad normativa para la regulación de lo que constituye el núcleo de la autonomía universitaria: la protección de la libertad académica, en su manifestación de libertad de enseñanza, estudio e investigación frente a todo tipo de injerencias externas (*Carlos Ortega Carballo*).

MANDATO DE NEUTRALIDAD
DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS
Y SIMBOLOGÍA RELIGIOSA

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ

1. INTRODUCCIÓN. A PROPÓSITO DE LA STC 34/2011, DE 28 DE MARZO, QUE CONVALIDA LA DECLARACIÓN DE LA VIRGEN MARÍA COMO PATRONA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE SEVILLA.—2. EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE NEUTRALIDAD IDEOLÓGICA Y RELIGIOSA DE LOS PODERES PÚBLICOS Y LA DIMENSIÓN OBJETIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD RELIGIOSA.—3. LAICIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS Y SIMBOLOGÍA RELIGIOSA DE REPRESENTACIÓN INSTITUCIONAL.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN. A PROPÓSITO DE LA STC 34/2011, DE 28 DE MARZO, QUE CONVALIDA LA DECLARACIÓN DE LA VIRGEN MARÍA COMO PATRONA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE SEVILLA

Parafraseando a *The Beatles*, queda aún por recorrer en España un «largo y tortuoso camino» hacia la laicidad (1), principio instrumental este que propugna, en necesaria garantía de la libertad, la igualdad y el pluralismo, tanto la *separación* entre los ámbitos propios de actuación de los poderes públicos y de las confesiones, como la *neutralidad* de aquellos ante los sentimientos religiosos que profesan los ciudadanos. En ese sentido, la STC 34/2011, de 28 de marzo, constituye un testimonio elocuente de las resistencias que se interponen

(1) Esta referencia a la célebre canción ya la hizo, en su día, en relación con una Sentencia que muestra concomitancias más que notables con la que estudia en este trabajo, A. GARCÍA GÁRATE, «El largo y tortuoso camino hacia la laicidad. A propósito de la STC 177/1996, de 11 de noviembre», en J. MARTÍNEZ TORRÓN (ed.), «La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional», Granada, Comares, 1998, págs. 487 y sigs.

a la implantación plena de dicho principio constitucional, ya que tal resolución convalida, recurriendo a argumentos más que cuestionables, la pervivencia y renovación de comportamientos promovidos por determinadas instituciones y corporaciones públicas, que se revelan disconformes con una recta interpretación de lo que ese principio auspicia.

Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional que es objeto del presente comentario se abordan dos cuestiones fundamentales, estrechamente ligadas entre sí: en primer lugar, se dilucida qué alcance posee el mandato constitucional de neutralidad ideológica y religiosa de los poderes públicos, en relación con el uso institucional de signos de identidad religioso-culturales. Y, en segundo lugar, como consecuencia derivada, se determina la relación que media entre la dimensión objetiva e institucional del derecho fundamental a la libertad religiosa y la dimensión subjetiva e individual que manifiesta, primariamente, el mismo. Del análisis de ambas cuestiones, en función del tratamiento dado a aquellas por el Tribunal Constitucional, se desprende, como se confía en demostrar, una concepción de la libertad religiosa desproporcionada, que se sustenta en una fundamentación jurídica escasamente consistente.

Los antecedentes de la Sentencia de referencia cabe resumirlos así: la Junta General Extraordinaria del Colegio de Abogados de Sevilla, celebrada el 30 de enero de 2004, aprobó sus nuevos estatutos, declarados adecuados a la legalidad vigente mediante Orden del Consejero de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, de 23 de abril de 2004. El demandante de amparo, un abogado incorporado como ejerciente al Colegio, interpuso el pertinente recurso contencioso-administrativo contra la mencionada Orden, al considerar, esencialmente, que el párrafo tercero del artículo 2 de dichos estatutos, según el cual «*El Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla es aconfesional, si bien por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada*», vulnera determinados preceptos constitucionales, en concreto los dispuestos en los artículos 14 y 16.1 y 3 de la Constitución. Tras desestimarse el recurso, mediante sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, de 21 de marzo de 2005, el demandante apeló la sentencia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, que rechazó sus pretensiones, a través de Sentencia de 25 de abril de 2006, poniendo así fin a la vía judicial ordinaria, hecho este que le permitió promover recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la última de las resoluciones indicadas.

Atendiendo a cuestiones sustanciales o de fondo, el recurrente fundamenta jurídicamente su demanda sosteniendo, con la adhesión del Ministerio Fiscal, la conculcación de la dimensión objetiva de la libertad religiosa (art. 16.3 CE),

así como de la vertiente individual y subjetiva del referido derecho fundamental (art. 16.1 CE), además de la lesión del principio de igualdad (art. 14 CE). A ello se opone, tratando de justificar las disposiciones estatutarias impugnadas, el propio Colegio de Abogados de Sevilla, con el respaldo de la Junta de Andalucía. Una vez conocido lo alegado por las partes, el Tribunal Constitucional se inclinó por la desestimación de la petición de amparo del recurrente. A continuación se analizarán críticamente las cuestiones suscitadas, atendiendo a las argumentaciones expuestas.

2. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA. EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE NEUTRALIDAD IDEOLÓGICA Y RELIGIOSA DE LOS PODERES PÚBLICOS

El principal motivo de la demanda lo constituye la denuncia de la «*contradictio in terminis*» en la que, a juicio del recurrente, incurre el artículo 2.3 de los estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla, que declara la aconfesionalidad del mismo, en tanto que corporación de Derecho público, al tiempo que, invocando una «tradición secular», lo sitúa bajo el patronazgo de la Virgen María, «en el misterio de su Concepción Inmaculada». Se impugna así, en primer lugar, la vulneración que, a juicio del recurrente, dicha frase comporta del mandato declarado en el párrafo tercero del artículo 16 de la Constitución, expresivo, inicialmente, del *principio de laicidad de los poderes públicos*, que es componente esencial de la dimensión objetiva del derecho fundamental a la libertad religiosa. Conocer la significación y el alcance que muestra dicha faceta del derecho, en general, y del principio invocado, en particular, se impone así, de forma ineludible, a fin de contrastar si la respuesta dada por el Tribunal Constitucional, en el Fundamento Jurídico 4 de la Sentencia, resuelve, o no, satisfactoriamente, la duda de validez suscitada.

Ciertamente, la impugnación del artículo 16.3 de la Constitución se explica partiendo de la base de que todo derecho fundamental posee, además de una vertiente subjetiva característica, que expresa la relación inmediata y personal que se establece entre el Estado, los ciudadanos y, en su caso, los colectivos en los que éstos se integran, una dimensión objetiva, a veces, como es el caso, muy relevante. Así, el derecho fundamental a la libertad religiosa se manifiesta, también, como un *principio institucional*, ordenador de un determinado ámbito vital, relevante socialmente. De ahí que el mismo se despliegue en regulaciones normativas a las que inspira, imponiendo orientaciones a seguir a los poderes públicos. Su fuerza irradiante se produce en toda dirección, afectando a cuantos

sectores del Derecho aparecen referidos al mismo. Dicha condición llama a su especificación posterior, en tanto que *pauta directiva de normación jurídica*, que entraña, al tiempo, un *mandato de optimización* y un *deber de protección*, que se proyecta, en general, sobre el ejercicio de todas las funciones constitucionales y, en particular, en lo que respecta a la aplicación e interpretación de las diferentes prescripciones jurídicas existentes sobre la materia, que se ven, de ese modo, informadas por el mismo. Dicho principio es quien determina, por tanto, preferentemente, la concreta línea de desarrollo que habrá de seguir el ordenamiento, en relación con la regulación institucional u objetiva del interés jurídico religioso (2).

Tal principio de libertad religiosa supone, interpretado de consuno con el mandato constitucional de neutralidad ideológica y religiosa dirigido a los poderes públicos, que modula su alcance, por un lado, y en sentido, en este caso, negativo, la exigencia de que éstos se hayan de considerar ajenos o incompetentes ante el hecho religioso, en sí mismo considerado, comprometiéndose a no coartar, sustituir o concurrir con los ciudadanos y las confesiones existentes en lo tocante al mismo. De ahí que atiendan a él, solamente, en tanto que factor social, ordenándolo desde tal perspectiva externa, en lo que a sus diferentes manifestaciones públicas se refiere, sin coartar el derecho fundamental originario (3). Por eso, y ya en sentido positivo, los poderes públicos se comprometerán a reconocer y tutelar, en el marco del ordenamiento jurídico vigente, el sentimiento religioso de los sujetos individuales y colectivos, y la consiguiente libertad de creencias y de culto que asiste a los mismos, con independencia del sentido de la opción religiosa que secunden o profesen, y conforme a la cual decidan orientar, respectivamente, sus diferentes actitudes vitales y concretos fines institucionales. En consecuencia, los poderes públicos se verán impelidos a afirmar su independencia respecto de aquellos, aunque expresen, simultáneamente, una clara voluntad de colaboración con las confesiones a las que se adscriben, en aras de promocionar el derecho que les asiste, si bien desde la perspectiva que implica la obligada autonomía institucional recíproca y el deber genérico de abstenerse de asumir como propia cualquier tendencia u orientación particular al respecto (4).

(2) Como referencia clásica inexcusable, cfr. P. HÄBERLE, «Die Wessensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz» (1962), Heidelberg, C. F. Müller, 19. Auflage, 1993, págs. 104 y sigs.

(3) J. M.^a PORRAS RAMÍREZ, *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de Derecho*, Madrid, Civitas, 2006, pág. 110.

(4) Inicialmente, D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ y G. SUÁREZ PERTIERRA, «El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 61, 1980, págs. 7-34. También, A.

Así pues, de acuerdo con la Constitución, se observa cómo el Estado abdica de su pretensión pretérita, tanto de proclamar una fe, constituyéndose en creyente, a la vez que impone una religión concreta a sus ciudadanos, como de restringir o negar toda suerte de reconocimiento a las distintas formas de manifestación pública de esta, reprimiendo, llegado el caso, las mismas. La libertad religiosa, en su consideración como principio supremo que determina esencialmente el carácter de la actuación de los poderes públicos en la materia de referencia se revela incompatible, pues, tanto con las actitudes confesionales como con las laicistas, al implicar ambas una toma de partido, ya comprometida con el hecho religioso, en términos contrarios a las exigencias de la libertad, la igualdad y el pluralismo democrático; ya marginadora y, por tanto, lesiva, por restrictiva, del derecho fundamental subyacente, desde presupuestos, en uno y otro caso, claramente sesgados e ideológicos.

Tales principios no pueden coexistir en un mismo plano, en el marco de un Estado democrático de Derecho, habiéndosele de reconocer a alguno de ellos la función rectora imprescindible. Como tal cometido le corresponde, de acuerdo con la Constitución, al de libertad religiosa, los restantes, habitualmente alegados, que concurren con el mismo, o bien están llamados a desaparecer, como sucede con el de confesionalidad, expresamente rechazado por la Norma Fundamental; o bien a supeditarse a aquel, una vez redefinidos positivamente, como ocurre con el de laicidad, que ocupará una posición vicaria y, en todo caso, complementaria respecto del mismo. Sin duda, esa solución constitucional se ha revelado como la más idónea, a los efectos de optimizar la realización del derecho fundamental, desde la independencia o separación que, en garantía adicional del mismo, conviene trazar entre los ámbitos de actuación pública, civil y confesional (5).

Así las cosas, conviene precisar el alcance otorgado al principio de laicidad, que se expresa en el artículo 16.3 de la Constitución, a los efectos de evitar consideraciones desproporcionadas de la libertad religiosa, que conduzcan a un entendimiento ilimitado de la misma, en modo alguno deseado por el constituyente, en tanto que contrario a las bases sobre las que se sustenta la confi-

MOTILLA DE LA CALLE, «Breves notas en torno a la libertad religiosa en el Estado promocional contemporáneo», en I. C. IBÁN PÉREZ (coord.), T. MARTINES y G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Madrid, Universidad Complutense, 1989, págs. 191 y sigs.

(5) J. FERRER ORTIZ, «Los principios informadores del Derecho eclesiástico del Estado», en J. MARTÍNEZ TORRÓN (ed.), «La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional», *op. cit.*, págs. 107 y sigs. Abundando en ello, desde una perspectiva histórico-jurídica, cfr. J. M.^a PORRAS RAMÍREZ, «Las relaciones Iglesia-Estado en el XXX aniversario de la Constitución española de 1978», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 127, 2010, págs. 209-228; en especial, pág. 211.

guración del Estado democrático de Derecho. Y tal cosa es precisamente lo que sucede con la Sentencia que es objeto del presente comentario, la cual devalúa, invocando referencias histórico-culturales, fundadas en la tradición, la significación dada al susodicho mandato constitucional de neutralidad ideológica y religiosa de los poderes públicos.

En todo caso, lo primero que procede, en atención al caso que nos ocupa, es dilucidar si los colegios profesionales, en general, y consecuentemente el de Abogados de Sevilla, en particular, en tanto que autor de la norma originaria de la respuesta jurisdiccional controvertida, se ven o no afectados por dicho mandato. Una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional resuelve favorablemente la cuestión, interpretando lo dispuesto en la Ley 2/1974, reformada por la Ley 74/1978, que materializa la expresa remisión efectuada por el artículo 36 de la Constitución, al insistir en la condición que aquellos poseen de «corporaciones de Derecho público». De ese modo, yendo más allá de lo indicado en la STC 93/1980, que los calificaba ya como «entes públicos de carácter corporativo», cabe apelar a lo ya expuesto en la STC 20/1988, en su Fundamento Jurídico 4, según la cual «los colegios profesionales son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados, pero que también atienden a finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho Público, cuyo origen, organización y funciones no dependen solo de la voluntad de los asociados, sino, también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo general, les atribuye el ejercicio de funciones propias de las Administraciones Territoriales o permite a estas últimas recabar la colaboración de aquellas mediante delegaciones expresas de competencias administrativas, lo que sitúa a tales Corporaciones bajo la dependencia o tutela de las citadas Administraciones Territoriales, titulares de las funciones o competencias ejercidas por aquellas».

Por tanto, ha de quedar claro, como reiterara, a su vez, la STC 189/1989, en sus Fundamentos Jurídicos 4 y 5, que los colegios profesionales poseen un carácter bifronte, siendo corporaciones que, junto con los fines que resultan consustanciales a su base asociativa, cumplen determinados objetivos públicos atribuidos por la ley, que contribuyen a la determinación de su peculiar naturaleza jurídica (6). Así pues, y en cualquier caso, habida cuenta de su marcada orientación al servicio de un interés público, cabe concluir que el mandato cons-

(6) M. CARLÓN RUÍZ, «Artículo 36», en M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer España, 2008, págs. 949-955.

titucional contenido en el artículo 16.3 de la Constitución obliga directamente a los colegios profesionales, afectando, a modo de límite material, a su reconocida capacidad de autonormación estatutaria, que, en el caso concreto andaluz, viene a reconocerles la Ley 10/2003.

Dicho principio constitucional indica que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», lo que viene a suponer la proclamación, formulada en sentido negativo, de la *aconfesionalidad, neutralidad o laicidad del Estado*. La misma transcribe, de forma muy cercana, la dicción del artículo 137 de la Constitución de Weimar, incorporado a la vigente Ley Fundamental de Bonn, de acuerdo con la cual «no existe una Iglesia del Estado». No obstante, hay quien sostiene, a este respecto, que, quizá, hubiera sido preferible disponer, en su lugar, evidenciando un propósito más radical y sincero de ruptura con la situación histórica precedente de confesionalismo jurídico, tal y como, a su juicio, correctamente expresaba el Anteproyecto de Constitución, que «el Estado español no es confesional» (7). Sin embargo, al admitir la intensa evocación que tal frase conlleva del tenor literal del artículo 3 de la Constitución de 1931, el cual aseveraba que «el Estado español no tiene religión oficial», explica que se acudiera a la referencia comparada, proveniente del Derecho público alemán. Esta no solo no suscita el recuerdo intensamente «laicista» que aquella provocaba, asociada a la comprensión de lo dispuesto en los polémicos artículos 26 y 27 de la misma, expresivos de una visión, más que negativa, marginadora de las expresiones sociales del fenómeno religioso, sino que, y esto es lo que, sobre todo, importa, parece resultar más acorde con el significado profundo evidenciado por el principio supremo de libertad religiosa, que anima al grupo normativo ordenado en el artículo 16 de la Constitución, en el marco axiológico que proporciona el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) (8).

Se adopta así una fórmula que, tal y como indican, entre otras, las SSTC 46/2001, 128/2001 y 154/2002, más allá de la necesaria distinción de ámbitos de actuación, refleja una actitud positiva por parte del Estado, una voluntad de reconocimiento de las distintas confesiones existentes, sin que ello pueda suponerle, a un tiempo, identificación con ninguna, en garantía del ejercicio, no solo individual, sino, también, colectivo, del derecho fundamental a la libertad religiosa. Esa orientación básica presupone, necesariamente, la afirmación de su autonomía respecto de las mismas, además de su incompetencia en cuestiones

(7) G. SUÁREZ PERTIERRA, «Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, 2011, págs. 41-64; en especial, págs. 44 y sigs.

(8) J. M.^a PORRAS RAMÍREZ, «Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de Derecho», *op. cit.*, págs. 112-113.

intrínsecamente religiosas, que solo a ellas les conciernen. Tal cláusula, que se introdujo, inicialmente, en la Alemania del período de entreguerras, al calor de un intenso debate doctrinal, se ha mantenido hasta el presente, permitiendo así, en dicho país, aludir a la existencia de varias iglesias reconocidas, dado su notable arraigo histórico, social y cultural, que se hacen merecedoras de iguales derechos respecto de los poderes públicos, pero con las que el Estado tiene vedado confundirse, dada su distinta naturaleza e independencia recíproca (9).

Se logra así expresar, al cabo, no solo el concepto, de cuño liberal, que alude a la *separación* que ha de existir entre las esferas civil y política, por un lado, y religiosa y confesional, de otro, sino, también, aludir a la idea contemporánea de *neutralidad*, la cual, rectamente entendida, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, pretende abandonar toda tentativa de rechazo o promoción del hecho religioso, en sí mismo considerado. No en vano, la misma permite atribuirle relevancia a este, mas desde una posición de equidistancia, en tanto que fenómeno o factor social, dotado de una considerable repercusión pública, que se proyecta sobre un derecho fundamental. Es por ello por lo que la exigencia de neutralidad se emplea como parámetro de control de la actuación de los poderes públicos, a fin de evitar que éstos se excedan al facilitar las condiciones de realización de dicha libertad. De lo contrario, podría incurrirse en una indeseable confusión de funciones estatales y religiosas, o en el menoscabo de la igualdad y el pluralismo de las ideas y creencias. Dicha concepción, traída a España desde Alemania, pretende manifestar, no otra cosa que la *«laicidad del Estado»*, que no se muestra como un fin en sí mismo, sino como un medio orientado a la defensa y promoción de la libertad religiosa, en particular, y de los demás derechos y libertades públicas, en general (10).

Así, como se ha indicado, atendiendo a sus elementos integrantes, la laicidad posee, tanto una dimensión negativa, primero definida en el tiempo, alusiva a la *separación* que ha de existir entre los ámbitos propios de actuación de los poderes públicos y de las confesiones (11); como otra positiva, más tarde

(9) J. LISTL, «Das Verhältnis von Kirche und Staat in der Bundesrepublik Deutschland», en J. LISTL, H. SCHMITZ, H. MÜLLER (coords.), «Handbuch des katholischen Kirchenrechts», Regensburg, Friedrich Pustet, 1983, págs. 1052 y sigs.

(10) Entre otros, M. MORLOK, «Artikel 4: Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit, Kriegsdienstverweigerung», en H. DREIER (coord.), *Grundgesetz Kommentar*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996, Band I: Artikel 1-19, págs. 294-343; en especial, págs. 332 y sigs.

(11) Su primera formulación constitucional se encuentra en la Primera Enmienda a la Constitución de los EEUU, que recoge, junto con la «cláusula de libre ejercicio», la llamada «cláusula de establecimiento», la cual prohíbe que las leyes dispongan la existencia de una religión oficial. Cfr. L. H. TRIBE, «American Constitutional Law», Mineola, New York, The Foundation Press, 1988, págs. 1155 y sigs.

incorporada, que se refiere a la *neutralidad* que aquellos deben observar, no dejándose guiar en su actuación por valores religiosos, sino por los propios a los que la Constitución les orientan, a fin de garantizar un tratamiento igual a todas las personas y comunidades, con independencia de cuáles sean sus opciones de fe o ideas. A ambos aspectos de la misma se hará alusión, sucesivamente, a fin de demostrar cómo los dos sufren una lesión evidente en relación al supuesto concreto que nos ocupa.

Como se sabe, inicialmente, la idea de laicidad se asocia al proceso de separación que, entre los órdenes político y religioso, se fue gestando, de manera paulatina, a lo largo de la historia de Occidente, el cual actúa como presupuesto de la existencia misma del Estado constitucional (12). Dicha *separación* implica la obligación que los poderes públicos asumen de no identificarse ideológicamente con ninguna expresión colectiva del fenómeno religioso. De ahí que no quepa, en ningún caso, confundir las funciones respectivas. Esto conlleva, no solo una negatividad por abstención ante cualquier opción religiosa, que no puede ser, en ningún caso, asumida como propia por los poderes públicos; sino, más aún, el entendimiento de que las creencias e intereses religiosos no pueden erigirse en parámetros de la legitimidad de los actos y normas estatales (STC 24/1982, FJ 1). De suyo, lo indicado expresa un reconocimiento de la autonomía institucional recíproca, que supone tanto el compromiso efectivo, por parte de los poderes públicos, de no inmisión en los asuntos propiamente eclesiásticos o confesionales, como la obligación, asumida, también, por las comunidades religiosas, de no rebasar los objetivos que les son característicos, aspirando a equipararse al Estado, a efectos de condicionar, en pie de igualdad, su actuación política (STC 340/1993, FJ 4) (13).

Esa separación, transmutada, hoy, en las coordenadas del Estado social y democrático de Derecho, en una actitud de *neutralidad* o imparcialidad respecto de los sentimientos religiosos e ideológicos que profesan los ciudadanos, lejos de concebirse, ya, como un fin en sí mismo, aparece como un medio que

(12) M. GARCÍA-PELAYO, «Hacia el surgimiento histórico del Estado moderno», en su compilación de estudios *Idea de la política y otros estudios*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, págs. 107-133; en especial, págs. 125 y sigs. M. HECKEL, «Sekularisierung. Staatskirchenrechtliche Aspekte einer umstrittener Kategorie», en *Gesammelte Schriften. Staat, Kirche, Recht, Geschichte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1989, Band I, págs. 773 y sigs. E. W. BÖCKENFÖRDE, «Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation», en *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, págs. 92 y sigs.

(13) A. LÓPEZ CASTILLO, «Artículo 16.3: aconfesionalidad del Estado y cooperación con las confesiones religiosas», en M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PINERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX aniversario*, op. cit., págs. 356 y sigs.

ha de operar, siempre, en garantía del igual goce y disfrute de los derechos, en general, y del de las libertades ideológica y religiosa, en particular, en orden a que, sobre todo estas, no puedan verse coartadas, sino efectivamente aseguradas. Se pretende así, al cabo, garantizar la coexistencia pacífica de las distintas creencias y convicciones implantadas socialmente (SSTC 177/1996, 152/2002 y 101/2004).

No obstante, cabe apreciar, de resultas del cambio operado en la comprensión contemporánea de la libertad religiosa, en el marco del nuevo paradigma interpretativo existente, una redefinición del alcance del principio de aconfesionalidad o laicidad, que, fundado en una renovada concepción de la neutralidad del Estado, alcanza un sentido, más bien, abierto y, en tanto que tal, cooperativo (STC 41/2001, FJ 7). Dicha modificación aparece como la consecuencia lógica de la proclamación del carácter democrático y, por ende, pluralista del Estado, que obliga al mismo a ser cauce igualitario de expresión y reconocimiento de las distintas opciones que articulan el derecho a la libertad religiosa, sin llegar a inclinarse, ni a comprometerse con ninguna (14).

Se pasa a entender, de ese modo, que el Estado ha de asegurar un marco de convivencia en el que se puedan exteriorizar libremente las creencias y convicciones de los ciudadanos y de las comunidades, tanto religiosas como ideológicas, a las que pertenecen, haciendo así posible que todos, sin distinción, puedan identificarse con él, admitiéndolo como ámbito común donde convivir en paz y libertad, ejercitando ordenadamente sus derechos (15). Por tanto, tal neutralidad hace referencia al conjunto de garantías que el Estado ha de observar para asegurar la salvaguardia y realización efectivas de los derechos fundamentales a las libertades ideológica y religiosa, en un régimen de pluralismo de convicciones y creencias (STC 340/1993, FJ 4) (16).

No ha de perderse, a este respecto, nunca de vista, que la independencia recíproca entre los órdenes estatal y confesional, trasunto de la separación, hoy ciertamente relativa, entre los ámbitos de actuación del Estado y de la sociedad

(14) L. GUERZONI, «Considerazioni critiche sul “principio supremo” di laicità dello Stato alla luce dell’esperienza giuridica contemporanea», en *Il Diritto ecclesiastico*, I, 1992, págs. 86 y sigs. También, M. TEDESCHI, «Quale laicità? Fattore religioso e principi costituzionali», en *Il Diritto ecclesiastico*, I, 1993, págs. 548 y sigs.

(15) Comenta la importante BverfGE, 19, 206 ss., que enumera las funciones a las que se orienta la declaración de neutralidad estatal en Alemania, M.^a J. ROCA FERNÁNDEZ, «La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996, págs. 251 y sigs.

(16) Comentando la importante Sentencia de 12 de abril de 1989, núm. 203, de la Corte Costituzionale italiana, cfr. L. GUERZONI, «Considerazioni critiche sul “principio supremo” di laicità dello Stato alla luce dell’esperienza giuridica contemporanea», *op. cit.*, págs. 92-93.

civil, que la Constitución, en este aspecto, acoge, representa el principio constitutivo de la laicidad. La cuestión está, por tanto, en determinar la adecuada *conexión* que ha de establecerse *entre libertad e igualdad*, pues si la laicidad estatal se percibe como un factor históricamente determinante de la afirmación de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa, cabe preguntarse cómo habrá de articularse la misma, a fin de garantizar auténticamente el goce paritario de éstos, en un contexto plural de ideas, creencias, confesiones y cultos. El concepto y la idea de laicidad han, pues, de ajustarse a los rasgos estructurales del Estado constitucional contemporáneo, viniendo a contribuir a la caracterización material del mismo y del ordenamiento que viene a conformar. Solo así se podrá salvaguardar la eficacia general de unos derechos, que han de ser iguales para todos, en lo que a sus condiciones básicas de realización se refiere (17).

De todos modos, se presupone que, de acuerdo con un entendimiento abierto de la laicidad, el Estado, en consideración a su naturaleza democrática y, por ende, pluralista, habrá de tomar en consideración las creencias e ideas existentes en la sociedad, atendiendo, por tanto, a la manifestación que de las mismas hagan, en ejercicio del derecho fundamental del que son titulares, los distintos colectivos, religiosos e ideológicos, que la integran. Tal exigencia de receptividad a los valores que éstos auspician, que hay quien cree, sin fundamento constitucional alguno que así lo avale, demostrativa de un auténtico principio «favor religionis», encuentra dos límites esenciales en el principio de laicidad estatal, que evitan incurrir en un relativismo axiológico absoluto:

Por un lado, el Estado no puede admitir aquellos que resulten contrarios a los principios fundamentales sobre los que se asienta el orden constitucional, atentando, en particular, contra la dignidad de la persona, que es fundamento y soporte de sus derechos inalienables (art. 10.1 CE).

Y, por otro, deberá evitar que la apreciación de tales valores sociales, ocasione una asunción o incorporación material de los mismos, que conduzca a su confusión con los propios. No cabe admitir, pues, ni asimilación, ni sustitución alguna en este sentido. La neutralidad ideológica y religiosa que la Constitución le impone al Estado lo prohíbe terminantemente (STC 5/1981). Se tolerará, a lo sumo, cierta vocación, por otra parte legítima, de influencia de aquellos en la acción política estatal, además de su lógica toma en consideración, pero, en

(17) F. ONIDA, «Il problema dei valori nello Stato laico», en M. TEDESCHI (coord.), «Il principio di laicità nello Stato democratico», Messina, Rubbertino editore, 1996, págs. 83 y sigs. En un mismo sentido, A. VITALE, «Laicità e modelli di Stato», en M. TEDESCHI (coord.), *Il principio...*, *op. cit.*, págs. 231 y sigs.

ningún caso, será aceptable el «secuestro» de los valores que se deducen de la Constitución, y su simultáneo reemplazo por aquellos otros que son defendidos por las confesiones, de más o menos amplia implantación social. Estos, cabe recordar, no son patrimonio común de la sociedad, a diferencia de los que auspicia y dice perseguir el Estado, que sí son manifestación, por el contrario, de un consenso ético y social básico, generador de unidad e integración política. De ahí que aquel no tenga por qué inspirar sus normas y actos en la doctrina y moral de sistema de creencias o ideas alguno, por extendidos y reputados que puedan ser estos, sino en criterios propios, en aras de preservar la necesaria autonomía del poder civil respecto del religioso, fuente respectiva de ordenamientos distintos y, en consecuencia, independientes entre sí. Por tanto, aunque respete, valore y considere los sentimientos religiosos de los ciudadanos y de las agrupaciones asociativas en las que estos se integran, en tanto que expresión de intereses socialmente relevantes, ello no tiene por qué suponerle obligación alguna de secundarlos, al gozar, siempre y en todo momento, de un amplio margen de actuación en este sentido, derivado de su legitimidad originaria, la cual le evita tener que plegarse a las concretas directrices emanadas de aquellos (STC 129/1996). Los poderes públicos tienen así perfecto derecho a discrepar de dogmas, creencias o preceptos morales particulares, defendidos por los colectivos confesionales, los cuales, a su vez, no pueden exigir de los poderes públicos que asuman, como propios, principios que, al ser expresión de su concreta visión religiosa, no tiene aquel por qué compartir civilmente, a menos que se arriesgue a escindir la compleja comunidad política a quien se debe. El Estado no puede perder sus señas de identidad características, renunciando a su naturaleza laica constitutiva (18).

La laicidad se muestra, en fin, en consideración al pluralismo democrático, como principio de apertura o factor de acogida y valoración positiva del interés religioso, pero solo en tanto que bien jurídico protegido que actúa como sustento de un derecho fundamental, cuya tutela y promoción se han de efectuar de acuerdo con los postulados de la Constitución vigente (STC 41/2001, FJ 7). En virtud de esa idea de la neutralidad estatal, los poderes públicos no pueden contradecir su naturaleza laica, yendo más allá del cometido que tienen constitucionalmente asignado. De ahí que no puedan imponer determinados valores religiosos a quienes, en un principio, resultan ajenos a ellos o no los comparten, en virtud de su legítima libertad de ideas y creencias, utilizando a ese fin los medios socializadores con los que cuentan. De lo contrario, el Estado estaría convirtiéndose, nuevamente, en «brazo secular de la religión», a la vez que en

(18) M. BARBIER, «Esquisse d'une théorie de la laïcité», en *Le débat*, núm. 77, 1993, págs. 74 y sigs.

fuerza simultánea de privilegios y discriminaciones para los ciudadanos y las confesiones. Tal hecho, evidenciado a lo largo de la Historia e incompatible con la Norma Fundamental, supondría el menoscabo, cuando no la destrucción sustancial, del pluralismo religioso e ideológico que el Estado democrático posee la obligación constitucional de fomentar y garantizar, además de la libertad fundamental, personal y colectiva, que se halla en la base del mismo (19). No en vano, la laicidad implica un mandato inexcusable de imparcialidad estatal. De ahí que inste, consecuentemente, al respeto de la igualdad en la libertad.

Tal es así que puede afirmarse que el Estado democrático es naturalmente laico o aconfesional, no siendo precisa, por redundante, una declaración formal y expresa al respecto, que, en todo caso, se infiere de sus principios constitutivos (20). Y esto es así, porque su legitimidad deriva, no de principio trascendente alguno, sino, exclusivamente, de la soberanía nacional que reside en el pueblo (art. 1.2 CE); y dados los fines profanos, en modo alguno de índole religiosa, que aspira a alcanzar (art. 1.1). De ahí que no deba interferir el libre ejercicio de las distintas opciones de fe, que han de desarrollarse autónomamente en el marco constitucional y legalmente establecido. Por eso, el Estado no entra a conocer del contenido de tales creencias, en sí mismas consideradas, al mostrarse incompetente en ese sentido. Tan solo las reconoce y garantiza, abriéndose así a ellas, aunque sin llegar necesariamente, por eso, a asumir los valores que representan, dejando a salvo, en todo caso, las exigencias de orden público que está obligado a asegurar.

En consecuencia, no es cometido de los poderes públicos incorporar a sus estructuras institucionales, salvo a título consultivo, a confesión religiosa alguna, al no deber identificarse con ninguna de las existentes. Y, del mismo modo, que no han de aceptar intromisiones de las mismas en su ámbito propio de actuación, tampoco aquellos deben intervenir en el suyo. Por eso el Estado no asume credo o religión alguna, evitando confusiones funcionales indeseables. Elude, de ese modo, tanto tutelas interesadas, como rechazos hostiles. Es por ello por lo que, sirviéndose de una enunciación negativa, que es consecuencia del pasado histórico predominantemente confesional, la Constitución afirme la recíproca independencia que ha de existir entre los poderes públicos y las confesiones, al orientarse, unos y otros, a desplegar sus actividades, respectivamente, en esferas o planos de la realidad bien distintos.

(19) J. M.^a PORRAS RAMÍREZ, «Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones...», *op. cit.*, pág. 133.

(20) S. LARICCIA, «Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia», en M. TEDESCHI (coord.), «Il principio di laicità...», págs. 143 y sigs., y, también, G. LO CASTRO, «Il Diritto laico», en M. TEDESCHI (coord.), «Il principio di laicità...», *op. cit.*, págs. 255 y sigs.

En suma, la laicidad, testimonia la independencia de actuación de los poderes públicos respecto de las confesiones; siendo, al tiempo, instrumento al servicio de la garantía del pluralismo de las ideas y creencias, y, consiguientemente, de las nuevas exigencias que asume, actualmente, considerado en todas sus dimensiones, el derecho fundamental a la libertad religiosa. Ello implica, en una democracia pluralista, entender que las creencias deben ser, en cualquier circunstancia, respetadas y tomadas en consideración por los poderes públicos, en tanto que expresión de un bien jurídico protegido, objeto, nada menos, que de un derecho fundamental. Y así sucederá, aunque no exista, formalmente, que no es el caso, y deba, por tanto, deducirse, un expreso mandato constitucional que, de ese modo, lo prescriba. Pero de la constatación de esa realidad no se deduce, indefectiblemente, que aquellos tengan que asumirlas, con carácter general, renunciando, de antemano, a la posibilidad de orientar sus decisiones en razón a ideas propias, conformadas con arreglo a una particular visión de las demandas sociales (21).

Dicho esto, es claro que la norma estatutaria en cuestión, adoptada por una cualificada corporación de Derecho público, como es el Colegio de Abogados de Sevilla, vulnera, de forma palmaria, el mandato de laicidad destinado a todos los poderes públicos, al afectar lesivamente a la dimensión objetiva del derecho fundamental a la libertad religiosa. La confusión de funciones religiosas y estatales (en este caso, corporativas), se hace evidente. Ni hay separación de ámbitos de actuación, al propugnarse una interrelación excesiva entre una institución jurídico-pública y una confesión particular, ni neutralidad de aquella, dado que la referencia hecha en sus estatutos posee un marcado significado religioso, que conlleva la asunción como propia de una advocación confesional, con los consiguientes ceremoniales, actos y ritos litúrgicos que el culto patronal a la misma comportan. Y, ciertamente, nada de ello puede justificarse mediante una consideración histórico-cultural, apelativa a la tradición secular, ya que la misma implica una promoción efectiva, no razonable, en tanto que carente de cobertura legislativa, de unas concretas creencias, la cual, a su vez, no responde a criterios objetivos y necesarios para el ejercicio de la abogacía, lo que conduce a estimarla arbitraria y, en consecuencia, lesiva del derecho a la igualdad (art. 14 CE).

Dicha referencia, si bien no comporta la exigencia de una adhesión personal activa, con la consecuente demanda de participación de los colegiados en los actos religiosos que, en honor de la Virgen, tenga a bien organizar el Colegio, ya

(21) S. MANGIAMELI, «La laicità dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e pluralismo confessionale e culturale», en *Diritto e Società*, 1996, págs. 51 y sigs.

que ello supondría la conculcación de su libertad religiosa individual, en su vertiente positiva y externa (art. 16.1 CE); ni supone, tampoco, una vulneración de la prohibición de declarar las propias creencias (art. 16.2 CE); sí desnaturaliza la declaración previa de neutralidad religiosa proclamada en los propios Estatutos, de acuerdo con la Constitución (art. 16.3 CE), al tiempo que menoscaba la libertad religiosa negativa del recurrente, esto es, su derecho a no verse afectado por las creencias y actos de culto, característicos de una determinada opción de fe, asociadas al símbolo religioso invocado, dado que aquel no las secunda o comparte, deseando legítimamente, por lo tanto, verse alejado de cualquiera de sus manifestaciones públicas (art. 16.1 CE).

En este último sentido, conviene insistir en que la Constitución veda cualquier acto ilegítimo de intromisión en la esfera íntima de las creencias o de la propia conciencia de la persona, y, ciertamente, tal afectación lesiva se produce al requerirse de todo afiliado colegial, con independencia de cuáles sean sus convicciones, que acepte la inclusión en los estatutos profesionales de una invocación expresa a un símbolo religioso distintivo y representativo de una concreta confesión, que la institución asume así como propio. Existe, por tanto, un nexo evidente entre las dimensiones objetiva y subjetiva del derecho fundamental, ya que la vulneración del principio de neutralidad conlleva la obstaculización de la realización efectiva y plena de las libertades ideológica y religiosa del colegiado recurrente, circunstancia esta demostrativa de la estrecha relación que media entre la libertad religiosa y el principio de laicidad.

3. LAICIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS Y SIMBOLOGÍA RELIGIOSA DE REPRESENTACIÓN INSTITUCIONAL

Mas nada de lo indicado ha sido admitido por el Tribunal Constitucional, que se limita a articular una justificación débil, de índole culturalista, de la norma originaria que es causa de la controversia, negando así que exista menoscabo alguno de los derechos y principios constitucionales invocados (22). De ese modo, convalida, en buena medida, los argumentos aportados por el propio Colegio de Abogados de Sevilla, que promueven el mantenimiento de la referencia hecha en la norma estatutaria a un concreto símbolo religioso, mostrado

(22) Sosteniendo razonadamente la postura contraria a la que aquí se defiende, *vid.* S. CAÑAMARES ARRIBAS, «Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español: propuestas ante la reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 19, 2009, en www.iustel.com.

así como elemento de identificación y representación institucional del colegio profesional, soslayando la condición incontrovertible que el mismo presenta de corporación de Derecho público. Ciertamente, insistir en que tal símbolo se enraíza en las creencias de una gran parte de la sociedad, tal y como el Tribunal Constitucional sostiene en el Fundamento Jurídico 4 de su Sentencia, no puede servir como excusa del deber contraído de obediencia al mandato constitucional recogido en el artículo 16.3 de la Constitución, el cual afecta, muy cualificadamente, de modo negativo, a las instituciones, organismos y corporaciones de Derecho público, a fin de que las mismas garanticen la libre concurrencia, en condiciones de igualdad, en el espacio público, de las diferentes convicciones y creencias existentes en una sociedad que es plural y democrática (STC 177/1996, FJ 9).

No en vano, la advocación mariana tiene una significación que trasciende a la mera tradición histórica, al poseer una connotación religiosa evidente, que desmiente, desnaturalizándola, la previa declaración de aconfesionalidad reflejada en los mencionados estatutos colegiales. El carácter integrador e inclusivo que todo signo de identificación y representación institucional ha de poseer no se observa en este caso. Por eso sufre la legítima contestación por parte de un recurrente, sujeto a dichos estatutos colegiales, que viene a denunciar la adscripción de los mismos a unas concretas creencias religiosas de las que libremente desea verse apartado, las cuales, por lo demás, no guardan relación alguna con los cometidos que el colegio profesional tiene encomendados. Es por ello por lo que el denunciante considera que tal precepto estatutario vulnera injustificadamente el mandato de neutralidad religiosa e ideológica que se predica de todo poder público. Y es que no puede existir consenso colectivo acerca de un símbolo vinculado a unas concretas creencias, no secundadas unánimemente. El arraigo histórico-cultural y la consiguiente apelación a la tradición secular no justifican la asunción o el mantenimiento de un signo religioso que, habida cuenta de su referencia a una parte, siquiera significativa y numerosa, pero nunca completa de la población, no la representa a toda ella. Es por eso por lo que no cabe elevar los principios doctrinales auspiciados por un concreto colectivo confesional al cuadro de valores generales postulados por una institución de carácter jurídico-público, ya que ello conduciría derechamente a incurrir en una indeseable confusión de funciones estatales y religiosas.

La tendencia multiculturalista que avala contemporáneamente tales actitudes encubre una pretensión neoconfesional manifiesta, ya que viene a promover una renovada sensibilidad hacia el fenómeno religioso, en sí mismo considerado, al cual considera expresión sobresaliente de un destacado factor constitutivo

de la identidad colectiva (23). Semejante concepción implica la pretensión de reconocimiento de actividades, prácticas y referencias simbólicas, de carácter comunitario, estimadas inherentes a determinadas culturas religiosas dignas de protección (24). Y así se demanda, aun a riesgo de que dicha tutela, esgrimida en salvaguardia de la tradición o en garantía del pluralismo religioso-cultural, pueda comportar, en ocasiones, el menoscabo de derechos considerados fundamentales, que, por tanto, asisten incondicionalmente a todas las personas. El riesgo está en que semejante apertura a un multiculturalismo de base religiosa pueda llegar a causar, de no armonizarse con una garantía efectiva de los derechos fundamentales de la persona, una desnaturalización, cuando no una subversión, de los valores y principios de carácter universal sobre los que se asienta el Estado constitucional, los cuales legitiman la existencia misma del orden político establecido (art. 10.1 CE). De ahí que el sacrificio de tales valores y principios conduzca derechamente a la creación de formas de división o fragmentación políticas, negadoras de la integración sociocultural que actúa como presupuesto necesario de la convivencia cívica en el marco de todo Estado democrático de Derecho.

No en vano, el uso maximalista y desproporcionado de esas referencias simbólicas parciales por parte de organizaciones o corporaciones de naturaleza pública resulta contrario a la libertad igual de todas las personas y colectivos. De ahí que, en ocasiones, como la presente, en la que así se observa, el principio constitucional de laicidad deba invocarse, a fin de neutralizar los excesos en los que se pueda incurrir. De lo contrario, si se presta atención preferencial e incondicionada a los intereses de una fracción del colectivo afectado, se estarán sentando las bases de la escisión social, disgregando el ordenamiento del Estado que los acoge. En este sentido, la laicidad debe servir de límite a la hora de atender las demandas de promoción de sus derechos, formuladas por los grupos religiosos, ya que su aceptación irrestricta puede poner en peligro, además de los derechos de los demás, la separación, tan trabajosamente alcanzada, entre los ámbitos de actuación político y religioso. A su vez, dicho principio de laicidad, al vincularse a los valores que la Constitución consagra, hace que éstos se erijan en frenos al reconocimiento de aquellas manifestaciones religioso-culturales que los contradicen, al pretender excepcionarlos. Frente a ellas no cabe claudicar, si se quiere que perviva, tanto la paz social, como el modelo mismo de democracia constitucional vigente.

(23) A. OLLERO TASSARA, «España, ¿un Estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional», Madrid, Civitas, 2005, págs. 51 y sigs.

(24) A. CALVO ESPIGA, «Tolerancia, multiculturalismo y democracia: límites de un problema», en *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, núm. 4, 2003, págs. 73 y sigs.

Es por ello por lo que se ha de promover y garantizar la existencia de un espacio público neutro en el que puedan desarrollarse la convivencia y las relaciones interculturales. A tal fin, habrán de respetarse no solo las creencias e ideas, de expresión, tanto individual como colectiva, sino, también, y muy fundamentalmente, los valores y principios sobre los que se asienta el Estado democrático de Derecho. En consecuencia, han de rechazarse aquellas pretensiones de los grupos, comunidades o confesiones, orientadas a conseguir que sus derechos particulares se sobrepongan a los garantizados indiscriminadamente a todas las personas. Si no es así, se perfilará un modelo de «ciudadanía diferenciada», basado en el reconocimiento de un mosaico informe de grupos humanos, atrincherados en torno a sus privilegios e incomunicados entre sí. La neutralidad de los poderes públicos en materia ideológica y religiosa ha de considerarse así el presupuesto de la coexistencia pacífica entre las distintas convicciones y creencias que se observan en una sociedad plural y democrática. No en vano, la apuesta por la laicidad se liga a la nítida identificación de unos referentes axiológicos universales, que han de actuar como canales de integración y como factores esenciales de ordenación de la convivencia, los cuales no son otros que los derechos fundamentales de la persona, en tanto que expresión histórica y garantía irrenunciable de la dignidad humana (25).

4. CONCLUSIONES

En consecuencia, el principio de laicidad debe servir, esencialmente, para determinar si la actitud de los poderes públicos se ajusta, o no, al mandato constitucional que ordena a los mismos promover el ejercicio los derechos fundamentales de la persona, a efectos de lograr su efectiva realización (arts. 9.2 y 16 CE), o si dicha actuación, lejos de justificarse, redunde, ya en una indeseable confusión de funciones estatales y religiosas, ya en un menoscabo irrazonable del principio de igualdad. En tales supuestos, la laicidad se emplea, por tanto, como *parámetro de la constitucionalidad* de la actuación de los poderes públicos.

Dicha exigencia de laicidad impone así una requisitoria de trato igual a las confesiones y comunidades ideológicas, al tiempo que establece un veto a toda posibilidad de cederles a aquellas ámbitos propios de actuación de los poderes públicos, promoviendo el fenómeno religioso, en sí mismo considerado. Y es que la actividad promocional de los poderes públicos solo puede basarse en

(25) J. RUBIO CARRACEDO, «Ciudadanía compleja y democracia», en AAVV, *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2000, págs. 21-45.

una valoración adecuada del alcance que ha de tener el derecho fundamental a la libertad religiosa, y no en una consideración favorable del sustrato social de creencias existente. De lo contrario, esto es, de entenderse que estas forman parte del bien común, en paridad con los valores proclamados en la Constitución, se estará induciendo a hacerlas merecedoras de una protección mayor que la que reciben las ideas o convicciones de naturaleza distinta. Tal aspiración carece de sustento constitucional, al venir a comprometer la exigencia de neutralidad del Estado, garante de la igual libertad de todos. Además, olvida, intencionadamente, que los poderes públicos solo han de favorecer los valores o fines materiales que la Norma Fundamental auspicia, los cuales, al expresar un mínimo ético común, a nadie, en particular, se deben, al referirse, por igual, tanto a creyentes, como a no creyentes.

A este respecto, no hay que olvidar que la libertad religiosa es, por su naturaleza, en esencia, un derecho de libertad, y no un derecho de prestación, aunque, en ocasiones, incorpore una faceta prestacional, que, en todo caso, no forma parte de su contenido esencial. La misma constituye, ante todo, un derecho de autonomía y defensa, que exige de los poderes públicos la no intervención, en garantía de su pacífico goce y disfrute, por individuos y comunidades. De ahí que la dimensión prestacional aludida se haga excepcionalmente presente cuando se requieran hacer efectivas sus condiciones reales de ejercicio, contrarrestando las circunstancias de desigualdad material en que se encuentran, inicialmente, sus concretos titulares. Salvados, por tanto, tales supuestos extraordinarios, la intervención del Estado, efectuada a través de las diversas técnicas posibles de cooperación con las confesiones (art. 16.3 CE), solo puede ocasionar un entrecruce de funciones estatales y eclesiásticas, de las que se derive una reviviscencia del principio de confesionalidad, o la generación de indeseables discriminaciones. La cuestión está, por tanto, en determinar si, en la práctica, se observan, o no, las prevenciones indicadas.

En este sentido, hay que tener muy presente, inicialmente, que la declaración constitucional, en una norma de principio, de la aconfesionalidad del Estado, lleva a la misma a proyectarse sobre un ordenamiento, como el español, surgido, cabe recordar, de una ruptura acordada, y no del todo completa, respecto de un pasado abiertamente confesional. De ahí que se erija, inicialmente, *en canon o parámetro de la adecuación a la Constitución de las normas* en él insertas, que provienen, fundamentalmente, aunque no siempre, de esa época anterior. El principio de laicidad revela así su funcionalidad al servir para contrastar si el paso de un régimen político confesional a otro, que afirma constitucionalmente no serlo, al proclamar, de modo inequívoco, su neutralidad ante el hecho religioso, se ha producido plenamente y con todas sus consecuencias, al

haberse, o no, eliminado del sistema normativo los residuos confesionales, en su caso, todavía existentes.

No obstante lo mucho que se ha avanzado, todavía perduran algunos relevantes vestigios de confesionalidad, que determinan un trato de privilegio a la Iglesia Católica. Algunos de ellos tienen reflejo normativo, de forma renovada, bajo la cobertura del principio de cooperación; mientras que otros simplemente impregnan lo más tradicional de la cultura política nacional, manteniéndose por inercia de tiempos pretéritos, dada la inveterada identificación histórica, que en España ha venido existiendo, entre el poder político y el eclesiástico, unas veces sin consecuencias contrarias a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico (SSTC 19/1985 y 130/1991), pero otras, con menoscabo manifiesto del deber de neutralidad ideológica y religiosa de los poderes públicos e, incluso, de los derechos fundamentales de las personas (ATC 551/1985 y SSTC 177/1996 y 101/2004). Parece así evidenciarse, en suma, que la actividad promocional del Estado se ha fundado, en ocasiones, sobre bases que vienen ya dadas y que son espurias, en tanto que impropias de un Estado laico, al resultar incongruentes con los principios de libertad religiosa y de neutralidad estatal. Todos estos vestigios remanentes de confesionalidad y de desigualdad, han de ser interpretados a la luz de los principios de libertad religiosa y de laicidad, para extinguir o minimizar sus efectos. Y, sin duda, la presencia de símbolos religiosos en el ámbito público interfiere, con frecuencia, el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, perturbando la convivencia en una sociedad compleja. Por eso, su asunción por parte de los poderes públicos supone la continuidad del privilegio o, lo que es igual, el mantenimiento de la inveterada identificación confesional del Estado. Todo lo contrario que lo que la Constitución propugna. De ahí que, lamentablemente, la STC 34/2011 represente una ocasión perdida más en la construcción de un régimen mejor y más auténtico de libertades. La propuesta de reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, esbozada en la IX Legislatura, encuentra así pleno sentido en lo que al tratamiento de la simbología religiosa se refiere. Avanzar en pos de la laicidad, profundizando en los rasgos estructurales de nuestro modelo de Estado democrático de Derecho, requiere, sin duda, de esfuerzos más decididos por parte del legislador que eviten las habituales contradicciones y vaivenes jurisprudenciales.

¿HAY UN DERECHO FUNDAMENTAL AL SILENCIO? SOBRE LOS LÍMITES DEL ARTÍCULO 10.2 CE

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

1. ¿QUÉ HA PASADO HASTA LA STC 150/2011?: 1.1. *Desde 1978 hasta 1994. El alcance de los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.* 1.2. *El derecho a la vida privada del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8). Su interpretación auténtica.* 1.3. *La asunción de la jurisprudencia descrita por parte del Tribunal Constitucional: las SSTC 119/2001 y 16/2004.* 1.4. *La STEDH Moreno Gómez y la jurisprudencia posterior.*—2. LA SENTENCIA 150/2011: 2.1. *Los hechos enjuiciados.* 2.2. *La posición de la mayoría.* 2.3. *El Voto discrepante.* 2.4. *El Voto concordante.*—3. UNA VALORACIÓN CRÍTICA SOBRE LA STC 150/2011: 3.1. *No hay un derecho constitucional a la vida privada. El alcance limitado del artículo 10.2 CE.* 3.2. *El Pleno se separa de doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una nueva condena a la vista.* 3.3. *La estimación de oficio de una queja no planteada por la parte: ¿es posible un amparo preventivo?*

1. ¿QUÉ HA PASADO HASTA LA STC 150/2011?

1.1. *Desde 1978 hasta 1994. El alcance de los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.*

Nuestra Constitución consagra distintos derechos fundamentales y recoge también diversos principios rectores (normas que no consagran derechos constitucionales). Nos interesa recordar, entre los primeros, los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE). Entre los principios rectores que guardan relación con el ruido merecen ser traídos a colación los referidos a la protección de la salud (art. 43.1 CE), a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de

la persona (art. 45.1 CE) y a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). Esta cita normativa debe incluir también, finalmente, la muy importante referencia a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad contenida en el artículo 10.1 CE, que, junto con otras materias, «son fundamento del orden político y de la paz social».

De todos los preceptos constitucionales citados tiene especial interés recordar los términos empleados en los dos primeros apartados del artículo 18 CE: intimidad e inviolabilidad del domicilio. Son dos expresiones distintas a las manejadas en el artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales (CEDH, en adelante), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. El encabezado de este precepto reza «Derecho al respeto a la vida privada y familiar». Y se afirma, en su apartado primero, que «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia».

La primera pregunta que puede suscitarse es si intimidad y vida privada son nociones análogas. Un examen detenido de la génesis de uno y otro derecho nos llevaría a concluir que no es así. La vida privada se incluye en el Convenio Europeo por influencia del Derecho norteamericano en el que alcanza una gran relevancia el derecho a la privacidad (*right to privacy*), derecho que se inscribe en una visión extremadamente liberal de los derechos humanos que nunca se instaló en el continente europeo.

Un estudio histórico de la noción de intimidad se ha realizado por el autor de estas líneas en «La protection de l'intimité», *Annuaire International de Droit Constitutionnel*, XVIII (2002).

El derecho norteamericano a la *privacy* presenta hoy una doble dimensión fácil de acreditar.

De un lado, en un primer momento, se pretende sustraer al conocimiento de los terceros los aspectos más íntimos de la persona. Esta primera visión de la *privacy* es muy similar a nuestra idea, cultural y constitucional, de intimidad. El derecho se concibe, fundamentalmente, como un derecho de libertad o derecho resistencia, en el que se espera un respeto por parte los terceros hacia aquellos aspectos que son considerados, socialmente, íntimos. Una de las mejores definiciones de este derecho es la debida al Juez Cooley, que lo concibe como el derecho «a ser dejado solo» (*the right to be let alone*), expresión que suele traducirse entre nosotros como el derecho a ser dejado en paz. El respeto de la intimidad es consustancial a la dignidad de la persona (STC 89/2006, de 27 de marzo). Casi toda la jurisprudencia constitucional en España hace referencia a esta visión de la intimidad.

La primera y muy celebre aportación doctrinal al derecho a la privacidad es la contenida en el magnífico estudio norteamericano de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis «The right to privacy», publicado en la *Harvard Law Review*, en diciembre de 1890, págs. 193-220. La decisión de Benigno Pendás de que la traducción al castellano de la obra (realizada por Pilar Baselga) se intitule como *El derecho a la intimidad* (Madrid, Civitas, 1995) es plenamente acertada, puesto que la obra alude a esa visión clásica, a ese núcleo, de la vida privada. La intimidad asegura, en nuestro país, «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 231/1988/3, de 1 de diciembre; 57/1994/5, de 28 de febrero; 70/2002/10, de 3 de abril; 233/2005/4, de 26 de septiembre, entre otras muchas). Se configura, así, como un derecho al secreto, a ser desconocido. Un resumen completo de la jurisprudencia constitucional sobre este derecho fundamental se puede consultar en «Derecho a la intimidad». En Aragón Reyes, Manuel, y Aguado Renedo, César (dirs.): *Derechos fundamentales y su protección*, Pamplona, Thomson Reuters, 2011.

La intimidad, como bien jurídico protegido, también se ve asegurada a través del derecho a la inviolabilidad del domicilio (SSTC 22/1984/5, 137/1985/6, 144/1987/2, 76/1992/3a, 50/1995/5, 133/1995/4, 10/2002/5, 189/2004/2, etc.), que veda cualquier entrada ilegítima de otra persona en el reducto sagrado que constituye la morada. El allanamiento de morada supone la violación del bien jurídico intimidad (presunción *iuris et de iure*), sin que sea preciso acreditar una lesión efectiva en dicho bien.

Estas afirmaciones han sido justificadas con mayor detalle en *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, y, más recientemente, en «El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el Derecho español», *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 3 (2010). Aunque el derecho fundamental se ve cuestionado solo y exclusivamente cuando una persona accede a una morada ajena, el Tribunal Constitucional ha entendido que dicha violación puede igualmente producirse «por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos» (SSTC 22/1984/5, 10/2002/5, 22/2003/3 y 189/2004/4).

Pocas dudas caben, pues, de la conexión histórica entre el derecho a la intimidad, la protección de la inviolabilidad del domicilio y la garantía penal que supone la previsión de un delito de allanamiento de morada.

La segunda dimensión de la *privacy* o de la vida privada tiene una naturaleza bien distinta. Guarda especial relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Es un derecho de contenido positivo, en cuanto que, además

de garantizar la no injerencia estatal en ese ámbito de reserva personal, también obliga a los poderes públicos a que, mediante determinadas actuaciones, coadyuven al disfrute por las personas de ese ámbito de reserva, que les permita desenvolverse libremente. Esta visión de la *privacy* se desarrolla, como es lógico, en una sociedad marcada por un profundo individualismo y por un sentido liberalismo, como es la norteamericana. Por poner un claro ejemplificador, el derecho al aborto se estudia, en el marco del Derecho norteamericano, dentro del derecho a la *privacy*. Se considera que es una decisión que compromete al proceso vital de la mujer embarazada y que, por tal motivo, el Estado no está legitimado para interferir en tal decisión. En esta, y en otras materias (esterilización, matrimonio y familia, libertad sexual) ha florecido esa nueva dimensión del derecho a la privacidad, pasándose del viejo derecho-resistencia (nuestra intimidad) a otro que también garantiza una posición activa del sujeto en aquellas materias que se consideran básicas para poder asegurar un libre desenvolvimiento de la personalidad.

Hay diversas pruebas de que este derecho a la vida privada no está recogido en nuestra Constitución. Aportaremos dos que son suficientes a este fin, y que se derivan de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Interesa recordar, especialmente, la falta de reacción doctrinal que produjo el Voto Particular formulado por el Magistrado don Francisco Rubio Llorente a la difundida STC 53/1985, de 11 de abril, donde se lamentó de que el Pleno no examinará la eventual incidencia que la tipificación penal del aborto podía tener en el derecho a la intimidad. No es que dicha vinculación aborto-intimidad no sea irrelevante en la perspectiva anglosajona, sino, simplemente, que es extraña en nuestro ordenamiento constitucional, en el que se maneja una visión estricta de la intimidad constitucionalmente garantizada.

El segundo dato es, si cabe, más revelador. Aludimos, claro está, a la muy interesante providencia de 26 de febrero de 1990, por la que se inadmitía la demanda interpuesta por la señora López Ostra. A los Magistrados, en aquel momento, les parecía inadmisibile que la entrada de olores y humos desagradables, que pueden comprometer bienes constitucionalmente relevantes —como puede ser la salud o el medio ambiente, o el principio rector sobre una vivienda digna y adecuada (arts. 43.1, 45.1 y 47 CE, respectivamente)—, supusieran una intromisión en la intimidad y aún menos una ofensa contra la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo iba a condenar al Estado español en este asunto, por entender que había vulnerado el derecho a la vida privada y al respeto al domicilio de la recurrente. Con esta y otras Sentencias, el Tribunal de Estrasburgo ha incluido el derecho a disfrutar de una vivienda digna (esto es, libre de molestias) en el derecho a la vida privada y en el derecho al

respeto del domicilio. Nos detendremos, a continuación, en el examen de dicha jurisprudencia.

Es oportuno hacer notar, sin embargo, que, en la medida en que los derechos fundamentales se mueven en el plano social, es posible que su percepción social (que no jurídica) se encuentre en constante evolución. Por poner dos ejemplos recientes, resulta evidente que la visión del matrimonio como institución heterosexual se encuentra en crisis, o que el aborto comienza a vincularse socialmente con esa visión anglosajona de la vida privada. Pero estos procesos sociológicos no alteran, por sí solos, el contenido constitucional que debe ser renovado, en su caso, a través de la oportuna reforma constitucional.

1.2. *El derecho a la vida privada del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8). Su interpretación auténtica*

Mientras que algunas de estas Sentencias se centran en el análisis de molestias causadas por humos, olores y contaminación, otras se centran, más en particular, en los perjuicios derivados del alto nivel de ruidos causados.

En el primer grupo destacan las SSTEDH recaídas en los asuntos *López Ostra c. España* y *Fadeïeva c. Rusia*. La recurrente se queja, en *López Ostra*, de que su casa se vea invadida por humos y olores desagradables provenientes de una depuradora que, entre otros extremos a considerar, carece de los permisos administrativos pertinentes para ejercer su actividad. El Tribunal señala, en la Sentencia de Sala de 23 de noviembre de 1994 que resuelve la demanda, que «va de suyo que atentados graves al entorno pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del disfrute de su domicilio, perjudicando su vida privada y familiar, sin necesidad de que comprometa gravemente su salud» (§ 51). Sigue el Tribunal considerando que «Si se analiza la cuestión en términos de obligaciones positivas del Estado —tomar medidas razonables y apropiadas para garantizar los derechos de la recurrente del apartado primero del art. 8—, como la recurrente desea en este caso, o en términos de una «interferencia del poder público» para justificarlo de acuerdo al apartado 2 (art. 8.2), los principios aplicables son muy semejantes. En ambos contextos debe lograrse un justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la comunidad, gozando en todo caso el Estado de un cierto margen de apreciación. Más aún, incluso en relación a las obligaciones positivas dimanantes del apartado primero del artículo 8, al buscar el equilibrio adecuado, puede tener una cierta relevancia el segundo apartado (véase, en especial, el caso *Rees contra el Reino Unido* de 17 de octubre de 1986, y el caso *Powell y Rayner contra el Reino Unido* de 21 de febrero de 1990)».

En la Sentencia de 9 de junio de 2005, recaída en el asunto *Fadeïeva c. Rusia* (demanda 55723/00), siguiendo la estela fijada por la mentada López Ostra, la Sala Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la Administración es responsable de la contaminación producida por una acería, por una suerte de responsabilidad originaria (fue quien construyó, de forma defectuosa, aquella) y por faltar a sus obligaciones positivas posteriormente, una vez que fue privatizada (*cf.* § 89). Y en este punto, la Sala «hace notar, sin embargo, que en todos los asuntos anteriores en los que se han planteado cuestiones referidas al medio ambiente que han dado lugar a constatar la violación del Convenio, esta traía causa del incumplimiento por parte de las autoridades nacionales de ciertos aspectos de la reglamentación interna. Así, en el asunto López Ostra, la estación depuradora implicada, que fue finalmente cerrada, desafiaba la Ley en la medida en que funcionaba sin el permiso necesario (López Ostra, citado, §§ 16-22). De la misma forma, en el asunto Guerra, la violación derivaba de un incumplimiento al derecho interno, ya que el Estado no había comunicado a los recurrentes las informaciones que estaba legalmente obligado a suministrarles [*Guerra y otros c. Italia* (Sentencia de la Gran Sala, demanda 14967/89), pág. 219, §§ 25-27: «El Tribunal estima a continuación que los recurrentes no podrían pretender haber sufrido por parte de Italia una injerencia en su vida privada o familiar: ellos se dueñen no de un acto, sino de la inacción del Estado». El artículo 8.1 CEDH impone además «obligaciones positivas inherentes para asegurar un respeto efectivo de la vida privada o familiar (Sentencia *Airey c. Irlanda* de 9 octubre de 1979, serie A, núm. 32, pág. 17, § 32)» (§ 58). La lesión se declara en el § 60]. El criterio de la legalidad interna ha sido igualmente tomado en consideración en el asunto *S. c. Francia* [núm. 13728/88, Decisión de la Comisión de 17 mayo 1990, Decisión e Informes (DR) 65, pág. 263]» (§ 97). Así, «cuando un recurrente denuncia un incumplimiento de un Estado a la obligación de garantizar sus derechos protegidos por la Convención, la legalidad interna debe ser considerada no como un criterio autónomo y decisivo sino más bien como uno de los numerosos elementos a tener en cuenta para apreciar si el Estado afectado ha proporcionado un “equilibrio adecuado” en el sentido del artículo 8.2 del Convenio» (§ 98). Por tal motivo, el cumplimiento de la normativa aplicable, no impide que el Estado sea responsable de haber lesionado el derecho a la vida privada.

Centrando nuestra mirada en las SSTEDH que aluden a la contaminación acústica, deberíamos hacer una primera parada, muy breve, en la de 21 de febrero de 1990, recaída en el asunto *Powell & Rayner contra Reino Unido* (demanda 9310/81), en la que se dice que el Estado no ha vulnerado el derecho a la vida privada, ya que las autoridades competentes han adoptado diversas medidas para controlar el ruido de los aviones en el aeropuerto de Heathrow y sus alrededores (§ 43). En la posterior Sentencia de la Sección Tercera del de 2 de octubre de 2001, recaída en el asunto *Hatton y otros contra el Reino Unido*, se condena al Estado demandado, afirmando que, si bien es cierto que el Estado no

gestiona el mentado aeropuerto, todo proyecto que regule el ruido nocturno allí producido debe verse precedido por una investigación y un estudio profundos y exhaustivos que pretendan encontrar la mejor solución posible para alcanzar un justo equilibrio entre los intereses en juego (§ 97).

Esta Sentencia se menciona en la demanda de amparo que da lugar a la STC 150/2011 y en otros escritos presentados por la representación procesal del recurrente. Nada se dice, sin embargo, de que la Gran Sala ha examinado nuevamente el asunto *Hatton y otros contra el Reino Unido*, concluyendo, en la Sentencia de 7 de agosto de 2003, que no se ha producido la mentada vulneración en el derecho a la vida privada. En esta importante Sentencia se recuerda «el papel fundamentalmente subsidiario del mecanismo» previsto en la Convención (§ 97). Por otra parte, «La Sala estima que en un asunto como el planteado, que versa sobre decisiones del Estado que pueden influir en cuestiones medioambientales, el examen que puede realizar comporta dos aspectos. En primer lugar, debe analizar el contenido material de la decisión del gobierno, para asegurarse de que sea compatible con el artículo 8. En segundo lugar, puede examinar el proceso de toma de decisiones, con el fin de comprobar si los intereses individuales fueron tomados en consideración en la debida forma (§ 99). Descendiendo al caso en particular, el Tribunal recuerda que el Estado demandado se ha ajustado escrupulosamente a las normas en vigor (§ 120) y que ha invocado la importancia que tiene el funcionamiento del aeropuerto para la economía nacional (§ 121), concluyendo, con detenida atención en diversos argumentos, que las medidas adoptadas se pueden amparar en el margen de actuación de que dispone el Estado británico (§ 129).

1.3. *La asunción de la jurisprudencia descrita por parte del Tribunal Constitucional: las SSTC 119/2001 y 16/2004*

La STC 119/2001 tiene su origen en la demanda de amparo interpuesta por la señora Moreno Gómez, con una base fáctica, en síntesis idéntica, a la que origina la STC 150/2011, en opinión al Fiscal: una vecina, harta de las constantes molestias provocadas por el ruido existente en la zona, decide realizar determinadas mejoras en la vivienda (instalación de ventanas dobles y aire acondicionado) e interponer una reclamación al Ayuntamiento de Valencia para que se haga cargo de dichos costes y de una indemnización por daños y perjuicios, que fue desestimada en sede administrativa y judicial.

En la demanda de amparo se invoca, en concreto, los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. El Pleno del Tribunal, en vez de seguir

su doctrina anterior, explicando que es imposible vulnerar dicho derecho por omisión, entiende que, al amparo del artículo 10.2 CE (como se indicó en la STC 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3), debe integrar en el contenido de ambos derechos la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho al silencio, concluyendo que, «en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del artículo 8.1 del Convenio de Roma (SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, § 51, y de 19 de febrero de 1998, § 60)» (FJ 6).

El Pleno afirma, entre otras cosas, que los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio «han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6), se hace imprescindible asegurar su protección no solo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada» (FJ 5). Y es que el ruido «puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos» (*idem*). Consecuentemente, procede examinar, siempre en el marco de las funciones que a este Tribunal le corresponde desempeñar, la posible incidencia que el ruido tiene sobre la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales que antes hemos acotado, discerniendo lo que estrictamente afecta a los derechos fundamentales protegibles en amparo de aquellos otros valores y derechos constitucionales que tienen su cauce adecuado de protección por vías distintas.

A la vista de estos datos el Pleno puede compartir que «cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE)» «cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud». Igualmente, «una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la perso-

nalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida» (FJ 6).

La asunción de los postulados del Tribunal de Estrasburgo no se traducen, sin embargo, en la estimación del amparo, que se deniega porque no se ha podido establecer una relación directa entre el ruido, cuya intensidad en el interior de la vivienda ni tan siquiera se ha acreditado, y la lesión a la salud que ha sufrido (FJ 7), lo que permite excluir la lesión del derecho a la integridad física. En lo referido al derecho a la intimidad, «debemos constatar que no ha acreditado la recurrente ninguna medición de los ruidos padecidos en su vivienda que permita concluir que, por su carácter prolongado e insoportable, hayan podido afectar al derecho fundamental para cuya preservación solicita el amparo» (FJ 7).

Esta doctrina se reitera en la STC 16/2004, en la que se deniega el amparo a un pub que ha sido multado por contaminación acústica, considerando «que el ruido puede ser calificado como “partículas o formas contaminantes” o incluso como “forma de energía”» (FJ 8).

Nos remitimos al FJ 3, nuclear en esta materia, y al Voto Particular suscrito por el Presidente del Tribunal, don Manuel Jiménez de Parga, a la STC 119/2001. Compárese la STC 16/2004 con la 25/2004, de la Sala Segunda, en la que se ampara a otro local de ocio también multado, entendiendo que la LO 1/1992 no puede ser considerada como norma que dé cobertura legal a la sanción impuesta.

1.4. *La STEDH Moreno Gómez y la jurisprudencia posterior*

El esfuerzo del Tribunal Constitucional por orientar su doctrina en el sentido expresado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha evitado que la Sentencia dictada por su Sección Cuarta el 16 de noviembre de 2004, recaída en el asunto Moreno Gómez, condene al Estado español.

Se reitera en ella que el derecho al respeto del domicilio se concibe también «como el derecho a disfrutar en toda tranquilidad de dicho espacio», frente a agresiones inmateriales o incorpóreas, como ruidos, emisiones, olores u otras injerencias que le impidan gozar de él (§ 53), en línea con lo resuelto en los asuntos *Powell y Rayner c. Reino Unido*, *López Ostra c. España*, *Guerra y otros c. Italia* y *Surugiu c. Rumanía* (§ 54). También se alude a las obligaciones positivas que se derivan del artículo 8 CEDH para el Estado (§ 55) y de su carácter *erga omnes* (§ 62), señalando que en todo caso se debe tomar en consideración el justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto (para lo que pueden ser relevantes los objetivos enumerados en el apartado segundo del artículo 8 CEDH) (§ 55).

Si estos principios son los mismos que se contienen en la STC 119/2001, ¿por qué la conclusión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es idéntica a la del Tribunal Constitucional español? La diferencia es que el Tribunal de Estrasburgo entra a conocer de la necesidad y pertinencia de la prueba, extremo sobre el que, acertadamente, no se pronuncia el Tribunal Constitucional, por constituir una cuestión de estricta legalidad.

La Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pregunta «si los perjuicios sonoros han rebasado el umbral mínimo de gravedad para constituir una violación del artículo 8» CEDH (§ 58). Y es en ese punto en el que se explica claramente la divergencia entre las respuestas dadas:

Para este Tribunal «la exigencia de semejante prueba es, en este caso, demasiado formalista, puesto que las autoridades municipales ya habían calificado la zona donde reside la demandante como zona acústicamente saturada, a saber, según los términos de la resolución municipal del 28 de junio 1986 [*sic*, 1996], una zona que padece un impacto sonoro elevado que constituye una fuente de agresión importante para sus habitantes (párrafo 44, más arriba). En este caso, el exceso de los niveles máximos de ruido ha sido comprobado en varias ocasiones por los servicios municipales (párrafos 14 y 19, arriba). En consecuencia, exigir de alguien que vive en una zona acústicamente saturada, como la que vive la demandante, la prueba de lo que ya es conocido y oficial por parte de la autoridad municipal, no parece necesario. Así, en el cuadro del procedimiento interno, el Ministerio Fiscal no estimó necesario exigir de la demandante esta prueba (párrafo 31) y ha considerado que en este caso, había habido inversión de la carga de la prueba» (§ 59).

No es suficiente esta aseveración, sobre la existencia del ruido, para condenar al Estado español. Resulta preciso también constatar que la Administración no ha sido diligente en la protección que debe ofrecer a la vida privada. Aunque el Ayuntamiento de Valencia ha aprobado la ordenanza sobre ruido y vibraciones, ha tolerado el reiterado incumplimiento de la reglamentación, que ha provocado una grave agresión en la demandante (§ 61). «En estas circunstancias, el Tribunal estima que el Estado defensor no ha cumplido con su obligación de garantizar el derecho de la demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada, infringiendo así el artículo 8 del Convenio» (§ 62).

La jurisprudencia del TEDH sobre la contaminación acústica se ha reiterado posteriormente en las Sentencias recaídas en los asuntos *Borysiewicz c. Polonia*, *Oluic c. Croacia*, *Deés c. Hungría* y *Mileva y otros c. Bulgaria*.

En la Sentencia de 1 de julio de 2008 (asunto *Borysiewicz c. Polonia*, demanda 71146/01) la Sala Cuarta deniega el amparo solicitado, en lo que atañe al

derecho reconocido en el artículo 8.1 CEDH, porque no se ha presentado ningún informe (a) ni sobre el nivel de los ruidos habidos (§ 53) (b) ni sobre si afectó a la salud del demandante y a la de su familia (§ 54). Se hace ver que esta carencia contrasta con los datos habidos en otros casos, entre los que se cita el asunto Moreno Gómez (§ 55).

También se recuerda que el ruido y la polución puede afectar al derecho a la vida privada en la Sentencia de 20 de mayo de 2010 de la Sala Primera (asunto *Oluic c. Croacia*, demanda 61260/08). Dado que la Administración tardó cuatro años en atender las quejas (§ 64), que el nivel de ruido era importante y que las molestias no cesaron en 8 años (§ 65), se considera vulnerado el artículo 8 (§ 66).

Algo parecido ocurre en el asunto evacuado a través de la Sentencia de 9 de noviembre de 2010 de la Sala Segunda (asunto *Deés c. Hungría*, demanda 2345/06), que tiene su origen en las molestias (ruido, vibración, polución, olor...) provocadas por el intenso tráfico de una infraestructura viaria (§ 18) que hace que la vivienda sea prácticamente inhabitable (§ 22). Pese al margen de apreciación nacional, y pese a que una pericia considera que la vibración no es responsable del daño habido en la vivienda, los niveles de ruido superan los legalmente previstos y esta situación se alarga, al menos, hasta mayo de 2003, pese a los esfuerzos desplegados por el Estado (§ 23 —desde 1998, e intensificados en 2001, § 22—). «En estas circunstancias, el Tribunal considera que existió una molestia directa y seria que afectaba a la calle en la que vivía el recurrente», lo que contraviene el derecho a la vida privada (§ 24).

Finalmente, la Sentencia de la Sala Quinta de 25 de noviembre de 2010 (asunto *Mileva y otros c. Bulgaria*, demandas 43449/02 y 21475/04) constata la incapacidad de las autoridades públicas para controlar el ruido y las molestias derivadas de un negocio de internet, abierto 24 horas, que provocaba dolores de cabeza, insomnio, irritabilidad y ansiedad en los recurrentes (§ 14). Aunque en este caso no se dispone de mediciones de nivel sonoro en el interior de las viviendas, se acepta que el ruido afectaba a la vida privada, por la apertura permanente del local de negocio, por su tamaño (admitía casi 50 plazas simultáneas), y por los ruidos y molestias generados (§ 13), dado que se sitúa en un edificio de carácter residencial (§ 97). Lo cierto es que las autoridades municipales fracasaron en su deber de tomar medidas efectivas, adoptando algunas dos años y medio después de las quejas y sin establecer controles para hacerlas efectivas (§ 99). Otras autoridades han contribuido en dicha lesión (especialmente, los tribunales) (§ 100), por lo que se concluye que hay lesión del derecho reconocido en el artículo 8 CEDH (§ 102).

2. LA SENTENCIA 150/2011

2.1. *Los hechos enjuiciados*

El Ministerio Fiscal entiende que los hechos que originan el presente proceso constitucional son, en síntesis, idénticos a los resueltos en la STC 119/2001. El recurrente, en efecto, solicita a la Administración municipal el reembolso de los gastos realizados para combatir el ruido que sufre en su vivienda, situada en una zona acústicamente saturada. Se afirma que el Ayuntamiento es responsable porque no ha combatido eficazmente los excesos sonoros producidos en locales de ocio.

El recurrente denuncia, en particular, la permisividad del Ayuntamiento de Valencia respecto del «reiterado incumplimiento por los locales de ocio radicados en dicha zona de los ruidos máximos autorizados y de los horarios de cierre» (FJ 4), lo que consagra, «además de violación de su derecho a la salud (art. 43.1 CE), a un medio ambiente adecuado (art. 45.1 CE) y a una vivienda digna (art. 47 CE), de que la exposición a ese intenso ruido nocturno le produce insomnio, del que se siguen ciertas disfunciones en su salud, y le priva del pacífico disfrute de su domicilio, resultando así lesionados sus derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la intimidad domiciliaria (art. 18.1 y 2 CE) conectados con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)» (FJ 4).

La Sentencia que resuelve este recurso ha sido dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional y se acompaña de dos Votos Particulares, uno discrepante y otro concordante. Haremos una breve síntesis de su contenido a continuación.

2.2. *La posición de la mayoría*

No resulta preciso realizar en estas páginas un resumen íntegro de la fundamentación jurídica de la Sentencia, sino que puede ser más útil centrar nuestra mirada en los efectos que el Tribunal Constitucional anuda a la STEDH Moreno Gómez, que había censurado la STC 119/2001, en su jurisprudencia.

El Pleno del Tribunal recuerda que estamos en presencia de un amparo mixto, entendiéndolo que debe examinar, en primer lugar, las quejas vinculadas al comportamiento de la Administración municipal (FJ 2). A continuación, mantiene la doctrina fijada en la STC 119/2001, recordando que los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15.1, 18.1 y 18.2 CE han adquirido también una dimensión positiva por influencia de la jurisprudencia europea (FJ 5).

Ahora bien, la única función del Tribunal Constitucional es determinar si se han vulnerado los derechos fundamentales en juego (y no controlar el respeto de la legalidad administrativa) (FJ 6). Recuerda, entonces, los cánones fijados en la STC 119/2001 (recogida *supra*, en el apartado 1.3) (FJ 6). También se reitera en el FJ 7 que no ha quedado acreditado, en este caso, que el nivel de ruido presente en la vivienda fuera insoportable y pusiera en grave peligro su salud, ya que el informe del catedrático de Física aplicada no ha tomado en consideración las circunstancias singulares (altura, aislamiento) de la vivienda. Tampoco es relevante la pericia aportada, que ni reconoció al recurrente ni tuvo a la vista ninguna medición individualizada del nivel de ruido percibido en la vivienda.

El Tribunal Constitucional comparte la idea, expresada en la STEDH Moreno Gómez, de que puede ser excesivamente formalista la exigencia de prueba en todo caso (FJ 8). Pero «ese criterio fue establecido teniendo muy presentes las particularidades del caso concreto, donde la señora Moreno Gómez sí intenta, aunque sin éxito, probar el ruido percibido en el interior de su vivienda, circunstancia tomada muy en cuenta por la STEDH de 16 de noviembre de 2004» y en otras posteriores (las dictadas en los asuntos *Oluic c. Croacia*, *Dees c. Hungría*, *Mileva y otros c. Bulgaria* y, especialmente, *Borysiewicz c. Polonia*, en la que deniega la tutela solicitada porque «la recurrente no ha aportado, ni en la instancia nacional ni ante este Tribunal, ninguna medición sonora que permitiera determinar el nivel sonoro percibido en el interior de su casa».

El Pleno del Tribunal afirma que existen, además, algunos datos que separan este asunto del resuelto a través de la STC 119/2001. El primero de ellos es que, si bien ha quedado acreditado que «que el ruido ambiental en [...] [el barrio] supera con cierta habitualidad los límites de la ordenanza», sería preciso una prueba individualizada de la repercusión del ruido en el interior de su vivienda, que dependerá de la altura y del aislamiento de la fachada, así como de la distribución interna que tenga. Y no la hay porque el recurrente no ha aportado un «indicio cualificado de que el ruido externo de una zona acústicamente saturada tenía una incidencia en el interior de su domicilio que afectaba de modo relevante a esos derechos fundamentales», «un principio de prueba de la repercusión sonora en el interior de su domicilio» (FJ 8). El segundo es que tampoco se ha demostrado que la lesión trae causa de una acción u omisión del Ayuntamiento, cosa que no ocurre en este caso porque entre la reclamación patrimonial promovida por la señora Moreno Gómez (agosto de 1997) y la del actual recurrente (junio de 1999), la Administración municipal ha instruido más de cuatrocientos expedientes por contaminación acústica (FJ 9). Aunque se sigan superando los topes legales cuatro días a la semana, se constata una

intensa actividad inspectora y sancionadora por parte del Ayuntamiento de Valencia.

El recurrente invoca también el principio de igualdad, pero lo hace en relación con una Sentencia cuyo presupuesto fáctico no es idéntico al resuelto por la resolución judicial impugnada en amparo, ya que existen relevantes variaciones temporales (casi cuatro años entre ambas Sentencias), geográficas (distinta calle, no se sabe si la altura, la distribución interior y los medios de construcción son, o no, similares), y además no se puede decir que la Sentencia de 7 de marzo de 1997 forme una consolidada línea jurisprudencial (FJ 10). Se alega también, finalmente, el derecho de defensa (aunque lo que está realmente en juego es el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley) para denunciar un cambio de la ponencia producido en sede judicial, que no fue combatido en su momento, lo que desconoce el principio de subsidiariedad que caracteriza el proceso constitucional de amparo (FJ 11).

2.3. *El Voto discrepante*

El Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez defiende en un Voto Particular, al que se adhieren los Magistrados don Eugeni Gay Montalvo y doña Elisa Pérez Vera, que el Pleno debió amparar al recurrente. Alcanza esta conclusión retomando la doctrina constitucional fijada en la materia (en las SSTC 119/2001/6 y 16/2004/4), y extrayendo dos premisas de la doctrina del TEDH. La primera es que no resulta exigible que el recurrente deba demostrar el nivel de ruido existente en su vivienda cuando existen indicios objetivos de ruido en esa zona (en contra de lo señalado en la STC 119/2001/7). La segunda es que la actuación de la Administración no impide la lesión en el derecho fundamental si resulta insuficiente o ineficaz.

La aplicación de estas premisas debería conducir a la estimación del amparo solicitado, dado que resulta desproporcionado exigir que una persona afectada por un nivel de ruido que supera los topes legalmente previstos en una ZAS tenga que probar el nivel soportado en su domicilio. Además, han quedado acreditado los efectos del ruido en la salud del recurrente a través de un informe clínico-laboral de 1999.

Se afirma en el Voto Particular que el artículo 10.2 CE no consiente «crear *ex novo* derechos fundamentales», sino concretar el contenido de los presentes en la Constitución. Más aún, el contenido esencial de los derechos fundamentales debe incorporar (en el sentido de no contradecir), las facultades, garantías o posiciones jurídicas de los tratados. Esto ha ocurrido, por ejemplo, con los derechos a la

segunda instancia penal o a la autodeterminación informativa, en relación con los derechos fundamentales recogidos en los artículos 24.1 y 18.4 CE, o con la interpretación de derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (presente, por ejemplo, en la doctrina constitucional sobre las dilaciones indebidas).

2.4. *El Voto concordante*

El Magistrado don Manuel Aragón Reyes defiende, por el contrario, que el Pleno debería haber revisado profundamente la doctrina, contenida en las SSTC 119/2001 y 16/2004, en la que se afirma que una exposición prolongada a niveles intensos de ruido puede vulnerar el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario (art. 18.1 y 2 CE) y, en su caso, a la integridad física y moral (art. 15.1 CE). Se hace una «muy difícil extensión» de este último derecho para tutelar la salud (principio rector según el art. 43.1 CE). Por otra parte, la Constitución no prevé el derecho a la vida privada, propio del mundo anglosajón.

Partiendo de estos datos, el Magistrado estima que el derecho al silencio no es, en puridad, un derecho fundamental, y que su asunción por parte del Tribunal Constitucional solamente es posible realizando una «interpretación insostenible» del artículo 10.2 CE, precepto que no permite ni incorporar nuevos derechos ni forzar la naturaleza de los constitucionalmente declarados.

No se cuestiona en este Voto Particular ni la interpretación dada por el Tribunal de Estrasburgo al artículo 8.1 CEDH ni que tal derecho sea invocable ante los órganos judiciales españoles (en virtud del art. 96.1 CE). Lo que afirma es que no estamos en presencia de un derecho fundamental y que, por lo tanto, concurre la causa de inadmisión prevista en los artículos 41.1 y 50.1.a) LOTC, en la redacción anterior a la LO 6/2007.

Aunque en este caso deba evacuarse el recurso a través de la desestimación, porque el razonamiento realizado exige revisar la jurisprudencia constitucional. También se indica que las quejas por contaminación acústica pueden ser impulsadas a través de otras vías legales (arts. 1.902 CC y 139 y sigs. L. 30/1992, por remisión expresa del art. 54 L. 7/1985).

3. UNA VALORACIÓN CRÍTICA SOBRE LA STC 150/2011

Examinado el contenido de la STC 150/2011, estamos ya en condiciones de realizar una valoración doctrinal sobre su contenido y alcance. Lo haremos a través de diversas hipótesis que se anuncian en los subepígrafes y se justifican en su interior.

3.1. *No hay un derecho constitucional a la vida privada. El alcance limitado del artículo 10.2 CE*

Tiene razón el Magistrado Aragón Reyes. No existe, en nuestro ordenamiento constitucional, un derecho fundamental a la vida privada.

Podríamos remitirnos en este punto, sin más trámite, a lo indicado *supra*, en el apartado 1.1 del presente estudio, pero puede ser oportuno tratar de demostrar las incoherencias producidas, en nuestro país, por las SSTC 119/2001, 16/2004 y 150/2011.

Desde una perspectiva general se ha producido una confusión conceptual que implica, al menos, a cuatro preceptos constitucionales, como son los referidos a los principios rectores al medio ambiente, a la salud, y a los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. El alcance de estas disposiciones se entremezcla, por ejemplo, en la demanda evacuada a través de la STC 150/2001, como ha quedado acreditado en el epígrafe 2.1 del presente estudio.

Buena muestra de esta afirmación las encontramos en las alegaciones del Fiscal, realizadas al amparo del artículo 52 LOTC, cuando señala que la demanda se refiere a los «derechos a la salud, a la integridad física, a una vivienda digna y a un medio ambiente adecuado, reconocidos en los artículos 15, 18.1.º y 2.º y 43 CE». En esta misma línea de argumentación afirma la representación procesal del recurrente, en el mismo trámite procesal, que la exigencia de acreditar el volumen del ruido en el interior de la vivienda lesiona los derechos recogidos en los artículos 15 y 18, apartados primero y segundo, CE, así como el derecho a la salud y al medio ambiente (arts. 43.1 y 45.1 CE), comprometiéndose, en definitiva, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad sin injerencias externas. Y es que, en cierta medida, la jurisprudencia constitucional ha conferido realce subjetivo a principios rectores que, por propia decisión constitucional, carecen de él (art. 53.3 CE).

Esta jurisprudencia también ha provocado una alteración en la naturaleza y al alcance de los derechos fundamentales invocados.

Así, en lo que atañe al derecho a la integridad física y moral (art. 15.1 CE), resulta evidente que no guarda tanto relación con la salud en sí mismo considerada como cuanto con la prohibición de someter a una persona a tratos que puedan ser considerados degradantes o pretendan menoscabar su integridad. Este dato queda confirmado si se examina la Ley 37/2003, que se remite en su exposición de motivos al medio ambiente y a la salud, que son materias reguladas en otros preceptos de la Constitución (arts. 43.1 y 45.1 CE, respectivamente), o si se recuerda que las directrices de la OMS señalan que la exposición continuada a un nivel elevado de ruidos pueden comprometer la salud y afectar a la conducta social de los afectados.

Son más evidentes, si cabe, los devastadores efectos que la doctrina constitucional que reconoce el derecho al silencio ha provocado en el régimen jurídico de los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.

En primer lugar, ha relativizado la autonomía conceptual de los dos derechos fundamentales, pese a que estos están dotados «de entidad propia y diferenciada», dando a luz al «derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario». Tal formulación es inaceptable en sede dogmática, dado que, como ya se ha explicado, una entrada ilegítima en una morada ajena presupone la vulneración del bien jurídico de la intimidad. Ese derecho complejo deforma, pues, el régimen jurídico de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 18.1 y 18.2 CE.

Es muy interesante el voto concordante emitido por el Magistrado Kovler en la Sentencia de 9 de junio de 2005 (asunto *Fadeieva c. Rusia*; demanda 55723/00), porque en el mismo se defiende, en línea con lo expresado por la Jueza Greve en su opinión separada formulada en la Sentencia de la Sala Tercera de 2 de octubre de 2001 (asunto *Hatton y otros c. Reino Unido*, demanda 36022/97), que los derechos medioambientales no presentan «la misma naturaleza que el derecho fundamental a denegar un registro domiciliario en ausencia de mandamiento».

En segundo lugar, el Tribunal vincula estos derechos con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), subjetivando éste en alguna medida, pese a que la restante jurisprudencia constitucional referida a los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio ha optado por concebirllos como expresión de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). No estamos, como pudiera pensarse, ante un cambio menor, puesto que, como ya hemos examinado en el epígrafe 1.1 de este estudio, mientras que la noción tradicional de la intimidad constituye una expresión de la dignidad de la persona, la visión

actual de la vida privada en el mundo anglosajón se inscribe, claramente, en el libre desarrollo de la personalidad. Hasta tal punto se altera la naturaleza de los derechos fundamentales en juego, que estos han pasado de imponer un deber negativo (de no injerencia) a obligaciones de contenido positivo a los poderes públicos.

Si estas ideas no están desprovistas de razón, la creación jurisprudencial de este nuevo derecho a la intimidad en el domicilio es criticable, porque el artículo 10.2 CE no consiente ni la ampliación del catálogo de los derechos fundamentales ni la alteración de la naturaleza de los constitucionalmente declarados. Como cláusula interpretativa que es, impone únicamente que los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española sean interpretados, en la medida en que su naturaleza y alcance lo permita, a la luz de tales parámetros establecidos, en lo que ahora interesa, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A diferencia de los ejemplos incluidos en el Voto Particular discrepante, hemos pretendido demostrar que en este caso no se trata de añadir una nueva facultad al régimen jurídico de los derechos fundamentales afectados, sino de una transformación radical de su estructura, naturaleza y alcance.

Nuestra Constitución carece, en este punto, de cláusulas generales de apertura a otros posibles derechos de la persona además de los constitucionalmente concretados, como son las que se recogen en la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos (votada el 25 de septiembre de 1789), 17 C Portugal y Argentina (antes de la reforma de 1994).

La aplicación práctica de estas ideas ya ha sido adelantada en el Voto Particular concordante. El derecho al silencio, que es una manifestación de la vida privada (art. 8.1 CEDH), es un derecho humano y subjetivo en Derecho español, invocable ante los tribunales ordinarios, pero no ante el Tribunal Constitucional porque la Constitución solamente recoge, como derecho fundamental, el referido a la intimidad (art. 18.1 CE), y que vincula a todos los poderes públicos (también a los legisladores), en el marco de sus competencias y funciones.

3.2. *El Pleno se separa de doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una nueva condena a la vista*

La tesis que acaba de defenderse hubiera debido concretarse en una profunda modificación de la doctrina constitucional en la materia, y en la consiguiente desestimación del amparo solicitado. Es muy probable que esa decisión hubiera provocado una nueva condena al Estado español, pero, además de haberse con-

tribuido a una mayor delimitación dogmática de las normas constitucionales en juego, habría quedado claro que la censura se habría producido sobre los tribunales ordinarios, únicos garantes del derecho (subjeto que no constitucional) al silencio.

El Pleno del Tribunal podría haber optado también por plegarse, sin más, a la doctrina contenida en la STEDH Moreno Gómez, confirmando entonces el amparo solicitado. Lo que resulta más sorprendente es que, como acertadamente se denuncia en el Voto Particular discrepante, el Pleno del Tribunal diga aceptar los principios de dicha doctrina para separarse manifiestamente de ellos en su aplicación práctica en el caso concreto.

El Pleno del Tribunal desconoce voluntariamente la doctrina del Tribunal de Estrasburgo en lo que atañe, en concreto, a dos cuestiones: la innecesariedad de que, en las concretas circunstancias del caso, se acreditara pericia alguna sobre el nivel sonoro existente en la vivienda del recurrente y la manifiesta responsabilidad de la Administración por los daños causados.

La idea de que el recurrente no ha probado la contaminación acústica en su casa se apoya en un párrafo de la Sentencia Moreno Gómez (el § 37, en el FJ 8) que está incluido en los antecedentes fácticos de la Sentencia. El Pleno recuerda también la doctrina vertida en la Sentencia de 1 de julio de 2008 (asunto *Borysiewicz c. Polonia*, demanda 71146/01), en la que el Tribunal de Estrasburgo deniega el amparo solicitado, en lo que atañe al artículo 8 CEDH, porque no se ha presentado ningún informe ni sobre el nivel de los ruidos habidos (§ 53) ni sobre si afectó a su salud y a la de su familia (§ 54).

El Pleno del Tribunal viene a afirmar, en definitiva, que la doctrina del Tribunal de Estrasburgo vertida en el asunto Moreno Gómez tiene un carácter excepcional, cuando lo cierto es que la que resulta excepcional es, más bien, la contenida en el citado asunto *Borysiewicz c. Polonia*. En el asunto Fadeieva se condena a Rusia porque está demostrado que se han superado los niveles acústicos legalmente permitidos (al igual que en *Deés c. Hungría*, § 23), lo que se une al comportamiento elusivo de la Administración (§§ 83-85), y al aumento objetivo de la mortalidad (§ 85). En Ouíc el nivel sonoro queda acreditado por las mediciones que se realizan en el propio bar (§ 63), y en *Mileva y otros c. Bulgaria* por inferencia (derivada del volumen del negocio de Internet, su apertura constante y su anclaje en un edificio residencial, § 97). Este resumen debe completarse, obviamente, con la STEDH Moreno Gómez, en la que se afirma que «exigir de alguien que vive en una zona acústicamente saturada, como la que vive la demandante, la prueba de lo que ya es conocido y oficial por parte de la autoridad municipal, no parece necesario» (§ 59).

La aplicación de esta doctrina al caso resuelto por la STC 150/2011 debería conducir a entender acreditado que el nivel del ruido habido era relevante desde las perspectivas de los derechos fundamentales en juego, ya que (a) se trata de una zona acústicamente saturada y (b) queda acreditado que se producían incumplimientos de los topes legales cuatro días a la semana. Además, tal y como se recuerda en el Voto Particular discrepante, hay un informe médico [ver apartado 2.c) de los Antecedentes] que prueba la incidencia del ruido en la salud del recurrente. La contradicción con la STEDH Moreno Gómez, en la que no se realiza alegato alguno en relación con la altura y distribución interior de la vivienda de la recurrente, ni al material de aislamiento empleado, como sí se hace ahora (FJ 7), resulta manifiesta.

Por otra parte, el Pleno del Tribunal sostiene que no se ha producido inacción de la Administración municipal en sus funciones inspectoras y sancionadoras (FJ 10). Esta afirmación desconoce una doctrina constante del Tribunal de Estrasburgo, en la que, aun reconociendo los esfuerzos de la Administración del Estado demandado para acabar con la contaminación acústica, entiende que procede condenar al Estado cuando tales medidas han sido insuficientes o ineficaces (ver SSTEDH recaídas en los asuntos *Oluic c. Croacia*, §§ 64-66; *Deés c. Hungría*, §§ 22-23 y *Mileva y otros c. Bulgaria*, §§ 99). Aunque pueda ser cuestionable en sede dogmática, parece que el Tribunal europeo ha optado por establecer una suerte de responsabilidad objetiva, que se activa cuando no se ha logrado atajar la contaminación acústica. La aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado por el Pleno del Tribunal debería haber conducido a sancionar el ineficaz comportamiento de la Administración municipal, dato que queda manifiestamente averado si, como es el caso, se superan los topes sonométricos legalmente previstos cuatro días a la semana (FJ 10).

Todos estos datos invitan a pensar que, si el recurrente cuya demanda de amparo se ha visto desestimada interpone un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Estado español será nuevamente condenado. Aunque entendemos que el Tribunal Constitucional debería haber desestimado la demanda por vincularse a un derecho subjetivo que no presenta naturaleza ni constitucional ni, consecuentemente, fundamental, la decisión del Pleno de desconocer materialmente la doctrina contenida en la STEDH Moreno Gómez será con toda seguridad cuestionada por el Tribunal de Estrasburgo.

3.3. *La estimación de oficio de una queja no planteada por la parte: ¿es posible un amparo preventivo?*

Nos atrevemos a pronosticar que ni esta será la única queja planteada por la representación procesal del recurrente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ni que será el único motivo que justifique la condena. Es previsible, en efecto, que el Tribunal Europeo se plantee si el Tribunal Constitucional ha podido vulnerar el derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas. Y la cuestión que puede plantearse es si el Alto Tribunal español debería haberse adelantado a una más que previsible condena.

Vayamos, primero, con los datos. La demanda de amparo fue interpuesta el 31 de julio de 2003, y ha sido evacuada, a través de una Sentencia desestimatoria, el 29 de septiembre de 2011. El Tribunal se ha tomado más de ocho años para resolver la demanda, siendo además destacable que desde el último trámite de alegaciones (evacuado por el recurrente el 4 de mayo de 2005), solamente conste en los antecedentes una providencia de 28 de septiembre de 2011, en la que se acuerda señalar la deliberación y votación del asunto para el día siguiente (AAHH 11 y 12). Más de seis años para resolver, en sentido estricto, la demanda. Es evidente, a la vista de estos datos, que se ha producido una lesión en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (amparado tanto por el art. 24 CE como por el art. 6.1 CEDH).

No es imposible que el Tribunal de Estrasburgo denegara el motivo, alegando que no consta en las actuaciones que la parte se haya quejado de que tales dilaciones se estaban produciendo. Por cierto, que se ha omitido en los antecedentes de hecho cómo un expediente atribuido al enjuiciamiento de la Sala Segunda ha terminado siendo resuelto por el Pleno del Tribunal, al menos en la publicación de la Sentencia contenida en el BOE 258, de 26 de octubre de 2011. Por otra parte, no es la primera vez que el Estado español ha sido condenado porque el Tribunal Constitucional ha incurrido en dilaciones indebidas. Pueden consultarse, en efecto, las SSTEDH de la Sala Cuarta de 11 de octubre de 2001 (asunto *Díaz Aparicio c. España*, demanda 49468/99), §§ 21-22, y de 26 de noviembre de 2003 (asunto *Soto Sánchez c. España*, demanda 66990/01), § 36.

Siendo palmaria la concurrencia del daño provocado, ¿debería el Tribunal Constitucional haberla reconocido en la propia Sentencia? Aunque hay motivos dogmáticos que se oponen al reconocimiento de oficio de una lesión, existen otras razones que podrían justificar que se incurriera en un exceso formal de jurisdicción.

Es sabido que el Tribunal Constitucional actúa como una jurisdicción rogada. Es decir, que el debate procesal siempre debe ser planteado por quien acude ante él, limitándose el Alto Tribunal a responder a los argumentos de las partes. En efecto, no le corresponde «reconstruir de oficio la demanda de amparo, ni suplir las razones de las partes, sobre las que recae la carga de la argumentación, cuando aquellas no se aportan al recurso», dado que «es carga de los recurrentes, no solo abrir la vía para que este Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de proporcionar la fundamentación que razonablemente es de esperar, no correspondiéndole reconstruir de oficio la demanda de amparo cuando el demandante ha desconocido la carga de argumentación que sobre él recae» (STC 189/2002, de 14 de octubre, FJ 3, entre otras muchas).

Ocurre, sin embargo, que en el caso que nos ocupa, la lesión no podía ser denunciada en la demanda de amparo, porque se ha producido posteriormente, y por exclusiva responsabilidad del Tribunal Constitucional. Son estas circunstancias las que podrían justificar que en la propia Sentencia que resuelve el recurso de amparo el propio Tribunal afirmara que ha incurrido en dilaciones indebidas, ofreciendo así un título jurídico que el recurrente pudiera hacer valer frente a la Administración de Justicia.

Somos conscientes de que, incluso en el orden penal, en el que las dilaciones indebidas operan como atenuante (art. 20.6 CP), solamente pueden ser contempladas después de la denuncia previa y la alegación en el proceso por parte del afectado. *Vid.* Fernández Ros, Juan Francisco: «La atenuante de dilaciones indebidas tras la reforma del Código Penal de junio de 2011», *Noticias Jurídicas* (febrero de 2011), disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/201102-88852123212358.html#>.

Tal actuación por parte del Tribunal Constitucional serviría, además, para combatir la posibilidad de que órganos de la jurisdicción ordinaria pudieran controlar la actuación jurisdiccional del Tribunal Constitucional, posibilidad cuando menos cuestionable desde el respeto institucional que dicha institución merece, pero que, sin embargo, se ha producido.

El ataque más grave, sin ningún género de dudas, fue el protagonizado por la desafortunada Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004 en la que se condenaba a los Magistrados del Tribunal Constitucional por una providencia que no merecía reproche jurídico alguno, que ha sido analizada por Luis E. Delgado del Rincón (en «Inviolabilidad frente a responsabilidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, 2004, págs. 267 y sigs.), y César Aguado Renedo (en «Del intento de control del Tribunal Constitucional por la Sala de lo Civil del Tri-

bunal Supremo o de cómo poner en riesgo todo un sistema», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 1, 2006). En relación con las dilaciones indebidas, debemos recordar las Sentencias de la Audiencia Nacional de 8 de julio de 2008 y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2009. Esta última ha sido críticamente valorada por César Aguado Renedo (en «La responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, 2010, págs. 335 y sigs.).

Existen, pues, argumentos de peso en una y otra dirección. Si a ello añadimos que la problemática derivada de la aplicación de la doctrina de las dilaciones indebidas a la jurisdicción constitucional presenta aristas muy específicas y particulares, sobre su eventual concurrencia y criterios de determinación, acaso fuera conveniente que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos realizaran una construcción singular que, desde las distintas posiciones que mantienen, tomara en consideración la peculiar naturaleza orgánica del Tribunal Constitucional y procesal y funcional del recurso de amparo.

El autor de estas líneas ha hecho notar, en relación con el control ejercido por el Tribunal europeo, que «resulta difícil pedir que un Tribunal, compuesto por doce Magistrados, puedan tramitar y resolver más de doce mil asuntos en un año, sobre todo cuando los amparos conviven con procesos de constitucionalidad de normas con fuerza de Ley, que también merecen una pronta respuesta por afectar a normas generales. No quiere argumentarse que el Tribunal Constitucional escape al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en tal materia, pero sí que este debe ser comprensible con la situación de sobrecarga que pesa sobre la institución española, entendiéndolo que estamos en presencia de un órgano constitucional cuyas dimensiones y medios personales y materiales imponen, con carácter general, una especial complejidad intrínseca en los asuntos que tramita» (en «Balance de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que afecta al Reino de España: de aciertos, carencias y excesos», en Matia Portilla, Francisco Javier (dir.): *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pág. 177).

EL CASO *LAUTSI*: LA CARA Y LA CRUZ

ABRAHAM BARRERO ORTEGA (*)

1. INTRODUCCIÓN: EL CASO *LAUTSI*.—2. CARA: LA SENTENCIA DE SALA: 2.1. *La libertad religiosa negativa*. 2.2. *El derecho preferente de los padres a escoger la educación de sus hijos*.—3. CRUZ: EL GIRO COPERNICANO DE LA GRAN SALA.—4. CRÍTICA.—5. DUDAS E INCERTIDUMBRES EN TORNO A LA APLICABILIDAD DE LA DOCTRINA *LAUTSI* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: 5.1. *La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León*. 5.2. *La STC 34/2011*.—Bibliografía citada.

1. INTRODUCCIÓN: EL CASO *LAUTSI*

El debate en torno a la presencia de símbolos religiosos en actos y espacios públicos, y hasta qué extremo esa presencia compromete la libertad religiosa, la laicidad o aconfesionalidad estatal y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación de sus hijos, se hace particularmente intenso en aquellos países en que el Estado y la Iglesia han estado atados durante mucho tiempo por estrechos lazos políticos y también ceremoniales.

En España, la confusión entre lo público y lo religioso viene de lejos. Las Constituciones de 1812, 1837, 1845 y 1876 hicieron un reconocimiento explícito del catolicismo como religión oficial del Estado (1). Tras el paréntesis de la Segunda República, en que salió también a la luz una enconada lucha por

(*) El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «El nuevo amparo constitucional: la reformulación de los derechos constitucionales y su protección» (DER 2010-18141), cuyo investigador principal es José María Morales Arroyo.

(1) BARRERO ORTEGA, A. (2006): 27 y sigs.

los símbolos religiosos, la simbiosis entre la política y la religión alcanzó su máxima perfección con la sublevación militar de julio de 1936. Las ceremonias político-religiosas se extendieron por toda España; especial carga simbólica tuvieron los actos de «reposición» y «regreso» de los crucifijos a las escuelas en los comienzos del curso escolar 1936-37. La abolición de la legislación republicana implicó, en buena medida, la vuelta a la España tradicional, con el catolicismo como bandera. Durante los cuarenta años del franquismo, la Iglesia y la religión católica lo inundaron casi todo: las costumbres, la administración, la legislación y, desde luego, la enseñanza (2).

Hoy en día, aunque la Constitución de 1978 consagre la libertad religiosa y la aconfesionalidad del Estado y la sociedad española sea mucho más diversa y plural, los símbolos de la religión católica todavía se exponen en actos y espacios públicos (3). En una sociedad plural, con diferentes religiones y muchos ciudadanos que no profesan ninguna, las instituciones públicas, y en particular la escuela pública, ¿no deberían permanecer al margen de la religión? ¿Las sociedades caracterizadas por el pluralismo cultural no deberían también estar marcadas por el pluralismo ritual? ¿No deberían los poderes públicos velar por ese pluralismo como hecho y principio democrático?

El debate, aun ceñido a la escuela pública, ha vuelto al primer plano de la actualidad política y científica al hilo de las sentencias del Tribunal Europeo recaídas en el caso *Lautsi y otros c. Italia*. En una primera sentencia, la sentencia de Sala de 3 de noviembre de 2009, el Tribunal Europeo consideró que la presencia del crucifijo en las aulas suponía una violación del derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos, en conexión con la libertad religiosa. Sin embargo, la Gran Sala, en sentencia de 18 de marzo de 2011, revocó el criterio de la Sala, descartando la existencia de contradicción entre esa presencia y los artículos 9 CEDH y 2 del Protocolo Adicional número uno al CEDH. La sentencia definitiva es, obviamente, la de Gran Sala. La Gran Sala ha dicho, desde la perspectiva del Convenio Europeo, la verdad jurídica. Así es y tiene que ser respetada. Pero ello no significa que resulte ilegítimo seguir reflexionando acerca de las razones que han llevado a la Gran Sala a esa decisión, en un asunto polémico y controvertido, como demuestra el pronunciamiento previo de la Sala, adoptado por unanimidad. La decisión inicial, unánime, de la Sala fue después modificada por la Gran Sala, para sostenerse justamente lo contrario.

(2) *Ibid.*, págs. 74 y sigs.

(3) SSTC 177/1996 y 101/2004.

Aunque sea solo por interés intelectual, merece la pena esa reflexión. Con tal alcance intelectual, este trabajo no intentará en ningún modo ni resumir ni utilizar en su totalidad las posturas doctrinales vertidas hasta la fecha. Su propósito es mucho más limitado. Trataré sencillamente de aportar algunas reflexiones críticas sobre la decisión de la Gran Sala. Adelanto desde ya que no la comparto.

Sea como fuere, a la hora de apreciar la trascendencia de la doctrina *Lautsi*, hay que reconocer que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha convertido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE y en otros preceptos análogos de otras Constituciones nacionales, en una especie de jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales en el ámbito europeo (4). El artículo 10.2 facilita la integración interna de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La influencia de la doctrina de Estrasburgo en los tribunales constitucionales europeos, y singularmente en el español, es muy marcada. También, como no podría ser de otro modo, en lo que alude a la delimitación del contenido esencial de la libertad religiosa y el alcance de la aconfesionalidad estatal (5). El futuro criterio español relativo a la presencia de símbolos religiosos en las escuelas de titularidad pública debería seguir la orientación marcada por esta decisión, si bien, como se analizará, la sentencia de la Gran Sala insiste en el margen de apreciación nacional, que varía según las realidades jurídicas y sociales de cada país y niega la existencia de una única solución válida europea al problema.

Hasta el momento, el precedente español más relevante en torno al crucifijo en las aulas —precedente al que se alude en los antecedentes de la sentencia de la Gran Sala— es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 14 de diciembre de 2009. El presente trabajo incluye, en su último apartado, una breve reflexión en torno a la aplicabilidad de la doctrina *Lautsi* en el ordenamiento jurídico español, sobre la base de los principios establecidos por el constituyente español en materia de conciencia y religión (arts. 14, 16 y 27.3 CE) y la recentísima STC 34/2011.

2. CARA: LA SENTENCIA DE SALA

En la sentencia de Sala de 3 de noviembre de 2009, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó al Estado italiano por los daños morales infligidos

(4) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1995): 7-30.

(5) Por todos, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2007).

a la señora Soile Lautsi, quien había alegado ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales nacionales que la exposición del crucifijo en las aulas del colegio público al que acudían sus hijos adolescentes en Abano Terme (Véneto) suponía una injerencia incompatible con la libertad religiosa y la laicidad estatal.

El razonamiento de la Sala, conciso y claro, establece unos criterios relevantes en defensa de la laicidad estatal, que evite la confusión entre lo público y lo religioso y garanticen, en última instancia, tanto la libertad religiosa de los alumnos como el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos.

La Sala aprecia, en efecto, que la presencia del crucifijo en las aulas implica una intromisión ilegítima no solo en la libertad religiosa negativa de los alumnos, sino también en el derecho de sus padres a elegir el tipo de educación que mejor se acople a sus creencias y convicciones. De ahí que en el fallo de la sentencia se constate la violación del artículo 9 del Convenio en relación con el artículo 2 del Protocolo Adicional núm. 1. Hecha esta constatación, la Sala no estima necesario entrar en el estudio del artículo 14 —principio de no discriminación—, que se había alegado también.

2.1. *La libertad religiosa negativa*

La libertad religiosa supone la inmunidad de coacción en materia de conciencia y religión. Es libertad para creer, pero también para no creer; para tener unas u otras creencias o no tener ninguna. Libertad para expresar y manifestar creencias, hacer partícipes de ellas a los demás, para comportarse de acuerdo a esas creencias y no ser obligado en contra de las mismas.

La libertad religiosa negativa significa que la opción religiosa es una decisión exclusivamente individual, de suerte que nadie puede inmiscuirse en esa decisión, pudiendo los ciudadanos vincularse y desvincularse de cualquier confesión sin injerencias del poder público o de otros ciudadanos. En palabras de Isaiah Berlin en *Two concepts of liberty* (1958), «ningún hombre o cuerpo de hombres puede interferir en la actividad religiosa de otro». La vertiente negativa de la libertad religiosa exige la ausencia de interferencia por parte de otros. La función del Estado no es la de imponer una confesión al resto de ciudadanos, ni la de servir de instrumento para el proselitismo de esa confesión, ni la de favorecer su implantación. La auténtica libertad religiosa se alcanza cuando las religiones pueden desarrollarse de manera autónoma sin interferencias externas que pueden venir tanto de las autoridades como de otros sujetos particulares.

Las situaciones lesivas de la libertad religiosa negativa pueden ser muy variadas. Desde las más claras y evidentes, como obligar a un individuo a jurar por un Dios que no es el suyo antes de ocupar un cargo político o profesional (6), hasta otras menos patentes o intrusivas, como verse expuesto a signos o manifestaciones de creencias o convicciones (religiosas o no religiosas) (7).

Esta misma graduación de lesiones a la libertad religiosa negativa se produce en la escuela pública. Hay situaciones flagrantes de lesión, como verse sometido de forma obligatoria a la enseñanza religiosa confesional (8). Y hay también situaciones en principio menos patentes en su lesividad o menos invasivas de las propias creencias o convicciones, como encontrarse en un aula presidida por un crucifijo.

Respecto de esta última situación, la Sala, partiendo de la base de que el crucifijo es un símbolo religioso inequívoco, que no puede reducirse a mero signo o emblema de la cultura y tradición italianas, constata la lesión de la libertad religiosa negativa de los alumnos que no comparten esa confesión. La libertad religiosa negativa no solo exige la ausencia de servicios, prácticas o enseñanza contrarios a las propias creencias. Se extiende a los símbolos que expresan una creencia o religión. El derecho a no participar en los actos de culto de una confesión ajena incluye la facultad de mantenerse alejado de los símbolos de esa confesión. El crucifijo es representación simbólica de una fe concreta. Considerarlo como una simple expresión cultural supone desconocer su verdadero significado. La exposición obligatoria de un símbolo de una confesión que no se comparte implica lesión del derecho. La cruz no puede contemplarse desprovista de significado religioso, por lo que su exposición en un lugar público constituye un atentado a la libertad religiosa negativa. Esta lesión es, por tanto, inadmisibles, en la medida en que la libertad negativa de los alumnos ha de prevalecer frente a la tradición histórica y cultural italianas (9).

Y es que, en primer lugar, se viene a entender que el conflicto —si es que, en realidad, hay conflicto, más allá de que siempre se pueda invocar el margen de apreciación nacional (10)— no se plantea entre derechos, bienes y valores

(6) SSTEDH, casos *Buscarini y otros c. San Marino*, de 18 de febrero de 1999, y *Alexandridis c. Grecia*, de 21 de febrero de 2008.

(7) SSTEDH, casos *Efstratiou c. Grecia* y *Valsamis c. Grecia*, las dos de 18 de diciembre de 1996.

(8) SSTEDH, casos *Folgero c. Noruega*, de 25 de junio de 2007, y *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía*, de 9 de octubre de 2007.

(9) STEDH *Lautsi y otros c. Italia*, de 3 de noviembre de 2009 (§§ 51-55).

(10) En tal sentido, el Gobierno italiano hará hincapié en sus alegaciones en que no se da un consenso europeo sobre el modo de interpretar la laicidad o aconfesionalidad estatal o, más específicamente, sobre las implicaciones concretas a la hora de hacerlo efectivo. Habría, en conse-

que merezcan la misma consideración: libertad religiosa, de un lado, y factor cultural o tradicional, de otro. Hay, en la misma legislación y práctica italianas, unas opciones indiscutibles, que inclinan la balanza a favor del derecho fundamental. La Constitución de 1948 estableció la separación entre el Estado y la Iglesia católica (arts. 7 y 8). Y como recordase la Corte Constitucional en 1989, la confesionalidad del Estado italiano fue explícitamente abandonada tras los Acuerdos con el Estado Vaticano en 1985, que sustituyeron a los Pactos de Letrán de 1929 firmados entre Mussolini y la Santa Sede. El constituyente italiano fundó la relación entre el Estado y las confesiones religiosas en el principio de laicidad; la actitud del Estado debe estar marcada por la equidistancia y la imparcialidad, independientemente del número de fieles de cada confesión. La laicidad es, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, un «principio superior» y obliga a «la igual protección de la conciencia de cualquier persona que se adhiere a una religión» con independencia de cuál sea esta (11). Razón por la cual es lógico entender que la libertad religiosa, como derecho fundamental, no puede quedar a expensas de ese factor cultural o tradicional expresamente redefinido por el constituyente. Hay una decisión constitucional que no puede ser ignorada. No cabe, pues, plantear el caso como una ponderación entre dos derechos en juego, porque no hay derecho a mantener una seña cultural o tradicional por encima de la libertad religiosa negativa. En cambio, sí hay un derecho a exigir que se cumpla el principio de neutralidad ideológica y religiosa de los poderes públicos.

Desde esta perspectiva, la Sala estima que los argumentos ofrecidos por la señora Lautsi son mucho más sólidos que los argumentos de los tribunales italianos que denegaron su reclamación y del Gobierno. La libertad religiosa, la laicidad estatal y el respeto al pluralismo han de prevalecer frente al hecho natural, símbolo con pluralidad de significados y no solo religioso, razones histórico-culturales, valor de la vida civil, reconocimiento de los sentimientos religiosos de la mayoría de la población y compromiso con los partidos de inspiración cristiana que son los que representan a esa mayoría. Hay razones que pesan más que otras (12).

cuencia, de reconocerse a favor de los Estados un amplio margen de maniobra, lo que redundaría en una mayor libertad a la hora de enfrentarse al problema. El Gobierno italiano solicita al Tribunal que «dé prueba de prudencia y contención», pues, en otro caso, se atribuiría al principio de laicidad un contenido material predeterminado, «contrario a la legítima disponibilidad de las fórmulas nacionales [...]».

(11) STEDH *Lautsi y otros c. Italia*, de 3 de noviembre de 2009 (§ 22-26). *In extenso*, CEC-CANTI, S. (2001) y VÁZQUEZ ALONSO, V. (2006): 183-218.

(12) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2010): 62-65.

Y, en segundo lugar, el conflicto no puede solventarse afirmando la prevalencia del principio de la mayoría, porque precisamente la libertad religiosa ampara de un modo especial a las minorías. En aquellos países donde la gran mayoría de la población se adhiere a una religión concreta, la manifestación de los ritos y símbolos de esa religión, sin restricción de forma o lugar, puede llegar a representar una presión sobre los alumnos que no practiquen esa religión. La presencia del crucifijo puede hacer sentir a los alumnos que son educados en un entorno marcado por una confesión concreta. Como concluye la Sala:

«Lo que puede ser estimulante para algunos alumnos religiosos, puede ser emocionalmente perturbador para los alumnos de otras religiones o para aquellos que no profesan ninguna. Este riesgo está particularmente presente en los alumnos pertenecientes a minorías religiosas. [...]. Este derecho negativo merece una protección especial si es el Estado el que expresa una creencia y se coloca a la persona en una situación que no puede evitar o que puede evitar solamente mediante un esfuerzo y un sacrificio desproporcionado» (13).

2.2. *El derecho preferente de los padres a escoger la educación de sus hijos*

Pero es que, además, la exhibición del crucifijo en las aulas entra en contradicción con el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Un derecho vinculado a la libertad de enseñanza, pero que presenta un contenido propio y diferenciado. El derecho de los padres puede quedar satisfecho a través del ejercicio de la libertad de enseñanza o libertad de creación de centro docente. El pluralismo educativo, la coexistencia de enseñanza pública y privada, contribuye a la preservación de la sociedad democrática, multicultural y multiétnica. Ahora bien, ello no implica que quepa justificar cualquier injerencia de la escuela pública en la libertad de conciencia de los padres esgrimiendo la posibilidad de escolarizar a sus hijos en la escuela privada. Se ha de salvaguardar el pluralismo y la neutralidad de la escuela pública, al margen de que la familia que desee un escrupuloso respeto a sus creencias o convicciones opte por la enseñanza privada.

Así pues, está claro que la enseñanza en la escuela pública no debe adoctrinar, sino que ha de estar presidida por la objetividad, neutralidad, el respeto al pluralismo y apoyarse en criterios científicos. Ha de primar el conocimiento y la información por encima del afán de adoctrinar o de incitar a prácticas que

(13) STEDH *Lautsi y otros c. Italia*, de 3 de noviembre de 2009 (§ 55).

colisionen con la libertad de conciencia de los padres. Prohibición que, por lo que concierne a la libertad de expresión del profesor, no es sino una injerencia justificada que permite garantizar un derecho ajeno, el derecho de los padres. El profesor no puede ser compelido a orientar su enseñanza en el sentido de transmitirla ajustándose a una serie de valores y concepciones predeterminadas, pero tampoco puede indicar a los alumnos cómo han de obrar en materia ideológica o religiosa. El docente puede expresar las ideas o convicciones que asuma como propias en relación a la materia objeto de la enseñanza y, desde luego, puede decidir el método de exposición. Por el contrario, lo que no puede hacer es prescribir normas de conducta sobre aspectos morales.

La obligación de respetar las convicciones religiosas o filosóficas de los padres se traduce, en último extremo, en la asunción por parte de las autoridades públicas del compromiso de velar porque las informaciones y conocimientos que figuren en los programas educativos sean difundidos de manera *objetiva, pluralista, crítica y neutra*. Sin parcialidades ni apreciaciones subjetivas con incidencia en lo religioso o ideológico (14). El *respetar* significa mucho más que reconocer o tener en cuenta; implica crear las condiciones para que ese pluralismo sea real y efectivo. Es esta la finalidad conforme a la cual debe interpretarse esa obligación de respeto y la que dota de especificidad a este derecho (art. 2 del Protocolo Adicional núm. 1) con respecto a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH). La enseñanza pública ha de ser neutral y cuidar las ideas y creencias de los padres, máxime teniendo en cuenta la importancia que esta cobra en la actualidad en la realización del derecho de todos a la educación.

En buena lógica jurídica, la Sala extiende la neutralidad de la enseñanza pública a la neutralidad de los locales o dependencias en que se imparte esa enseñanza (15). El derecho de reacción de los padres, la objeción de conciencia de los padres, puede, por consiguiente, extenderse no solo al *contenido* (16) de las materias, sino también a determinadas *prácticas, modalidades disciplinares* (17) y hasta símbolos religiosos. El *ambiente* del aula también importa. Aquí radica la novedad del caso *Lautsi* con referencia a la jurisprudencia anterior del Tribunal Europeo en torno al artículo 2 del Protocolo Adicional núm. 1: la inclusión de un símbolo en la categoría de situación potencialmente invasiva

(14) Por todos, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2008).

(15) STEDH *Lautsi y otros c. Italia*, de 3 de noviembre de 2009 (§§ 56-58).

(16) Así, la ya clásica STEDH, caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976. Más recientemente, SSTEDH, casos *Folgero c. Noruega* y *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía*, ya citadas.

(17) SSTEDH, casos *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982, y *Valsamis c. Grecia*, de 18 de diciembre de 1996.

del derecho de los padres. La prohibición de no injerencia no se refiere solo al adoctrinamiento o impartición de ideas religiosas, sino que ya la presencia de un símbolo ostensible es una manera de interferir en las creencias o convicciones. Aunque el impacto de un símbolo, de una imagen, pueda no ser comparable al impacto de un comportamiento activo día a día y prolongado en el tiempo, como la enseñanza, lo cierto es que implica una injerencia ilegítima en la libertad de conciencia de padres y alumnos.

El crucifijo, en particular, es un símbolo que tiene una significación religiosa predominante; lleva en sí una llamada, propone la fe que simboliza como un ejemplo e invita a seguir esa fe. Tiene, sin duda, un fuerte poder evocador para unos alumnos que, por su corta edad, son fácilmente influenciados. En este sentido, el crucifijo es un «signo exterior fuerte» —categoría acuñada en la STEDH, caso *Dahlab c. Suiza*, de 15 de febrero de 2001, y aplicada, no sin cierta controversia, en la STEDH, caso *Leyla Sahin c. Turquía*, de 29 de junio de 2004 (18)—, un símbolo ostensible e impactante, y su presencia «activa» (19) en las aulas podría percibirse como una forma de enseñanza implícita de esa fe, dando la impresión de que el poder público se alinea con ella. Y si el Estado, por imperativo constitucional, está obligado a mantener la neutralidad ideológica y confesional en el marco de la educación, no se comprende cómo su exposición puede servir para el pluralismo educativo que es esencial para la preservación de una sociedad democrática.

Tampoco se entiende que, para justificar la exhibición de un símbolo, se aluda a la petición de otros padres que quieren una educación religiosa conforme a sus convicciones, pues el respeto de las convicciones de estos está limitado por el respeto de las convicciones de aquellos. El respeto a las convicciones de los padres ha de ser «mutuo y recíproco» (20), de modo que la presencia de los símbolos no puede justificarse porque lo soliciten esos otros padres. La dimensión religiosa «figura entre los más esenciales elementos de identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es también un bien precioso para ateos, agnósticos, escépticos o indiferentes. Es algo connatural al pluralismo» (21). El Estado debe ser aconfesional en el contexto de la educación pública obligatoria en la que se requiere la asistencia a clase sin consideración de religión. El deber

(18) En su opinión disidente a la STEDH *Leyla Sahin c. Turquía*, la juez Tulkens entiende que «no es competencia del Tribunal hacer tal valoración, en este caso, unilateral y negativa, sobre una religión y práctica religiosa».

(19) En torno a la distinción entre presencia *activa/pasiva* de un símbolo religioso, LLAMAZARES CALZADILLA, M.^a C. (1998): 572.

(20) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2010): 66.

(21) STEDH, caso *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993.

de neutralidad confesional se impone en el espacio escolar en tanto garantía de la libertad religiosa de todos y el pluralismo y la tolerancia consustanciales a la sociedad democrática.

3. CRUZ: EL GIRO COPERNICANO DE LA GRAN SALA

Solicitada por el Gobierno italiano, de conformidad con el artículo 43 CEDH, la remisión del asunto ante la Gran Sala, la demanda fue aceptada, entendiéndose que el asunto planteaba una cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación de los artículos 9 CEDH y 2 del Protocolo Adicional núm. 1. La sentencia de la Gran Sala, por una amplia mayoría de quince votos frente a dos, revisa en profundidad el criterio de la Sala, descartando que la presencia del crucifijo en la escuela pública viole la libertad religiosa negativa de los alumnos ni el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos. La doctrina de la Gran Sala podría sintetizarse en las razones o reglas que expongo a continuación. La Gran Sala admite esa presencia en las coordenadas siguientes, ligadas al margen de apreciación nacional, a la actitud global respecto de la religión en la escuela del Estado italiano y, en último término, la inocuidad del crucifijo.

En efecto, la Gran Sala estima, para empezar, que, pese a que el crucifijo es, principalmente, un símbolo religioso, no está probado que su exposición en las aulas tenga una influencia sobre los alumnos. A lo largo del proceso no se han aportado pruebas suficientes que acrediten el eventual efecto que la presencia del crucifijo podría tener en los alumnos. Es entendible que esa presencia genere un malestar en la demandante respecto de la falta de respeto del Estado en asegurar la educación de conformidad con sus convicciones filosóficas, pero esa «percepción subjetiva» no es suficiente para apreciar infracción del artículo 2 del Protocolo Adicional núm. 1 (22). La mera «sensación interior» no basta por sí sola para caracterizar una violación del Convenio. Una simple ofensa no es suficiente. El criterio, para apreciar una violación de la libertad religiosa negativa de los alumnos, no es la simple *ofensa*, sino la constatación de una *actuación coercitiva*.

El Gobierno Italiano sostiene que la presencia del crucifijo en las aulas constituye una tradición que es valioso mantener, ya que, más allá de su significado religioso, simboliza los principios y valores que sustentan la democracia y la civilización occidental. Una civilización que entronca con la democracia griega, con el Derecho romano y con las tradiciones judías y cristianas. El crucifijo,

(22) STEDH *Lautsi y otros c. Italia*, de 18 de marzo de 2011 (§ 66).

con su significado pluriforme y abierto a percepciones subjetivas impredecibles, es la expresión de la historia y cultura occidental, que inevitablemente está cargada de elementos religiosos e ideológicos. Un símbolo religioso que evoca una riquísima realidad cultural e histórica.

La Gran Sala, en tal sentido, diferencia dos argumentos: el mantenimiento de una tradición y el significado de la misma. Respecto de lo primero, entiende que la decisión entra dentro del margen de apreciación nacional. Respecto de lo segundo, concluye que entre los mismos órganos administrativos y judiciales italianos (Consejo de Estado y Corte de Casación) hay disenso respecto del significado del crucifijo y que, en definitiva, no es su función terciar en ese debate. No le compete posicionarse en el debate en torno al significado de un símbolo con una indudable naturaleza religiosa (23).

Los Estados gozan de un margen de apreciación en sus esfuerzos por conciliar el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas en materia de educación y enseñanza con el derecho de los padres a asegurar que las mismas sean acordes con sus propias convicciones religiosas y filosóficas. El Tribunal Europeo, por consiguiente, «tiene, en principio, un deber de respetar las decisiones estatales en esta materia, que incluyen el lugar dado a la religión siempre y cuando esas decisiones no lleven a una forma de adoctrinamiento» (24). El margen de apreciación nacional se extiende tanto a los programas educativos de enseñanzas regladas y no regladas como al «ambiente escolar» (25), a la infraestructura física y didáctica de las escuelas. En particular, la decisión respecto de los crucifijos queda en manos de los Estados nacionales, especialmente si se tiene en cuenta que no hay consenso entre ellos en la regulación de este tema. La mayoría de los países europeos no regula explícitamente la presencia de simbología religiosa en las escuelas públicas. Cabe apreciar una tendencia creciente hacia la retirada de símbolos religiosos en los actos y espacios públicos —significativamente en la escuela pública—, pero eso no significa que exista pleno acuerdo normativo o jurisprudencial en torno a la proscripción de la presencia del crucifijo.

Sin embargo, el margen de apreciación de los Estados no es absoluto, sino que está sujeto al control del Tribunal Europeo. El control europeo está destinado a descartar que las autoridades nacionales puedan incurrir en cualquier práctica adoctrinadora (26). El límite es el adoctrinamiento, la acción de inculcar una doctrina ideológica o religiosa particular mediante la presión ejercida

(23) *Ibid.* (§ 68).

(24) *Ibid.* (§ 69).

(25) *Ibid.* (§§ 63 y 64).

(26) *Ibid.* (§ 70).

por la autoridad. La enseñanza en la escuela pública no debe instruir en una cosmovisión ideológica o religiosa parcial, sino que ha de estar presidida por la objetividad, la neutralidad, el respeto al pluralismo y apoyarse en criterios científicos. Tiene que primar el conocimiento y la información por encima del afán de adoctrinar o incitar a prácticas que colisionen con la libertad de conciencia de padres y alumnos. En este caso, el control es positivo en base a dos argumentos:

a) Ciertamente es que la presencia del crucifijo otorga al cristianismo y a la religión católica una «preponderancia» o «visibilidad predominante» sobre otras confesiones religiosas. La confesión católica se hace especialmente visible en el ambiente escolar. Pero ese predominio o superioridad, *per se*, no puede ser visto como una forma de adoctrinamiento, pues el crucifijo es esencialmente un símbolo «pasivo» y no es comparable con el aleccionamiento, el discurso didáctico sesgado o la participación en actividades religiosas. Esa preponderancia no entra en contradicción necesariamente con la obligación de asegurar la objetividad y el pluralismo en la impartición de las enseñanzas que incumbe a los Estados. La Gran Sala reconsidera, pues, la calificación del crucifijo como «signo exterior fuerte», símbolo ostensible o impactante, que hiciera la Sala. La Gran Sala rebaja el significado de su presencia en las escuelas públicas (27).

b) La presencia del crucifijo en las aulas debe ser juzgada en el contexto de las políticas globales respecto de la religión en la escuela y ellas demuestran una apertura del Estado italiano a otras expresiones religiosas (posibilidad de exhibir otros símbolos religiosos, educación religiosa opcional para otros credos, celebraciones como el fin del Ramadán, etc.). La enseñanza del cristianismo no tiene carácter obligatorio. Además, no se aportaron en el curso del proceso pruebas que sugirieran que las autoridades escolares fuesen intolerantes respecto de otras religiones ni que haya habido referencias tendenciosas a favor del crucifijo. No consta ni animadversión ni conversión alguna al cristianismo como consecuencia de la presencia del crucifijo en las aulas (28).

En conclusión, al mantener los crucifijos en las aulas del colegio público al que acudían los hijos adolescentes de la señora Lautsi, las autoridades italianas no sobrepasaron el margen de apreciación que legítimamente hay que reconocerles. Las autoridades nacionales ponderaron adecuadamente los intereses en conflicto. De un lado, sus competencias en materia de educación y, de otro, el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos en atención a sus convicciones ideológicas o religiosas (29).

(27) *Ibid.* (§§ 71-73).

(28) *Ibid.* (§§ 74-75).

(29) *Ibid.* (§§ 76-77).

4. CRÍTICA

Creo, como adelantaba al comienzo, que algunos de los fundamentos y, en definitiva, el valor de la decisión de la Gran Sala pueden someterse a prueba. El cuestionamiento de su doctrina nace de un entendimiento distinto de los límites dentro de los cuales deben ejercer las autoridades nacionales sus competencias en materia de educación, de conformidad con los derechos fundamentales enunciados en los artículos 9 CEDH y 2 del Protocolo Adicional número 1 al CEDH. Y ello en el bien entendido de que el margen de apreciación nacional no debe interpretarse hasta el extremo de poner en jaque la universalidad de los derechos implicados e interpretaciones desigualitarias de los mismos contrarias a esa universalidad.

Con razón se ha dicho que la sentencia de Sala podría verse como una «llamada de atención para ponerse al día», sobre todo «en países que han tenido una religión con peso histórico en la vida de la sociedad»; es un «no rotundo a la rutina, revestida de tradición» (30). Cuesta a veces tomarse en serio los mandatos constitucionales de libertad religiosa y laicidad.

La Gran Sala entiende, en cambio, que la presencia del crucifijo en las aulas de la escuela pública debe ser enjuiciada en el contexto de las políticas globales respecto de la religión y esas políticas demuestran una apertura del Estado italiano a otras creencias religiosas. No está acreditado que las autoridades italianas fuesen intolerantes respecto de otras religiones ni que hubiese habido referencias tendenciosas a favor del crucifijo y del cristianismo. Concluye que la decisión respecto de los crucifijos queda en manos de los Estados nacionales, especialmente si se tiene en cuenta que es un símbolo pasivo y que no hay consenso entre ellos en la regulación de esta materia. El criterio jurídico del margen de apreciación nacional vale para casi todo (31), aun por encima de las opciones constitucionales.

Por encima de esta ambigua referencia a las políticas globales y al margen de apreciación nacional, la *ratio decidendi* de la sentencia de Sala me parece incontestable: la Constitución italiana —norma directamente vinculante— quiso superar la confesionalidad del Estado. Hay tradiciones entrañables, valiosas, inofensivas —algunas con un fundamento religioso en origen, hoy ya secularizadas (32)—, pero hay también tradiciones cuyo mantenimiento no tiene

(30) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2010): 67.

(31) En general, GARCÍA ROCA, J. (2007): 117-143.

(32) STC 19/1985.

justificación alguna desde la óptica constitucional y de respeto a los derechos fundamentales.

La aconfesionalidad estatal no debería interpretarse como indiferencia u hostilidad hacia lo religioso. La laicidad estatal no impide que los poderes públicos respeten las creencias y tradiciones religiosas de los ciudadanos y las tengan en cuenta. Si la libertad religiosa es un derecho fundamental, no hay razón alguna para olvidar respecto de ella el papel configurador que las Constituciones asignan al Estado social y democrático de Derecho. Pero, evidentemente, respetar y tener en cuenta las creencias religiosas de los ciudadanos no debe interpretarse en un sentido que pueda contrariar la aconfesionalidad. Se puede, sin duda, valorar lo religioso, pero sin menoscabar la neutralidad de los poderes públicos ante las creencias y la obligación del Estado de evitar toda confusión entre funciones estatales y actividades religiosas.

En íntima conexión con la aconfesionalidad o laicidad estatal, el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos exige la neutralidad y respetar las ideas y creencias de los padres en la escuela pública. La obligación de respeto que incumbe al Estado se extiende tanto a las creencias religiosas como a las convicciones de quienes no practican religión alguna. Importa, según la expresión utilizada en el artículo 16 CE, tanto la libertad religiosa como la ideológica. Y se extiende no solo a las informaciones y conocimientos que figuran en los proyectos educativos, sino también al ambiente escolar. Esas informaciones y esos conocimientos han de ser difundidos de manera *objetiva, pluralista y crítica*, dentro de un ambiente neutral. Sin parcialidades, apreciaciones subjetivas o simbología con incidencia en lo religioso o ideológico. Se crea, de este modo, en la escuela pública un ámbito de neutralidad en el que nadie ve cuestionada su ideología o religión y en el que tampoco nadie puede predicarla a los demás. Y menos el poder público.

Es cierto, tal y como señala la Gran Sala, que la mayoría de los países europeos no prohíbe expresamente la presencia de símbolos religiosos en las escuelas públicas, pero también lo es que, gracias al sentido común, a partir de una interpretación cabal de la laicidad, en la mayoría de las escuelas públicas europeas este tipo de símbolos no está presente, con el fin de que los alumnos sean educados en un contexto ideológica y religiosamente neutral y se respete su libertad religiosa negativa. Se admite únicamente en un grupo muy reducido de Estados (Italia, Austria, Polonia y algunos Länder alemanes). Y hay pronunciamientos expresos de las más altas instancias jurisdiccionales y constitucionales europeas en los que se ha hecho prevalecer la laicidad o neutralidad estatal frente a esa presencia o esa presencia se ha matizado a fin de salvaguardar la libertad religiosa negativa (Suiza, Alemania y Polonia). En tales condiciones,

resulta discutible vincular el margen de apreciación nacional a la ausencia de un consenso europeo. Más bien cabría hablar de un denominador común o de un estándar común europeos favorable a la aconfesionalidad o laicidad y libertad religiosa negativa. Si hay un entendimiento compartido propenso a esos dos bienes o valores constitucionales, resulta obvio que un Estado específico dispone de menor margen de apreciación para interpretarlos, moldearlos o adaptarlos (33).

Se ha dicho, por otra parte, que, en el fondo, lo que rechaza la Gran Sala es que pueda atribuirse a un tribunal, en base a modelos éticos elaborados a miles de kilómetros en un ejercicio de alquimia de laboratorio, el derecho a cambiar la percepción social mayoritaria de cuál es la función de la religión en la vida pública de todo un pueblo. Eso no le corresponde a los Tribunales, sino a los Parlamentos (34).

Entiendo que el planteamiento debería ser otro, en la línea de lo expresado en la sentencia de Sala. La decisión acerca de si se puede admitir o no la presencia de crucifijos en las aulas está tomada. Es una decisión que adoptó el constituyente italiano (arts. 7 y 8). No es una decisión que tengan que tomar las autoridades educativas. Ni siquiera el Parlamento podría tomar la decisión de que hubiera crucifijos, pues, en el supuesto de que aprobara una ley en ese sentido, la ley sería inconstitucional. Es insostenible reconocer a los poderes públicos una competencia para decidir sobre el cumplimiento o no del principio de laicidad. La afirmación de esa competencia es inconstitucional y abre la posibilidad cierta de vulnerar derechos fundamentales de los alumnos y de sus padres, la libertad religiosa negativa y el derecho preferente de los padres a escoger la educación de sus hijos.

A mayor abundamiento, no se comprende por qué la Gran Sala, tras citar los precedentes de las sentencias *Dahlab* y *Leila Sahin* en las que se considera al velo islámico como un signo exterior fuerte, sostiene que un crucifijo es un símbolo esencialmente pasivo. ¿Por qué el crucifijo colgado de la pared de una escuela pública no contradice la neutralidad del Estado y la libertad religiosa negativa de los alumnos y sí el velo que cubre la cabeza de una profesora de una escuela primaria pública o de una estudiante de una Universidad pública? ¿No al velo islámico pero sí al crucifijo? O bien se ha cambiado de opinión por razones que no se justifican adecuadamente o es que hay dos varas o medidas de to-

(33) En tal sentido, el voto particular discrepante a la sentencia de la Gran Sala de los jueces Malinverni y Kalaydjieva.

(34) Votos particulares concordantes a la sentencia de la Gran Sala de los jueces Bonello y Power.

lerancia según se trate del cristianismo o de otra religión (35). La defensa de una zona de neutralidad en un espacio tan delicado como una escuela de niños avala el evitar la exhibición por unos y por otros de símbolos religiosos fuertes.

Hay, por último, una dimensión de la controversia a la que la Gran Sala no le presta la atención debida. La presencia del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas italianas descansa en una base legal extremadamente débil: dos decretos reales de 1924 y 1928, carentes de legitimidad democrática. La preponderancia del cristianismo frente a otras confesiones se funda en una normativa preconstitucional, aprobada en un contexto político caracterizado por la falta de reconocimiento de la dignidad y los derechos fundamentales. O dicho de otro modo, en el contexto de un Estado en el que el poder se entendía en estado puro, absoluto o ilimitado, de ningún modo como *soberanía*, esto es, de algún modo limitado y ejercido sobre quienes con sus derechos condicionan el ejercicio de ese poder. Esa primacía se apoya en el carácter antidemocrático del Estado italiano con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1948 (36). Y no se olvide que el constituyente italiano, marcando expresamente distancias con respecto a la confesionalidad católica asumida en el Estatuto Albertino de 1848 y los Pactos de Letrán de 1929, consagró, tras la recuperación democrática, en el capítulo de decisiones fundamentales, la laicidad estatal. Sin excesiva dificultad se podría apreciar la inconstitucionalidad sobrevenida de los decretos reales de 1924 y 1928.

5. DUDAS E INCERTIDUMBRES EN TORNO A LA APLICABILIDAD DE LA DOCTRINA LAUTSI EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La doctrina establecida por la Gran Sala en el caso *Lautsi* tiene, en mi opinión, un valor relativo como doctrina generalizable en Europa y aplicable concretamente a España. La propia sentencia subraya la distinta y, en principio, válida aproximación de los Estados al problema, enfatizando la teoría del margen de apreciación nacional. La sentencia de la Gran Sala es, sin duda, significativa porque cambia el sentido de la decisión de la Sala. Pero solo es definitiva en relación a Italia; no sienta una cuestión de principio y, de hecho, la decisión alude en repetidas ocasiones al margen de maniobra de las autoridades nacionales. A falta de consenso europeo, viene a dar un voto de confianza a lo que dispongan

(35) Así, el voto particular discrepante a la sentencia de la Gran Sala de los jueces Malinverni y Kalaydjieva.

(36) *Ibid.*

los Estados. Así, pues, la decisión de Estrasburgo no impide reflexionar desde la perspectiva del marco constitucional español, no muy diferente, en cualquier caso, al italiano.

La aconfesionalidad estatal (art. 16.3 CE) y el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE) implica, en el ámbito de la educación pública y en sentido negativo, «una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento [...], que es la única actividad compatible con el respeto de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita» (37). La neutralidad es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el mismo centro y del ambiente escolar y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos de profesores, imágenes o símbolos de distinta orientación ideológica o religiosa cuyas enseñanzas o significados se compensen entre sí. Las actividades del centro escolar y el ambiente en que se desarrollan esas actividades han de respetar la libertad de conciencia de los miembros de la comunidad escolar.

La neutralidad de la enseñanza presupone la neutralidad de los locales, que no pueden albergar imágenes o símbolos de inequívoco carácter ideológico o religioso. En nuestro país, esta cuestión, sobre la que no hay regulación administrativa ni tampoco ley que se pronuncie al respecto, debiera resolverse, a mi juicio, subrayando la necesidad de que las autoridades públicas no se adhieran públicamente a ninguna confesión determinada. Debiera bastar con constatar el carácter inequívocamente religioso de un símbolo para considerarlo contrario a la neutralidad estatal. Y mucho más en el ámbito educativo, en el que conviene extremar las cautelas al traer implicaciones para la formación de los menores.

El crucifijo es el emblema de una determinada confesión religiosa y no solo la expresión de una cultura occidental coimpregnada por el cristianismo. Es una imagen cargada de significado religioso, propio de una cosmovisión particular y no universalizable, y, por lo tanto, capaz de suscitar rechazo en aquellos sujetos que no comparten esa visión del mundo. El Estado no solo debe proteger la libertad religiosa de los ciudadanos, ante cuyas opciones confesionales permanece indiferente, sino que también debe evitar identificar sus propias instituciones con una tradición religiosa concreta. La religión es una cuestión privada, objeto de un derecho fundamental, pero no un deber público. La presencia del crucifijo en las aulas entraña confusión entre lo público y lo religioso. Titulares

(37) STC 5/1981.

de la libertad religiosa son los individuos y las comunidades (art. 16.1 CE); de ningún modo los poderes públicos, pues «ninguna confesión tendrá carácter estatal» (art. 16.3 CE). No se justifica la presencia en las aulas de un símbolo de tan evidente significado religioso como el crucifijo, el gran testimonio de los cristianos.

El gran éxito del Título Primero de la Constitución de 1978 radica en la frontal superación de la situación que se daba en España en el régimen anterior. En particular, la proclamación de la laicidad o aconfesionalidad en el artículo 16.3 CE ha dado lugar a un proceso de desconfesionalización de nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la disposición derogatoria de la Constitución y de la promulgación efectiva de una serie de normas modificadoras de aquellas en las que reflejaba la confesionalidad del Estado franquista (art. VI del Fuero de los Españoles de 1945, art. I del Concordato de 1953 y principio II de la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958). A lo largo de poco más de tres décadas de vigencia constitucional se ha sustituido un modelo formalmente confesional, poco tolerante con las confesiones no católicas y nada tolerante con las ideologías laicas, por otro basado en la libertad de creencias y la plena secularización de las instituciones públicas.

Hay, pues, que partir de la consideración de que, desde el momento en que un alumno, padre de alumno o profesor considere que la exhibición de un símbolo de evidente significado religioso no respeta sus creencias o convicciones, tal símbolo no puede tener cabida en el aula por imperativo del principio de neutralidad de la enseñanza pública. La laicidad, y su traslación al sistema educativo como principio de neutralidad de la enseñanza pública, no tolera la presencia de símbolos religiosos.

No es esta la conclusión a la que llega la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de diciembre de 2009, si no me equivoco el pronunciamiento más significativo y de más alta instancia dictado hasta la fecha en nuestro país en relación al crucifijo. Un pronunciamiento que se cita en los antecedentes de la sentencia de la Gran Sala, al hilo del Derecho y prácticas de los Estados miembros del Consejo de Europa en materia de simbología religiosa en la escuela pública.

5.1. *La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León*

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León tiene su origen en el recurso de apelación contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Castilla y León y por la asociación E-Cristians contra la sentencia del

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Valladolid que anuló el acuerdo del Consejo Escolar del colegio público Macías Picavea de Valladolid contrario a la retirada de crucifijos de las aulas y espacios comunes.

La sentencia del Juzgado de lo contencioso núm. 2 de Valladolid falló que la decisión del Consejo Escolar del colegio Macías Picavea de no retirar los símbolos religiosos católicos, aunque no pueda calificarse como acto de proselitismo, vulneraba el principio constitucional de aconfesionalidad (art. 16.3 CE) y el derecho a no ser discriminado por razón de religión o creencia (art. 14 CE), ya que la presencia de tales símbolos podía provocar en los escolares, que todavía son menores de edad en pleno proceso de formación, «el sentimiento de que el Estado está más cercano a la confesión con la que guardan relación los símbolos [...] que a otras confesiones respecto de las que no está presente ningún símbolo en el centro público».

Las razones que se adujeron, y que el juez no estimó, para no retirar los símbolos en el colegio fueron, fundamentalmente, cuatro (38): a) *irrelevancia*, ya que no interfieren en la labor docente; b) *historia*, pues no se trata de colocar símbolos donde no los había, sino de mantenerlos en el mismo lugar que venían ocupando desde los años treinta; c) *arraigo social*, dado que la mayoría de la comunidad escolar prefiere no quitarlos; lo que debe relacionarse, además, con el artículo 16.3 CE que ordena a los poderes públicos tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española; d) *secularización del signo religioso*, ya que, además de su connotación religiosa, formaría parte del acervo cultural de nuestro país.

Frente a esta argumentación, el juzgado considera que un Estado aconfesional es un Estado donde debe procurarse la neutralidad de los espacios públicos. Que ninguna confesión tenga carácter estatal significa que el Estado no puede adherirse ni prestar su respaldo a ningún credo religioso, que no debe existir confusión entre lo estatal y lo religioso. La aconfesionalidad implica «una visión más exigente de la libertad religiosa», pues exige «la neutralidad del Estado frente a las distintas confesiones y, más en general, ante el hecho religioso». Nadie puede sentir que, «por motivos religiosos, el Estado le es más o menos próximo que a sus conciudadanos». Ni la historia ni las mayorías pueden imponerse frente a los derechos fundamentales: la libertad religiosa negativa (art. 16.1 CE) frente a la imposición permanente, no ocasional —y en un espacio público, además—, de una religión ajena y el derecho a no ser discriminado por la confesión mayoritaria (art. 14 CE). Un crucifijo no es un signo neutral, sino confesional; presupone una homogeneidad cultural que ya no se da y las

(38) REY MARTÍNEZ, F. (2009): 106-107.

minorías religiosas, ateos, agnósticos o indiferentes no podrían sustraerse a su presencia. El mandato constitucional de cooperación (art. 16.3) no legitima la presencia de símbolos religiosos (de cualquier confesión) o ateos o antirreligiosos en las aulas públicas, pues ha de interpretarse conforme al principio basilar sobre el que se asienta el diseño constituyente en materia de conciencia y religión: la libertad religiosa y, por ende, la aconfesionalidad estatal. La cooperación ha de procurar la realización de la libertad religiosa, sin que pueda ir más allá de los límites que impone la laicidad del Estado (39).

Recurrida en apelación la sentencia del juzgado ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, este lo estima parcialmente y ordena, no la retirada de todos los crucifijos de las aulas y espacios comunes del centro, sino tan solo la de los crucifijos colocados en aquellas aulas en las que cursen estudios alumnos cuyos padres hubiesen solicitado la retirada. Declara, por tanto, la conformidad parcial a Derecho del acuerdo del Consejo Escolar del colegio Macías Picavea de no proceder a la retirada de los crucifijos respecto de los existentes en aquellas aulas en las que no cursen estudios alumnos cuyos padres hubieran solicitado la retirada. Se admite que la cruz puede comportar una violación tanto de la libertad religiosa negativa de los alumnos como de la laicidad estatal, pero se añade:

«[...] en aquellos casos en los que no existe petición de retirada [...], el conflicto no existe y la vulneración de derechos fundamentales tampoco. Por ello, lo que no puede este Tribunal es presumir la existencia de vulneración del artículo 16 CE. Incurriría manifiestamente en un vicio de incongruencia extra petita. [...] Si hay petición concreta, hay conflicto, si no lo hay, no» (40).

Aunque la controversia tenga su origen en un procedimiento especial para la tutela de los derechos fundamentales interpuesto por la Asociación Cultural Escuela Laica de Valladolid —cierto es que algunos de sus miembros adujeron su condición de padres de alumnos— (41), el conflicto —matiza el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León— es *personal*, de modo que «solo en aquellos supuestos en los que medie petición expresa se puede entender existen-

(39) SSTC 24/1982 y 340/1993.

(40) Fundamento de Derecho 7.

(41) En razón de esta doble cualidad, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León entiende plenamente legitimada a la asociación. Primero, en atención a sus fines, «directamente relacionados con la cuestión que ahora se dilucida». Y segundo, porque alguno de los miembros de la asociación es padre de alumno. Concorre, pues, plenamente la llamada legitimación procesal (*legitimatío ad causam*).

te el conflicto» y habrá de prevalecer la libertad religiosa del solicitante frente a la decisión escolar de mantenimiento del símbolo. La libertad religiosa, en su vertiente negativa, merece una especial protección y, si el centro educativo, por medio de su Consejo Escolar, expresa una decisión o una simple voluntad que entraña perturbación o un sacrificio desproporcionado a quienes no comparten el símbolo, existe un conflicto cierto y procede la retirada. También en aquellas dependencias de uso común (pasillos, salones de actos, vestuarios, etc.) la existencia de petición de retirada implicará la existencia de conflicto y, por consiguiente, procederá su retirada, aunque su posible influencia o perturbación pueda estimarse cuantitativamente menor.

Ahora bien, a falta de petición expresa de los padres, no se puede decretar la retirada general o indiscriminada, pues el conflicto no se da y la vulneración de la libertad negativa tampoco. En aquellas aulas «y para el curso escolar *concreto* en el que medie una petición de retirada», «petición materializada por los padres del alumnos que revista las más mínimas garantías de seriedad», procederá la retirada inmediata. Y lo mismo sucederá respecto a los espacios comunes del centro público. En aquellas aulas en las que cursen alumnos cuyos progenitores no hayan manifestado su contrariedad, no se entiende que exista conflicto alguno y, por tanto, procederá mantener el crucifijo. En principio, el crucifijo estará presente en las aulas. Desaparecerá solo de esas aulas en que así lo soliciten los padres. Cada nuevo curso habrá que reiterar la solicitud. Se llega así a un «híbrido» (42), que bien podría denominarse como «crucifijo a la carta» (43).

Por lo demás —concluye el Tribunal Superior de Justicia—, la solicitud de retirada no puede entenderse que suponga una infracción de las libertades ideológica y religiosa reconocidas, en su vertiente negativa, en el artículo 16.2 CE, pues, en puridad, la solicitud «no entraña declaración alguna», «como tampoco lo supone optar por la promesa o juramento en una toma de posesión o, en un supuesto más cercano, cuando se opta por la asignatura de religión o su alternativa». Se estima, sin mayor argumentación, que la petición expresa de retirada no entraña violación del principio de intimidad de creencias porque carece de eficacia declarativa.

El razonamiento y el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León son también, en mi opinión, muy discutibles. Teniendo en cuenta el marco constitucional español, se imponía una ponderación diferente de los distintos derechos, bienes y valores constitucionales concernidos (igualdad, libertad religiosa negativa, libertad declarativa y laicidad). Una ponderación más atenta al

(42) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2011): 17.

(43) *Ibid.*

contenido constitucionalmente declarado de esos derechos, bienes y valores y, en suma, realmente conciliadora.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, al dictaminar que solo se quiten los crucifijos en aquellas clases y espacios donde los padres de alumnos hayan solicitado expresamente la retirada porque consideren que perturba a sus hijos, no aprecia que la laicidad estatal y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación de sus hijos (art. 27.3 CE) tienen un significado autónomo e independiente de la libertad religiosa negativa que, sin duda, pueden merecer la tutela de la jurisdicción ordinaria (44), incluso a través del procedimiento especial para la tutela de los derechos fundamentales.

Constatado, pues, que el crucifijo tiene implicaciones inequívocamente religiosas y que su presencia en las aulas y espacios comunes supone un acto incompatible con el deber del Estado de respetar la neutralidad en el ejercicio de un servicio público, especialmente en el ámbito de la educación, en la medida en que puede hacer sentir a los alumnos que son educados en un ambiente escolar caracterizado por una religión particular —lo que puede resultar perturbador para algunos de ellos—, la solución constitucionalmente adecuada para corregir esa situación es proceder a su retirada indiscriminada, tal y como consideró el juzgado de Valladolid.

Se trata de un conflicto en el que están vinculados tres derechos, bienes y valores constitucionales que tienen un contenido diferente. Por un lado, la libertad religiosa de los alumnos; por otro, la laicidad o aconfesionalidad del Estado; por último, el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. Y condicionar la tutela y protección de éstos dos últimos a la vulneración de la libertad religiosa negativa implica no apreciar su contenido propio.

La laicidad, más allá de proscribir cualquier actuación de los poderes públicos contraria a la libertad religiosa de los ciudadanos, impide que los intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad de las leyes, que el Estado defina un estatus jurídico privilegiado para una concreta confesión y, asimismo, la confusión entre funciones públicas y religiosas (45). ¿No implica confusión de funciones la presencia de crucifijos en un colegio de titularidad pública? ¿No conlleva esa presencia una suerte de «veneración institucional» (46)? La laicidad del Estado se funda en una concepción secular y no sacra del poder político como actividad autónoma respecto de las confesiones religiosas. El

(44) STC 101/2004.

(45) STC 24/1982.

(46) Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 16 de mayo de 1995.

Estado laico no cree; está ontológicamente incapacitado para creer. La aconfesionalidad estatal consiste fundamentalmente en reconocer la racionalidad del Estado y, en ningún caso, mezclarla con lo que representa exclusivamente una decisión individual. Un Estado laico debería actuar solo *como Estado* y, en consecuencia, no debería hacer suyos símbolos de ninguna confesión en el espacio público, mucho menos en los centros escolares estatales, pues en éstos se está ejerciendo primordialmente una actividad pública, generadora incluso de una relación de especial sujeción (47).

En este contexto, el crucifijo debería haber desaparecido de los centros escolares estatales desde el 29 de diciembre de 1978 en que entró en vigor la Constitución. La regla «ninguna confesión tendrá carácter estatal» es inequívoca. Y se trata de una exigencia que atañe de forma inmediata a la manera de organizarse y actuar del Estado. La retirada deriva directamente de la norma constitucional y nada tiene que ver con que la pidan o no los ciudadanos. La regla de que el crucifijo no esté presente en las aulas de los colegios públicos es un mandato de nuestro ordenamiento al que todos deben ser sensibles y, sin duda, los poderes públicos y, precisando un poco más, las autoridades responsables de la administración de los centros públicos. Un mandato que, como toda la Constitución, tiene eficacia directa.

La decisión del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León resulta igualmente reprochable desde la perspectiva de la libertad declarativa o libertad de manifestar las propias convicciones o creencias (art. 16.2 CE), lo que, según la fórmula de la Constitución de Weimar, se denomina el *recht zum siveigen*, el derecho al silencio. Del juego combinado de la libertad declarativa y de la laicidad estatal se deduce que la decisión de retirar los crucifijos no puede hacerse depender de que lo soliciten o dejen de solicitar los alumnos o sus padres, sino que dicha decisión tiene que ser adoptada de oficio por los poderes públicos.

La retirada o no retirada no es asunto que pueda ser sometido a discusión, ya que ello obligaría a que quienes participan en esa discusión tengan que hacer públicas su religión o sus convicciones y esto es algo que está expresamente vedado por el artículo 16.2 CE. Los padres y los hijos disconformes con la presencia del crucifijo en el centro escolar pueden oponerse y obligar a retirarlos, retirada solo parcial y limitada a las aulas y espacios en los que el alumno disidente recibe enseñanza. Pero lo significativo es que el centro escolar, al tolerar esa presencia, obliga a los discrepantes bien a callarse para no exteriorizar sus ideas, bien a ponerlas de manifiesto para hacer efectiva la retirada, viéndose

(47) ALÁEZ CORRAL, B. (2003): 118.

en tal caso obligados a renunciar al derecho a no declarar sobre su ideología, religión o creencias.

La religión es un dato personal, «íntimo, respecto al que se reconoce la más amplia libertad» (48). El artículo 16 comprende «no solo las modalidades de la libertad de conciencia y la de pensamiento, íntimas y también exteriorizadas», sino también «una libertad de acción respecto de las cuales el artículo 16.2 establece un acotamiento negativo en cuanto dispone que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su conciencia, religión o creencias» (49). Las autoridades no tienen derecho a intervenir en el dominio de la libertad de conciencia del individuo ni indagar sus convicciones ideológicas o religiosas, ni obligarle a manifestar esas convicciones. Lo que, en buena lógica, quiere decir que a nadie tendría que ponerse en la tesitura de tener que hacer una reclamación para que se retiren los crucifijos y, menos todavía, que tenga que interponer un recurso ante los tribunales de justicia para que se ordene la retirada. Esto ya supone una intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad religiosa de la persona que reclama o recurre. Interpretar rectamente la laicidad como principio básico de las relaciones entre el Estado y las confesiones permite, en último extremo, armonizar las distintas decisiones del constituyente en materia de conciencia y religión entre sí y, particularmente, con el artículo 16.2 (50).

En realidad, con el artículo 16.2 y, más allá del artículo 16, con el artículo 14. La solución del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León conlleva dar un trato distinto a los padres y alumnos que están dispuestos a solicitar la retirada, haciendo públicas sus convicciones, con respecto a aquellos que no están dispuestos a hacer públicas dichas convicciones o cuyas convicciones coinciden con las del crucifijo, sin que ese diferente trato por razón de ideología o religión persiga finalidad constitucionalmente legítima alguna que lo justifique desde la

(48) ATC 195/1983.

(49) STC 19/1985.

(50) BARRERO ORTEGA (2006): 396-397. Cabría, asimismo, traer a colación la doctrina sentada por la STC 180/2001 al hilo del matrimonio civil subsidiario, en el contexto de una indemnización a conviviente que no pudo contraer matrimonio por razón de sus creencias religiosas. Entre la jurisprudencia del TEDH, descuellan las sentencias *Alexandridis c. Grecia* y *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía*, ya citadas. La ideología o religión pertenecen, en definitiva, al ámbito de la intimidad, a la zona reservada de una persona, por lo que la declaración o exteriorización a la que alude el artículo 16.2 CE solo debería exigirse en aquellas situaciones en que sea necesaria para el ejercicio mismo de la libertad ideológica o religiosa o para el desarrollo de actividades con ella relacionadas (así, por ejemplo, la objeción de conciencia por motivos ideológicos o religiosos, la asignación tributaria a favor de una iglesia, la elección de asistencia religiosa en establecimiento público, etc.). En tal sentido, BARRERO ORTEGA (2005): 66.

perspectiva de la discriminación positiva (art. 9.2 CE) (51). En nada se hacen más reales y efectivas la libertad e igualdad de los padres discrepantes al obligarles a manifestar sus convicciones, sino todo lo contrario. El poder público obstaculiza aún más el disfrute de sus derechos por parte de esos padres y alumnos. Por un lado, la desigualdad se produce respecto a los padres y alumnos no discrepantes del mismo centro, ya que éstos no están obligados a manifestar sus creencias. Por otro, la diferencia de trato se da con respecto a los padres y alumnos de otros centros públicos de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, o del conjunto del Estado, que no se ven en la necesidad de exteriorizar sus creencias cuando en los centros respectivos no cuelguen crucifijos. A los padres y alumnos discrepantes se les impone la obligación de destacar su diferencia, con el riesgo de discriminación o trato desfavorable que ello comporta. La minoría debe revelar sus convicciones; obligación de la que está libre la mayoría. La desigualdad es evidente; su fundamento, la ideología o religión, también.

La única forma de conciliar los distintos derechos, bienes y valores constitucionales que están en juego (libertad religiosa negativa, libertad declarativa, laicidad e igualdad) pasaría por interpretar que solo cabe exigir esa pública declaración de creencias cuando los poderes públicos pretendan promocionar, a través de la oportuna fórmula cooperación (art. 16.3), la libertad religiosa de los alumnos y de sus padres, facilitándoles el culto o la enseñanza religiosa dentro del recinto escolar. Pero no a la inversa, exigiéndose a los padres de los alumnos que no quieran ver menoscabada su libertad negativa manifestar sus creencias o convicciones y sortear así el flagrante incumplimiento del deber de neutralidad del Estado que supone la presencia del crucifijo en aulas o espacios comunes de un colegio público.

Por otra parte, sin negar la estrecha relación que existe entre la libertad religiosa negativa y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación de sus hijos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha esforzado —insisto— por demostrar que el derecho de los padres presenta un contenido específico que se traduce en la exigencia de que la enseñanza pública no se adoctrine; esa enseñanza debe estar presidida por la *objetividad*, la *neutralidad* y el *respeto al pluralismo*. Habiendo, pues, apreciado el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que la presencia del crucifijo es incompatible con la neutralidad y el pluralismo en la enseñanza pública, la retirada no puede hacerse depender de sucesivas peticiones; una debería ser suficiente. No hay que confundir la vertiente *institucional* del conflicto con su vertiente *subjetiva*.

(51) RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2009): 193-207.

Nótese, finalmente, que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León no ha reparado en las dificultades que para un efectivo aseguramiento de la libertad religiosa y del derecho de los padres a elegir el tipo de educación de sus hijos se derivan de su decisión. Si la reducimos al absurdo, nos lleva a la conclusión de que un padre habrá de solicitar que se retiren los crucifijos conforme su hijo vaya avanzando en los diferentes cursos o etapas en que se configura el sistema educativo y, con ello, pueda ir cambiando de aula. Mal se compadece esta situación con la doctrina jurisprudencial, admitida por el Tribunal Europeo y por nuestro Tribunal Constitucional, tendente a evitar el llamado *chilling effect* o *efecto desaliento*, con la que se quiere favorecer el ejercicio de los derechos fundamentales en general (52) y de la libertad religiosa y del derecho de los padres en particular (53) al interpretar las condiciones o exigencias que establecen tanto la legislación como la práctica nacionales. En determinadas circunstancias y en determinados contextos —mayoría católica apreciable—, la insistencia en la retirada puede revelarse como una exigencia excesivamente severa que puede producir efectos disuasorios sobre el ejercicio legítimo de esos derechos y puede llevar a que no sean ejercidos libremente (54). Al tener que declarar sus convicciones personales en un contexto que puede resultar hostil y tener que razonar la contradicción con esas convicciones —no se olvide que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia exige que la petición de retirada revista unas «mínimas garantías de seriedad»—, los padres podrían preferir abstenerse de pedir la retirada. Más allá de que violente la libertad declarativa, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia dibuja un escenario de exigencias incoherentes y desproporcionadas, una carga excesiva para el ejercicio de los derechos fundamentales incididos.

Con muy buen criterio, por consiguiente, el recurso de amparo interpuesto por la Asociación Cultural Escuela Laica de Valladolid contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León denunció la violación conjunta de los artículos 14, 16.1, 16.2, 16.3 y 27.3 CE. Pese a la relevancia constitucional del asunto suscitado, el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre el fondo e inadmitió la demanda de amparo por extemporánea, reiterando su doctrina sobre los «falsos amparos del artículo 44» o «falsos amparos mixtos» (55). Se ha perdido así la ocasión para determinar si es o no legítima constitucional-

(52) SSTC 136/1999 y 110/2000. Véase, asimismo, DE DOMINGO PÉREZ, T. (2003): 141-166.

(53) En especial, STEDH, caso *Folgero c. Noruega*, ya citada.

(54) Sobre todo ello, más en profundidad, BARRERO ORTEGA, A. (2009): 269-270.

(55) Un análisis crítico de la providencia de inadmisión del Tribunal Constitucional puede verse en BARRERO ORTEGA, A. (2011).

mente la presencia del crucifijo en las aulas de una escuela pública o incluso hacer depender la retirada de la petición expresa de los padres.

5.2. *La STC 34/2011*

Aun cuando resuelva una controversia ciertamente muy distinta, la reflexión en torno a la aplicabilidad de la doctrina Lautsi en el ordenamiento español no puede pasar por alto la STC 34/2011. Un pronunciamiento en el que la Sala Segunda del Tribunal Constitucional invoca dicha doctrina al hilo del recurso de amparo promovido por un abogado sevillano frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla que desestimaron su impugnación de los Estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla, más exactamente la proclamación de la Virgen María como patrona del mencionado Colegio de Abogados.

El Tribunal comienza haciendo una afirmación importante desde el punto de vista de la amplitud orgánica de las exigencias de la aconfesionalidad estatal. Se reafirma así doctrina anterior en el sentido de que «en un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas han de ser ideológicamente neutrales» (56). Los Colegios Profesionales son personas jurídico-públicas o corporaciones de Derecho público, luego también ellos están incluidos en la regla de la no confesionalidad (57).

Pero a renglón seguido el Tribunal, asumiendo el razonamiento de la Gran Sala en Lautsi, sienta la premisa de que la libertad religiosa protege frente a vulneraciones efectivas, pero no ante aquello que simplemente desagrada o no se comparte. El recurso de amparo procede contra la lesión real y efectiva de los derechos fundamentales y no contra lesiones «simplemente temidas de tales derechos» (58). Por ello, desestima la demanda del recurrente al entender que no había razonado convincentemente en qué medida se había visto afectada su libertad religiosa negativa por el hecho de que el Colegio hubiera nombrado Patrona a la Inmaculada Concepción. La simple designación de la Patrona no implica atentado contra la libertad e intimidad religiosa de cada uno de los miembros de la corporación, «sin perjuicio de que [...] el recurrente pueda impugnar en el futuro cualesquiera actuaciones emanadas del Colegio de Abogados que,

(56) STC 5/1981.

(57) FJ 4.

(58) FJ 5.

en cuanto actos aplicativos de la norma colegial, conlleven una afectación real de su libertad religiosa» (59).

La libertad religiosa quedaría menoscabada si, en virtud de la norma colegial, el recurrente se viera compelido a participar en eventuales actos en honor de la Patrona del Colegio de Abogados. La imposición del deber de participar en un acto de culto, en contra de la voluntad y convicciones personales, «afecta a la vertiente subjetiva de la libertad religiosa, constituyendo un acto ilegítimo de intromisión en la esfera íntima de creencias, que conllevaría el incumplimiento por el poder público del mandato constitucional de aconfesionalidad» (60). Sin embargo, nada de esto sucede en este caso, «en el que ni aun siquiera a efectos dialécticos el recurrente ha sostenido que venga obligado a participar en eventuales actos de contenido religioso en los que el Colegio de Abogados pudiera hacerse presente» (61).

Se añade, además, que los símbolos religiosos «estáticos» —singularmente los que han sufrido un proceso de secularización— «son escasamente idóneos para incidir en la esfera subjetiva de la libertad religiosa, esto es, para contribuir a que los individuos adquirieran, pierdan o sustituyan sus posibles creencias religiosas, o para que sobre tales creencias o ausencia de ellas se expresen de palabra o por obra, o dejen de hacerlo» (62).

El Tribunal, de otro lado, desestima la alegación de que los patronazgos —advocación o patrocinio de una figura religiosa— y los símbolos religiosos resultan siempre contrarios a la neutralidad religiosa de los poderes públicos. Y es que «cuando una religión es mayoritaria en una sociedad, sus símbolos comparten su historia política y cultural» (63), lo que origina que no pocos elementos representativos de las instituciones públicas tengan una connotación religiosa. Por eso no basta con constatar el origen religioso de un símbolo para considerarlo contrario a la neutralidad religiosa. Más bien habrá que dilucidar si, a través de su significado, los poderes públicos están mandando un mensaje de adhesión a la confesión religiosa representada.

Esta constatación objetiva debe quedar al margen de valoraciones individuales, no siendo suficiente que quien pida su supresión le atribuya un significado incompatible con la neutralidad religiosa. Las percepciones subjetivas no tienen que prevalecer sobre la comúnmente aceptada, «pues lo contrario supon-

(59) *Ibid.*

(60) *Ibid.* Se confirma así la doctrina sentada en las SSTC 176/1996 y 101/2004.

(61) *Ibid.*

(62) *Ibid.*

(63) FJ 4.

dría vaciar de contenido el sentido de los símbolos, que siempre es social» (64). La percepción subjetiva por sí sola no basta para caracterizar una violación de la libertad religiosa.

A la hora de realizar esta constatación objetiva, hay que tomar en consideración no tanto el origen del símbolo como su percepción en el tiempo presente, pues, «en una sociedad en la que se ha producido un evidente proceso de secularización, muchos símbolos han pasado a ser predominantemente culturales aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso» (65).

Y todo ello sin perder de vista, en la línea de lo expresado por la Gran Sala en *Lautsi*, «la menor potencialidad para incidir sobre la neutralidad religiosa del Estado de los símbolos o elementos de identidad esencialmente pasivos frente a otras actuaciones con capacidad para repercutir sobre las conciencias de las personas, como los discursos didácticos o la participación en actividades religiosas». El límite infranqueable es el adoctrinamiento, el conjunto de medidas y prácticas educativas y de propaganda usadas por el poder público como medio para inculcar unas determinadas ideas o creencias, no explícita ni necesariamente coactivo, pero sí, en todo caso, influyente.

Proyectadas estas consideraciones al enjuiciamiento constitucional de los Estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla, cuyo artículo 2.3 afirma que el Colegio «es aconfesional, si bien por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Ministerio de su Concepción Inmaculada», se advierte claramente —sostiene el Tribunal— que «la finalidad de la norma estatutaria es conservar una de las señas de identidad del Colegio [...]; y que, precisamente con el propósito de evitar interpretaciones como la que sostiene el recurrente, se incorporan al precepto dos afirmaciones que otro modo serían innecesarias: la declaración de aconfesionalidad [...] y el origen del patronazgo, esto es, la tradición secular» (66). Cuando una tradición, aun de origen religioso, se encuentra integrada en el tejido social de un determinado colectivo, «no cabe sostener que a través de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adherencia a postulados religiosos» (67). La advocación o el patrocinio de la Santísima Virgen, en el Misterio de sus Concepción Inmaculada, tradición secular del Colegio de Abogados de Sevilla, no menoscaba su aconfesionalidad.

(64) *Ibid.*

(65) *Ibid.*

(66) *Ibid.*

(67) *Ibid.*

Se viene, pues, a concluir que los conflictos relacionados con la presencia de la religión en el espacio público deben resolverse distinguiendo las amenazas reales de las meras sospechas. Y afirmar que los patronazgos son todos contrarios a la libertad religiosa negativa y a la aconfesionalidad estatal no es más que una conjetura.

Entiendo que la cuestión de fondo era vidriosa y problemática y requería una elaboración más cuidadosa. En cambio, con una argumentación muy simplista, que solo atribuye a los patronazgos dificultades eventuales desde la perspectiva del artículo 16 CE, se termina rechazando el recurso.

Aun siendo plenamente consciente de que algunos de los argumentos expuestos en la parte considerativa de la STC 34/2011 carecen de poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria, esto es, corroboran la decisión principal, tampoco creo que pueda desconocerse el espectro y enfoque de esos argumentos. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional ha querido imprimir a esos argumentos un amplio alcance, convalidante de la doctrina *Lautsi*. *Lautsi* traspasa fronteras y uno de los primeros Tribunales Constitucionales europeos que ha puesto en práctica la doctrina sentada por Estrasburgo en materia de simbología religiosa ha sido el español.

Ahora bien, ¿está insinuando nuestro Tribunal Constitucional que un crucifijo colgado de la pared de una escuela pública es un símbolo pasivo o estático, que no implica necesariamente adoctrinamiento y, por tanto, no atenta contra la libertad religiosa negativa ni contra la aconfesionalidad del Estado? ¿Bastaría, para procurar su retirada, con que un alumno, padre de alumno o profesor alegase que la exhibición del crucifijo no respeta sus creencias o convicciones o se estaría ante una mera sospecha? ¿Cuál es la percepción comúnmente aceptada del crucifijo? ¿Se debería juzgar la presencia del crucifijo en el contexto de las políticas globales respecto de la religión en la escuela pública de las autoridades españolas?

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALÁEZ CORRAL, Benito (2003): «Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67.
- BARRERO ORTEGA, Abraham (2005): «El Estado y las Iglesias en España (1978-2004)», *Claves*, núm. 151.
- (2006): *La libertad religiosa en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- (2009): «Sentencias de 26.06.2007, *Folgero y otros c. Noruega*, 15472/02, y de 09.10.2007, *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía*, 1448/04», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32.
- (2011): «El vía crucis judicial de unos padres quisquillosos», en REVENGA SÁNCHEZ, M.; RUIZ RICO, G., y RUIZ RUIZ, J. J. (coords.): *Símbolos religiosos en el espacio público. Recientes aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CECCANTI, Stefano (2001): *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi, società multiethniche*, Bologna, Il Mulino.
- DE DOMINGO PÉREZ, Tomás (2003): «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado *chilling effect* o efecto desaliento», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 122.
- GARCÍA ROCA, Javier (2007): «La muy discrecional doctrinal del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20.
- LLAMAZARES CALZADILLA, María Cruz (1998): «La presencia de símbolos religiosos en las escuelas de centros públicos docentes», en MARTÍNEZ TORRÓN, J. (1998): *La libertad religiosa y de conciencia ante la jurisdicción constitucional*, Granada, Comares.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1995): «La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, núm. 137.
- (2007): *La afirmación de la libertad religiosa en Europa. De guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Madrid, Civitas.
- (2008): *Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos*, Zaragoza, Justicia de Aragón.
- (2010): «Símbolos religiosos en actos y espacios públicos», *El Cronista*, núm. 16.
- (2011): «Símbolos religiosos en actos y espacios públicos», *Ciclos de conferencias del Colegio Libre de Eméritos*, Madrid.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2009): «La decisión del constituyente en materia de conciencia y religión», en BARRERO ORTEGA, A., y TEROL BECERRA, M. (coords.): *La libertad religiosa en el Estado social*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (2009): «Reflexiones sobre la intimidad religiosa, la aconfesionalidad del Estado y la igualdad material», en BARRERO ORTEGA, A., y TEROL BECERRA, M. (coords.): *La libertad religiosa en el Estado social*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- VÁZQUEZ ALONSO, Víctor (2006): «Los complejos perfiles del principio de laicidad en Italia», *Boletín Jurídico de la Uned*, núm. 28.

IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL Y «HOMESCHOOLING»: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 133/2010, DE 2 DE DICIEMBRE

ANA VALERO HEREDIA

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO DE LOS PADRES A LA DETERMINACIÓN DE LA EDUCACIÓN QUE HABRÁN DE RECIBIR SUS HIJOS: DERECHO INSTRUMENTAL AL SERVICIO DE LA EDUCACIÓN INTEGRAL DEL MENOR.—III. EL «IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL» COMO MARCO AXIOLÓGICO IMPRESCINDIBLE PARA GARANTIZAR EL DERECHO A UNA EDUCACIÓN INTEGRAL.—IV. LOS DERECHOS EDUCATIVOS DE LOS PADRES COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DEL PLURALISMO INHERENTE A LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y NO COMO UN DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA ESCOLAR.—V. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y MODELOS PEDAGÓGICO-EDUCATIVOS CONSTITUCIONALMENTE ADMISIBLES.—VI. LA FORMACIÓN DE «CIUDADANOS» EN EL «IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL» COMO LÍMITE PROPORCIONADO A LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA.

I. INTRODUCCIÓN

En su reciente Sentencia de 2 de diciembre de 2010, el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado por primera vez sobre el fondo de un asunto de enorme calado constitucional que había sido eludido en un supuesto de hecho parecido planteado en el año 1994, en el conocido caso de los «Niños de Dios» (1). En aquella como en su reciente Sentencia, el intérprete supremo de la Constitución tenía que dilucidar si la educación de unos niños desarrollada al margen del sistema educativo homologado de enseñanza, mediante la puesta en marcha por parte de sus progenitores de una educación alternativa, garantiza el derecho a la educación integral del menor.

(1) Sentencia del Tribunal Constitucional 260/1994, de 3 de octubre.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre, deniega el amparo a unos padres que otorgaban a sus hijos menores de edad enseñanza en su propio domicilio, confirmando con ello la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que, a su vez, había confirmado en apelación la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Coín, mediante la que se ordenaba la escolarización en el ciclo escolar básico de los menores.

Sin perjuicio de desgranar con más detalle en los próximos epígrafes los argumentos aducidos por los progenitores a favor del llamado *homeschooling* o educación en casa, cabe anticipar que los mismos se basaban sucintamente en el alto nivel formativo de dicha educación frente a la recibida en los centros oficiales —los menores hablaban cinco idiomas, recibían clases de música, matemáticas, ciencias...—; la inexistencia de perjuicios sociofamiliares para los niños y en la afirmación de que la Constitución no exige la obligatoriedad de la escolarización.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia de Coín como la Audiencia Provincial de Málaga denegaron sus pretensiones argumentando que «ningún padre puede negar a sus hijos el derecho y el deber de participar en el sistema oficial de educación, que derivan del mandato constitucional de enseñanza obligatoria —art. 27.4 de la Constitución— y, de otra parte, que la escolarización obligatoria está integrada en el contenido mismo del derecho a la educación —art. 27.1—».

A la vista de los hechos puede afirmarse, en definitiva, que la cuestión central que resuelve la Sentencia constitucional objeto de estudio atiende a los límites que son constitucionalmente aplicables a los derechos educativos paternos cuando el derecho de los menores a recibir una educación que coadyuve al libre desarrollo de su personalidad está en juego.

Por ello, los siguientes epígrafes tratarán de ofrecer un estudio interpretativo de los derechos fundamentales implicados que sea congruente con la dogmática adecuada al texto constitucional. Esto es, se procederá al análisis del régimen jurídico del derecho de los padres a orientar la educación de sus hijos y los criterios que deben guiar su correcta conciliación con el derecho del menor a recibir una educación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad —art. 27.2 CE—. Bajo dicho marco tratará de responderse, acto seguido, si el derecho educativo paterno puede amparar conductas contrarias a la escolarización de los hijos en centros de enseñanza homologados por el Estado.

II. EL DERECHO DE LOS PADRES A LA DETERMINACIÓN DE LA EDUCACIÓN QUE HABRÁN DE RECIBIR SUS HIJOS: DERECHO INSTRUMENTAL AL SERVICIO DE LA EDUCACIÓN INTEGRAL DEL MENOR

Como señala el Fundamento Jurídico 4 de la Sentencia 133/2010, los demandantes de amparo defienden que su libertad para decidir que sus hijos reciban la enseñanza básica en su propio hogar, sin acudir a la escuela por ellos denominada como «oficial», se encuentra protegida por el artículo 27 CE, que proclama el derecho de todos a la educación reconociendo al tiempo la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) y el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), sin que, por otra parte, resulte incompatible con los mandatos en virtud de los cuales, de un lado, la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (art. 27.2 CE), y de otro, la enseñanza básica será obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE).

Se hace necesario, a la vista de las alegaciones de los recurrentes y de la fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional para rechazarlas dilucidar, en primer lugar, cuál es el contenido y alcance de los que con carácter general pueden denominarse «derechos educativos paternos» (2) para determinar, después, qué límites les son aplicables.

Como el resto de los derechos que componen la libertad de enseñanza, el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones y el derecho a elegir para ellos una concreta formación religiosa y moral, se configura como una proyección de los derechos de libertad ideológica y religiosa reconocidos en el artículo 16.1 CE. Así, el Tribunal Constitucional ha atribuido al derecho de los padres tal carácter enmarcándolo en el principio de *libertad de enseñanza* (3), entendida como libertad para proceder a la transmisión de conocimientos y valores de acuerdo con la propia conciencia —art. 27.1

(2) El término «derechos educativos paternos» va a ser empleado para aludir al genérico derecho de los progenitores de elegir el modelo educativo que deseen para sus hijos, en cuyo marco se inserta el más específico derecho de aquéllos a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones —art. 27.3 CE—.

(3) Sentencia 5/1981, de 13 de febrero —FJ 7—. Por su parte, también el Tribunal Supremo español ha reiterado en su jurisprudencia que el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones forma parte del contenido del derecho reconocido en el artículo 16.1 CE y no del derecho a la educación. Véanse al respecto las SSTS de 31 de enero de 1997, FJ 2; de 26 de enero de 1998, FJ 2, y de 1 de abril de 1998, FJ 2.

CE—. De este modo, el derecho reconocido en el artículo 27.3 CE, junto con el derecho de creación de centros docentes privados —art. 27.6 CE— y el de dotación a los mismos de un ideario propio (4), confiere a los padres la libertad de elegir el modelo educativo que desean para sus hijos. Otros derechos, como el de participación en la programación general de la enseñanza —art. 27.5 CE— y el de control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos —art. 27.7 CE—, reafirman la preeminencia del rol llamado a desempeñar por los progenitores en la formación y educación del menor.

Sin embargo, la sola interacción de los derechos educativos paternos con los derechos fundamentales del menor y, concretamente, con su derecho a la educación, que tiene como fin último el libre desarrollo de su personalidad, exige establecer ciertos límites al primero. En este sentido, el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, viene a dar una primera pista acerca de los límites que son aplicables a la *vis expansiva* de aquéllos: «Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres [...] u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirles, *en consonancia con la evolución de sus facultades*, la dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención». Y el artículo 14.2 de la Convención señala en la misma línea que: «los Estados respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de *guiar* al niño en el ejercicio de su derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», siempre «de modo conforme a la evolución de sus facultades». Asimismo, en clara consonancia con la normativa internacional, la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, asigna a los padres «el derecho y el deber de *cooperar* para que el menor ejerza su libertad de conciencia de modo que mejor contribuya a su desarrollo integral» —art. 6.3—.

Se observa cómo la elección de los términos *guía* y *cooperación* por parte de los legisladores internacional y nacional impone un carácter muy concreto a las facultades paternas en esta materia: las mismas se desprenden de todo poder de constricción y adquieren un carácter eminentemente orientador y de acompañamiento, nunca de sustitución (5). En dicho marco normativo no es osado

(4) La ya citada STC 5/1981, de 13 de febrero, pone de manifiesto la incuestionable interacción existente entre el derecho del artículo 27.3 y el derecho a establecer un ideario propio, señalando que aunque ambos derechos son distintos «[...] también es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral» —FJ 8—.

(5) En esta línea LÓPEZ ALARCÓN, M. sostiene, que: «la función de los padres o tutores es la de guiar o cooperar con el menor con respeto a su plena libertad, limitándose a orientarle y a informarle neutralmente, sin sustituir, coaccionar o manipular su libertad. Ahora, el sujeto protagonista de las opciones religiosas, ideológicas y de conciencia que le afectan es el menor en

afirmar que el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de los hijos y a optar en suma por un modelo educativo concreto acorde a sus convicciones, no puede ser desligado de su deber de procurarles una *educación integral* que contribuya al libre desarrollo de su personalidad y de su autonomía. Se trata, en definitiva, de un derecho atribuido a los progenitores para el cumplimiento de un deber educacional lo que justifica que se halle, en todo caso, subordinado a la efectiva satisfacción del derecho a la educación integral del menor en los términos previstos por el artículo 27.2 CE (6). Derecho paterno que, en lógica concordancia con dicho carácter funcional, se extinguirá en el momento en que el menor adquiera la capacidad natural suficiente como para ejercer con autonomía su libertad ideológica y religiosa (7).

A este respecto, la Corte de Estrasburgo ha sostenido que en el artículo 2 del Protocolo Adicional Primero al Convenio Europeo de Derechos Humanos, cabe distinguir dos derechos integrados en una relación de subordinación jerárquica: el reconocido por el primer inciso del precepto —*derecho a la instrucción*— del que es titular el niño, y el reconocido en el segundo inciso —*derecho a que los hijos reciban una educación adecuada a las propias convicciones*— del que son titulares los padres pero siempre al servicio y garantía del primero. Asimismo, ha afirmado que las convicciones auspiciadas por el inciso segundo del artículo 2 del Protocolo Primero no deben, en ningún caso, «*entrar en contradicción con el derecho del niño a la educación*». Añadiendo que dicho artículo «*está dominado por su primer párrafo, que consagra el derecho de todos a la instrucción*» (8).

cuanto tenga suficiente uso de razón para el ejercicio de tales opciones». Véanse tales afirmaciones en «Nuevo Derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas», *Anales de Derecho*, núm. 15, 1997, pág. 330.

(6) La jurisprudencia de Estrasburgo parece adoptar esta tesis cuando sostiene que la titularidad del derecho va inderogablemente unida al derecho-deber de cuidado de los menores. Así, la Comisión, en su Decisión 2648/65, dispuso que «el derecho a determinar el modo de educación de los hijos es una parte integrante del derecho de custodia».

(7) En términos similares se pronuncia ALÁEZ CORRAL, B., en sus artículos: «El derecho a la educación del menor como marco delimitado de los criterios de admisión a los centros escolares sostenidos con centros públicos», en ESTEBAN VILLAR, M.; SANCHO GALLARDO, M. A.; CABALLERO SÁNCHEZ, R.; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (coords.), *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Valladolid, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006, págs. 89-106; «Límites constitucionales a la educación diferenciada por razón de sexo en los centros escolares sostenidos con fondos públicos», en AAVV, *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, vol. 2, Madrid, Congreso de los Diputados, 2008, págs. 995-1014, y «El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo por la financiación pública», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, mayo-agosto, 2009, págs. 31-64.

(8) STEDH de 25 de febrero de 1982, en el caso *Campbell y Cosans c. Gran Bretaña*.

Tal primacía del derecho a la educación integral del menor sobre el derecho educativo paterno ya fue puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 260/1994, de 3 de octubre, y parece reiterarse en la Sentencia objeto de estudio en el presente artículo. Así, en la primera sostuvo que «el derecho a la libertad religiosa de los padres —y, por tanto, cualquiera de sus manifestaciones entre las que se incluye la libertad de enseñanza— (9) tiene como límite el derecho de los menores a recibir una *educación integral*» —FJ 1—. Y, en la misma línea, el Fundamento Jurídico 7 de la Sentencia 133/2010, hace referencia a su doctrina anterior al señalar que, «incluso en el caso de que la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos pretendiera ampararse en el ejercicio del derecho reconocido en el art. 27.3 CE, la imposición normativa del deber de escolarización y la garantía jurisdiccional de su efectividad encontrarían justificación constitucional en el mandato dirigido a los poderes públicos por el art. 27.2 CE y en el derecho a la educación que el art. 27.1 CE reconoce a todos, incluidos los hijos de los ahora recurrentes en amparo».

III. EL «IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL» COMO MARCO AXIOLÓGICO IMPRESCINDIBLE PARA GARANTIZAR EL DERECHO A UNA EDUCACIÓN INTEGRAL

Como acaba de verse, la Sentencia 133/2010 apela al mandato dirigido a los poderes públicos por el artículo 27.2 CE para justificar la restricción del derecho reconocido en el artículo 27.3 de la Norma Suprema. El artículo 27.2 CE es inequívoco cuando alude al objeto primordial del derecho a la educación: «*el pleno desarrollo de la personalidad humana*» (10). Pero no satisfecho con la individualización del objeto educativo, el mismo artículo especifica además,

(9) La afirmación entre corchetes es mía.

(10) La legislación educativa alude constantemente al «pleno desarrollo de la personalidad» como finalidad de la educación:

— Artículo 2 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, LODE (BOE núm. 159, de 4 de julio de 1985): «La actividad educativa, orientada por los principios y declaraciones de la constitución, tendrá, en los centros docentes a que se refiere la presente Ley, los siguientes fines: *a)* el pleno desarrollo de la personalidad del alumno; *b)* la formación en el respeto a los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos.»

— Artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, LOGSE (BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1990): «El sistema educativo español, configurado de acuerdo con los principios y valores de la Constitución, y asentado en el respeto a los derechos y libertades reconocidos en ella y en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, se orientará a la consecución de los siguientes fines previstos en dicha Ley: *a)* el pleno desarrollo de la personalidad del alumno; *b)* la formación en el respeto a los

de manera expresa y taxativa, cuáles son los instrumentos imprescindibles para su satisfacción: solo a través de un sistema educativo basado en los principios democráticos de convivencia y el respeto a los derechos fundamentales que «se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» —art. 10.2 CE—, quedará satisfecho el derecho del individuo a recibir una formación integral que garantice el libre desarrollo de su personalidad.

En efecto, la doctrina es casi unánime en afirmar que el constituyente quiso ser preciso al especificar en su artículo 27.2 el principio rector e informador de todo el sistema educativo y «una directriz configuradora de un verdadero principio de constitucionalidad» (11). Comoquiera que la Norma Constitucional consagra en sus artículos 1.1, 10.1 y en la sección correspondiente a los derechos

derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos.»

— Artículo 1 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, LOCE (BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2002): «Son principios de calidad del sistema educativo: a) la equidad, que garantiza una igualdad de oportunidades de calidad, para el pleno de la personalidad a través de la educación, en el respeto a los principios democráticos y a los derechos y libertades fundamentales.»

— Artículo 2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, LOE (BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2006): 1. «El sistema educativo español se orientará a la consecución de los siguientes fines: a) El pleno desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos.»

(11) CÁMARA VILLAR, G., «Un problema constitucional no resuelto: el derecho garantizado en el artículo 27.3 de la Constitución española y la enseñanza de la religión y su alternativa en los centros educativos», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Derecho Constitucional y Cultura, Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, pág. 458. Múltiples son las referencias doctrinales relativas a la existencia de un auténtico ideario educativo constitucional o «Constitución educativa» en el artículo 27.2 CE. Entre ellas cabe citar: RODRÍGUEZ COARASA, C., *La libertad de enseñanza en España*, Madrid, Tecnos, 1998, págs. 247 y sigs.; CÁMARA VILLAR, G., «Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales», en APARICIO PÉREZ, M. A. (coord.), *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos*, Barcelona, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, 2001, pág. 128; DÍAZ REVORIO, F. J., *Los Derechos Fundamentales del ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla-La Mancha*, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, 2002, pág. 63; CUBILLAS RECIO, L. M., «La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos», *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 2, diciembre, 2002, págs. 176 y 177; SALGUERO SALGUERO, M., «El derecho a la educación», en AAVV, *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pág. 799; ROBLES MORCHÓN, G., «El libre desarrollo de la personalidad» (art. 10.1 de la CE), en AAVV, *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, op. cit., pág. 53; ALÁEZ CORRAL, B., «Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas», *I Encuentro sobre Estudios Jurídico-Políticos en Educación*, Madrid, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006, pág. 99.

fundamentales su *acervo axiológico objetivo*, los valores contenidos en dichos preceptos se convierten en el pilar de vertebración del sistema educativo (12).

A tenor de las palabras del intérprete supremo de la Constitución, «la enseñanza ha de servir a determinados valores —principios democráticos de convivencia— que no cumplen una función meramente limitativa, sino de *inspiración positiva*» (13). Ello significa que la protección jurídica del derecho fundamental a la educación del menor exige una actuación promocional de los valores que integran el llamado «ideario educativo de la Constitución», por parte tanto de actores públicos como privados (14).

La vertiente positiva del artículo 27.2 CE se manifiesta en lo que la doctrina define como *educación democrática* que engloba «la convivencia participada en libertad, la educación humanizadora y respetuosa con las corrientes ideológicas y políticas, nunca adoctrinadora y la educación que propicia ciudadanos activos, participativos y críticos» (15). Por lo que, siguiendo a la doctrina en este punto, cabe afirmar que «una educación reductora o sesgada, falseada en sus referentes científicos, adoctrinadora o contraria a los principios constitucionales o a los derechos fundamentales, ya se produzca ésta dentro de la red escolar convencional o fuera de ella, entraría en contradicción abierta con la Constitución y su proyección pública habría de ser evitada a partir de los procedimientos ordinarios previstos en el ordenamiento jurídico» (16).

El contenido sustantivo de la cláusula contenida en el artículo 27.2 CE es vinculante, por tanto, incluso para los centros privados con ideario. Éstos, hallándose facultados para transmitir el carácter propio a sus discentes, no deben incurrir en lo que en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado en

(12) Desde sus primeras Sentencias el Tribunal Constitucional habló de un «sistema de valores» establecido o incorporado por la Constitución: SSTC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 3; 53/1985, de 11 de abril, FJ 4, y 20/1990, de 15 de febrero, FJ 3.

Sobre los valores superiores del ordenamiento, véanse, por todos: PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1990, y ORZA LINARES, R. M., *Fundamentos de la democracia constitucional: los valores superiores del ordenamiento jurídico*, Granada, Comares, 2003.

(13) STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7.

(14) A este respecto son harto elocuentes las palabras de TOMÁS Y VALIENTE, F., en su Voto Particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero: «El artículo 27.2 de la Constitución contiene la definición del objetivo que debe perseguir la educación, cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, de cada centro docente.»

(15) Véase en CÁMARA VILLAR, G., «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española», en MINISTERIO DE JUSTICIA (ed.), *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, vol. III, Madrid, Secretaría General Técnica de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1988, pág. 2181.

(16) SALGUERO SALGUERO, M., «El derecho a la educación», *Constitución y derechos fundamentales*, *op. cit.*, págs. 800 y 801.

llamar «proselitismo abusivo o de mala calidad» (17), esto es, en un adoctrinamiento u orientación ideológica «excluyente, dogmática, coactiva, intimidatoria o manipuladora» que contradiga las máximas del artículo 27.2 de la Norma Suprema (18), cuyo carácter normativo exige el compromiso de sujetos públicos y privados con la promoción del *pluralismo* y con el rechazo de toda visión unidimensional del mundo (19).

De este modo, el hecho de que la Constitución esquive el establecimiento de un sistema educativo concreto y rígido, y permita la implantación de varios modelos de enseñanza —dualidad entre centros públicos y privados homologados por el Estado— sin vulnerar por ello sus directrices, no es obstáculo para afirmar que el contenido de las libertades de las que son titulares la totalidad de los actores jurídicos del proceso educativo —titulares de centros privados de enseñanza, educadores y progenitores—, queda subordinado a la plena satisfacción del derecho del menor a recibir una enseñanza basada en el «ideario educativo constitucional» (20). Y ello porque el derecho a la educación del menor solo se ve plenamente satisfecho cuando la instrucción del niño encuentra en los valores y principios constitucionales que integran dicho ideario el marco axiológico en el que apoyarse (21).

(17) Sentencia de 25 de mayo de 1993, pronunciada en el caso *Kokkinakis c. Grecia*.

(18) STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9, párrafo 6.

Siguiendo a SALGUERO SALGUERO, M., en este punto, cabe señalar que «no tomamos aquí el “adoctrinamiento” en sentido lato, como la transmisión de valores, doctrinas o sistemas ideológicos. Apreciamos solo su aspecto peyorativo o aquellos factores que lo hacen rechazable en la medida en que el actor pretende que el destinatario asuma la verdad de cuanto se le enseña de modo incuestionable. Mientras que la “educación” apela a la racionalidad y abre al alumno posibilidades de libre elección, en el “adoctrinamiento” se apela a la autoridad y se busca la persuasión y la coacción». Véase en «Formas de pluralismo y signos de identidad de los centros docentes de la enseñanza no universitaria», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 61, septiembre-diciembre, 2001, pág. 163.

(19) El Tribunal Supremo español ha hecho referencia en su jurisprudencia al carácter vinculante del ideario educativo constitucional para los centros docentes privados. Así, en su sentencia de 24 de enero de 1985, afirmó expresamente que «el derecho que tienen los centros privados a establecer un ideario educativo ha de ser siempre compatible con el ideario educativo de la Constitución que, según el artículo 27.2, es el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos fundamentales».

(20) STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7. En esta tantas veces citada sentencia el Tribunal se refiere únicamente a la libertad de creación de centros docentes, sin embargo, dicha afirmación se hace extensible a los demás derechos fundamentales que integran la libertad de enseñanza.

Por su parte, el TEDH ha hecho referencia en sus pronunciamientos al «respeto a los principios constitucionales» como límite expreso al derecho de las personas físicas y jurídicas a crear centros docentes: STEDH de 25 de mayo de 2000, en el caso *Jiménez Alonso c. España*.

(21) Sobre los fines de la educación véase CÁMARA VILLAR, G., «Constitución y educación (Los derechos y libertades en el ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución española de 1978)», en TRUJILLO, G.; LÓPEZ-GUERRA, L.; GONZÁLEZ TREVIJANO, P. (dirs.), *La*

Es bajo los citados cánones bajo los que debe examinarse la reclamación de los demandantes de amparo que apelan a su libertad para que sus hijos reciban la enseñanza básica en el propio hogar, pues la vertiente positiva del llamado «ideario educativo constitucional» vincula cualquier proceso educativo con independencia de que se desarrolle dentro o fuera del sistema de enseñanzas oficiales. A este respecto conviene anticipar, sin perjuicio de que se profundice sobre ello en próximos epígrafes, que una enseñanza que se desarrolle manteniendo a los menores apartados de la interrelación social y aislados en el contexto del propio hogar difícilmente puede satisfacer las exigencias del derecho a la educación en los términos exigidos por el artículo 27.2 CE en la medida en que, como señala la Sentencia 133/2010:

«la educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia *no se contrae a un proceso de mera transmisión de conocimientos* [cfr. art. 2.1.h) LOE], *sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos* [cfr. art. 2.1.a) LOE] *y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural* [cfr. art. 2.1.d) y k) LOE] *en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros* [cfr. art. 2.1.b), c) LOE]» (22).

Pero es más, no cabe perder de vista que la Norma Fundamental española dota de una dimensión objetiva o institucional al derecho a la educación al convertirlo en instrumento sustantivo para la protección y el mantenimiento de los valores y principios por ella consagrados y en herramienta imprescindible para la convivencia democrática. La Constitución española del 78 no diseña una enseñanza axiológicamente neutral sino que hace pivotar el sistema educativo sobre el deber de inculcar el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales como el modo más adecuado para consolidar y perpetuar el propio modelo o paradigma constitucional (23). En palabras de la doctrina, «la transmisión del *telos* de la Constitución, de los

experiencia constitucional (1978-2000), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, págs. 265-305, y «La educación en el Estado laico: el marco constitucional español en perspectiva histórica y comparada», en DE BLAS ZABALETA, P. (coord.), *Laicidad, educación y democracia*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005, págs. 17-142.

(22) FJ 7. La cursiva es mía.

(23) DE OTTO, I. ve en este precepto la única manifestación de la Constitución a favor de una democracia beligerante. Véase en *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pág. 20.

principios ideológicos que la informan, posee como finalidad la identificación de la sociedad con dicho *telos*, requisito imprescindible para el mantenimiento y buen funcionamiento del régimen constitucional» (24). Por todo ello puede afirmarse, sin género de dudas, que «no estamos solo en presencia de un derecho fundamental sino, además, ante un elemento definidor y consustancial del sistema democrático libremente asumido por los ciudadanos» (25), lo que justifica, su reconocimiento como un deber constitucional que encuentra plasmación en la obligación de cursar la enseñanza básica obligatoria —art. 27.4 CE—.

IV. LOS DERECHOS EDUCATIVOS DE LOS PADRES COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DEL PLURALISMO INHERENTE A LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y NO COMO UN DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA ESCOLAR

Como acaba de verse, la llamada «Constitución educativa» o «ideario educativo constitucional» (26), contenido en el artículo 27.2 de la Norma Suprema,

(24) En tales términos se pronuncia TAJADURA TEJADA, J., «La enseñanza de la Constitución», *Temas para el Debate*, núm. 49, diciembre de 1998, pág. 51.

En la misma línea SALGUERO SALGUERO, M., sostiene que «la educación en valores constitucionales se percibe, como necesaria propedéutica y como *paideia* para la formación del *ethos democrático*». Véase en «La cultura de los derechos fundamentales como garantía de la democracia», *Derechos y Libertades, Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, núm. 7, enero, 1999, pág. 446.

LÓPEZ GUERRA, L., sostiene, en el mismo sentido, que «la educación aparece como un mecanismo de preparación de los ciudadanos para la convivencia dentro del orden político, además de cómo un medio para la extensión y transmisión de los valores democráticos». Véase en DE ESTEBAN, J., y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, vol. I, Barcelona, Labor, 1980, pág. 332.

(25) A ello se refiere REDONDO, A. M., la autora llega a afirmar que «estamos en presencia de una Constitución militante que exige del ciudadano, desde la libertad y el disfrute de los derechos en ella garantizados, una actitud positiva de aprendizaje, un compromiso social y el respeto a los valores superiores del ordenamiento. De este modo, la Constitución aspira a perpetuar el modelo en ella diseñado, no únicamente a través de los instrumentos formales que la califican de Constitución rígida sino además, utilizando el derecho a la educación como garantía material que asegura la continuidad de los valores que presiden el paradigma constitucional». Véanse tales afirmaciones en *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, págs. 75 y 76.

En la literatura española sobre el *homeschooling* cabe incluir asimismo: MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., «*Homeschooling*, ¿un derecho de los padres?», y BRIONES, I., «Aspectos constitucionales y jurisprudenciales de la educación en casa. Análisis comparativo entre Estados Unidos y España», en I Congreso Nacional de Educación en Familia, Valencia, 22-23 de octubre, 2010.

(26) La expresión «ideario educativo de la Constitución» aparece por primera vez en el Voto Particular emitido por TOMÁS Y VALIENTE, F., a la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 10.

entraña que los valores superiores del Estado social y democrático de Derecho —libertad, justicia, igualdad y pluralismo— y el respeto a los derechos y libertades fundamentales, por ser instrumentos esenciales para el pleno y libre desarrollo de la personalidad y por constituir, en expresión del Tribunal Constitucional, el *mínimo común ético de la sociedad consagrado por el Derecho en un momento histórico determinado* (27), actúan, en el ámbito educativo, como límite de los derechos que conforman la libertad de enseñanza.

Como es sabido, la libertad de enseñanza —27.1 CE—, que engloba la libertad de creación de centros docentes con facultad para establecer un ideario o carácter propio por parte de sus titulares —art. 27.6 CE— y el correlativo derecho de elección de centro distinto a los creados por los poderes públicos, la libertad de cátedra y el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones —art. 27.3 CE—, viene a dar traslado al ámbito educativo del *principio pluralista*.

En clara consonancia con lo sostenido por Tomás y Valiente en su valioso Voto Particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero:

«Al decir en el inciso segundo del artículo 27.1 que se reconoce *la libertad de enseñanza*, la Constitución está afirmando que el derecho de todos a la educación se ha de realizar dentro de un *sistema educativo plural, regido por la libertad*. Se trata, pues, de una norma organizativa que sirve de cobertura a varias libertades concretas, de un *principio que constituye la proyección en materia educativa de dos de los valores superiores de nuestro ordenamiento: la libertad y el pluralismo*» (28).

la Corte Europea de Estrasburgo ha apreciado que el *pluralismo de ideas y creencias* —concretado en la libertad de enseñanza— es consustancial, junto con los principios de tolerancia y espíritu de apertura, al modelo de sociedad democrática enunciado en el Convenio, que trata de garantizar lo que la doctrina ha denominado «el derecho a la educación en libertad» (29).

Dicha *educación en libertad* queda garantizada en el sistema educativo español a través de dos modelos o concepciones del pluralismo. Siguiendo en

(27) STC 62/1982, de 15 de octubre, FFJJ 3 y 7.

(28) La cursiva es mía.

(29) SSTEDH de 22 de octubre de 1981, en el caso *Dudgeon c. Reino Unido*; de 19 de diciembre de 1994, en el caso *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs und Gubi c. Austria*; de 27 de septiembre de 1999, en el caso *Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido*.

FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, Madrid, CEURA, 1988, pág. 13, y EMBID IRUJO, A., *Las libertades en la enseñanza*, Madrid, Tecnos, 1983, pág. 237.

este punto a la doctrina procede distinguir el llamado «pluralismo de centros» o «pluralismo externo» y el «pluralismo dentro del centro» o «pluralismo interno». Mientras el primero se predica respecto de los centros docentes privados dotados con «ideario» o «carácter propio», y conduce a la negación del monopolio docente por parte del Estado; el segundo viene presidido por el principio de neutralidad estatal, que requiere la renuncia a cualquier tipo de adoctrinamiento en el seno de los centros públicos de enseñanza, y por el derecho a la libertad de cátedra de sus docentes (30).

En la Sentencia 133/2010, el Tribunal Constitucional se pronuncia, para rechazarlo, sobre lo que constituiría un tercer modelo de pluralismo educativo que debiera sumarse, a juicio de los demandantes de amparo, a los dos anteriores. Y a este respecto argumenta en su Fundamento Jurídico 5 que:

«el amparo ha de ser rechazado por dos razones, siendo la primera de ellas la de que la invocada facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida, ni siquiera *prima facie*, en ninguna de las libertades constitucionales que la demanda invoca y que el art. 27 CE reconoce. a) No lo está, en primer lugar, en la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) de los padres, que habilita a éstos, como a cualquier persona, a enseñar a otros, en este caso a sus hijos, tanto dentro como fuera del sistema de enseñanzas oficiales. En lo que respecta a la enseñanza que se desarrolla al margen de este último, las resoluciones impugnadas y las normas que estas aplican no impiden en modo alguno que los recurrentes enseñen libremente a sus hijos fuera del horario escolar. Por lo que atañe a la enseñanza básica, la libertad de enseñanza de los padres encuentra su cauce específico de ejercicio, por expresa determinación constitucional, en la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE). La libertad de enseñanza de los padres se circunscribe en este contexto, por tanto, a la facultad de enseñar a los hijos sin perjuicio del cumplimiento de su deber de escolarización, de una parte, y a la facultad de crear un centro docente cuyo proyecto educativo, sin perjuicio de la inexcusable satisfacción de lo previsto en el art. 27.2, 4, 5 y 8 CE, se compadezca mejor con sus preferencias pedagógicas o de otro orden».

En el mismo Fundamento Jurídico 5 el Tribunal Constitucional continúa diciendo que:

(30) Un estudio pormenorizado de ambos modelos de pluralismo puede hallarse en SALGUERO SALGUERO, M., «Libertad de enseñanza, neutralidad y libertad de cátedra como formas de pluralismo institucionalizado», *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 5, julio-diciembre, 1995, págs. 543-552.

«b) La facultad invocada por los recurrentes tampoco está comprendida, en segundo lugar, en el derecho de todos a la educación (art. 27.1 CE), que, dejando ahora a un lado su dimensión prestacional, no alcanza a proteger en su condición de derecho de libertad la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos. Efectivamente, en lo que respecta a la determinación por los padres del tipo de educación que habrán de recibir sus hijos, ese derecho constitucional se limita, de acuerdo con nuestra doctrina, al reconocimiento *prima facie* de una libertad de los padres para elegir centro docente (ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4) y al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), un derecho este que, pese a la apodíctica afirmación realizada en tal sentido por los recurrentes, no se ve comprometido en el presente supuesto, en el que las razones esgrimidas por los padres para optar por la enseñanza en casa no se refieren en modo alguno al tipo de formación moral o religiosa recibida por sus hijos, sino a razones asociadas al “fracaso escolar de la ‘enseñanza oficial’” e imputadas a la “asistencia obligatoria a esos centros oficiales, ya sean públicos o privados”. Más allá de este doble contenido, *el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger, siquiera sea prima facie, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado*» (31).

A este respecto cabe tener en cuenta que el artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluye una novedad en tanto en cuanto viene a reconocer que la libertad paterna para elegir el modelo educativo en que se desea formar a los hijos puede asentarse no solo sobre «convicciones religiosas y filosóficas» sino también sobre «*convicciones pedagógicas*». Si bien en un primer momento podría pensarse que dicha inclusión de las convicciones de índole pedagógico en el objeto material del derecho paterno podría dilatar el espectro de opciones en que el mismo puede concretizarse y abrir posibilidades nuevas y originales a añadir al modelo tradicional de escolarización, el propio Tribunal Constitucional rechaza dicha posibilidad en la Sentencia 133/2010 al señalar, en su Fundamento Jurídico 6, que:

«esta última precisión debe entenderse referida a aquellas opciones pedagógicas que resulten de convicciones de tipo religioso o filosófico, puesto que el art. 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se inspira tanto en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como en el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH, sin que la referencia a las convic-

(31) La cursiva es mía.

ciones pedagógicas se encuentre entre las ampliaciones de este último precepto reconocidas en las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención Europea, y que, conforme establece la propia Carta el preámbulo y en su art. 52.7, han de servir a una interpretación genética de los derechos por ella reconocidos».

Es en dicho marco y una vez delimitada la relación jerárquica y funcional que preside el equilibrio entre el derecho que asiste a los padres para educar a sus hijos conforme a su libertad de conciencia frente al Estado y el derecho del menor a recibir una formación integral que contribuya a su desarrollo personal, es preciso plantearse, acto seguido, si el ordenamiento constitucional español puede dar cabida a manifestaciones del derecho paterno constitutivas de una auténtica «objeción al deber de enseñanza básica obligatoria» respecto de los menores a su cargo, acogiéndose, para ello, al derecho que les es reconocido en el artículo 27.3 CE.

V. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y MODELOS PEDAGÓGICO-EDUCATIVOS CONSTITUCIONALMENTE ADMISIBLES

El examen de la objeción a la totalidad del sistema educativo homologado, al igual que el de la objeción al estudio de determinadas asignaturas incluidas en el currículo educativo oficial (32), debe partir de una premisa esencial: la educación, instrumento imprescindible para la libertad, aparece consagrada en el Texto constitucional no solo como un derecho fundamental de prestación sino también como un «deber constitucional». En este sentido, el derecho reconocido en el párrafo primero del artículo 27 adquiere carta de naturaleza a través del deber de seguir la enseñanza básica a la que se refiere su párrafo cuarto (33), la

(32) Con fecha 11 de febrero de 2009, el Tribunal Supremo español se pronunció en relación con los recursos de casación interpuestos por la Junta de Andalucía, el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía que reconocía a unos padres el derecho a objetar en conciencia para que sus hijos no asistiesen a clase de la asignatura «Educación para la Ciudadanía» incluida como obligatoria en el currículo educativo oficial por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. El Tribunal Supremo estimó el recurso contencioso afirmando que no es constitucionalmente admisible que el Estado no tenga nada que decir sobre la educación de los menores, ni que no quepa ninguna transmisión de valores a través del sistema educativo, por lo que el deber de cursar la citada materia es un deber jurídico válido y no cabe la objeción de conciencia al seguimiento de la misma.

(33) Como pone de manifiesto DÍEZ-PICAZO, L. M., «el carácter constitucionalmente obligatorio y gratuito de la enseñanza básica, establecido por el artículo 27.4 CE, es un claro ejemplo

cual, en concordancia con la normativa internacional, además de obligatoria, es gratuita (34). La conexión del derecho a la educación, cuyo sujeto paradigmático es el menor de edad, con el deber de cursar la enseñanza básica responde a una idea fundamental: el derecho a la educación, en los términos descritos por el artículo 27.2 CE, se concibe como el más apropiado instrumento para garantizar una formación integral, el pleno y libre desarrollo de la personalidad humana.

Como consecuencia de ello, el deber de seguir la enseñanza obligatoria aparece como un instrumento al servicio del pleno y libre desarrollo de la personalidad del individuo que recae, cuando este carece de un grado de madurez suficiente, sobre padres y tutores convertidos en responsables primigenios de su eventual incumplimiento (35). El hecho de que el legislador haya determinado que el deber de recibir la enseñanza básica obligatoria recae exclusivamente sobre el niño, hasta los dieciséis años de edad (36), pone de manifiesto que el derecho a la educación, materializado en dicho deber, es constitucionalmente trazado como un instrumento a favor del pleno desarrollo del sujeto en formación.

Los recurrentes de amparo aducen en el caso resuelto por la Sentencia 133/2010 que existe una laguna legislativa en la medida en que «no aparece en nuestra legislación nada referente a la enseñanza que no sea en centros docentes», de tal manera que los órganos judiciales, en lugar de «haberla suplido con una interpretación abierta y conforme al momento histórico, social y político en que vivimos, la habrían integrado mediante una decisión vulneradora de la libertad constitucional de enseñanza».

de garantía institucional. Ello significa que el legislador goza de cierto margen de apreciación para determinar la duración y el contenido de la enseñanza básica; pero no puede suprimirla, ni regularla de forma tan restrictiva que resulte irreconocible o inútil». Véase en *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2.ª ed., Madrid, Thomson Civitas, 2005, pág. 475.

(34) El artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que «La educación debe ser gratuita, al menos en lo que concierne a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción fundamental será obligatoria [...]. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 dispone en su artículo 13.2.a) que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.»

(35) RUBIO LLORENTE, F., considera que la configuración de la educación como deber encuentra su fundamento en «el derecho a la educación de los propios ciudadanos, a los que se les impone el deber de educarse porque tienen derecho a la educación». Véanse tales afirmaciones en: «Los deberes constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, mayo/agosto, 2001, pág. 25.

(36) Artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación: 2. «La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad.»

Ante ello el Tribunal Constitucional señala en el FJ 4 de la Sentencia que:

«pese a lo que aducen los recurrentes no nos encontramos aquí en modo alguno ante una laguna normativa: la cuestión de si la escolarización en la edad correspondiente a los hijos de los recurrentes en amparo debe o no ser obligatoria ha sido decidida expresamente, en sentido afirmativo, por el legislador, pues el art. 9 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación (en adelante LOCE), vigente en el momento en que se dicta la Sentencia del Juzgado aquí recurrida, establece que la enseñanza básica, además de ser obligatoria y gratuita (apartado 1) en los términos del art. 27.4 CE, «incluye diez años de escolaridad», de tal manera que se «iniciará a los seis años de edad y se extenderá hasta los dieciséis» [apartado 2; en el mismo sentido, *cfr.* el vigente art. 4.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (en adelante, LOE)]. Quiere ello decir que la conducta de los padres ahora recurrentes en amparo consistente en no escolarizar a sus hijos supone el incumplimiento de un deber legal —integrado, además, en la patria potestad— que resulta, por tanto, en sí misma antijurídica. No hay, pues, laguna normativa de ninguna clase».

A lo dicho por el Tribunal Constitucional debe añadirse que la escolarización obligatoria deriva asimismo de preceptos legales como el artículo 13.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, en virtud del cual «cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad pública competente que adoptará las medidas necesarias para su escolarización». Por su parte, la vigente Ley Orgánica de Educación dispone en su Disposición Final Primera, modificadora del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, que corresponde a los padres, como primeros responsables de la educación de sus hijos o pupilos, «a) Adoptar las medidas necesarias, o solicitar la ayuda correspondiente en caso de dificultad, para que sus hijos o pupilos cursen las enseñanzas obligatorias y asistan regularmente a clase».

De todo ello se deriva que existe un deber de escolarización de los menores que recae sobre quienes ejercen la patria potestad como obligación intrínseca a la propia institución, y para cuyo incumplimiento el ordenamiento jurídico español prevé dos posibles respuestas: la penal, para el caso de que se produzca un incumplimiento negligente y continuado por parte de los progenitores de sus deberes educativos —art. 226 CP—, y la prevista por los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, que recogen la intervención urgente de los poderes públicos en «situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor», así como en las

«situaciones de desamparo» motivadas por el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes.

A la vista de lo expuesto cabe señalar que el legislador español ha interpretado el mandato constitucional del artículo 27.4 CE en el sentido de asimilar la enseñanza básica obligatoria con la escolarización obligatoria en centros oficiales, ya sean públicos o privados, lo que exige la incorporación de los menores a un centro escolar para recibir las enseñanzas previamente programadas por el Estado en los niveles obligatorios como mejor modo de garantizar el derecho a la educación. Por ello, la escolarización libre, que consiste en educar a los hijos al margen de las enseñanzas regladas sobre la base de las convicciones ideológicas, religiosas o filosóficas de los padres, plantea, desde el punto de vista constitucional, un auténtico conflicto entre, por un lado, la norma de conciencia y, por otro, la norma jurídica que impone la escolarización obligatoria dentro del sistema de enseñanzas regladas.

Consciente de ello, la Sentencia 133/2010 señala que «el examen de la queja aducida por los recurrentes conduce, en atención a lo que se acaba de señalar, a la necesidad de comprobar si la imposición normativa del deber de escolarización de los hijos de entre seis y dieciséis años, a cuyo cumplimiento sirven en el caso de autos las resoluciones judiciales impugnadas, es o no respetuosa con los derechos fundamentales alegados» —el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones—.

A este respecto, parte de la doctrina considera que, efectivamente, el derecho de los padres a elegir para sus hijos una educación conforme a sus creencias ampara la elección de un sistema educativo no reglado siempre que se ofrezca al menor una educación alternativa que garantice unos contenidos análogos a los de la enseñanza reglada y una educación integral que avale el libre desarrollo de su personalidad:

a) Algunos autores estiman que, en la medida en que el Tribunal Constitucional español ha sostenido que el derecho a crear centros educativos «incluye la posibilidad de crear instituciones docentes o educativas que se sitúen fuera del ámbito de las enseñanzas regladas» (37), es constitucionalmente posible la elección por los padres de un sistema educativo no reglado, que, lógicamente, y en virtud de la existencia de una reserva constitucional a favor de los poderes públicos para la homologación e inspección del sistema educativo, deberá someterse a los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico: autorización administrativa —a través de la que se garantiza el cumplimiento de las condi-

(37) STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7.

ciones para que se imparta una enseñanza de calidad—; y homologación —que acredita que la educación impartida proporciona de forma semejante al sistema educativo reglado una educación integral— (38).

b) Una segunda postura dentro de esta parte de la doctrina que se muestra favorable a la llamada «educación libre» o «*home schooling*», es la de aquellos que sostienen que «padres y tutores gozan de una libertad total para elegir el centro docente, público o privado, español o extranjero, gratuito o no, en el que sus hijos o pupilos han de satisfacer el deber de seguir la enseñanza obligatoria, y en rigor incluso pueden decidir que la reciban en su propio hogar, pues «en su configuración actual este deber no tiene otra finalidad que la de satisfacer un derecho individual, no, por ejemplo, la de favorecer la integración social» (39).

c) Otra parte de esta corriente de autores, afirma que la recepción extraoficial de la enseñanza básica se halla amparada por la libertad de enseñanza constitucionalmente reconocida siempre y cuando persiga el pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos y a los derechos y libertades fundamentales. En este sentido, mantiene algún autor que «la libertad de enseñanza [...] no se reduce a la elección por los padres de la formación religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones propias, sino que incorpora también la facultad de educar a los hijos siguiendo una metodología y pedagogía que incluso puede apartarse de la establecida por el legislador cuando fija el sistema educativo general» (40).

Sin embargo, cabe señalar que el adecuado enjuiciamiento de este tipo de objeciones no puede prescindir del principio que debe presidir todo modelo educativo: el *interés superior del menor*, identificado, en el seno de la relación jurídica educativa, con el derecho del niño a recibir una educación integral que se desarrolle conforme a las directrices del artículo 27.2 CE. Por lo que cabe cuestionarse, acto seguido, en qué medida la enseñanza en casa, o en el seno de determinados grupos o comunidades, satisface las exigencias de dicho precepto

(38) De tal manera se manifiesta CASTRO JOVER, A., «Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación», *Laicidad y Libertades, Escritos Jurídicos*, núm. 2, diciembre, 2002, págs. 113 y 114.

(39) RUBIO LLORENTE, F., «Los deberes constitucionales», *op. cit.*, pág. 29.

En una línea parecida, DíEZ-PICAZO, L. M., considera que «el único modo de argumentar que la Constitución prohíbe el *home schooling* sería afirmar que el deber de cursar la enseñanza básica no solo tiene por objetivo dotar al niño de conocimientos indispensables, sino también socializarlo en una escuela con otros niños; pero, por razonable que sea esta idea, no se alcanza a ver cuál sería su apoyatura constitucional», véase en *Sistema de Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pág. 475.

(40) En tales términos se manifiesta REDONDO, A. M., *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, *op. cit.*, pág. 161.

normativo, el cual, como es sabido, rechaza cualquier tipo de adoctrinamiento y reclama la formación del menor en los valores constitucionales.

Bajo dicha óptica se procederá, antes de abordar la respuesta ofrecida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 133/2010, al examen de dos supuestos de hecho similares resueltos, uno, por la Corte Suprema norteamericana y, otro, por el propio Tribunal Constitucional español en el año 1994.

Debe partirse del dato que este tipo de objeciones son habitualmente planteadas por padres pertenecientes a determinados grupos o comunidades que reclaman la educación de sus hijos en familia con el ánimo de preservar su propia identidad sustentada, en la mayoría de los casos, sobre fuertes convicciones de índole religiosa o ideológica. Tal es el supuesto de hecho planteado en el paradigmático caso *Wisconsin v. Yoder* (1972), donde se halla uno de los ejemplos más claros de la protección dispensada por el ordenamiento jurídico estadounidense a las prácticas de autonomía educativa de los padres (41). En el supuesto concreto *Yoder*, un miembro de la comunidad religiosa Amish, se negaba a enviar a su hija de quince años a la escuela superior tras haber aprobado el octavo grado, contraviniendo con ello la ley del Estado de Wisconsin que establecía la escolarización obligatoria hasta los dieciséis años. Tal y como se desprende de la exposición de la Corte, las razones alegadas por el demandante derivaban de sus más íntimas convicciones religiosas:

«el principio fundamental de su religión radica en que para salvarse hay que vivir en el seno de una Iglesia común separados del mundo y de sus malas influencias. La educación hasta el octavo grado enseñaba a los niños a leer la Biblia y a ser buenos ciudadanos y granjeros, pero la escuela superior ya no aportaba nada más necesario para ellos».

En clara consonancia con la doctrina mantenida en los casos *United States v. Seeger* (1965) (42) y *Welsh II v. United States* (1970) (43), hacía residir en la *sinceridad* y *profundidad* de las convicciones profesadas lo verdaderamente relevante para determinar cuándo una conducta queda subsumida en el ámbito

(41) 406 U.S. 205 (1972). En relación con este caso puede consultarse ARNESON, R., y SHAPIRO, I., «Democratic Autonomy and Religious Freedom: A Critique of *Wisconsin v. Yoder*», en *NOMOS XXXVIII: Political Order*, I. SHAPIRO y R. HARDIN (eds.), Nueva York, New York University Press; GALSTON, W., «Two Concepts of Liberalism», *Ethics*, núm. 105, 1995, págs. 516-34; MACEDO, S., *Diversity and Distrust: Civic Education in a Multicultural Democracy*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2000, y GORDON, J. D., «*Wisconsin v. Yoder* and Religious Liberty», *Texas Law Review*, vol. 74, núm. 6, 1996, págs. 1237-1240.

(42) 380 U.S. 163 (1965).

(43) 398 U.S. 333 (1970).

de protección de la *Free Exercise Clause*, en *Yoder* la Corte parte de la premisa de que «el estilo de vida de los Amish no era una simple cuestión de preferencia personal sino una *profunda convicción religiosa* compartida por un grupo organizado e inmediatamente relacionada con su modo de afrontar la existencia durante siglos» para eximir a sus miembros del deber jurídico de observar una norma que establecía la escolarización obligatoria de los menores en el seno del sistema homologado de enseñanza hasta los dieciséis años de edad y cuya neutralidad no se discutía.

Aplicando los principios que rigen el *high level scrutiny* instaurado en *Sherbert v. Verner* (1963) (44), la Alta instancia norteamericana instituye el llamado *Yoder compelling state interest test*, en virtud del cual, «solo aquellos intereses estatales dotados del más elevado rango y no susceptibles de ser satisfechos de ningún otro modo, podían ser legítimamente ponderados con las conductas subsumibles en el objeto de protección de la Cláusula de Libre Ejercicio de la religión»:

«El interés del Estado en el carácter universal de la educación, por muy elevado que lo consideremos, no está totalmente exento de ponderación cuando el mismo restringe derechos e intereses fundamentales, como aquellos específicamente protegidos por la Cláusula de Libre Ejercicio de la Primera Enmienda y por el tradicional interés de los padres respecto al desarrollo en materia de convicciones religiosas de sus hijos en la medida en que ellos, en palabras de Pierce, “los preparan para obligaciones adicionales”.»

Desde esta perspectiva, la Corte estimó que imponer a los Amish el cumplimiento de las normas estatales relativas a la escolarización obligatoria, podría conllevar el riesgo de socavar profundamente la práctica religiosa y el estilo de vida comunitario de dicho grupo», pudiéndose minar la propia identidad ético-religiosa en su vertiente colectiva (45).

De este modo, con la doctrina fijada en *Sherbert*, el Tribunal abre la posibilidad de reconocer exenciones a leyes dotadas de un carácter general y neutral cuando las mismas gravan la libertad de conciencia del individuo. Dicha posibilidad se orienta a través del conocido como *balancing test* o principio de ponderación, cuya aplicación en *Yoder* conduce a la Corte a afirmar que, exigir a los miembros de la comunidad Amish que escolaricen a sus hijos hasta los dieciséis años de edad conlleva un alto riesgo para la perdurabilidad de la práctica religiosa de la citada orden:

(44) 374 U.S. 398 (1963).

(45) 406 U.S. at 216-218.

«Actualmente, y de modo habitual, la educación secundaria obligatoria en las zonas rurales se lleva a cabo en escuelas situadas en lugares distantes de los hogares de los estudiantes y ajenos a sus actividades cotidianas. Tal como demuestran las estadísticas, los valores y programas de la escuela secundaria moderna se encuentran en grave conflicto con el modo de vida impuesto por la religión Amish [...] (y tales escuelas) traen consigo una real amenaza de socavar la integración de la comunidad Amish y sus prácticas religiosas [...]»

Pero lo que realmente determina el fallo de la Corte Suprema a favor de la autonomía educativa de los padres es la relevancia que la Alta instancia norteamericana otorga a las características y al arraigo del grupo religioso implicado en la disputa. La extensa tradición de la citada orden y su comprobado comportamiento cívico decanta de manera indudable el pronunciamiento del Tribunal Supremo. Así concluye que «acomodando las creencias religiosas de los Amish no se vulneraba la Cláusula de Establecimiento de la Primera Enmienda y que la excepción creada para los Amish, comunidad con unas características de éxito, permanencia, autosuficiencia y antigüedad difíciles de hallar en otras comunidades religiosas, *no suponía ningún quebranto del interés del Estado por asegurar un nivel determinado de educación a los ciudadanos*».

Debe señalarse que la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano suscita reparos a quien escribe. En primer lugar, cabe ofrecer una visión crítica al llamado «*Yoder test*», el cual se sustenta sobre la siguiente premisa: en el ámbito de los llamados «*hybrid constitutional claims*», es decir, en los casos en que la norma enjuiciada —aun siendo neutral y de general aplicación— además de vulnerar la *Free Exercise Clause* infringe otra libertad constitucionalmente protegida, como es el derecho de los padres a dirigir el desarrollo educativo de sus hijos, el Estado debe demostrar que el elevado interés perseguido por aquella justifica su aplicación. De modo que, solo cuando las pretensiones de los padres posean un contenido explícitamente religioso, la constitucionalidad de la norma limitadora de derechos debe enjuiciarse sobre la base del test de estricto escrutinio, el cual hace recaer sobre el Estado el deber de demostrar la existencia de un interés apremiante en la adopción aquella, deber que no subsiste cuando las pretensiones paternas se asientan sobre convicciones de cualquier otra índole (46).

(46) En relación con el criterio jurisprudencial aplicable a los llamados *hybrid constitutional claims*, véase BOOTHBY, L., «Family Law and freedom to worship in the USA», en AAVV, *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*, Gipuzkoa, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2001, pág. 232.

A estas objeciones que giran en torno a la deferencia con la que son tratadas las prerrogativas paternas asentadas sobre convicciones religiosas frente a las que poseen un sustrato axiológico distinto, cabe sumar ahora una nueva divergencia que concuerda con la posición mantenida por el Juez Douglas en su Voto particular. Este discute la prevalencia otorgada por la Sentencia a las prerrogativas paternas frente a la aplicación de una norma cuya generalidad y neutralidad se hace patente en el objetivo que la misma persigue: *satisfacer la escolarización obligatoria de «todos» los menores*. Teniendo en cuenta que el derecho a la educación es un elemento esencial para el libre desarrollo de la personalidad del menor, procede poner de manifiesto que, frente a la doctrina mantenida en *Prince*, en *Yoder* la Corte no otorga la suficiente entidad a una cuestión básica: que el derecho a la libre autodeterminación religiosa de los padres o de la comunidad Amish en su conjunto puede producir efectos perniciosos sobre el proceso de libre autodeterminación de la personalidad de los niños pertenecientes a la misma.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español tuvo que enfrentarse, en su Sentencia 260/1994, de 3 de octubre, a un caso parecido al planteado en *Wisconsin* en relación con la comúnmente conocida como «secta de los Niños de Dios o la Familia» (47). En ella el Tribunal Constitucional debió resolver el recurso de amparo interpuesto por la Generalitat de Cataluña, en nombre y representación de varios niños, contra la revocación por auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de su declaración administrativa de desamparo y la correlativa asunción de su tutela. Tutela que había sido asumida como consecuencia de la negativa de los progenitores, miembros de un grupo religioso frente al que se estaban siguiendo diligencias penales, a proceder a la escolarización

(47) Esta sentencia, que se dictó con el proceso penal contra la denominada secta aún pendiente, resuelve un recurso de amparo que plantea la Generalitat de Cataluña, como institución tutelante de unos menores, contra los Autos dictados por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de mayo de 1992, que resolvían los recursos de apelación promovidos a su vez contra sendos Autos dictados por el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Barcelona de 6 de noviembre de 1991, seguidos a instancia del apelante por oposición a la declaración de desamparo y asunción de tutela legal realizada por la Resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia de la Generalitat de Cataluña.

Comentarios a la misma pueden verse, entre otros, en MIRALLES GONZÁLEZ, I., «La familia: entre autonomía y soberanía (El derecho a la educación en la STC 260/94, de 3 de octubre)», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1996, págs. 71-83; MARTINELL, J. M., «Relaciones paterno-filiales y libertad de conciencia», en AAVV, *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*, op. cit., págs. 111 y sigs.; REDONDO ANDRÉS, M. J., «Familia y Enseñanza», en *Ibidem*, págs. 715-723.

oficial de los niños, pretendiendo, por el contrario, educarlos ellos mismos en el seno de su comunidad.

Ante el Tribunal Constitucional, la Generalitat de Cataluña arguyó la vulneración del artículo 27 CE sobre la base de que los padres de los menores impedían su *escolarización en centros homologados*, privándoles del derecho a una educación integral. Por su parte, los progenitores invocaron los derechos consagrados en los artículos 16 y 27.3 CE para reclamar la educación familiar y el rechazo de la idea de que la educación integral solo pueda alcanzarse en los centros homologados de enseñanza.

Aun cuando el Tribunal Constitucional no entró en el fondo del asunto, desestimando el amparo por considerar que no era competente para enjuiciar los hechos —esto es, si la situación escolar de los niños era base suficiente para la declaración de desamparo—, del tenor literal de su sentencia se infiere que el derecho de los padres a elegir para sus hijos la educación que resulte más acorde con sus convicciones no ampara la no escolarización de los menores, al afirmar que la escolarización es un derecho de todo niño por cuya efectividad están obligados a velar los que son responsables de él:

«Con la privación de la tutela no ve cercenadas o anuladas la Generalitat sus facultades en orden al aseguramiento de la debida escolarización de los menores, ni éstos su derecho a ser escolarizados, pues los Autos recurridos se limitan a dejar sin efecto la declaración de desamparo y la asunción de la tutela, sin que en modo alguno se desprenda de sus partes dispositivas que la Generalitat no puede servirse de los instrumentos de los que legalmente está dotada *para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho y a cuya verificación vienen obligados quienes de ellos son responsables*. Sólo en el caso de que efectivamente se impidiera el ejercicio de aquel derecho habría que entender vulnerado el derecho invocado por la actora, lo que se deduce de los supuestos de autos» (48).

En su Voto Particular el magistrado Gimeno Sendra, a diferencia del Tribunal, entra a examinar el conflicto de derechos planteado por la objeción de conciencia al sistema escolar homologado, trazándolo del siguiente modo:

«[...] porque consta en las actuaciones que los niños no estaban escolarizados —*a salvo, claro está, que por tal se entienda la formación dentro de la propia secta*— [...]. El presente recurso de amparo plantea, ante este sistema, el novedoso problema de determinar si el derecho a la educación consiste en *la total libertad de los padres para orientar (a los hijos) hacia las convicciones morales,*

(48) FJ 2. La cursiva es mía.

religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual o somática, en cuyo caso dicho derecho se confundiría con la libertad ideológica y religiosa del artículo 16, reconduciéndose al artículo contemplado en el artículo 27.3 CE, o si dicho derecho consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso obligatoriamente, si ello fuera del todo punto necesario» (49).

Y ante ello continúa:

«[...] el artículo 27.1 contempla el segundo de los citados derechos cuyo único titular originario son los niños, aun cuando, en circunstancias normales, los padres hayan de ejercitarlo a través de la representación».

Pero la Sentencia 133/2010 da un paso más y afirma expresamente que la escolarización obligatoria de los niños en los centros docentes homologados es el medio más adecuado para garantizar su derecho a recibir una educación integral. Así, el Fundamento Jurídico 7.º de la misma es claro cuando subraya:

«El art. 27.4 CE dispone que la enseñanza básica será obligatoria, pero no precisa que esta deba configurarse necesariamente como un período de escolarización obligatoria, de tal manera que la decisión del legislador de imponer a los niños de entre seis y dieciséis años el deber de escolarización en centros docentes homologados —y a sus padres el correlativo de garantizar su satisfacción—, lejos de ser una operación de pura ejecución constitucional, es una de las posibles configuraciones del sistema entre las que aquél puede optar en ejercicio del margen de libre apreciación política que le corresponde en virtud del principio de pluralismo político. No obstante, esta configuración legislativa se compadece con el mandato en virtud del cual los poderes públicos deben “garantizar el derecho de todos a la educación mediante la programación general de la enseñanza” (art. 27.5 CE), responde a la previsión de que “inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes” (art. 27.8 CE), y, por lo que aquí más interesa, encuentra su justificación en la finalidad que ha sido constitucionalmente atribuida a la educación y al sistema diseñado para el desarrollo de la acción en la que esta consiste, que “tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (art. 27.2 CE). La educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. art. 2.1.h) LOE], sino que aspira a posibilitar

(49) La cursiva es mía.

el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. art. 2.1.a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. art. 2.1.d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. art. 2.1.b), c) LOE] (50).

Este objetivo, complejo y plural, es el que, conforme al art. 27.2 CE, ha de perseguir el legislador y el resto de los poderes públicos a la hora de configurar el sistema de enseñanza dirigido a garantizar el derecho de todos a la educación, y el mandato de su consecución es el principio constitucional al que sirve la imposición normativa del deber de escolarización en el marco de la enseñanza básica obligatoria (arts. 9.2 LOCE y 4.2 LOE). Un principio, por lo demás, que no solo opera como directriz que la Constitución impone a los poderes públicos, y muy singularmente al legislador (arts. 27.2, 4, 5 y 8 CE), sino que integra el contenido de la dimensión prestacional del derecho de los niños a la educación (art. 27.1 CE).»

A la vista de lo expuesto cabe concluir que, aun cuando, *a priori*, un modelo de educación libre, ajustado a los contenidos homologados por el Ministerio de Educación para los distintos niveles de enseñanza obligatoria y convenientemente supervisado por las autoridades educativas, podría ser equiparable a la educación recibida en los centros privados y, por tanto, constitucionalmente admisible, no cabe olvidar que la educación es, entre otras cosas, el principal instrumento de socialización y una herramienta imprescindible para la convivencia democrática (51). En este sentido, en tanto en cuanto la instrucción en valores democráticos requiere la puesta en práctica de un contexto educativo basado en los principios de apertura e integración social, que ofrezca a los alumnos una visión del mundo lo menos sesgada posible, la enseñanza en casa o en el seno de grupos fuertemente ideologizados, no parece el medio más adecuado para dar satisfacción al ideario constitucional del artículo 27.2 CE (52). En este sentido, son claras las palabras del Tribunal Constitucional en la Sentencia objeto del presente estudio: «la finalidad que deben perseguir los poderes públicos

(50) La cursiva es mía.

(51) Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, LOE, incluye entre los fines del sistema educativo español «k) La preparación para el ejercicio de la ciudadanía y para la participación activa en la vida económica, social y cultural, con actitud crítica y responsable y con capacidad de adaptación a las situaciones cambiantes de la sociedad del conocimiento».

(52) A este respecto resulta interesante la apreciación de RUBIO LLORENTE, F., el cual afirma que «la educación cumple una función social de integración y la necesidad, si no se pretende la disolución de la sociedad, de que se garantice la existencia de puentes entre las subculturas y, sobre todo, la posesión por todos los miembros de la sociedad de un lenguaje común». Véase en *Constitución y Economía*, Madrid, 1978, pág. 104.

a la hora de configurar el sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular ha de servir a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad esta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización» —FJ 8—.

VI. LA FORMACIÓN DE «CIUDADANOS» EN EL «IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL» COMO LÍMITE PROPORCIONADO A LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

Como es sabido, el principio de prohibición de exceso o de proporcionalidad es un criterio de interpretación típicamente constitucional de tradicional aplicación por la jurisprudencia del Alto intérprete español, por influencia, principalmente, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (53). Así, aun cuando su empleo estuvo impregnado durante algunos años de una general imprecisión, irregularidad y fragmentación, desde el inicio de la actividad del Tribunal han sido frecuentes las alusiones a la «proporcionalidad de los sacrificios de los derechos» (54), a la necesaria existencia de una «relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (55) o a la «injerencia o restricción proporcionada

(53) El principio de proporcionalidad no solo está siendo utilizado por prácticamente la totalidad de los Tribunales Constitucionales europeos sino que, como han puesto de manifiesto BARNES, J., y HÄBERLE, P., constituye un claro ejemplo del emergente Derecho público europeo o Derecho Constitucional común europeo. Para el primero véase «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administraciones Públicas*, núm. 135, 1994, págs. 495 y sigs., y, para el segundo, «Derecho Constitucional común europeo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 79, 1993, págs. 7 y sigs.

Acerca de la estructura y contenido del principio de proporcionalidad puede consultarse, además de los autores ya citados: CARRASCO PERERA, A., «El juicio de razonabilidad en la Justicia Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11 (mayo-agosto), 1984, págs. 39-106. Y el núm. 5 de *Cuadernos de Derecho Público*, dedicado de manera monográfica al principio de proporcionalidad (septiembre-diciembre), 1998.

(54) Véanse entre otras las SSTC 26/1981, de 17 de julio, FJ 14; 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7, y 113/1989, de 22 de junio, FJ 3.

(55) Entre otras véanse las SSTC 6/1984, de 24 de enero, FJ 2; 6/1991, de 15 de enero, FJ 3, y 142/1993, de 22 de abril, FJ 6.

de los derechos» (56). Sin embargo, desde el año 1995, el Tribunal Constitucional español ha procedido a su depuración como técnica que subdivide el control de las limitaciones en tres fases de examen o subprincipios llamados de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (57), que son los que, desde hace décadas, viene utilizando la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemanes para dotar de contenido al principio de proporcionalidad (58).

De acuerdo con dichos parámetros, el Tribunal Constitucional ha tratado de comprobar en su Sentencia 133/2010 si la imposición de la escolarización obligatoria de los menores generaba una restricción desproporcionada de los derechos educativos paternos atendiendo a los tres subprincipios en que se estructura el principio de proporcionalidad en su versión alemana: el llamado «subprincipio de utilidad», en virtud del cual, la idoneidad de la medida objeto de control viene determinada por la relación de causalidad que debe existir entre la misma y la finalidad perseguida; el «subprincipio de necesidad», que hace depender la necesidad de la medida de la inexistencia de medidas menos gravosas para el derecho restringido; y el «subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto» de la ponderación entre la medida objeto de control y la finalidad perseguida con la misma (59).

a) En primer lugar, el «subprincipio de utilidad», también llamado de «idoneidad» o «juicio de adecuación», exige que los medios que la restricción del derecho arbitra sean susceptibles de alcanzar la finalidad perseguida, es decir, la protección del derecho preponderante. Por lo que dichos medios deben ser objetivamente idóneos y, por tanto, útiles a dicho fin (60). En la STC 133/2010, se hace evidente que este subprincipio no es salvado ya que los recurrentes no niegan que la configuración de la enseñanza básica como un período de escolarización obligatoria en centros docentes homologados represente una medida

(56) Por todas véanse las SSTC 178/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 141/1988, de 12 de julio, FJ 7, y 120/1990, de 27 de junio, FJ 8.

(57) El punto de inflexión se produce con la STC 66/1995, de 8 de mayo, FFJJ 2 y sigs., donde el Tribunal procede a la exposición y aplicación de los tres subprincipios integrantes del principio de proporcionalidad.

(58) Sobre la aplicación de los tres subprincipios que integran el principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional alemán, puede verse en la doctrina española J. C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, págs. 295 y sigs.

(59) La estructura tripartita del juicio de proporcionalidad es claramente compendiada por la STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.

(60) Sobre el citado juicio de adecuación véanse entre otras las SSTC 178/1989, de 2 de noviembre; 37/1998, de 17 de febrero, y 186/2000, de 10 de julio.

adecuada o congruente respecto de la satisfacción de la finalidad que le es propia. Como señala el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 8.º de la Sentencia: «*la garantía del derecho individual a la educación básica obligatoria y el interés colectivo de que toda persona se forme en el conocimiento y respeto de los principios democráticos y de los derechos fundamentales, legitiman determinadas formas de restricción de la libertad de enseñanza*. Por tanto, parece que la medida es adecuada» (61).

b) El segundo requisito que integra el llamado test de proporcionalidad, es aquel que examina la necesidad de la medida objeto de control, entendida como ausencia de alternativas menos gravosas para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida (62). Se trata, en definitiva, de que la intervención en el derecho llamado a ceder sea «necesaria» para la consecución de dicha finalidad en atención al llamado «juicio de indispensabilidad», que permite identificar la inconstitucionalidad de la limitación del derecho en dos supuestos: cuando se constata, con carácter previo, que se podía haber adoptado un medio de igual efectividad pero de menor incidencia para el derecho fundamental sacrificado o, cuando se verificase, *a posteriori*, que la medida adoptada supuso una fuerte restricción del derecho fundamental en contraste con otras posibilidades. El subprincipio de necesidad exige, por lo tanto, una previa selección de los medios útiles y una determinación posterior de aquellos que resultan más moderados para la limitación del derecho, de modo que «[...] todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para alcanzar el fin perseguido» (63).

En relación con este subprincipio, el Tribunal Constitucional afirma expresamente en la Sentencia 133/2010 que:

«[...] a la necesidad de la medida, en la demanda de amparo se aduce que la imposición de la escolarización obligatoria como sinónimo de enseñanza obligatoria no supera el juicio de indispensabilidad, toda vez que del análisis de las legislaciones de países de nuestro entorno sociocultural se deduce claramente que existen reglas que permiten conciliar, de mejor manera, los distintos intereses en juego. Medidas que, sin descartar la opción educativa del *homeschooling*, o enseñanza en el propio hogar, establecen controles periódicos sobre la evaluación formativa del niño así como un seguimiento de los contenidos que se transmiten».

(61) La cursiva es mía.

(62) Véanse a este respecto entre otras las SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 207/1996, de 16 de diciembre; 37/1998, de 17 de febrero, y 186/2000, de 10 de julio.

(63) STC 119/1990, de 21 de junio, FJ 8.

Sin embargo, el Tribunal continúa afirmando que:

«acaso pudiera convenirse en que esta medida alternativa, consistente en sustituir la obligación de escolarización por el establecimiento de controles administrativos sobre los contenidos de la enseñanza dispensada a los niños en el domicilio y de evaluaciones periódicas de los resultados efectivamente obtenidos desde la perspectiva de su formación, constituye un medio menos restrictivo que la imposición del deber de escolarización de cara a la satisfacción de la finalidad consistente en garantizar una adecuada transmisión de conocimientos a los alumnos. *Sin embargo, según hemos indicado, esta no es la única finalidad que deben perseguir los poderes públicos a la hora de configurar el sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular, que han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad esta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización.* En definitiva, la medida propuesta como alternativa en la demanda de amparo quizás resulte menos restrictiva desde la perspectiva del derecho de los padres reconocido en el art. 27.3 CE, pero en modo alguno resulta igualmente eficaz en punto a la satisfacción del mandato que la Constitución dirige a los poderes públicos en el art. 27.2 CE y que constituye, al tiempo, el contenido del derecho a la educación reconocido en el art. 27.1 CE (64).

c) Por último, y en tercer lugar, además de los criterios de utilidad y de necesidad apuntados, la medida que pretende restringir un derecho fundamental deberá ajustarse a las exigencias del llamado «subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto». Sobre la base de este requisito, el Tribunal Constitucional exige que la medida objeto de control sea «proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (65). Dicho en otros términos, debe producirse una armonización entre los perjuicios que genera la restricción del derecho llamado a ceder y las ventajas que la misma reporta sobre la protección del bien jurídico que prevalece (66).

(64) La cursiva es mía.

(65) Véanse en este sentido entre otras las SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 207/1996, de 16 de diciembre; 37/1998, de 17 de febrero; 202/1999, de 8 de noviembre, y 186/2000, de 10 de julio.

(66) Una interesante exposición sobre los mecanismos de aplicación de los tres subprincipios que integran el «principio de proporcionalidad» por la jurisprudencia constitucional española

Pues bien, como señala el intérprete supremo de la Constitución, los recurrentes en amparo también cuestionan que el deber de escolarización en centros educativos oficiales satisfaga el principio de proporcionalidad en sentido estricto, por entender que «las ventajas que se obtienen con la limitación del derecho no son superiores a los inconvenientes que se producen en este caso para los titulares de la libertad de enseñanza», teniendo en cuenta que en él «los padres, lejos de hacer dejación de sus deberes, se esfuerzan por ofrecer a sus hijos una formación más específica e individualizada».

Sin embargo, la aplicación de las máximas del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto a las circunstancias del caso ahora examinado, conducen al Tribunal a sostener, en el FJ 8 de la Sentencia, que:

«[...] este planteamiento también ha de ser rechazado por las tres razones siguientes. En primer lugar, es de observar que la demanda de amparo centra de nuevo el foco de atención exclusivamente en los efectos de la enseñanza proporcionada a sus hijos desde el punto de vista de la simple transmisión de conocimientos, obviando cualquier consideración *acerca del mejor cumplimiento que razonablemente cabe esperar por parte del sistema de escolarización obligatoria de los complejos fines que el art. 27.2 CE atribuye a la educación a la que, por otra parte, los niños tienen derecho de acuerdo con el art. 27.1 CE.*

En segundo término, el alcance de la restricción operada por la decisión de configurar la enseñanza básica como un período de escolarización obligatoria en el contenido protegido por el derecho de los padres reconocido en los arts. 27.1 y 3 CE ha de ser en todo caso relativizado en la medida en que [...] no impide a éstos influir en la educación de sus hijos, y ello tanto fuera como dentro de la escuela: dentro de ella porque los poderes públicos siguen siendo destinatarios del deber de tener en cuenta las convicciones religiosas particulares, y también fuera de ella porque los padres continúan siendo libres para educar a sus hijos después del horario escolar y durante los fines de semana, de modo que el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones morales y religiosas no resulta completamente desconocido. Según ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la “escolarización obligatoria en el ámbito de la educación primaria no priva a los padres demandantes de su derecho a ‘ejercer sobre sus hijos las funciones de educadores propias de su condición parental, ni a guiar a sus hijos hacia un camino que resulte conforme con sus propias convicciones religiosas o filosóficas’ [...]”.

puede consultarse en MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw Hill, 1996, págs. 117-135. Igualmente, en relación con los requisitos que deben cumplir las medidas limitadoras de los derechos fundamentales véase: MUÑOZ ARNAU, J. A.: *Los límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

Pero, sobre todo —y esta es la tercera de las razones señaladas—, debemos excluir que la restricción de este último derecho resulte manifiestamente excesiva en tanto que los padres pueden ejercer su libertad de enseñanza a través del derecho a la libre creación de centros docentes (art. 27.6 CE). Efectivamente, era esta, y no la que representa el incumplimiento del deber legal de escolarizar a sus hijos, la opción constitucional abierta a los recurrentes como vía de plasmación de su distinta orientación educativa, y ello por más que en su articulación debiera garantizarse en todo caso, como no podría ser de otra manera en virtud del art. 27, apartados 2, 5 y 8 CE, el respeto, “dentro del marco de los principios constitucionales, de los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionadas, entre otros lugares, en el art. 27.2 de la Constitución y en el art. 13.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en cuanto se trate de centros que, como aquellos a los que se refiere la Ley que analizamos, hayan de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las distintas materias, número de horas lectivas, etc.”» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 8).

A la vista de todo lo expuesto cabe afirmar, a modo de conclusión, que la sentencia 133/2010 es especialmente relevante porque viene a clarificar que la educación de los ciudadanos en el Estado democrático no es patrimonio exclusivo del entorno familiar, ya que el fin último del derecho a la educación —el libre desarrollo de la personalidad— no puede garantizarse apartando al menor en su proceso formativo de la sociedad abierta y plural en la que ha de convivir. De ello se deduce que la efectiva protección del derecho a la educación conforme a valores democráticos de convivencia no es solo un asunto privado de los padres sino que los poderes públicos están llamados a garantizarlo a través de un sistema educativo «plural» y respetuoso con la libertad de enseñanza. Libertad que se concreta, sin embargo, en la posibilidad de que los padres puedan optar por la escuela pública, la privada o la concertada, pero nunca por la no escolarización de los menores en centros homologados de enseñanza, ya que la educación integral de los mismos en ningún caso puede limitarse a una mera transmisión de conocimientos, sino que requiere la promoción del ideario educativo constitucional y la puesta en práctica del mismo, algo en lo que el Estado está llamado a jugar un papel preponderante.

CRÍTICA DE LIBROS

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN Y LOS DILEMAS DEL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS (*)

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ

La labor del Tribunal Constitucional alemán ha atraído desde siempre el interés de la doctrina española, dando lugar a relevantes contribuciones y, entre ellas, algunas referidas a las encrucijadas o momentos críticos a los que habría tenido que enfrentarse la jurisdicción constitucional en aquel país. El diagnóstico de las patologías sufridas por el recurso de queja como consecuencia de un uso desmesurado del mismo, y las terapias para resolverlas, vienen de inmediato a la cabeza, haciendo que el Tribunal alemán se nos aparezca como una suerte de laboratorio o espejo vital de experiencias ajenas que afectan de un modo profundo a la manera en que contemplamos las realidades propias. Nada tiene de llamativo que así sea, si consideramos la posición verdaderamente fundante de la jurisdicción constitucional germana en el modo de entender la defensa de la Constitución tras la Segunda Guerra Mundial, algo que bien puede presentarse como el feliz encuentro entre la tradición de una gran ciencia jurídica y la voluntad renovada de hacer efectivo el compromiso con la democracia.

Vaya por delante que quien esto escribe pertenece al grupo de quienes, dedicándose profesionalmente al Derecho Constitucional, carece de destreza lingüística para leer alemán. Un déficit formativo que sería inimaginable hace algunas décadas, se sobrelleva hoy como una rémora, aliviada por la pujanza incontrovertible del inglés como lengua global de la comunicación académica. Pero justamente la percepción de que ahí se localiza una de las muchas lagunas de conocimiento que uno no cesa de descubrir con el paso del tiempo, es lo

(*) Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2010.

que permite valorar con especial entusiasmo libros como el que es objeto de este comentario: una obra que ha sido escrita, nos dice su autora en las páginas introductorias, con la pretensión de analizar el sistema alemán «desde dentro» y tomando para ello como referencia exclusiva la bibliografía en lengua alemana. Así lo hace, en efecto: no hay en este libro fuente legal o jurisprudencial, ni cita de doctrina, que no sea alemana. Y, sin embargo, tras leerlo, se tiene la impresión de que la autora ha analizado problemas que no atañen tanto a debates jurídicos específicos de Alemania cuanto a cuestiones que hoy se han convertido en el centro neurálgico del constitucionalismo de los derechos; entre otras razones, porque la sedicente construcción de un constitucionalismo de ese género, a escala europea, está hecha de «lugares», «redes» y entrelazamientos en los que Alemania es (como antaño se decía en el mundo de las comunicaciones ferroviarias) uno de los más importantes nudos.

El libro desgrana su descripción de las cosas mediante una estructura de tres Capítulos que se corresponden con otros tantos niveles de análisis: uno para glosar el modo mediante el cual el Tribunal Constitucional alemán (TCA) consiguió con su jurisprudencia que los derechos pasaran a ser genuinamente fundamentales; otro para explicar el impacto que, sobre las pretensiones hegemónicas del TCA en materia interpretativa, ha originado la irrupción de nuevos actores de no menores ínfulas; y un tercero para describir un momento, el actual, en el que, como consecuencia de los factores analizados en cada uno de los dos capítulos anteriores, se abren ciertas incógnitas —encrucijadas— que arrojan dudas sobre la posibilidad misma de mantener ciertas pautas de comportamiento del TCA que hasta ahora se habían tenido por incólumes.

(I) Si en términos absolutos *Marbury* es el caso por antonomasia para entender el significado de la Constitución como norma jurídica, el caso *Lüth*, fallado por el TCA en 1958, lo es para captar las implicaciones de la Constitución como un orden objetivo de valores con efecto irradiante sobre la totalidad de las relaciones jurídicas. Acostumbrados como estamos al camino trillado de unos modos interpretativos que recrean la ilusión mecanicista por medio de la fragmentación del razonamiento en segmentos o «zonas» concatenadas de control —ámbito protegido por el derecho/injerencia en el derecho/opinión sobre la injerencia— tendemos a dar por descontado lo que, en su origen fue, antes que otra cosa, una reivindicación de status del juez constitucional. Que bajo la estela del compacto formado por la dignidad, junto con el libre desarrollo de la personalidad, como quintaesencia del orden valorativo, aquella reivindicación se convirtiera en exitosa, no tiene nada de indefectible. Al contrario, el regreso al origen de las cosas, que el libro recrea minuciosamente, nos permite asomarnos con mirada distanciada a unas polémicas que parecen tener como trasfondo

las admoniciones *kelsenianas* contra la exhuberancia de los valores y el poder insoportable de los jueces llamados a hacerlos operativos. Allí se nos aparecen alternativas y modos diversos de entender la Constitución y los derechos que bien podrían servir como prontuario de cuestiones a las que debería enfrentarse, y responder con luz y taquígrafos, todo aquel que aspire a ocupar plaza en el coto privilegiado de los intérpretes supremos. Y allí están también el origen de algunas de las más sólidas impugnaciones a la racionalidad de ciertos pasos de la operación interpretativa (la proporcionalidad *en sentido estricto*, por ejemplo) que acabarían por extenderse, con el paso de los años, entre sectores muy distinguidos de la doctrina jurídica.

(II) En aquellos momentos seminales del constitucionalismo refundado tras la guerra, podía haber argumentos muy sólidos para desconfiar del juez ordinario, de la Administración y, por supuesto, del legislador, pero no los había para que la mancha de la sospecha afectara a la jurisdicción constitucional. Por eso los recelos ocasionales de la academia no frenaron el curso creciente del influjo del TCA sobre el conjunto de la experiencia jurídica. Unas tareas tan titánicas, asegurar el efecto irradiante de los derechos, e impregnar de Constitución el conjunto del ordenamiento, exigían, por lo demás, todo el prestigio (y los recursos) de los que el Tribunal se benefició durante sus primeras tres décadas de vida. Pero, a partir de ahí, el libro de González Pascual va recreando ante el lector las circunstancias en las que las virtudes del *Areópago constitucional* (Böckenförde) tienden a generar patologías que afectan de lleno a la sostenibilidad del sistema. Están, en primer lugar, los desajustes con respecto al juez ordinario. Incorporada la vinculación del juez a la ley, por obra del TCA, al repositorio de los derechos fundamentales, no hay caso o controversia cuya dimensión constitucional, natural o impostada, no actúe como acicate para tentar el último remedio. Frente a la tenacidad de los litigantes comprometidos en la lucha por el derecho, más allá del cálculo o de la racionalidad misma de las expectativas, la objetivación del amparo se convierte así en una especie de grial constitucional, perseguido en Alemania con reformas legislativas y construcciones («derecho constitucional *específico*») y admoniciones jurisprudenciales que a duras penas han llegado a cumplir los propósitos disuasorios que las alumbraron. Y están también, incidiendo de manera espectacular sobre la posición del TCA, las tensiones derivadas de las divergencias interpretativas entre este y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En materia de limitaciones de los derechos, la propensión del TCA a generar categorías dogmáticas con pretensiones de validez estructural para la decisión de casos futuros (que es lo opuesto al minimalismo judicial que ciertos autores propugnan como guía de conducta) ha estado en el trasfondo de ciertos choques espectaculares entre ambos tribunales.

El libro trae a colación la saga de casos *Carolina de Mónaco*, formada, como es sabido, por sendas decisiones del TCA (de 1999 y 2008) mediadas por una del TEDH de 2004. Como bien se explica en el libro, en ese lapso de tiempo y tomando como indicio las tres sentencias a las que nos acabamos de referir, más otra del propio TCA de 2004 (caso *Görgülü*), se habría consumado el tránsito desde el entendimiento «nacional» del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con su fragilidad inherente a un rango que no le inmuniza frente a la ley posterior, hasta el reconocimiento de las implicaciones del espacio europeo de los derechos y, entre ellas, dos que son verdaderamente capitales: la de que el legislador debe comprometerse en remediar los vacíos legales que dificulten un adecuado cumplimiento de las sentencias del TEDH, y la de que pesa sobre los tribunales alemanes el deber de tomar en consideración la jurisprudencia del TEDH, interpretando el ordenamiento en conformidad con ella. Esta apertura hacia el aprendizaje y la retroalimentación de los *outputs de Estrasburgo* pudiera parecer contradictoria con la obsesión del TCA por trazar los márgenes del empeño integrador europeo. Pero esto es solo una impresión superficial. Uno de los muchos méritos del libro es situar esa buena disposición hacia la pluralidad, e incluso la supremacía del TEDH, en la perspectiva de los «frenazos» impuestos a la jurisprudencia del TJ (*Pupino*), a propósito de la Orden Europea de Detención y Entrega y, por supuesto, las «líneas rojas» de la Sentencia sobre el Tratado de Lisboa. Aquellas ductilidades explican y justifican estas intransigencias, porque, a la postre (como indica literalmente la autora) «por más que la cooperación se haya convertido en una especie de *ábrete sésamo* capaz de resolver los conflictos entre jurisdicciones, [...] las competencias deben preceder a la cooperación, no al contrario» (pág. 151).

(III) La cuestión del diálogo entre jurisdicciones ha entrado de lleno a formar parte del repertorio de tópicos del Derecho Constitucional del siglo XXI. Que ello sea indicio de la pujanza transnacional de los derechos (en un incipiente constitucionalismo mundial), o un mero subproducto de la(s) globalización(es), un punto banal y sin mayor trascendencia, es más discutible. Pero en ello estamos, también en un escenario como el de la Unión, en el que el diálogo de los tribunales, constitucional (o su equivalente), Tribunal de Justicia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cobra una dimensión multi-usos: encubre déficits de decisión y aligera expectativas, incluso en la hora en la que se discute el cómo de la adhesión de la UE al CEDH prevista en el Tratado de Lisboa. La imagen de un último *saying*, definitivo (y desentendido), parece estar desvaneciéndose, y con ello se resiente la posición de órganos que, como el TCA, han sido determinantes para la construcción de *la* dogmática de los derechos fundamentales. Pero no es solo el hecho de que haya que compartir protagonismos.

La obra que comentamos sintetiza muy bien las posiciones de quienes localizan el problema en la propia *dogmática*. Las dudas se refieren a la capacidad de los pilares sobre los que hasta ahora se ha asentado el sistema (dignidad y libre desarrollo de la personalidad, en lo sustantivo, y proporcionalidad como canon de la injerencia, en lo procedimental) para soportar la presión que ejerce la irrupción de problemas nuevos. La autora cita varios ejemplos de tales problemas *nuevos*, en el sentido de difíciles de ser reconducidos a la ficción de que la Constitución tiene para ellos una respuesta *in nuce* y al alcance de las técnicas de interpretación consolidadas en la práctica del TCA, pero se centra sobre todo en el problema que hoy representa la amenaza terrorista. La cuestión es que toda la laboriosa construcción del TCA, uno de cuyos presupuestos es tratar la dignidad de la persona como un absoluto, en el sentido de no disponible para operaciones ponderativas, y la apuesta por la libertad como un *príus* constitucional que trasciende el ámbito de lo normado, aparece sujeta a la presión de quienes aspiran a dar empaque teórico a un derecho a la seguridad. Tal derecho-presupuesto, derecho-implícito, o bien constitucional, vendría a plasmarse en el derecho a la vida y a la integridad física de las potenciales víctimas de los atentados terroristas, ensanchando el marco de justificación de ciertas injerencias públicas en la esfera de la libertad hasta el punto de hacer innecesario el escrutinio relativo a la adecuación y proporcionalidad de las mismas. Es verdad que el TCA no se ha mostrado dispuesto hasta el momento a realizar un cambio de rumbo de tanto calado. Su sentencia sobre la Ley de Seguridad Aérea, o las dictadas a propósito del «peinado» de archivos, el cotejo de matrículas, o la inviolabilidad de los soportes de las comunicaciones informáticas, que se glosan en el libro, podrían suscribir la frase de Isensee que la autora trae a colación: «el ciudadano tiene derecho a ser libre mediante la seguridad, pero no a ser libre del miedo; no puede reclamar protección frente a su propia histeria».

Los asaltos doctrinales contra los supuestos excesos de un Tribunal sin cuyas contribuciones cuesta siquiera imaginar cómo pondríamos en pie un sistema de defensa de los derechos fundamentales, esto es, una técnica jurídica comprometida con la libertad, son el reflejo de los más variados descontentos y sus correspondientes aspiraciones. A veces traslucen una nostálgica apelación a la seguridad jurídica que parece extraída del mundo de ayer. A esa línea creo que pertenecen los dardos que se dirigen contra la teoría de los tres pasos y, especialmente, contra el juicio de proporcionalidad. Pero dista de ser claro que avanzar en la delimitación de cuál sea el ámbito protegido por cada uno de los derechos, que es la línea por la que discurre la jurisprudencia más reciente de la Sala I del TCA, sea un factor que incremente de por sí la seguridad jurídica. Lo que sí es, desde luego, es una llamada a las «ramas políticas» para que no

se dejen seducir por la tentación del abandono de sus responsabilidades por la vía de las estrategias elusivas y los silencios. El libro de González Pascual contiene toda la información que necesitamos para reflexionar sobre ese y otros muchos aspectos de la suerte actual de los derechos en las coyunturas alemana y europea.

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

ARMIN VON BOGDANDY: Catedrático de Derecho Público y Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Heidelberg. Director del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional.

BARTOLOMÉ CLAVERO: Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

EDUARDO VÍRGALA FORURIA: Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

FERNANDO SIMÓN YARZA: Doctor en Derecho Profesor ayudante de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra.

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ: Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

ASUNCIÓN DE LA IGLESIA CHAMARRO: Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra.

MARÍA DEL MAR MARTÍN GARCÍA: Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Almería.

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ: Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA: Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid.

ABRAHAM BARRERO ORTEGA: Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

ANA VALERO HEREDIA: Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha.

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ: Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. Temas de interés. La *Revista Española de Derecho Constitucional* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Constitucional, Teoría del Estado e Historia Constitucional.

2. Envío de originales. Los originales, que deberán ser inéditos, se enviarán en lengua española o inglesa, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia), y además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071, MADRID, bien por correo electrónico a la dirección public@cepc.es o alternativamente, a nombre del Secretario de la *Revista* a la dirección: Doménico Scarlatti, 6 - 28003 Madrid.

3. Formato. Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y entre tres y cinco palabras clave (en los dos idiomas).

4. Normas de edición:

a) Bibliografía. Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

LÓPEZ LÓPEZ, Juan (2005): «La reforma de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional* 73, pags. 9-30.

LÓPEZ LÓPEZ, Juan (2004): *Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: LÓPEZ LÓPEZ (2005a) y LÓPEZ LÓPEZ (2005b).

b) Notas a pie de página. Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. No se incluirán las referencias bibliográficas completas, sino solamente su forma abreviada. Ejemplo: LÓPEZ LÓPEZ (2005): 90.

c) Citas. Las citas irán entrecomilladas. Si exceden de tres líneas irán separadas del cuerpo principal del texto, sangradas y a espacio sencillo. Cualquier cambio introducido en la cita original deberá indicarse encerrándolo entre corchetes.

5. Proceso de publicación. La *Revista Española de Derecho Constitucional* acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción. El Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos sobre la base de dos informes de evaluación, emitidos por sendos especialistas ajenos a la organización editorial de la revista, aplicándose el método doble ciego. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original. La decisión sobre la publicación no excederá de seis meses. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 48 horas. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.

6. Copyright. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción.

7. Advertencia. Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

RESEÑAS DE LIBROS

La *Revista Española de Derecho Constitucional* no acepta reseñas no solicitadas. Agradece, por el contrario, sugerencias sobre libros para su reseña o reseña.

ISSN 0211-5743

ISSN 0211-5743 00094



9 770211 574102

The image shows a white rectangular area containing a barcode. Above the barcode, the text 'ISSN 0211-5743' is printed on the left and '00094' on the right. Below the barcode, the number '9 770211 574102' is printed.

18,00 €