

Estudios de Deusto

ISSN 0423-4847 (papel)
ISSN 2386-9062 (digital)

Vol. 63/2 Julio-Diciembre 2015

Sumario

Estudios

La inmatriculación de la Mezquita-Catedral de Córdoba: tutela del patrimonio y relevancia constitucional
Miguel Agudo Zamora

Orden político y principios de reforma tributaria: un análisis en perspectiva histórica
Zulema Calderón Corredor

La participación ciudadana en los asuntos públicos y su contribución a la calidad de la democracia. Reflexiones al hilo de algunas experiencias participativas
María José Corchete Martín

La Constitución económica a través del Plan Nacional de Desarrollo en México
Enrique Córdoba del Valle

La reforma del procedimiento administrativo: la nueva Ley

39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
María de los Ángeles Fernández Scagliusi

Disposiciones constitucionales en materia económica para el municipio en México
Marisol Luna Leal

El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el derecho a la claridad: Reflexiones en torno a una deseada modernización del lenguaje jurídico
Ciro Millione

Las reformas electorales y la magnitud de las circunscripciones
Fernando Reviriego Picón

Notas

La sexualidad de las personas reclusas en la jurisprudencia constitucional
Juan Luis de Diego Arias

Subcontrato de transporte y derecho de subrogación del asegurador en el CMR
Blanca Torrubia Chalmeta

Posibles problemas en la intervención de las comunicaciones en España
Alejandro Villanueva Turnes

Aspectos económico-constitucionales de los DESC y los derechos civiles y políticos en México
Alejandra Verónica Zúñiga Ortega

Recensiones

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Fundada en 1904

Vol. 63/2 Julio-Diciembre 2015

Revista de la Facultad de Derecho

Incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS, CIRC, CARHUS+

Universidad de Deusto
Bilbao
2015

Estudios de Deusto

Vol. 63/2 Julio-Diciembre 2015

Primera época (1904-1920)

Segunda época (1953 hasta la actualidad)

Directores de la revista Estudios de Deusto

1ª ÉPOCA*

1904-1909	Isidoro ZAMEZA
1909-1916	Ignacio María IBERO
1916-1918	Vicente LEZA
1918-1920	Matías IBINAGABEITIA

2ª ÉPOCA

1953-1960	Jesús María DÍAZ DE ACEBEDO (secretario de redacción)
1961-1962	Jesús María DÍAZ DE ACEBEDO
1963-1965	Luis María ESTIBÁLEZ
1966-1974	Andrés Eliseo DE MAÑARICÚA
1975-1990	Juan CHURRUCA
1991-2014	Ignacio María BEOBIDE
2014-	Luis Ignacio GORDILLO

* Durante la 1ª Época no se nombró Director ni se constituyó Consejo de Redacción, sino que la dirección de la publicación formalmente correspondía al Rector del entonces llamado Colegio de Estudios Superiores de Deusto.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org <<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - E48080 Bilbao
Correo electrónico: publicaciones@deusto.es
<http://www.deusto-publicaciones.es/>

ISSN: 0423-4847 (versión impresa)
ISSN: 2386-9062 (versión digital)
Depósito legal: BI-1083-2014

Impreso y encuadernado en España/Printed and bound in Spain.

Publicación impresa en papel ecológico.

Director:

Luis I. Gordillo Pérez (Universidad de Deusto, España)

Secretario:

Javier Pérez Duarte (Universidad de Deusto, España)

Consejo de redacción:

Danièle Alexandre (Université de Strasbourg, Francia); María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto, España); María Soledad Gil Nobajas (Universidad de Deusto, España); Marta Enciso Santocildes (Universidad de Deusto, España); Natividad Goñi Urriza (Universidad Pública de Navarra, España); Ana Isabel Herrán Ortiz (Universidad de Deusto, España); Lela P. Love (Cardozo Law School, Estados Unidos); Nerea Magallón Elozegui (Universidad de Deusto, España); Giuseppe Martinico (Scuola Superiore Sant'Anna, Italia); Joseph Stulberg (Moritz Law - Ohio State University, Estados Unidos); Patrick Wautelet (Université de Liège, Bélgica)

Consejo Asesor y Evaluador:

Ricardo de Ángel Yagüez (Universidad de Deusto, España); Vito Breda (University of Southern Queensland, Australia); Juan I. Echano Basaldúa (Universidad de Deusto, España); Ken Fox (Hamline University, Estados Unidos); Miodrag Jovanovic (Univerzitet u Beogradu, Serbia); Francisco Marcos (IE Law School, España); Hassan Qaqaya (UNCTAD, Suiza); Haluk Kabaalioglu (Yeditepe Üniversitesi, Turquía); Víctor Fernando Manrique López (Universidad de Deusto, España); Alejandro Martínez Charterina (Universidad de Deusto, España); Ramón Múgica Alcorta (Universidad de Deusto, España); Martín Oudin (Université François Rabelais – Tours, Francia); Carlos Romero Rey (Poder Judicial, España); Javier Tajadura Tejada (Universidad del País Vasco, España); Gema Tomás Martínez (Universidad de Deusto, España); Manuel María Zorrilla Ruiz (Universidad de Deusto, España)

Administración:

Facultad de Derecho. Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao

Tfno.: 944 139 295 Fax: 944 139 099

e-mail: revistaestudios@deusto.es

Web: <http://revista-estudios.deusto.es/>

Suscripciones:

Marcial Pons Librero. Agencia de suscripciones

C/ San Sotero, 6. 28037 Madrid

e-mail: revistas@marcialpons.es

Tfno. 913 043 303 Fax: 913272367

Precios de suscripción:

Europa 45 €

Número suelto 25 €

IVA incluido

Estudios de Deusto está incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS, CIRC, CARHUS+

Estudios de Deusto

Vol. 63/2 Julio-Diciembre 2015

Sumario

Estudios

- Miguel AGUDO ZAMORA, *La inmatriculación de la Mezquita-Catedral de Córdoba: tutela del patrimonio y relevancia constitucional* 15-45
- Zulema CALDERÓN CORREDOR, *Orden político y principios de reforma tributaria: un análisis en perspectiva histórica* 47-80
- María José CORCHETE MARTÍN, *La participación ciudadana en los asuntos públicos y su contribución a la calidad de la democracia. Reflexiones al hilo de algunas experiencias participativas* 81-109
- Enrique CÓRDOBA DEL VALLE, *La Constitución económica a través del Plan Nacional de Desarrollo en México* 111-126
- María de los Ángeles FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, *La reforma del procedimiento administrativo: la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* 127-152
- Marisol LUNA LEAL, *Disposiciones constitucionales en materia económica para el municipio en México* 153-172
- Ciro MILIONE, *El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el derecho a la claridad: Reflexiones en torno a una deseada modernización del lenguaje jurídico* 173-188
- Fernando REVIRIEGO PICÓN, *Las reformas electorales y la magnitud de las circunscripciones* 189-221

Notas

- Juan Luis DE DIEGO ARIAS, *La sexualidad de las personas reclusas en la jurisprudencia constitucional* 225-241
- Blanca TORRUBIA CHALMETA, *Subcontrato de transporte y derecho de subrogación del asegurador en el CMR* 243-262
- Alejandro VILLANUEVA TURNES, *Posibles problemas en la intervención de las comunicaciones en España* 263-281
- Alejandra Verónica ZÚÑIGA ORTEGA, *Aspectos económico-constitucionales de los DESC y los derechos civiles y políticos en México* 283-293

Recensiones

- Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO y Enrique ARNALDO ALCUBILLA (dirs.), *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*, por Juan Luis de Diego Arias 297-300
- Manuel TEROL BECERRA, *El neoconstitucionalismo Latinoamericano*, por Fanny Verónica Mora Navarro 301-303

Estudios de Deusto

Volume 63, Issue 2, July-December 2015

Table of Contents

Studies

- Miguel AGUDO ZAMORA, *Registration of the Cordoba's Mosque-Cathedral: Protection of heritage and constitutional relevance* 15-45
- Zulema CALDERÓN CORREDOR, *Political order and principles of tax reform: an analysis in historical perspective* 47-80
- María José CORCHETE MARTÍN, *Citizen participation in public affairs and its contribution to the quality of democracy. Reflections with regards to some participative experiences* 81-109
- Enrique CÓRDOBA DEL VALLE, *The Economic Constitution through the National Development Plan in México* 111-126
- María de los Ángeles FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, *The reform of the administrative procedure: The new Act 39/2015, 1st october, of Common Administrative Procedure of Public Administrations* 127-152
- Marisol LUNA LEAL, *Constitutional dispositions in economic matter for the municipality in Mexico* 153-172
- Ciro MILIONE, *The right to motivation of judicial resolutions in jurisprudence of Constitutional Court and the right to the clarity: Reflections around a desired modernization of the juridical language* 173-188
- Fernando REVIRIEGO PICÓN, *Electoral reforms and the magnitude of constituencies* 189-221

Notes

- Juan Luis DE DIEGO ARIAS, *The sexuality of prisoners in constitutional jurisprudence* 225-241
- Blanca TORRUBIA CHALMETA, *Transportation subcontracts and the rights of subrogation of the insured party in the CMR Convention* 243-262
- Alejandro VILLANUEVA TURNES, *Potential problems in the interception of communications in Spain* 263-281
- Alejandra Verónica ZÚÑIGA ORTEGA, *Economics-constitutional ESCR and civil and political rights in Mexico* 283-293

Book reviews

- Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO y Enrique ARNALDO ALCUBILLA (dirs.), *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*, por Juan Luis de Diego Arias 297-300
- Manuel TEROL BECERRA, *El neoconstitucionalismo Latinoamericano*, por Fanny Verónica Mora Navarro 301-303

Estudios

LA INMATRICULACIÓN DE LA MEZQUITA-CATEDRAL DE CÓRDOBA: TUTELA DEL PATRIMONIO Y RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

Miguel Agudo Zamora

doi: 10.18543/ed-63(2)-2015pp15-45

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA INMATRICULACIÓN DE LA MEZQUITA-CATEDRAL POR PARTE DEL OBISPADO DE CÓRDOBA USANDO LA POTESTAD DEL ARTÍCULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA. 3. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 206 LH. 3.1. *Por infracción del principio de aconfesionalidad del Estado.* 3.2. *Por infracción del principio de igualdad.* 3.3. *La STEDH «Sociedad Anónima del Ucieza contra España».* 4. LA TUTELA DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA. 5. LA IMPUGNACIÓN DEL ARTÍCULO 206 LH A TRAVÉS DE UNA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La polémica suscitada como consecuencia de la inmatriculación de la Mezquita-Catedral de Córdoba a nombre de la Iglesia Católica usando la potestad atribuida por el artículo 206 de la Ley Hipotecaria ha tenido gran repercusión social. Pero, más allá de ésta, ha servido como ocasión oportuna para reflexionar sobre la relevancia jurídico-constitucional de esta normativa y sobre el deber de tutela del patrimonio por parte de la Administración Pública.

La razón de ser de esta justificada repercusión parte de una modificación normativa efectuada en el año 1998, que permitió a la Iglesia Católica inscribir lugares de culto y otras propiedades que no estuvieran registradas con una mera certificación expedida por el Obispado. La consecuencia de esta refor-

ma fue una intensa actividad registral por parte de las Diócesis. En este proceso, la Iglesia registró a su nombre más de 4.500 propiedades, según fuentes fiables cercanas a los registros de la propiedad, aunque no existe realmente ningún listado público en el que se encuentren referidas todas las inscripciones registrales llevadas a cabo por la Iglesia.

En relación a la Mezquita-Catedral, a finales de 2013 se creó una plataforma cívica para tratar de frenar este proceso. En un manifiesto que ha recibido más de 200.000 firmas la *Plataforma Mezquita-Catedral de Córdoba: patrimonio de todos* exige la titularidad y gestión pública del monumento. La plataforma ha recibido el respaldo de numerosos intelectuales. Entre ellos, Federico Mayor Zaragoza, que fuera durante doce años director general de la Unesco —entre 1987 y 1999— y actualmente presidente de la Fundación Cultura de Paz, quien advirtió incluso de la posibilidad de que el monumento perdiera la titularidad de Patrimonio Mundial que le otorgó la Unesco en 1984. Incluso la polémica ha traspasado la dimensión local y nacional, llegando a convertirse en un asunto de referencia internacional¹.

En este trabajo, partiendo del caso de la Mezquita-Catedral se exponen sucintamente los argumentos en los que basar una posible inconstitucionalidad del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, referidos a la violación de los principios constitucionales de aconfesionalidad del Estado y de igualdad, con referencias a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos «Sociedad Anónima del Ucieza contra España», que tiene una relevancia específica para el objeto de nuestro estudio.

Finalmente se analiza el deber de tutela del patrimonio histórico y cultural de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el posible uso de la cuestión de constitucionalidad como vía de actuación de la Junta de Andalucía en relación a la inscripción registral de la Mezquita-Catedral.

Debemos, antes de seguir avanzando en nuestro estudio, reseñar que este artículo 206 de la Ley Hipotecaria ha sido derogado por la *Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo*². Lo que no

¹ Valga como referencia, entre otras muchas, el estudio que le dedica la revista *Foreign Policy* <<http://foreignpolicy.com/2015/04/10/the-reconquista-of-the-mosque-of-cordoba-spain-catholic-church-islam/>>.

² El nuevo artículo 206 LH señala: «1. Las Administraciones Públicas y las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de aquéllas podrán inmatricular los bienes de su titularidad, mediante la aportación de su título escrito de dominio, cuando dispongan de él, junto con certificación administrativa librada, previo informe favorable de sus servicios jurídicos, por el funcionario a cuyo cargo se encuentre la administración de los mismos, acreditativa del acto, negocio o modo de su adquisición y fecha del acuerdo del órgano competente para su inclusión en el inventario corres-

obsta para que, de cara a una eventual impugnación de la inmatriculación de la Mezquita-Catedral, a través del ejercicio de la acción de la cuestión de constitucionalidad, se puedan alegar las vulneraciones de principios constitucionales que se señalan en este trabajo.

2. LA INMATRICULACIÓN DE LA MEZQUITA-CATEDRAL POR PARTE DEL OBISPADO DE CÓRDOBA USANDO LA POTESTAD DEL ARTÍCULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA

En primer lugar, debemos señalar que este trabajo, partiendo de un somero análisis de los argumentos esgrimidos acerca de la titularidad de la Mezquita-Catedral, se centrará fundamentalmente en determinados aspectos relacionados con la inmatriculación de la misma que, en nuestra opinión, gozan

pendiente o, caso de no existir, fecha del acuerdo de aprobación de la última actualización del inventario de la que resulte la inclusión del inmueble objeto de la certificación con indicación de la referencia o indicador que tenga asignado en el mismo, así como de su descripción, naturaleza patrimonial o demanial y su destino en el primer caso o su eventual afectación, adscripción o reserva, en el segundo. Asimismo, las entidades referidas deberán aportar certificación catastral descriptiva y gráfica de la parcela o parcelas catastrales, que se corresponda con la descripción literaria y la delimitación geográfica de la finca cuya inmatriculación se solicita en la forma establecida en la letra b) del artículo 9. Solo en caso de que la finca careciese de certificación catastral descriptiva y gráfica, podrá aportarse una representación gráfica georreferenciada alternativa, la cual deberá corresponderse con la descripción literaria realizada y respetar la delimitación de los colindantes catastrales y registrales. A la representación gráfica alternativa deberá acompañarse informe del Catastro. 2. En todo caso, será preciso que el Registrador compruebe la falta de previa inmatriculación de todo o parte del inmueble. Si advirtiera la existencia de fincas inscritas coincidentes en todo o en parte, denegará la inmatriculación solicitada, previa expedición de certificación de las referidas fincas, que remitirá al organismo interesado junto con la nota de calificación. 3. Practicada la inmatriculación, el Registrador expedirá el edicto a que se refiere la regla séptima del apartado 1 del artículo 203 con el mismo régimen en ella previsto, incluido el sistema de alertas. 4. Junto al procedimiento registral ordinario, cuando se trate de fincas propiedad de alguna de las entidades referidas en el apartado 1, podrá obtenerse la reanudación del tracto sucesivo interrumpido a través de certificación administrativa, expedida con los requisitos señalados en el presente artículo, que ponga fin al procedimiento regulado en el apartado 3 del artículo 37 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. 5. Además de ello, mediante certificación administrativa del acto en que así se disponga, podrán practicarse, en los bienes de titularidad de las Administraciones Públicas y de las entidades de Derecho público a que refiere el apartado 1 de este artículo, operaciones registrales de agrupación, división, agregación, segregación, declaración de obra nueva, división horizontal, constitución de conjuntos inmobiliarios, rectificación descriptiva o cancelación, siempre que tales actos no afecten a terceros que no hubieran sido citados en el expediente, se cumplan los requisitos establecidos por la legislación sectorial y se aporte la representación gráfica catastral de la finca o representación alternativa, en los términos previstos en el artículo 10.»

de una cierta relevancia constitucional, así como sobre el deber de tutela del patrimonio histórico por parte de la Junta de Andalucía.

A título exclusivamente introductorio, pues, indicaremos los principales argumentos que se invocan para defender la propiedad privada o pública de la Mezquita-Catedral. En todo caso, con carácter aún más previo, se debe aclarar que a lo largo de este trabajo se mencionará a la Mezquita-Catedral con ese nombre, puesto que es el que recoge el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz realizado por la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía³.

NIETO CUMPLIDO⁴ cita varios documentos en los que se apunta que la Iglesia es la legítima propietaria del edificio, documentos como la *Primera Crónica General de España*, de Alfonso X el Sabio (siglo XIII); la Historia *De rebús Hispaniae* del arzobispo de Toledo, Rodrigo Ximénez de Rada (siglo XIII); y una bula concedida por el papa Gregorio IX al rey Fernando III, en los que se apunta que la Iglesia es la legítima propietaria del edificio. También re refiere al testimonio del rey Felipe IV (1659), en el que agradece al obispo «como dueño legítimo» del templo el poder trasladar la nueva Capilla Real.

Junto a ello, un argumento reiteradamente referido es el relativo a la usucapación atendiendo a la posesión pacífica, continua y pública de la Mezquita-Catedral por parte de la Iglesia Católica.

Con este fundamento, el 2 de marzo de 2006, el Cabildo Catedralicio de Córdoba inmatriculó (es decir, inscribió por primera vez en el Registro de la

³ Esta es la ficha que aparece en dicho Catálogo:

Mezquita Catedral

Denominación del bien: Mezquita Catedral

Otra denominación: Antigua Mezquita Aljama, Antigua Mezquita Mayor-Iglesia Catedral de la Asunción de Nuestra Señora, Iglesia Catedral de la Asunción de Nuestra Señora, Mezquita de Córdoba

Provincia: CORDOBA

Municipio: CORDOBA

Régimen de protección: B.I.C

Estado administrativo: Inscrito

Fecha de disposición: 21/11/1882

Tipo de patrimonio: Inmueble

Tipología jurídica: Monumento

Boletín oficial: Gaceta del 27 de noviembre de 1882

(Consultado el 7-11-2014 a las 18.00 hs. en: <http://www.juntadeandalucia.es/culturaydeporte/web/areas/bbcc/catalogo?tipologia&sort=a&sortBy=p&inicio=false&tp=1&estado_administrativo=Inscrito&mun=6178&pr=14&page=6>)

⁴ NIETO CUMPLIDO, M., *La Catedral de Córdoba*, Cajasur Publicaciones, Córdoba, 1998, pág. 319. Esta es una de las obras más completas realizadas sobre la Mezquita-Catedral, escrita por este doctor en Historia Eclesiástica y canónigo archivero de la catedral cordobesa. Ver también BAENA ALCANTARA, M.D., *La Mezquita-Catedral de Córdoba*, Francisco Baena, 1986.

Propiedad) la Mezquita-Catedral con el nombre de «*Santa Iglesia Catedral de Córdoba*».

Lo hizo con el siguiente texto:

«URBANA.–SANTA IGLESIA CATEDRAL DE CORDOBA, situada en la calle Cardenal Herrero número uno, de Córdoba; comprende una extensión superficial de veinte mil trescientos noventa y seis metros cuadrados, con igual superficie construida, según se desprende todo ello de la certificación descriptiva y gráfica emitida por la Gerencia Territorial del Catastro a través del Instituto de Cooperación de la Hacienda Local, el día 21 de febrero de 2.006 que se acompaña. Linda, visto desde su entrada, por la derecha, con la calle Torrijos; por la izquierda, con la calle Magistral González Francés; por el fondo, con la calle Corregidor Luis de la Cerda; y por su frente, con la calle Cardenal Herrero. Antigua Basílica visigoda de San Vicente y mezquita. Reconquistada la ciudad por Fernando III el Santo, el monarca dispuso que en la festividad de los Santos Apóstoles Pedro y Pablo del año 1.236 fuera dedicada a Santa María Madre de Dios y consagrada aquel mismo día por el Obispo de Osma Don Juan Domínguez, en ausencia del Arzobispo de Toledo Don Rodrigo Jiménez de Rada, asistido por los Obispos de Cuenca, Baeza, Plasencia y Coria. La ceremonia de trazar con el báculo sobre una faja de ceniza extendida en el pavimento en forma de cruz diagonal las letras de los alfabetos griego y latino fue la expresión litúrgica y canónica de la toma de posesión por parte de la Iglesia. Todo el edificio quedó convertido en templo cristiano, pero no adquirió el carácter de Catedral hasta la elección del primer Obispo, Don Lope de Fitero, poco antes del mes de noviembre de 1.238, y de su consagración episcopal en un día de los primeros meses del año siguiente. La Catedral fue declarada monumento nacional en 1.882 y monumento Patrimonio de la Humanidad en 1.984. El inmueble está destinado al culto católico.»

En sentido contrario, se argumenta que la Mezquita-Catedral no es susceptible de propiedad privada debido a que los bienes de dominio público no se adquieren por la posesión en el tiempo dado que este edificio siempre perteneció al Estado, aunque no exista una declaración expresa que así lo confirme, de la misma manera que tampoco existe documento privado que lo niegue.

La titularidad de la propiedad de la Mezquita se otorga por conquista a la monarquía castellana. Con base en este hecho, se argumenta que la Mezquita-Catedral nunca ha dejado de ser de titularidad civil y pública, sin perjuicio de que la Iglesia Católica haya sido su usuaria.

Para RODRÍGUEZ RAMOS⁵, «la jerarquía católica, ante la contradicción que supone argumentar la usucapión de un bien inmueble que admite perteneció

⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, A.M., «Nulidad de la inmatriculación de la Mezquita-Catedral», (consultado el 26-11-2014 a las 19.00 hs en <<http://laicismo.org/detalle.php?tg=1569&pg=1&pk=32693#ppal>>)

por conquista a la monarquía castellana, alega una posible donación por parte de Fernando III. No existe documento que así lo acredite porque de haber existido con total seguridad se hubiera aportado en el Registro de la Propiedad, donde por el contrario sí reconocen la titularidad de la corona de Castilla. En consecuencia, el sometimiento jurídico a su Derecho y en particular a las Siete Partidas de Alfonso X. Posteriormente, fue Carlos I, mediante Real Cédula de 7 septiembre 1555, quien dejó claro que «cuando ocurriese duda sobre Las Partidas se acudirá al comentario de Gregorio López».

En la Partida Quinta, Título IV de las donaciones y Ley IX, se establece que el «Emperador o rey, puede fazer donación con carta o sin carta, e valdrá». Sin embargo, Gregorio López en la Magna Glosa aclara que «en las donaciones reales, requiérese escritura si exceden de 500 sólidos» (moneda romana que equivalía a 25 denarios de oro). Una garantía mínima para evitar el expolio sin pruebas del patrimonio real.

En consecuencia, continúa argumentando este autor, si no existe documento en que conste la donación expresa por parte de la Corona al Cabildo (no el mero reconocimiento de una titularidad habitualmente confundida con el uso), la Mezquita-Catedral pertenece al Estado y no puede ser usucapida.

Como argumentos adicionales, que inciden en el mismo sentido, se recuerda que cuando el Cabildo eclesiástico quiso destruir las arcadas centrales de la Mezquita para construir la Catedral, se opuso el Cabildo Municipal, incluso con pena de muerte para quien se atreviera a tocar los arcos⁶. La sentencia real de Carlos V permitió la construcción, aunque después se arrepintiera en su visita de 1526: «Yo no sabía lo que era esto; pues no hubiera permitido que se llegase a lo antiguo; porque hacéis lo que puede haber en otras partes y habéis deshecho lo que era singular en el mundo»⁷.

Para RODRÍGUEZ RAMOS, esto demuestra que no era competencia del Obispo decidir en exclusiva sobre el monumento, pues la decisión final era

⁶ Así consta en las Actas Capitulares de 1520 y en una Real Provisión fechada en Loja el 14 de julio de 1523, declarando la Chancillería que el Provisor de Córdoba hacía fuerza en no otorgar las apelaciones que el Ayuntamiento había interpuesto en el pleito, ordenando también en ella que se levantara pena de excomunión.

⁷ Y no fue la primera vez que hubo de resolver la monarquía, es decir, el Estado. En las Actas Capitulares de 1523, Cabildo del 29 de abril, ante el derribo por la Iglesia de la parte de la Mezquita, se dice que «la manera queste templo esta edificado es vnico en el mundo e q pa su edificio se gasto grand suma de tesoro y lo principal de ynconueniente es q la capilla Real esta eincorporada en el altar mayor donde estan enterrados los reyes»... Y se añade que «otra vez que se yntento por el dean e cabildo atrás mando las dichas obras la católica rreyna dona Isabel q sea en gloria no lo consintió e mandaron q los letrados hordene vnreqimynio sobre este proposito e que el procurados mayor con vnescriti lo notifiq al dean e cabildo pa q cesen en dicha obra fasta q su majestad sea informado o mande lo mas sea su seruycio».

del Monarca, lo que es prueba de su naturaleza de bien de dominio público. Y si es de dominio público, tampoco puede ser usucapido o adquirido por su posesión prolongada en el tiempo.

Otro argumento que se esgrime es el relativo al hecho de que la «consagración» no es un modo de adquirir la propiedad. El art. 609 del Código Civil establece las diferentes vías para adquirir un derecho real sobre bienes susceptibles de propiedad privada. Y entre ellas, como es lógico, no puede ni debe aparecer la consagración⁸.

Tal como ya hemos señalado, el 2 de marzo de 2006, el Cabildo Catedralicio de Córdoba inmatriculó la *Mezquita-Catedral* con el nombre de «*Santa Iglesia Catedral de Córdoba*».

Esta inscripción se realizó por parte del Obispado de Córdoba en aplicación de los entonces vigentes artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 304 de su Reglamento –los utilizados en las inmatriculaciones por los que se equipara a la Iglesia católica con el Estado y legitima a los diocesanos a expedir certificaciones pertinentes.

La Ley Hipotecaria (LH, en adelante), aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946, concedía en 2006 al Obispo Diocesano la categoría de funcionario público, para poder acreditar inmatriculaciones a través del juego combinado de los siguientes preceptos:

– Art 199 LH [Medios de inmatriculación de fincas no inscritas]

La inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna se practicará:

- a) *Mediante expediente de dominio.*
- b) *Mediante el título público de su adquisición, complementado por acta de notoriedad cuando no se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo del transmitente o enajenante.*
- c) *Mediante el certificado a que se refiere el artículo 206, sólo en los casos que en el mismo se indican.*

– Artículo 206 LH (primer párrafo)

El Estado, la provincia, el municipio y las Corporaciones de derecho público o servicios organizados que forman parte de la estructura política

⁸ Cabe recordar que el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de diciembre de 1959, dejó bien claro que el destino del culto de un inmueble no determina su titularidad. Igualmente se debe a traer a colación una referencia histórica de máximo interés debido al amplio periodo de vigencia de esta norma. Nos referimos a la Ley 12 del Título 28 de la Partida III: «*Toda cosa sagrada o religiosa o santa que es establecida en servicio de Dios no es en poder de ningún hombre el señorío de ella, ni puede ser contada entre sus bienes; y aunque los clérigos las tengan en su poder, no tienen el señorío de ellas, mas tiénelas así como guardadores y servidores*».

de aquél y las de la iglesia católica, cuando carezcan del título escrito de dominio, podrán inscribir el de los bienes inmuebles que les pertenezcan mediante la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos en la que se expresará el título de adquisición o el modo en que fueron adquiridos.

– Artículo 207LH.

Las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los dos artículos anteriores no surtirán efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha.

Esta normativa se desarrolla reglamentariamente del siguiente modo:

– Artículo 4 del Reglamento Hipotecario (Modificado parcialmente en 1998)

Serán inscribibles los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de la persona física o jurídica a que pertenezcan, y por tanto, los de las Administraciones públicas y los de las entidades civiles o eclesiásticas.

– Artículo 304 del Reglamento Hipotecario (redacción de 1947)

En el caso de que el funcionario a cuyo cargo estuviese la administración o custodia de los bienes no ejerza autoridad pública ni tenga facultad para certificar, se expedirá la certificación a que se refiere el artículo anterior por el inmediato superior jerárquico que pueda hacerlo, tomando para ello los datos y noticias oficiales que sean indispensables. Tratándose de bienes de la Iglesia, las certificaciones serán expedidas por los Diocesanos respectivos.

El Obispado alegó que la Mezquita-Catedral le pertenecía por «consagración». Aunque pueda parecer de difícil entendimiento en un Estado aconfesional, el único argumento que necesitó para inmatricular la Mezquita-Catedral fue su «toma de posesión» en 1236, mediante el trazado sobre el pavimento de una franja de ceniza en forma de cruz diagonal con las letras de los alfabetos griego y latino.

No presentó título formal de propiedad ni acompañó sentencia judicial que reconociera una posible usucapión del monumento por su posesión prolongada en el tiempo.

La inmatriculación no otorga la titularidad del derecho que se inscribe, pero sí es cierto que genera la apariencia jurídica de su pertenencia, obligando a quien la cuestione, dado que no podría accionar el expediente de dominio establecido en la legislación hipotecaria, a recurrir potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca

el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal⁹.

3. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 206 LH

Las repercusiones jurídicas de este artículo 206 LH han sido ampliamente analizadas por la doctrina¹⁰. Igualmente existen estudios relevantes¹¹ sobre la vulneración de principios constitucionales por aplicación de la normativa bajo la cual se produjo la inmatriculación de la Mezquita-Catedral por parte de la Iglesia Católica. En este trabajo sólo resumiremos las principales líneas argumentales que nos pueden hacer pensar en dicha vulneración, remitiendo, de cara a un estudio más exhaustivo del asunto, al artículo «Privilegio inmatriculador de la Iglesia Católica y vulneración de principios constitucionales a la luz de la STEDH «Sociedad Anónima del Ucieza contra España» en

⁹ Artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

¹⁰ Especialmente por TORRES GUTIÉRREZ, A., «A propósito de la reforma del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en materia de registro de los bienes inmuebles de titularidad eclesiástica», *Boletín de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones*, núm. 9, 1998, págs. 79 a 81. TORRES GUTIÉRREZ, A., «Estudio crítico de los privilegios de la Iglesia Católica en materia de inmatriculación de bienes», en VV.AA., *Escándalo monumental. La privatización de las iglesias, ermitas, casas, tierras y otros bienes públicos en Navarra*, Altaffaylla Kultur Aldea, Tafalla, 2009, págs. 183 a 193; y también por DE LA HAZA DÍAZ, P., «Inmatriculación de bienes de la Iglesia mediante certificación expedida por el Diocesano», en *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, año 71, núm. 630, 1995, pág. 1591 y ss.; MALUQUER DE MOTES BONET, C. J., «Titularidad de los montes vecinales y constitucionalidad o no del artículo 206 de la Ley Hipotecaria por lo que toca a los bienes de la Iglesia Católica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 18 de noviembre de 1996», *Revista de Derecho Privado*, Febrero de 1993, págs. 128 a 137; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Rectificaciones constitucionales a la vigencia actual de la certificación de dominio público como medio inmatriculador», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Registral*, núm. 563, 1984, págs. 843 a 866; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Derechos Reales y Derecho Hipotecario», *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 491; GARCÍA GARCÍA, J.M., *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 2.ª Edición, Madrid, 1990, pág. 97; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil. III. Bienes*, Edisofer, Madrid, 2003, 10.ª Edición, pág. 873; LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. DE A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil. III bis. Derecho Inmobiliario Registral*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 343; RODRÍGUEZ BLANCO, M., «Las certificaciones de dominio de la Iglesia Católica. Análisis del artículo 206 de la Ley Hipotecaria», *Revista jurídica del Notariado*, n. 34, Abril-Junio de 2000, págs. 276 y 277.

¹¹ Ver singularmente TORRES GUTIÉRREZ, A., *En torno a la inconstitucionalidad del proceso inmatriculador de fincas de los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 304 de su Reglamento*, consultado en <<http://laicismo.org>>, (consultado el 12-11-2014, a las 17.30 hs.)

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n.º 751, realizado por quien suscribe este trabajo.

3.1. *Por infracción del principio de aconfesionalidad del Estado*

La Constitución de 1978 reconoce la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley.

Este derecho reconocido en el artículo 16 conlleva que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

El apartado tercero del artículo 16 establece la aconfesionalidad del Estado español y haciendo una mención expresa a la Iglesia Católica en estos términos: «*Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones*».

Pues bien, con la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, se instaura un modelo en el que:

1. El Estado se encuentra separado de la Iglesia.
2. El Estado adopta una posición de neutralidad en sus relaciones con las confesiones religiosas y con los colectivos de ciudadanos no creyentes. La Iglesia Católica ya no es, tal como quedaba establecido en el régimen de Franco, Corporación de Derecho Público equiparable a las que forman parte de la organización política estatal (como opera a los efectos del artículo 206 de la Ley Hipotecaria). Porque ni los fines propios de la Iglesia coinciden con los del Estado, ni su actividad es homologable a la de los órganos del Estado.
3. Al afirmarse en el artículo 16.3 que ninguna confesión tendrá carácter estatal, es decir que la Iglesia se encuentra separada del Estado, éste debe adoptar una posición de exquisita neutralidad frente a las diversas creencias religiosas de los ciudadanos.

Pues bien, el artículo 206 de la Ley Hipotecaria es susceptible de ser declarado inconstitucional por atentar contra el principio de aconfesionalidad del Estado.

Se ha de afirmar que los principios de libertad e igualdad religiosa y de aconfesionalidad del Estado reconocidos en la Constitución Española chocan con el privilegio de la Iglesia para inmatricular bienes a su nombre con un certificado que firme el propio obispo.

Para llegar a estas conclusiones, resulta especialmente relevante el estudio de la STC 340/93, de 16 de noviembre, que declaró la inconstitucionalidad

dad del artículo 76.1 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, que equiparaba a la Iglesia Católica con el Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones de Derecho Público, a la hora de no estar obligada a justificar la necesidad de ocupación de los bienes que tuviere dados en arrendamiento, lo que suponía una clara forma de facilitar la resolución de este tipo de contratos, fortaleciendo notablemente la posición del arrendador frente al arrendatario, cuando quien arrendaba esos bienes inmuebles era un ente eclesiástico.

Situación de privilegio que es claramente análoga a la que se plantea en relación a la inmatriculación de fincas, y que se declaró inconstitucional por atentar a los principios de igualdad y de aconfesionalidad del Estado.

La doctrina del Tribunal Constitucional la podemos resumir en estas dos conclusiones verdaderamente esclarecedoras, que son extrapolables íntegramente a este estudio:

1. Afirma que el precepto impugnado no encuentra acomodo en un Estado aconfesional, siendo en el fondo un resquicio de un modelo de relaciones Iglesia-Estado de corte confesional.
2. Entiende que el deber de cooperación del Estado con las confesiones religiosas establecido en el artículo 16.3 de la C.E. no da cobertura a este precepto porque en ningún caso las confesiones religiosas pueden *trascender los fines que les son propios y ser equiparables al Estado ocupando una igual posición jurídica.*

En este punto el Tribunal Constitucional viene a reiterar, pues, lo que afirmó anteriormente en la STC 24/1982, en la que expresamente se advertía que el artículo 16.3 C.E. veda cualquier confusión entre funciones religiosas y funciones estatales.

3.2. *Por infracción del principio de igualdad*

Como ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional, al establecer el artículo 14 de la Constitución el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes encargados de la aplicación de las normas jurídicas.

Ese trato igual significa que a los supuestos de hecho iguales han de serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca, al mismo tiempo, como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.

Es un derecho de naturaleza relacional y no autónomo, de manera que no se viola la igualdad en abstracto sino en relación con otros derechos. Además, en el citado precepto el constituyente trata de excluir cualquier diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable por cualquier circunstancia personal o social.

Pues bien, en relación con el precepto cuestionado se aprecia claramente que existe un trato discriminatorio, que se separa de las más elementales notas caracterizadoras de la igualdad formal.

Por ello, para que pudiera entenderse avalado constitucionalmente el trato favorable otorgado a la Iglesia Católica por el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, conviene analizar si existen razones materiales que justificaran dicho trato.

El Tribunal Constitucional español ha establecido, en una jurisprudencia bastante consolidada, las condiciones para que el establecimiento de un trato desigual constituya una diferenciación admisible.

En primer lugar, ha de darse una *desigualdad de los supuestos de hecho*. En segundo lugar, para que esta diferenciación esté constitucionalmente justificada la misma debe tener una *finalidad razonable*.

En tercer lugar, el trato diferenciador debe ser considerado *racional*. En cuarto y último lugar, entre todos estos elementos se exige la *proporcionalidad*, fundamentalmente entre el trato desigual y la finalidad perseguida.

En el supuesto del trato favorable a la Iglesia Católica a efectos de la inmatriculación de fincas, no puede entenderse que la Iglesia Católica se encuentre en una situación especial, pues el proceso desamortizador desapareció hace más de un siglo, de modo que el contexto en que surge este privilegio, *no puede equipararse a la actualidad, ni justifica una posible situación de utilidad o interés general a su favor*.

Tal principio no exige un trato exactamente igual a todos los individuos, pues caben tales diferencias si están debidamente justificadas. La Sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993, en su Fundamento Jurídico 4.º, letra c), señala respecto a la diferencia de trato que en el mencionado precepto se establecía entre los supuestos de titularidad del bien arrendado por parte de la Iglesia Católica y los de otra Confesión, o un particular, razonamiento que, por analogía, aplicamos en el asunto motivo de este trabajo:

1. Que no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una materia entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley del artículo 14 C.E., sino únicamente aquellas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse *sustancialmente iguales* y *no posean una justificación objetiva y razonable*. La justificación de este trato de favor para la Iglesia Católica encuentra un fundamento especialmente difícil desde el momento en que la propia jurisprudencia constitucional ha señalado que no hay

una *distinción objetiva* en la posición jurídica de la Iglesia Católica y las demás personas físicas y jurídico privadas (las demás confesiones por ejemplo) que justifique una solución diferente.

2. Que para que la diferencia de trato sea constitucionalmente lícita, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal diferencia deben ser *proporcionadas* a la finalidad perseguida por el legislador.

Tal *juicio de proporcionalidad*, ha manifestado el Tribunal Constitucional deberá recaer sobre el análisis conjunto de estos tres elementos:

- a) La *medida* que se ha adoptado: estamos ante un trato de favor a la Iglesia Católica que no puede encontrar más justificación que la de haber tenido su génesis en un modelo de Estado confesional, en estos momentos superado.
- b) El *resultado* producido: que no es otro que una vulneración del principio de aconfesionalidad del Estado.
- c) La *finalidad* pretendida por el legislador en el supuesto concreto: que no es asumible por un Estado aconfesional en el que no cabe equiparar los fines religiosos con los fines públicos, ni emitir juicios de valor de carácter positivo referidos al hecho religioso en cuanto tal.

No existiría justificación a este trato de favor de la Iglesia Católica, ni por la finalidad que persigue la disposición ni por los efectos que la misma genera. El trato de favor que se evidencia en ayuda de la Iglesia Católica se manifiesta enormemente vinculado a un sentido confesional del Estado, ciertamente propio de una época determinada pero en nada parecido a la situación actual ni conforme con la Constitución, que proclama en su artículo 16.3 que «ninguna confesión tendrá carácter estatal». Por lo que estaríamos ante un caso de inconstitucionalidad sobrevenida.

3.3. *La STEDH «Sociedad Anónima del Ucieza contra España»*

Esta misma línea argumental ha sido avalada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos «Sociedad Anónima del Ucieza contra España», de 4 de noviembre de 2014, en la que considera que el Estado español violó el derecho de propiedad de la Sociedad Anónima del Ucieza en su litigio con la Diócesis de Palencia por la propiedad del monasterio de Ribas de Campos.

La Sociedad Anónima de Ucieza adquirió en 1978 una finca en Ribas de Campos (Palencia) en la que se enclava una iglesia cisterciense y algunos otros edificios adjuntos, como un molino de agua o una sacristía. Formaban parte en su día del monasterio de Santa Cruz de la Zarza, perteneciente a la Orden de los Premostratenses, orden desaparecida de España desde comien-

zos del siglo XIX. En la inscripción registral de la adquisición de la finca por parte de la empresa en el Registro de Astudillo se detallaban todos estos edificios como parte del bien comprado.

Dieciséis años más tarde, sin embargo, el obispo de Palencia inscribió a su nombre esas instalaciones eclesiásticas valiéndose del privilegio contemplado en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria. A pesar de la existencia de una previa inscripción registral a nombre de la Sociedad Anónima del Ucieza, tanto el registrador como los tribunales, en su momento, dieron por buena la inscripción registral realizada a nombre del Obispado de la Iglesia bajo el amparo del citado artículo 206.

La Sociedad Anónima del Ucieza apeló a los tribunales españoles sin éxito hasta llegar al Tribunal Supremo, que no admitió el recurso de casación, por la cuantía del objeto de litigio, y al Tribunal Constitucional, que en 2008, tampoco admitió el recurso de amparo.

El Obispado de Palencia siempre mantuvo que la desamortización eclesiástica de 1841 excluía a las iglesias, catedrales y anexos y que esas instalaciones seguían siendo, por tanto, propiedad de la diócesis.

El Tribunal de Estrasburgo ha declarado, por unanimidad, que el Estado español ha violado el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por la inadmisión del recurso de casación por el Tribunal Supremo. Este artículo expresa que «toda persona tiene derecho a que su causa sea escuchada equitativamente por un tribunal».

A los efectos de nuestro trabajo, lo que nos interesa resaltar es que por seis votos contra uno, el Tribunal considera también que se ha violado el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio, que enuncia que «*toda persona física o moral tiene derecho al respeto de su bienes*» y que solo se puede privar de tal derecho a alguien cuando hay una «utilidad pública», en relación al principio de igualdad contenido en el artículo 14.

Realmente este caso no es exactamente extrapolable al resto de denuncias por inmatriculaciones de la Iglesia católica, dado que en este caso las instalaciones religiosas sí estaban a nombre de alguien: el de la empresa. Normalmente, la Iglesia católica ha registrado a su nombre bienes que no están oficialmente a nombre de nadie aprovechando la potestad que le confiere la ley hipotecaria española, como es el caso de la Mezquita-Catedral de Córdoba.

La línea argumentativa del Tribunal, por la que se entiende violado el Convenio, en el aspecto que nos interesa en relación a este trabajo, se fundamenta¹² en que la inscripción registral del Monasterio a nombre del Obispado, con la única base del certificado expedido por el propio Obispo, supone una manera arbitraria y difícilmente predecible de inscripción que priva a

¹² Párrafos 95 a 101 de la Sentencia.

otros interesados de las garantías procesales básicas para la protección de sus derechos e intereses. En particular, el artículo 206 de la Ley Hipotecaria no satisface suficientemente las exigencias de precisión y previsibilidad que implica el concepto de ley tal como lo entiende el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La Corte de Estrasburgo considera aún más sorprendente que un certificado expedido por el Obispado pueda tener el mismo valor que los certificados emitidos por los funcionarios públicos, equiparándolo pues con los poderes públicos, y también se pregunta por qué el artículo 206 de la Ley Hipotecaria se refiere sólo a los obispos de la Iglesia Católica, con exclusión de los representantes de otras religiones. Asimismo, señala que no hay límite de tiempo para la inmatriculación y que ésta se realiza además sin publicidad, lo que implica una violación del principio de seguridad jurídica.

Igualmente, el Tribunal entiende que la desigualdad de trato ha de ser también tomada en consideración a la hora de entender la existencia de una violación del artículo 1 del Protocolo.

Así el Tribunal¹³ señala que «la ausencia de un debate y la desigualdad de armas, combinado con el obstáculo para el pleno disfrute de los derechos de propiedad y la falta de compensación, llevan al Tribunal a concluir que la demandante tuvo que soportar una carga especial y exorbitante que rompe el justo equilibrio que debe reinar entre las exigencias del interés general, por una parte, y la salvaguarda del derecho a la propiedad, por otro lado»¹⁴.

En relación al contenido de nuestro estudio, nos interesa destacar especialmente que, por virtud del artículo 10.2 CE, el contenido constitucional del derecho a la igualdad en relación al derecho de propiedad ha de interpretarse conforme a la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4. LA TUTELA DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

El desarrollo del Estado de las autonomías tiene seguramente uno de sus mejores paradigmas de referencia, tal como han señalado Porras y Agudo¹⁵, en relación a su temprana evolución en el sector de las políticas culturales

¹³ Párrafo 101. Traducción propia desde la versión en Francés.

¹⁴ Ver casos *Sporrong c. Lönnroth*; *Erkner c. Hofauer*; 78 –79 c. *Poiss*; *Almeida Garrett, MascarenhasFalcão y Otros c Portugal*, entre otros citados por el propio TEDH en el Párrafo 101 de la Sentencia.

¹⁵ PORRAS NADALES, A. y AGUDO ZAMORA, M., «Discurso y estrategia en la política cultural de la Junta de Andalucía» en *Constitución y Cultura. Retos del Derecho Constitucional en el Siglo XXI*, Tirant Monografías, Valencia, 2005, pág. 171 y ss.

debido a toda una variada serie de razones: su temprano proceso transferencial, que implica un largo trayecto de experimentación y puesta en práctica; su consistente dimensión conflictual con el Estado central; su doble proyección en distintos ejes sustantivos que afectan y condicionan a las técnicas o estrategias de intervención (como mínimo en el doble ámbito de la conservación y del fomento); sus dificultades para progresar en entornos horizontales de cooperación y coordinación; y en definitiva, su tendencia a una constante reformulación de las principales líneas estratégicas que se proyectan a través del discurso.

En el contexto originario del proceso autonómico, a comienzos de la década de los ochenta, el bloque de las políticas culturales se configura en el tiempo como una de las primeras materias transferidas a Andalucía, a lo largo de una agenda que se inicia en 1981 hasta culminar prácticamente en 1984 (Reales Decretos 1075/1981, 4096/1982 y 864/1984). Por eso constituye al mismo tiempo una de las esferas donde desde una fecha más temprana se concentra la actividad de diseño legislativo, con las leyes andaluzas 8/1983 de Bibliotecas, 2/1984 de Museos, y 3/1984 de Archivos¹⁶. Posteriormente tiene lugar el desarrollo legislativo en la materia de patrimonio histórico, con la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía (previamente el Decreto 107/1989 había creado el Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico)¹⁷.

Cabe sugerir además que, en términos generales, la estrategia de la política cultural ha estado inspirada en un discurso asentado sobre valores propios del Estado social, definiendo como horizontes finalistas los principios de *igualdad* de todos ante el hecho cultural, evitando discriminaciones; de *solidaridad*, emprendiendo políticas activas que deben incidir en los sectores menos favorecidos; de *participación*, promoviendo igualmente la efectiva intervención de los ciudadanos en las manifestaciones culturales; y finalmente el objetivo del *equilibrio territorial*, que en rigor se configura más bien como un elemento estratégico de carácter vertebrador, a fin de evitar y corregir los desequilibrios y desigualdades en la distribución de la infraestructura y la actividad cultural.

¹⁶ Se trata ciertamente de leyes que aparecen en pleno momento inicial de fuerte conflictividad con el Estado, dando lugar así a la vía de inconstitucionalidad contra la Ley de archivos que no se resolvió finalmente hasta la Sentencia 103/1988 del Tribunal Constitucional.

¹⁷ El posterior desarrollo reglamentario marca un cierto retraso en la agenda, culminando el año 1987 con el Decreto 323/1987 que constituye el *Archivo General* de Andalucía, y bastante tiempo después la Orden de 14 de septiembre de 1993 aprueba el *Plan de Archivos*. El Reglamento de Protección y Fomento del *Patrimonio Histórico* de Andalucía fue aprobado mediante el Decreto 19/1995; el Reglamento de Museos mediante el Decreto 284/1995; posteriormente el Decreto 230/1999 diseñó el Reglamento del *Sistema Bibliotecario* de Andalucía, y el 97/2000 el Reglamento del *Sistema Andaluz de Archivos*.

Estos grandes principios orientadores de la acción han tenido que desenvolverse en dos campos estratégicos bien diferenciados: por una parte la tutela del patrimonio histórico y de las instituciones del patrimonio cultural, que implican una labor esencialmente conservacionista; y por otra, las funciones de fomento y promoción de las distintas manifestaciones artísticas, implicando una posición activa de mayor dificultad que acaba teniendo como referente último el desafío de la cooperación en materia cultural.

Centrándonos en la referente a la tutela del patrimonio histórico, cabe destacar que la primera dificultad a la que se enfrenta la política de patrimonio histórico en Andalucía consiste en su gran volumen cuantitativo. Puede recordarse, por ejemplo, que sobre la década de los años ochenta el conjunto de elementos declarados incoados en Andalucía superaban el millar, ascendiendo la cifra de los catalogados a unos 11.000, prácticamente el triple de lo incoado y catalogado en Cataluña, y algo por encima de los niveles de Castilla-León (comunidad que sigue a Andalucía en cuanto a elementos de patrimonio histórico), dado que se incluyen vestigios de prácticamente todas las civilizaciones habidas en el Mediterráneo occidental desde el Paleolítico.

Ello implicó que los primeros factores configuradores de la política dependían de una adecuada estrategia de catalogación, en torno a la cual se orientara la labor de la Consejería de Cultura durante la década de los ochenta, hasta alcanzar su formalización en el primer *Plan General de Bienes Culturales* de 1989-95, donde el principal eje argumentativo se situaba en torno a la protección del patrimonio frente a los factores de riesgo que trae consigo el fenómeno general del crecimiento socioeconómico y la presencia de una fuerte presión turística sobre los bienes culturales. El citado plan definía como objetivo central la tutela integral de los bienes de interés cultural en Andalucía, tanto muebles como inmuebles, articulando sus líneas de actuación en torno a tres programas fundamentales: la protección, la conservación y restauración, y las instituciones del patrimonio histórico¹⁸.

Bajo la noción de *protección* se integran básicamente el registro de los bienes y su inclusión dentro de un concreto marco legal de protección, ya sea un régimen general o especial. En cuanto a la *conservación y restauración* constituyen lógicamente elementos de dificultad añadida al implicar una determinada intervención sobre los bienes culturales, configurándose así como la fase más discutida y polémica en la medida en que implica una aplicación a elementos del pasado de todo un conjunto de exigencias y de innovaciones

¹⁸ Debe destacarse la presencia de un primer esfuerzo de innovación conceptual, al introducirse la original categoría del «bien cultural», de origen italiano, que en principio se entendía como una noción superadora de la tradicional noción de lo «histórico-artístico», implicando así la incorporación a la noción de patrimonio de una nueva dimensión socioeconómica, que se incorporaría a la estrictamente cultural.

tecnológicas propias del presente. Los elementos nucleares de la protección, conservación y restauración se complementarían con un programa instrumental de carácter *institucional* que se va a articular en torno a archivos, museos y conjuntos monumentales, implicando la puesta en marcha de una administración que se distribuye en la escala provincial y se articula en diversas instituciones específicas, apoyada en un específico programa de investigación. Finalmente la proyección hacia fuera de la política se canalizaría a través de un programa de *difusión* que pretenderá valorizar socialmente el conjunto patrimonial, dando lugar al desarrollo de gabinetes pedagógicos, a la organización de exposiciones y a la política de publicaciones.

Durante esta primera etapa tiene lugar la aprobación de la *Ley 1/1991, de Patrimonio Histórico de Andalucía*, donde se configuraba el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz¹⁹. A partir de mediados de los años 90 se pone en marcha una revisión general de la política que culminará en el nuevo plan del año 2000, donde tiene lugar la introducción generalizada del nuevo discurso europeo que se formaliza a partir de la Cumbre de Essen y del *Libro Blanco* de Jacques Delors en 1994, en torno a la configuración del patrimonio cultural como un potencial instrumento de desarrollo local y de promoción ocupacional, pasando así a ser entendido como uno de los campos estratégicos de surgimiento de nuevos yacimientos de empleo²⁰.

A partir de mediados de los años 90, debido tanto a las iniciativas de la UNESCO como a la propia Unión Europea, comienza efectivamente a generalizarse el nuevo paradigma de «la cultura para el desarrollo», implicando una concepción de los gastos asignados a la conservación del patrimonio cultural como verdaderas inversiones que, a corto o medio plazo, deben dar sus frutos al traducirse en rentabilidad económica y social. El patrimonio cultural pasa así a entenderse como una entidad dinámica capaz de generar (como indicaba el Consejo de la Unión Europea, en sus conclusiones de 17 de diciembre de 1999 sobre las industrias culturales y el empleo en Europa) determinadas repercusiones económicas, ya sean directas, indirectas o inducidas, configurando así un marco idóneo para la promoción del

¹⁹ Igualmente durante su periodo de vigencia se aprueban los Reglamentos sobre Archivos (Decreto 73/1994), Sistema Bibliotecario (Decreto 74/1994) y Museos (Decreto 285/1995).

²⁰ En realidad se trata de una línea que se había iniciado en parte con anterioridad, a partir de 1985, con las iniciativas de las *Escuelas Taller* y *Casas de Oficios*: un programa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social financiado básicamente por el Fondo Social Europeo, por el Estado y los municipios, y aplicado al patrimonio histórico inmueble como elemento catalizador de cada proyecto. Se trata de proyectos de desarrollo local integrado o desarrollo sostenible, con una amplia repercusión en Andalucía a través de la esfera local, alcanzando alrededor de doscientas Escuelas-Taller que canalizan más de la mitad de su actividad en sectores relacionados con el patrimonio histórico.

empleo y el desarrollo de la calidad de vida en el singular entorno de la vieja Europa.

En torno a este nuevo horizonte finalista se puso en marcha el *Plan de Bienes Culturales 2000*, entendido como el instrumento de planificación y gestión adecuado a esta nueva concepción de la cultura concebida como un potencial instrumento motor del desarrollo regional de Andalucía²¹.

No obstante, la introducción de este nuevo discurso no implicó una ruptura inmediata con los anteriores argumentos finalistas, que en rigor no experimentaron una transformación radical. Así, el Plan General de Bienes Culturales establecía los objetivos de asegurar la preservación de los bienes culturales para el futuro, garantizar el acceso de todos los ciudadanos a su conocimiento y disfrute, promover el uso y la rentabilidad respetuosos y sostenibles de los bienes culturales, impulsar la participación de todos los agentes posibles en la gestión de los bienes culturales, y perfeccionar los métodos y desarrollar nuevos instrumentos de tutela.

Lo que se tradujo en unas líneas instrumentales que implicaron más bien una reordenación y ampliación sistemática de las anteriores pautas de acción: por una parte podríamos situar las acciones sustantivas de *conservación*, que implican la identificación del patrimonio y la sistematización de su información, junto al impulso a la investigación y el perfeccionamiento en el ámbito técnico y científico. Por otra, aparece la exigencia de mejorar la eficacia de los *instrumentos de protección* desde una nueva perspectiva integral que debería incluir el papel del patrimonio histórico como factor de estructuración territorial y desarrollo socioeconómico de Andalucía, implicando en consecuencia líneas de actuación destinadas a implementarse en conexión con *otras políticas de desarrollo* regional, comarcal o local, donde aparezcan recursos que formen parte del patrimonio histórico. Pero junto a estas orientaciones finalistas aparecía igualmente la exigencia de racionalizar las prioridades de *inversión* en materia de conservación y restauración, buscando, ante la inexorable limitación de recursos, la financiación compartida con otros agentes, tanto a escala regional como en la esfera comarcal o local. Y finalmente, aparecían las actuaciones de *difusión*, dirigidas tanto a los ciudadanos en general como a la comunidad escolar en particular.

En todo caso, la evolución del discurso programático no excluye que el contenido originario de la conservación y restauración del patrimonio históri-

²¹ El Patrimonio Histórico se enfrenta así, junto a su carácter propio de testimonio de la civilización que debe ser preservado, a su transformación en un recurso fundamental para las estrategias de desarrollo territorial; de ser entendido como un sector de mera imputación de gasto, a ser considerado como fuente de riqueza generadora de empleo especializado, investigación aplicada, y dinamización del territorio, con capacidad para potenciar determinados circuitos de interés turístico y para estimular la actividad productiva.

co, tanto mueble como inmueble, siga constituyendo uno de los elementos básicos de la planificación estratégica cultural en Andalucía, aunque ahora la relativa limitación de recursos disponibles aconseje que únicamente se deberá intervenir sobre el patrimonio cuando se trate de garantizar su conservación, acrecentar su conocimiento o fomentar su difusión; lo que implica la necesidad de que los poderes públicos *prioricen* sus inversiones en esta materia mediante la elaboración de específicos planes y programas de intervención.

Parece pues evidente que el nuevo contexto responde a un razonable aprendizaje sobre la inevitable limitación de los recursos públicos disponibles, y sobre las propias insuficiencias del sector público, lo que conducirá finalmente hacia un llamamiento a la corresponsabilidad social, bajo el postulado de que si el *Patrimonio es de todos*, todos debemos ayudar a su permanencia. En última instancia se trata pues de orquestar un equilibrio inversor entre todos los agentes que operan sobre el mismo, ya sean regionales, comarcales o locales, públicos o privados; teniendo en cuenta, por una parte, la manifiesta escasez de recursos públicos para la conservación de un patrimonio tan rico y complejo como el andaluz y, por otro, por entender que sobre la administración autonómica no puede recaer en exclusiva el compromiso de su salvaguardia.

En 2007, se aprueba la *Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía*²², que sustituye a la Ley 1/1991. Tal como se señala en la Exposición de Motivos de dicha norma, el ejercicio de la potestad legislativa en esta materia se deriva del mandato que la Constitución Española dirige, en su artículo 46, a los poderes públicos para que garanticen la conservación y promuevan el enriquecimiento de nuestro patrimonio y de los bienes que lo integran, que tuvo su reflejo en el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 1981 cuando, en su artículo 12.3, se refería a la protección y realce del Patrimonio Histórico como uno de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma.

Al mismo tiempo, la promulgación de la citada Ley 1/1991 tuvo su soporte competencial en los artículos 148.1.16.^a y 149.1.28.^a de la Constitución

²² Para un estudio más profundo sobre esta norma pueden consultarse, entre otras obras: MARTÍNEZ DE CARVAJAL, I., «La Ley del Patrimonio Histórico de Andalucía (2007): Catalogación y descontaminación. Nuevos retos; viejos retos», *Patrimonio histórico: retos, miradas, asociaciones e industrias culturales* / coord. por Rafael Jesús López Guzmán, 2010, págs. 43-64; MARTÍNEZ DE CARVAJAL, I., «La Ley del Patrimonio Histórico Andaluz (2007) y el Planeamiento Urbanístico», *E-rph: Revista electrónica de Patrimonio Histórico*, n.º. 3, 2008, 28 págs.; LÓPEZ RECHE, G., «La Ley Andaluza de Patrimonio Histórico: novedades significativas», en LÓPEZ GUZMÁN, R.J. (Coord.), *Patrimonio histórico: retos, miradas, asociaciones e industrias culturales*, 2010, págs. 19-42; CRUZ ARCOS, E., «La Ley 14/2007, de 14 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía: principales contenidos e innovaciones», *Patrimonio cultural y derecho*, n.º 14, 2010, págs. 47-63.

Española, así como lo tenía en el artículo 13.27 del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 1981.

La experiencia acumulada en la aplicación de la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía, la evolución de los conceptos y planteamientos en que se basan la protección y conservación, así como los cambios legislativos producidos en otras áreas del ordenamiento jurídico estrechamente vinculadas a la que nos ocupa aconsejaban proceder a una reforma en profundidad de la Ley de 1991.

A partir de la entrada en vigor del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007²³, el fundamento de la nueva Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía se encuentra en el artículo 10.3.3.º, que se refiere al afianzamiento de la conciencia de identidad y de la cultura andaluza a través del conocimiento, investigación y difusión del patrimonio histórico como uno de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma. A su vez, el artículo 68.3.1.º del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de protección del patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico.

Por otra parte, en el artículo 33 del Estatuto se reconoce el derecho de todas las personas al acceso, en condiciones de igualdad, a la cultura, al disfrute de los bienes patrimoniales, artísticos y paisajísticos, y, correlativamente, en el artículo 36, el deber de respetar y preservar el patrimonio público, en su vertiente cultural, histórico-artístico y natural.

Por ello, tal como establece el artículo 37.1.18.º, los poderes públicos orientarán sus políticas públicas a garantizar el libre acceso de todos a la cultura y el respeto a la diversidad cultural y la conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, histórico y artístico de Andalucía, especialmente del flamenco²⁴.

²³ Estudios profundos de los motivos y contenido del nuevo Estatuto andaluz pueden consultarse, entre otros, en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (Coords.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008; AGUDO ZAMORA, M. (Coord.), *El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2007; BALAGUER CALLEJÓN, F. y otros, *El nuevo Estatuto de Andalucía*, Tecnos, Madrid, 2007; TEROL BECERRA, M. (Coord.), *La reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía: posibilidades y límites*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005; TEROL BECERRA, M. (Coord.), *La reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía: pareceres*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007; TEROL BECERRA, M.J. (Coord.), *El Estado autonómico «in fieri». La Reforma de los Estatutos de Autonomía*, IAAP, Sevilla, 2005; *Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía*. Parlamento de Andalucía, Centro de Publicaciones no Oficiales, Sevilla, 2005.

²⁴ Con anterioridad a la reforma del Estatuto andaluz ya podíamos encontrar algunas referencias legislativas al derecho de «todos» a la cultura, fiel reflejo del esfuerzo de los

Por otra parte, y retomando el objeto principal de estudio de este trabajo, el artículo 33 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía, referente a la *autorización de intervenciones, prohibiciones y deber de comunicación sobre inmuebles*, establece en su apartado 3.º que «será necesario obtener autorización de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico, con carácter previo a las restantes licencias o autorizaciones que fueran pertinentes, para realizar cualquier cambio o modificación que los particulares u otras Administraciones Públicas deseen llevar a cabo en inmuebles objeto de inscripción como Bien de Interés Cultural o su entorno, tanto se trate de obras de todo tipo, incluyendo remociones de terreno, como de cambios de uso o de modificaciones en los bienes muebles, en la pintura, en las instalaciones o accesorios recogidos en la inscripción». Aunque este precepto parece estar pensado para cambios o modificaciones de carácter material, podría interpretarse también que un cambio o modificación de tanta repercusión jurídica como es la inscripción registral de la Mezquita-Catedral debería haberse comunicado por parte de la Iglesia Católica a la Junta de Andalucía, con carácter previo.

Pues bien, atendiendo a todo lo expuesto, tanto en clave estatutaria como legislativa, sobre el asunto, debemos destacar:

1. Existen dudas razonables acerca de la titularidad de la Mezquita-Catedral.
2. Parecen existir argumentos sólidos para entender que la inmatriculación de la Mezquita-Catedral por parte de la Iglesia Católica se ha

poderes públicos de promover el progreso de la cultura, en consonancia con el preámbulo y los artículos 44 y 46 de la Constitución. A título de ejemplo, mencionamos el artículo 4.1 de la derogada *Ley 2/1984, de 9 de enero, de museos*, el cual establecía literalmente que «el acceso a los museos de titularidad autonómica será totalmente gratuito para los ciudadanos españoles, los extranjeros residentes en España, los menores de veintiún años procedentes de países de la Comunidad Económica Europea y ciudadanos de los países hispanoamericanos». Igualmente, la *Ley 16/2003, de 22 de diciembre, del Sistema Andaluz de Bibliotecas y Centros de Documentación*, artículo 16: «1. Los titulares y, en general, los responsables o gestores de los servicios de la Red de Bibliotecas Públicas de Andalucía deberán prestar especial atención a las personas, grupos sociales y zonas geográficas que se encuentran en situación de desventaja, de manera que se garantice su efectivo acceso a los registros culturales y de información. 2. Asimismo, deberán garantizar a los inmigrantes el acceso a la información, así como a los materiales que les ayuden tanto a su integración social como a preservar su lengua y cultura original. Igualmente se fomentará que se seleccionen materiales y se ofrezcan colecciones en la lengua de los mismos. 3. En la planificación y en la gestión de los centros de la Red de Bibliotecas Públicas de Andalucía se arbitrarán los medios necesarios para que las personas impedidas para asistir a la biblioteca pública por enfermedad, discapacidad, edad o privación de libertad, tengan acceso a los registros culturales y de información».

- realizado al amparo de una ley que adolece de vicios de inconstitucionalidad.
3. Atendiendo a las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Andalucía tanto por la Constitución como por el Estatuto de Autonomía para Andalucía, y reflejadas en la legislación vigente sobre patrimonio histórico, así como por el Real Decreto 864/1984, de 29 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de cultura, por el que se traspasan las competencias de tutela de la Mezquita-Catedral a nuestra Comunidad Autónoma, la Junta de Andalucía podría considerar la necesidad y oportunidad de promover las acciones que aclaren constitucionalmente este asunto.
 4. Una vez expuestas, en los apartados anteriores, las causas de una posible inconstitucionalidad del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, analicemos, a continuación, la vía de impugnación del mismo, a través de la cuestión de constitucionalidad.
5. LA IMPUGNACIÓN DEL ARTÍCULO 206 LH A TRAVÉS DE UNA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD²⁵

La eficacia directa de la Constitución obliga a los tribunales a utilizar para la solución de los conflictos jurídicos las normas constitucionales y el resto de las normas del ordenamiento constitucional.

Los problemas surgen cuando en un proceso determinado los jueces o tribunales que conocen del asunto tienen que decidir entre aplicar la Constitución y una ley o norma con rango de ley sobre la que alberguen dudas de constitucionalidad. Un sistema de eficacia directa puro obligaría al juez a aplicar directamente la Constitución y desechar el precepto de la norma inconstitucional, como sería el caso del sistema difuso norteamericano de garantía constitucional. Pero nuestro modelo concentrado no admite que los jueces se conviertan en jueces de la constitucionalidad de la Ley, atribuyendo el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional²⁶.

²⁵ Ver AGUDO ZAMORA, M., «Privilegio inmatriculador de la Iglesia Católica y vulneración de principios constitucionales a la luz de la STEDH “Sociedad Anónima del Ucieza contra España”», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 751, 2015, págs. 2650 y 2651.

²⁶ Así lo declaraba el Tribunal Constitucional en una de sus primeras resoluciones, «no corresponde al Poder Judicial el enjuiciar al Poder legislativo en el ejercicio de su función peculiar, pues tal enjuiciamiento está atribuido al Tribunal Constitucional» (STC 4/1981, F J 1, c). Y lo desarrollaba por extenso, en la STC 17/1981: «La cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de

La cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 de la Constitución se convierte así en el instrumento que permite combinar la eficacia directa de la Constitución, que obligaría a incumplir las normas inconstitucionales, y el deber de sometimiento de los jueces y tribunales a la Ley en el ejercicio de su función jurisdiccional: «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos».

La cuestión se define, pues, como un supuesto de control concreto impropio, con una doble naturaleza. Desde una perspectiva procesal se comporta como una cuestión prejudicial devolutiva²⁷, en la que juega un papel fundamental la existencia de un proceso principal tanto para la admisión como para la subsistencia de la cuestión constitucional. Desde una perspectiva constitucional, además de un instrumento de colaboración entre la jurisdicción ordi-

los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución. La estricta aplicación del principio de jerarquía permitiría al juez resolver el dilema en que lo situaría la eventual contradicción entre la Constitución y la ley con la simple inaplicación de ésta, pero ello hubiera implicado someter la obra del legislador al criterio tal vez diverso de un elevado número de órganos judiciales, de donde podría resultar, entre otras cosas, un alto grado de inseguridad jurídica. El constituyente ha preferido, para evitarlo, sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar la ley que emana del legislador constituido, aunque no la de cuestionar su constitucionalidad ante este Tribunal que, en cierto sentido, es así, no sólo defensor de la Constitución, sino defensor también de la ley. La defensa de la Constitución frente a las eventuales extralimitaciones de los órganos dotados de poder para crear normas de carácter general corresponde, en primer lugar, a los jueces y Tribunales, que han de negar validez, a las normas reglamentarias que sean contrarias a la Constitución, inaplicándolas, y están facultados para inaplicar también incluso las normas legales que adolezcan del mismo defecto, cuando sean anteriores a la Constitución. La supremacía de ésta obliga también a los jueces y tribunales a examinar, de oficio o a instancia de parte, la posible inconstitucionalidad de las leyes en las que, en cada caso concreto, hayan de apoyar sus fallos, pero, en defensa, como antes se dice, de la dignidad de la ley emanada de la representación popular, el juicio adverso a que tal examen pueda eventualmente conducirlos no los faculta para dejar sin más de aplicarlas, sino sólo para cuestionarlas ante este Tribunal. La depuración continua del ordenamiento desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes, y siempre a salvo la acción del propio legislador, es así resultado de una colaboración necesaria entre los órganos del poder judicial y el Tribunal Constitucional, y sólo esta colaboración puede asegurar que esta labor depuradora sea eficaz y opere de manera dinámica y no puramente estática, ya que sólo por esta vía, y no por la del recurso de inconstitucionalidad, cabe tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas» (F J 1).

²⁷ ATC 69/83.

naria y la constitucional para garantizar la integridad de la CE, es un instrumento más de control abstracto de la constitucionalidad de las leyes²⁸, que presenta la ventaja de evitar los elementos más sensibles de la politización que en la práctica manifiesta el recurso directo de constitucionalidad.

En relación al asunto que estudiamos en este trabajo, una vía para explorar la posibilidad de que se planteara una cuestión de constitucionalidad sería la siguiente:

- 1.º La Junta de Andalucía podría dirigirse al Registro de la Propiedad con la finalidad de inscribir la Mezquita-Catedral a su nombre, mediante la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos²⁹ (artículo 206 LH y 304 RH).

Esta pretensión se realizaría con base en:

- Informe pericial de expertos en Historia del Derecho, que avalara la titularidad pública de la Mezquita-Catedral.
- Real Decreto 864/1984, de 29 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de cultura.

- 2.º El Registro de la Propiedad, probablemente, calificará negativamente este documento. Con base en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria, podrá recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal. De cara a una mayor eficacia en la resolución del asunto parece más aconsejable esta segunda opción.
- 3.º En la demanda ante los Tribunales se plantearía la cuestión de constitucionalidad
- 4.º En caso de que se reconociera vía cuestión de constitucionalidad la inconstitucionalidad del artículo 206 LH, se anularía la inscripción registral realizada por el Obispado de Córdoba
- 5.º En relación a la inmatriculación realizada por la Junta de Andalucía, posiblemente sería impugnada por el Obispado.

²⁸ STC 94/86.

²⁹ Acompañando (art.303 RH): 1.º La naturaleza, situación, medida superficial, linderos, denominación y número, en su caso, y cargas reales de la finca que se trate de inscribir. 2.º La naturaleza, valor, condiciones y cargas del derecho real inmatriculable de que se trate y las de la finca a que se refiere la regla anterior. 3.º El nombre de la persona o corporación de quien se hubiere adquirido el inmueble o derecho, cuando constare. 4.º El título de adquisición o el modo como fueron adquiridos. 5.º El servicio público u objeto a que estuviere destinada la finca.

- 6.º En todo caso, todo este hipotético iter procesal sólo resolvería la cuestión referida a la inmatriculación de la Mezquita-Catedral, no la referente a la titularidad del dominio de la misma que quedaría pendiente de resolución.

6. CONCLUSIONES

1. El artículo 206 de la Ley Hipotecaria es susceptible de ser declarado inconstitucional por atentar contra el principio de igualdad (art. 14 CE) y el de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE).

Se puede afirmar, pues, que los principios de igualdad religiosa y de aconfesionalidad del Estado reconocidos en la Constitución Española chocan con el privilegio de la Iglesia para inmatricular bienes a su nombre con un certificado que firme el propio obispo, por las siguientes razones jurídicas:

- a) El principio de aconfesionalidad impide dotar a las Confesiones religiosas del estatuto de Corporaciones de Derecho Público, no cabiendo asimilar los fines religiosos con los públicos, ni a los miembros de una Confesión religiosa, por muy cualificada que sea su posición dentro de la misma, con los funcionarios públicos.
- b) Que la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993, de 16 de noviembre, respecto al artículo 76.1 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 es plenamente trasladable a los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 304 de su Reglamento, constituyendo base suficiente para plantear un recurso ante el Tribunal Constitucional.
- c) En la medida que persista el mantenimiento de estos preceptos, se estará contraviniendo manifiestamente la doctrina del Tribunal Constitucional tendente a vedar cualquier confusión entre funciones religiosas y funciones estatales, recogida en el Fundamento Jurídico 4.º, letra d) de la Sentencia 340/1993, y el Fundamento Jurídico 1.º de la Sentencia 24/1982.
- d) En relación al principio de igualdad entre confesiones religiosas reconocidas en el Estado, la solución nunca pasaría por equiparar a las distintas religiones para que todas ellas pudieran inmatricular bienes, pues de ese modo lo que se conseguiría es una lesión aún mayor del principio de aconfesionalidad del Estado.

2. La declaración de inconstitucionalidad de este artículo haría avanzar una línea jurisprudencial, iniciada por el Tribunal Constitucional en la STC 340/93, que puede abrir camino para contribuir sensiblemente a depurar determinadas áreas de nuestro ordenamiento jurídico sobre las que pueden recaer fundadas sospechas de inconstitucionalidad por ser resquicios de un

modelo de relaciones Iglesia-Estado de corte confesional, que fue superado con la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, que instaura un modelo en el que:

1. El Estado se encuentra separado de la Iglesia.
2. El Estado adopta una posición de neutralidad en sus relaciones con las confesiones religiosas y con los colectivos de ciudadanos no creyentes.

3. Tomando el caso de la inscripción de la Mezquita-Catedral como referente, podría accionarse la vía judicial ordinaria, como camino para poder solicitar la cuestión de constitucionalidad. De este modo por vía jurisprudencial, se incidiría en la idea de laicidad del Estado, fórmula que no se incluyó en nuestra Constitución, y que ha de caracterizarse por la adopción de una posición de exquisita neutralidad frente a las diversas creencias religiosas de los ciudadanos y por una estricta separación con el hecho religioso.

Se trataría de apostar por una nueva manera de enfocar las relaciones entre la Iglesia y el Estado, que debería ir acompañada de otras numerosas modificaciones legales, que las hicieran equiparables a la realidad jurídico-política de la mayoría de los países europeos.

Se trataría, en definitiva, de profundizar en la idea de un Estado laico, evolución institucional y jurídica, propia de un Estado social y democrático de Derecho. Y que con el planteamiento de este recurso, bien explicado a la ciudadanía, sin demagogias ni radicalismos anticlericales, se visibilizaría claramente.

4. En relación a la inmatriculación de la Mezquita-Catedral:

- a) Existen dudas razonables acerca de la titularidad de la Mezquita-Catedral.
- b) Parecen existir argumentos sólidos para entender que la inmatriculación de la Mezquita-Catedral por parte de la Iglesia Católica se ha realizado al amparo de una ley que adolecía de vicios de inconstitucionalidad.
- c) Atendiendo a las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Andalucía y a la legislación vigente sobre patrimonio histórico, así como por el Real Decreto 864/1984, de 29 de febrero, la Junta de Andalucía debe considerar la necesidad y oportunidad de promover las acciones que aclaren constitucionalmente este asunto, máxime a raíz de la STEDH «Sociedad Anónima del Ucieza contra España», a través de la activación de los mecanismos procesales que puedan conducir a la presentación de una cuestión de constitucionalidad.

7. BIBLIOGRAFIA

- AGUDO ZAMORA, M., «Privilegio inmatriculador de la Iglesia Católica y vulneración de principios constitucionales a la luz de la STEDH «Sociedad Anónima del Ucieza contra España»», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 751, 2015.
- (Coord.), *El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2007.
- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil. III. Bienes*, Edisofer, Madrid, 2003, 10.ª edición.
- BAENA ALCANTARA, M.D., *La Mezquita-Catedral de Córdoba*. Francisco Baena, 1986.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. y otros, *El nuevo Estatuto de Andalucía*. Tecnos, Madrid, 2007.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Rectificaciones constitucionales a la vigencia actual de la certificación de dominio público como medio inmatriculador», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Registral*, núm. 563, 1984.
- BONETI PÉREZ, J., «El problema de la efectividad interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 92, n.º 1, 1993.
- CRUZ ARCOS, E., «La Ley 14/2007, de 14 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía: principales contenidos e innovaciones», *Patrimonio cultural y derecho*, núm. 14, 2010.
- DE LA HAZA DÍAZ, P., «Inmatriculación de bienes de la Iglesia mediante certificación expedida por el Diocesano», *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, año 71, núm. 630, 1995.
- FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A., «Posibilidades de un sistema supranacional de Derecho Eclesiástico en el marco de la Unión Europea», *La Armonización Legislativa de la Unión Europea*, C.E.S.S.J. Ramón Carande, II, Madrid, 2000.
- GARCÍA GARCÍA, J.M., *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 2.ª Edición, Madrid, 1990.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. DE A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil. III bis. Derecho Inmobiliario Registral*, Dykinson, Madrid, 2001.
- LIÑÁN NOGUERAS, D., «Los efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho Español», *Revista Española de Derecho Internacional*, XXXVII, 1985.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., «Principios, técnicas y modelos de relación entre Estado y Grupos Ideológicos religiosos (Confesiones Religiosas) y no religiosos», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 88, Abril-junio de 1995, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1991, 2.ª Edición.
- «Actitud dela España democrática ante la Iglesia», en *Iglesia Católica y regímenes autoritarios y democráticos (experiencia española e italiana)*, Madrid, 1987.

- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. y SUÁREZ PERTIERRA G., «El fenómeno religioso en la Constitución Española», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 61, Madrid, 1980.
- LÓPEZ RECHE, G., «La Ley Andaluza de Patrimonio Histórico: novedades significativas», en LÓPEZ GUZMAN, R.J. (Coord.), *Patrimonio histórico: retos, miradas, asociaciones e industrias culturales*, 2010.
- MALUQUER DE MOTES BONET, C.J., «Titularidad de los montes vecinales y constitucionalidad o no del artículo 206 de la Ley Hipotecaria por lo que toca a los bienes de la Iglesia Católica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala I.^a) de 18 de noviembre de 1996», *Revista de Derecho Privado*, Febrero de 1993.
- MARTÍNEZ DE CARVAJAL, I., «La Ley del Patrimonio Histórico de Andalucía (2007): Catalogación y descontaminación. Nuevos retos; viejos retos», en LÓPEZ GUZMAN, R.J. (Coord.), *Patrimonio histórico: retos, miradas, asociaciones e industrias culturales*, 2010.
- «La Ley del Patrimonio Histórico Andaluz (2007) y el Planeamiento Urbanístico» en *E-rph: Revista electrónica de Patrimonio Histórico*, núm. 3, 2008.
- MILIONE FUGALI, C., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (Coords.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.
- NIETO CUMPLIDO, M., *La Catedral de Córdoba*, Cajasar Publicaciones, Córdoba, 1998.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales y Derecho Hipotecario. Tomo II. Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad, Centro de Estudios Registrales*, Madrid, 1999.
- PORRAS NADALES, A. y AGUDO ZAMORA, M., «Discurso y estrategia en la política cultural de la Junta de Andalucía», *Constitución y Cultura. Retos del Derecho Constitucional en el Siglo XXI*, Tirant Monografías, Valencia, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, L., «Principios constitucionales del Derecho Eclesiástico Español», en VV.AA., *Curso de Derecho Eclesiástico*, Servicio de Publicaciones de la U.C.M., Madrid, 1991.
- RODRÍGUEZ BLANCO, M., «Las certificaciones de dominio de la Iglesia Católica. Análisis del artículo 206 de la Ley Hipotecaria», *Revista jurídica del Notariado*, núm. 34, Abril-Junio de 2000.
- RODRÍGUEZ RAMOS, A.M., «Nulidad de la inmatriculación de la Mezquita-Catedral» (consultado el 26-11-2014 a las 19.00 hs en <<http://laicismo.org/detalle.php?tg=1569&pg=1&pk=32693#ppal>>)
- SAÍZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- TEROL BECERRA, M. (Coord.), *La reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía: pareceres*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007.
- *La reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía: posibilidades y límites*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.
- *El Estado autonómico «in fieri». La Reforma de los Estatutos de Autonomía*, IAAP, Sevilla, 2005.

- TORRES GUTIÉRREZ, A., «A propósito de la reforma del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en materia de registro de los bienes inmuebles de titularidad eclesiástica», *Boletín de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones*, núm. 9, 1998.
- «Estudio crítico de los privilegios de la Iglesia Católica en materia de inmatriculación de bienes», en VV.AA., *Escándalo monumental. La privatización de las iglesias, ermitas, casas, tierras y otros bienes públicos en Navarra*, Altaffaylla Kultur Aldea, Tafalla, 2009.
- *En torno a la inconstitucionalidad del proceso inmatriculador de fincas de los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 304 de su Reglamento*, consultado en <<http://laicismo.org>>, (consultado el 12-11-2014, a las 17.30 hs.)
- «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993, de 16 de noviembre», (por error aparece impresa la fecha 13 de mayo), en MARTÍNEZ TORRÓN, J., (Coord.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Comares, Granada, 1998.
- VILADRICH, P.J., y FERRER ORTIZ, J., «Los principios informadores del Derecho Eclesiástico Español», en VV.AA., *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, EUNSA, Pamplona, 1996, 4.^a Edición.
- VV.AA., *Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Centro de Publicaciones no Oficiales, Sevilla, 2005.

TITLE: Registration of the Cordoba's Mosque-Cathedral: Protection of heritage and constitutional relevance.

RESUMEN: En este trabajo, partiendo del caso de la Mezquita-Catedral de Córdoba se exponen sucintamente los argumentos en los que basar una posible inconstitucionalidad del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, referidos a la violación de los principios constitucionales de aconfesionalidad del Estado y de igualdad, con referencias a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos «Sociedad Anónima del Ucieza contra España», que tiene una relevancia específica para el objeto de nuestro estudio. Finalmente se analiza el deber de tutela del patrimonio histórico y cultural de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el posible uso de la cuestión de constitucionalidad como vía de actuación de la Junta de Andalucía en relación a la inscripción registral de la Mezquita-Catedral.

PALABRAS CLAVE: Mezquita-catedral; inmatriculación; Iglesia católica; igualdad; aconfesionalidad; inconstitucionalidad; protección del patrimonio.

ABSTRACT: In this paper, based on the case of the Mosque-Cathedral of Cordova, we outlines the arguments on which to base a possible unconstitutionality of Article 206 of the Mortgage Act, concerning the violation of the constitutional principles of secularism and equality, with referenes to Judgment of the European Court of Human Rights «SA of Ucieza against

Spain», which has a specific relevance to the subject of our study. Finally, we analyze the duty of protection of historical and cultural heritage of Andalusia and the possible use of the «cuestión de constitucionalidad» as a means of action of the Junta de Andalucía in relation to the registration of the Mosque-Cathedral.

KEYWORDS: Mosque-cathedral; registration; Catholic Church; equality; secularism; unconstitutionality; protection of heritage.

RECIBIDO: 20.11.2015

ACEPTADO: 09.11.2015

ORDEN POLÍTICO Y PRINCIPIOS DE REFORMA TRIBUTARIA: UN ANÁLISIS EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

Zulema Calderón Corredor

doi: 10.18543/ed-63(2)-2015pp47-80

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANÁLISIS HISTÓRICO. 1. *Cosmovisión realista*. 1.1. *El conocimiento por las causas*. 1.2. *Naturaleza humana: hombre como ser social y político*. 1.3. *Orden político y bien común*. 1.4. *Justicia como virtud, derecho como reparto*. 1.5. *Impuesto justo por sus causas*. 2. *Cosmovisión moderna*. 2.1. *Del realismo al paradigma de la certeza*. 2.2. *Del hombre social al individuo egoísta*. 2.3. *Del orden al contrato*. 2.4. *De la virtud a la idea, del reparto al poder*. 2.5. *El impuesto equitativo*. 3. *Cosmovisión científicista*. 3.1. *Del racionalismo al método científico*. 3.2. *Del individuo a la sociedad*. 3.3. *Del estado protector al estado benefactor*. 3.4. *Justicia como derecho positivo*. 3.5. *Principio de justicia en los tributos*. 4. *Cosmovisión postmoderna*. 4.1. *Del positivismo al relativismo*. 4.2. *Nihilismo y bienestar*. 4.3. *Estado de bienestar: consolidación y crisis*. 4.4. *Formalismo y constructivismo jurídicos*. 4.5. *Del Estado social al estado fiscal*. 3. ALGUNAS CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La primera década del siglo XXI se encuentra marcada por importantes movimientos de reforma fiscal en muchos Estados europeos. Los efectos derivados de la reciente crisis económica y la situación de las finanzas públicas han sido las variables que más han influido a la hora de situar al fenómeno tributario como protagonista de la acción política.

Del análisis de los sistemas tributarios actuales y de las propuestas de reforma que en ellos se contienen, sobresale el esfuerzo por hacer compatibles objetivos tributarios tradicionalmente enfrentados, como los redistributivos y recaudatorios con las restricciones que impone el contexto económico, en el Informe Mirrlees de Reino Unido¹, o como los recaudatorios y la eficiencia económica en el caso del Informe español de la Comisión de Expertos para la Reforma Fiscal², por ejemplo.

No obstante, estos trabajos de reflexión y propuesta de reforma, no se encuentran acompañados de un activo debate político, social y doctrinal relativo a la posible reconsideración del modelo actual, desde el punto de vista de las funciones del Estado y con ello desde la finalidad del gasto público y del sistema tributario. Es decir, las propuestas de reforma fiscal deberían estar inspiradas en un proceso continuo de búsqueda del bien sustantivo de las sociedades a las que sirven, especialmente en una coyuntura de crisis como la presente que, además de tener causas económicas, puede ser síntoma de un agotamiento de los modelos sociales y políticos vigentes.

Pues bien, como medio para reflexionar sobre ese bien sustantivo, se propone un breve análisis sobre la relación que existe entre el orden político y los principios de reforma tributaria que se han sucedido a lo largo de la historia en Europa Occidental. Este análisis comprenderá el de las concepciones que acerca del conocimiento, el hombre y de la sociedad les han servido de sustrato, en la medida en que estas concepciones se han proyectado en las formas históricas de organización política y en el papel adoptado por los sistemas tributarios. Con ello se busca comprender mejor cuál es la influencia del modelo antropológico y político de referencia en los principios inspiradores de las reformas fiscales, los fines o la ausencia de ellos, que han ido posicionando a los sistemas fiscales modernos en su realidad y vicisitudes. La profundización en sus elementos constitutivos y en la forma de entender el fenómeno tributario puede iluminar la tarea de proponer una dirección de propósito para posibles reformas tributarias.

Con este objetivo, y sin detenerse en realidades espacial o temporalmente concretas, se propone un análisis histórico de los elementos anteriores en el marco de las cosmovisiones³ que históricamente se han sucedido. Se analizarán por orden cronológico las cosmovisiones *realista*, desde Aristóteles al

¹ MIRRLEES, J. ET. ALT.: *Diseño de un sistema tributario óptimo. Informe Mirrlees*, Introducción y traducción de Julio Viñuela Díaz, Centro de estudios Ramón Areces (1.ª edición inglesa de 2011), 2013.

² Informe publicado en febrero de 2013 como resultado de los trabajos de la Comisión creada por medio de los Acuerdos del Consejo de Ministros de 5 de julio y de 8 de noviembre de 2013.

³ Cosmovisión: Manera de ver e interpretar el mundo (RAE).

inicio del nominalismo (siglo XIV), la *moderna*, desde el nominalismo al positivismo científico (siglo XIX), la *cientificista* (hasta mediados del siglo XX), y la *post-moderna*, hasta la época actual⁴.

2. ANÁLISIS HISTÓRICO

1. *Cosmovisión realista*

1.1. El conocimiento por las causas

La remisión histórica al realismo aristotélico como primera etapa de este análisis, responde a la búsqueda de las fuentes y presupuestos que acompañaron a la formulación primigenia de elementos clave de este estudio: el concepto de justicia y de Derecho y la cuestión del orden político⁵. El adjetivo realista sobresale del resto, no obstante, pues tanto la filosofía jurídica como la teoría del estado que se elaboraron sobre las aportaciones de Aristóteles, lo hicieron desde una particular concepción sobre las posibilidades del conocimiento humano. «Todos los hombres desean por naturaleza saber»⁶ y «sabemos una cosa cuando creemos conocer su causa primera»⁷. En ese proceso juegan un papel importante los sentidos, la memoria, el razonamiento y la experiencia⁸ a través de los cuáles se llega al conocimiento de las cosas concretas «que están ahí»⁹.

Esta forma de entender la realidad se denominó realista frente al empirismo y a la visión platónica precedentes. El conocimiento de una cosa se materializa así en el de sus causas¹⁰ y de sus fines o hacia dónde tienden. Si se

⁴ Un desarrollo más detallado sobre la cuestión en: CALDERÓN CORREDOR, Z.: *Los principios impositivos de equidad y eficiencia en el sistema fiscal español: una perspectiva antropológica*, Tesis doctoral inédita, 2014.

⁵ En ambas cuestiones puede decirse que la influencia de Aristóteles ha sido decisiva en la Historia de Occidente, y especialmente en los quince siglos siguientes. En el Libro V de su *Ética* a Nicómaco Aristóteles delimita las fronteras del arte jurídico, la especialidad del mismo frente a otros artes y otras ciencias y con ello delimita también el objeto del Derecho. Existe abundante bibliografía que se ocupa de esta cuestión. Por todos, puede citarse la siguiente: VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «¿Qué es el realismo? Distintas perspectivas con las cuales se enfoca su significado», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 78, 2001, pp. 583-605; En su *Política* se contienen algunas de las aportaciones doctrinales más importantes de la historia de la Ciencia Política.

⁶ ARISTÓTELES, *Metafísica*, Edición trilingüe por Valentín García Yebra, 2.ª ed. [1970¹], Madrid, Gredos, 1990, p. 2.

⁷ *Ibidem*, p. 19.

⁸ *Ibidem*, p. 4.

⁹ CORTS GRAU, J.: *Historia de la filosofía del derecho*. 2.ª ed., Editora Nacional, Madrid, 1968, pp. 134 y ss.

¹⁰ «... una de las cuales decimos que es la substancia y la esencia (pues el porqué se reduce al concepto último, y el porqué primero es causa y principio); otra es la materia o

acepta que la realidad puede conocerse, aunque sea imperfectamente, y es la que es, se acepta también implícitamente que puede existir un orden externo inteligible que pueda ser relevante descubrir.

1.2. Naturaleza humana: hombre como ser social y político

Para entender la teoría política que propone y su concepto de justicia, hay que detenerse primero en conocer su idea de hombre. Como hiciera para conocer otras realidades, en la humana también identifica una esencia o naturaleza¹¹, y un fin, la felicidad, aunque reconoce que «las naturalezas vulgares y groseras creen que la felicidad es el placer...»¹². Sin embargo, enseguida explica por qué entiende que la felicidad del hombre se encuentra en la virtud¹³, cuestión a la que dedica la práctica totalidad de su *Ética* nicomaquea. En su recapitulación final sobre la teoría de la felicidad retoma de nuevo la cuestión de la virtud y la relaciona con su idea del hombre, explicando cómo los actos dignos de ser amados y preferidos son los que resultan conformes a la manera del ser del hombre¹⁴, que es una y determinada. De esta forma, naturaleza humana y felicidad se encuentran indisolublemente unidas al concepto de virtud, y a través de ella a la relación que mantiene el hombre con el resto de sus semejantes.

Conforme a la teoría aristotélica en torno a las virtudes humanas¹⁵ el bien del hombre no puede separarse del bien de los que forman la comunidad. Es por ello que Aristóteles afirma que se trata de un ser social, que tiende de

el sujeto; la tercera, aquella de donde procede el principio del movimiento, y la cuarta, la que se opone a ésta, es decir, la causa final o el bien (pues éste es el fin de cualquier generación y movimiento)». ARISTÓTELES, *Metafísica*, Edición trilingüe por Valentín García Yebra, 2.ª ed. [1970¹], Madrid, Gredos, 1990, p. 19.

¹¹ «Lo que cada ser es, después de cumplirse el desarrollo, eso decimos que es su naturaleza, así de un hombre, de un caballo o de una casa. Además, la causa final y la perfección es lo mejor.» ARISTÓTELES, *La política*, Edición preparada por Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez, 2.ª ed., Madrid, Editora Nacional, 1981, p. 49. Por ello, «la naturaleza significa algo crucial en la comprensión del mundo...la naturaleza significa el enraizamiento del devenir en el ser, esto es, que en el obrar de cada ente natural se manifiesta el mismo ser del que obra y así, no solo lo finito y contingente sino incluso lo cambiante, manifiesta en este su movimiento, un modo de ser». PETIT SULLÁ, JOSÉ M.ª: *Obras Completas*. Tomo II, Vol. II, Tradere, 2011, p. 544.

¹² ARISTÓTELES: *Ética nicomaquea*, Traducción y notas de Patricio de Azcárate, Buenos Aires, Losada, 2004 (2004), p. 15.

¹³ *Ibidem*, p. 36.

¹⁴ *Ibidem*, p. 384.

¹⁵ MACINTYRE, A.: *Tras la virtud*. Traducción castellana de Amelia Valcarce, [2001¹], 4.ª ed., Crítica, Barcelona, 2009 (2009), pp. 281-282. Su teoría sobre la virtud como forma en la que el hombre alcanza su fin (la felicidad), junto con la amistad y la justicia, fue

forma natural a vivir en comunidad¹⁶. No obstante, «el hombre no sólo es social, como lo son otros animales, sino que es también político, y sólo él es tal. La polis es la condición de la vida humana buena, de una vida humana dotada de aquella plenitud que a la esencia del hombre como animal racional corresponde»¹⁷. Esta concepción sobre la forma de ser del hombre y su vida es la que traslada a su teoría política y la que recogerá la tradición escolástica¹⁸ hasta proyectarla en otros ámbitos, como el jurídico y el tributario.

1.3. Orden político y bien común

Aristóteles dedica el Libro VI de *La Política* a determinar cuál es el régimen más perfecto, pero para ello cree necesario investigar primero qué tipo de vida es el más deseable «pues si se ignora esto se ignorará también el régimen más deseable»¹⁹. Concluye el capítulo primero de este libro afirmando que «la forma mejor de vida para cada individuo en particular y para las ciudades en general es la que cuenta con una virtud dotada de recursos suficientes como para intervenir en las acciones virtuosas... »²⁰.

Santo Tomás se refiere al orden político como a una realidad superior a la suma de sus miembros, una unidad de actuación con arreglo a un fin, una unidad de orden, en la que el bien individual se somete al bien común sin ser absorbido por éste. El bien común, «este que hace posible precisamente el armonioso despliegue de la personalidad»²¹, es el fin de la sociedad política. Es así como la cuestión de la naturaleza humana, la tradición de las virtudes y la cuestión del fin, quedan vinculadas a la teoría política y, por extensión, a la teoría jurídica y tributaria o teoría del impuesto justo.

desarrollada por Aristóteles en sus tratados sobre teoría moral: *Ética eudemia*, *La gran moralía* y *la Ética nicomaquea*.

¹⁶ ARISTÓTELES: *La política*, Edición preparada por Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez, 2.ª ed., Madrid, Editora Nacional, 1981, pp. 49-50.

¹⁷ TRUYOL Y SERRA, A.: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. I. De los orígenes a la baja edad media*. 14.ª ed., (Revista de Occidente, 1954¹), Alianza, Madrid, 2004, p. 161.

¹⁸ SAN AGUSTÍN la recoge en su filosofía social y política al igual que SANTO TOMÁS. TRUYOL Y SERRA, A.: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. I. De los orígenes a la baja edad media*. 14.ª ed., (Revista de Occidente, 1954¹), Alianza, Madrid, 2004, pp. 266-267 y 372-373 respectivamente.

¹⁹ ARISTÓTELES (1981): *La política*, Edición preparada por Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez, 2.ª ed., Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 275.

²⁰ *Ibidem*, p. 277.

²¹ TRUYOL Y SERRA, A.: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. I. De los orígenes a la baja edad media*. 14.ª ed., (Revista de Occidente, 1954¹), Alianza, Madrid, 2004, p. 373.

1.4. Justicia como virtud, derecho como reparto

El objeto del Derecho, la justicia y su fin, el reparto, se sostienen también sobre la realidad humana en la que espontáneamente surgen. Su origen y existencia responden a las condiciones de tiempo y espacio en que el hombre vive, a su naturaleza social, al reparto de funciones que se produce en la comunidad, y a cómo de todo ello se deriva la necesidad de que exista un reparto de las cosas, de que las mismas estén atribuidas a personas concretas²².

La noción de justicia, siendo la más importante de toda la filosofía jurídica y fundamental en la política, fue delimitada y vinculada con el arte jurídico dentro del estudio de las virtudes. Es allí donde ARISTÓTELES consiguió identificar en el significado general atribuido a la justicia como virtud²³, un sentido específico, propio, la quintaesencia del mismo²⁴, delimitando así las fronteras del arte jurídico, su especialidad frente a otras artes y ciencias y con ello identificar el objeto del Derecho. Así, la justicia entendida en sentido estricto, la *justicia particular*, es la virtud según la cuál alguien «no toma más que su parte de los bienes exteriores disputados por un grupo social, ni menos del pasivo, de las cargas...»²⁵ siendo la finalidad de este tipo de justicia el que cada uno tenga lo suyo²⁶, el *suum*, su derecho, tarea de los jueces y del arte jurídico y conforme al criterio de medida contenido en el Derecho, un reparto sobre bienes exteriores.

La justicia, identificable con una relación de igualdad, puede adoptar distintas formas de medida según la posición en que se encuentren las partes, pues son también distintas las formas de relación humana que pueden encontrarse en la vida en común. Por ello, la *justicia particular* puede hacerse efectiva desde dos formas: conmutativa o reparadora²⁷, relativa a las relaciones de los individuos entre sí y distributiva o asignadora, realizable en las relaciones entre la comunidad o grupo y cada uno de sus miembros indivi-

²² HERVADA XIBERTA, J.: ¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico. Euns, 2.^a ed, Pamplona, 2008, pp. 33 y ss.

²³ Del análisis de Aristóteles sobre la justicia se desprenden dos sentidos atribuibles al término. De un lado estaría la justicia desde un sentido amplio, la virtud entera o *justicia general*, entendida como la suma de todas las virtudes o la conformidad con la ley moral, aunque sin confundirse con la moralidad plena. ARISTÓTELES: Ética nicomaquea, Traducción y notas de Patricio de Azcárate, Buenos Aires, Losada, 2004, pp. 163-167. La justicia así entendida desborda ampliamente los límites del Derecho.

²⁴ VILLEY, M.: *Filosofía del Derecho*. Traducción de Evaristo Palomar Maldonado, Scire Universitaria, Barcelona, 2003, pp. 50-51.

²⁵ *Ibidem*, pp. 50-51.

²⁶ VITORIA, F. DE, *La Justicia*. Estudio preliminar y traducción de Luis Fraile Delgado. Tecnos, Madrid, 2001, p. 12.

²⁷ ARISTÓTELES: Ética nicomaquea, Traducción y notas de Patricio de Azcárate, Losada, Buenos Aires, 2004, p. 175.

dualmente considerados. Esta última tendrá especial relevancia en el ámbito tributario.

1.5. Impuesto justo por sus causas

El pago de los tributos, para un hombre que por naturaleza vive y se desarrolla en comunidad, resulta natural y espontáneo y queda vinculado a los fines que son propios de esa convivencia. Las aportaciones más relevantes del pensamiento medieval y de la doctrina escolástica (siglos XI-XVII)²⁸ sobre qué hace justo a un impuesto, se fundamentan en la identificación de sus causas. Además del fin del tributo o su ordenación al bien común (causa final), se señalan como necesarios su aprobación por la autoridad competente (causa eficiente), la existencia previa de capacidad económica (causa material) y su reparto proporcional (causa formal).

La medida del gravamen es la que aporta la *justicia distributiva*, puesto que se trata de un reparto que se circunscribe mayormente a relaciones que mantiene la comunidad con sus miembros²⁹. «Así pues, lo justo es algo proporcional... Este tipo de relación entre las cosas y las personas es el tipo de la justicia distributiva y la proporción que se le aplica es la geométrica»³⁰. Para que dicha proporción pueda materializarse, es necesario determinar qué condición o circunstancia diferencia a unos ciudadanos de otros y es relevante a efectos impositivos. El criterio dependerá de la relación que guarde el destinatario del tributo con el fin del reparto, y siendo los tributos la forma de atender a las cargas públicas, fue la capacidad económica para afrontarlas la que se consideró como condición más relevante. Este criterio se constituyó para SANTO TOMÁS y la doctrina escolástica posterior en la piedra angular para la realización de la *justicia distributiva* en materia de impuestos³¹.

²⁸ SANTO TOMÁS desarrolla la doctrina del impuesto justo como un caso particular de los requisitos que deben cumplir las leyes humanas para obligar en conciencia, ocupando un lugar fundamental en esos requisitos tanto el fin del tributo como la forma del reparto de la carga. AQUINO, S. T. DE.; *Suma de Teología II*, parte I-II (*Prima secundae*), Madrid, BAC. 1989, q. 96. a. 4. 750-751. Referencias a esta cuestión en las aportaciones de la Escuela de Salamanca pueden encontrarse, entre otros, en GOROSQUIETA REYES, J.: «El sistema de ideas tributarias de los teólogos y moralistas principales de la escuela de Salamanca», *Hacienda Pública Española*, n.º 17, 1972, pp. 131-150; y GÓMEZ CAMACHO, F.: *Economía y filosofía moral: la formación del pensamiento económico europeo en la Escolástica española*, Síntesis, Madrid. 1998, pp. 293-307.

²⁹ ARISTÓTELES: *Ética nicomaquea*, Traducción y notas de Patricio de Azcárate, Lozada, Buenos Aires, 2004, p. 172.

³⁰ *Ibidem*, p. 173.

³¹ PÉREZ DE AYALA, J.L.: «El fundamento deontológico del impuesto, de la Ley fiscal y de la obligación tributaria», en AA. VV. *I Jornada Metodológica «Jaime García Año-*

Cuando se enumeran los requisitos del impuesto justo, las llamadas «causas del impuesto», implícitamente estos autores están considerando todos los elementos necesarios para dar también respuesta al problema de la medida concreta en la contribución proporcional, es decir, al problema del *quantum*. No es de extrañar que no hicieran referencia a una proporción concreta, pues la misma debería estar en estrecha dependencia con la finalidad del impuesto, con las necesidades a satisfacer con el mismo y por ello, con su magnitud total habida cuenta del concepto de bien común de referencia y del papel atribuible al impuesto en su realización.

2. Cosmovisión moderna

2.1. Del realismo al paradigma de la certeza

Desde el siglo XIV comienzan a difundirse una serie de corrientes filosóficas que con el tiempo transformarán la concepción vigente³² de las posibilidades del conocimiento humano, y con ello la concepción vigente acerca del hombre y su vida en común. La relación mantenida hasta el momento entre el hombre y la realidad es cuestionada, al igual que la posibilidad de un conocimiento de carácter objetivo.

Con el nominalismo de GUILLERMO DE OCKHAM (1280-1349) se inicia la división entre la realidad y el pensamiento subjetivo³³ pues este ya no es representación de la primera sino solo un signo de ella. Tampoco hay orden, ni órdenes propiamente dichos, hay cosas. Desaparece también la idea de orden natural de carácter teleológico³⁴. Comienza a dibujarse asimismo el *principio de inmanencia* según el cuál el hombre no conoce más que sus pensamientos pero no puede afirmar que reflejen la verdad de la realidad. Esta cuestión constituye el germen del moderno escepticismo filosófico³⁵.

veros» sobre la metodología académica y la enseñanza del Derecho Financiero y Tributario. Instituto de Estudios Fiscales. *Documentos* 11/2002, 2002, p. 288; GÓMEZ CAMACHO, F.: *Economía y filosofía moral: la formación del pensamiento económico europeo en la Escolástica española*, Síntesis, Madrid, 1998, p. 305; GOROSQUIETA REYES, J.: «El sistema de ideas tributarias de los teólogos y moralistas principales de la escuela de Salamanca», *Hacienda Pública Española*, n.º 17, 1972, p. 146.

³² TRUYOL Y SERRA, A.: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. I. De los orígenes a la baja edad media*. 14.ª ed., (Revista de Occidente, 1954), Alianza, Madrid, 2004, pp. 409 y ss.

³³ VALVERDE, C. (1996): *Génesis, estructura y crisis de la modernidad*. BAC, Madrid, 1996, pp. 10 y ss.

³⁴ SPAEMANN, R.: «Sobre la ontología de derechas e izquierdas», *Anuario filosófico*, n.º 17, 1984, p. 80.

³⁵ VALVERDE, C.: *Génesis, estructura y crisis de la modernidad*, BAC, Madrid, 1996, p. 146.

Con el desarrollo del método matemático difundido por GALILEO (1564-1642), la Matemática será considerada por muchos como la ciencia reina y muchas otras ciencias tenderán a aplicar su método aunque difieran en su objeto de conocimiento. Buena muestra de su influencia es el sistema de pensamiento diseñado por DESCARTES (1596-1650) a partir de un nuevo método³⁶ que provoque en el lector una certeza y seguridad similares a las que ofrecen las matemáticas.

Como una reacción frente al racionalismo extremo continental de Descartes, se desarrolla en Inglaterra el empirismo³⁷ que reflejan las aportaciones de F. BACON (1561-1626), T. HOBBS (1588-1679), J. LOCKE (1632-1704) y D. HUME (1711-1776). Conforme al empirismo, no tenemos ningún conocimiento más que el de los meros datos que proporcionan los sentidos, poniendo en duda que, partiendo de la experiencia, este tipo de conocimiento pueda leer aquello que de inteligible hay en lo sensible y formar conceptos abstractos, inmateriales y universales.

Por su parte KANT (1724-1804) propone una teoría sobre el conocimiento que, mediando entre el racionalismo y el empirismo, termina por negar la posibilidad de la Metafísica como ciencia especulativa³⁸ al no ser sus objetos de conocimiento tradicionales —el alma, el mundo, Dios— posibles contenidos de la experiencia³⁹. Rechaza así el carácter científico de los conocimientos que solo alcanzan el nivel de lo verosímil⁴⁰.

2.2. Del hombre social al individuo egoísta

Al final de la Edad Media se sustituye la noción teleológica de la naturaleza humana por una concepción de la misma como causa eficiente y con ello se hace imposible comprender al hombre como un ser que naturalmente vive en sociedad. El fin deja de ser una realidad inmanente al hom-

³⁶ DESCARTES, R.: *Discurso del método. Dióptrica, meteoros y geometría*. Prólogo, traducción y notas de Guillermo Quintás Alonso, Alfaguara, Madrid, 1981, pp. 3-55.

³⁷ HEGEL, G. W. F.: *Ciencia de la lógica*. Traducción de Augusta y Rodolfo Mondolfo, de la edición alemana de 1948. Buenos Aires, Solar-Hachette, 2.ª edición en castellano, 1968, p. 27.

³⁸ KANT, I.: *Crítica de la razón pura*. Prólogo, traducción, notas e índices de Pedro Ribas, Taurus (versión PDF), Madrid, 2005, p. 14.

³⁹ Para CARLOS VALVERDE la posibilidad humana de conocimiento según Kant es más bien pesimista pues niega la posibilidad de conocer las realidades en sí. Estas realidades deben ser pensadas pero no pueden ser conocidas. Conocer sólo se puede conocer el fenómeno a través de la sensibilidad externa o interna. VALVERDE, C.: *Antropología filosófica*. 4.ª ed., Edicep CB, Valencia, 2002, p. 62.

⁴⁰ KANT, I.: *Crítica de la razón pura*. Prólogo, traducción, notas e índices de Pedro Ribas, Taurus (versión PDF), Madrid, 2005, p. 413.

bre⁴¹, se elimina la cuestión de la finalidad⁴². En Filosofía Moral se prescinde de la teleología, pieza clave del aristotelismo, y con ello se hace implantable la pregunta por la vida que es buena para el ser humano o por sus fines⁴³.

La influencia de la antropología luterana en filósofos de la época es relevante (KANT, FITCHE, SCHELLING, HEGEL, KIERKEGAARD, NIETZCHE, MARX, ENGELS... etc.), una antropología pesimista que ve al hombre corrompido por el pecado original, que desprecia la naturaleza y la libertad humanas y que, por influencia del nominalismo, niega valor a todo conocimiento universal. Se critica la Metafísica, se desprecia a la razón y se invita a la introversión y al subjetivismo, acabándose por convertir al hombre en norma absoluta para sí mismo⁴⁴.

La sociedad se entiende desde los individuos que la componen, como un agregado, y con ello los bienes públicos y comunes se descomponen en términos de bienes individuales. La reflexión sobre el hombre se hace materialista, y en este sentido J. BENTHAM (1748-1832)⁴⁵, en la obra exponente de su doctrina utilitarista, señala: «la naturaleza ha situado al género humano bajo el gobierno de dos maestros soberanos, el dolor y el placer» desde los cuales debe determinarse lo que debe y no debe hacerse. A partir de ahí BENTHAM saca conclusiones que proyectará en el ámbito de la moral, en el político y en el de la legislación. En su *Ética ARISTÓTELES* también había considerado el placer y el dolor, pero no los adopta como criterio de decisión del hombre que busca la virtud y con ello la felicidad y el bien⁴⁶.

La libertad se interpreta como una «libertad de indiferencia», individualista, consistente en estar libre de obstáculos externos como pueden ser los demás hombres. La simplicidad conceptual de esta idea y su aparente conexión con la vivencia cotidiana de la libertad explican buena parte de su éxito⁴⁷. La pérdida de los fines y del sentido relacional del ser humano, la imposibilidad de conocer el bien objetivo sobre sí mismo y la influencia del subjetivismo, desembocan en lo que ha sido descrito por algunos autores

⁴¹ SPAEMANN, R.: *Lo natural y lo racional: ensayos de antropología*. Versión española realizada por Daniel Innerarity y Javier Olmo. Prólogo de Rafael Alvira, Madrid, Rialp, 1989, p. 34.

⁴² ESPINOSA, T. A.: *Alasdair MacIntyre: ética contextualizada*, Universidad Monteávila, Caracas, 2000, p. 96.

⁴³ *Ibidem*, p. 115.

⁴⁴ VALVERDE, C.: *Antropología filosófica*. 4.ª ed., Edicep CB, Valencia, 2002, pp. 56-57.

⁴⁵ BENTHAM, J.: *An introduction to the principles of morals and legislation*, Batoche Books, Kitchener, 2000, p. 14 (Traducción propia).

⁴⁶ ARISTÓTELES: *Ética nicomaquea*, Traducción y notas de Patricio de Azcárate, Buenos Aires, Losada, 2004, p. 55.

⁴⁷ LLANO, A.: *Humanismo cívico*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 60 y ss.

como fragmentación o compartimentación del yo. «La Modernidad desconfía de la discusión racional acerca de los principios, y de las nociones de «vida buena» y por ello trata de abstraerlos, sin pretender alcanzar nociones sustantivas y comprensivas sobre el bien común»⁴⁸.

2.3. Del orden al contrato

El análisis histórico ha situado el origen o embrión del estado moderno hacia el siglo XIII⁴⁹, apuntándose incluso qué alternativas de organización política podían haberse desarrollado desde ese momento en lugar del estado-nación⁵⁰. No obstante, es desde el siglo XVI⁵¹ cuando esta última opción prevalece sobre el resto, identificándose como notas características del fenómeno la existencia de territorios bien delimitados bajo un mismo control, relativamente centralizados, diferenciados de otras organizaciones, y reforzando su influencia a través de la tendencia a adquirir el monopolio en el uso de la fuerza dentro de su territorio. También se señala al Renacimiento como referencia temporal dónde encontrar indicios de crisis en las sociedades occidentales en su transición desde la Cristiandad medieval al Estado moderno⁵².

Durante los siglos XVI a XVIII una serie de autores permeados de la filosofía y antropología predominantes van aportando los elementos teóricos para una teoría política que cristalizará en el nacimiento del Estado moderno⁵³. T. HOBBS (1588-1679) elabora su teoría política del contrato⁵⁴ desde la idea de un hombre que no es ni social ni político⁵⁵.

A la fuerza de las ideas se unió la de los acontecimientos. Durante los siglos XVI y XVII Europa se convierte en campo de batalla por intereses religiosos, políticos y territoriales y se crea un clima de desconfianza en las posibilidades del propio hombre de vivir en paz consigo mismo y con los demás hombres.

⁴⁸ GARCÍA DE MADARIAGA, C.: *La crítica al concepto liberal de justicia en Alasdair MacIntyre*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2004, p. 213.

⁴⁹ STRAYER, J.: *On the Medieval Origins of the Modern State*, NJ. Princeton University Press, Princeton, 1970, p. 58.

⁵⁰ TILLY, C. (ed): *The Formation of Nation States in Western Europe*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1975, p. 23.

⁵¹ TILLY, C. (ed): *The Formation of Nation States in Western Europe*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1975, p. 27.

⁵² ROTHBARD, M. N.: *Historia del pensamiento Económico. El pensamiento económico hasta Adam Smith*. Vol. I. Unión Editorial, Madrid, 1999, p. 228.

⁵³ TRUYOL Y SERRA, A.: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*, Alianza, Madrid, 12.ª ed., (Revista de Occidente, 1975¹), 1995, p. 194.

⁵⁴ HOBBS, T.: *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de cultura económica (primera edición en español), 1940, p. 141.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 137.

Fue en este contexto en el que surge el estado moderno protector⁵⁶, aunque algunos historiadores⁵⁷ señalan que la violencia frente a la que se pide protección al estado, ha sido provocada por los mismos que aspiran a detentar el poder. De hecho, el fenómeno de la guerra y la creación de la maquinaria militar necesaria han sido vinculados con el desarrollo de los sistemas de extracción de recursos de la población y ambos con la creación del estado moderno⁵⁸.

Para algunos autores, el estado concentra y absorbe todo el poder, no solo política sino jurídicamente, arrogándose así el poder de crear el Derecho. Esto puede explicarse en la medida en que el nominalismo, desde el punto de vista político, no fue capaz de proporcionar *criterios de ley natural* que oponer al Estado, lo que facilitó el creciente absolutismo estatal del Renacimiento⁵⁹. Sin salir del nominalismo, J. BENTHAM⁶⁰, por ejemplo, fundamenta Estado, Moral y Derecho en su utilidad. «Por principio de utilidad se entiende aquel principio conforme al cual se aprueba o desaprueba toda acción... según parezca que aumenta o disminuye la felicidad de aquellos cuyo interés esté afectado... Digo absolutamente cualquier acción, y por tanto no solo

⁵⁶ ALVARO D'ORS califica al Estado como organización artificial creada para la resolución de conflictos religiosos y no como desarrollo de la esencial sociabilidad natural del hombre. D'ORS (1999): 147; A. TRUYOL Y SERRA señala que el Estado moderno surge como resultado de un verdadero conflicto entre reyes y príncipes territoriales contra el universalismo imperial y pontificio y contra «el particularismo de los derechos y privilegios feudales, estamentales y corporativos ó municipales». TRUYOL Y SERRA, A.: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*, Alianza, Madrid, 12.ª ed., (Revista de Occidente, 1975¹), 1995, p. 115. Para MIGUEL AYUSO se trata de una entidad artificial fruto del contrato social y dotado de soberanía que se impone como fundamento del orden civil. Vid.: AYUSO, M.: *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 35 y ss; DALMACIO NEGRO entiende que el Estado es una forma de orden no natural como el gobierno, sino artificial. Vid.: NEGRO PAVÓN, D.: *La situación de las sociedades europeas. La desintegración del éthos y el Estado*. IIES, Ed. «Francisco de Vitoria» y Unión Editorial, Madrid, 2008, p. 39.

⁵⁷ ANDERSON, P.: *Lineages of the Absolutist State*, London, New Left Books, 1974; HINTZE, O.: *The Historical Essays of Otto Hintze*, Felix Gilbert, Oxford University Press, New York, 1975; TILLY, C.: «War Making and State Making as Organized Crime». En Peter Evans, Dietrich Rueschemeyer, and Theda Skocpol (Ed), *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, pp. 169-187.

⁵⁸ TILLY, C. (ed): *The Formation of Nation States in Western Europe*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1975, p. 24.

⁵⁹ ROTHBARD, M. N.: *Historia del pensamiento Económico. El pensamiento económico hasta Adam Smith*. Vol. I. Unión Editorial, Madrid, 1999, p. 103.

⁶⁰ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «El utilitarismo de Bentham y la ciencia de legislar», en GARCÍA DELGADO, JOSÉ L. ET. ALT. (Coord): *Economía española, cultura y sociedad. Homenaje a Juan Velarde Fuertes ofrecido por la Universidad Complutense*. Tomo III. Eudema, 1992, pp. 411 y ss.

cada acción de un individuo sino cada medida de gobierno»⁶¹. «El fin del gobierno es promover la felicidad de la sociedad, mediante el premio y el castigo... En lo que consista la felicidad, ya lo hemos visto, es en el disfrute de los placeres y en la protección contra el dolor»⁶².

Respecto de la noción de bien común, tan relevante en el periodo anterior desde el punto de vista político y legislativo, cabe resaltar que, no solo existe diferencia entre los contextos conceptuales en los que surgió el término y los que vieron surgir el estado-nación, sino que no existen evidencias empíricas de que la búsqueda del bien común constituya una explicación histórica de su desarrollo⁶³.

Desde el punto de vista social se describen distintos fenómenos que afectan a la conciencia colectiva de esa realidad común. Se pasa de un «espacio complejo» con diferentes contextos comunes en los que se solapan áreas de influencia y niveles de autoridad, a un «espacio simple» caracterizado por la dualidad de individuo y estado⁶⁴. También se produce la «ruptura del sistema de vigencias básicas» que configuraba el *ethos* europeo, el desvanecimiento de «la vieja ética que enseñaba a estar en el mundo» o también la desintegración del sistema de relaciones de confianza consustanciales a ese *ethos*⁶⁵. Consiste este proceso en confinar a la esfera de lo privado los sistemas de creencias individuales, incluidas las religiosas, manteniendo la esfera pública gobernada únicamente por procesos de racionalización, incluyendo la legislación⁶⁶.

2.4. De la virtud a la idea, del reparto al poder

La filosofía jurídica se verá directamente influida por las nuevas filosofías acerca del conocimiento y de la ciencia así como por la antropología y la teoría política que se configuran tras el Renacimiento. Son tres los elementos clave que han contribuido a configurarla: el nominalismo, el racionalismo y el utilitarismo. El efecto de todo ello sobre las nociones de justicia y derecho se hace más evidente conforme se desdibujan conceptos clave que les servían de referencia: finalidad-teleología, proporción, bien común, relación entre las partes y el todo.

⁶¹ BENTHAM, J.: *An introduction to the principles of morals and legislation*, Batoche Books, Kitchener, 2000), p. 14 (traducción propia).

⁶² BENTHAM, J.: *An introduction to the principles of morals and legislation*, Batoche Books, Kitchener, 2000, p. 61 (traducción propia).

⁶³ CAVANAUGH, W. T.: «Killing for the telephone company: Why the nation state is not the keeper of the common good», *Modern Theology* 20:2 April, 2004, pp. 247 y 250.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 251.

⁶⁵ NEGRO PAVÓN, D.: *Lo que Europa debe al Cristianismo*, Unión Editorial, Madrid, 2004, pp. 38-39.

⁶⁶ ZAMAGNI, S.: «El bien común en la sociedad posmoderna: propuestas para la acción político-económica», *Revista Cultura Económica*, n.º 70, 2007, p. 26.

Como efecto del nominalismo, al negarse la realidad de los términos abstractos y universales, la filosofía jurídica se aparta de la ciencia clásica aristotélica centrada precisamente en las esencias o cualidades universales. No se admite la realidad de términos jurídicos tan significativos como «justicia», «relación» o «proporción», dejando a la justicia sin su referente externo y objetivo, sin las categorías o esencias (noúmenos) que se manejaban hasta el momento.

En medio de un mundo agobiado por luchas políticas y de religión, fruto en ocasiones de dogmatismos intransigentes, la confianza en la razón humana introdujo un sesgo racionalista en la visión del Derecho natural⁶⁷. El Derecho natural pasa a convertirse en creación de la razón apoyada en sí misma⁶⁸ y como la única manera de fundamentar el Derecho y la Política. Se hace imprescindible que el Derecho sea imperativamente normativizado por una voluntad superior e impuesto de forma coactiva⁶⁹.

Bajo premisas heredadas del nominalismo individualista, del racionalismo voluntarista y del utilitarismo, el Derecho y por tanto la justicia, se convierten en instrumento armonizador de intereses y derechos que se presuponen contradictorios, en «conseguidores» de la máxima utilidad y bienestar para el mayor número, de un orden limitativo y coercitivo que se aleja de la concepción clásica de Derecho como orden de cooperación y colaboración.

Desde el siglo XIV el realismo jurídico clásico va siendo sustituido por el subjetivismo jurídico. Se atribuye a G. DE OCKHAM el desarrollo de la idea de derecho como poder, del derecho que más tarde se llamaría subjetivo⁷⁰. La invención del individuo y de los derechos individuales que tuvo lugar tras la Modernidad implican una privatización del bien y una falsa dicotomía entre persona y sociedad⁷¹.

⁶⁷ TRUYOL Y SERRA, A.: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*, Alianza, Madrid, 12.ª ed., (Revista de Occidente, 1975¹), 1995, pp. 263 y ss.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 199 y ss.

⁶⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: «La Ciencia y el Derecho en la concepción de Immanuel Kant», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 82, 2005, pp. 112 y ss.

⁷⁰ En Filosofía del Derecho buena parte de la doctrina se refiere a este fenómeno. Pueden encontrarse alusiones explícitas al mismo en: TRUYOL Y SERRA, A.: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 1. De los orígenes a la baja edad media*. 14.ª ed., (Revista de Occidente, 1954¹), Alianza, Madrid, 2004, p. 417; HERVADA XIBERTA, J.: *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Eunsa, 2.ª ed, Pamplona, 2008, p. 67; VILLEY, M.: *Filosofía del Derecho*. Traducción de Evaristo Palomar Maldonado, Scire Universitaria, Barcelona, 2003, p. 97.

⁷¹ ESPINOSA, T. A.: *Alasdair MacIntyre: ética contextualizada*, Universidad Monteávila, Caracas, 2000, p. 172.

2.5. El impuesto equitativo

Coincidiendo parcialmente en el tiempo con lo que hemos denominado cosmovisión moderna, se produce en Europa el nacimiento de la Hacienda Pública primero y su consolidación con la Hacienda clásica después. Se trata este de un periodo de tiempo muy amplio que comienza prácticamente en el siglo XV y que extiende su influencia hasta el siglo XIX.

La Hacienda Pública en su sentido actual y con ello la fiscalidad moderna se puede afirmar que surgen con el nacimiento de los estados nacionales, desarrollándose especialmente en las ciudades-república italianas y en las ciudades libres alemanas del siglo XV⁷². El fenómeno detonante de este desarrollo se encuentra en las nuevas necesidades de recursos financieros de los príncipes y en la insuficiencia de las fuentes consuetudinarias de ingresos, especialmente impuestos indirectos.

Las aportaciones de la doctrina escolástica se prolongaron hasta el siglo XVII coincidiendo en el tiempo con el nacimiento de la Hacienda Pública, aunque SCHUMPETER⁷³ reconoce que la posterior ciencia de la Hacienda *nació principalmente de otras raíces*. De hecho, en opinión de R. POMINI⁷⁴ esta línea de pensamiento elaborada por hacendistas de formación económica sustituirá a la escolástica al verse esta desplazada por el nominalismo, el racionalismo y el idealismo jurídicos.

La doctrina hacendística reflejó en mayor o menor medida en el campo impositivo las distintas corrientes de pensamiento que sobre el conocimiento, el hombre y la sociedad se iban gestando desde el Renacimiento⁷⁵. En particular, será el individualismo, la idea de sociedad como fruto de un contrato y la creciente contraposición entre las esferas privada y pública algunas de las cuestiones que más incidan en el pensamiento hacendístico. No es casual que haya sido en este marco en el que se haya desarrollado la idea del impuesto como una prima de seguro o como un precio en contraprestación de la seguridad ofrecida por el Estado⁷⁶.

⁷² SCHUMPETER, J. A.: *Historia del análisis económico*. 1.ª reimpresión de la edición española de 1994 (edición original de 1954), Ariel, Barcelona, 1995, pp. 242-244.

⁷³ *Ibidem*, pp. 130 y ss.

⁷⁴ POMINI, R.: *La «causa impositivis»*. Milán. Giuffrè, 1951: Citado por PÉREZ DE AYALA, J. L.: «La imprecisión jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de los principios del artículo 31.1 de la Constitución española. Sus consecuencias», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2007, n.º 37, p. 516.

⁷⁵ SPIEGEL, H.W.: *El desarrollo del pensamiento económico*. 1.ª reimpresión, Omega, Barcelona, 1984, p. 164.

⁷⁶ PÉREZ DE AYALA, J. L.: *Valoración y significado de las ideas tributarias de Montesquieu, para la dogmática del Derecho Tributario moderno*. Discurso leído el día 12 de febrero de 2001 en su recepción pública como académico de número, por el Excmo. Sr. D. José Luis

Con la transformación de la Hacienda patrimonial en Hacienda monetaria, se irá produciendo la desintegración del vínculo ingreso-gasto, convirtiéndose el impuesto en una prestación abstracta cuya causa descansa directamente en la ley. Este proceso supuso un cambio significativo relacionado con la denominada *razón del impuesto* y la apariencia unitaria del fenómeno financiero⁷⁷. No obstante, durante el periodo histórico correspondiente al estado constitucional (siglos XVIII y XIX) la conexión entre ingresos y gastos era todavía claramente perceptible en la medida en que la recaudación quedaba objetivamente limitada por lo indispensable para la cobertura de las necesidades públicas⁷⁸.

En el Derecho natural clásico, el bien común como pauta de la justicia general contaba con la utilidad pública como uno de sus elementos. Con la Modernidad se convierte esa parte en un todo y se acusa de imprecisión a la idea de bien común⁷⁹. La contribución impositiva individual es concebida en muchos casos como una contraprestación o pago de los servicios recibidos por el Estado, subrayando de forma expresa el carácter contrapuesto en los intereses de una y de la otra parte. Esta perspectiva se reflejará expresamente en la importancia que se le concede al *principio del beneficio* o al llamado *principio de equivalencia*.

Comienza a definirse la actitud del moderno estado resultante del contrato social respecto del ejercicio de la caridad. Se considera que la caridad privada es incierta y con ello se sugiere la necesidad de que el Estado intervenga, todo ello desde la confianza en que su poder es suficiente para acabar con el riesgo y la incertidumbre, con la necesidad humana⁸⁰.

La idea de justicia en el reparto de la carga tributaria se encuentra presente en la doctrina y se identifica, con distintos niveles de concreción, con el *principio de proporcionalidad* (C. KLOCK, W. PETTY, A. SMITH). No obstante, ya se empiezan a reconocer objetivos fiscales (W. PETTY)⁸¹ que pueden

Pérez de Ayala, Conde de Fuensalida y de Cedillo y contestación del Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, pp. 24 y ss.

⁷⁷ RODRÍGUEZ BEREIJO, A. B.: *Introducción al estudio del Derecho Financiero: un ensayo sobre los fundamentos teóricos del Derecho Financiero*, IEF, Ministerio de Hacienda, 1976, p. 84.

⁷⁸ SAINZ DE BUJANDA, F. «Estado de Derecho y Hacienda pública», *Revista de Administración pública*, n.º 6, 1951, p. 196.

⁷⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «El utilitarismo de Bentham y la ciencia de legislar», en GARCÍA DELGADO, JOSÉ L. ET. ALT. (Coord), *Economía española, cultura y sociedad. Homenaje a Juan Velarde Fuertes ofrecido por la Universidad Complutense*. Tomo III. Eudema, 1992, p. 418.

⁸⁰ GÓMEZ DE PEDRO, M. E.: *El Estado del bienestar. Presupuestos éticos y políticos*, Tesis doctoral, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2000, pp. 192-193.

⁸¹ HOEVEL, C.: «The Fiscal and Tributary Philosophy of Antonio Rosmini», *Journal of Markets & Morality*, Volume 10, Number 1, 2007, pp. 74-75.

justificar la posible excepción al mismo. Puede identificarse la idea de justicia como igualdad proporcional (*justicia distributiva*), aunque el razonamiento para llegar a dicho principio no pone tanto el acento en la existencia de unas cargas comunes como en la relación particular que cada uno establece con el Estado en términos de bienes y servicios (MATTEO PALMIERI, CARLO A. BORGIA) o en el sacrificio que supone contribuir a su sostenimiento (J. S. MILL). La *capacidad económica* continúa siendo el criterio más importante para llevar a la práctica ese tratamiento proporcional (A. SMITH, J. S. MILL, ROSMINI).

El *principio del beneficio* como forma de realización de la justicia en los tributos entronca de forma particular con la antropología y teoría política de Hobbes⁸². No es extraño encontrar entre los autores de esta época alusión expresa al impuesto como contrapartida por la seguridad y protección que otorga el Estado (C.A. BORGIA, M. PALMIERI) o vinculado a la idea de un contrato.

El *principio de progresividad* entendido como contribución más que proporcional se encuentra reflejado en la doctrina con distinto grado de aceptación. En todo caso la reflexión sobre el mismo aparece íntimamente ligada a sus posibles efectos económicos.

3. *Cosmovisión científicista*

Aunque fueron muchas las tendencias de pensamiento que se desarrollaran o surgirán en este periodo, como el idealismo, es destacable la herencia que en el ámbito de las ciencias sociales ha permanecido de una de ellas: el cientificismo o cientifismo⁸³.

3.1. Del racionalismo al método científico

A modo de síntesis histórica y señalando al mismo tiempo las claves filosóficas más significativas de este periodo, se ha afirmado⁸⁴ que tras la Ilustración y el fracaso de los ideales revolucionarios, el romanticismo generalizó la desconfianza sobre la capacidad del hombre real y comenzó a fraguarse el mito de la regeneración de la humanidad por medio del saber y de la ciencia. También puede observarse cómo el rechazo a la existencia de

⁸² ÁLVAREZ GARCÍA, S. Y FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, M.^a L.: «Ética y Hacienda Pública: el principio de justicia en la imposición», *Crónica Tributaria*, n.º 111, 2004, p 25.

⁸³ El cientifismo o cientificismo es una corriente de pensamiento según la cual el único conocimiento riguroso que puede tener el hombre de sí mismo y de cuanto le rodea es el científico (monismo metodológico).

⁸⁴ NEGRO PAVÓN, D.: *El mito del hombre nuevo*, Ed. Encuentro, Madrid, 2009.

un absoluto trascendente va dando paso a la absolutización de otras realidades inmanentes.

El racionalismo kantiano seguido del escepticismo gnoseológico en el que derivaría la búsqueda de certezas del periodo anterior, dio paso a nuevas tendencias entre las que destaca, además del racionalismo idealista de Hegel, el método positivo (A. COMTE, 1798-1857) y lo que se ha denominado cientifismo. El positivismo científico de A. Comte se caracteriza por la intención de aplicar a toda cuestión, moral y social, los métodos científico-experimentales modernos, esto es, atenerse al estudio de los hechos. Este será el estadio final que expresa la *Ley de la evolución intelectual de la humanidad*⁸⁵, según la cual todas las especulaciones del hombre han pasado primero por el estado teológico (o ficticio), más tarde por el metafísico (o abstracto) y finalmente por el positivo (o real). Las causas finales dejan de interesar a la ciencia por falta de utilidad⁸⁶.

Se produce asimismo una separación radical entre el acto de conocer la realidad y el acto de valorarla, es decir, se trata del rechazo a la posibilidad de extraer del ser criterio normativo alguno. El modo racional de evaluar los hechos o estados de cosas que predomina es por medio del análisis de sus consecuencias, teniendo amplias repercusiones en las ciencias sociales como el Derecho, la Economía o la Política.

3.2. Del individuo a la sociedad

La actitud científicista que se desarrolla especialmente entre los siglos XIX y XX no logra descubrir la singularidad de la vida humana al limitar las vías para acceder a la misma. Las discusiones sobre lo moralmente correcto o incorrecto se dejan al margen por entender que no se trata de un asunto científico sino emocional⁸⁷. Con ello se abandona todavía más la tradición de las virtudes en la consideración de la vida humana en su proyección individual y social. A ello se une la circunstancia de que para muchos de los herederos del liberalismo clásico la economía va a regular no solo las relaciones mercantiles sino las relaciones sociales y políticas.

Desde la Modernidad algunos autores⁸⁸ identifican la paulatina consolidación de una crisis de integración política en las sociedades europeas. Esta crisis se identifica en el decaimiento de la conciencia de pertenecer a unida-

⁸⁵ COMTE, A.: *Discurso sobre el espíritu positivo*, Versión y prólogo de Julián Marías, Alianza, Madrid, (Primera edición en Revista de Occidente, 1934), 1980, pp. 17 y ss.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁷ ZUBIRI ORIA, I.: «Justicia distributiva: enfoques nuevos a un problema antiguo», *Hacienda Pública Española*, n.º 91, 1984, p. 279.

⁸⁸ LLANO, A.: *Humanismo cívico*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 5 y ss.

des sociales que engloben y superen al conjunto de los individuos aislados o en la falta de sentido de pertenencia a grupos. Se busca sin embargo la inserción del individuo en «autonomías libremente elegidas» frente a su vinculación con comunidades tradicionales. Desde otro punto de vista ARENDT⁸⁹ se refiere a una serie de fenómenos que incrementan la desprotección de un gran número de trabajadores, privándoles de la doble protección que encontraban en la familia y en la propiedad. Así fue cómo la «sociedad» se convirtió en el sujeto del nuevo proceso de la vida, como lo había sido antes la familia. La pertenencia a una clase social reemplazó a la protección previamente ofrecida por la familia, y la solidaridad social se convirtió en el muy eficaz sustituto de la anterior y natural solidaridad que regía a la unidad familiar». M. BUBER⁹⁰ se refiere también a esta realidad como a la disolución progresiva de las viejas formas organizativas de convivencia humana en las que nacen o ingresan en ella hombres «que no entienden su pertenencia a las mismas como resultado de un acuerdo libre con otros sino como debida al destino o a la tradición vital....la familia, el gremio, la comunidad aldeana, la urbana».

3.3. Del estado protector al estado benefactor

El Estado ilustrado da paso al Estado liberal dentro del cual se quiere limitar los poderes y atribuciones como reacción ante el despotismo y el ejercicio abusivo de poder. Bajo la idea de un Estado mínimo, abstencionista, se le pide que intervenga únicamente en la medida en que contribuya a crear las condiciones necesarias para la libre concurrencia, política, económica y social. El Estado se limita así a garantizar la propiedad y los demás derechos innatos del hombre, aquellos de los que disponía en un estadio pre-político o pre-social, en el estado de naturaleza.

Para algunos autores⁹¹ este proceso introduce la ruptura en el orden jurídico, en la unidad del Derecho, generando, por un lado, un Derecho público o Derecho estatal y, por otro, un Derecho privado en torno a la propiedad o Derecho de la sociedad. El primero de ellos es un ámbito garantizado coactivamente mientras que el segundo constituye una especie de reino de la libertad.

Es en las últimas décadas del siglo XIX donde suele situarse la primera etapa del estado de bienestar, una etapa de experimentación y debate acerca de

⁸⁹ ARENDT, H.: *La condición humana*, Traducción de Ramón Gil Novales, Barcelona, Paidós, Reimpresión de la 1.ª edición española de 1993 (edición original de 1958), 1996, pp. 277 y ss.

⁹⁰ BUBER, M.: *¿Qué es el hombre?*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1974, p. 75.

⁹¹ NEGRO PAVÓN, D.: *Lo que Europa debe al Cristianismo*, Unión Editorial, Madrid, 2004, pp. 68-69.

los principios fundamentales, sobre todo del estado. La llegada progresiva de los regímenes parlamentarios permitió la evolución hacia el estado democrático, en el que la soberanía reside en el pueblo y el poder del estado es un poder limitado y delegado. Añade así a sus funciones clásicas (seguridad, defensa, producción legislativa, justicia, moneda...) la de garantizar los derechos civiles y políticos que hacen viable el dinamismo democrático. Los primeros sistemas de previsión social, públicamente instituidos, hacen su aparición.

Tras el desarrollo del fenómeno de los totalitarismos en Europa y como culminación del proceso de limitación del poder estatal desde el principio de legalidad, surge el estado de derecho, que por influencia de las desigualdades socioeconómicas, el movimiento obrero y las ideologías predominantes (socialismo y marxismo), deviene en estado social o de bienestar. La segunda etapa del mismo se ha situado entre los años 20 y los 40 del siglo XX, aunque será en las décadas siguientes en las que se consolide definitivamente. A ello contribuye la puesta en marcha de las políticas keynesianas que convierten al gasto público en pieza clave del crecimiento económico.

Un análisis de los presupuestos teóricos del Estado de bienestar permite relacionar sus fundamentos no solo con la teoría del contrato social sino con otras tendencias y actitudes que acerca del hombre y del conocimiento de la realidad se extienden por Europa durante la Modernidad: el utilitarismo y el consecuencialismo. Ambas tienen su reflejo en las aproximaciones que se hacen al Estado desde la ciencia, como en el caso de la Economía del bienestar⁹², o desde la Teoría de los fallos del mercado y en cómo su razón se vuelve económica y se proyecta en las políticas públicas de asignación, distribución, estabilización y crecimiento. En este contexto, cuestiones clave como la justicia, el bien común, o los principios que aporta la Ética⁹³, quedan al margen por no ser susceptibles de tratamiento «científico» o quedar fuera de sus categorías conceptuales.

3.4. Justicia como derecho positivo

El positivismo científico aplicado al campo jurídico reduce el Derecho a la exégesis de los textos, renunciando al estudio y consideración de los fines de la actividad judicial⁹⁴. Se extiende la idea, especialmente en el siglo XIX,

⁹² Economía del bienestar es una rama de la Economía que aporta los criterios de deseabilidad social de distintos estados de la economía en dónde el protagonismo público ocupa un lugar diferente.

⁹³ ROSEN, HARVEY S.: *Manual de Hacienda Pública*. Ariel Economía, 2.ª reimpresión de la 1.ª edición española de 1987. Barcelona, 1994, pp. 79-81.

⁹⁴ IHERING, HECK, RADBRUCH, WEBER, KELSEN se vinculan con esta corriente VILLEY, M.: *Filosofía del Derecho*. Traducción de Evaristo Palomar Maldonado, Scire Universitaria, Barcelona, 2003, pp. 122-123.

de que fuera del positivismo como método no puede hacerse «ciencia jurídica»; solo sería «filosofía e ideología del Derecho». «El Derecho natural, más que Derecho sería o Moral o valores relativos, o estructuras lógicas o la naturaleza de las cosas, etc...entendiéndose por Derecho positivo todo derecho cuyo título y cuya medida deben su origen a la voluntad humana manifestada en la ley, la costumbre o el contrato»⁹⁵.

3.5. Principio de justicia en los tributos

El principio de justicia en los tributos desarrolla en este periodo buena parte de los elementos más representativos que configurarían a los sistemas fiscales modernos. Se ha señalado que la idea de la relación tributaria como pura relación de poder, de supremacía o subordinación entre el Estado y el ciudadano se consolida con el positivismo liberal durante el siglo XIX. La influencia del positivismo en materia tributaria es clara: «el impuesto en el ordenamiento positivo se basa en principio en consideraciones que no tienen en cuenta si es justo o no atendiendo tanto al elemento objetivo como subjetivo del mismo. Es indiferente al concepto de lo justo, aunque no necesariamente sea contrario a él»⁹⁶. Queda así roto el fundamento meta-jurídico del poder tributario. El tributo, en cuanto que imprescindible para la existencia del Estado, quedaría justificado por la propia existencia del mismo⁹⁷.

En este proceso jugarán un papel esencial los nuevos fines asumidos por el Estado benefactor y las situaciones de necesidad social que históricamente se producen. Como ya se señaló, la relación entre el ingreso impositivo y el gasto público comenzó su desintegración con el desarrollo de la hacienda monetaria.

La idea de fomento y tutela del bien común resulta incómoda dentro del modelo epistemológico positivo, así como la pregunta por los fines del hombre y de la vida en sociedad. Por otro lado, el modelo de hombre individualista que busca sus propios fines y que ve en el otro una limitación para su propio desarrollo, tampoco suscita la formulación de la pregunta por este bien.

La redistribución fue uno de los fines adoptados por los sistemas fiscales cuya influencia resulta clave para entender el sentido y alcance del principio de

⁹⁵ HERVADA XIBERTA, J.: *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*. Eunsa, 2.^a ed, Pamplona, 2008, pp. 83-84.

⁹⁶ APARICIO PÉREZ, A.: «Ética fiscal y jurisprudencia», en ÁLVAREZ GARCÍA, S. y HERRERA MOLINA, P. (Coords.), *Documentos*, n.º 10/04. IEF, Madrid, 2004, p. 35.

⁹⁷ PÉREZ DE AYALA, J. L.: *Valoración y significado de las ideas tributarias de Montesquieu, para la dogmática del Derecho Tributario moderno*. Discurso leído el día 12 de febrero de 2001 en su recepción pública como académico de número, por el Excmo. Sr. D. José Luis Pérez de Ayala, Conde de Fuensalida y de Cedillo y contestación del Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, pp. 70 y ss.

justicia en los tributos. Desde el liberalismo clásico y conforme al «principio de utilidad social», se justifica el uso de la fiscalidad como mecanismo redistributivo, en la medida en que este principio debía limitar la búsqueda del interés individual⁹⁸. Ya en el siglo xx, la doctrina tributarista⁹⁹ más relevante en materia de principios impositivos se refiere al cambio producido en las ideas sobre lo que es justo y a la crítica de los resultados distributivos del mecanismo de mercado, justificando la acción equilibradora del Estado mediante medidas coactivas, entre las que se incluyen las fiscales. Se separa así la cuestión de la distribución justa de la carga fiscal de los objetivos de redistribución de renta y riqueza, considerándose ambas relacionadas y compatibles con la idea de justicia en la imposición. El acuerdo que progresivamente se va extendiendo acerca de la función estatal en la distribución de la renta alcanza también a la realización de la caridad¹⁰⁰. Resultan así relacionados la aparición de los Estados de bienestar con la modificación de las normas de ayuda caritativa o providencial¹⁰¹.

La influencia de este proceso en la configuración del *principio de justicia* y en la forma de interpretarlo fue determinante. La idea de reparto fue dando paso a la de redistribución hasta convertirse en legitimadora del fenómeno tributario¹⁰². Por otro lado, la presión que ejerció la función redistribuidora sobre el *principio de capacidad económica* suscitó amplias críticas sobre la idoneidad de este último y desplazó hacia el *principio de progresividad* la esperanza de solución a las situaciones de necesidad social.

La configuración de los principios tributarios en este periodo recibió muchas influencias desde el ámbito de la Ciencia Económica y en particular desde la doctrina hacendística. Si bien es cierto que es en este periodo cuando empieza a configurarse la dogmática jurídica en torno a los tributos, sus fuentes en materia de principios serán los conceptos y categorías elaborados desde la Hacienda Pública. Se ha afirmado¹⁰³ incluso que por influencia del

⁹⁸ SANMARTÍN, JOSÉ, «El bien común como idea política. John Stuart Mill, los liberales y sus críticos», *Foro interno: anuario de teoría política*, n.º 6, 2006, p. 132.

⁹⁹ NEUMARK, F.: *Principios de la imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2.ª edición (primera edición española de 1973), 1994, p. 44; GERLOFF, W. y NEUMARK, F.: *Tratado de finanzas*, El Ateneo, Buenos Aires, 1961, p. 399.

¹⁰⁰ GÓMEZ DE PEDRO, M. E.: *El Estado del bienestar. Presupuestos éticos y políticos*, Tesis doctoral, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2000, p. 205.

¹⁰¹ ASHFORD, D.: *La aparición de los Estados de Bienestar*, Traducción de B. Gimeno, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, p. 345.

¹⁰² JOUVENEL, BELTRAND DE.: *La ética de la redistribución*, Traducción de Stella Mas-trangelo, Katz editores, Madrid,. Conferencias publicadas originalmente por Cambridge University Press en 1950, 2010, p. 103.

¹⁰³ PÉREZ DE AYALA, J. L.: «La imprecisión jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de los principios del artículo 31.1 de la Constitución española. Sus consecuencias», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n.º 37, 2007, p. 531.

nominalismo jurídico se irá atribuyendo a politólogos y economistas, en lugar de a los juristas, la concreción práctica o ejecución política del impuesto justo, todo ello mediante una técnica fiscal que ofrezca soluciones a los problemas prácticos de la imposición más que centrarse en la traslación al Derecho positivo de los axiomas de la tradición escolástica sobre el impuesto justo.

El *principio de capacidad económica* como pieza clave de la equidad tributaria, aunque definido y fundamentado desde la escolástica y confirmado doctrinalmente por la Hacienda clásica (aunque desde raíces distintas), experimenta no pocas vicisitudes durante este periodo. Por influencia del positivismo jurídico se le negará toda relevancia al entender que no hay más fuente de justicia que la propia ley. Otros autores, que reconocen la necesidad de contar con criterios éticos y de justicia fiscal que estén más allá del Derecho, no reconocen que el principio de capacidad económica sea uno de ellos debido a la imposibilidad filosófica y lógica de demostrar la conexión entre el principio de capacidad económica y la justicia en los tributos¹⁰⁴.

La interpretación del *principio de igualdad en la imposición* que se va extendiendo por influencia de la doctrina alemana (LEIBHOLZ), entendido como un mandato de *interdicción de la arbitrariedad*, admitirá un tratamiento tributario desigual siempre que existan motivos objetivos no arbitrarios¹⁰⁵ y que lo justifiquen a la luz de la «común conciencia jurídica»¹⁰⁶. No obstante, la *interdicción de la arbitrariedad* como contenido de la igualdad tributaria demostrará con el tiempo ser un instrumento insuficiente para controlar la igualdad al ser interpretado de forma reduccionista¹⁰⁷.

El *principio de progresividad* no solo adquiere en este periodo el protagonismo que no tenía en la Hacienda Pública clásica, sino que se convierte en elemento esencial de la configuración del principio de justicia en los tributos. Su legitimidad se fundamenta desde distintas teorías¹⁰⁸ al tiempo que se le

¹⁰⁴ PÉREZ DE AYALA, J. L.: «Las cargas públicas: principios para su distribución», *Hacienda Pública Española*, n.º 59, 1979, pp. 89-90.

¹⁰⁵ PALAO TABOADA, C.: «Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva», en *Estudios jurídicos en homenaje a Federico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 393 y ss.

¹⁰⁶ HERRERA MOLINA, P. M.: *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Prólogo de K. Tipke, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 23 y ss.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 24.

¹⁰⁸ MAGRANER MORENO, F. J.; MARTÍN LÓPEZ, J.: «Impuestos progresivos y justicia fiscal: reflexiones en torno al principio constitucional de progresividad tributaria del artículo 31.1 de la Constitución española», *Presente y futuro de la Constitución Española de 1978*, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 449-464.

somete a profunda crítica¹⁰⁹ desde distintos puntos de vista: político, de técnica fiscal, de eficiencia económica o de justicia impositiva. Se apunta incluso que más allá del desincentivo que la redistribución puede provocar en materia de responsabilidad personal, una alta tributación «tiene además la consecuencia indeseable de reducir la esfera de los servicios gratuitos que las personas prestan, en las relaciones de convivencia, sin esperanza de pago, corroyendo con ello la cultura de civildad que sostiene la civilización liberal»¹¹⁰.

4. *Cosmovisión postmoderna*

La cosmovisión postmoderna se ha identificado¹¹¹ con una actitud de desencanto extendida tanto en la sociedad como entre los intelectuales y un rechazo a la posibilidad de alcanzar a priori verdades objetivas. Esta actitud encuentra relacionada con el fracaso histórico de las utopías modernas en su intento de explicar el mundo, el hombre y Dios, desde DESCARTES hasta MARX.

4.1. Del positivismo al relativismo

La consecuencia última del fracaso de los proyectos modernos de transformación social se ha relacionado con la renuncia a buscar fundamentos últimos en los ámbitos del ser y del deber ser. La Postmodernidad, inspirada por los «maestros de la sospecha», MARX, NIETZCHE Y FREUD, sostiene la imposibilidad de alcanzar certezas inamovibles, verdades definitivas y para todos, pudiéndose aspirar únicamente a un «pensamiento débil» hecho de verdades provisionales y sospechosas. La defensa de la tolerancia como postulado lleva a la dogmatización del relativismo y lo convierte en cosmovisión predominante¹¹².

En distintos ámbitos, científico, filosófico, moral y político, rige el lema del «anarquismo epistemológico», conforme al cual cualquier pensamiento, cualquier forma de ver la vida, cualquier teoría es válida con tal de que alguien la sostenga.

¹⁰⁹ Por todos: BLUM, W. J. y KALVEN, H.: *El impuesto progresivo: un tema difícil*. Edición al cuidado de Carlos Fernández de la Torre. Instituto de Estudios Fiscales, 1972, pp. 62 y ss.

¹¹⁰ JOUVENEL, BELTRAND DE,: *La ética de la redistribución*, Traducción de Stella Mas-trangelo, Katz editores, Madrid,. Conferencias publicadas originalmente por Cambridge University Press en 1950, 2010, p. 15.

¹¹¹ VALVERDE, C.: *Génesis, estructura y crisis de la modernidad*. BAC, Madrid, 1996, pp. 336 y ss.

¹¹² SPAEMANN, R.: «Europa: comunidad de valores u ordenamiento jurídico», *Conferencia pronunciada en la Universidad de Navarra*, 2004, p. 7.

4.2. Nihilismo y bienestar

El afán de seguridad del hombre unida a la pérdida de sentido de carácter nihilista, se proyecta en la creciente importancia del tener sobre el ser, constituyéndose el bienestar material en horizonte vital.

Más allá de las cuestiones económicas, una incompleta visión del hombre se apunta¹¹³ como explicación de la crisis actual de los estados modernos. En el Estado de bienestar domina una visión hedonista del hombre (primero confusión ideológica entre felicidad y placer y después identificación del placer con el bienestar) y con ello una visión parcial del mismo con olvido de otras realidades (espiritual y racional).

El hombre postmoderno experimenta además una grave crisis de identidad, consecuencia en gran medida de la «fragmentación» o «segmentación» en que vive¹¹⁴, un conglomerado de papeles sociales, roles personales sin conexión, en los que deja de ser creativo para dejarse llevar por las estructuras con las que interacciona.

4.3. Estado de bienestar: consolidación y crisis

Algunos de los reproches que se han formulado respecto a los movimientos de reforma social del siglo XX y a la disyuntiva entre más igualdad económica o más desigualdad con mayor crecimiento son el haber renunciado a cualquier transformación esencial, la ausencia de ideales que merezcan la pena, la falta de voluntad de cambiar el mundo para mejorarlo¹¹⁵, la cortedad de visión, la miopía, temporal y espacial¹¹⁶... etc.

Se ha calificado al Estado de bienestar como la consolidación social y política de un proceso iniciado durante el siglo XVI a través de las teorías de MAQUIAVELO, HOBBS, SPINOZA llegando hasta J. BENTHAM, S. MILL, J. KEYNES O BEVERIDGE¹¹⁷. Además del hedonismo que caracteriza la visión antropológica del periodo, será el utilitarismo el que inspire las decisiones políticas y sociales. La sustitución del bien común por el bienestar individual hace

¹¹³ GÓMEZ DE PEDRO, M. E.: *El Estado del bienestar. Presupuestos éticos y políticos*, Tesis doctoral, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2000, pp. 427 y ss.

¹¹⁴ MACINTYRE, A.: *Tras la virtud*. Traducción castellana de Amelia Valcarce, [2001], 4.ª ed., Crítica, Barcelona, 2009, pp. 252 y ss.

¹¹⁵ JOUVENEL, BELTRAND DE.; *La ética de la redistribución*, Traducción de Stella Mas-trangelo, Katz editores, Madrid., Conferencias publicadas originalmente por Cambridge University Press en 1950, 2010, pp. 74-75.

¹¹⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «El bien común, pauta de la justicia general o social». *Revista de estudios políticos*, n.º 153-154, 1967, p. 54.

¹¹⁷ GÓMEZ DE PEDRO, M. E.: *El Estado del bienestar. Presupuestos éticos y políticos*, Tesis doctoral, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2000, pp. 428 y ss.

imposible introducir una jerarquía en los fines y objetivos buscados por el poder político. Esta situación también tendrá su reflejo en el ámbito impositivo.

A pesar de reconocer los logros indudables del Estado social de bienestar, son repetidas las alusiones doctrinales a los efectos de los programas públicos asistenciales y redistributivos en la destrucción del tejido social y de las redes naturales de solidaridad y cohesión afirmando¹¹⁸ incluso del mismo que no teje redes de solidaridad, no arma moralmente a la sociedad. La sociedad moderna excluye la consideración de principios como el de subsidiariedad¹¹⁹ porque supone contemplar en el análisis elementos «no verificables científicamente y en consecuencia racionalmente impertinentes»¹²⁰.

4.4. Formalismo y constructivismo jurídicos

El positivismo sigue siendo el que modela el quehacer jurídico en los regímenes políticos modernos, contando con la legitimidad que le otorga el sistema ya consolidado de las mayorías parlamentarias. La consolidación del positivismo legalista viene acompañada en esta etapa de una sobreproducción normativa y de un constructivismo jurídico que tratan de regular, ordenar o intervenir, en instancias de la realidad económica, social y cultural que habían permanecido hasta el momento dentro de ámbitos de influencia estrictamente personales o comunitarios. Las categorías del «bien y del mal» ya no forman parte del debate político¹²¹, sino que de lo que se habla es de «valores».

El contenido y significado del término *justicia* continúa desviándose de su sentido original conforme va siendo empleado dentro del lenguaje político. Se va cargando de un sentido y de unas connotaciones que remiten más a la satisfacción de las necesidades personales y sociales que al modesto objetivo asignado al término y consistente en dar a cada uno su derecho.

Frente a un cierto resurgimiento del iusnaturalismo durante el siglo xx se reconoce que las nuevas circunstancias socioculturales, tecnológicas, políti-

¹¹⁸ GARCÍA DE MADARIAGA, C.: *La crítica al concepto liberal de justicia en Alasdair MacIntyre*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2004, p. 89.

¹¹⁹ El término, ya implícito en las aportaciones de ARISTÓTELES (en su Política I, 1, sobre el orden político de la ciudad) y de SANTO TOMÁS (en su Summa contra los Gentiles, III, 71, 4, en relación al respeto del buen gobierno a la naturaleza de las cosas gobernadas) se hace explícito en dos documentos de la Doctrina Social de la Iglesia, en la *Rerum Novarum* de LEÓN XXIII (n.º 35), y en la *Quadragesimo Anno* de Pío XI (n.º 79).

¹²⁰ AYUSO, M.: ¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 31.

¹²¹ SPAEMANN, R.: «Europa: comunidad de valores u ordenamiento jurídico», *Conferencia pronunciada en la Universidad de Navarra*, 2004.

cas y económicas imperantes «han favorecido el desinterés por las grandes cuestiones valorativas acerca de la fundamentación del Derecho y de su justicia, incrementando en cambio el interés por sus aspectos meramente formales y preocupándose ante todo por la consecución de un mayor rigor metodológico en lo que se refiere a la creación y aplicación del Derecho positivo, pero infravalorando otros aspectos y convirtiendo la reflexión iusfilosófica en pura lógica jurídica»¹²².

4.5. Del Estado social al estado fiscal

Conforme al pensamiento jurídico formalista se considerara que en la norma empieza y acaba el material empírico con el que cuenta el jurista, fenómeno que algunos autores¹²³ identifican por ejemplo en el caso español: «En el Derecho español en el impuesto se prescinde en su formulación de la existencia de un elemento de lo justo objetivamente reconocible, apostando por el contrario por una apreciación subjetiva del mismo en el marco de la configuración positivista del sistema». Se señala asimismo la influencia del positivismo en la jurisprudencia de jueces y tribunales afirmando que la misma es deudora de una gnoseología de tipo realista, que vaya más allá de una labor meramente reproductora del Derecho.

La doctrina¹²⁴ recoge también el fenómeno anterior refiriéndose al «Estado fiscal» como la forma que ha adoptado el «Estado social» en nuestra cultura política europea, orientado más hacia la igualdad, hacia la socialización de las necesidades humanas y del modo de satisfacerlas. Esta situación genera crecientes demandas, expectativas, compromisos sociales que se han consolidado para los ciudadanos como derechos adquiridos que presionan, cuando no se imponen, a los poderes públicos.

La multiplicidad de fines que se le han ido atribuyendo a la imposición no ha estado acompañada de una profunda y sistemática reflexión en torno al gasto público como parte de la justicia tributaria. El postulado de que «la justicia de la imposición supone tener en cuenta tanto la cuantía de la renta nacional que va a tomarse para fines colectivos como la forma en que esa cuantía va a distribuirse entre personas diferentes»¹²⁵, no ha sido objeto de

¹²² PÉREZ LUÑO, A. E.: *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 79.

¹²³ APARICIO PÉREZ, A.: «Ética fiscal y jurisprudencia», en ÁLVAREZ GARCÍA, S. y HERRERA MOLINA, P. (Coords.), *Documentos*, n.º 10/04. IEF, Madrid, 2004, pp. 36 y ss.

¹²⁴ RODRÍGUEZ BEREIJO, A. B.: *Introducción al estudio del Derecho Financiero: un ensayo sobre los fundamentos teóricos del Derecho Financiero*. IEF. Ministerio de Hacienda. 1976, pp. 248-249.

¹²⁵ BUCHANAN, J. M.: «Los límites éticos a la imposición», *Hacienda Pública Española*, n.º 114 (edición original de 1984), 1990, pp. 231 y ss.

desarrollo y debate al cuestionarse la existencia de criterios normativos válidos o un concepto de bien común¹²⁶ de referencia.

En materia de principios es destacable un cambio en el paradigma económico vigente que somete a revisión principios tributarios consolidados como el de progresividad por su posible conflicto con el de *eficiencia económica*. El desarrollo de este principio, al amparo de la Teoría de la imposición óptima y de conceptos como utilidad-coste marginal, preferencias subjetivas, bienestar, incentivos, eficiencia paretiana, etc., herramientas conceptuales aportadas por la Economía, convierte en implantable una pregunta por lo común que vaya más allá de la mera adición del bienestar o interés material de un colectivo desestructurado. Así, justicia y eficiencia impositivas, dos principios fundamentales del orden social y económico, inspiran reformas fiscales carentes de un modelo de hombre y de sociedad no contradictorios.

La consolidación del Estado de bienestar en el marco antropológico y social ya descrito, le otorga al sistema fiscal un protagonismo evidente que se traduce en sobreproducción normativa y un cierto dirigismo fiscal. Estos fines, en ocasiones opuestos unos a otros, ejercerán una importante presión sobre los principios tributarios, especialmente sobre el de capacidad económica. PÉREZ DE AYALA¹²⁷ por ejemplo, entiende que el elemento de obligatoriedad del concepto actual del tributo está configurado de tal manera que muchos de los presupuestos de gravamen que lo generan no reflejan necesariamente una capacidad económica real, lo que implica algo más que un alejamiento entre el ser y deber ser del tributo. Cuando la ley se aparta del esquema causal en los impuestos (causa eficiente, material, formal, y final), no es que se aleje de su «deber ser» sino que se aparta de la esencia misma del tributo. «Filosóficamente, hemos pasado del realismo al nominalismo. Y, jurídicamente, hemos pasado del ius-naturalismo al positivismo formalista, cuando no al constructivismo jurídico»¹²⁸.

En los ámbitos doctrinal y jurisprudencial esta tendencia se manifiesta en la identificación del principio de igualdad en el ámbito tributario, no tanto con el principio de capacidad económica, sino con el de *interdicción de la*

¹²⁶ TIPKE, K.: *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes (Besteuerungsmoral und Steuermoral)* [2000], Traducción, presentación y notas de Pedro Herrera Molina, Marcial Pons, Madrid, 2002.^a, p. 108.

¹²⁷ PÉREZ DE AYALA, J.L.: «El derecho positivo tributario entre el iusnaturalismo y el constructivismo jurídico. ¿Una antítesis insalvable?», en AA.VV: *Responsa Iurisperitorum Digesta*, Vol. V, 2003, pp. 219-234.

¹²⁸ PÉREZ DE AYALA, J.L.: «El derecho positivo tributario entre el iusnaturalismo y el constructivismo jurídico. ¿Una antítesis insalvable?», en AA.VV: *Responsa Iurisperitorum Digesta*, Vol. V, 2003, p. 228.

*arbitrariedad*¹²⁹. Podría plantearse la pregunta acerca de si la misma ausencia de sentido teleológico en el Estado que puede significar el protagonismo de un principio «de mínimos» como el de *interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*, es la que se intuye en este giro interpretativo del principio de igualdad tributaria.

3. ALGUNAS CONCLUSIONES

Las concepciones históricamente predominantes sobre el orden político y el protagonismo del Estado en su realización, han inspirado los principios de reforma tributaria en Europa Occidental. Estas concepciones, asentadas sobre modelos antropológicos y sociales limitados, y derivadas de una cambiante actitud epistemológica ante su esencia y fines, han ido reduciendo el alcance de la pregunta por el sentido de la vida humana en sociedad, el orden político y el papel del sistema tributario respecto de los anteriores.

Los principios impositivos que han protagonizado la evolución de los sistemas fiscales, más allá de su adaptación a situaciones históricas concretas, han reflejado en su contenido e interpretación el devenir del fenómeno jurídico y del concepto de justicia. Estos últimos, influidos desde la Modernidad por corrientes filosóficas recelosas del valor normativo de la realidad, han vaciado al derecho y con ello a los principios tributarios del necesario referente externo de toda realidad de orden, como lo es la realidad social y la jurídica.

Distintas parcelas de la Ciencia económica, apoyadas en referentes antropológicos y marcos conceptuales diversos a los jurídicos, han favorecido la configuración económica de la *razón de estado* introduciendo entre los principios tributarios fines contradictorios y no confluyentes hacia el bien común.

En el contexto anterior y dentro de la disposición política actual a la reforma de nuestro sistema tributario, se impone un proceso de reflexión y debate sobre la dimensión comunitaria del hombre, el sentido del orden político y fin del sistema tributario respecto de los anteriores. Esa tarea, alentada desde el ámbito político e iluminada desde el doctrinal, debería inspirar la reconsideración de los principios tributarios que precisa toda reforma fiscal.

4. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, S. Y FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, M.^a L.: «Ética y Hacienda Pública: el principio de justicia en la imposición», *Crónica Tributaria*, n.º 111, 2004, pp. 19-25.

¹²⁹ El profesor TIPKE se plantea si ello no está llevando a desplazar el principio de igualdad y con ello la justicia a un lugar secundario. TIPKE, K.: *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes (Besteuerungsmoral und Steuermoral)* [2000], Traducción, presentación y notas de Pedro Herrera Molina, Marcial Pons, Madrid, 2002.^a, p. 142.

- ANDERSON, P.: *Lineages of the Absolutist State*, London, New Left Books, 1974.
- APARICIO PÉREZ, A.: «Ética fiscal y jurisprudencia», en ÁLVAREZ GARCÍA, S. y HERRERA MOLINA, P. (Coords.), *Documentos*, n.º 10/04. IEF, Madrid, 2004, pp. 25-47.
- AQUINO, S. T. DE: *Suma de Teología II*, parte I-II (*Prima secundae*), BAC, Madrid, 1989.
- ARENDT, H.: *La condición humana*, Traducción de Ramón Gil Novales, Barcelona, Paidós, Reimpresión de la 1.ª edición española de 1993 (edición original de 1958), 1996.
- ARISTÓTELES: *La política*, Edición preparada por Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez, 2.ª ed., Madrid, Editora Nacional, 1981.
- : *Metafísica*, Edición trilingüe por Valentín García Yebra, 2.ª ed. [1970¹], Gredos, Madrid, 1990.
- : *Ética nicomaquea*, Traducción y notas de Patricio de Azcárate, Buenos Aires, Losada, 2004.
- ASHFORD, D.: *La aparición de los Estados de Bienestar*, Traducción de B. Gimeno, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.
- AYUSO, M.: *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- BENTHAM, J.: *An introduction to the principles of morals and legislation*, Batoche Books, Kitchener, 2000.
- BLUM, W. J. y KALVEN, H.: *El impuesto progresivo: un tema difícil*. Edición al cuidado de Carlos Fernández de la Torre. Instituto de Estudios Fiscales, 1972.
- BUBER, M.: *¿Qué es el hombre?*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1974.
- BUCHANAN, J. M.: «Los límites éticos a la imposición», *Hacienda Pública Española*, n.º 114 (edición original de 1984), 1990, pp. 231-238.
- CALDERON CORREDOR, Z.: *Los principios impositivos de equidad y eficiencia en el sistema fiscal español: una perspectiva antropológica*, Tesis doctoral inédita, 2014.
- CAVANAUGH, W. T.: «Killing for the telephone company: Why the nation state is not the keeper of the common good», *Modern Theology* 20:2 April, 2004, pp. 243-274.
- COMTE, A.: *Discurso sobre el espíritu positivo*, Versión y prólogo de Julián Marías, Alianza, Madrid, (Primera edición en Revista de Occidente, 1934), 1980.
- CORTS GRAU, J.: *Historia de la filosofía del derecho*, 2.ª ed., Editora Nacional, Madrid, 1968.
- DESCARTES, R.: *Discurso del método. Dióptrica, meteoros y geometría*. Prólogo, traducción y notas de Guillermo Quintás Alonso, Alfaguara, Madrid, 1981.
- D'ORS, A.: *Nueva introducción al estudio del derecho*, Cívitas, 1999.
- ESPINOSA, T. A.: *Alasdair MacIntyre: ética contextualizada*, Universidad Monteavila, Caracas, 2000.
- GARCÍA DE MADARIAGA, C.: *La crítica al concepto liberal de justicia en Alasdair MacIntyre*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2004.
- GERLOFF, W. y NEUMARK, F.: *Tratado de finanzas*, El Ateneo, Buenos Aires, 1961.
- GÓMEZ CAMACHO, F.: *Economía y filosofía moral: la formación del pensamiento económico europeo en la Escolástica española*, Síntesis, Madrid. 1998, pp. 293-307.

- GÓMEZ DE PEDRO, M. E.: *El Estado del bienestar. Presupuestos éticos y políticos*, Tesis doctoral, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2000.
- GOROSQUIETA REYES, J.: «El sistema de ideas tributarias de los teólogos y moralistas principales de la escuela de Salamanca», *Hacienda Pública Española*, n.º 17, 1972, pp. 131-150.
- HEGEL, G. W. F.: *Ciencia de la lógica*. Traducción de Augusta y Rodolfo Mondolfo, de la edición alemana de 1948. Buenos Aires, Solar-Hachette, 2.ª edición en castellano, 1968.
- HERRERA MOLINA, P. M.: *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Prólogo de K. Tipke, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- HERVADA XIBERTA, J.: *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*. Eunsa, 2.ª ed, Pamplona, 2008.
- HINTZE, O.: *The Historical Essays of Otto Hintze*, Felix Gilbert, Oxford University Press, New York, 1975.
- HOBBS, T.: *Leviatan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de cultura económica (primera edición en español), 1940.
- HOEVEL, C.: «The Fiscal and Tributary Philosophy of Antonio Rosmini», *Journal of Markets & Morality*, Volume 10, Number 1, pp. 67-84, 2007.
- JOUVENEL, BELTRAND DE.: *La ética de la redistribución*, Traducción de Stella Mas-trangelo, Katz editores, Madrid,. Conferencias publicadas originalmente por Cambridge University Press en 1950, 2010.
- KANT, I.: *Crítica de la razón pura*. Prólogo, traducción, notas e índices de Pedro Ribas, Taurus (versión PDF), Madrid, 2005.
- LLANO, A.: *Humanismo cívico*, Ariel, Barcelona, 1999.
- MACINTYRE, A.: *Tras la virtud*. Traducción castellana de Amelia Valcarce, [2001¹], 4.ª ed., Crítica, Barcelona, 2009.
- MAGRANER MORENO, F. J.: MARTÍN LÓPEZ, J.: «Impuestos progresivos y justicia fiscal: reflexiones en torno al principio constitucional de progresividad tributaria del artículo 31.1 de la Constitución española», *Presente y futuro de la Constitución Española de 1978*, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 449-464.
- MIRRLIES, J. ET. ALT.: *Diseño de un sistema tributario óptimo. Informe Mirrlees*, Introducción y traducción de Julio Viñuela Díaz, Centro de estudios Ramón Areces (1.ª edición inglesa de 2011), 2013.
- NEGRO PAVÓN, D.: *Lo que Europa debe al Cristianismo*, Unión Editorial, Madrid, 2004.
- : *La situación de las sociedades europeas. La desintegración del êthos y el Estado*. IIES, Ed. «Francisco de Vitoria» y Unión Editorial, Madrid, 2008.
- : *El mito del hombre nuevo*. Ed. Encuentro, Madrid, 2009.
- NEUMARK, F.: *Principios de la imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2.ª edición (primera edición española de 1973), 1994.
- PALAO TABOADA, C.: «Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva», en *Estudios jurídicos en homenaje a Federico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 377-426.
- PÉREZ DE AYALA, J. L.: «Las cargas públicas: principios para su distribución», *Hacienda Pública Española*, n.º 59, 1979, pp. 87-112.

- : *Valoración y significado de las ideas tributarias de Montesquieu, para la dogmática del Derecho Tributario moderno*. Discurso leído el día 12 de febrero de 2001 en su recepción pública como académico de número, por el Excmo. Sr. D. José Luis Pérez de Ayala, Conde de Fuensalida y de Cedillo y contestación del Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001.
- : «El fundamento deontológico del impuesto, de la Ley fiscal y de la obligación tributaria». En AA. VV. *I Jornada Metodológica «Jaime García Añoveros» sobre la metodología académica y la enseñanza del Derecho Financiero y Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales. *Documentos* 11/2002, 2002, pp.285-310.
- : «La imprecisión jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de los principios del artículo 31.1 de la Constitución española. Sus consecuencias», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n.º 37, 2007, pp. 513-548.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2004.
- PETIT SULLÁ, JOSÉ M.^a: *Obras Completas*. Tomo II, Vol. II, Tradere, 2011.
- POMINI, R.: *La «causa impositionis»*. Milán. Giuffrè, 1951.
- RODRÍGUEZ BERELJO, A. B.: *Introducción al estudio del Derecho Financiero: un ensayo sobre los fundamentos teóricos del Derecho Financiero*, IEF, Ministerio de Hacienda, 1976.
- : «Breve reflexión sobre los principios constitucionales de justicia tributaria», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 13, 2005, pp. 235-352.
- ROSEN, HARVEY S.: *Manual de Hacienda Pública*. Ariel Economía, 2.^a reimpresión de la 1.^a edición española de 1987, Barcelona, 1994.
- ROTHBARD, M. N.: *Historia del pensamiento Económico. El pensamiento económico hasta Adam Smith*. Vol. I. Unión Editorial, Madrid, 1999.
- SAINZ DE BUJANDA, F. «Estado de Derecho y Hacienda pública», *Revista de Administración pública*, n.º 6, 1951, pp. 193-211.
- SANMARTÍN, JOSÉ, «El bien común como idea política. John Stuart Mill, los liberales y sus críticos», *Foro interno: anuario de teoría política*, n.º6, 2006, pp. 125-153.
- SCHUMPETER, J. A.: *Historia del análisis económico*. 1.^a reimpresión de la edición española de 1994 (edición original de 1954), Ariel, Barcelona, 1995.
- SPAEMANN, R.: «Sobre la ontología de derechas e izquierdas», *Anuario filosófico*, n.º 17, 1984, pp. 77-87.
- : *Lo natural y lo racional: ensayos de antropología*. Versión española realizada por Daniel Innerarity y Javier Olmo. Prólogo de Rafael Alvira, Madrid, Rialp, 1989.
- : «Europa: comunidad de valores u ordenamiento jurídico», *Conferencia pronunciada en la Universidad de Navarra*, 2004.
- SPIEGEL, H.W.: *El desarrollo del pensamiento económico*. 1.^a reimpresión, Omega, Barcelona, 1984.
- STRAYER, J.: *On the Medieval Origins of the Modern State*, NJ. Princeton University Press, Princeton, 1970.
- TILLY, C. (ed), *The Formation of Nation States in Western Europe*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1975.

- : «Reflections on the History of European State-Making». En TILLY, C. (ed), *The Formation of Nation States in Western Europe*, Princeton, Princeton University Press, New Jersey, 1975, pp. 3-83.
- : «War Making and State Making as Organized Crime». En Peter Evans, Dietrich Rueschemeyer, and Theda Skocpol (Ed), *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, pp. 169-187.
- TIPKE, K.: *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes (Besteuerungsmoral und Steuermoral)* [2000], Traducción, presentación y notas de Pedro Herrera Molina, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- : «El ordenamiento Jurídico Tributario». En AA. VV. *I Jornada Metodológica «Jaime García Añoveros» sobre la metodología académica y la enseñanza del Derecho Financiero y Tributario*, Documento n.º 11/03, Instituto de Estudios Fiscales, 2002.
- TRUYOL Y SERRA, A.: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*, Alianza, Madrid, 12.ª ed., (Revista de Occidente, 1975¹), 1995.
- : *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 1. De los orígenes a la baja edad media*. 14.ª ed., (Revista de Occidente, 1954¹), Alianza, Madrid, 2004.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «El bien común, pauta de la justicia general o social». *Revista de estudios políticos*, n.º 153-154, 1967, pp. 43-66.
- : «El utilitarismo de Bentham y la ciencia de legislar», en GARCÍA DELGADO, JOSÉ L. ET. ALT. (Coord), *Economía española, cultura y sociedad. Homenaje a Juan Velarde Fuertes ofrecido por la Universidad Complutense*. Tomo III. Eudema, 1992, pp. 411-428.
- : «¿Qué es el realismo? Distintas perspectivas con las cuales se enfoca su significado», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 78, 2001, pp. 583-605.
- : «La Ciencia y el Derecho en la concepción de Inmanuel Kant», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 82, 2005, pp. 99-114.
- VALVERDE, C.: *Génesis, estructura y crisis de la modernidad*. BAC, Madrid, 1996.
- : *Antropología filosófica*. 4.ª ed., Edicep CB, Valencia, 2002.
- VILLEY, M.: *Filosofía del Derecho*. Traducción de Evaristo Palomar Maldonado, Scire Universitaria, Barcelona, 2003.
- VITORIA, F. DE: *La Justicia*. Estudio preliminar y traducción de Luis Fraile Delgado. Madrid. Tecnos, 2001.
- ZAMAGNI, S.: «El bien común en la sociedad posmoderna: propuestas para la acción político-económica», *Revista Cultura Económica*, n.º 70, 2007, pp. 23-43.
- ZUBIRI ORIA, I.: «Justicia distributiva: enfoques nuevos a un problema antiguo», *Hacienda Pública Española*, n.º 91, 1984, pp. 279-301.

TITLE: Political order and principles of tax reform: an analysis in historical perspective

RESUMEN: Distintos Estados europeos y España en particular, están actualmente inmersos en procesos de reforma fiscal que la crisis económica reciente ha convertido en improrrogable. En ellos sobresalen los esfuerzos

por hacer compatibles fines tributarios tradicionalmente enfrentados y por asegurar la suficiencia recaudatoria. No obstante, este proceso no se encuentra acompañado del necesario debate político, doctrinal y social sobre los fundamentos del orden político y sus fines ni del sistema tributario como instrumento al servicio del bien común. En este trabajo se propone un análisis histórico de algunos de los elementos filosóficos, políticos, jurídicos y económicos que más han influido en la configuración de los principios tributarios más importantes, con el objetivo de iluminar el debate público y la acción política ante posibles reformas fiscales.

PALABRAS CLAVE: orden político, reforma fiscal, principios tributarios, antropología, bien común

ABSTRACT: Several European States, Spain in particular, are currently engaged in unavoidable tax reforms as a result of the recent economic crisis. In this process, the effort to face traditionally opposite tax principles and to ensure revenue adequacy stands out. However, these efforts are not accompanied by the necessary political, doctrinal and social debate on the foundations of political order, its goals and the tax system as a tool for the common good. This paper aims to provide a historical analysis of some of the philosophical, political, legal and economic key elements that have influenced the setting of the most important tax principles, in order to inspire the public debate and the political actions in future tax reforms.

KEYWORDS: political order, tax reform, tax principles, anthropology, common good

RECIBIDO: 03.11.2015

ACEPTADO: 09.12.2015

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS Y SU CONTRIBUCIÓN A LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA. REFLEXIONES AL HILO DE ALGUNAS EXPERIENCIAS PARTICIPATIVAS*

María José Corchete Martín

doi: 10.18543/ed-63(2)-2015pp81-109

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN: ¿ESTÁ EN CRISIS LA DEMOCRACIA? 2.- LA SOBERANÍA POPULAR DESDE LA ÓPTICA DE LA GOBERNANZA Y EL BUEN GOBIERNO. 3.- LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA ¿REALIDAD O UTOPIA? REFLEXIONES AL HILO DE LAS NUEVAS EXPERIENCIAS PARTICIPATIVAS. 4.- BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: ¿ESTÁ EN CRISIS LA DEMOCRACIA?

La respuesta a la pregunta no es fácil porque entre otros motivos creemos que no es una pregunta que pueda responderse en un sentido afirmativo ni tampoco negativo de manera absoluta y rotunda. Sin embargo, este interrogante, en cierta medida provocativo, nos va a permitir aproximarnos al actual contexto donde desarrollamos nuestra vida como seres humanos, como ciudadanos, como consumidores, como contribuyentes.., y analizar el problema de fondo que ha llevado a cuestionar, en los últimos años, no la democracia en sí, pero sí su calidad. Principalmente, la desconexión entre la clase políti-

* El artículo es una versión actualizada y completada de la ponencia presentada en el XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, «Participación, Representación y Democracia», celebrado en la Universidad de Salamanca los días 3 y 4 abril de 2014.

ca y los ciudadanos, un problema que no es nuevo en las democracias vigentes, constituye una de las circunstancias que genera este tipo de preguntas y que nos llevan a reflexionar sobre los factores que contribuyen a esta desafección. Sin duda nos encontramos en una fase histórica compleja en relación con el papel que los ciudadanos deberíamos jugar dentro del Estado. Ello nos lleva de manera natural a hablar de crisis, pero no tanto de la democracia, sino de las relaciones entre Estado y sociedad.

El Estado actual trata de responder, sobre todo en los últimos años, más que a las demandas ciudadanas, a otro tipo de demandas –de los mercados principalmente– con las que la ciudadanía no se siente identificada, en la medida en que no responden a la lógica de un Estado Democrático y Social de Derecho que propugna, entre sus valores esenciales, la igualdad y la libertad. El déficit que en el momento presente vivimos en relación con estos valores ha llevado a los ciudadanos a esa desafección, tratando de buscar, en nuevas opciones políticas, un rumbo nuevo más favorable hacia los valores democráticos y sociales.

Son muchas las circunstancias que han concurrido para haber llegado a esta situación. Nuestra integración en organizaciones internacionales ha reducido considerablemente la capacidad de decisión interna de los Estados, mientras los ciudadanos, como titulares de la soberanía nacional, contemplan con cierta frustración cómo se toman decisiones que afectan de manera profunda y restrictiva a sus derechos sin poder hacer nada al respecto¹; el sistema electoral, diseñado para la elección de nuestros representantes, mantiene un diseño que no responde a la confianza en la capacidad de elección y control por parte de los ciudadanos, lo que agrava los efectos de esa desvinculación representantes-representados que hoy se manifiesta en la «desafección» reflejada tanto en las calles como en las encuestas; la crisis de los valores esenciales que sustentan nuestra democracia se ven minados con los continuos casos de corrupción política que salen a la luz sin una firme actitud de reprobación por parte de la clase política. Pero sin duda, lo más grave es que nuestros interlocutores tradicionales, los partidos políticos, se han convertido en instituciones elitistas cada vez más desvinculadas de la realidad y este hecho,

¹ Un ejemplo lo constituye la experiencia griega que reflejó las dificultades de los equilibrios supranacionales y las decisiones que los mantienen, revelando su fragilidad bajo el perfil democrático interno. Cfr LIETO, S.: «Il rapporto tra il referendum e la democrazia della rappresentanza nell'attuale crisi del sistema politico», *Costituzionalismo.it*, Fasc 1/2012 (consultado 13 enero 2014), 2012, pp. 10-11. Por contra, y a través de una nueva fuerza política, el 5 de julio del presente año, se celebró el «ansiado» referendun para la población griega que esta vez sí mostró al pueblo griego como el verdadero titular de la soberanía nacional, decidiendo sobre temas de especial transcendencia tanto para su presente como para su futuro político, social y económico.

sin duda, altera el funcionamiento del Estado en la medida en que los partidos, en lugar de ser un elemento de enlace, han devenido en una barrera entre pueblo e instituciones (CARLASSARE, 2003a, 6). Pareciera que la «desconexión postelectoral» responde a la justificación de CONSTANT y SIEYÉS de que «el ciudadano carece de aptitud para ocuparse de cosas comunes....., siendo el diputado el especialista...», entonces, ¿dónde queda el elector durante los cuatro años que dura el mandato? Resulta evidente que hoy la relación representativa se resume en el acto electoral y, una vez depositado el voto, esta relación ya no tiene el más mínimo contenido; es una relación vacía, «alguien desconectado de nosotros tras el momento electoral, gobierna con nuestra representación» (GARRORENA, 1991, 54-55).

Esta idea constituiría el modelo de partida que no ha sido sometido a suficiente crítica y revisión. De hecho, es esta desvinculación la que ha provocado que en las últimas décadas se haya planteado, sobre todo desde la doctrina, la necesidad de una reflexión y una revisión de principios tan nucleares como el principio democrático. Ello pasa, necesariamente, por una relectura de nuestra constitución una vez efectuado un análisis profundo de las circunstancias actuales y de las demandas sociales, enfocadas en los últimos años en introducir e impulsar una nueva forma de entender y poner en práctica la democracia.

Desde el punto de vista de la soberanía popular, la relación entre elegidos y electores parece suspendida por un largo período de tiempo hasta las elecciones, un rito que cada vez convence menos. La idea de democracia permanente o continuidad democrática se presenta verdaderamente como contraria a la democracia de investidura (CARLASSARE, 2003b, 63-64), que sería aún la actualmente vigente en términos generales; sin embargo, las instituciones democráticas debieran ser permanente expresión de la voluntad popular, manteniendo una correspondencia constante con aquellos de los que reciben el mandato, un estrecho ligamen entre información, comunicación, representación política y democracia.

Sin embargo, esta crisis, tanto de los partidos como de la representación, ha provocado en los últimos años un cambio importante en la forma de concebir la democracia. De la democracia de los partidos hemos ido caminando hacia una democracia del público, en la medida en que el ciudadano ya no vota un programa sino que vota a aquel candidato cuyas propuestas le inspiren confianza (B. MANIN, 1997, pp 243-244), y todo ello teniendo en cuenta el papel preponderante que continúan jugando los Partidos Políticos en la competición electoral, como no podía ser de otra manera.

Ciertamente, no solo en el voto está el ejercicio de la democracia, de la soberanía. El derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos no se agota con la forma representativa y así, principalmente las nuevas opciones políticas han defendido «nuevas formas de hacer política», precisa-

mente atendiendo a las demandas de los ciudadanos-electores que reclaman la necesidad de complementar el sistema de democracia representativa con nuevos instrumentos de participación política. Conscientes de la necesidad de recuperar a un electorado «desencantado» con la política y con aquellos que la dirigen, se busca en otras formas de participación directas o semidirectas, recomponer las relaciones entre representantes y representados².

Para poder reflexionar sobre estas cuestiones G. FERRARA (2009, 5) considera que debemos partir de la comprensión de la democracia como proyecto histórico que se despliega con pausas y regresiones que pueden ser largas pero nunca definitivas. Se trata de un proceso que discurre reconociendo, desarrollando, difundiendo derechos y, con estos, la igualdad y la libertad, pero «no la libertad abstracta, sino aquella concreta y específica».

Precisamente en este contexto resulta interesante el planteamiento que hace F. VIOLA (2006, 23-26) a partir de la idea de que el constitucionalismo y la difusión de los derechos fundamentales no parecen ya compatibles con una versión puramente formal de los procedimientos democráticos. Efectivamente, el autor defiende que es en las Constituciones donde se encuentran los valores básicos de la sociedad democrática, y ésta debe saberlos respetar, administrar y desarrollar, preguntándose, entonces, si estas tareas pueden ser adecuadamente resueltas con el puro procedimiento democrático o, por el contrario, si no se requeriría un replanteamiento de este modo político tradicional.

Viola parte de dos modelos de relación entre Constitución y los procedimientos democráticos. Por un lado, la concepción de la «Constitución Custodio» que nos situaría ante la Constitución como límite externo de la democracia, una particular democracia vigilada que debe rendir cuentas y, por otro lado, la «Constitución simiente», precisamente porque la democracia es un proceso histórico, se basa en principios constitucionales que aún no están completos, de hecho, de por sí, serían indeterminados. Así, y partiendo de esta idea, el autor defiende que de las reglas generales habrá que ir, en cada caso, a reglas particulares de aplicación a los casos concretos, una labor compleja que deberá realizarse por las instituciones democráticas. Esta distinción es lo que le lleva a hacer referencia a la Constitución actual como «Constitución simiente» en el sentido de que los valores constitucionales deben ser tomados como razones fundacionales que deben ser desarrollados sobre la base de los contextos sociales y de las circunstancias históricas. A este mo-

² Sin embargo para N. BOBBIO, no toda crítica a la democracia representativa conduce, sin más, a la democracia directa. El razonamiento es complicado porque este debe girar en torno a dos temas como son, los poderes del representante o ¿cómo representa?, y el contenido de la representación o ¿qué representa? Sobre este razonamiento, vid: *Il Futuro della Democrazia*, Nuovo politécnico, Ed. Original, Torino, pp. 58 y ss.

delo le correspondería un tipo de democracia que denomina «democracia agricultora», en cuanto que es a los procedimientos democráticos a los que les toca desarrollar la potencialidad de los principios constitucionales fundamentales, respetando su identidad.

Por ello, de cómo entendamos la Constitución entenderemos la democracia: la Constitución como conjunto de reglas de juego autosuficientes o, si no es posible, entonces debemos revisar profundamente nuestro concepto de democracia. Es por ello por lo que Viola se decanta por el segundo modelo, «Constitución simiente», más adecuado para comprender las relaciones efectivas que existen entre una Constitución y una democracia representativa. La democracia concebida como «aspiración» (U. ALLEGRETTI, 2011, 2).

Sin duda, las consecuencias de adoptar este segundo modelo de constitución se ajustan más al tipo de sociedad actual, una sociedad pluralista que se identifica con el pueblo titular de la soberanía al que hacen referencia las Constituciones actuales. Este pueblo es el que ejerce en términos reales la soberanía, como conjunto de ciudadanos a cada uno de los cuales le corresponde el derecho de participar individualmente o a través de los grupos en que la sociedad se articule (CRIADO DE DIEGO, 2012, 113). Ello implica, como vamos a analizar en los siguientes apartados, que el ejercicio de la soberanía no puede limitarse a las manifestaciones del pueblo como unidad, ni tampoco, a las que son propiamente políticas, sino a todas las formas participativas en las que se expresa el pueblo como multiplicidad y que son manifestación del pluralismo institucional y social. Ello supone a nuestro parecer, en consonancia con la opinión de VIOLA (2006) y de CRIADO DE DIEGO (2012), a quienes les resulta contradictorio interpretar las referencias constitucionales como *numerus clausus*, que la Constitución está aún pendiente de una relectura a la luz de las transformaciones económicas, sociales y políticas que deben impulsar la adecuación de la norma fundamental a la realidad. Esto es, repensar otras formas de participación ciudadana y no solamente aquellas mediadas por procedimientos electorales y desde la representación política. Y es que el reconocimiento de un *numerus apertus* de mecanismos participativos a partir de una interpretación sistemática de nuestra norma fundamental, nos llevaría a una adecuación del principio democrático en términos de fortalecimiento del carácter plural del Estado. El art 1.1 Constitucional que recoge la igualdad, la libertad, la justicia y el pluralismo político como valores superiores del ordenamiento jurídico, constituye la premisa para consolidar los cimientos de nuestro Estado, proyectándose materialmente sobre todos y cada uno de los contenidos constitucionales. El art 9.2 de la Constitución, como mandato a los poderes públicos para promover de manera real y efectiva la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, deberían marcar otra forma de

entender «la participación ciudadana» en los distintos contextos socio-políticos que se vayan presentando, en la medida en que ambos preceptos ofrecen un contenido de gran riqueza material que sin embargo, treinta y cinco años después de aprobada la Constitución, no han contado, fundamentalmente desde el ámbito de los derechos de participación, con un desarrollo ajustado a los tiempos y circunstancias. El juego conjunto de ambos preceptos constitucionales debería constituirse en el eje de esa relectura constitucional, a la que hemos hecho referencia, en clave democrática y no sólo eliminando las barreras existentes en relación con determinados mecanismos participativos, sino impulsando y garantizando otras formas más novedosas para ser ejercidas de manera más continuada. En definitiva, lo que se trataría de buscar es lo que FIORAVANTI (1999,161-162) calificaba como la aspiración a un justo equilibrio entre el principio democrático, dotado de valor constitucional a través de las instituciones de la democracia política y el mismo papel del legislador y del gobierno, y la idea –insita en toda la tradición constitucionalista–, de los límites de la política, a fijar mediante la fuerza normativa de la Constitución y, en particular, a través del control de constitucionalidad siempre más determinante en el ámbito de las democracias modernas. Sin embargo, este mismo equilibrio es inevitablemente inestable y está sometido a tensiones de distinto género; fundamentalmente la provocada por la relación entre los sujetos protagonistas.

En cualquier caso conviene insistir en que la idea de democracia permanente debe ser construida desde la Constitución y desde una concepción abierta de la sociedad en el sentido del art 9.2 CE. Este es el modelo pluralista defendido por HÄBERLE (2002,103), «sociedad abierta-orden político pluralista», y también la idea de «nuevo constitucionalismo» a la que se refiere GOMES CANOTILHO (2010, 323) para justificar que las nuevas formas de modernidad política y económica obligan a los cultivadores del Derecho Constitucional a prestar más atención a los problemas político-constitucionales como son, por ejemplo, la crisis del principio representativo o del principio democrático; y es que, para el autor portugués, el nuevo constitucionalismo, en realidad, acentúa lo que el constitucionalismo siempre ha sido, el campo de los «kämpfs parole» y de la solución política para problemas políticos fundamentales.

2. LA SOBERANÍA POPULAR DESDE LA ÓPTICA DE LA GOBERNANZA Y EL BUEN GOBIERNO.

Los conceptos de gobernanza y buen gobierno no son conceptos nuevos. Desde hace ya varias décadas y como consecuencia del debilitamiento del carácter democrático de los Estados, estos conceptos «han sido rescatados» de momentos históricos en los que constituían un auténtico modelo de rela-

ción entre el poder y la sociedad civil. Hoy se han convertido en un modelo de referencia para poder llevar a cabo un replanteamiento de estas mismas relaciones en el Estado³. Las ideas de libertad, autogobierno, el sentido de lo cívico, la búsqueda del bien común... como objetivos a alcanzar; esto es, una relación en sentido horizontal alejada de los actuales parámetros de verticalidad que hoy en día impregnan, de manera generalizada, las relaciones de poder dentro del Estado.

Bien es verdad que ambos términos, Gobernanza y Buen Gobierno, han sufrido un gran estiramiento conceptual. Siendo dos conceptos diferentes, son manejados de manera complementaria para hacer referencia a un «ideal» de democracia y, sobre todo, a nuevas maneras de gobernar a partir de un mayor protagonismo de la sociedad civil⁴. En los últimos años y sobre todo en el contexto de crisis en el que vivimos, se ha ido revelando poco a poco la importancia que para la calidad de la democracia tendría el estrechar y reforzar los vínculos entre sociedad e instituciones a la hora de tomar decisiones en el ámbito de lo público aunque, bien es verdad que en la práctica, sin la iniciativa y el apoyo de estas, resulta difícil poner en marcha experiencias de democracia participativa desde abajo⁵.

La participación aparece como un elemento clave, que no único, de la gobernanza (ROMERO Y FARINÓS, 2011), mientras que el buen gobierno se centra, en mayor grado, en el elemento cualitativo, tanto desde una perspectiva legalista como ética y, en este sentido para CASTEL GAYÁN (2013, 169) «funcionarían como principios que guían la acción política, asumiendo un doble papel o función de instrumento orientador y también de control»⁶. Una

³ Precisamente QUENTIN SKINNER, en su obra «el artista y la filosofía política», nos acerca a las ideas de Gobernanza y Buen Gobierno a través de los frescos que en 1337 pintara Lorenzetti para la Sala dei Nove del Palacio Comunal de Siena, así como a las Teorías Republicanas prerrenacentistas conocidas como doctrinas del Buen Gobierno, contraponiendo el buen gobierno y su decadencia, el mal gobierno. Vid.: SKINNER, Q.: *El artista y la filosofía política. El Buen Gobierno de Ambrogio Lorenzetti*, 2009, pp. 9 y ss.

⁴ Para BOBBIO, N. los criterios con los que el buen gobierno se ha distinguido del mal gobierno son, sobre todo, dos: el gobierno para el bien común distinguido del gobierno para el bien propio, y el gobierno según las leyes establecidas, distinguido del gobierno arbitrario, cuyas decisiones son tomadas fuera de toda regla preconstituida. BOBBIO, N.: *El Futuro de la Democracia*, Plaza&Janés, 1985, p. 221.

⁵ Vid COCCO, G.: «Federalismo municipale partecipato», *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 2/2009, 2009, p. 27, (consultado 12/7/2013).

⁶ CASTEL GAYÁN, S.: para el autor, el buen gobierno implica además, en el ámbito institucional, la promoción de espacios participativos, de diálogo y de cooperación, y en el ámbito de las políticas públicas, la promoción de aquellas políticas y programas que faciliten a la ciudadanía la comprensión, el debate y el análisis ilustrado de las decisiones que les afectan. Vid.: CASTEL GAYÁN, S.: «Reflexiones sobre el marco normativo del Buen Gobierno», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 6, diciembre 2013, pp. 168-180.

nueva forma de gobernar a través de normas que fomenten la transparencia, la eficacia, la objetividad, la participación, el control y, en definitiva, el bien común. Ambos conceptos nos llevan, como hemos apuntado, hacia una comprensión horizontal del poder que rompe con la situación de hegemonía vertical que, cada vez con mayor frecuencia, nos va mostrando sus debilidades y sus efectos perniciosos para la calidad democrática. En realidad, lo que se coloca en el punto de mira y que lleva a la doctrina a incidir sobre estos conceptos hoy, no es ni el Estado ni su autoridad ni su ley, sino la soberanía representativa que es la que en realidad se encuentra directamente herida (CAPOGRASSI, 1922).

Es el ámbito de la ciudad el que se ha mostrado más propicio para aplicar las ideas de gobernanza y buen gobierno en la práctica. Su impulso lo encontramos en el marco internacional y más concretamente de la mano de la Carta Europea de Autonomía Local de 1985. Esta Carta establecía ya como objetivos programáticos dentro del Consejo de Europa el reconocimiento, la promoción y la garantía de un estándar común y uniforme del principio de autonomía local en todos los Estados miembros. Para ello el texto incidía en la autonomía local como derecho de la colectividad local, así como en la idea de legitimidad democrática, haciendo referencia a la democracia representativa pero también a otras formas de participación directa de los ciudadanos «donde esté permitido por la ley», dejando por tanto en manos de los Estados el cuándo y el cómo poner en marcha mecanismos de participación. El impulso a la autonomía local también quedaba reflejado cuando la Carta hacía un reclamo a la necesidad de atribuir a las entidades locales no sólo un núcleo básico de competencias, sino también de recursos financieros suficientes sin los cuales esta atribución quedaría vacía e inútil; de igual modo incidía en la necesaria colaboración entre entidades locales así como a su relación con las entidades regionales y con el Estado. La garantía de la defensa judicial de la autonomía local cerraba esta Carta.

La opinión unánime en relación con la idoneidad del ámbito municipal para la práctica de instrumentos de democracia participativa que mejoren la calidad de las democracias actuales, ha llevado a justificarla a través de muy diversos argumentos, pero sin duda es la idea del «poder visible» de N. BOBBIO (1985, 11) la más clara cuando defiende que «tanto más visible es el poder cuanto más cerca nos hallamos de él», resaltando el valor espacial para obtener una mayor visibilidad tanto de las actuaciones administrativas como de las decisiones de nuestros gobernantes. Para el autor la democracia se puede definir de las más diversas formas, pero no hay definición de la misma que pueda dejar de lado entre sus características la inclusión de la visibilidad o la transparencia del poder. Por esta razón, la democracia de «proximidad» se ha convertido en hábitat idóneo para los instrumentos de democracia participativa. De hecho el modelo local resulta un ámbito donde debería llevarse

a cabo este tipo de democracia de forma natural, en la medida en que solo la proximidad con el territorio y la posibilidad de efectiva incidencia y de control que sobre el gobierno pueden tener los ciudadanos, lo permite, incluso de forma «no episódica» (COCCO, 2009, 78).

La influencia de la Carta se dejó notar años después en la Ley 57/2003 de 16 de diciembre de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, si bien con más intención que eficacia real.

Esta Ley trató de fijar unos estándares mínimos de participación, de aplicación a todos los municipios a través de los reglamentos orgánicos de participación y, en relación con las grandes ciudades, introduciendo órganos como el Consejo Social de la Ciudad, de carácter consultivo para el desarrollo local y la planificación urbana, la Comisión de Sugerencias y reclamaciones, para la defensa de los derechos de los vecinos, órganos de gestión descentrada, como los distritos, así como referencias a las nuevas tecnologías con la finalidad de facilitar la comunicación entre los Ayuntamientos y sus ciudadanos.

En general, esta Ley fue recibida positivamente comparándola con la situación anterior donde se daba prioridad a elementos más de corte institucionalista (Subirats, 2004)⁷; sin embargo, en la práctica, la respuesta del legislador no resultó del todo satisfactoria a pesar de que el propio texto detectó bien los problemas a los que pretendía dar respuesta. De hecho la exposición de motivos refleja una nueva realidad a la que se pretendía responder cuando señala que la antigua normativa se encuentra «desbordada por las exigencias de una vida local dinámica y rica, profundamente influida por las importantes transformaciones sociales, económicas, culturales que han experimentado los municipios españoles a lo largo de las últimas décadas». Esta dinámica es lo que propicia, para el legislador, la necesidad de «responder a la exigencia de un debate político abierto y creativo sobre las principales políticas de la ciudad».

Entre las críticas que se le hicieron a esta ley podemos citar, en primer lugar y con carácter general, su falta de concreción visible en múltiples puntos, pudiendo citar a modo de ejemplo un tema tan importante como son los gastos que estas prácticas generan, como pueden ser aquellos relacionados con la aplicación de las nuevas tecnologías a la vida municipal (SUBIRATS, 2004), cuestión sobre la cual ya incidía la Carta Europea de Autonomía Local; además, los distritos no resultan ser realmente iniciativas descentraliza-

⁷ Para el autor, la Constitución trató de reforzar la falta de tradición democrática y participativa del país con una clara apuesta a favor de las instituciones como centros de articulación y representación política y de los partidos políticos como protagonistas de una actividad social que debería alimentar y legitimar el funcionamiento del sistema (pp. 40-41).

doras en términos políticos, que hubiera sido lo deseable, y el tratamiento que se hace en relación con la composición del Consejo Consultivo de la Ciudad resulta demasiado amplio teniendo en cuenta que, de todos los órganos que se introducen en esta Ley, resulta el más participativo; y en cuanto a las iniciativas ciudadanas, se opta por una regulación muy restrictiva. En definitiva, el objetivo de la gobernanza y el buen gobierno en la ciudad no se consigue con esta ley porque en su contenido sigue predominando una vertiente institucional en estos mecanismos de «participación», con lo que tampoco se consigue una auténtica integración entre gobernantes y gobernados, entre otros motivos, porque los mecanismos introducidos no son estrictamente participativos. Sin embargo, bien es verdad que, en la práctica, el balance que puede hacerse en relación con la aplicación concreta de esta ley es muy diferente en función del impulso que cada gobierno local haya querido darle (ZAFRA, 2004). Por ello, resulta de vital importancia el papel de los actores políticos, en la medida en que la iniciativa de los procedimientos participativos y, sobre todo su calidad, va a depender en gran medida del impulso de las autoridades que son «quienes controlan el proceso, definen la agenda, fijan las reglas del juego y condicionan el acceso de los actores sociales al proceso de discusión» (RUANO DE LA FUENTE, 2010, 106).

La nueva Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, aprobada en el mes de diciembre del año 2013, supuso a todas luces un retroceso en el camino andado en la medida en que rompe con el espíritu de la Carta Europea de Autonomía Local y con el avance, aunque pequeño, que supuso la Ley de Modernización del Gobierno Local para impulsar la autonomía en las ciudades, ya que abre la posibilidad de que los municipios pierdan competencias por la aplicación del nuevo límite constitucional de la estabilidad presupuestaria, hecho que sin duda, como apuntó el Consejo de Estado en su Informe, redundará en perjuicio de la autonomía municipal que «puede verse cuestionada como consecuencia del eventual vaciamiento competencial de los municipios y por el hecho de que sus competencias pasen a entidades locales de representación indirecta como son las Diputaciones Provinciales»⁸.

De nuevo nos enfrentamos a un problema de actitud y sobre todo de capacidad de liderazgo para impulsar un mayor protagonismo de los ciudadanos en la toma de decisiones; una verdadera integración entre gobernantes y gobernados en la búsqueda de «ese bien común» al que hacen referencia las ideas de gobernanza y buen gobierno y que debería concretarse en una auténtica coimplicación de todos, ciudadanos y poderes públicos, en la mejora de la gestión pública, de la cohesión social y, en definitiva, en el fortalecimiento

⁸ Informe del Consejo de Estado, de 26 de junio de 2013 (Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local).

del carácter democrático. Aún así, no debemos obviar, como nos lo recuerda AHLERT (2007, 6) «...que una verdadera ciudadanía, ideal máximo de los derechos humanos, exige el ejercicio de derechos y deberes. Esto significa que cada individuo debe fomentar la búsqueda y la construcción colectiva de los derechos». Así, el ejercicio de la responsabilidad con la colectividad, el cumplimiento de reglas y de normas de convivencia, la búsqueda efectiva de participación en la política para controlar a sus gobiernos elegidos dentro de principios democráticos, serían algunos ejemplos de deberes que contribuirían al fortalecimiento de una sociedad más democrática. Sin embargo, compartimos la reflexión de CASTEL GAYÁN (2013) cuando sostiene que la desafección cívica y el descenso en la participación electoral reflejan el malestar y el desencanto hacia la democracia representativa. De ahí la importancia de abrir nuevos espacios que complementen el sistema representativo, devolviendo al ciudadano la confianza en el mismo. Sin duda este es el objetivo: la necesidad de introducir nuevas formas y nuevas prácticas que combinen la democracia representativa con aquella participativa, con la finalidad de mejorar la cualidad de la primera y contribuir a la de la segunda, porque estas formas de democracia deben ser profundamente diferentes y sin embargo compatibles. Se podría hablar de una relación de continuidad entre ellas, también de la democracia deliberativa, y no de alternancia, precisamente porque la democracia necesita de mecanismos de decisión basados en lógicas diversas, entre ellas, la deliberación pero también, el voto, la negociación y el interés personal⁹.

3. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA ¿REALIDAD O UTOPIA? REFLEXIONES AL HILO DE NUEVAS EXPERIENCIAS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

El Derecho Comparado nos ofrece un banco de pruebas muy valioso para experimentar y reflexionar en torno a instrumentos de democracia participativa que puedan aportar el impulso que las democracias actuales necesitan, tanto en términos de legitimidad como de cultura cívica.

Se trata de una modalidad relativamente reciente en Europa donde los ciudadanos individualmente y no necesariamente reunidos en forma asociativa, participan en procedimientos públicos que cuentan con momentos abiertos, con el objetivo de influir de manera efectiva en las decisiones finales (U. ALLEGRETTI, 2011). Se trata de prácticas participativas muy variadas que se van diseminando hasta ser recibidas y adaptadas en diversos

⁹ Sobre la relación entre estas tres formas de democracia, vid BIFULCO, R.: «Democracia deliberativa y democracia participativa», *www.astrid-online*, pp. 4-6, 2010 (consultado 7/11/13).

lugares con los mismos problemas y dificultades. Una nueva forma de regular y dar respuesta a conflictos sociales integrando a los actores políticos con la sociedad misma a través de lo que BLANCO Y GOMÁ (2003,13) han denominado «gobierno local relacional», entendido como «aquel que sitúa la gestión municipal en términos de deliberación e implicación ciudadana pluralista en las decisiones públicas locales», esto es, gobiernos abiertos basados en las ideas de proximidad, transparencia y sensibilización. Por tanto, nuevas formas de gestión y de gobierno que vendrían a complementar a una democracia fundamentalmente institucional, intentando atenuar, en alguna medida, una representación que a todas luces se muestra imperfecta. Sin embargo, muchas son las críticas vertidas en relación con la práctica de estos instrumentos, siendo quizá las más frecuentes aquellas centradas principalmente en los costes económicos que generan, en la lentitud que introducen este tipo de instrumentos participativos en la toma de decisiones, así como también en la manipulación a la que pueden verse sometidos los participantes. Cuestiones todas ellas que trataremos de abordar en las siguientes páginas.

Los dos instrumentos de democracia participativa más interesantes a nuestro parecer y en los que centraremos nuestras reflexiones serán los presupuestos participativos y los debates públicos¹⁰. No obstante, el objetivo de este apartado no es centrarnos de manera particular y exhaustiva en cada uno de estos mecanismos de democracia participativa, sino en tratar de llegar a los requisitos que, a nuestro juicio, deberían darse de manera «inexcusable» en este tipo de procedimientos para poder hablar de un verdadero impulso en la finalidad perseguida; esto es, acercarnos a las ideas de gobernanza y buen gobierno en términos reales y efectivos.

Los Presupuestos Participativos a nivel local en Europa parten de las experiencias latinoamericanas y, más concretamente, del modelo de Porto Alegre porque es el más antiguo, el más conocido y la experiencia más consolidada, aunque la metodología es diferente, obviamente, porque los contextos en donde se aplican también lo son.

El elemento común que subyace a estas experiencias nacidas del referente brasileño es que este instrumento supone una forma participada de diseñar el presupuesto local o parte del presupuesto local. En Europa nos encontramos con procedimientos de Presupuestos Participativos más informales, con reglas menos precisas, siempre impulsados desde arriba (top-down) y, en general, con un carácter más consultivo que deliberativo, a diferencia del modelo de Porto Alegre, impulsado desde la misma sociedad (bottom-up) y

¹⁰ En estos y, en general, en los diversos procedimientos participativos, pueden existir momentos de superposición con otras formas de participación (momentos de tipo representativo o de democracia directa).

con un carácter puramente deliberativo¹¹. En nuestro país existen experiencias ya consolidadas y otras, en cambio, se fueron abandonando como consecuencia, bien de la alternancia política, bien por la pasividad ciudadana. Siempre en ciudades de pequeño o mediano tamaño¹².

En cuanto a los Debates Públicos, las experiencias son muy diferentes. A menudo son resultado de «hibridaciones» entre modelos distintos. Los marcos regulativos son muy variados y el grado de participación resulta, de igual modo, bastante variable. Quizá el modelo de referencia en Europa sea el modelo de Debate Público francés sobre grandes obras. La finalidad del Debate Público es que las instituciones políticas representativas llamadas a decidir, lo hagan de manera responsable. Sin embargo, los órganos representativos son los únicos legitimados para tomar una decisión, estando «llamados» a justificar su elección indicando las razones que les llevan a adoptarla, alejándose o separándose de las indicaciones derivadas del debate¹³.

¹¹ Sobre la experiencia de Porto Alegre, vid entre otros, ALLEGRETTI, G.: *l'insegnamento di Porto Alegre: autoprogettualità come paradigma urbano*, Alinea, Florencia, 2003; BLANCO, I.: «Presupuestos participativos y democracia local: una comparación entre las experiencias brasileñas y españolas», documento presentado en el VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, 8 al 11 de octubre, 2002; GRET, M. y SINTOMER, Y.: *Porto Alegre: la esperanza de la democracia*, Debate, Barcelona, 2003; SANTOS, B. DE SOUSA (coord.) (2002); VILLASANTE, T.R. y GARRIDO, F. I. (coords) (2002).

¹² La experiencia de PORTO ALEGRE ha sido hasta el momento la más influyente en Europa y especialmente en España. Se basa en dos dimensiones, territorial (con asambleas y/o gremios de barrio o de sector) y temática (sobre diferentes políticas públicas); articula el nivel micro local (del barrio o de la aldea) y el de la ciudad así como asambleas abiertas a todos los ciudadanos y consejos de delegados que constituyen la cumbre del proceso y lo monitorean; utiliza criterios formales de distribución de los recursos dentro del marco de un reglamento explícito que puede ser modificado por los participantes; necesita un ciclo organizado de discusiones y toma de decisiones durante todo el año, tiene un valor deliberativo, permitiendo la discusión entre ciudadanos y gobierno local principalmente sobre presupuestos de inversión. Cfr SINTOMER, Y.: «Los Presupuestos participativos en Europa: retos y desafíos», *Rev. del CLAD Reforma y Democracia*, n.º 31, Febrero 2005, Caracas, 2005, pp. 1-17.

¹³ Las primeras experiencias en Italia de Debate Público sobre grandes obras fueron dos: el Debate de Montaione, en la Toscana en 2007, y el Debate de la «Gronda di Ponente» en el año 2009 en Génova, ambas impulsadas desde la colaboración poder político-ciudadanos. El primero de ellos supuso un interesante proceso participativo sobre un grande y arriesgado complejo turístico llevado a cabo con buenos resultados antes de la entrada en vigor de la Ley Regional de 2007. En el segundo supuesto, la discusión sobre la construcción de una gran autopista que atravesaba la ciudad de Génova, fue promovida por el Comune de dicha ciudad, también en ausencia de regulación al respecto, de acuerdo con la empresa responsable de la autopista. El resultado fue un nuevo proyecto de trazado consensuado por los ciudadanos y la empresa que modificó aquellos elaborados previa-

Tanto en los Presupuestos Participativos como en los Debates Públicos el objetivo no es otro que crear un recurso de discusión pública para encontrar soluciones, lo más compartidas posibles, en torno a decisiones importantes que van a afectar a una comunidad territorial (U. ALLEGRETTI, 2011). En ambas prácticas, independientemente de las metodologías utilizadas, existen una serie de elementos que deben ser tenidos en cuenta si lo que se pretende es tomar en serio el impulso de una democracia de calidad a través de instrumentos de democracia participativa realmente efectivos. Por ello, resulta conveniente detenernos en cada uno de ellos a partir de las experiencias vividas en contextos muy próximos al nuestro, precisamente para valorar su aportación. Será la experiencia italiana la que tomaremos como hilo conductor del presente trabajo y, más concretamente, la experiencia Toscana por ser la más adecuada para nuestro objetivo.

En Italia el impulso de estas prácticas vino de la mano de las Regiones. Por tanto, en términos generales, son las leyes regionales las que introducen y apoyan instrumentos concretos de democracia participativa en el ámbito regional y local.

Merece especial mención la Ley 69/2007 de la región de la Toscana de «Promoción de la participación en la elaboración de las políticas regionales y locales», precisamente porque con esta ley se quiso «experimentar» en este tipo de prácticas participativas, tomándose muy en serio el objetivo de reforzar la democracia en estos ámbitos. Por ello esta Ley nació con fecha de caducidad para que transcurrido ese tiempo, unos cinco años aproximadamente, pudieran solventarse las lagunas y los problemas que se hubieran detectado en la práctica a través de un nuevo texto legal¹⁴. El experimento trajo consigo la celebración de 116 procesos participativos con resultados no siempre fáciles, pero que sirvieron para tratar de perfeccionarlos a través de la Ley 46/2013 de «Debate Público Regional y promoción de la participación en la elaboración de Políticas Regionales» que finalmente perfiló estas prácticas en esta Región.

En cuanto a los elementos que deben de tenerse en cuenta para que estos mecanismos participativos no resulten frustrantes desde su origen, debemos hacer algunos comentarios al respecto. No obstante, conviene insistir en que su tratamiento y su eficacia dependerán, al menos en gran medida y como

mente, y que supuso para la ciudad frenar la demolición de un gran número de viviendas, máxima preocupación de los ciudadanos (de 900 viviendas que debían ser demolidas, se pasó a sólo 90 con el último proyecto aprobado). Cfr BOBBIO, L., «As especificidades do debate público sobre as grandes infraestruturas. O caso de Génova», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 91, URL <http://rccs.revues.org/4201>, 2010, pp. 189-203, (consultado 15-10-2014).

¹⁴ Resolución del Consejo Regional 168/2012, de 29 de diciembre.

hemos reiterado, del impulso que se les quiera dar por parte de los responsables políticos¹⁵.

De esta forma, si lo que se busca es normalizar el diálogo con la sociedad e ir creando una cultura cívica y una auténtica cultura política de diálogo, evitando que sean experiencias esporádicas, entonces *debería insistirse en su carácter permanente*¹⁶. Así lo pretende la Ley regional de la Toscana de 2013 al introducir este carácter de manera expresa cuando considera la participación como una fase ordinaria del procedimiento de decisión de las instituciones y, por tanto, justificando este momento en aras de la mejora de la calidad de las decisiones institucionales.

Este carácter permanente implicó hacer frente al siempre complejo problema de la financiación que, en la mayoría de los casos, se coloca como uno de los principales impedimentos para la práctica de estos instrumentos participativos. La Ley Toscana concreta este aspecto dejándolo en manos de la Región¹⁷.

¹⁵ Bien es verdad, como apunta N. VIZIOLI haciendo referencia a la tripartición entre democracia representativa, directa y participativa enunciada por A. PIZZORUSSO (1982), que aunque la democracia participativa atribuye la decisión final a los representantes, permite sin embargo la intervención de los destinatarios de la decisión en el proceso decisorio, no como una intervención opositora, sino necesariamente como una intervención colaboradora, muy adecuada para describir también la relación que debe existir en estos casos entre los representantes y la sociedad. Vid.: VIZIOLI, N.: «La democracia participativa en la Legislación regional italiana», *Revista catalana de dret públic*, n.º 48, 2014, pp. 187-205.

¹⁶ El texto único básico italiano sobre los entes locales 267/2000 ya enunciaba un principio de participación popular válido para la vida general de los Comunes, más débilmente proyectado sobre las provincias. Incluso un cierto número de administraciones locales fueron más allá, sintiéndose de algún modo autorizadas directamente por la Constitución para experimentar recursos participativos de mayor significado bajo la idea de mayor democratización desde la exigencia de asegurarse una mejor legitimación popular o buscar remedios a su ineficiencia ante los conflictos que se pudieran generar.

¹⁷ Buena prueba de la importancia de este carácter permanente para ir creando una cultura cívica y política en una sociedad lo encontramos precisamente en Brasil. Allí recientemente se pusieron en marcha instrumentos de democracia participativa en el ámbito local, a los que hemos hecho referencia, y ha sido precisamente su permanencia en el tiempo lo que ha permitido que desde hace muy pocos años se vengán desarrollando las llamadas «Conferencias de Políticas Públicas» como instrumentos de participación y deliberación a nivel nacional. Estos nuevos instrumentos sin duda no están exentos de problemas, pero nos encontramos ante una nueva experiencia orientada hacia la misma finalidad: enriquecer la democracia y no ya sólo en el ámbito de la ciudad, sino proyectado en un ámbito mucho más extenso y complejo como es el nacional. Cfr RAMOS, A. y FARIA, C.F.: «Las Conferencias de Políticas Públicas en Brasil: hacia un sistema integrado de participación y deliberación a nivel nacional», *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 32, julio, 2013, pp. 43-63.

En relación con los actores intervinientes, es importante tener en cuenta que una de las finalidades perseguidas con estas prácticas es la de involucrar al ciudadano en la política; por ello y, al menos en principio y con carácter general, *estos procedimientos deben ser lo más inclusivos y democráticos posibles*. En la mayoría de las experiencias se suele utilizar un lenguaje difuso al respecto aunque el objetivo, en mi opinión, debe ser el de tratar de garantizar la cohesión social dentro de este ámbito territorial, por lo que sería muy importante que estos procedimientos fueran capaces de superar las asimetrías que se producen en las ciudades como consecuencia de la multiculturalidad existente y, en general, de la complejidad que caracteriza a las sociedades actuales¹⁸. Sin embargo, las opiniones al respecto, tanto doctrinales como de carácter político, son muy variadas, considerando algunas de ellas que las decisiones que se puedan tomar a través de este tipo de procedimientos serán más representativas de los intereses en juego cuanto más inclusivos sean (LEVINE Y MOLINA, 2007) o, desde una posición más realista, las que alegan que una participación de todos es irrealizable sobre el plano práctico, pudiendo revelarse como obstáculo para la eficacia de la deliberación (L. BOBBIO, 2002). Sin embargo, por la finalidad que se pretende con estos procesos, la participación debería abrirse, con carácter general y en principio, a todos los ciudadanos censados en el respectivo ámbito territorial del que se trate, en la medida en que en ellos concurrirá algún tipo de interés sobre el territorio y porque las consecuencias de la decisión adoptada también les afectará en alguna medida. En este sentido resulta determinante que el ciudadano no sea excluido de la toma de decisiones al margen del proceso electoral. De ahí la importancia del carácter inclusivo de estos procesos, a pesar de que algunas experiencias son limitadas o utilizan, como hemos apuntado, un lenguaje ambiguo para poder intervenir, recogiendo sus propios mecanismos de selección; de esta forma podemos encontrar diversos criterios para la elección de los participantes como puede ser la selección de tipo causal, específica, por sorteo, etc¹⁹, todas ellas siempre cuestionables pero, en ocasiones,

¹⁸ Para L. BOBBIO el carácter democrático del proceso plantea el problema del acceso al mismo, que en la democracia deliberativa se plantea bajo el principio de inclusividad total como complemento o superación de la democracia representativa, ya que los mecanismos tradicionales de la representación no aseguran que en una asamblea electiva estén presentes todos los puntos de vista relevantes, ni que las preferencias ciudadanas estén reproducidas con la misma intensidad con la que se manifiestan en la sociedad. Vid.: BOBBIO, L.: «Come smaltire i rifiuti. Un esperimento di democrazia deliberative», *Stato e Mercato*, n. 64, 2002, p. 106.

¹⁹ Cfr L. BOBBIO apunta hacia la búsqueda de un equilibrio a la hora de seleccionar a los «deliberatori»: ciudadanos comunes y ciudadanos que tengan un interés en el asunto. La Ley Toscana de 2013 confirma la regulación del 2007 adoptando el criterio de máxima inclusividad, estableciendo en su art 2 que los titulares del derecho de participación son

también justificables, no como criterios rígidos sino flexibles y alternativos, siempre en función de las circunstancias, temáticas, grado de afectación, etc.

Generalmente suelen ser dos los colectivos que con mayor frecuencia quedan marginados en este tipo de procedimientos, los jóvenes y los inmigrantes²⁰. Resulta especialmente curioso cómo algunas experiencias participativas, como por ejemplo la recogida en la Ley del 2013 Toscana, confirma la exclusión de los grupos sociales organizados, así como de las asociaciones²¹. La justificación a esta exclusión por parte del legislador regional no es otra que la de impedir la presencia incluso de asociaciones como partidos políticos o sindicatos, dando absoluta prioridad a la presencia de intereses individuales. La Ley del 2013 exige a las asociaciones para poder participar, demostrar tener el apoyo individual requerido, evitando, por un lado, atribuir a los grupos organizados una presunción de representatividad a priori y, por otro lado, que puedan llegar a monopolizar los procedimientos participativos favoreciendo la representación de intereses que son ya fuertes y estructurados (U. ALLEGRETTI, 2011) (CATALDI, 2008). Esto es, optar por procedimientos participativos ajenos a la capacidad de influencia de los partidos políticos, tratando de evitar la manipulación de los participantes. Así, la Ley Toscana recoge el concepto de «ciudadanos» en sentido amplio, favoreciendo por

los ciudadanos residentes y los extranjeros o apátridas, residentes regulares, las personas que trabajan, estudian, habitan de manera no permanente en el territorio interesado, así como todas las demás personas que tengan un interés respecto al territorio en cuestión o en el objeto del procedimiento participativo y que su intervención resulte útil en el proceso mismo. Vid.: BOBBIO, L.: «Come smaltire i rifiuti. Un esperimento di democrazia deliberativa», *Stato e Mercato*, n. 64, 2002, p. 20.

²⁰ De hecho, para RUANO DE LA FUENTE (2010, 106), los procesos participativos son asimétricos por varios motivos, y precisamente uno de ellos reside en la diferente influencia de los grupos participantes, hecho que puede llevar a la exclusión de los grupos más vulnerables. Vid.: RUANO DE LA FUENTE, J.: «Contra la participación: discurso y realidad de las experiencias de participación ciudadana», *Política y Sociedad*, 47, 2010, p. 106.

Sobre el problema de los desequilibrios en la participación como un fenómeno constante en las experiencias de Debate Público, tanto en Francia como en Italia, vid BOBBIO, L., «Dilemmi della democrazia partecipativa», *Democrazia e Diritto*, 44, 2006, p.11-26.

²¹ En nuestro país, por ejemplo, Albacete diseña los Presupuestos Participativos con los colectivos como protagonistas en lugar de los ciudadanos individualmente, o Puente Genil, en Andalucía, que combina a través de un modelo mixto, la presencia de asociaciones y ciudadanos individuales desde una posición más conciliadora. En cualquier caso, las metodologías mixtas también podemos verlas en América Latina, aunque no es la regla general, siendo la experiencia de Belo Horizonte la más conocida. Sobre estas experiencias y los actores participantes, FONT, J. (Coord.); *Ciudadanos y decisiones públicas*, Barcelona, Ariel, 2001; GANUZA FERNÁNDEZ, E. Y ALVARES DE SOTOMAYOR, C. (dirs), *Democracia y Presupuestos Participativos*, Icaria, Barcelona, 2003; PÉREZ CASTELL, M.: «La experiencia de los presupuestos participativos en Albacete», *Temas para el Debate*, n.º 113, abril, 2004, pp. 54-57, entre otros.

tanto este tipo de participación individual frente a la asociativa, fundamentalmente de carácter político.

En cuanto al momento abierto, *la fase deliberativa*, supone una oportunidad para el debate, para la discusión, para hacer política tratando de llegar al consenso a través de la argumentación y «del peso de las razones». Una participación que busca el diálogo abierto. Es esta característica la que lleva a considerar a estos instrumentos mucho más atractivos que a otros como, por ejemplo, el referéndum, que no permite plantear los problemas más que en la forma de sí o no, por lo que se obstaculiza el compromiso y favorece el choque y, precisamente por estos motivos resulta más adecuado para dirimir controversias sobre los principios que para resolver conflictos de interés (N. BOBBIO, 1985, 13).

Bien es verdad que el voto, en estas experiencias, no debe quedar excluido (U. ALLEGRETTI, 2011, 12) en la medida en que pueden darse situaciones complejas, bien por la temática del procedimiento, bien por la polarización de las posturas defendidas. En este sentido y para tratar de garantizar la esencia de este tipo de instrumentos que cuentan con momentos abiertos, se trata de evitar el uso alternativo de mecanismos que permitan tomar una decisión más rápidamente, salvando así las dificultades que se plantean en relación con estas nuevas experiencias participativas²². De hecho, la Ley de la Toscana del 2013 excluye la posibilidad de acudir al referéndum consultivo cuando ya se ha optado por un instrumento de democracia participativa. Sin duda, esta exclusión cuenta con una finalidad muy clara como es la de tratar de consolidar estas prácticas con el compromiso tanto de los ciudadanos participantes como de los poderes públicos implicados. Sin este compromiso resulta evidente que la experiencia nacería viciada desde su origen porque, de hecho, la práctica ha ido demostrando cómo el desarrollo de estas experiencias no ha resultado nada fácil, por lo que sin un compromiso firme y existiendo la posibilidad de optar por instrumentos alternativos que resuelvan las dificultades de manera más sencilla, se conseguiría eliminar el objetivo de la deliberación, esto es, el

²² Para RUILOBA NÚÑEZ, M. pese a la indudables potencialidades que presentan estas formas participativas, debe apostillarse que una corriente de escepticismo señala los problemas de sustentar todas las esperanzas en los procesos participativos, siendo las críticas más comunes aquellas que inciden en que con ellos se aumenta *la lentitud de la toma de decisiones*, se incrementan los costes y se procede a la defensa específica de intereses particulares por parte de sectores poco habituados a los procesos y con deficiente *expertise* técnica, jurídica o procedimental, así como su interés por el corto plazo y los intereses inmediatos e incluso la erosión que pueden provocar sobre las instituciones y partidos políticos al generar desconfianza en la capacidad representativa y la idea de defensa de intereses generales. (cursiva nuestra). RUILOBA NÚÑEZ, M.: «¿Es el gobierno local un nuevo espacio para la participación ciudadana? El punto de vista de los alcaldes. El caso español», *Estudios Políticos*, 44, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2014, p. 60.

razonamiento y la búsqueda del consenso en la toma de decisiones tratando de compartir las responsabilidades en la búsqueda del «bien común».

Pero además, para poder deliberar y hacerlo de una manera auténticamente libre es importante tener en cuenta dos premisas. En primer lugar, este momento debe abrirse a los ciudadanos cuando todas las opciones son posibles y, en segundo lugar, es necesario que los participantes tengan acceso a una información suficiente y accesible que les deberá proporcionar la autoridad. Entraríamos en el llamado derecho a la buena administración como elemento integrante del concepto de Buen Gobierno.

Es en este momento cuando se plantean las nuevas posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación en los procesos participativos. Las experiencias muestran que en estas prácticas concretas, las nuevas tecnologías se aplican de manera complementaria a las formas tradicionales en el momento previo de información, fundamentalmente por el coste económico que ello conlleva y atendiendo a la importancia del mayor grado de inclusión en este tipo de procesos²³. La información que se transmite, sobre todo a los participantes, deberá ser clara, actualizada, objetiva, veraz, de calidad, relevante, accesible y exigible, insistiendo en aquella que realmente interesa a los ciudadanos y no tanto a los poderes públicos (GRAU, 2006, 29). Ello implica distinguir entre transparencia y transparencia accesible, insistiendo en la necesidad de que para conseguir un sistema realmente transparente no basta con el acceso a los datos (accesibilidad), sino también acompañar la información de la claridad suficiente para su comprensión, y más en el momento actual en el que internet también puede convertirse en un instrumento de opacidad que dificulta el control (CASTEL GAYÁN, 2013, 175).

El objetivo, sin duda, consiste en garantizar la autonomía ciudadana en este tipo de procedimientos. Supone un requisito que resulta a todas luces imprescindible desde cualquier perspectiva. Un requisito básico para la calidad misma del proceso.

Pero, además, igualmente imprescindible se presenta la necesidad de que existan reglas muy claras sobre tres puntos nucleares, en relación con estos procesos: quién decide, sobre qué se decide y cómo se resuelven los desacuerdos.

²³ Sobre las dificultades de la aplicación de las TIC's a los instrumentos de democracia participativa, sirvan como lecturas orientadoras, COLOMBO, C.: «Innovación democrática y TIC, ¿hacia una democracia participativa?», *Rev. Internet, Derecho y Política*, núm. 3, 2006, pp. 28-40; MARTÍ, J.L.: «Alguna precisión sobre las nuevas tecnologías y la democracia deliberativa y participativa», *Rev. Internet, Derecho y Política*, núm. 6, 2008, pp. 3-12; CRIADO, J.L.: «Construyendo la e-Administración Local», en *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación e internet en los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid*, C.E.R.S.A.: Madrid, 2004; COTINO HUESO, L.: «Democracia electrónica», en ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Curso Democracia y derechos humanos*, Univ. de Alcalá, 2006, pp. 2-28, entre otras.

En cuanto a *quién decide, quién toma la decisión*, podemos decir que en Europa, a diferencia de América Latina, la decisión la toma la autoridad. Es por tanto la legitimidad o el valor de la investidura electoral la que sustenta esta opción generalizada en nuestro continente²⁴. Pero la pregunta que subyace a esta opción generalizada nos lleva a cuestionar qué grado de eficacia tendría, a efectos de participación ciudadana, si la decisión de los participantes sociales no va a ser vinculante para la autoridad/es que toma la decisión.

En relación con esta importante cuestión, merece especial mención, de nuevo, la regulación Toscana del año 2013 en la medida en que, aún manteniendo el poder de decisión de las instancias representativas locales, establece la necesidad de motivación cuando la autoridad se separe total o parcialmente del resultado del proceso. Con ello, se estaría facilitando un control político o rendición de cuentas a posteriori, también a través del peso de la argumentación²⁵.

Por la complejidad de estos procedimientos de democracia participativa, la práctica nos ha ido mostrando que, junto a los actores protagonistas, se requiere además la presencia de otras figuras o instituciones de carácter mediador que garanticen, desde una posición neutral, la eficacia del proceso. La Ley regional de la Toscana del año 2007 así lo hizo con la llamada «Autoridad garante de la participación», diseñada con carácter unipersonal. Sin embargo, será la Ley del 2013 la que llevará a cabo su reconfiguración definitiva buscando una mayor independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, teniendo en cuenta su papel decisivo en los momentos previos al procedimiento, mostrados durante la vigencia de la Ley del 2007, fundamentalmente en orden a cuestiones tan importantes como la admisibilidad del proceso cuando, por ejemplo, lo solicite un ente local o, la exclusión de de-

²⁴ Sin embargo, conviene distinguir, como así lo hace U. ALLEGRETTI el poder de decisión final, en manos de los órganos representativos, del resto de medidas que se puedan tomar de carácter técnico, obviamente en manos de burócratas y cuerpos técnicos que no cuentan con legitimación electoral. De hecho, la mayor parte de los ordenamientos hoy en día, remiten la adopción de medidas puntuales así como la gestión a estos cuerpos administrativos. Vid.: ALLEGRETTI, U.: «Il camino accidentato di un principio costituzionale: Quaranta anni di pratiche partecipativa in Italia», *RAIC*, n.º 1/2011, 2011, p. 14 (consultado 12-11-2013).

²⁵ La Regulación de Emilia Romagna sobre los procedimientos participativos (Ley 8/2008, de 27 de mayo y Ley 3/2010, de 9 de febrero) prevé también el apoyo regional a este tipo de procedimientos. Tiene muchos puntos en común con la regulación Toscana, sobre todo la Ley del 2010 que efectivamente establece que las autoridades deberán tener en cuenta el resultado de las deliberaciones, pero en el caso de que sus decisiones se alejen en todo o en parte de la propuesta participada, las autoridades deberán expresar de manera razonada, los motivos de dicha medida (art 10.4 de la Ley 3/2010). Cfr VIZIOLI, N.: «La democracia participativa en la Legislación regional italiana», *Revista catalana de dret públic*, n.º 48, 2014, pp. 201-204.

terminados sujetos en el procedimiento. Así, la Ley del 2013 establece que los miembros de este órgano colegiado serán nombrados entre el Consiglio y el Presidente de la Giunta, con un mandato de cinco años. Sin embargo, esta ley sigue manteniendo unos criterios muy vagos e imprecisos de actuación, lo que continúa otorgando a este órgano un considerable grado de discrecionalidad a la hora de tomar decisiones. Así, la selección de algunos participantes, o de otras cuestiones en la Ley del 2013, se fundamenta en criterios como el del interés sobre el territorio, en el objeto del proceso o/y en la utilidad de la intervención, criterios todos ellos que siguen permitiendo grandes dosis de discrecionalidad en la decisión.

Surge entonces *la cuestión del control y su importancia*, y no sólo en relación con las decisiones de esta Autoridad, sino también en relación con el rendimiento del recurso participativo en sí, y con el grado de cumplimiento de la decisión tomada. Y es que, con carácter general en relación con estos procedimientos podemos decir que los mecanismos de control, a nivel legal, están poco o nada desarrollados y, en este sentido, sería conveniente para la buena marcha de este tipo de procedimientos, así como para su posterior consolidación, profundizar más en este aspecto a todas luces muy relevante.

Prueba de ello, por ejemplo, es el caso que se plantea en cuanto al control de la decisión de la Autoridad garante de la participación en el supuesto de rechazar una solicitud de proceso participativo o de excluir, por ejemplo, la participación de determinados sujetos. Se cuestiona por un sector de la doctrina italiana si en estos casos sería posible el recurso a la tutela judicial, teniendo en cuenta que la Ley Regional Toscana de 2013 configura la participación ciudadana como un derecho²⁶.

Muchas dudas surgen a este respecto partiendo del difícil encaje de estos mecanismos en las categorías clásicas del principio de legalidad y de la tutela jurisdiccional. Pero teniendo en cuenta que nos encontramos en un momento que podríamos calificar de «experimentación» e «inmadurez» de los instrumentos de democracia participativa, no se debería despreciar esta posibilidad y, algunas voces defienden que, en determinadas hipótesis, debería considerarse el derecho a la defensa judicial (U. ALLEGRETTI, 2007, 801-802; S. CASSESE, 2007, 14 y ss). Sin embargo, en mi opinión, el recurso a la tutela judicial supondría dilatar en el tiempo la resolución del conflicto, perjudicando gravemente la naturaleza y finalidad del procedimiento participativo en sí, además de agravar uno de los defectos que se le critican a estas prácticas

²⁶ Art 1.1 «La Regione, ai sensi dell'articolo 3 dello Statuto, riconosce il diritto dei cittadini alla partecipazione attiva all'elaborazione delle politiche pubbliche regionali e local, nelle forme disciplinate dalla presente legge».

2.-b. «promuovere la partecipazione come forma ordinaria di amministrazione e di governo delle Regione in tutti i settori e a tutti livelli amministrativi».

como es su lentitud en la toma de decisiones que con el recurso judicial se alargaría aún más, y todo ello sin contar con el coste económico que tiene la tutela judicial para las partes.

Sin embargo, ello no significa que se deba renunciar al control de las decisiones de esta Autoridad. Precisamente la motivación de sus decisiones será clave para permitir su control; control que podría recaer, en un primer momento, en la propia Autoridad garante de la participación o figura mediadora, para que pudiera reconsiderar su decisión y, en un segundo momento, tras una confirmación de la decisión tomada por la Autoridad, buscar la tutela del derecho en lo que se conoce como instrumentos de defensa cívica, cuya función original es precisamente el control de la mala administración y la defensa de los derechos de los ciudadanos administrados²⁷.

En cuanto a la fiscalización del rendimiento en sí del procedimiento, tampoco se contempla legalmente, pero en mi opinión, por ejemplo en el caso de la Toscana, el hecho de haberse fijado un período determinado de vigencia en el propio texto de la ley del 2007, ya encerraba claramente esta intención con la finalidad de perfeccionar el rendimiento de estos procedimientos a través de una ley posterior, como así sucedió. Sin embargo, el texto vigente no recoge ningún mecanismo que permita un control concreto y a posteriori de cada procedimiento celebrado, ni tampoco un seguimiento de las decisiones tomadas. En general, las distintas normativas guardan silencio sobre esta cuestión y, sin embargo, sería igualmente conveniente, en aras de la consolidación de estas prácticas, fijar mecanismos que permitieran la rendición de cuentas, por ejemplo, a través de asambleas puntuales meramente informativas u otros canales de información que comunicaran con transparencia a los interesados, los avances o las dificultades que se vayan produciendo en cada caso tras la decisión tomada, y no como ocurre en la actualidad en donde la posibilidad de que se lleve a cabo este seguimiento depende del criterio discrecional de las autoridades regionales o locales.

En esta línea y, más concretamente, en relación con los Presupuestos Participativos, algunos autores abogan, por ejemplo, por la fórmula de los presupuestos por objetivos (ROMERO, J. Y FARINÓS, J., 2011, 305-307), enlazando este mecanismo con el objetivo del desarrollo territorial sostenible aplicado al ámbito de la ciudad, y donde esta práctica debe ser entendida como proyecto de futuro construido por todos, generaciones presentes y fu-

²⁷ El Estatuto de la Región de Toscana de 19 de julio de 2004 de hecho prevé en el art 56, dentro del Título V, sobre órganos de tutela y garantía, la figura del Difensore Civico, en la que recoge las notas que caracterizan a esta institución y que sin duda se ajustan de manera idónea al tipo de control que necesitarían estas prácticas participativas: Art 56, 1.- Il Difensore Civico regionale garantisce a tutti la tutela non giurisdizionale nei casi di cattiva amministrazione, svolgendo anche attività di mediazione.

turas, haciendo posible el diseño y el control de los presupuestos a corto, medio y largo plazo. Con ello sería posible evitar rupturas en su práctica, por ejemplo como consecuencia de la alternancia política, fortaleciendo así la idea de implicación permanente de todos, ciudadanos y operadores políticos, en el gobierno de su ciudad²⁸. Precisamente GOMES CANOTILHO (2010, 343), haciendo referencia a la Declaración de Río del 2010, incide en la idea de «responsabilidad compartida» como un nuevo principio que implica la necesidad de nuevos esquemas de «gobernanza» que den espacio a las exigencias de participación, información y de involucramiento en procesos decisivos y de buena administración que legitimen, en términos efectivos, una división de responsabilidad de los ciudadanos²⁹. Esto es, lo que ya apuntamos en palabras de AHLERT (2007), «responsabilidad con la colectividad».

Después de analizar la importancia de la implicación autoridades-sociedad a la hora de intervenir y tomar decisiones en estos procedimientos, nos resta afrontar otros dos puntos que también deberían contar con un reflejo legal por los mismos motivos ya apuntados. Estos puntos serían: «sobre qué se decide» y «cómo se resuelven los desacuerdos», dos cuestiones que, desde el punto de vista legal, también deben ser reformulados.

Tanto en los debates públicos como en los presupuestos participativos las experiencias reflejan la existencia de regulaciones al respecto. Los Presupuestos participativos implican dejar en manos de la deliberación el presupuesto local o parte del presupuesto local, que obviamente variará anualmente en función de las cantidades con las que cuente la ciudad. Por ello resulta igualmente positivo que sea la propia comunidad, en algunas experiencias en confluencia con las autoridades públicas, quienes valoren sus necesidades sociales y, no sólo y en todo caso a corto plazo sino, también y como hemos apuntado, como proyecto de futuro, incidiendo en objetivos como la cohe-

²⁸ Sobre el presupuesto por objetivos, la Región del Lazio, por ejemplo, parece haber recogido una fórmula en este sentido al adoptar como práctica de democracia participativa, los Presupuestos Participativos de base trienal, que son revisados y actualizados por los ciudadanos y representantes políticos anualmente y, por tanto, aplicando un seguimiento continuado a modo de control sobre los resultados aprobados en la ciudad.

²⁹ Idea que queda muy claramente reflejada en el Principio 10 de la Declaración, «El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes».

sión social y la mejora de la calidad de vida. El diseño de los distintos procesos varía en función de los contextos, de ahí que las regulaciones, en términos generales, sean meramente indicativas. De ahí que sea importante la existencia de controles.

Los Debates Públicos sobre grandes obras, de corte francés, que son los más extendidos, ciñen su objeto a la deliberación sobre grandes obras de infraestructura que pueden suponer grandes costes materiales para la comunidad así como, sobre todo, su oportunidad en momentos determinados³⁰. La regulación Toscana del 2013, por ejemplo, recoge una definición precisa del debate público, así como el tipo de obras que deben ser sometidas de forma obligada a este tipo de procedimiento, reduciendo así en cierta medida, el ámbito de discrecionalidad de la Autoridad garante de la participación (A. FLORIDA, 2007, 287).

En general, en las experiencias Italianas, como es el caso citado así como el de la Región de Emilia Romagna, la legislación no opta por procedimientos participativos específicos, sino que más bien opta por la definición de un tipo genérico³¹, otorgando más flexibilidad procedimental en función de las necesidades y cuestiones a tratar³². Por otro lado, ambas legislaciones resultan más concretas en relación con aquellas cuestiones que se pretenden fomentar como son la continuidad de estas prácticas, su carácter inclusivo, así como la transpa-

³⁰ La especificidad del debate público consiste en que nace para resolver un conflicto ya iniciado o que se puede prever fácilmente. Las grandes obras tienden a encontrar una doble oposición: por un lado la de los residentes que temen una invasión de su territorio y alteraciones en sus ritmos de vida, peligros para la salud, devaluación de sus casas... y por otro lado los ecologistas que se preocupan por cuestiones más generales como son la utilidad de las obras, o el modelo de desarrollo en el que se inspiran, proponiendo medidas menos invasivas o que respondan a un modelo de vida alternativo. Sobre las especificidades del modelo francés y algunas experiencias en Italia vid BOBBIO, L. (2010, 190 y ss).

³¹ La Ley 3/2010 Toscana, en su art 10.3 recoge «por proceso participativo se entiende un proceso de discusión organizada que se inicia en relación con un proyecto de futuro o con una futura norma en el marco de la competencia de las Asambleas electivas o de los Gobiernos, regionales o locales, con vistas a su elaboración, poniendo en comunicación a actores e instituciones, a fin de conseguir la completa representación de las posiciones, de los intereses o de las necesidades sobre la cuestión, además de llegar a una medicación o negociación, buscando un acuerdo de las partes implicadas sobre la cuestión objeto de los actos de discusión».

³² Pensemos en los distintos contextos y en la presencia de catástrofes naturales que exigen una reconstrucción como la sucedida en Friuli después del terremoto de 1976 o de Umbria-Marche en el año 1997, donde como explica U. ALLEGRETTI, la coyuntura, una situación particular, puede explicar, más allá de las ideas generales u opciones ideológicas, la aplicación a un cierto contexto y a situaciones de este tipo, el mejor resultado, como así fue; una reconstrucción desde la colaboración autoridades y ciudadanos. Vid.: ALLEGRETTI, U.: «Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia», en *Democrazia partecipativa. Esperienza e prospettive in Italia e in Europa*, U. Allegretti (a cura di), Firenze University Press, 2010, p. 19.

rencia informativa³³. Luego es el procedimiento el que goza de flexibilidad, tratando de buscar mayor eficacia práctica, pero no en cuanto a su objeto. Estamos de acuerdo con U. ALLEGRETI (2010) cuando tras analizar estas primeras experiencias italianas concluye que, al menos en la fase experimental en la que se encuentran muchos territorios, resulta conveniente que tales fuentes normativas no contengan más que las autorizaciones y prevean la imposición de formas de participación solo para algunos actos que requieran de unas necesidades específicas, como son por ejemplo, los planes urbanísticos, las intervenciones sobre el medio ambiente, algunos procedimientos en materia de sanidad, así como los Presupuestos. Para el autor Italiano, en estas primeras fases resulta más oportuno «un espíritu inventivo de las modalidades de actuación».

En cuanto al último punto, *cómo deben resolverse los desacuerdos*, ya apuntamos en páginas precedentes cómo el voto no puede ser descartado como mecanismo de decisión en estas prácticas participativas porque, en algunos momentos, pueden darse situaciones complejas que requieran el uso de esta técnica tras la deliberación propiamente dicha, sin que se haya podido llegar a un resultado concreto. Bien es cierto que las técnicas son distintas, pero la presencia de situaciones «difíciles» puede llevar a la combinación de éstas en busca de la mejor solución posible. En las sociedades modernas existen tres modos de tomar decisiones: la votación, la negociación y la deliberación (ELSTER, 1986). Mientras la votación supone una agregación de voluntades de acuerdo con la regla de la mayoría, en la negociación rige la regla de la unanimidad que debe llevar al compromiso o acuerdo negociado de todos y cada uno de los participantes. Ambas reglas se contraponen a la deliberación, en la medida en que esta última busca, entre otros fines, transformar las preferencias, que los participantes en el proceso aprendan los unos de los otros matizando los distintos puntos de vista, redefiniendo los problemas e incluso, inventando nuevas opciones (L. BOBBIO, 2002, 105). Sin embargo, LANZARA (2005, 70), desde una concepción más realista, mantiene que la confianza en la virtud de la democracia deliberativa debe ser al menos atemperada desde la atenta valoración de sus límites y de sus posibles distorsiones, en la medida en que puede llegar a convertirse en una práctica igual de vulnerable que la democracia agregativa³⁴. En definitiva, momentos participativos diferentes, capaces de ser conciliados, para llegar al mejor resultado consensuado.

³³ Cfr VIZIOLI, N.: «La democracia participativa en la Legislación regional italiana», *Revista catalana de dret públic*, n.º 48, 2014, p. 203.

³⁴ Por otro lado, para L. BOBBIO desde un punto de vista estratégico, existen momentos deliberativos que resultan necesarios. Parte del supuesto en que una Administración Pública debe tomar una decisión polémica de cara a los ciudadanos, por sus efectos negativos, por sus altos costes, por sus beneficios difusos, etc, resultando estratégicamente

4. BIBLIOGRAFÍA

- AHLERT, A.: «Ética y Derechos Humanos: principios educacionales para una sociedad democrática», *Polis: Revista Latinoamericana*, n.º 16, 2007, ISSN-e 0718-6568, 2007 (consultado 4-12-2013).
- ALLEGRETTI, U.: «Il camino accidentato di un principio costituzionale: Quaranta anni di pratiche partecipativa in Italia», *RAIC*, n.º 1/2011, 2011 (consultado 12-11-2013).
- : «Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia», en *Democrazia partecipativa. Esperienza e prospettive in Italia e in Europa*, U. Allegretti (a cura di), Firenze University Press, 2010, pp 5-46.
- : «Procedura, procedimento, proceso. Un'ottica di democrazia partecipativa», *R. Diritto Amministrativo*, n.º 4, 2007, pp. 779-804.
- ALLEGRETTI, G.: *l'insegnamento di Porto Alegre: autoprogettualità come paradigma urbano*, Alinea, Florencia, 2003.
- BIFULCO, R.: «Democracia deliberativa y democracia participativa», [www.astrid-online](http://www.astrid-online.com), pp. 1-10, 2010 (consultado 7/11/13).
- BLANCO, I.: «Presupuestos participativos y democracia local: una comparación entre las experiencias brasileñas y españolas», documento presentado en el VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, 8 al 11 de octubre, 2002.
- BLANCO, I. y GOMÁ, R.: «Gobiernos Locales y redes participativas: retos e innovaciones», *Revista del CLAD. Reforma y Democracia*, 26, 2003, pp. 1-15.
- BOBBIO, L.: «Come smaltire i rifiuti. Un esperimento di democrazia deliberative», *Stato e Mercato*, n. 64, 2002, pp. 101-141.
- : «Dilemmi della democrazia partecipativa», *Democrazia e Diritto*, 44, 2006, p.11-26.
- : «As especificidades do debate público sobre as grandes infraestruturas. O caso de Génova», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 91, URL <http://rccs.revues.org/4201>, 2010, pp. 189-203, (consultado 15-10-2014)
- BOBBIO, N.: *El Futuro de la Democracia*, Plaza&Janés, 1985, pp. 7-221.
- BRUGUÉ, Q. y PARÉS, M.: «Entre la deliberación y la negociación: el caso de la Mesa de la Montaña de Aragón», *REP (Nueva Época)*, n.º 158, Madrid, 2012, octubre-diciembre, pp 75-101.

ventajoso compartir responsabilidades con la comunidad a través de una «arena» inclusiva y, por ello, elegir un foro de discusión que incluya a la comunidad afectada. De esta forma, la Administración Pública es la que anticipa los conflictos, abriendo la participación a eventuales opositores y utilizando el procedimiento deliberativo como modalidad de construcción preventiva del consenso. Vid.: BOBBIO, L.: «Come smaltire i rifiuti. Un esperimento di democrazia deliberative», *Stato e Mercato*, n. 64, 2002, pp. 101-141

Para el autor, la constitución de una arena deliberativa (multilateral) permitiría superar de modo eficaz el problema de los poderes de veto que las comunidades locales pueden ejercer contra proyectos de interés general que se perciben como una amenaza para los propios intereses. (citado por CATALDI, L.: «Promesse della Democrazia Deliberativa: Un'alternativa alla Democrazia del voto?», *Centro Einaudi, Laboratorio di Politica Comparata e Filosofia Pubblica*, Working Paper-LPF n.º 3, 2008, p. 27).

- CAPOGRASSI, G.: *La nuova democrazia diretta*, 1.º vol., Roma, 1922.
- CARLASARRE, L.: «Priorità costituzionale e controllo sulla destinazione delle risorse», *Costituzionalismo.it*/ Fasc 1/2003, pp. 1-22. (Consultado 6/11/2013), 2003^a.
- : «La Rappresentanza Política: un concetto complesso», Seminario 2002/Asociación per gli Studi e le Ricerche Parlamentari, Torino, G. Giappichelli, 3, 2003b, pp 57-71.
- CASSESE, S.: «La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato», *Riv. Trimestrale di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Fasc. 1, 2007.
- CASTEL GAYÁN, S.: «Reflexiones sobre el marco normativo del Buen Gobierno», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 6, diciembre 2013, pp. 168-180.
- CATALDI, L.: «Promesse della Democrazia Deliberativa: Un'alternativa alla Democrazia del voto? », *Centro Einaudi, Laboratorio di Politica Comparata e Filosofia Pubblica*, Working Paper-LPF n.º 3, 2008, pp 2-38.
- COCCO, G.: «Federalismo municipale partecipato», *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 2/2009), 2009, pp 1-28, (consultado 12/7/2013).
- COLOMBO, C.: «Innovación democrática y TIC, ¿hacia una democracia participativa?», *Rev. Internet, Derecho y Política*, núm. 3, 2006, pp. 28-40.
- COTINO HUESO, L.: «Democracia electrónica», en ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Curso Democracia y derechos humanos*, Univ. de Alcalá, 2006, pp. 2-28.
- CRÍADO, J.L.: «Construyendo la e-Administración Local», en Las Tecnologías de la Información y la Comunicación e internet en los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid, C.E.R.S.A., Madrid, 2004.
- CRÍADO DE DIEGO, M.: «Sobre el concepto de representación política: lineamientos para un estudio de las transformaciones de la democracia representativa», *Rev. Derecho del Estado*, núm. 28, enero-junio 2012, pp. 77-114.
- ELSTER, J.: «The Market and the Forum», en Elster, J. y Hylland, A. (coord.), *Foundations of social choice Theory*, Cambridge University Press, 1986.
- FERRARA, G.: «I Presupposti della democrazia», *Costituzionalismo.it*, Fasc 3/2009, 2009, pp 1-13 (Consultada 8/01/2014).
- FIORAVANTI, M.: *La Costituzione*, Il Mulino, 1999, pp 3-184.
- FLORIDIA, A.: «La democracia deliberativa, dalla teoría alla procedure. Il caso della legge regionale toscana sulla partecipazione», *Riv. Le istituzioni del federalismo*, Fasc. 5, 2007, pp 1-44.
- FONT, J. (Coord.): *Ciudadanos y decisiones públicas*, Ariel, Barcelona, 2001.
- GARRORENA MORALES, A., «Representación política y Constitución democrática», *Jornadas: El parlamento y sus transformaciones actuales. Estímulo a una reflexión*. Cuadernos Civitas, 1991.
- GANUZA FERNÁNDEZ, E. Y ALVARES DE SOTOMAYOR, C. (dirs), *Democracia y Presupuestos Participativos*, Icaria, Barcelona, 2003.
- GRET, M. y SINTOMER, Y.: *Porto Alegre: la esperanza de la democracia*, Debate, Barcelona, 2003.
- GOMES CANOTILHO, J.J.: «Principios y «nuevos constitucionalismos». El problema de los nuevos principios», *ReDCE*, Año 7, Núm. 14, julio/diciembre 2010, pp. 321-364.

- GRAU, C.: «La transparencia en la gestión pública. ¿Cómo construirle viabilidad?», Estado, Gobierno y Gestión Pública, *Revista Chilena de Administración Pública*, n.º 8, 2006, pp.22-44.
- HÄBERLE, P.: *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, ed. E. Mikunda, Tecnos, Madrid, 2002.
- LANZARA, G.F. (X), «La deliberazione come indagine pubblica», en PELLIZONI, L.: (2005, a cura di), *La deliberazione pubblica*, Roma, Meltemi, 2005, pp. 51-73.
- LEVINE, D. H. y MOLINA, J. E.: «La calidad de la democracia en América Latina: una visión comparada», *América Latina Hoy* 45, 2007, pp. 17-46.
- LIETO, S.: «Il rapporto tra il referendum e la democrazia della rappresentanza nell'attuale crisi del sistema político», *Costituzionalismo.it*, Fasc 1/2012 (consultado 13 enero 2014), 2012, pp 1-23.
- MARTÍ, J.L.: «Alguna precisión sobre las nuevas tecnologías y la democracia deliberativa y participativa», *Rev. Internet, Derecho y Política*, núm. 6, 2008, pp 3-12.
- PÉREZ CASTELL, M.: «La experiencia de los presupuestos participativos en Albacete», *Temas para el Debate*, n.º 113, abril, 2004, pp. 54-57.
- PIZZORUSSO, A.: «Democrazia partecipativa e attività parlamentare», en *Studi in onore di Antonio Amorth, vol II, Scritti di diritto costituzionale e altri*, Milan, Giuffrè, 1982, pp. 133-142.
- SKINNER, Q.: *El artista y la filosofía política. El Buen Gobierno de Ambrogio Lorenzetti*, 2009.
- RAMOS, A. y FARIA, C.F.: «Las Conferencias de Políticas Públicas en Brasil: hacia un sistema integrado de participación y deliberación a nivel nacional», *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 32, julio, 2013, pp. 43-63.
- ROMERO, J. y FARINÓS, J.: «Redescubriendo la Gobernanza más allá del Buen Gobierno. Democracia como base, desarrollo territorial como resultado», *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles (BAGE)*, núm. 56, 2011, pp. 295-319.
- RUANO DE LA FUENTE, J.: «Contra la participación: discurso y realidad de las experiencias de participación ciudadana», *Política y Sociedad*, 47, 2010, pp. 93-108.
- RUILOBA NÚÑEZ, M.: «¿Es el gobierno local un nuevo espacio para la participación ciudadana? El punto de vista de los alcaldes. El caso español», *Estudios Políticos*, 44, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2014, pp. 55-73.
- SINTOMER, Y.: «Los Presupuestos participativos en Europa: retos y desafíos», *Rev. del CLAD Reforma y Democracia*, n.º 31, Febrero 2005, Caracas, 2005, pp. 1-17.
- SKINNER, Q.: *El artista y la filosofía política. El Buen Gobierno de Ambrogio Lorenzetti*, Introducción de Eloy García, Ed. Trotta, 2009, pp. 9-146.
- SUBIRATS, J.: «¿Nuevas vías de participación ciudadana en los gobiernos locales?», en *La Ley de Modernización del Gobierno Local*, Fund. Carles Pi y Sunyer D'Estudis Autonomics i locals. Estudios 17, 2004, pp. 39-46.
- VIOLA, F.: *La Democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*, (trad. de J. Saldaña), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 1-89.
- VIZIOLI, N.: «La democracia participativa en la Legislación regional italiana», *Revista catalana de dret públic*, n.º 48, 2014, pp. 187-205.
- ZAFRA, M.: «Órganos y estructuras de participación social», *La Ley de Modernización del Gobierno Local*, Fund. Carles Pi y Sunyer D'Estudis Autonomics i locals. Estudios 17, 2004, pp. 47-56.

TITLE: Citizen Participation in public affairs and its contribution to the quality of democracy. Reflections with regards to some participative experiences

RESUMEN: En el presente artículo se trata de analizar, ante el déficit democrático que viven las sociedades actuales, nuevas formas de participación ciudadana en la toma de decisiones que tradicionalmente pasan por la sola voluntad de nuestros representantes políticos. El sistema de representación, pilar en el que se sustentan los derechos de participación política con carácter general, necesita ser reforzado con otros instrumentos que impliquen un mayor y permanente protagonismo de los ciudadanos en la arena política. El ámbito local, como hábitat natural para poner en marcha instrumentos de democracia participativa, resulta idóneo si queremos recuperar y consolidar conceptos como responsabilidad, cultura cívica y sobre todo, ética política tan en declive en los últimos años. La búsqueda del bien común debería marcar una nueva forma de gobernar y ser gobernados a través de los clásicos conceptos de Gobernanza y Buen gobierno, hoy más actuales que nunca. Este tipo de instrumentos participativos, aunque en fase de experimentación, nos van a ir mostrando su potencialidad así como también sus debilidades para el objeto que se pretende. Será principalmente la experiencia Italiana la que nos sirva de hilo conductor de nuestro análisis y reflexión.

PALABRAS CLAVE: Constitución; Gobernanza y Buen Gobierno; democracia deliberativa.

ABSTRACT: Due to the democratic deficit in the nowadays societies, new forms of citizen participation in decision making which used to belong only to our political representatives» will be analysed in this article. The representation system, the essential pillar on which the political fundamental rights rest, needs to be strengthened with other instruments which imply a stronger and more significant role in the political field. The local sphere, natural habitat to implement democratic participation instruments, is eligible to recover and consolidate concepts such as responsibility, public spirit and mainly public ethics so in decline in recent years. The quest for the common good should make a new way of governing and being governed by the old concepts of Governance and Good Government, nowadays more relevant than ever. Although it is still in an experimental stage, this kind of participative instruments will show its potential effects and weaknesses for the intended aim. The Italian experience will be mainly the thread for this analysis.

KEYWORDS: Costitution; Governance and right Government; deliberative democracy.

RECIBIDO: 12.06.2015

ACEPTADO: 09.12.2015

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA A TRAVÉS DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO EN MÉXICO

Enrique Córdoba del Valle

doi: 10.18543/ed-63(2)-2015pp111-126

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES DOGMÁTICO-ORGÁNICOS. 2. EL «CAPÍTULO ECONÓMICO» DE LA CONSTITUCIÓN. 3. EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO (PND). 4. EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2013-2018. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. ANTECEDENTES DOGMÁTICO-ORGÁNICOS

El desarrollo revolucionario y constitucional francés de 1789, llegó a México para ejercer influencia en el texto normativo supremo.

Si bien textos anteriores, como la Constitución de Inglaterra de 1215, pueden interpretarse como una proclama de la lucha del hombre por la libertad, sin menospreciar el mérito innovador para la época en que aparecían, adolecieron de reglas que permitieran la organización y separación de los poderes públicos, como lo propondría el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

La modernidad trajo consigo Constituciones garantistas de los derechos de las personas y una organización del poder. Esto justifica que tradicionalmente los contenidos esenciales de ellas se traduzcan cuando menos en dos partes, una que declara, reconoce u otorga derechos a los habitantes del Estado; y otra que estructura y organiza el poder público.

Bajo este paradigma, las Constituciones escritas posteriores han establecido dos partes básicas, una dogmática y otra orgánica.

Debe precisarse que en el caso mexicano, como lo establece Rabasa¹, cada texto constitucional ha reunido varias o todas de las siguientes características:

1. Hubiera tenido alguna vigencia temporal;
2. Regido en la totalidad o buena parte del territorio mexicano;
3. Significado un rompimiento brusco con el pasado, sobre todo lo que se refiere a la forma de gobierno; y
4. Aportado algo nuevo o distinto en el ámbito constitucional.

La primera Constitución Política de la Nación mexicana –ya independiente–, la de 1824, tuvo el gran acierto de reorganizar al país luego de la lucha que lograría la emancipación de España. Introdujo una república representativa, popular, federal, basada en el anhelo de una estructura distinta a la de la Corona española y de que las provincias, 23 en ese momento, tuvieran la posibilidad de contar con órganos de gobierno, independientes del poder central.

En esa república federal, a decir de los ideólogos que trazaron la ruta, la Nación mexicana se conformaría como una sola, indivisible y absolutamente soberana, administrados sus intereses generales por una autoridad central cuyo ejercicio dividiría en tres órganos tradicionales de poder, un Congreso General que dictara leyes para mantener la separación de los Estados pero conservando la Unión Federal; un Supremo Poder Ejecutivo que siendo el resorte de la autoridad política fuese el depositario de toda la fuerza nacional; y un Supremo Poder Judicial encargado de dirimir discordias y oposiciones entre Estados, con atribuciones de juzgar y responsabilizar a los infractores del pacto federal².

Se estructuró así una parte orgánica pero poco se dijo de los derechos de los mexicanos. Acaso en forma aislada e indirecta, se reconocieron derechos como la libertad política de imprenta, derechos autorales por invenciones, y reglas mínimas de orden procesal penal para garantizar el imperio de la ley, señalándose que la Nación estaba obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano.

Nada se dijo sobre la organización económica de la Federación, con excepción de la atribución que se dio al Congreso General para fijar los gastos generales, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlos, arreglar su recaudación, determinar su inversión y tomar anualmente cuentas al gobierno.

¹ RABASA, E.: *Historia de las Constituciones mexicanas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000, p. 87.

² CÓRDOBA DEL VALLE, E.: *El federalismo mexicano, evolución y prospectivas*. Pról. Miguel Alemán Velasco, Editora del Gobierno del Estado de Veracruz, México, 2004, p.35.

Para 1836 la república adoptó el sistema central como su forma de organización política. Las luchas ideológicas entre federalistas y centralistas, los pronunciamientos y levantamientos políticos, la separación de Tejas, el intento separatista de Yucatán, y la amenaza de intervención extranjera, provocaron un divisionismo que desprestigió el sistema federal, aunque corría la versión de que era el Presidente Santa Anna «quien encabeza la tendencia de derogar el sistema federal y establecer el centralista»³, pues con él en el gobierno, se conservaba la República pero cambiaban sus formas de operación.

Así sucedió al expedirse las 7 Leyes Constitucionales del 36. En la segunda de ellas se incorporó el Supremo Poder Conservador, con amplias atribuciones para declarar la nulidad de una ley, anular los actos del Ejecutivo o de la Suprema Corte de Justicia, o incluso suspender a la Corte o restablecer constitucionalmente a los poderes que hubieren sido disueltos, es decir, un amplio sistema centralista fincado en el ejercicio de este órgano protector y revisor del orden constitucional, con la única responsabilidad ante Dios y la opinión pública.

De los derechos y obligaciones de los mexicanos se ocupó la primera ley. En ella se prescribieron derechos de orden procesal penal, derecho al voto, de expresión de ideas políticas, así como «todos los otros derechos civiles... que establezcan las leyes». Sin embargo, se trató de una época de confusión, violencia y anarquía donde aquellos, se ejercieron poco o nada.

Tampoco se dijo más sobre el aspecto económico de la Nación. A lo sumo, se atribuyó al Congreso General, la facultad de decretar anualmente los gastos que se han de hacer en el siguiente año, las contribuciones con que deben cubrirse, así como examinar y aprobar cada año la cuenta general de inversión de caudales, y aún de manera elemental, dar al gobierno bases y reglas generales para la habilitación de puertos, establecimiento de aduanas, y determinar el peso, ley, tipo y denominación de las monedas, adoptando el sistema general de pesos y medidas que le parezca. Estas funciones supondrían alguna planeación mínima de la economía del país, sin embargo, este texto constitucional de 1836 nada previó al respecto.

1843 fue el año de las Bases Orgánicas que mantuvieron el régimen central. Un dato curioso es que el Poder Ejecutivo era considerado depositario también del Poder Legislativo, en tanto le correspondía la sanción de las leyes.

Las Bases fijaron algunos derechos fundamentales como la no esclavitud, la libertad de imprenta y opinión, la inviolabilidad del domicilio, la propiedad, el libre tránsito, entre otros. Sin embargo, tampoco regularon el aspecto económico, pues solo se limitaron a atribuir al Presidente la facultad de cuidar la exactitud legal en la fabricación de la moneda, cuidar la recaudación e

³ MUÑOZ, R. F.: *Santa Anna. El dictador resplandeciente*, 4.^a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 107.

inversión de las rentas generales, así como fijar los aranceles de comercio. Estas funciones supondrían alguna planeación mínima de la economía del país, sin embargo, el texto constitucional aludido nada previó al respecto.

En suma, las Bases Orgánicas «no fueron suficientes para que el país, al fin conociera la estabilidad. Fueron calificadas como “un producto militar” que necesariamente provocó un “despotismo constitucional”»⁴.

La vuelta al sistema federal tuvo lugar en 1847, con el nuevo triunfo de los liberales sobre los conservadores que lograron imponer el sistema federativo, basado en la reforma a la anterior Constitución de 1824 y una Acta en la que se diera forma constitutiva, naciendo así el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847.

Bajo esta nueva organización, se reconocían como derechos de los mexicanos votar en las elecciones populares, ejercer el derecho de petición, poderse reunir para discutir los negocios públicos, y pertenecer a la Guardia Nacional, sosteniendo que para asegurar los derechos del hombre que tal Constitución expresaba, una ley fijaría las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes y los medios para hacerlas efectivas.

La estructura de gobierno regresaba a la original del 24, con la salvedad de que el cargo de Vicepresidente quedaría derogado. De esta forma, se mantuvo el gobierno republicano, representativo, popular, federal y la división de los poderes generales como de los Estados.

Sobra decir que esta Constitución tampoco diseñó un capitulado económico como los textos anteriores.

1857 marca un partaguas en el constitucionalismo mexicano. Esta Constitución reafirma las principales decisiones políticas que contenía el federalismo de 24, además de incorporar por primera vez de manera amplia y detallada, un capítulo especial de los derechos del hombre.

Uno de los grandes méritos de la Constitución federal de 1857 fue la modificación de las relaciones Iglesia-Estado, así como el diseño de un sistema de defensa de la Constitución. Se confirmó la república federal, una democracia representativa y se concibió a la Constitución como norma suprema del país, garantizando su vigencia permanente. Se incorporó por primera vez el amparo, como mecanismo ordinario de defensa de la supremacía constitucional.

Y por cuanto a su apartado económico, éste se limitó a considerar la prohibición de monopolios y estancos, con excepción de los relacionados con la acuñación de moneda, correos y ciertos privilegios temporales a los inventores y perfeccionadores de algunas mejoras.

⁴ RABASA, E., *Ob. Cit.*, p. 53.

La Constitución del 57 ejerció notable influencia en la siguiente Constitución de 1917, que sigue vigente –con aproximadamente 642 reformas hasta casi fines de 2015– en México.

En 1917, los derechos del hombre pasaron a ser «garantías individuales», con un agregado importante de derechos sociales que dieron a esta Constitución una doble caracterización, liberal por influencia del 57 y social por el nuevo contenido que tuvo su origen en la Revolución mexicana de 1910.

Se mantuvo el sistema federal, el sistema presidencial, el legislativo bicameral, el judicial con mayor autonomía, el juicio de amparo, la soberanía de los Estados y el municipio libre, así como el principio de legalidad por el que todo acto de autoridad debía sujetarse a los principios normativos y constitucionales, contenidos todos que dieron forma a la parte orgánica de la Constitución.

Bajo este esquema constitucional se reforzó la figura del Ejecutivo, pero se acotó su prolongado ejercicio –dictatorial– al imponerse la no reelección y al eliminarse para siempre la figura de la Vicepresidencia.

La Constitución de 1917 dio un paso adelante al incorporar un apartado social, que textos posteriores tomarían como modelo o inspiración, como la de Weimar en 1919. Esa parte social prescribe un conjunto de garantías que el Estado se compromete a brindar a la colectividad.

Particular importancia revisten los artículos 3, 5, 27 y 123 que introducen derechos sociales, como el de la libertad de enseñanza, laica y gratuita; el de la libertad de trabajo y la previsión social; así como la regulación de la propiedad.

En suma, un amplio catálogo de derechos fundamentales que hicieron de la primera parte de la Constitución, una auténtica dogmática constitucional, que dicho sea de paso fue reformada en 2011 para incorporar una nueva concepción de los derechos humanos, reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, normas todas conforme a las que aquellos deberán ser interpretados favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Además, esta reforma obliga a las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

El texto original de 1917 tampoco previó la dirección económica de la Nación.

Debe notarse que todos los textos constitucionales que han regido la vida de México, han cumplido expectativas específicas y temporales, casi siempre políticas y escasamente económicas.

Así, la de 1824 se encargó de reorganizar al país, aunque poco pudo hacer gracias a la pluralidad de ideologías que derivaron en una abierta inestabilidad política como signo predominante en el arranque del siglo xix. Las sub-

secuentes Constituciones de 1836 y 43 apenas afianzaban el sistema central y veían su ocaso en el 47 con la vuelta al federalismo.

Acaso la de 1857 pueda ser la Constitución que logró una mediana estabilidad político-liberal; sin embargo, la breve irrupción del segundo imperio con Maximiliano en 1863-67 y los movimientos preparatorios de la revolución que se avecinaba, influyeron para que tampoco se garantizara una permanencia pacífica de régimen político alguno.

Quiero decir que se dio importancia, por conveniencia o estrategia, a la toma de decisiones políticas que poco tenían que ver con una sostenida planeación del desarrollo nacional. No había tiempo, más que para realizar un tejido de alianzas que llevaran a permanecer en el poder.

No fue sino hasta el régimen del presidente Porfirio Díaz, reconocido estrategia militar y político, cuando en México logró percibirse un auténtico cambio hacia el progreso, quizá porque se mantuvo en el poder presidencial por un periodo de 34 años, entre 1876 y 1911, con algunas breves interrupciones.

Con mano dura logró progresivamente la pacificación del país. Mantuvo buena relación política con los gobernadores de los Estados y los jefes militares, porque en la mayoría de los casos se trataba de militares de su confianza a quienes él mismo colocaba en esas posiciones.

Uno de los avances más significativos de la época de Díaz en la presidencia fue, la construcción de ferrocarriles que pronto ayudaría a extender el comercio por más lugares del país y del extranjero, cuando se abrieron rutas claves como la México-Veracruz y otras hacia la frontera con Estados Unidos.

El florecimiento de la cultura y el desarrollo de la ciencia, a través de la fundación de escuelas y bibliotecas, el aumento de la inversión extranjera, la electrificación del país, la industria de transportes y comunicaciones como la adopción del telégrafo y el teléfono, la instalación de correos, la creación de plantas hidroeléctricas y el descubrimiento de reservas de petróleo, entre otros, fueron factores que incidieron en el desarrollo económico que impulsaba el presidente.

Sin embargo, en su afán por aumentar la producción agrícola, Díaz vulneró los derechos de los campesinos y obreros, al forzar los trabajos a periodos prolongados por más de 14 horas diarias y mediante un sistema de pagos denominado «tiendas de raya», donde se canjeaban productos y alimentos básicos por vales que los patrones, mayoritariamente dueños de las grandes haciendas o fábricas, les proporcionaban. Además, de la prohibición para que los trabajadores formaran organizaciones o se manifestaran, so pena de imposición de multas o cárcel en caso de desobediencia.

Junto con la crisis económica que devino en 1908, la exigencia de mejoramiento de derechos laborales por la clase obrera, las huelgas de Cananea, Sonora en 1906 y de Río Blanco, Veracruz en 1907, el régimen de Díaz de-

caía y las primeras muestras de inestabilidad social llevarían más a tarde a la revolución de 1910.

No volvió a darse una planeación nacional del desarrollo, con el empuje que tuvo la época porfirista, en la práctica ni en el texto constitucional –incluido el de 1917– sino hasta la década de los ochenta. Quizá en los años 30 bajo la presidencia de Lázaro Cárdenas pero no es fácil ubicar tal antecedente.

Fue hasta el 3 de febrero de 1983, cuando el presidente de México, Miguel de la Madrid, reformó la Constitución Política incorporando lo que la doctrina mexicana ha llamado parte programática o «Capítulo económico» de la misma, debido a la naturaleza de su contenido al establecer las normas básicas para regular la planeación y programación del desarrollo nacional a través de los diversos programas que elabora la administración pública.

En otras palabras, la parte programática precisa las principales atribuciones del Estado para hacerse cargo de la rectoría económica del país, reservándose el aprovechamiento de ciertas áreas y actividades consideradas estratégicas o prioritarias, teniendo la responsabilidad de dirigir la planeación del desarrollo nacional.

Si bien nuestra Constitución en forma aislada contiene disposiciones que pueden inferirse relacionadas con aspectos económicos, son los artículos 25, 26 y 28, los que a pesar de ubicarse en la sección de los derechos humanos, dan sentido a un «apartado económico» porque sus contenidos se refieren esencialmente a la estructura y funcionamiento de la actividad económica estatal.

2. EL «CAPÍTULO ECONÓMICO» DE LA CONSTITUCIÓN

El **artículo 25** de la Constitución regula la rectoría de la actividad económica nacional.

Dispone que corresponde al Estado mexicano la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía nacional y su régimen democrático; y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico, el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege la Constitución.

La competitividad queda definida en este artículo, como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

A partir del 26 de mayo de 2015 se incorporó la previsión de que corresponde al Estado, velar por la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero para coadyuvar a generar condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo. Y se establece que el mecanismo

jurídico-administrativo para cumplir este imperativo constitucional, es la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y los planes estatales y municipales respectivos.

Es importante destacar que es al Estado a quien corresponde planear, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional, y que éste hace un llamado para que concurran al desarrollo económico nacional —con responsabilidad social—, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

Además, enfatiza que el Estado ejerce predominio en forma exclusiva, sobre las áreas estratégicas a que se refiere el artículo 28, pero es el Gobierno Federal quien mantendrá siempre la propiedad y el control sobre los organismos y empresas productivas del Estado que en su caso se establezcan.

Materias como el sistema eléctrico nacional, el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, quedan reservadas al Estado para que éste las lleve a cabo según el artículo 27 constitucional, en que se regula la propiedad de la Nación.

Finalmente, se señala que la ley alentará y protegerá la actividad económica de los particulares, proveerá condiciones para que el sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, promoverá la competitividad e implementará una política nacional para el desarrollo industrial sustentable.

El **artículo 26** constitucional contiene tres apartados que concurren a un mismo fin: la rectoría del desarrollo nacional.

En el apartado A, se dispone que el Estado organizará un sistema de planeación democrática y deliberativa del desarrollo nacional, y que será mediante mecanismos de participación legal como recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al Plan Nacional de Desarrollo y los programas de desarrollo, el primero de ellos obligatorio para los programas de la Administración Pública Federal. En este sistema, señala, el Congreso de la Unión tendrá la intervención que disponga la ley.

En el apartado B, se regula la existencia del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, a cargo del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) cuya información y datos que genera, además de oficiales serán de uso obligatorio.

En el apartado C, se contempla la existencia del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), órgano autónomo encargado de la medición de la pobreza y de la evaluación de los programas, objetivos, metas y acciones de la política de desarrollo social, así como de emitir recomendaciones en los términos que disponga la ley, la cual establecerá las formas de coordinación del órgano con las autoridades federales, locales y municipales para el ejercicio de sus funciones.

El **artículo 28** de la Constitución está referido ampliamente a la prohibición de monopolios, prácticas monopólicas, estancos y exenciones de impuestos.

El objetivo central de estas disposiciones es eliminar toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; evitar la libre competencia o la competencia entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social, es decir, la competencia desleal.

Por esta razón, se atribuye como competencia del Estado fijar bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. Se trata a todas luces de medidas legales que protejan a los consumidores y propicien su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

Sin embargo, se considera que no constituyen monopolios y por tanto corresponde al Estado ejercer sus funciones de manera exclusiva, tanto en las áreas estratégicas como en las áreas prioritarias.

Según este mismo artículo 28, se consideran áreas estratégicas, los correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos del artículo 27 constitucional. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 constitucional. Al ejercer en ellas su rectoría, el Estado protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

Para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde participe por sí o con los sectores social y privado, el Estado contará con los organismos y empresas que requiera.

Especialmente, el artículo 28 constitucional se refiere a los siguientes.

Un Banco Central. Autónomo en sus funciones y en su administración, tendrá como objetivo procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado.

Debe señalarse que este Banco de México o Banxico como se le denomina cotidianamente, participa como institución fiduciaria del Estado, en el

Fideicomiso público denominado Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, cuyo objeto es recibir, administrar y distribuir los ingresos derivados de las asignaciones y contratos a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 27 constitucional, es decir, los relativos a las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos.

También se dispone, desde el artículo 28 constitucional, que no constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del Banco Central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes; las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad; ni los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores, artistas, inventores y perfeccionadores para la producción de sus obras y uso exclusivo de sus inventos.

Además, en materia energética, el Poder Ejecutivo se apoyará con los órganos reguladores denominados Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía.

El Estado contará también con una Comisión Federal de Competencia Económica, órgano autónomo encargado de garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, que planea la misma Constitución.

Un Instituto Federal de Telecomunicaciones, también autónomo, cuyo objeto será el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, teniendo a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales.

En suma, una serie de disposiciones que en tan solo tres artículos constitucionales, plantean el modelo normativo del desarrollo económico de la Nación, con objetivos, instituciones y principios que tienen que ser obedecidos por el rango federal que poseen.

Con las disposiciones que este «capítulo económico» plantea, se desprende que si bien el Estado no es precisamente quien debe estar a cargo de toda la administración de manera directa, sí es responsable de guiar y orientar el desarrollo del país para fortalecer la soberanía nacional, cuya seguridad protege la Constitución como uno de sus mayores objetivos.

Y es precisamente a través de instrumentos como el Plan Nacional de Desarrollo, como el Estado responde a las aspiraciones y demandas ciudadana-

nas, al organizar un sistema de planeación democrática y deliberativa del desarrollo nacional, para conducir, coordinar y orientar su gran responsabilidad por la rectoría económica del país.

3. EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO (PND)

El Plan Nacional de Desarrollo (PND) es un instrumento normativo, de carácter administrativo, de que se vale el Poder Ejecutivo para enmarcar las principales acciones y estrategias que desarrollará, durante el ejercicio de su función que dura seis años, con el apoyo de la Administración Pública que él dirige. Su vigencia no excederá del período constitucional, lo que no obsta para que pueda contener consideraciones y proyecciones de más largo plazo.

Surge de un amplio proceso que es dirigido por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a quien el Ejecutivo encarga directamente su coordinación. El proceso de elaboración, aprobación y publicación, se desarrolla en un periodo de seis meses, que se inicia a partir de la toma de protesta del cargo del Presidente de la República.

Así lo establece la Ley de Planeación, en cuyo artículo 14 fracción II atribuye a la Secretaría de Hacienda elaborar el PND tomando en cuenta las propuestas de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y de los gobiernos de los estados, los planteamientos que se formulen por los grupos sociales y por los pueblos y comunidades indígenas interesados, así como la perspectiva de género.

En forma detallada, el artículo 20 de la Ley de Planeación señala la participación y consulta de los diversos grupos sociales, con el propósito de que la población exprese sus opiniones. Así, organizaciones de obreros, campesinos, pueblos y grupos populares; instituciones académicas, profesionales y de investigación de los organismos empresariales; y otras agrupaciones sociales, participarán como órganos de consulta permanente en los aspectos de la planeación democrática relacionados con su actividad a través de foros de consulta popular que al efecto se convocarán, donde incluso participarán también los diputados y senadores del Congreso de la Unión.

Las comunidades indígenas deberán ser consultadas y podrán participar en la definición de los programas federales que afecten directamente el desarrollo de sus pueblos y comunidades.

Según el artículo 83 constitucional, el Presidente entrará a ejercer su encargo el 1.º de diciembre de cada seis años, sin embargo, una reciente reforma dada el 10 de febrero de 2014 que será aplicable hasta diciembre de 2018, ha dispuesto que el periodo presidencial 2018-2024 inicie el 1.º de diciembre y concluya el 30 de septiembre, para reiniciar el 1.º de octubre de 2024 con la misma duración de seis años.

De esta manera, el PND de 2018 deberá estar listo a más tardar el 1.º de junio de 2019 y el PND de 2024 a más tardar el 1.º de abril de 2025, en ambos casos, en un plazo de seis meses después de iniciado el mandato presidencial, como lo establece el artículo 21 de la Ley de Planeación.

El objetivo esencial del PND es diseñar el conjunto de estrategias y prioridades que han de desarrollarse para la consecución de los grandes objetivos nacionales, es decir, las metas y acciones que se emprenderán durante los próximos seis años.

La Ley de Planeación establece en el segundo párrafo del artículo 21, que el PND precisará los objetivos nacionales, estrategia y prioridades del desarrollo integral y sustentable del país, contendrá previsiones sobre los recursos que serán asignados a tales fines; determinará los instrumentos y responsables de su ejecución, establecerá los lineamientos de política de carácter global, sectorial y regional; sus previsiones se referirán al conjunto de la actividad económica, social y cultural, tomando siempre en cuenta las variables ambientales que se relacionen a éstas y regirá el contenido de los programas que se generen en el sistema nacional de planeación democrática.

Una de las ventajas que entraña *per se* el PND es la rendición de cuentas. En los últimos años, en México se han venido incrementando las experiencias de una gestión pública cada vez más transparente, pues la sociedad reclama con mayor insistencia que se le informe de los actos del gobierno y del ejercicio racional y transparente de los recursos públicos, forzando al gobierno a ceder con la creación de instancias y mecanismos de acceso a la información, a nivel federal como en los estados.

El PND, una vez elaborado, es remitido a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión para su examen y opinión. Este órgano deliberativo, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 74 fracción VII de la Constitución, por cierto reformado también el 10 de febrero de 2014, lo aprueba en el plazo que disponga la ley; sin embargo, está previsto que en caso de no pronunciarse en dicho plazo, el PND se entenderá aprobado.

Una vez aprobado el PND se publicará en el Diario Oficial de la Federación, lo que sucederá también con los programas sectoriales que de él deriven, y que se encuentran previstos en el artículo 22 de la referida Ley de Planeación. De igual forma existen otros programas, como los institucionales, regionales y especiales que se elaboran siempre en congruencia o «alineados» con el PND.

La característica de los programas sectoriales que derivan del PND es que tienden a especificar los objetivos, prioridades y políticas que regirán el desempeño de las actividades del sector administrativo de que se trate, conteniendo estimaciones de recursos y determinaciones sobre instrumentos y responsables de su ejecución, entre otros elementos.

4. EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2013-2018⁵

El Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, cuya ejecución está a cargo de la Administración Pública que encabeza el presidente Enrique Peña Nieto, se define como un documento de trabajo que rige la programación y presupuestación de la Administración federal, y un ejercicio de reflexión que invita a la ciudadanía a pensar sobre los retos y oportunidades que el país enfrenta, además de ser un canal de comunicación del gobierno de la República.

Está estructurado bajo un objetivo general, cinco metas nacionales y tres ejes transversales, así como 31 objetivos, 118 estrategias y 819 líneas de acción. Para medir la productividad del trabajo, la rendición de cuentas, la modernización del gobierno y la igualdad de género se estableció un apartado de Indicadores.

El objetivo general del PND es llevar a México a su máximo potencial, entendiendo que la estrategia general para lograrlo se funda en impulsar el dinamismo de una mayor productividad.

Se trata de elevar la productividad de la economía en su conjunto, aprovechando el empuje de la innovación y el desarrollo tecnológico. Para ello será necesario movilizar los factores de producción y asignarlos a sus usos más productivos, contar con un entorno de negocios en el que se eviten las cargas regulatorias excesivas, exista una competencia plena en sectores estratégicos de la economía, se brinde garantía jurídica y se salvaguarde la integridad física de la población, respaldado por un gobierno eficaz, ágil y moderno.

Las cinco metas nacionales se describen como sigue:

1. Un *México en Paz* que garantice el avance de la democracia, la gobernabilidad y la seguridad de su población. Esta meta busca fortalecer las instituciones mediante el diálogo y la construcción de acuerdos con actores políticos y sociales, la formación de ciudadanía y corresponsabilidad social, el respeto y la protección de los derechos humanos, la erradicación de la violencia de género, el combate a la corrupción y el fomento de una mayor rendición de cuentas, todo ello orientado a la consolidación de una democracia plena.
2. Un *México Incluyente* para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos sociales de todos los mexicanos, que vaya más allá del asistencialismo y que conecte el capital humano con las oportunidades que genera la economía en el marco de una nueva productividad social, que disminuya las brechas de desigualdad y que promueva la más amplia

⁵ El contenido de este apartado está referido al Plan Nacional de Desarrollo mexicano, para el ejercicio presidencial 2013-2018, y que se encuentra en <http://pnd.gob.mx/>, consultada el 3 de diciembre de 2015.

- participación social en las políticas públicas como factor de cohesión y ciudadanía.
3. Un *México con Educación de Calidad* para garantizar un desarrollo integral de todos los mexicanos y así contar con un capital humano preparado, que sea fuente de innovación y lleve a todos los estudiantes a su mayor potencial humano.
 4. Un *México Próspero* que promueva el crecimiento sostenido de la productividad en un clima de estabilidad económica y mediante la generación de igualdad de oportunidades. Lo anterior considerando que una infraestructura adecuada y el acceso a insumos estratégicos fomentan la competencia y permiten mayores flujos de capital y conocimiento hacia individuos y empresas con el mayor potencial para aprovecharlo. Asimismo, esta meta busca proveer condiciones favorables para el desarrollo económico, a través de una regulación que permita una sana competencia entre las empresas y el diseño de una política moderna de fomento económico enfocada a generar innovación y crecimiento en sectores estratégicos.
 5. Un *México con Responsabilidad Global* que sea una fuerza positiva y propositiva en el mundo, una Nación al servicio de las mejores causas de la humanidad. Nuestra actuación global debe incorporar la realidad nacional y las prioridades internas, enmarcadas en las otras cuatro Metas Nacionales, para que éstas sean un agente definitorio de la política exterior.

De igual forma, el PND plantea tres estrategias transversales:

1. Democratizar la productividad. Implica llevar a cabo políticas públicas que eliminen los obstáculos que impiden alcanzar su máximo potencial a amplios sectores de la vida nacional. Asimismo, significa generar los estímulos correctos para integrar a todos los mexicanos en la economía formal; analizar de manera integral la política de ingresos y gastos para que las estrategias y programas de gobierno induzcan la formalidad; e incentivar, entre todos los actores de la actividad económica, el uso eficiente de los recursos productivos.
2. Gobierno cercano y moderno. Las políticas y acciones de gobierno inciden directamente en la calidad de vida de las personas, por lo que es imperativo contar con un gobierno eficiente, con mecanismos de evaluación que permitan mejorar su desempeño y la calidad de los servicios; que simplifique la normatividad y trámites gubernamentales, y rinda cuentas de manera clara y oportuna a la ciudadanía.
3. Perspectiva de género. La presente Administración considera fundamental garantizar la igualdad sustantiva de oportunidades entre mujeres y hombres.

Finalmente, debe señalarse que para lograr el proyecto de Nación que plantea el PND, el presidente de la República ha impulsado un paquete de reformas constitucionales que ha denominado «reformas estructurales» con el objetivo de hacer viable la gran transformación de México.

Sobre los resultados alcanzados hasta el momento, a tres años de gobierno, consideramos será prudente esperar a la conclusión del mandato presidencial para estar en condición de evaluar el impacto que la gestión del gobierno federal ha logrado en lo que el Ejecutivo denomina «Mover a México».

5. BIBLIOGRAFÍA

- CÓRDOBA DEL VALLE, E.: *El federalismo mexicano, evolución y prospectivas*. Pról. Miguel Alemán Velasco, Editora del Gobierno del Estado de Veracruz, México 2004.
- MUÑOZ, Rafael F.: *Santa Anna. El dictador resplandeciente*, 4.^a ed., Fondo de Cultura Económica, México 1996.
- RABASA, E.: *Historia de las Constituciones mexicanas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2000.
- Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, Gobierno de la República, en <http://pnd.gob.mx/>

TITLE: The Economic Constitution through the NDP in México.

RESUMEN: La evolución de las Constituciones Políticas de México, muestra una ausencia de planeación económica del desarrollo nacional, al menos durante el siglo xix.

La Constitución de 1917, si bien impulsó por primera vez en el mundo el reconocimiento de derechos sociales básicos, careció de un apartado económico que no llegó sino hasta los años ochenta, cuando incorporó en su texto, una parte programática o capítulo económico que delinea cómo se construyen las principales acciones y estrategias para impulsar el desarrollo.

Es a través del Plan Nacional de Desarrollo, instrumento normativo de la administración Pública, como el Estado ejerce su responsabilidad de planear, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional.

Este análisis detalla cómo se construye el Plan de Desarrollo y cuáles son sus contenidos actuales.

PALABRAS CLAVE: Constitución económica-Planeación-Desarrollo.

ABSTRACT: The evolution of Mexico's Political Constitutions, shows an absence of economic planning of national development, at least during the 19th century.

The Constitution of 1917, though it stimulated for the first time in the world the recognition of social basic rights, lacked an economic para-

graph that did not come but until the eighties, when it incorporated in its text, a programmatical part or economic chapter that delineates how the principal actions and strategies are constructed to stimulate the development.

It is across the National Development Plan, normative instrument of the public administration, as State exercises its responsibility of guiding, driving, coordinating and orientating the economic national activity.

This analysis details how there is constructed the National Development Plan and which are its current contents.

KEYWORDS: *Economic Constitution – Planning – Development.*

RECIBIDO: 26.11.2015

ACEPTADO: 09.12.2015

LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: LA NUEVA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

María de los Ángeles Fernández Scagliusi

doi: 10.18543/ed-63(2)-2015pp127-152

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. ASPECTOS GENERALES DE LA LEY 39/2015. 2. PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS. 2.1. *Título Preliminar. Disposiciones generales.* 2.2. *De los interesados en el procedimiento.* 2.3. *Título II. De la actividad de las Administraciones Públicas.* 2.4. *Título III. De los actos administrativos.* 2.5. *Título IV. De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común.* 2.6. *Título V. De la revisión de los actos en vía administrativa.* 2.7. *Título 3. De la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones.* 3. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN. ASPECTOS GENERALES DE LA LEY

El día 2 de octubre de 2015 se publicaron en el Boletín Oficial del Estado dos normas que afectan al propio núcleo del ordenamiento jurídico: la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), que tiene por objeto regular las relaciones externas entre la Administración y los ciudadanos, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), que establece y regula las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, los principios del sistema de responsabilidad y de la potestad sancionadora, así como la organización y el funcionamiento de la

Administración General del Estado, y de su sector público institucional para el desarrollo de sus actividades¹.

La propia Exposición de Motivos de la LPAC indica que se propone una reforma del ordenamiento jurídico público articulada en dos ejes fundamentales: las relaciones *ad extra* y *ad intra* de las Administraciones públicas.

La LPAC constituye el primero de esos dos ejes, al querer establecer «una regulación completa y sistemática de las relaciones *ad extra* entre las Administraciones y los administrados, tanto en lo referente al ejercicio de la potestad de autotutela y en cuya virtud se dictan actos administrativos que inciden directamente en la esfera jurídica de los interesados, como en lo relativo al ejercicio de la potestad reglamentaria y la iniciativa legislativa».

La LRJSP responde al segundo de los ejes citados «y abarca, por un lado, la legislación básica sobre régimen jurídico administrativo, aplicable a todas las Administraciones públicas; y por otro, el régimen jurídico específico de la Administración General del Estado, donde se incluye tanto la llamada Administración institucional, como la Administración periférica del Estado. Esta Ley contiene también la regulación sistemática de las relaciones internas entre las Administraciones, estableciendo los principios generales de actuación y las técnicas de relación entre los distintos sujetos públicos».

Esta reordenación del bloque de la legalidad administrativa en dos textos no resulta del todo convincente, sobre todo, cuando los contenidos se han repartido atendiendo únicamente a las dimensiones estática (relativa a la organización) y dinámica (relativa al procedimiento), que no son cuestiones claramente separables. Volvemos, de esta manera, al modelo originario separado en dos normas, que contenían el Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y la Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo.

Además de ocasionar cierta incomodidad el tener que aplicar dos leyes en lugar de una sola, cuesta, por ejemplo, calificar de relación *ad intra* los prin-

¹ Como afirma SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: «Los proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público: una primera evaluación», *Documentación Administrativa*, núm. 2, 2015, la publicación fue sorpresiva, pues «Casi nadie los esperaba ni los había reclamado, siendo el producto estricto de una iniciativa gubernamental; y pasaron desapercibidos para la generalidad del mundo académico y de otros numerosos colectivos jurídicos, que sólo tuvieron conocimiento de su existencia cuando ya había transcurrido el plazo de la exposición pública. Tampoco les prestaron excesiva atención quienes fueron informados de la iniciativa, siempre a través de canales paralelos, considerándolos como un típico gesto de la hiperactividad política que suele desencadenarse en los momentos crepusculares de cada legislatura, y estimando que probablemente no llegarían a convertirse en Derecho positivo...».

cipios de la responsabilidad administrativa y los principios de la potestad sancionadora². La potestad sancionadora, al igual que el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas, debería haberse regulado en un solo texto o disposición normativa, de forma completa y no fragmentaria o parcial³.

Ésta y las restantes modificaciones que introduce la LPAC dan lugar a una reforma que no es integral ni completa ni sistemática y es precisamente lo que pretendemos analizar en el presente estudio. De hecho, como veremos, es una Ley a la que deberemos adaptarnos, pero completamente innecesaria⁴, tal y como demuestra su Disposición Final séptima, según la cual la norma entrará en vigor al año de su publicación. Más aún, sus previsiones relativas

² Esto no significa, sin embargo, que sólo haya un modelo estructural válido y defendible, como demuestran las opiniones variadas existentes al respecto. Así, BERMEJO LATRE, J.L.: «Aportaciones a los respectivos proyectos de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y del Procedimiento Administrativo Común», *Documentación Administrativa*, núm. 2, 2015, indica que la ordenación más adecuada pasaría por la codificación de todos los aspectos regulatorios básicos comunes a todas las Administraciones públicas en un solo texto (una secuela de la Ley 30/1992, con los preceptos oportunos de la Ley 11/2007 entreverados o incrustados en un título específico), dejando aparte otro destinado a la unificación de los actuales textos de la Ley 50/1997 (Gobierno y de la LOFAGE en todo lo que éstos regulen cuestiones privativas del aparato ejecutivo estatal. En cambio, SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: «Los proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público: una primera evaluación»... , *op. cit.*, cree acertada la separación en dos textos de la temática comprensiva del régimen jurídico de las Administraciones públicas, en las que la competencia estatal se limita al establecimiento de las bases, y de la relativa

³ CANO CAMPOS, T.: «La potestad sancionadora de la Administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosas», *Documentación Administrativa*, núm. 2, 2015, sostiene que la parte procedimental de estas dos instituciones nucleares se regula ahora en diversas fases del procedimiento administrativo común, pero de manera diseminada y dispersa. Deberían haber sido objeto de regulación en un solo cuerpo legal. Se trata de dos instituciones nucleares cuya regulación no se debería fragmentar por el prurito de mantener la absurda distinción entre cuestiones organizativas y procedimentales.

⁴ Esto no quiere decir que la Ley 30/1992 hubiera sido bien acogida desde un primer momento. De hecho, varios autores sostuvieron que era un texto legal que se había elaborado al margen de las opiniones doctrinales y científicas. Así se pronunciaba, entre otros, BERLANGA RIBELLES, E.: «¿Por qué la Ley 30/1992?», *Jueces para la democracia*, núm. 20, 1993, pp. 34-37, para quien de nada había servido que se advirtiera sobre la inexistencia de una verdadera necesidad de una reforma que mantenía el contenido de buena parte de las leyes que trataba de sustituir. Tampoco sirvió que se advirtiera desde los más diversos campos, que nadie echaba en falta una nueva regulación de estas materias ni que se pusiera de relieve como la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya habían llevado a cabo la adecuada interpretación de los preceptos de aquellas leyes preconstitucionales a la luz de la Constitución de 1978. A pesar de ello, la realidad demostró que ello no ha sido así.

al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico que producirán efectos a los dos años de la entrada en vigor de la Ley.

Formalmente, aunque ofrece puntos débiles, el texto merece una valoración positiva, pues se coincide o no con sus contenidos, ha sido elaborado con minuciosidad y una técnica jurídica depurada que revela un intenso trabajo de fondo⁵.

2. PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS

La Ley está estructurada en 133 artículos, divididos en seis títulos, cinco disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales.

A continuación, abordaremos las principales modificaciones introducidas por la LPAC en cada uno de los Títulos que la componen. A pesar de que pareciera que no son tan numerosos los preceptos novedosos, hay varios cambios introducidos. Ciertamente, puede observarse que existen muchos artículos que son mera transcripción de otros de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAPAC) y de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, pero también muchos otros en los que se incluye una palabra que varía –y a veces complica– la regulación más que aportar soluciones.

2.1. *Título Preliminar. Disposiciones generales*

El Título Preliminar «Disposiciones generales» consta de dos artículos que abordan el ámbito objetivo y subjetivo de la norma.

Es de este ámbito objetivo y subjetivo que se desprende, al igual que sucedía en la LRJAPAC, la vocación de norma básica⁶.

⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: «Los proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público: una primera evaluación»..., *op. cit.*, sostiene que no se trata, como ha sucedido en otras muchas ocasiones, de proyectos redactados apresuradamente, sin cuidado alguno por el estilo y la claridad, y trufados de concurrencias, sino de iniciativas muy estimables y meritorias.

⁶ GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M.: *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 45-46, explican que en la propia Exposición de Motivos –lo hacia la Ley 30/1992 y lo reitera ahora la Ley 39/2015– se afirma que el art. 149.1.18 de la Constitución atribuye al Estado, entre otros aspectos, la competencia para regular el procedimiento administrativo común,

El art. 1 «Objeto de la Ley» afirma que la norma tiene por objeto regular los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo común a todas Administraciones públicas⁷, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria. La principal novedad que introduce la Ley en este artículo es la inclusión en el objeto, con carácter básico, de los principios que informan el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones.

El art. 2 se ocupa del ámbito subjetivo de aplicación, señalando que la Ley se aplica a todos los sujetos comprendidos en el concepto de sector público⁸. El sector público se define conformado por la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración local y el sector público institucional. Esta última noción se desgrena en el apartado siguiente, el cual precisa que componen el sector público institucional:

1. Cualesquiera organismos públicos y entidades de Derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones públicas.

Este tipo de entes institucionales se incluye repetidamente en el concepto de Administración pública del art. 2.4, que abarca, además de a los entes del sector público que no son sector público institucional, a esta clase. De esta manera, se demuestra algo de lo que no queda duda, pues las personificaciones instrumentales de Derecho público quedan incluidas en la zona de intersección Administración pública y sector público institucional. En todo caso, debe lamentarse que el legislador no haya concretado que una entidad de Derecho público es una entidad

sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, así como el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas. La delimitación del régimen jurídico de las Administraciones públicas se engloba en el esquema «bases más desarrollo» que permite a las Comunidades Autónomas dictar sus propias normas siempre que se ajusten a las bases estatales. Sin embargo, respecto al procedimiento administrativo común y al sistema de responsabilidad, la Constitución las contempla como una competencia normativa plena y exclusiva del Estado. A ese concepto responde la Ley que es de aplicación a todas las Administraciones públicas y rigurosamente respetuosa con la distribución constitucional de competencias.

⁷ Se sigue conservando, sin embargo, el tratamiento autónomo de la Hacienda y de la Seguridad Social.

⁸ BOTO ÁLVAREZ, A.: «La noción de sector público institucional: aplauso, crítica y desconcierto», *Documentación Administrativa*, núm. 2, 2015, explica que estamos por primera vez ante un concepto de vocación general, cuya definición no aparece ceñida, como es habitual en otras leyes que también incorporan sector público a su título, a los solos efectos de la norma en cuestión.

con personalidad jurídica de Derecho público y no siempre una entidad con régimen jurídico de Derecho público⁹.

2. Las entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas, que quedan sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.

Como ha manifestado el Consejo de Estado, este apartado parece referido a las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público. A pesar de ser correcta su consideración dentro del sector institucional, se echa en falta la diferenciación entre las sociedades de capital íntegramente público y las que cuenten con socios privados. Por un lado, la presencia del interés privado puede matizar el actuar de la entidad debilitando la relación de instrumentalidad y, por otro, la eventual atribución a unas y otras del ejercicio de potestades administrativas sin más cautelas puede ser ciertamente imprudente.

3. Las Universidades públicas, que se rigen por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de esta Ley.

Se deduce así del propio artículo que las Universidades públicas son parte del sector público institucional, pero no tienen la consideración de Administraciones públicas, lo que produce una fuerte extrañeza. Aunque la exclusión de determinados entes públicos de la categoría de Administraciones públicas tiene una cierta lógica en el ámbito de la legislación de contratos del sector público¹⁰, no se comprende por qué tiene lugar en el ámbito del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico de las Administraciones. La Ley no deja claro por qué incluye esta novedad de dejar de considerarlas como Administraciones públicas y qué diferencia implica, para los entes públicos del sector institucional tener (como los organismos autónomos y las enti-

⁹ Así lo explica BOTO ÁLVAREZ, A.: «La noción de sector público institucional: aplauso, crítica y desconcierto»... , *op. cit.*, quien además indica que la definición de entidad de Derecho público sería ejercicio de una mejor técnica legislativa, ya que la remisión a lo que sea un organismo público sin adicionales precisiones resulta ambigua, sobre todo cuando no existe ningún precepto que unifique lo que tal categoría, de larga tradición en el ámbito estatal, representa con carácter básico.

¹⁰ El Anexo III de la Directiva Europea 2004/18/CE afirma: «*figuran las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados en las letras a), b) y c) del párrafo segundo*», añadiendo que los Estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas, y completa de esta manera el art. 19, que considera «poder adjudicador», a los efectos de la misma, el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

dades públicas empresariales) o no (como las Universidades públicas) el carácter de Administración pública¹¹.

Junto a lo anterior, se prevé el caso particular de las Corporaciones de Derecho público, que se rigen por su normativa específica en el ejercicio de las funciones públicas que les hayan sido atribuidas y sólo supletoriamente por esta Ley. Quiere decirse que la Ley se declara supletoria respecto de las Universidades y de las Corporaciones de Derecho público.

No obstante, no lo hace así para los órganos constitucionales. La Disposición Adicional quinta establece que la actuación administrativa de los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, se regirá por lo previsto en su normativa específica, en el marco de los principios que inspiran la actuación administrativa de acuerdo con esta Ley.

Destaca la previsión de que sólo mediante esta Ley cabe establecer trámites adicionales o distintos a los aquí contemplados, pudiéndose concretar

¹¹ TARDÍO PATO, J.A.: «¿Tiene sentido que las Universidades públicas dejen de ser Administraciones públicas en las nuevas Leyes del Sector Público y del Procedimiento Administrativo Común?», *Documentación Administrativa*, núm. 2, 2015, «Si lo que se pretende es destacar que las Universidades ostentan un régimen jurídico peculiar diferenciado del propio de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales y del correspondiente a las Administraciones públicas territoriales, para eso no hace falta que se dejen de calificar como Administraciones públicas, pues ya la Ley 6/1997 (en el caso de las Universidades públicas no transferidas a las Comunidades Autónomas) consignaba la aplicación preferente de sus normas especiales y tan sólo la aplicación supletoria de dicha Ley, sin despojarlas por ello de su veste de Administración pública. Y tampoco comportaba problemas su consideración como «entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculada a las Administraciones territoriales», a los efectos de la aplicación preferente de determinadas normas, como las relativas a los órganos colegiados, que se desprende, además, del mismo texto de la Ley 30/1992, por la remisión en varios apartados del mismo a las normas privativas de las distintas Administraciones públicas y por su consideración por la jurisprudencia constitucional como preceptos no básicos. Pero, no tiene ningún sentido que puedan llegar a ser excluidas las Universidades públicas de la aplicación de normas de la Ley reguladora del procedimiento administrativo común del art. 149.1.18 CE. Pues, según el contenido acotado por la jurisprudencia constitucional, en dicha Ley se recogen los principios y normas (normas-regla, apostillaríamos nosotros-) que prescriben la forma de elaboración de los actos; los requisitos de validez y eficacia de los mismos; los modos de su revisión; los medios de su ejecución; y la garantía general de los particulares en el seno del procedimiento (STC 50/1999) y esto debe ser uniforme en todo el Estado para todas las entidades de Derecho público».

reglamentariamente ciertas especialidades del procedimiento referidas a la identificación de los órganos competentes, plazos, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar.

Sin embargo, los trámites adicionales, distintos o ya recogidos en las leyes especiales vigentes no se ven afectados por lo anterior, así como tampoco lo hacen las concreciones en normas reglamentarias, que se hubieran producido de los órganos competentes, los plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, las formas de iniciación y terminación, la publicación de los actos o informes a recabar, que mantendrán sus efectos. Así, entre otros, es posible mencionar la vigencia del Anexo 2 al que se refiere la Disposición Adicional vigésimo novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que establece una serie de procedimientos que quedan excepcionados de la regla general del silencio administrativo positivo.

2.2. Título I. De los Interesados en el procedimiento

El Título I se divide en dos capítulos.

El Capítulo I «La capacidad de obrar y el concepto de interesado» consta de los arts. 3 «Capacidad de obrar», 4 «Concepto de interesado», 5 «Representación», 6 «Registros electrónicos de apoderamientos», 7 «Pluralidad de interesados» y 8 «Nuevos interesados en el procedimiento».

En cuanto a sus especialidades, podemos destacar que por primera vez se reconoce la capacidad de obrar, en el ámbito del Derecho administrativo, a los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, cuando la Ley así lo declare expresamente.

También se prevé que las Administraciones públicas podrán habilitar con carácter general o específico a personas físicas o jurídicas autorizadas para la realización de determinadas transacciones electrónicas en representación de los interesados.

En materia de representación, se añaden como nuevos medios para acreditarla en el ámbito exclusivo de las Administraciones públicas: el apoderamiento *apud acta*, presencial o electrónico, y la acreditación de su inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración pública u organismo competente. Para ello, se dispone la obligación de la Administración pública de contar con un registro electrónico de apoderamientos, pudiendo las Administraciones territoriales adherirse al del Estado, en aplicación del principio de eficiencia, reconocido en el art. 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Lo que no queda claro es el concreto registro en que han de inscribirse los poderes, cuando éstos habilitan para actuar ante más de una Administración

pública. ¿Debe hacerse en todos los de las respectivas Administraciones o basta con hacerlo en el registro del Estado?

El Capítulo II «Identificación y firma de los interesados en el procedimiento administrativo» está compuesto por los arts. 9 «Sistemas de identificación de los interesados en el procedimiento», 10 «Sistemas de firma admitidos por las Administraciones públicas», 11 «Uso de medios de identificación de los interesados en el procedimiento administrativo» y 12 «Asistencia en el uso de los medios electrónicos a los interesados».

Una de las novedades más importantes en este campo es la distinción entre la identificación y la firma electrónica, y la simplificación de los medios para acreditar una u otra.

Con carácter general, sólo será necesaria la identificación y se exigirá la firma electrónica cuando deba acreditarse la voluntad y el consentimiento del interesado.

Con carácter básico, se establece un conjunto mínimo de categorías de medios de identificación y firma a utilizar por todas las Administraciones. En particular, se admitirán como sistemas de firma: los sistemas de firma electrónica reconocida o cualificada y avanzada basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de firma electrónica expedidos por prestadores incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación»; los sistemas de sello electrónico reconocido o cualificado y de sello electrónico avanzado basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de sello electrónico incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación»; y cualquier otro sistema que las Administraciones Públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan.

2.3. *Título II. De la actividad de las Administraciones Públicas*

El Título II, que abarca los arts. 13 a 33, se estructura en dos capítulos.

El Capítulo I «Normas generales de actuación» comprende los arts. 13 «Derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas» a 28 «Documentos aportados por los interesados en el procedimiento administrativo». Como novedad principal, introduce la identificación de los sujetos obligados a relacionarse electrónicamente con las Administraciones públicas.

Se dispone la obligación de todas las Administraciones de contar con un registro electrónico general o, en su caso, adherirse al de la Administración General del Estado. Estos registros estarán asistidos por la actual red de oficinas en materia de registros, que pasarán a denominarse oficinas de asistencia en materia de registros y que permitirán a los interesados, en caso de que lo deseen, presentar sus solicitudes en papel, las cuales se convertirán a formato electrónico.

En materia de archivos, se incluye la obligación de cada Administración de mantener un archivo electrónico único de los documentos que correspondan a procedimientos finalizados, así como la obligación de que estos expedientes sean conservados en un formato que permita garantizar la autenticidad, integridad y conservación del documento.

También relacionado con la Administración electrónica, el art. 27.3 a) de la LPAC aclara que las copias electrónicas de un documento electrónico original o de una copia auténtica, con o sin cambio de formato, deberán incluir los metadatos que acrediten su condición de copia y que se visualicen al consultar el documento. La pregunta es obligada: ¿qué sistema vamos a incluir para eso?

Otra cuestión a destacar es que el art. 42 de la LRJAPAC «Obligación de resolver» aparece ahora separado en dos preceptos distintos, los arts. 21 «Obligación de resolver» y 22 «Suspensión del plazo máximo para resolver». En este último artículo se incorporan dos modificaciones importantes. La letra d) del art. 22.1 de la LPAC, por un lado, ha eliminado el adjetivo «determinantes» de los informes preceptivos, que sí contenía su antecesora. Por otro lado, sostiene que el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se puede suspender *«cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento»*. Se suprime así acertadamente el adjetivo «determinante», aunque el resultado sigue siendo incomprensible. Además, esa suspensión pone en entredicho el respeto de la obligación de notificar y resolver en plazo.

El art. 24 establece más excepciones al silencio positivo. El segundo párrafo del art. 24.1 de la LPAC añade, a los supuestos ya existentes de ejercicio del derecho de petición y a los procedimientos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los de responsabilidad patrimonial, el de los procedimientos que *«impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente»*. Está claro que estamos ante un supuesto muy importante, pero la configuración tan genérica y abstracta conlleva el riesgo de que la regla general del silencio positivo se convierta *de facto* en silencio negativo, puesto que son muy pocas las actividades que no son susceptibles de producir ningún daño al medio ambiente. Esta previsión afecta también al silencio estimatorio que se produce cuando se haya interpuesto un recurso de alzada contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, si, cumplido el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notifi-

case resolución expresa, no cabrá ese silencio si el recurso se refiere a las materias excepcionadas.

Finalmente, el último de los artículos que componen este Título II, el art. 28, se refiere a los documentos aportados por los interesados al procedimiento administrativo. El precepto regula, de manera más generosa que en la LRJAPAC, el derecho de los interesados a no tener que aportar documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración con independencia de que la presentación de los citados documentos tenga carácter preceptivo o facultativo en el procedimiento de que se trate, siempre que el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos. Se presumirá que la consulta u obtención es autorizada por los interesados, salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso. Recordemos que el art. 35 f) de la LRJAPAC se refiere únicamente a la no presentación de documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante, pero no en poder de cualquier Administración. Sin embargo, nos preguntamos en este contexto: ¿qué sucede cuando no estemos ante una Administración pública según la LPAC, por ejemplo, el caso las Universidades?

El Capítulo II «Términos y plazos» se compone de los arts. 29 «Obligatoriedad de términos y plazos», 30 «Cómputo de plazos», 31 «Cómputo de plazos en los registros», 32 «Ampliación» y 33 «Tramitación de urgencia».

Por primera vez, los plazos se disponen por horas. Así, el art. 30.1 de la LPAC señala que los plazos expresados por horas se contarán de hora en hora y de minuto en minuto desde la hora y minuto en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate y no podrán tener una duración superior a veinticuatro horas, en cuyo caso se expresarán en días.

En consonancia con el resto del ordenamiento jurídico, el art. 30.2 de la LPAC prevé que siempre que por Ley o Derecho de la Unión Europea, no se exprese otro cómputo, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos. Cuando los plazos se hayan señalado por días naturales por declararlo así una ley o por el Derecho de la Unión Europea se hará constar estas circunstancias en las correspondientes modificaciones.

De esta manera, se pone fin a la consideración de los sábados como días hábiles para el Derecho administrativo, que se desprendía del art. 48 de la LRJAPAC, en virtud del cual únicamente quedan excluidos del cómputo del plazo «*los domingos y los declarados festivos*».

2.4. Título III. De los actos administrativos

El Título III se estructura en tres capítulos, que mantienen las reglas generales de la LRJAPAC, aunque incluyen relevantes matizaciones.

El Capítulo I «Requisitos de los actos administrativos» consta de los arts. 34 a 36. El Capítulo II «Eficacia de los actos» está constituido por los arts. 34 a 52.

Gran incertidumbre produce el art. 37 «Inderogabilidad singular» que señala: «*Son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria, así como aquellas que incurran en alguna de las causas recogidas en el art. 47*». Tras enunciar el principio de inderogabilidad de los reglamentos, incurre en un exceso al vaciar de contenido la clásica distinción, entre actos nulos de pleno derecho y anulables, que sí se conserva en los arts. 47 y 48. No parece lógico que las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria sean en todo caso nulas, ¿y si vulnera lo establecido en una Ley?

El art. 39 se ocupa de los efectos de los actos administrativos e introduce en su apartado quinto una previsión que va a generar problemas entre las Administraciones públicas, al establecer que cuando una Administración tenga que dictar, en el ámbito de sus competencias, un acto que necesariamente tenga por base otro dictado por una Administración pública distinta y aquélla entienda que es ilegal, podrá requerir a ésta previamente para que anule o revise el acto de acuerdo con lo dispuesto en el art. 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, de rechazar el requerimiento, podrá interponer recurso contencioso-administrativo. En estos casos, quedará suspendido el procedimiento para dictar resolución.

Mención especial merecen las modificaciones introducidas en materia de notificaciones electrónicas, que serán preferentes y se realizarán en la sede electrónica o en la dirección electrónica habilitada única, según corresponda. Así, el art. 41.1 de la LPAC afirma: «*Las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía. No obstante lo anterior, las Administraciones podrán practicar las notificaciones por medios no electrónicos en los siguientes supuestos: a) Cuando la notificación se realice con ocasión de la comparecencia espontánea del interesado o su representante en las oficinas de asistencia en materia de registro y solicite la comunicación o notificaciones personal en ese momento y b) Cuando para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración notificante*», y el art. 41.7 indica que cuando el interesado fuera notificado por distintos cauces, se tomará como fecha de notificación la de aquélla que se hubiera producido en primer lugar.

Asimismo, se incrementa, en este mismo art. 41 de la LPAC, la seguridad jurídica de los interesados, estableciendo medidas que garanticen el conocimiento de la puesta a disposición de las notificaciones como el envío de avisos de notificación, siempre que sea posible, a los dispositivos electróni-

cos y/o a la dirección de correo electrónico que el interesado haya comunicado, así como el acceso a sus notificaciones a través del Punto de Acceso General Electrónico de la Administración que funcionará como un portal de entrada. El art. 41.6 sostiene que con independencia de que la notificación se realice en papel o por medios electrónicos, las Administraciones públicas enviarán un aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que éste haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo correspondiente o en la dirección electrónica habilitada única. Sin embargo, la falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida.

El art. 43 ocasiona un problema gravísimo que queda sin resolver, al disponer en su apartado segundo: «*Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido*». Esto no tiene sentido, pues la notificación en este caso debería ser infructuosa y no entenderse que hay un rechazo tácito. No se impone ni siquiera el deber de permanecer en el buzón durante el plazo de interposición del recurso para poder acceder a su texto íntegro.

El Capítulo III «Nulidad y anulabilidad» abarca los arts. 47 a 52.

El art. 47 «Nulidad de pleno derecho» enumera los motivos por los cuales los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho», mientras que el art. 48 «Anulabilidad» se ocupa de los que son anulables. Casualmente, los motivos de nulidad y anulabilidad se contenían, respectivamente, en los arts. 47 y 48 de la Ley sobre Procedimiento Administrativo Común de 1958.

El art. 49 «Límites a la extensión de la nulidad o anulabilidad de los actos» cambia su rúbrica respecto al art. 64 de la LRJAPAC «Transmisibilidad», aunque mantiene el mismo contenido.

2.5. Título IV. De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común

El Título IV se estructura en siete capítulos. Entre las principales novedades introducidas en este bloque destaca que los anteriores procedimientos especiales en materia sancionadora y de responsabilidad ahora se integran como especialidades del procedimiento administrativo común¹².

¹² CANO CAMPOS, T.: «La potestad sancionadora de la Administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa»..., *op. cit.* A pesar de integrar los procedimientos, faltan cuestiones nucleares de la potestad sancionadora. La LPAC no se ocupa de cuestio-

Asimismo, este Título incorpora a las fases de iniciación, ordenación, instrucción y finalización del procedimiento el uso generalizado y obligatorio de medios electrónicos.

El Capítulo I «Garantías del procedimiento» consta de un único artículo, el art. 53 «Derechos de los interesados en el procedimiento administrativo».

Aquí se recogen los derechos del interesado y no ya del ciudadano como en el art. 35 de la LRJAPAC. El cambio respecto a la LRJAPAC es la previsión de que quienes se relacionen con las Administraciones públicas a través de medios electrónicos tendrán derecho a consultar la información sobre el estado de la tramitación de los procedimientos, en el Punto de Acceso General electrónico de la Administración que funcionará como un portal de acceso. Asimismo, se entiende cumplida la obligación de la Administración de facilitar copias de los documentos contenidos en los procedimientos mediante la puesta a disposición de las mismas en el Punto de Acceso General electrónico de la Administración competente o en las sedes electrónicas que correspondan.

En la letra d) del art. 53 se añaden los «datos», señalándose que los interesados tienen derecho a no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, que ya se encuentren en poder de las Administraciones públicas o que hayan sido elaborados por éstas.

La letra e) del art. 53 contempla ahora, junto al derecho a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, el derecho a utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico; posibilidad que parece no tener mucho sentido, ya que siempre es posible utilizar medios de prueba válidos en Derecho.

La letra h) del art. 53 permite cumplir las obligaciones de pago a través de los medios electrónicos previstos en el art. 98.2 de la LPAC.

El Capítulo II «Iniciación del procedimiento» abarca los arts. 54 a 69.

Se divide en tres secciones: la Sección primera «Disposiciones generales» comprende los arts. 54 a 57.

En esta sección se introduce un nuevo artículo referido a la información y actuaciones previas, el art. 55, el cual permite al órgano competente con an-

nes de enorme interés como las relativas a la obligación o no de la Administración de iniciar un procedimiento sancionador y, en su caso, de sancionar cuando tiene conocimiento de unos hechos constitutivos de infracción administrativa, esto es, si rige en la materia el principio de legalidad o de oportunidad. Sigue igualmente sin determinarse quién tiene la carga de la prueba de las circunstancias eximentes o que pueden excluir la responsabilidad y cómo se han de practicar las pruebas. Se echa en falta también una regulación detallada de las medidas cautelares que, además de asegurar la eficacia de la resolución sancionadora, cumpla otras funciones en el procedimiento sancionador como evitar que se repita la infracción, se siga cometiendo o se mantengan los efectos de la ya consumada.

terioridad al inicio del procedimiento¹³ abrir un período de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento. En el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros.

El art. 56 se refiere a las medidas provisionales que pueden adoptarse, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello. Esto mismo lo preveía ya el art. 72 de la LRJAPAC, aunque ahora se incluyen los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad, de acuerdo con los cuales deben adoptarse las medidas. Además, se mencionan las medidas provisionales, que en los términos previstos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pueden acordarse¹⁴: suspensión temporal de actividades; prestación de fianzas; retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, el cierre temporal del establecimiento por estas u otras causas previstas en la normativa reguladora aplicable; embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos; el depósito, retención o inmovilización de cosa mueble; la intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere lícita y cuya prohibición o cesación se pretenda; consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen; la retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones públicas; y aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución.

La Sección segunda «Iniciación del procedimiento de oficio por la Administración» engloba los arts. 58 a 65.

Los artículos precisan con detalle las formas de iniciación de oficio posibles del procedimiento. Los procedimientos pueden iniciarse de oficio por

¹³ Ya la Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1976 –*RJ* 1976/4564– declaró que las investigaciones previas no forman parte del expediente sancionador, no son propiamente expediente administrativo, sino un antecedente que la ley faculta a la Administración para llevar a cabo y a la vista de su resultado acordar lo procedente; esto es, el archivo de las actuaciones o la orden de incoación del expediente.

¹⁴ La remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil no deja de resultar extraña, pues investir a la Administración de las mismas potestades del juez no tiene sentido cuando la Administración es servidora de intereses generales.

acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa (art. 59) o como consecuencia de orden superior (art. 60), a petición razonada de otros órganos (art. 61) o por denuncia (art. 62).

Este último caso, es decir, la iniciación por denuncia plantea algunas particularidades destacables. El art. 62.3 indica que cuando la denuncia invocara un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones públicas, la no iniciación del procedimiento deberá ser motivada y se notificará a los denunciados la decisión de si se ha iniciado o no el procedimiento. Aquí la pregunta es obligada: ¿por qué sólo cuando se ocasione un perjuicio al patrimonio público el denunciante tiene derecho a que se le informe?

Es cierto que el art. 64.1 de la LPAC «Acuerdo de iniciación en los procedimientos de naturaleza sancionadora» precisa que la incoación se comunicará al denunciante cuando las normas reguladoras del procedimiento así lo prevean, pero no queda clara la particularización para el caso de perjuicio patrimonial.

El art. 62.4 de la LPAC incorpora una novedad realmente llamativa cuando generaliza el sistema de clemencia a favor de los denunciados¹⁵. Al hilo de la incoación del procedimiento por denuncia establece que *«cuando el denunciante haya participado en la comisión de una infracción de esta naturaleza y existan otros infractores, el órgano competente para resolver el procedimiento deberá eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción de carácter no pecuniario, cuando sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado. Asimismo, el órgano competente para resolver deberá reducir el importe del pago de la multa que le corresponde»*.

¹⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: «Los proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público: una primera evaluación»..., *op. cit.*, recuerda que esta institución no tiene su origen, como a veces se dice, en el ordenamiento comunitario; es una importación del sistema judicial norteamericano, cuya brutalidad típicamente medieval le hace estar aún a años luz del grado de sofisticación y respeto que tienen los procedimientos judiciales y administrativos de la vieja Europa. CASINO RUBIO, M.: «La potestad sancionadora de la Administración y vuelta a la casilla de salida», *Documentación Administrativa*, núm. 2, 2015, explica que las reglas están tomadas del Derecho penal y que recuerdan mucho al denominado programa de clemencia, ideado por los arts. 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y que desarrollaron luego los arts. 46 a 53 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. Sin embargo, a diferencia del programa de clemencia que tiene muy concretado su ámbito, a la lucha contra los cárteles económicos, la aplicación indiscriminada de la regla a cualesquiera infracciones, sin ninguna matización o precisión añadida, sólo puede servir para despertar los deseos justicieros de los ciudadanos.

ría o, en su caso, la sanción de carácter no pecuniario, cuando no cumpliéndose alguna de las condiciones anteriores, el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que se disponga. En ambos casos será necesario que el denunciante cese en la participación de la infracción y no haya destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia».

Como puede apreciarse, la cláusula de clemencia consiste en la exención de la sanción al denunciante que, siendo responsable de la infracción por haber participado en su comisión junto a otros infractores, sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquéllos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado.

Por tanto, los requisitos que deben cumplirse para poder aplicar la clemencia son:

1. El denunciante sea infractor.
2. La infracción cause un perjuicio patrimonial a la Administración.
3. Haya otros infractores.
4. El denunciante sea el primero en aportar pruebas en el procedimiento sancionador.
5. La denuncia aporte un valor añadido para poder proceder al inicio del procedimiento.

Cuando alguno de los requisitos no se cumpla, pero el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que se disponga, cese en la participación de la infracción y no destruya elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia, se reducirá la sanción.

Se observa que el legislador ha querido conferir un carácter reglado a la cláusula, de manera que, aunque se valora si concurren o no los requisitos, no se permite en modo alguno la ponderación de las circunstancias. Ciertamente, la redacción obliga al órgano («deberá eximir» y «deberá reducir»), en estos casos, a eximir al denunciante de la sanción o a reducirla. En el alcance de la reducción puede existir la discrecionalidad, pero siempre el órgano administrativo está obligado a ella si se cumplen los requisitos¹⁶.

Esa imposibilidad de valorar la casuística puede poner en peligro los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica, que exigen adecuar la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, de-

¹⁶ BAUZÁ MARTORELL, F.J.: «La denuncia en el Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas», *Documentación Administrativa*, núm. 2, 2015.

biendo graduar esta última en función de la existencia de intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia.

El propio Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 275/2015, de 29 de abril, sobre el Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas recomendaba una reconsideración general de la iniciativa. Al respecto, señaló: *«Sin desconocer la utilidad del procedimiento de clemencia en muchos de los ámbitos de actuación de las Administraciones Públicas, es lo cierto que su regulación como mecanismo de aplicación genérica dentro del procedimiento administrativo común puede colisionar con lo dispuesto en las leyes sectoriales en las que se regula tal procedimiento (así, en la legislación sobre protección de datos, en la de defensa de la competencia o en el ámbito tributario). Se trata de un mecanismo eficaz para incentivar la denuncia de infracciones y, con ello, facilitar su detección y sanción. Sin embargo, su extensión, de forma global y generalizada, a todos los procedimientos sancionadores, impide atender a las peculiaridades que por razón de la materia puedan existir en cada caso, lo que hace preferible mantener la regulación de este procedimiento en la legislación sectorial. Se recomienda por ello valorar la conveniencia de introducir una regla de este tipo en la ley reguladora del procedimiento administrativo común».*

Además, la cláusula puede provocar un efecto distinto del pretendido: incentivar la comisión de infracciones, sabiendo que la denuncia al resto de infractores, conllevará la impunidad frente a la responsabilidad por el hecho infractor.

La Sección tercera «Inicio del procedimiento a solicitud del interesado» incluye los arts. 66 a 69.

Las innovaciones introducidas en esta Sección son referidas, principalmente, al fomento de la Administración electrónica. El art. 66.1 b) de la LPAC aclara que las solicitudes que se formulen deben contener, entre otros datos, la identificación del medio electrónico o, en su defecto, lugar físico en que se desea que se practique la notificación. Adicionalmente, los interesados pueden aportar su dirección de correo electrónico y/o dispositivo electrónico con el fin de que las Administraciones públicas les avisen del envío o puesta a disposición de la notificación. En consecuencia, prima el medio electrónico y sólo en su defecto se utilizará el lugar físico para practicar la notificación. El apartado sexto de este mismo artículo añade un dato adicional que no figuraba en el art. 70.4 de la LRJAPAC, según el cual cuando la Administración en un procedimiento concreto establezca expresamente modelos específicos de presentación de solicitudes, éstos serán de uso obligatorio por los interesados.

El art. 69 de la LPAC intenta completar la regulación de las declaraciones responsables y de las comunicaciones, que antes contenía el art. 71 bis de la LRJAPAC. Sin embargo, no quedan claramente delimitadas ambas figuras.

El apartado primero del art. 69 añade como contenido de la declaración responsable la manifestación del interesado de que pondrá a disposición de la Administración, cuando le sea requerida la documentación que acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa vigente. Respecto a ello, especifica también que las Administraciones podrán requerir en cualquier momento que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y que el interesado deberá aportarla.

El apartado segundo prescinde del calificativo «previas», que acompañaba a las comunicaciones y sustituye la obligación de poner en conocimiento de la Administración «*los demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el art. 70.1*», por la de poner en conocimiento «*cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un de derecho*». Esta sustitución conlleva una mayor inseguridad jurídica, si se interpreta que se confía al interesado la carga de discernir cuáles son los datos relevantes que ha de poner en conocimiento de la Administración¹⁷.

El apartado tercero acota los efectos de las declaraciones responsables y de las comunicaciones, suprimiendo la referencia a «*los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente*», de modo que sólo dispone que «*permitirán el reconocimiento o el ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas*» y que la comunicación «*podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente*».

Los apartados cuarto y quinto no experimentan grandes modificaciones. No se menciona «*la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento...*», sino «*la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o información...*». Sin embargo, si se contempla que la no presentación de la ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la comunicación, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos. Además, se suprime la mención de que las decla-

¹⁷ Así lo pone de manifiesto NÚÑEZ LOZANO, M.C.: «Las declaraciones responsables y las comunicaciones en el Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», *Documentación Administrativa*, núm. 2, 2015, quien, además, explica que en todo caso se marcan distancias entre la comunicación y la solicitud de inicio de un procedimiento.

raciones y las comunicaciones se podrán presentar a distancia y por vía electrónica, en consonancia con la generalización de esta posibilidad.

Finalmente, el apartado sexto introduce la previsión *«únicamente será exigible, bien una declaración responsable, bien una comunicación para iniciar una misma actividad u obtener el reconocimiento de un mismo derecho o facultad para su ejercicio, sin que sea posible la exigencia de ambas acumulativamente»*.

El Capítulo III «Ordenación del procedimiento» consta de los arts. 70 a 74.

El art. 70.1 de la LPAC define legalmente «expediente administrativo» como el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla. Los expedientes tendrán formato electrónico y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita. Asimismo, debe constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada.

El apartado cuarto prevé, sin que se entienda muy bien la causa, que no forma parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor, emitidos por las Administraciones públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento.

Al art. 71 se le agrega un nuevo párrafo, que establece que las personas designadas como órgano instructor o, en su caso, los titulares de las unidades administrativas que tengan atribuida tal función serán responsables directos de la tramitación del procedimiento y, en especial, del cumplimiento de los plazos establecidos.

El art. 73 referido al «Cumplimiento de los trámites» aclara ahora que los trámites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir del día siguiente al de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto. En virtud del art. 76 de la LRJPAC, también rige el mismo plazo, pero no se precisa que el cómputo es a partir del día siguiente al de la notificación.

El Capítulo IV «Instrucción del procedimiento» se divide en cuatro secciones. La Sección primera «Disposiciones generales» abarca los arts. 75 y 76; la Sección segunda «Prueba», los arts. 77 y 78; la Sección tercera «Informes», los arts. 79 a 81; y la Sección cuarta «Participación de los interesados», los arts. 82 y 83.

El Capítulo V «Finalización del procedimiento» se divide en cuatro secciones. La Sección primera «Disposiciones generales» consta de los arts. 84 a 86; la Sección segunda «Resolución», de los arts. 87 a 92; la Sección tercera «Desistimiento y renuncia», de los arts. 93 y 94; y la Sección cuarta «Cautelidad», del art. 95.

En este capítulo, dos artículos merecen ser destacados. En primer lugar, el art. 88 de la LPAC, el cual, referido al contenido de la resolución que ponga fin al procedimiento, introduce algunos cambios. Concretamente y por un lado, su apartado cuarto indica que sin perjuicio de la forma y lugar señalados por el interesado para la práctica de las notificaciones, la resolución del procedimiento se dictará electrónicamente y garantizará la identidad del órgano competente, así como la autenticidad e integridad del documento que se formalice mediante el empleo de alguno de los instrumentos previstos en la Ley. Por otro, el apartado séptimo declara que cuando la competencia para instruir y resolver un procedimiento no recaiga en un mismo órgano, será necesario que el instructor eleve al órgano competente para resolver una propuesta de resolución.

En segundo lugar, el art. 90 «Especialidades de la resolución en los procedimientos sancionadores», en cuyo apartado tercero se señala que la resolución que ponga fin al procedimiento será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa, pudiendo adoptarse en la misma las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva y que podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que en su caso se hubieran adoptado. Se sustituye así poner fin a la vía administrativa por «*no queda contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa*», pero ¿cuándo se produce esa situación? ¿Puede ser ejecutiva también por una resolución presunta? El segundo párrafo continúa enunciando que cuando la resolución sea ejecutiva, se podrá suspender cautelarmente, si el interesado manifiesta a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución firme en vía administrativa. El precepto utiliza el verbo «podrá», pero parece que la intención de la norma es que esa suspensión sea automática.

Por último, el art. 90.4 de la LPAC apunta que cuando las conductas sancionadas hubieran causado daños o perjuicios a las Administraciones y la cuantía destinada a indemnizar estos daños no hubiera quedado determinada en el expediente, se fijará mediante un procedimiento complementario, cuya resolución será inmediatamente ejecutiva. Sin embargo, no expresa nada para los casos en los que se produzcan daños y perjuicios no a las Administraciones, sino a terceros.

El Capítulo VI «De la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común» está compuesto únicamente por el art. 96.

Finalmente, el Capítulo VI «Ejecución» comprende los arts. 97 a 105.

Ha de subrayarse que la única introducción relevante en este ámbito es la incorporación al art. 98 «Ejecutoriedad» de los medios electrónicos preferentes que se utilizarán para dar cumplimiento a las obligaciones de pago derivadas de sanciones pecuniarias u otros derechos: tarjeta de crédito y débito; transferencia bancaria; domiciliación bancaria; y cualesquiera otros que se autoricen por el órgano competente en materia de Hacienda pública.

2.6. Título V. De la revisión de los actos en vía administrativa

El Título V se compone de dos capítulos.

El Capítulo I «Revisión de disposiciones y actos nulos» está integrado por los arts. 106 a 111.

El Capítulo II «Recursos administrativos» se extiende desde el art. 112 a 126.

Esta nueva regulación mantiene las mismas vías previstas en la LRJAPAC, permaneciendo, por tanto, la revisión de oficio y la tipología de recursos administrativos existentes hasta la fecha.

Sin embargo, cabe señalar que el art. 106.5 de la LPAC, al abordar la revisión de disposiciones y actos nulos, indica que cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución, producirá la caducidad del mismo. A diferencia de ello, el art. 102.5 de la LRJAPAC fija ese plazo en tres meses y no en seis.

El art. 109 de la LPAC enuncia que las Administraciones públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico. En cambio, el art. 105 de la LRJAPAC declara: «Las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables...».

Dos puntualizaciones realizan los arts. 116 y 117. El art. 116 regula las causas de inadmisión de los recursos administrativos, añadiendo «carecer el recurso manifiestamente de fundamento».

El art. 117 entiende suspendida la ejecución del acto impugnado si transcurrido un mes desde que la solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para decidir sobre la misma, el órgano a quien compete resolver el recurso no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto. Recordemos que según el art. 111.3 de la LRJAPAC: «Las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables».

Como novedad, además, existe en el art. 120 de la LPAC, la posibilidad de que cuando una Administración deba resolver una pluralidad de recursos administrativos que traigan causa de un acto administrativo y se hubiera in-

terpuesto un recurso judicial contra una resolución administrativa o contra el correspondiente acto presunto desestimatorio, el órgano administrativo podrá acordar la suspensión del plazo para resolver hasta que recaiga pronunciamiento judicial. Sin embargo, el supuesto de hecho no queda claro. El art. 120.1 sostiene: «*Cuando deban resolverse una pluralidad de recursos administrativos que traigan causa de un mismo acto administrativo y se hubiera interpuesto un recurso judicial contra una resolución administrativa o bien contra el correspondiente acto presunto desestimatorio, el órgano administrativo podrá acordar la suspensión del plazo para resolver hasta que recaiga pronunciamiento judicial*», pero no dice que el objeto de impugnación sea el mismo afecto. Por ello, se puede afectar a la tutela judicial efectiva, al impedir la formulación del propio recurso contencioso-administrativo. No parece justo que el primero que llegue sea el que defienda intereses que afecten a otros.

Con la intención de suprimir trámites, la LPAC no contempla ya las reclamaciones previas en vía civil y laboral, debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha, y que quedan de este modo suprimidas.

2.7. Título VI. De la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones

El último título de la Ley comprende los arts. 127 «Iniciativa legislativa y potestad para dictar normas con rango de ley» a 133 «Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos».

La norma establece por primera vez las bases con arreglo a las cuales se ha de desarrollar la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones públicas, con el objeto de asegurar su ejercicio de acuerdo con los principios de buena regulación, garantizar de modo adecuado la audiencia y participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y lograr predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento, como corolario del derecho a la seguridad jurídica.

Junto a ello, contempla cuestiones diversas, como el art. 129.4, según el cual «*A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas*» o el art. 130, que dispone: «*1. Las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba*

justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas. El resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente. 2. Las Administraciones Públicas promoverán la aplicación de los principios de buena regulación y cooperarán para promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas y, en particular, para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica». Son todas buenas intenciones, pero que no disponen de mecanismos que permitan garantizar su cumplimiento.

En el procedimiento de elaboración de normas, se incluyen, en el art. 133, varias novedades para intentar garantizar la participación de los ciudadanos, como la necesidad de recabar, con carácter previo, a la elaboración de la norma, la opinión de ciudadanos y empresas acerca de los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa, la necesidad y oportunidad de su aprobación, los objetivos de la norma y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

3. CONCLUSIONES

Como ha podido observarse, la LPAC formalmente, aunque ofrece puntos débiles, merece una valoración positiva. Se coincida o no con sus contenidos, su texto ha sido elaborado con minuciosidad y una técnica jurídica depurada que revela un intenso trabajo de fondo.

La norma introduce importantes modificaciones en numerosos preceptos, dando lugar a una reforma poco sistemática, incompleta y asistemática, pues la separación en dos cuerpos legales no contribuye a clarificar el régimen jurídico. Además, de suponer gran incomodidad el tener que manejar dos textos, cuesta calificar de relación *ad intra* los principios de la potestad sancionadora o los principios de la responsabilidad. Por otro lado, contiene normas de distinta aplicación en función de que sean reguladoras de la Administración pública estatal o de que sirvan de parámetro a los entes públicos.

La potestad sancionadora, al igual que el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas, debería haberse regulado en un solo texto o disposición normativa, de forma completa y no fragmentaria o parcial.

La adaptación de las Administraciones a los nuevos tiempos es correcta, pues el uso de la Administración electrónica por los ciudadanos es ciertamente alto. Las tecnologías de la información y de la comunicación forman parte de la realidad cotidiana y no se puede hacer caso omiso a ello. Las Administraciones no pueden ser ajenas a la realidad y deben ofrecer servicios de Administración electrónica y garantizar que esas actuaciones se desarrollen dentro del marco de la seguridad jurídica. Sin embargo, esta Administra-

ción electrónica ha sido una novedad en el año 2007 cuando la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos introdujo el procedimiento electrónico, pero no en el año 2015. Ahora no es una innovación y su incorporación a la LPAC hace que la norma cobre una imagen obsesiva por la temática de la Administración electrónica. Llama la atención la mención excesiva en la LPAC de la palabra «electrónica», en todas sus variantes, que llega a repetirse en 248 ocasiones.

Lamentablemente, a pesar de esta irrupción plena de la Administración electrónica en Derecho Administrativo, subsisten gravísimos problemas de régimen jurídico, que habrá que resolver.

Como demuestra su Disposición Final séptima estamos ante una norma que no era tan urgente, pues entrará en vigor al año de su publicación y más aún, sus previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico que producirán efectos a los dos años de la entrada en vigor de la Ley. Ahora disponemos de ese tiempo para adaptarnos a ella, estudiarla, analizarla e intentar encontrar una respuesta a todos los interrogantes que plantea.

TITLE: The reform of the Administrative Procedure: The new Act 39/2015, 1st October, of Common Administrative Procedure of Public Administrations.

RESUMEN: El día 2 de octubre de 2015 se publicaron en el BOE dos normas que pretenden reordenar la legalidad administrativa en dos ejes o dimensiones fundamentales: las relaciones externas e internas de la Administración y los ciudadanos. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se encarga del primero de ellos, al regular las relaciones externas entre la Administración y los ciudadanos, y ocuparse del ejercicio de la potestad de autotutela y de la potestad reglamentaria. El presente estudio analiza las principales modificaciones introducidas por dicha Ley del Procedimiento Administrativo Común, que, con pequeños cambios en numerosos preceptos, da lugar a una reforma que no es integral ni completa ni sistemática.

PALABRAS CLAVE: reforma, procedimiento administrativo común, Administración electrónica.

ABSTRACT: On October 2nd 2015, two legal standards which seek to reorganize the administrative legality on two axes or fundamental dimensions: external and internal relations of the Administrations and the citizens were published, in the BOE. The Law 39/2015, of October 1st, of the Common Administrative Procedure of the Public's Administrations is in charge of the first dimension that is to regulate external relationships and

deal with the exercise of the right to self-governance and regulatory power. This study analyses the main changes introduced by the Law on Common Administrative Procedure, which, with minor changes in several provisions, cause a reform that is not comprehensive or complete nor systematic.

KEYWORDS: reform, common administrative procedure, eGovernment.

RECIBIDO: 26.11.2015

ACEPTADO: 09.12.2015

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES EN MATERIA ECONÓMICA PARA EL MUNICIPIO EN MÉXICO

Marisol Luna Leal

doi: 10.18543/ed-63(2)-2015pp153-172

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES EN MATERIA ECONÓMICA, FINANCIERA Y TRIBUTARIA PARA EL MUNICIPIO MEXICANO. 3. CONTEXTO ACTUAL. ASPECTOS ECONÓMICOS, FINANCIEROS Y TRIBUTARIOS. 4. ALGUNAS RUTAS PARA LA SOLUCIÓN 5. FUENTES.

1. PLANTEAMIENTO

Pocas instituciones en el Estado mexicano poseen una trayectoria sinuosa; son piezas fundamentales en el devenir histórico; en el quehacer público; y, con profundo arraigo en la población, como lo es el municipio. El artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) lo reconoce como la base de la división territorial, y de la organización política y administrativa del Estado; es gobernado por un Ayuntamiento electo de manera popular y directa, integrado por el presidente municipal, así como por el número de síndicos y regidores que determine la ley; y se encuentra investido de personalidad jurídica propia. Tiene a su cargo (fracción III-115 CPEUM) servicios públicos de gran calado para toda población tales como, agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales; alumbrado público; limpieza, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos; mercados y centrales de abasto; panteones; rastros; calles, parques y jardines y su equipamiento; las funciones de seguridad pública –bajo los lineamientos establecidos por el Sistema Nacional de Seguridad Pública–; policía preventiva municipal, y tránsito; así como atri-

buciones en otras áreas que vía facultades concurrentes o de coordinación mediante diversas reformas a la CPEUM le han sido otorgadas.¹

La reforma constitucional de 1999 lo reconoció como un nivel de gobierno con autonomía propia, la cual como recordaremos se caracteriza por la facultad de elegir libremente a sus gobernantes; otorgarse la reglamentación²

¹ En materia de educación (artículo 3.º); Con el propósito de garantizar el derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible (artículo 4.º). En materia de asentamientos humanos; en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico; en materia de protección civil; en materia de cultura física y deporte; en materia de turismo; en materia de pesca y acuicultura; en materia de fomento y desarrollo sustentable de la actividad cooperativa; en la coordinación de acciones en materia de cultura; y, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, cuyo propósito es velar en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte (artículo 73). Así como propiciar el fortalecimiento del sistema de seguridad social del personal del Ministerio Público, de las corporaciones policiales y de los servicios periciales, de sus familias y dependientes, instrumentarán sistemas complementarios de seguridad social (artículo 123).

² MUNICIPIOS. CONTENIDO Y ALCANCE DE SU FACULTAD REGLAMENTARIA. A raíz de la reforma constitucional de 1999 se amplió la esfera competencial de los Municipios en lo relativo a su facultad reglamentaria en los temas a que se refiere el segundo párrafo de la fracción II del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; derivado de aquélla, los Ayuntamientos pueden expedir dos tipos de normas reglamentarias: a) el reglamento tradicional de detalle de las normas, que funciona similarmente a los derivados de la fracción I del artículo 89 de la Constitución Federal y de los expedidos por los Gobernadores de los Estados, en los cuales la extensión normativa y su capacidad de innovación está limitada, pues el principio de subordinación jerárquica exige que el reglamento esté precedido por una ley cuyas disposiciones desarrolle, complemente o pormenorice y en las que encuentre su justificación y medida; y b) los reglamentos derivados de la fracción II del artículo 115 constitucional, que tienen una mayor extensión normativa, ya que los Municipios, respetando las bases generales establecidas por las legislaturas, pueden regular con autonomía aquellos aspectos específicos de la vida municipal en el ámbito de sus competencias, lo cual les permite adoptar una variedad de formas adecuadas para regular su vida interna, tanto en lo referente a su organización administrativa y sus competencias constitucionales exclusivas, como en la relación con sus gobernados, atendiendo a las características sociales, económicas, biogeográficas, poblacionales, culturales y urbanísticas, entre otras, pues los Municipios deben ser iguales en lo que es consustancial a todos –lo cual se logra con la emisión de las bases generales que emite la Legislatura del Estado–, pero tienen el derecho, derivado de la Constitución Federal de ser distintos en lo que es propio de cada uno de ellos, extremo que se consigue a través de la facultad normativa exclusiva que les confiere la citada fracción II. Controversia constitucional 14/2001. Municipio de Pachuca de Soto, Estado de Hidalgo. 7 de julio de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO. Ponente: OLGA SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS. Secretarías: MARIANA MUREDDU GILBERT y CARMINA CORTÉS RODRÍGUEZ. Jurisprudencia, P./J. 132/2005, Seminario de la Suprema Corte de Justicia y su Gaceta, novena época, pleno, XXII, octubre 2005, p. 2069.

que estime adecuada para su organización interior, así como la relativa a atender las problemáticas de sus ámbitos espacial y material; gestionar y resolver los asuntos propios de su población relativos a servicios y funciones públicas; contar con atribuciones en materia tributaria; y ejercer con libertad su hacienda pública.³ Como recordaremos para lograr la autonomía plena, es *conditio sine qua non* la existencia de autonomía en las vertientes política; administrativa; y, financiera. Esta última –de interés en la presente colaboración– es entendida como, *la capacidad del municipio para contar con recursos suficientes derivados de renglones tributarios exclusivos, así como el libre manejo de su patrimonio y la libre disposición de su hacienda*.⁴

El diseño y disposiciones constitucionales, legales y administrativas que en materia económica se han implementado en el ámbito municipal formalmente han tenido como propósito, consolidar la autonomía municipal; así como el cumplimiento eficaz y eficiente de las atribuciones encomendadas. Desde la discusión del constituyente originario en 1917⁵ se ha tenido claro que sin suficiencia presupuestal –autonomía económica– no podría, ni podrá existir autonomía política; y en nuestros días es algo que se observa con claridad meridiana por el deficiente desempeño y crisis económicas que padecen dichos gobiernos locales. La descentralización de nuevas atribuciones normativas, así como la transferencia de recursos federales, en mucho casos han generado problemas, más que soluciones. Los municipios no han correspondido con la capacidad institucional⁶ requerida-deseada.

³ Sobre el particular véase: RENDÓN HUERTA BARRERA, T.: *Derecho municipal*, 4.^a edición corregida y actualizada, Porrúa, México, 2007, pp. 125-138. QUINTANA ROLDÁN, C. F.: *Derecho municipal*, 9.^a edición revisada y actualizada, Porrúa, México, 2008, pp. 175-201. VALENCIA CARMONA, S.: *Derecho municipal*, 2.^a edición, Porrúa – UNAM, México, 2006, pp. 174-175.

⁴ QUINTANA ROLDÁN, *Ob. cit.*, p. 195.

⁵ En una de las discusiones para la aprobación de la fracción II del artículo 115 constitucional, relativa a la autonomía financiera, el diputado HERIBERTO JARA, uno de los defensores de dicha autonomía sostuvo que el municipio solo lograría su libertad, cuando éste gozara de libertad económica, con ésta se aseguraban todas las libertades. En otra de las discusiones expuso que, *... si damos por un lado la libertad política, si alardeamos de que los ha amparado una revolución social y que bajo este amparo se ha conseguido una libertad de tanta importancia y se ha vuelto al municipio lo que por tantos años se le había arrebatado, seamos consecuentes con nuestras ideas, no demos libertad por una parte y restrinjamos por la otra; no demos libertad política y restrinjamos hasta lo último la libertad económica, porque entonces la primera no podrá ser efectiva...* Véase en: *Los derechos del Pueblo Mexicano*, tomo VIII, p. 309.

⁶ No existe uniformidad en el término –*capacidad institucional, capacidad estatal, capacidad de gestión pública o capacidad administrativa*–, al igual que en los elementos o aspectos que la integran; o los tipos de aproximaciones de ésta; no obstante lo anterior

En la perspectiva referida, la presente colaboración tiene como propósito presentar un esquema genérico de la situación económica, financiera y tributaria de los municipios mexicanos. Lo anterior, a efecto de dibujar –algunas– propuestas de corte normativo y administrativo que contribuyan a un mejor escenario financiero y económico de dichos entes de gobierno.

2. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES EN MATERIA ECONÓMICA, FINANCIERA Y TRIBUTARIA PARA EL MUNICIPIO MEXICANO

Para el debido cumplimiento de los servicios públicos y funciones referidas se otorga a dichos gobiernos locales la atribución de manejar su patrimonio (fracción II-115 CPEUM) bajo los parámetros que dispongan las legislaturas respectivas. Es la fracción IV del numeral referido (CPEUM) la que establece los diversos principios y facultades en materia económica,⁷ financiera⁸ y tributaria⁹ a cargo de los municipios al establecer que estos *adminis-*

en términos generales se refiere, a la *habilidad de las organizaciones para absorber responsabilidades, operar más eficientemente y fortalecer la rendición de cuentas. Esta capacidad se construye fortaleciendo a la organización a partir de su diversidad, pluralismo, autonomía e interdependencia con relación a otras organizaciones en el sistema. En este sentido, construir capacidad institucional significa también promover y crear redes de interacción entre las organizaciones del sector público y privado y las organizaciones no gubernamentales.* Véase en ROSAS HUERTA, A.: «Una ruta metodológica para evaluar la capacidad institucional» en *Política y Cultura*, núm. 30, 2008, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco, Distrito Federal, México, p. 123. O en términos de CARRERA, como la *habilidad o suficiencia de la configuración de las Instituciones del sector público para permitir la coordinación y la agregación de intereses divergentes a fin de promover políticas que reflejen el interés público y garanticen la prestación eficiente de servicios.* Y para una perspectiva interior, las *capacidades institucionales se refieren a los mecanismo de gestión de recursos humanos (reclutamiento, entrenamiento, promoción, evaluación), materiales y financieros (control de gestión, rendición de cuentas, transparencia).* Desde una óptica externa denota *capacidad que tienen las unidades administrativas para asesorar e implementar políticas, relacionándose así con otros actores públicos y privados.* Véase en: CARRERA HERNÁNDEZ ADY, P. et al.: *Índice de desarrollo institucional y sustentabilidad municipal*, Red de Investigadores en Gobiernos Locales Mexicanos, A.C., México, 2010.

⁷ Relacionada con la incorporación, consolidación y disposición de los bienes y servicios que integran el patrimonio del municipio (solvencia) a partir de las fuentes constitucional y legalmente establecidas.

⁸ Relacionada con los criterios que se adoptan para disponer de los recursos que el municipio tiene a su disposición (liquidez).

⁹ Entendiendo por ésta a la facultad que posee el municipio para establecer, previo procedimiento establecido en la fracción que nos ocupa, los tributos necesarios para solventar los servicios y funciones públicas que constitucionalmente le son asignadas.

trarán libremente su hacienda,¹⁰ la cual se integra con recursos de origen propio establecidos en las leyes que las Legislaturas Locales expiden para tales efectos; y por participaciones presupuestales provenientes de la Federación, por virtud del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal. En tenor de lo anterior tenemos que,

- I. Los ingresos propios son determinados en las Leyes de Ingreso correspondientes aprobadas por las Legislaturas Locales, y se clasifican en:
 - a) Impuestos. Son las prestaciones establecidas en ley que deben pagar las personas físicas o morales que se encuentren en la situación jurídica o de hecho prevista por la misma; tales como el predial; sobre conjuntos urbanos; sobre anuncios publicitarios; sobre diversiones, juegos y espectáculos públicos; sobre adquisición de inmuebles y otras operaciones traslativas de dominio de inmuebles; entre otras. El Impuesto predial es uno de los más importantes que posee el municipio, éste se calcula¹¹ a partir del tamaño de los pre-

¹⁰ El término tiene su origen en el verbo latino *facere*, con el adjetivo pública hace referencia al *conjunto de ingresos, propiedades y gastos de los entes públicos y constituye un factor de gran importancia en el volumen de la renta nacional y su distribución entre los grupos sociales*. Véase: *Diccionario Jurídico Mexicano*, T. IV, E – H, Serie Varios, No. 25, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México – UNAM, 1983, p. 319. Para el caso de la hacienda pública municipal como lo hemos referido se integra de los rendimientos de sus bienes; las contribuciones que le sean determinados por la Legislatura Local respectiva; las participaciones federales; otros ingresos que perciban; así como las erogaciones que realicen; y en un contexto dinámico comprende cuatro funciones: ingresos; egresos; deuda pública; y, patrimonio, mismos que constituyen los elementos esenciales de la actividad financiera pública.

¹¹ Para calcular el valor del suelo, el primer criterio que se utiliza es la ubicación del inmueble. De acuerdo con su ubicación, existen tres tipos de valor de suelo, **área de valor**. Esto implica un cálculo con base en un grupo de manzanas (grupo de casas ubicadas en el mismo lote o área) que tienen características parecidas en cuanto a infraestructura y equipamiento urbano (servicios), tipo de inmuebles (casas unifamiliares, condominios, locales comerciales, fábricas, etcétera) y dinámica inmobiliaria. **Enclave de valor**. El cálculo por enclave se hace cuando una porción de manzanas o lotes habitacionales son notoriamente diferentes en valor y características, con respecto a los demás en un área específica; y finalmente **corredor de valor**. Es el cálculo que se hace cuando el inmueble se encuentra en una avenida o vialidad importante o muy transitada. Este cálculo se hace en función de que las grandes vialidades aumentan el valor comercial de una propiedad al incrementar la actividad económica de la zona. Este cálculo se aplica aun cuando el inmueble no tenga su acceso principal sobre la vialidad en cuestión. Después de realizar el cálculo del valor del suelo, se computa el avalúo de la construcción, para esto, se toman en cuenta factores como, tipo de inmueble (habitacional o comercial); número de pisos (tanto de la construcción general, como del propio inmueble), por ejemplo, puede tratarse de un departamento de dos niveles, que se encuentra dentro de un edificio de diez pisos);

dios y el avalúo de sus construcciones, cuestión que implica *la existencia y administración competente de una base de datos cartográfica actualizada de los predios con una cobertura completa en el territorio municipal*.¹²

- b) Derechos. Son las prestaciones establecidas en ley por percibir servicios que prestan las dependencias y entidades de la Administración Pública Municipal, en sus funciones de derecho público; así como por el uso o disfrute de los bienes del dominio público del municipio; así como las actividades de los particulares sujetas a control municipal con motivo de la explotación de un bien público. Entre estos encontramos, por ejemplo, el agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de aguas residuales; del registro civil; del desarrollo urbano y obras públicas; por servicios de rastro; por servicios de panteones; por servicio de alumbrado público; por servicios prestados por las autoridades de catastro; entre otras;
- c) Contribuciones por mejoras. Son las prestaciones a cargo de las personas físicas o morales que, con independencia de la utilidad general, obtengan un beneficio diferencial particular derivado de la realización de obras públicas; por ejemplo, introducción, ampliación y rehabilitación de sistemas de agua potable y drenaje; construcción, ampliación y rehabilitación de sistemas para el saneamiento del agua; urbanizaciones tales como guarniciones, aceras, pavimentación, repavimentación o mantenimiento de calles, vialidades o caminos rurales; entre otros;
- d) Productos. Son contraprestaciones por los servicios que preste el Municipio en sus funciones de derecho privado, así como por el

superficie del terreno; y superficie y antigüedad de la construcción. Por último, para realizar el cálculo, se toman en cuenta los rangos de valores. Esto quiere decir que existen tablas que marcan el monto del impuesto predial de acuerdo con el rango de valor catastral en que se encuentra una vivienda. El rango se presenta tomando en cuenta el límite inferior y el límite superior de precio. Esto quiere decir que, si el rango uno fuera, por ejemplo, de viviendas entre un peso y cien mil pesos y yo tengo una vivienda con valor catastral de cincuenta mil pesos y mi vecino tiene una con valor de treinta mil pesos, ambos seremos acreedores a la misma cuota única. Así pues, los resultados del cálculo no sólo dependen del número de metros cuadrados del inmueble, sino también de la zona y tipo de construcción, condiciones topográficas, equipamiento y servicios urbanos con que cuentan. Recuperado en: <https://finanzaspracticass.com.mx/finanzas-personales/etapas-de-la-vida/alquiler-o-compra-de-vivienda/el-pago-de-impuesto-predial?print=y>

¹² ROBINSON, S. S.: *Participación ciudadana en la hacienda municipal: paradojas para la antropología política*, recuperado en: http://www.inafed.gob.mx/work/siha_2015/5/Participacion_ciudadana_en_la_hacienda_municipal.pdf

- uso, aprovechamiento o enajenación de sus bienes de dominio privado. Al igual que los ingresos provenientes de la venta de primera mano que, por la explotación de sus bienes de dominio privado, haga el Ayuntamiento al realizar actividades agrícolas, ganaderas, pesqueras, agrícolas, ganaderas, pesqueras, silvícolas o cualesquiera otras de naturaleza similar. En otros términos, son los ingresos por actividades que no corresponden al desarrollo de las funciones propias del municipio; sino que se generan por el uso o aprovechamiento de sus bienes patrimoniales, esto es, los derivados de la venta o arrendamiento de bienes municipales; utilidades, dividendos y rendimientos de inversiones en créditos, valore y bonos, por acciones y participaciones en sociedades o empresas; rendimientos o ingresos derivados de las actividades de organismos descentralizados y empresas de participación municipal, cuando por su naturaleza correspondan a actividades que no son propias de derecho público; impresos y papel especial; entre otros; y,
- e) Aprovechamientos. Son ingresos que percibe el municipio en sus funciones de derecho público distintos de las contribuciones, de los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal; tales como reintegros; uso o explotación de bienes de dominio público; sanciones administrativas; indemnizaciones por daños a bienes municipales; subsidios, subvenciones, donativos, herencias, legados y cesiones.

II. Respecto a las participaciones presupuestales provenientes de la Federación. Estas son fondos constituidos en beneficio de Estados y municipios, con cargo a recursos que la Federación transfiere al Estado, como consecuencia de su adhesión al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal.¹³

En este rubro encontramos las denominadas *aportaciones*; y *las participaciones*, las primeras son recursos que la Federación transfiere a las haciendas públicas municipales con un carácter distributivo y compensatorio dirigida al desarrollo a las cuales se les condiciona su gasto a la consecución y cumplimiento de los objetivos establecidos en la Ley de Coordinación Fiscal (LCF).

Las participaciones por su parte, tienen un componente resarcitorio, ya que tienen como propósito compensar la pérdida de las Entidades Federati-

¹³ Mediante el cual, de conformidad con el artículo 1.º de la Ley de Coordinación Fiscal, se establece la participación que corresponde a las haciendas públicas de los Estados miembros y municipios, en los ingresos federales.

vas por la renuncia de su potestad tributaria originaria de determinadas fuentes de ingresos, cuya tributación queda a cargo de la Federación.

Para el ámbito municipal los dos fondos más importantes de transferencias económicas son, el de Fondo de Aportaciones para Infraestructura Social (FAIS);¹⁴ y el Fondo de Aportaciones para el Fortalecimiento de los Municipios y de las Demarcaciones Territoriales del Distrito Federal (FORTAMUNDF).¹⁵

Bajo la composición o integración hacendaria referida, y de conformidad a la fracción IV-115 (CPEUM); y tesis¹⁶ dictada por el Poder Judicial de la Federación, la hacienda municipal es regida por algunos principios, en primer término, por el *principio de libre administración de la hacienda municipal*, el cual tiene como propósito fortalecer la autonomía y autosuficiencia económica de los gobiernos locales; que sean éstos los que decidan de manera libre sobre la aplicación de sus recursos para satisfacer las necesidades que ellos consideren apremiantes, y satisfagan sus necesidades sin estar afectados por intereses ajenos que los direccionen u obliguen a ejercer en rubros no prioritarios o distintos al de sus necesidades reales. La excepción a este principio la encontramos en las *aportaciones federales*, como lo hemos referido y de conformidad con la LCF, tienen un efecto redistributivo que pretenden el desarrollo de los estados y municipios con mayor debilidad económica, por lo tanto se etiquetan para que no pueden destinarse a otro tipo de gasto más que el indicado por los fondos correspondientes establecidos en la Ley mencionada.

El segundo principio es el relativo al *ejercicio directo del ayuntamiento de los recursos que integran la hacienda pública municipal*, el cual implica que todos los recursos de la hacienda municipal, incluso los que no están sujetos al régimen de libre administración hacendaria –como las aportaciones federales–, deben ejercerse en forma directa por los ayuntamientos o por quienes ellos autoricen conforme a la ley. Así, aun en el caso de las aportaciones federales esta garantía tiene aplicación, ya que si bien estos recursos están preetiquetados, se trata, únicamente, de una preetiquetación temática en la que los gobiernos municipales tienen la posibilidad de decidir en qué obras o actos invertirán los fondos, bajo las premisas de atender las necesida-

¹⁴ Dicho fondo se distribuye con criterios compensatorios, en función del porcentaje de pobreza que los municipios aportan a sus respectivas entidades federativas.

¹⁵ Este se distribuye con criterios distributivos, en función del porcentaje que representa la población del municipio respecto al total estatal.

¹⁶ Controversia constitucional 70/2009. Municipio de Santiago Yaveo, Choapam, Estado de Oaxaca. 2 de junio de 2010. Cinco votos. Ponente: JOSÉ RAMÓN COSSIO DÍAZ. Secretarios: LAURA PATRICIA ROJAS ZAMUDIO y RAÚL MANUEL MEJÍA GARZA. Época: Novena Época. Registro: 163468 Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, Noviembre de 2010, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CXI/2010, Pág. 1213

des; y, *a posteriori*, rendir cuentas de su utilización en la revisión de la cuenta pública correspondiente.¹⁷ Así como el *principio de reserva de fuentes de ingresos municipales*, que asegura a los municipios tener disponibles ciertas fuentes de ingreso para atender el cumplimiento de sus necesidades y responsabilidades públicas.¹⁸

De conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la LCF se deriva el *principio de integridad de los recursos municipales*, consistente en que los municipios por conducto de los Estados dentro de los cinco días siguientes a aquel en que el Estado las reciba, tienen derecho a la recepción puntual, efectiva y completa tanto de las participaciones como de las aportaciones federales, pues en caso de entregarse extemporáneamente, se generará el pago de los intereses correspondientes;

Finalmente, una disposición importante en la fracción que nos ocupa es la posibilidad que los ayuntamientos poseen para que en el ámbito de sus respectivas competencias propongan a las legislaturas estatales las cuotas y tarifas aplicables a impuestos; derechos; contribuciones de mejoras; y, las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que sirvan de base para el cobro-percepción de las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria, entre otros. En dicho contexto, y en estricta legalidad los municipios carecen de facultad tributaria absoluta al ser las Legislaturas Locales las que determinan y aprueban las contribuciones que los habitantes deben cubrir a la hacienda municipal; el procedimiento legislativo fiscal municipal es una potestad tributaria compartida, toda vez que la facultad para determinar contribuciones, originalmente se encuentra reservada al órgano legislativo (artículo 31, fracción IV de la CPEUM) *misma que es complementada con los principios de reserva de fuentes, así como con la norma expresa que otorga al municipio la facultad de iniciativa, por lo que aún cuando la decisión final corresponde a la legislatura, ésta se encuentra condicionada por la Norma Fundamental a dar el peso suficiente a dicha iniciativa, lo cual se concreta en la motivación que tendrá que sustentar en caso de que se aparte de ésta.*¹⁹

¹⁷ *Ídem.*

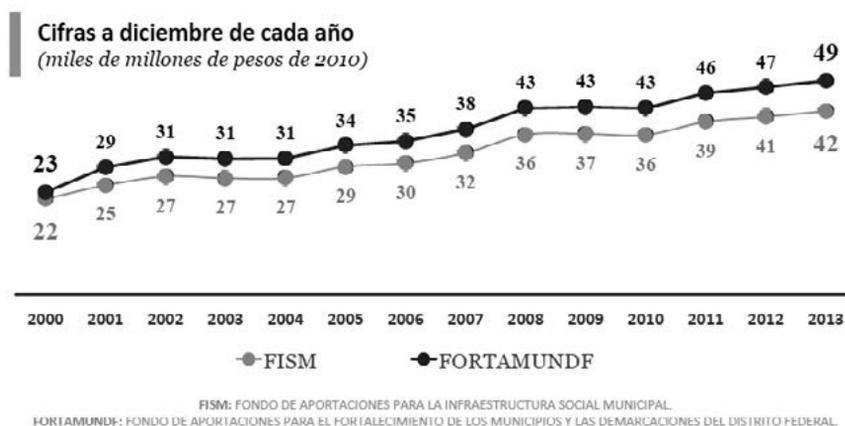
¹⁸ *Ídem.*

¹⁹ HACIENDA MUNICIPAL. EN EL CASO DE LOS TRIBUTOS A QUE SE REFIERE LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EXISTE UNA POTESTAD TRIBUTARIA COMPARTIDA ENTRE LOS MUNICIPIOS Y EL ESTADO EN EL PROCESO DE SU FIJACIÓN. Controversia constitucional 15/2006. Municipio de Morelia, Estado de Michoacán de Ocampo. 26 de junio de 2006. Unanimidad de diez votos. Ausente: MARGARITA BEATRIZ LUNA RAMOS. Ponente: GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL. Secretarios: MAKAWI STAINES DÍAZ Y MARAT PAREDES MONTIEL. Época: Novena Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIV, Octubre de 2006. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 111/2006, pág. 1129

3. CONTEXTO ACTUAL. ASPECTOS ECONÓMICOS, FINANCIEROS Y TRIBUTARIOS

Con base en las disposiciones constitucionales y legales en materia económica para que los municipios mexicanos enfrenten el cúmulo de atribuciones que les corresponde atender, *a priori*, podríamos afirmar que sus fuentes de ingresos, así como el incremento de recursos económicos que vía transferencias federales se les han otorgado²⁰ (gráfica 1) serían suficientes para enfrentar sus necesidades, no obstante, la realidad se encuentre distante a tal afirmación.

Gráfica 1. **Evolución de la Aportaciones Federales a los Municipios (Ramo 033)**



Tomada del Índice de Información Presupuestal Municipal 2014.

Elaborado por el Instituto Mexicano para la Competitividad, A. C. – IMCO²¹.

Diversas son las problemáticas que en materia económica, financiera y tributaria enfrentan los municipios. Una de estas es el efecto negativo que las transferencias federales han generado en los gobiernos locales; estudios²²

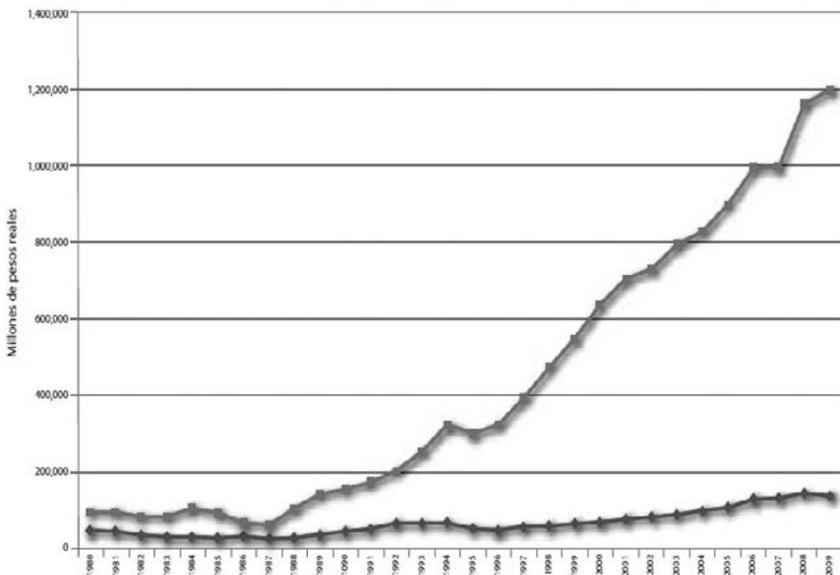
²⁰ De acuerdo al Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2015 se aprobaron \$110,448,558,487 millones de pesos, de los cuales, \$51,306 millones de pesos corresponden a FISM; y \$59,142 millones de pesos a FORTAMUNDF.

²¹ Recuperado en: <http://imco.org.mx/indices/indice-de-informacion-presupuestal-municipal-2014/>

²² Véanse HERNÁNDEZ TRILLO, F. y ITURRIBARRÍA, H.: *Tres trampas del federalismo fiscal mexicano*, Cuadernos de trabajo, n° 281, CIDE, México, Octubre 2003. DÍAZ CA-

concuerdan que dichas transferencias no solo han desincentivado el esfuerzo fiscal de los gobiernos municipales (gráfica 2); sino que además, el efecto de los recursos no se han visto reflejados en el desarrollo regional.

Gráfica 2. Evolución de las transferencias federales e ingresos propios de las entidades federativas y municipios²³



En dicha perspectiva estudio del Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal²⁴ (INAFED) sostiene que, en 1999 el 22.4 % del

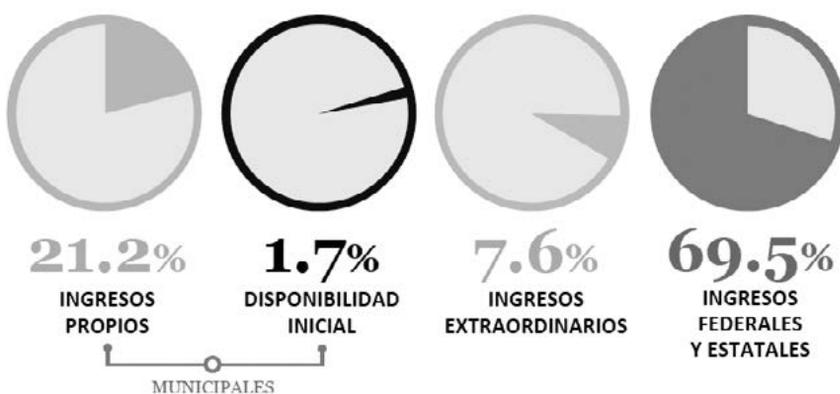
YERO, A.: «El federalismo y los límites políticos de la redistribución», en *Gestión y Política Pública*, vol. XIII, No. 3, II semestre 2004, CIDE, México. CABRERO MENDOZA, E.: «La trampa del federalismo fiscal» en *Nexos*, noviembre 2008 recuperado en <http://www.nexos.com.mx/?p=12811>

²³ Tomada de: PEÑA AHUMADA, J. A. y ARMANDO WENCE PARTIDA, L.: «La distribución de transferencias federales para municipios, ¿qué incentivos se desprenden para el fortalecimiento de sus haciendas públicas?», en *Hacienda Municipal. Revista trimestral*, 4-2011, Sistema de Nacional de Coordinación Fiscal, No. 115, Octubre – diciembre 2011, INDETEC.

²⁴ PEÑA AHUMADA, J. A. y BOJÓRQUEZ CARRILLO, A. L.: *Autonomía financiera municipal*, Serie Coloquio sobre Federalismo, No. 2, Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal – SEGOB, México, 2012, p. 2.

gasto total de los municipios era recaudado directamente por ellos, en 2010 dicha recaudación disminuyó al 20.8 %; que en 1999 los gobiernos locales costearan casi el 80 % de su gasto de nómina con recursos de fuente propia, para 2010 lograron cubrir apenas el 66 %; de igual forma, en 1999 dichos gobiernos locales en 1999 cubrían con ingresos propios el 46.5 % de su gasto de operación, en tanto, para 2010 solo cubrieron el 43.5 %.²⁵ Por lo que respecta al crecimiento económico de éstos es raquítico, generan el 2.9 % de los ingresos totales del País (PIB), y consumen el 8.3 % de tales ingresos totales, esto es, gastan casi tres veces más de lo que logran aportar, de tal suerte que sus ingresos se integran de la siguiente manera:

Gráfica 3. Integración de los ingresos municipales



Tomada del Índice de Información Presupuestal Municipal 2014.

Elaborado por el Instituto Mexicano para la Competitividad, A. C. – IMCO²⁶.

Ante tal contexto, resulta incomprensible que una importante fuente recaudatoria, como lo es el impuesto predial no sea agotada y en México los ingresos por dicho impuesto apenas represente el 0.13 % del PIB del País, en tanto que en Países como Chile o Uruguay representen el 0.60 % y 0.65 % respectivamente,²⁷ en tal sentido la OCDE sostiene que, *los ingresos por el impuesto predial son excepcionalmente bajos incluso en comparación con sus homólogos latinoamericanos... Lo mismo sucede con el agua, que es del*

²⁵ *Ídem.*

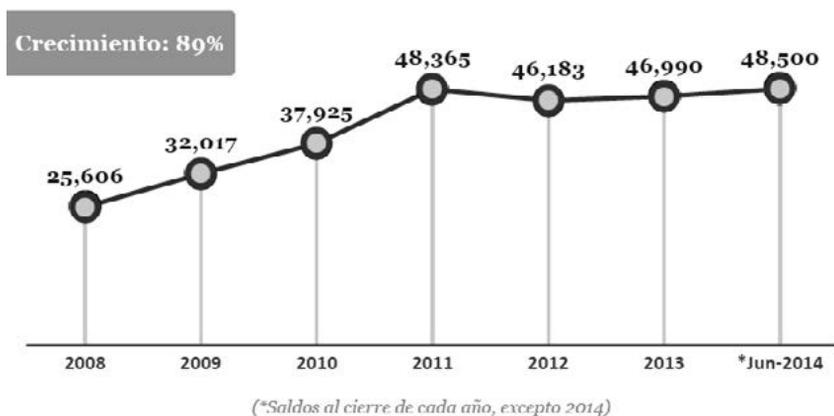
²⁶ Recuperado en: <http://imco.org.mx/indices/indice-de-informacion-presupuestal-municipal-2014/>

²⁷ OCDE, Tax Revenue Database y Latin American Revenue Statistics.

ámbito municipal y que presenta una enorme variedad en las tarifas, desde algunos casos en los que no se cobra hasta algunos casos que, lamentablemente son la excepción, en los cuales se cubren los costos.²⁸

Ahora bien, la dependencia de transferencias federales y la nula capacidad de recaudación no son las únicas situaciones complejas que enfrenta el municipio mexicano, adolece además de un grave endeudamiento; para junio de 2014 el saldo de la deuda municipal ascendía a la cantidad de \$54,670.4 millones de pesos,²⁹ la cual en siete años tuvo un incremento del 89 % (ver gráfica 4).

Gráfica 4. Cronología de la deuda municipal en México



Tomada del Índice de Información Presupuestal Municipal 2014 – Instituto Mexicano para la Competitividad – IMCO³⁰.

Según datos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) el endeudamiento no solo ha sido de los municipios, sino también de las entidades federativas, la deuda de ambos niveles de gobierno asciende al 3.1 % del PIB, misma que entre los años 2008 y 2013 tuvo un crecimiento acelerado al pasar del 1.7 % al 3.1 % del PIB.³¹

²⁸ OCDE, *México. Mejores políticas para un desarrollo incluyente*, Serie «Mejores políticas», México, septiembre 2012, p. 16.

²⁹ Índice de Información Presupuestal Municipal 2014 – Instituto Mexicano para la Competitividad – IMCO. Recuperado en <http://imco.org.mx/indices/indice-de-informacion-presupuestal-municipal-2014/>

³⁰ *Ídem*.

³¹ Una respuesta a tal situación es la Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios misma que se encuentra en proceso legislativo (aprobación

4. ALGUNAS RUTAS PARA LA SOLUCIÓN

Fortalecer la autonomía financiera municipal implica atender el problema desde diversos aspectos, toda vez que son diferentes los factores que inciden en la debilidad, o incluso, ausencia de autonomía en la vertiente en cuestión.

Con base en diversos estudios en el rubro, así como algunas reflexiones de nuestra parte, estimamos que la solución a los problemas referidos invariablemente debe transitar: por el diseño de un nuevo federalismo fiscal que incentive la recaudación local; el ejercicio pleno de la facultad reglamentaria municipal; alentar y fortalecer la capacidad institucional; transparencia y fácil acceso a la información como instrumentos de rendición de cuentas; y estricta vigilancia en la aplicación de los recursos por parte de los entes fiscalizadores, acompañada ésta de cero tolerancia a la impunidad.

Un nuevo federalismo fiscal. Se afirma que, *el diseño actual de las formulas estatales de distribución de las transferencias federales que reciben los municipios no es el adecuado;*³² según lo establecido en los postulados teóricos de la descentralización fiscal, así como otros puntos de referencia de tipo internacional; amén de *carecer de una asignación óptima de tareas fiscales entre los diferentes órdenes de gobierno, tanto en lo relativo a la recaudación, como en el ejercicio del gasto público.*³³ Se refiere que si bien es cierto que las transferencias federales (FAISM – FORTAMUNDF) dado los fines compensatorio – nivelador, *no tienen como objetivo el incentivar alguna conducta en aspectos financieros y de desarrollo municipal, el diseño de*

del Constituyente Permanente), y la cual tiene como propósito asegurar el manejo sostenible de las finanzas públicas de las entidades federativas, el Distrito Federal y los gobiernos municipales. Por ello propone principios generales en materia presupuestaria, de endeudamiento, transparencia, monitoreo y rendición de cuentas del uso de los ingresos y del ejercicio del gasto público de las entidades federativas y de los municipios. Cinco son sus aspectos principales: Uno, reglas de Disciplina Financiera, que promuevan el sano desarrollo de las finanzas públicas, mediante principios de responsabilidad hacendaria; dos, Sistema de Alertas, vinculado a los niveles de endeudamiento, de servicio de la deuda y de las condiciones de liquidez, que permita una detección oportuna del riesgo en el endeudamiento de los entes públicos; tres, contratación de financiamientos y obligaciones, bajo los de transparencia y eficiencia, de forma que su contratación se realice al menor costo financiero y destinando los recursos obtenidos a inversión pública; cuatro, deuda estatal garantizada, a través de la cual la Federación, de acuerdo a la autorización constitucional, otorgará su aval con el único objetivo de apoyar a los estados y los municipios para reducir la tasa de interés de sus créditos. Lo anterior, a cambio de generar convenios de disciplina financiera; y, cinco, la creación de un Registro Público Único, para inscribir y transparentar la totalidad de las obligaciones de los gobiernos locales. Recuperado en: http://www.indetec.gob.mx/2015/wp-content/uploads/e-Financiero/296/Noticias/BoletinNo296_4.pdf

³² PEÑA AHUMADA, J. A. y ARMANDO WENCE PARTIDA, L.: *ob. cit.*, p. 80.

³³ *Ibidem*, p. 81.

*sus fórmulas puede tener efectos no deseados tanto en la propia función de abatir el rezago regional, como en el simple hecho de no ofrecer ningún incentivo capitalizable para incrementar los ingresos propios y mejorar la calidad del gasto municipal (el tamaño poblacional no es una variable que pueda controlarse para dicho fin en lo que respecta al FORTAMUNDF).*³⁴

Los autores concluyen,³⁵ siguiendo a Hernández e Iturribarria, que la entrega de transferencias de tipo niveladoras o compensatorias a los gobiernos municipales deben ser complementadas con transferencias resarcitorias, para evitar desincentivar la recaudación y nivelar, única y exclusivamente, la menor generación de recursos propios, derivado del hecho de que tienen bases gravables menores, pero no porque realizan un menor esfuerzo fiscal. Toda vez que en las entregas que hacen las entidades federativas a los municipios *no existe claridad en los incentivos de las participaciones que favorezcan la recaudación local; existen variados criterios de asignación para dichas transferencias, muchos de los cuales no están alineados al sentido de la reforma en la legislación federal.*³⁶

Ejercicio pleno de la facultad reglamentaria municipal. Como lo hemos referido, los municipios poseen la facultad materialmente legislativa, aunque formalmente reglamentaria, mediante la cual, y, en concordancia con las leyes que en el ámbito municipal expidan las legislaturas de los estados pueden contar con sus *Bandos de Policía y Buen Gobierno*, así como con los reglamentos necesarios³⁷ para un eficaz y eficiente desempeño administrativo. No obstante lo anterior, lo que encontramos en la realidad es obsolescencia o debilidad normativa;³⁸ o, en otros casos, ausencia del marco reglamentario municipal tal como se puede corroborar en el Índice de Reglamentación Municipal Básica 2012 elaborada por el INAFED con base en el Censo Nacional de Gobiernos Municipales y Delegacionales 2013 realizado por el INEGI.³⁹

Una de las consecuencias por la ausencia de la reglamentación municipal, es que los Ayuntamientos dejan de percibir importantes cantidades de recursos económicos, vía imposición de sanciones jurídicamente permitidas.

³⁴ *Ibidem*, p. 91.

³⁵ *Ibidem*, p. 95.

³⁶ *Ídem*.

³⁷ Comercio, Industria y Espectáculos; Protección Animal; Protección Civil; Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible; De Servicios Públicos Municipales; De Seguridad Pública; Vialidad y Tránsito; De Participación Ciudadana; Protección animal; Regulación Interna; y De Transparencia y Acceso a la Información, entre otros

³⁸ Es importante precisar que la existencia normativa referida no implica actualización y apego a los cambios jurídicos de largo alcance que se han generado a partir de junio de 2011.

³⁹ Puede consultarse en: http://www.inafed.gob.mx/es/inafed/Desempeno_Institucional_Municipal

Alentar y fortalecer la capacidad institucional: Hemos referido en líneas anteriores que entendemos por capacidad institucional, *a la habilidad de las organizaciones para absorber responsabilidades, operar más eficientemente y fortalecer la rendición de cuentas. Esta capacidad se construye fortaleciendo a la organización a partir de su diversidad, pluralismo, autonomía e interdependencia con relación a otras organizaciones en el sistema.*⁴⁰ Y que en dicho contexto poseer capacidad institucional también implica, *promover y crear redes de interacción entre las organizaciones del sector público y privado y las organizaciones no gubernamentales.*⁴¹

No obstante lo anterior, la relación-aproximación a la cuestión administrativa, no es la única, Rosas Huerta bajo el esquema de Nelissen sugiere otros tres tipos de aproximaciones, la jurídica, la económica; y, la política-social.⁴² Para efectos del presente trabajo solo haremos referencia a dos elementos de la capacidad administrativa de los municipios, toda vez que elementos de las aproximaciones jurídica y política-social, las hemos considerado como variables independientes en el presente apartado. En tenor de lo anterior, únicamente haremos referencia a aspectos específicos de recursos humano y material del municipio; toda vez que en la evaluación de la capacidad administrativa un aspecto fundamental es el nivel de conocimientos, capacitación, y experiencia de su personal, de sus funcionarios, así como los recursos materiales que se poseen.

La ausencia de capacitación técnica y administrativa al personal; la ausencia de un servicio civil de carrera municipal; así como el recurrente cambio de personal –de confianza– por la renovación de los períodos de gobiernos, se ha convertido en un círculo vicioso que genera un desempeño deficiente de los funcionarios correspondientes; desperdicio de recursos económicos; e ineficaz e ineficiente desempeño institucional.⁴³ Personal im-

⁴⁰ ROSAS HUERTA, *Ob. cit.*, p. 123.

⁴¹ *Ídem.*

⁴² Por ello explica que, *cuando el gobierno opta por una aproximación jurídica, sus acciones se rigen principalmente por el hecho de que opera en el marco de una Constitución, en una democracia y bajo principios establecidos de legalidad, orden, protección de los derechos fundamentales y compromiso de gobernar con justicia.* En tanto cuando el gobierno opta por una aproximación hacia lo económico y a los negocios, *sus acciones se rigen por las demandas relacionadas con la ejecución efectiva de las tareas de gobierno. La aspiración es manejar el gobierno como una corporación y las acciones se enfocan a mejorar la productividad de sus organizaciones.* Finalmente, cuando se elige por una aproximación político-social, *sus acciones se rigen por los valores que estructuran la democracia, tales como la representación política, la rendición de cuentas, la distribución de autoridad, el monitoreo y control, la participación política y la legitimidad social.* Véase en ROSAS HUERTA, *Ob. cit.*, p. 124.

⁴³ Según lo refiere un estudio del INAFED la Encuesta Nacional Gobierno, Seguridad Pública y Justicia Municipal 2009 realizada por el INEGI registró que 22 % de los muni-

provisado –o, ausencia de capacitación al mismo–, regularmente trae aparejada la ausencia de herramientas o equipo suficiente para realizar las funciones encomendadas; el ejemplo perfecto lo encontramos en la necesaria actualización del catastro municipal,⁴⁴ a efecto de que el gobierno municipal conozca los bienes inmuebles asentados en su territorio, registre los datos exactos relativos a sus características, determine su valor y conozca la situación jurídica de los mismos respecto a sus propietarios, todo esto dirigido a *la captación de recursos a través del cobro de diferentes impuestos a la propiedad inmobiliaria, como son el predial y el de traslación de dominio, entre otros.*⁴⁵

En la ausencia, o deficiencia de los elementos que nos ocupa y en particular el caso de la actualización del catastro municipal, esto representa, como lo hemos referido en líneas anteriores, la escasa recaudación por concepto de impuesto predial; sobre el particular la OCDE sostiene que, *es posible elevar la recaudación en este rubro haciendo que los municipios participen en programas estatales para la actualización de registros catastrales, y elevando las tasas con un umbral de exención suficientemente alto, lo que permitiría lograr un esquema progresivo, lo cual es importante en un país con fuerte desigualdad.*⁴⁶

Transparencia y acceso a la información instrumentos de rendición de cuentas. Un medio eficaz para planear las acciones de gobierno, y en paralelo un antídoto contra la corrupción e impunidad es la transparencia, el fácil acceso a la información pública, y la consecuente rendición de cuentas.

Como lo refieren López Ayllón y Mauricio Merino, *transparencia es una política deliberada del Estado para producir y emplear sistemáticamente información como un recurso estratégico, destinado a facilitar y dotar de*

cipios reconoce que el problema financiero de dichos entes se relaciona con la capacitación de sus funcionarios públicos.

⁴⁴ Catastro, es el censo analítico de la propiedad inmobiliaria, que tiene el propósito de ubicar, describir y registrar las características físicas de cada bien inmueble con el fin de detectar sus particularidades intrínsecas que lo definen tanto material como especialmente. La administración pública del catastro, tiene por objeto detectar las características de los bienes inmuebles ubicados en el territorio del municipio, conocer quiénes son los propietarios de dichos bienes y registrar su situación jurídica-económica para fines tanto legales como impositivos. Véase en: http://www.inafed.gob.mx/work/models/inafed/Resource/335/1/images/guia21_la_administracion_del_catastro_municipal.pdf.

⁴⁵ *Ídem.*

⁴⁶ OCDE, *México. Mejores políticas para un desarrollo incluyente*, Ob. cit., pp. 15, 16. El mismo informe destaca que, lo mismo sucede con el agua, que es del ámbito municipal y que presenta una enorme variedad en las tarifas, desde algunos casos en los que no se cobra hasta algunos casos que, lamentablemente son la excepción, en los cuales se cubren los costos.

*contenido a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos;*⁴⁷ en tal contexto, la transparencia requiere del acceso a la información pública, toda vez que la rendición de cuentas es imposible en un entorno de opacidad y de ocultamiento de la información del gobierno, por ello, transparencia y el acceso a la información son condiciones necesarias para el proceso de rendición de cuentas, la cual invariablemente debe *ser entendida como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos que tiene como propósito fortalecer la legalidad y el sentido democrática de las responsabilidades públicas y sancionar (positiva o negativamente) a los actores que las asumen.*⁴⁸

Los elementos referidos como puede deducirse resultan herramientas indispensables y de uso permanente para mejorar el desempeño de los municipios. Cuestión que implica voluntad política por parte de las autoridades, y participación ciudadana activa y demandante para decidir sobre los temas de la agenda pública, en especial en el rubro de los recursos públicos, su planeación, destino, uso.

Estricta vigilancia en la aplicación de los recursos por parte de los entes fiscalizadores, acompañada ésta de cero tolerancia a la impunidad. La tarea fiscalizadora en México es una instancia a la que se le suministra cantidades importantes de recursos económicos, no obstante tal suministra, el desempeño de tales instancias no es el deseado. A menudo se refieren no solo casos de grave corrupción, sino además, de galopante impunidad.

Si bien es cierto que este es un aspecto sumamente complejo, el cual podría considerarse, incluso, como una practica cultural, también es cierto que no se debe dejar de insistir y señalar que en tanto exista simulación y tolerancia en conductas que bien encuadran en tipos penales tales como enriquecimiento ilícito, peculado, cohecho, entre otros, no solo no se recobrarán la confianza ciudadana; sino que además, parte importante del erario público seguirá siendo destinado a satisfacer intereses particulares de los gobernantes, y hacer caso omiso al grave deterioro de la infraestructura urbana; de las vías de comunicación; de la nula satisfacción de derechos sociales; entre otros aspectos.

5. FUENTES

Bibliografía

CARRERA HERNÁNDEZ ADY, P. *et al.*: *Índice de desarrollo institucional y sustentabilidad municipal*, Red de Investigadores en Gobiernos Locales Mexicanos, A.C., México, 2010.

⁴⁷ *La rendición de cuentas en México: Perspectivas y retos*, recuperado en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2800/4.pdf>.

⁴⁸ *Ídem*.

- DÍAZ CAYERO, A.: «El federalismo y los límites políticos de la redistribución», en *Gestión y Política Pública*, vol. XIII, No. 3, II semestre 2004, CIDE, México.
- HERNÁNDEZ TRILLO, F. y ITURRIBARRÍA, H.: *Tres trampas del federalismo fiscal mexicano*, Cuadernos de trabajo, No. 281, CIDE, México, Octubre 2003.
- OCDE, *México. Mejores políticas para un desarrollo incluyente*, Serie «Mejores políticas», México, septiembre 2012, p. 16.
- OCDE, Tax Revenue Database y Latin American Revenue Statistics.
- PEÑA AHUMADA, J. A. y ARMANDO WENCE PARTIDA, L.: «La distribución de transferencias federales para municipios, ¿qué incentivos se desprenden para el fortalecimiento de sus haciendas públicas?», en *Hacienda Municipal. Revista trimestral*, 4-2011, Sistema de Nacional de Coordinación Fiscal, No. 115, Octubre – diciembre 2011, INDETEC.
- PEÑA AHUMADA, J. A. y BOJÓRQUEZ CARRILLO, A. L.: *Autonomía financiera municipal*, Serie Coloquio sobre Federalismo, No. 2, Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal – SEGOB, México, 2012.
- QUINTANA ROLDÁN, C. F.: *Derecho municipal*, 9.ª edición revisada y actualizada, Porrúa, México, 2008.
- RENDÓN HUERTA BARRERA, T.: *Derecho municipal*, 4.ª edición corregida y actualizada, Porrúa, México, 2007.
- VALENCIA CARMONA, S.: *Derecho municipal*, 2.ª edición, Porrúa – UNAM, México, 2006.
- VV AA, *Diccionario Jurídico Mexicano*, T. IV, E – H, Serie Varios, No. 25, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México – UNAM, 1983.

Internet

- Índice de Información Presupuestal Municipal 2014 – Instituto Mexicano para la Competitividad – IMCO. Recuperado en <http://imco.org.mx/indices/índice-de-informacion-presupuestal-municipal-2014/>
- CABRERO MENDOZA, E., «La trampa del federalismo fiscal» en *Nexos*, noviembre 2008 recuperado en <http://www.nexos.com.mx/?p=12811>

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Coordinación Fiscal.
- Ley de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2015.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, Noviembre de 2010, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CXI/2010.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIV, Octubre de 2006. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 111/2006.

TITLE: Constitutional dispositions in economic matter for the municipality in Mexico

RESUMEN: El diseño y disposiciones constitucionales, legales y administrativas que en materia económica se han implementado en el ámbito municipal formalmente han tenido como propósito consolidar la autonomía municipal; así como el cumplimiento eficaz y eficiente de las atribuciones encomendadas. Desde el constituyente originario en 1917 se ha tenido claro que sin suficiencia presupuestal –autonomía económica– no podría, ni podrá existir autonomía política y administrativa; y en nuestros días es algo que se observa con claridad meridiana por el deficiente desempeño y crisis económicas que padecen dichos gobiernos locales. La descentralización de nuevas atribuciones normativas, así como la transferencia de recursos federales, en muchos casos ha generado problemas, más que soluciones; los municipios no han correspondido con la capacidad institucional requerida-deseada. En el contexto referido la presente colaboración tiene como propósito presentar un esquema genérico de la situación económica, financiera y tributaria de los municipios mexicanos, lo anterior, a efecto de dibujar –algunas– propuestas de corte normativo y administrativo que contribuyan a un mejor escenario financiero y económico de dichos entes de gobierno.

PALABRAS CLAVE: Municipio mexicano, materia económica, disposiciones constitucionales, disposiciones administrativas, autonomía municipal.

ABSTRACT: The design and constitutional, legal and administrative dispositions that in economic matter have been implemented in municipal area formally have had as intention consolidates the municipal autonomy; as well as the effective and efficient compliance of the entrusted attributions. From the original constituent in 1917 there has been had clearly that without sufficiency budget –economic autonomy– might not, there will not even be able to exist political and administrative autonomy; and nowadays it is something that is observed with crystalline clarity by the deficient performance and economic crises that the mentioned local governments suffer. The decentralization of new normative attributions, as well as the transfer of federal resources, in very many cases they have generated problems, more than solutions; the municipalities have not corresponded with the institutional needed-wished capacity. In the mentioned context the present collaboration has as intention present a generic scheme of the economic, financial and tax situation of the Mexican municipalities, the foregoing, in order to draw –some– proposals of normative and administrative kind that they contribute to a better financial and economic scene of the mentioned entities of government.

KEYWORDS: Mexican municipality, economic matter, constitutional dispositions, administrative dispositions, municipal autonomy.

*RECIBIDO: 25.11.2015
ACEPTADO: 09.12.2015*

EL DERECHO A LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO A LA CLARIDAD: REFLEXIONES EN TORNO A UNA DESEADA MODERNIZACIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO¹

Ciro Milione

doi: 10.18543/ed-63(2)-2015pp173-188

SUMARIO: 1. PREMISA. 2. LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS JUDICIALES: FUNCIÓN Y CONTENIDO CONSTITUCIONAL. 2.1. *Derecho de prestación y acierto del Juez*. 2.2. *Razonabilidad, falta de arbitrariedad, lógica y error*. 2.3. *La extensión*. 2.4. *La congruencia*. 3. DEL DERECHO A LA MOTIVACIÓN AL DERECHO A LA CLARIDAD. 3.1. *La trascendencia del lenguaje jurídico y su deseada modernización*. 3.2. *¿Existe un «derecho a la claridad de las resoluciones judiciales»?* 4. CONCLUSIONES.

1. PREMISA

El 30 de diciembre de 2009 el Consejo de Ministros constituyó una Comisión de modernización del Lenguaje Jurídico. Dicha Comisión, presidida por el Secretario de Estado de Justicia e integrada por un vicepresidente y por

¹ Una primera versión de este estudio constituyó objeto de una comunicación al XI Congreso Extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACOES), celebrado en Barcelona los días 21 y 22 de febrero de 2013. Dicho estudio ha sido citado en las Sentencias n.º 209/14 y n.º 232/14 de la Corte Superior Sección Adolescentes de la República Bolivariana de Venezuela.

ocho vocales procedentes de ámbitos distintos (jurídicos y lingüísticos), debía cumplir con el difícil cometido de formular una serie de recomendaciones sobre el lenguaje empleado por los profesionales del Derecho con un único fin: hacerlo «más claro y comprensible para los ciudadanos».

A distancia de seis años desde la formulación de una serie de propuestas importantes, es hoy posible afirmar que uno de los logros más destacados de esta Comisión fue el de plantear la existencia de un supuesto «derecho a la claridad», dotado de características singulares.

A través de la descripción de los elementos característicos del derecho a la motivación de los actos judiciales, este trabajo intentará dar respuesta a una pregunta cada vez más actual: ¿existe un derecho a la claridad en el lenguaje jurídico y, más concretamente, a la claridad de las resoluciones judiciales?

2. LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS JUDICIALES: FUNCIÓN Y CONTENIDO CONSTITUCIONAL

La norma que consagra en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la tutela judicial efectiva es el Art. 24 de la Constitución de 1978 (a partir de ahora, CE)². No obstante, este precepto no hace ninguna explícita referencia al derecho a la motivación, nadie puede dudar de que esta prerrogativa constituya una vertiente del derecho consagrado en el citado Art. 24 CE. Esto es lo que expresa el mismo Tribunal Constitucional recordando en numerosas ocasiones³ que «la obligación de motivar [...] forma parte del derecho fundamental de los litigantes a la tutela judicial efectiva, garantizado en el Art. 24.1 CE»⁴.

Sin embargo, pensar que la Constitución haga del todo caso omiso de esta exigencia de la Justicia sería equivocado. La obligación de motivar, en efecto, se encuentra formalmente proclamada en el Art. 122.3 CE según el cual «las sentencias serán siempre motivadas»⁵. La referencia a un tipo determi-

² Aunque —merece la pena recordarlo— otras normas convencionales completan el alcance de este importantísimo derecho fundamental. Entre todas, el Art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas (CEDH), firmado en Roma en 1950. Sobre la trascendencia de este precepto, señalaría MILIONE, C.: *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

³ Una entre todas, la sentencia del Tribunal Constitucional (a partir de ahora, STC) 36/2006, de 13 de febrero.

⁴ Es oportuno evidenciar que el Tribunal Constitucional ha considerado siempre el derecho a obtener una resolución de fondo motivada en Derecho, como un elemento característico de la «tutela efectiva». Cfr. en particular la STC 24 de 14 de julio de 1981, en particular el FJ 3.º.

⁵ Siendo la exigencia de motivar las sentencias una consecuencia y manifestación directa del principio de sumisión del juez a la ley, consagrado en el Art. 117.1 CE y en el

nado de resoluciones judiciales —«*las sentencias*»— parece acotar en exceso⁶ el ámbito de aplicación de algo que podemos configurar como una obligación para los integrantes del Poder Judicial y, como un derecho para las partes procesales⁷.

Así, nadie considera que el derecho a la motivación queda limitado sólo a ese estrecho ámbito, pues sólo una lectura superficial del texto constitucional español podría llevarnos a esta conclusión.

En realidad, la necesidad de motivar todas las resoluciones judiciales, y no sólo las sentencias, responde a una exigencia que emana del principio de legitimación democrática del poder judicial y, además, en ella se sustancia la proscripción de la indefensión.

Así, no cabe duda de que la obligación de motivar las sentencias —o, más extensivamente, todas las resoluciones judiciales— responde a una exigencia íntimamente relacionada con los principios propios de un Estado de Derecho (Art. 1.1 CE) y particularmente con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (Art. 117.1 y 117.3 CE).

En este sentido, la motivación sirve para demostrar que el fallo representa una decisión razonada en términos jurídicos y no un simple y arbitrario acto de voluntad de quien está llamado a juzgar.

La obligación de explicitar la lógica jurídica que subyace a una resolución judicial tiene además un alcance subjetivo. Forma parte del derecho fundamental de los litigantes a la tutela judicial efectiva, garantizado en el Art. 24.1 CE⁸, pues a través de la motivación, se hace posible la fiscalización de todo proceso de interpretación y aplicación del Derecho que los órganos jurisdiccionales llevan a cabo en el desarrollo de sus funciones constitucionalmente establecidas⁹.

Art. 1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, tal y como demostraremos más adelante.

⁶ En efecto, otra formulación hubiera sido más oportuna, como por ejemplo la adoptada por el Art. 111.6 de la Constitución italiana, que, al hacer referencia a todas las resoluciones judiciales en general («*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*») puede considerarse más exhaustiva.

⁷ En este sentido, cabe recordar la STC 36/2006, de 13 de febrero, por la que la motivación de las sentencias es, a la vez, una obligación constitucional para los jueces y, al mismo tiempo, un derecho fundamental de quienes intervienen en el proceso.

⁸ Cfr. STC 24/1990, de 15 de febrero, en particular, el Fundamento Jurídico (a partir de ahora, FJ) 4.º.

⁹ La STC 118/2006, de 24 de abril, (FJ 6.º) describe puntualmente todas las funciones desarrolladas por el derecho/obligación a la motivación. Particularmente interesante es la alusión que dicha sentencia realiza respecto al derecho de defensa. En efecto, el Tribunal Constitucional recuerda que el derecho a la motivación permite a los justiciables conocer

La doctrina del Tribunal Constitucional pone en evidencia una serie de elementos que contribuyen a delinear la fisonomía del derecho a la motivación, es decir: la razonabilidad, la lógica, la congruencia, la falta de arbitrariedad, la extensión, la naturaleza de derecho de prestación, y por último, la inexistencia de un derecho al acierto. Todos factores constituyen, en definitiva, el verdadero contenido del derecho a obtener una resolución de fondo.

2.1. *Derecho de prestación y acierto del Juez*

El derecho a «obtener» –como la misma palabra indica– una resolución de fondo representa un derecho de prestación que recae en los órganos indicados por el Art. 117 CE a favor de los justiciables.

La STC 243/2006, de 24 de julio, (FJ 5.º)¹⁰ indica que una resolución de fondo constituye una contraprestación respecto al *petitum* de las partes procesales. Sin embargo, dicha contraprestación resultaría sólo en parte satisfecha si la resolución que emanara de un órgano judicial no estuviera acompañada por la motivación. En efectos, en esta parte se sustancia un elemento fundamental de la decisión judicial, como es la que atañe a los criterios interpretativos adoptados respecto a la Ley aplicable al caso concreto¹¹.

Para mejor acotar el contenido del derecho a una resolución motivada es necesario alejar este principio de otras supuestas prerrogativas que nuestra Constitución no reconoce, ni puede reconocer: entre ellos, sin duda alguna, el derecho al acierto del juez.

En distintas ocasiones¹² el Tribunal Constitucional ha negado la existencia de este principio, rechazando la idea de que el derecho al acierto pudiese con-

los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, y, en definitiva, actúa como instrumento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción.

¹⁰ Según la Corte «este Tribunal ha declarado repetidamente que para que quepa admitir, desde la perspectiva constitucional, que una resolución constituye la prestación de tutela judicial a que da derecho el Art. 24.1 CE es necesario que la misma responda a un verdadero razonamiento.»

¹¹ La respuesta judicial no tiene por qué limitarse a estimar o desestimar, parcialmente o en su totalidad, la demanda de los justiciables, pudiéndose dar el caso –frecuente en la práctica– en que la resolución establezca sencillamente la inadmisión de la demanda misma. Lo corrobora la STC 118/2006, de 24 de abril, (FJ 4.º), al afirmar que «el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el Art. 24.1 CE, comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho [...] que puede ser de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial.» En este mismo sentido, véanse, entre otras, las SsTC 63/1999, de 26 de abril, (FJ 2.º); 206/1999, de 8 de noviembre, (FJ 4.º); 198/2000, de 24 de julio, (FJ 2.º); 116/2001, de 21 de mayo, (FJ 4.º).

¹² Véanse las SsTC 151/2001, de 2 de julio, (FJ 5.º); 162/2001, de 5 de julio, (FJ 4.º); 118/2006, de 24 de abril, (FJ 6.º); 248/2006, de 24 de julio, (FJ 3.º). En particular, en las

siderarse incluido en la reconstrucción dogmática del derecho a la motivación judicial. En efecto, los derechos y garantías previstos en el Art. 24 CE no garantizan que la actuación o interpretación de los órganos jurisdiccionales resulte ser «correcta» en términos absolutos, ni que dichas garantías pueden asegurar la completa satisfacción de las pretensiones formuladas en sede procesal¹³.

Por todo ello, el supremo interprete de la Constitución recuerda (STC 118/2006, de 24 de abril, FJ 4.º) que el fin último del conjunto de garantías previsto por el Art. 24 CE consiste esencialmente en hacer posible «*que las pretensiones se desenvuelvan y conozcan en el proceso establecido al efecto*» y que dicho proceso «*finalice con una resolución fundada en Derecho, la cual podrá ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas*»¹⁴.

Sin embargo, es oportuno destacar que la negación de la existencia del derecho al acierto no significa dejar sin consecuencias las actuaciones erróneas de los órganos jurisdiccionales. Así, en la STC 248/2006, de 24 de julio, el Tribunal Constitucional indica como intolerable la violación de todo derecho fundamental que sea consecuencia de una equivocada selección, interpretación o aplicación de normas jurídicas por parte de los órganos de Justicia.

En definitiva –y aunque pueda parecer redundante–, hay que recordar que el derecho de acierto no existe porque no puede existir¹⁵, porque la falibilidad es una de las características más propia de la naturaleza humana y de estos particulares seres humanos que llamamos a ejercer la función jurisdiccional. Así, mientras que nuestros jueces sigan siendo de carne y huesos, el Legislador que estableciera o garantizara que los órganos judiciales aplicarán e interpretarán, siempre y en todo caso, las normas de una manera correcta, pecaría por falta de realismo o, lo que es peor, de honestidad.

2.2. Razonabilidad, falta de arbitrariedad, lógica y error

Un estudio pormenorizado de la doctrina del Tribunal Constitucional, pone en evidencia la existencia de otra vertiente relevante del derecho a una resolución motivada: la razonabilidad de la respuesta judicial.

SsTC 221/2006, de 3 de julio, (FJ 3.º) y 243/2006, de 24 de julio, (FJ 5.º), el Tribunal Constitucional no reconoce a la jurisdicción de amparo la función de enjuiciar el acierto o desacierto judicial en la selección, interpretación, aplicación de las disposiciones legales.

¹³ En este mismo sentido, cabe recordar, por todas, las SsTC 107/1994, de 11 de abril, (FJ 2.º); y 139/2000, de 29 de mayo, (FJ 4.º). Sobre la inexistencia del derecho al acierto del juez, señalaríamos particularmente PULIDO QUECEDO, M.: «De la negación del derecho al acierto del Juez... al error patente como motivo de amparo», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 2, 2002, pp. 1279-1282.

¹⁴ Véase además la STC 50/1982, de 15 de julio, (FJ 3.º).

¹⁵ Lo deja muy claro la STC 221/2006, de 3 de julio, «*el derecho a la tutela judicial efectiva del Art. 24.1 CE no comprende “un imposible derecho al acierto del Juzgador”*».

Lo corroboran numerosas sentencias¹⁶, entre las que destacaríamos la STC 215/2006, de 3 de julio, (FJ 3.º), en la que se afirma que «*el Art. 24.1 CE comprende el derecho [...] a obtener de los Jueces y Tribunales una respuesta fundada en Derecho, esto es, motivada y razonable y no incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente.*»

El mismo Tribunal Constitucional se preocupa de separar el aspecto que atañe a la validez del razonamiento jurídico de otro ontológicamente ajeno que concierne a la reconstrucción de los elementos fácticos objeto de prueba en el proceso. Así, la verdad o falsedad de unos hechos que fundamentan una respuesta judicial pueden –en línea de principio y desde un punto de vista puramente lógico– no tener nada que ver con la genuinidad y coherencia del razonamiento jurídico llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales¹⁷.

Así, para el Tribunal Constitucional, no pueden considerarse razonadas, y por lo tanto motivadas, aquellas resoluciones judiciales que a primera vista, arrancan de premisas inexistentes; o son patentemente erróneas; o siguen un desarrollo argumental que incurre en quebras lógicas tan relevantes que las conclusiones alcanzadas no se pueden considerar fundadas en ninguna de las razones aducidas.

En este sentido, argumentando en contrario, la razonabilidad consistiría en una coherencia lógica y argumental sufragada por bases de partida existentes y no afectadas por error patente¹⁸.

Cabe preguntarse qué tipo o clase de error pueda viciar una motivación y configurar una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

La respuesta la ofrece el Tribunal Constitucional (STC 118/2006, de 24 de abril, FJ 3.º) al recordar que una resolución judicial fundada en un razonamiento equivocado por no corresponderse con la realidad, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Según esta Corte, el «error» es una falsa representación de la realidad referida a la determinación o selección del material de hecho o de los presupuestos sobre el que se asienta una decisión judicial de la que derivan efectos negativos en la esfera del justiciable¹⁹.

¹⁶ Véanse las SsTC 35/1999, de 22 de marzo, (FJ 4.º); 195/2004, de 15 de noviembre, (FJ 2.º); 104/2006, de 3 de abril, (FJ 7.º).

¹⁷ Es cierto que la lógica en sí misma no se ocupa de las verdades materiales, sino de las relaciones formales que existen entre estas verdades.

¹⁸ Así las SsTC 214/1999, de 29 de noviembre, (FJ 4.º); 223/2001, de 5 de noviembre, (FJ 5.º); 194/2004, de 15 de noviembre, (FJ 2.º); 228/2005, de 12 de septiembre, (FJ 3.º); 269/2005, de 24 de octubre, (FJ 2.º); 104/2006, de 3 de abril, (FJ 7.º).

¹⁹ En este mismo sentido, recordamos entre otras las SsTC 245/2005, de 10 de octubre (FJ 4.º); 6/2006, de 10 de enero, (FJ 4.º).

En su STC 192/2006, de 19 de junio, (FJ 3.º), el Tribunal Constitucional indica en el detalle cuáles son aquellos presupuestos cuya concurrencia supone una violación del derecho a la tutela judicial efectiva por error en la motivación²⁰

- En primer lugar, se requiere que el error determine la decisión adoptada, es decir, debe constituir el soporte único o básico de la resolución (*ratio decidendi*);
- en segundo lugar, es necesario que este error sea imputable exclusivamente al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte²¹;
- en tercer lugar, el error debe de ser patente y de carácter eminentemente fáctico;
- y finalmente, ha de producir efectos negativos en la esfera jurídica de la parte.

Por último, el Tribunal Constitucional pone particular énfasis en una característica ulterior del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales: la falta de arbitrariedad. En este sentido, el supremo intérprete de la Constitución excluye la posibilidad de que un órgano judicial pueda adoptar decisiones en función de una voluntad meramente discrecional, por lo tanto, política, personal, y ajena al mandato jurídico.

Es evidente que dicha característica es propia no sólo de esta particular vertiente de la tutela judicial efectiva sino de toda la construcción dogmática que gira en torno a la idea de «proceso justo»²². Por lo tanto, la falta de arbitrariedad puede considerarse como la consecuencia obvia de un proceso celebrado en el pleno respeto de todos aquellos postulados consagrados en el mismo Art. 24 CE.

Desde un punto de vista puramente lógico, una motivación fundada en Derecho constituye la exacta negación de la arbitrariedad. Lo corrobora el Tribunal Constitucional contraponiendo la arbitrariedad con aquel vínculo infran-

²⁰ Se trata de una reconstrucción dogmática sentada, entre otras, en las SsTC 142/2005, de 6 de junio, (FJ 2.º y 3.º); 290/2005, de 7 de noviembre, (FJ 3.º y 4.º); 64/2006, de 27 de febrero, (FJ 3.º y 4.º).

²¹ Cfr. Art. 44.1 b) de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, del Tribunal Constitucional.

²² Cabe asimismo recordar, que la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos representa un principio constitucional básico, consagrado en el Art. 9.3 CE, constituyendo una verdadera fuente del ordenamiento jurídico. Al respecto, señalaríamos particularmente GRANADO HIJELMO, I.: «La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos», en HINOJOSA MARTÍNEZ, E. y GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N. (Coord.): *Discrecionalidad administrativa y control judicial: I jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*, 1996, pp. 123-190.

queable constituido por el principio de sumisión del juez a la Ley (Art. 117.1 CE; Art. 1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Así lo evidencia, por ejemplo, en la STC 36/2006, de 13 de febrero, (FJ 2.º), al afirmar que *«este Tribunal ha reiterado que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos»*²³.

2.3. La extensión

Otra característica fundamental del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales consiste en la síntesis de las argumentaciones que dicha motivación debe incluir²⁴.

Según la doctrina del Tribunal Constitucional²⁵ esta garantía, implícitamente consagrada por el Art. 24 CE, no exige que la resolución judicial toque necesariamente todos los aspectos tratados en el juicio, considerándose suficiente que la motivación exponga las razones que justifican la decisión adoptada a pesar de la parquedad o sobriedad del razonamiento jurídico.

²³ En este mismo sentido, véanse las SsTC 112/1996, de 24 de junio, (FJ 2.º); 87/2000, de 27 de marzo, (FJ 6.º); 196/2003, de 27 de octubre, (FJ 6.º); 58/1997, de 18 de marzo, (FJ 2.º); 25/2000, de 31 de enero, (FJ 2.º); 42/2004, de 23 de marzo, (FJ 4.º); y en particular STC 314/2005, de 12 de diciembre, (FJ 4.º), en la que se reconoce a la motivación una función preventiva de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción.

No obstante, es oportuno señalar que la prohibición de la arbitrariedad de los órganos jurisdiccionales, no niega a priori la posibilidad de que dichos órganos adopten todos los recursos a su disposición para ampliar la garantía de los derechos. Lo señala eficazmente BERNAL CANO, N.: («El razonamiento jurídico del juez y las formas articuladas de justicia constitucional desde una perspectiva comparativa», en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n.º 17, 2003, p. 39) afirmando que *«para lograr un activismo que asegure la garantía judicial y eficacia concreta de los derechos, es preciso que los jueces amplíen con prudencia su capacidad creativa, aún cambiando los criterios tradicionales o la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Es importante señalar que dicha autonomía no es sinónimo de arbitrariedad ni de exceso de poder. En efecto, la medida del poder creador del juez constitucional está en el derecho positivo, en la coherencia jurídica. El juez puede ir más allá de la ley escrita, siempre y cuando no vulnere con ello la Constitución y la finalidad sea el fortalecimiento de la protección individual»*.

²⁴ Según señala el Tribunal Constitucional (STC 14/1991, de 28 de enero, FJ 2.º) el derecho a obtener una resolución de fondo permite *«exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide»* ya que *«deben considerarse motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión»*.

²⁵ Sólo para citar algunas, recordamos las SsTC 150/1988, de 15 de julio, (FJ 3.º); 150/1993, de 3 de mayo, (FJ 3.º); 2/1997, de 13 de enero, (FJ 3.º); 139/2000, de 29 de mayo, (FJ 4.º).

Así, en la STC 118/2006, de 24 de abril, (FJ 6.º), la Corte señala la imposibilidad de apreciar en términos absolutos y generales la suficiencia de una motivación, reenviando a un examen del caso concreto la existencia de este requisito.

Es significativa, en este sentido, la STC 218/2006, de 3 de julio, (FJ 5.ª) en la que se señala la imposibilidad de estimar un recurso de amparo por supuesta violación del Art. 24 CE cuando la extensión de la motivación, según el parecer de la parte recurrente, se considera insuficiente por el mero hecho de no referirse expresamente a todos los argumentos empleados en un precedente recurso. En efecto, el Tribunal Constitucional señala que no le corresponde «*censurar cuantitativamente la interpretación o concentración del razonamiento*», sino más bien la presencia de aquellos elementos que son suficientes a excluir un ejercicio arbitrario de la función jurisdiccional.

2.4. La congruencia

Como es sabido, un proceso judicial consiste en una demanda (*petitum*) que una parte dirige a la autoridad jurisdiccional a la luz de un fundamento jurídico que la sustenta (*causa petendi*). En este sentido, la *causa petendi* representa el derecho en fuerza del cual se reivindica el *petitum*, es decir, el bien jurídico objeto de la demanda.

La motivación de una resolución judicial consiste en una respuesta de la autoridad judicial al *petitum*, por lo que se hace evidente que entre el fallo judicial y las reivindicaciones formuladas por las partes en el proceso debe existir un nexo de congruencia²⁶.

El Tribunal Constitucional²⁷ distingue tres tipos distintos de incongruencia, es decir, de disconformidad entre respuesta judicial y *petitum*: incongruencia *infra petitum* (u *omisiva*, o *ex siletio*); incongruencia *extra petitum* (o *por exceso*); e incongruencia *ultra petitum*.

²⁶ Es lo que claramente evidencia el Tribunal Constitución con la STC 264/2005, de 24 de octubre, (FJ 2.º), al afirmar que «*la congruencia viene referida, desde un punto de vista procesal, al deber de decidir por parte de los órganos judiciales resolviendo los litigios que a su consideración se sometan, exigiendo que el órgano judicial ofrezca respuesta a las distintas pretensiones formuladas por las partes a lo largo del proceso, a todas ellas, pero sólo a ellas, evitando que se produzca un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido*». En este mismo sentido es posible señalar también las SsTC 124/2000, de 16 de mayo, (FJ 3.º); 114/2003, de 16 de junio, (FJ 3.º); 174/2004, de 18 de octubre, (FJ 3.º).

²⁷ Cfr. entre otras las SsTC 222/1994, de 18 de julio, (FJ 2.º) y la 110/2003, de 14 de junio, (FJ 2.º).

Según esta Corte, la incongruencia *infra petitum* se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones formuladas por las partes que no es posible considerar ni superfluas ni redundantes²⁸.

Para poder apreciar los casos de incongruencia *infra petitum* el Tribunal Constitucional ha ido indicando una serie de criterios que la STC 36/2006, de 13 de febrero, (FJ 3.º), entre otras²⁹, enumera. Según esta Corte:

- en primer lugar, es necesario llevar a cabo un estudio pormenorizado de las circunstancias que caracterizan cada caso concreto;
- en segundo lugar, es preciso distinguir entre lo que es el *petitum* y las que son meras alegaciones aportadas por las partes en apoyo a la demanda judicial, pues, según el Tribunal Constitucional, el derecho a recibir una respuesta detallada por el órgano jurisdiccional se manifiesta sólo respecto al primero de estos dos supuestos;
- en tercer lugar, para poder constatar un caso de incongruencia omisiva es necesario que no resulte posible deducir los motivos de la respuesta judicial ni tan siquiera por el conjunto de los razonamientos que sustentan la decisión. Asimismo, habrá de comprobarse que la pretensión manifestada por la parte y omitida por el órgano judicial fuera efectivamente llevada a juicio en momento procesal oportuno para ello;
- por último, debe comprobarse que la omisión concierna a cuestiones que, de haber sido consideradas en la decisión, hubieran podido determinar un fallo distinto al pronunciado.

Sin embargo, la denominada incongruencia por exceso o *extra petitum*, se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, por lo que se produce un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones³⁰. En este sentido, según estima el Tribunal Constitucio-

²⁸ Siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos.

²⁹ Cabe señalar las SsTC 206/1998, de 26 de octubre, (FJ 2.º); y 205/2001, de 15 de octubre, (FJ 2.º).

³⁰ Como, eficazmente, pone en evidencia el Tribunal Constitucional en la STC 40/2006, de 13 de febrero, (FJ 2.º), «*el principio iura novit curia permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado*», mientras que el juzgador «*sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresa-*

nal, la incongruencia por exceso constituye una lesión del Art. 24 CE cuando el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones supone una modificación sustancial del objeto procesal.

De esta manera, el órgano jurisdiccional, concediendo más de lo pedido (*ultra petitem*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitem*), emite un fallo que es extraño a las respectivas pretensiones de las partes, por lo que, consecuentemente, la decisión judicial se pronuncia sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso.

3. DEL DERECHO A LA MOTIVACIÓN AL DERECHO A LA CLARIDAD

Como hemos podido apreciar, la doctrina del Tribunal Constitucional ha contribuido de forma determinante a la definición del alcance y contenido del derecho a la motivación³¹.

El análisis expuesto en los párrafos anteriores evidencia un dato incontrovertible, es decir, que el supremo intérprete de la Constitución no menciona ni alude, en la definición de los elementos esenciales de las motivaciones judiciales, a un aspecto que sin embargo, debería destacar por su propia naturaleza: la claridad del lenguaje jurídico en la exposición de los argumentos fundados en el Derecho.

En efecto, un examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta particular condición de las resoluciones judiciales deja frustrado todo intento de encontrar alguna referencia a un supuesto «deber a la claridad del lenguaje jurídico» del que investir a jueces y magistrados en el desarrollo de sus funciones.

Igualmente, no hay rastro de un correlativo «derecho a la claridad» (o «derecho a comprender») de las partes judiciales y de los ciudadanos en su conjunto.

mente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso.»

³¹ En esta labor, es igualmente importante la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que influye en la interpretación adoptada por nuestra jurisdicción constitucional en materia de tutela judicial efectiva. En particular, por lo que atañe al derecho a la motivación en la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, cabe señalar AGUDO ZAMORA M. J.: «La interpretación de los derechos y libertades constitucionales a través de los Tratados Internacionales: La técnica del artículo 10.2», en GONZALEZ RUS, J.J. (Coord.): *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, 1996, p. 33-42; así como MILIONE FUGALI, C.: «El derecho a obtener una resolución de fondo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español», en PÉREZ TREMP, P. (coord.): *La Reforma del Tribunal Constitucional: actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2007, pp. 761-792.

En realidad, el único contexto en el que el Tribunal Constitucional hace referencia a la importancia del lenguaje jurídico en la motivación de las resoluciones judiciales se encuentra en la STC 108/2005, de 9 de mayo de 2005. En el fallo de dicha sentencia, la Corte admite la vulneración del Art. 24 CE (violación del derecho a la motivación) al reconocer «no fundada en derecho» una resolución en la que la determinación de la cuantía de una multa se llevaba a cabo «*en virtud de un razonamiento por completo extraño a las mismas [es decir, a las pautas establecidas por el Código Penal] y más propio del lenguaje coloquial que del lenguaje jurídico que cabe reclamar de los órganos judiciales.*»

Este conjunto de circunstancias –la asentada doctrina constitucional relativa al derecho a la motivación y, particularmente, la ausencia de referencias a la comprensibilidad del lenguaje a utilizar en las resoluciones judiciales– parecen conducir a una conclusión: el lenguaje jurídico y su claridad no constituyen un derecho constitucionalmente relevante.

Aunque estas deducciones sean incontrovertibles desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, otras circunstancias, sin embargo, nos conducen a unas conclusiones distintas por las que la claridad del lenguaje de las sentencias no sólo representa un verdadero valor jurídico, sino que además constituye un aspecto ulterior de la tutela judicial efectiva sobre el que parece concentrarse la atención del Legislador español en estos últimos años.

3.1. *La trascendencia del lenguaje jurídico y su deseada modernización*

La importancia del lenguaje jurídico radica en la importancia misma del Derecho como instrumento creado por el hombre con el fin de ordenar las relaciones humanas. Desde esta perspectiva, es suficiente pensar que dichas funciones son posibles sólo en la medida en que las normas que integran el ordenamiento jurídico sean consideradas necesarias, sean respetadas y, antes que nada, conocidas por el conjunto social.

En este sentido, el lenguaje jurídico representa un vehículo a través del que los ciudadanos toman conocimiento del Derecho³², y esto en todas sus formas, es decir, no sólo cuando el Derecho adquiere el aspecto de normas elaboradas por los órganos constitucionales depositarios de la voluntad popular, sino también cuando asume las formas de resoluciones judiciales que aplican dichas normas al caso concreto³³. En ambos casos y desde ambas

³² ITURRALDE SESMA, V.: *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 35, subraya «*el carácter del Derecho dependiente del lenguaje*», afirmando además que «*el soporte lingüístico del Derecho es un hecho sine qua non de la existencia del mismo*».

³³ Es significativo el arranque del artículo doctrinal de OLVERA LÓPEZ, J. J.: («El lenguaje de las sentencias y el derecho a la información», en *Lex. Difusión y Análisis*,

perspectivas la calidad del lenguaje jurídico es, sin ninguna duda, decisiva como destaca unánimemente la doctrina científica³⁴.

A lo largo de estos últimos años, la preocupación por la mejora y la modernización del lenguaje jurídico ha ido creciendo³⁵, hasta lograr un espacio, cada vez más amplio en la agenda de los poderes públicos³⁶.

Significativa, en este sentido, ha sido la elaboración del «Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico» presentada en septiembre de 2011 y de las recomendaciones en el contenidas, dirigidas no sólo a los

N.º 110, agosto 2004, p. 54) en el que el autor, preguntándose «¿para quién escriben los jueces?» llega a la conclusión que «*el destinatario final de toda sentencia es el público en general y, por ende, el lenguaje en ella utilizado debe ser ante todo claro, pues sólo de esa manera el juzgador hará posible el acceso real a esa garantía*». Desde esta perspectiva, el mismo derecho a la publicidad procesal viene a corroborar esta tesis como yo mismo señalo en MILIONE FUGALI, C.: «El derecho a un proceso público en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N.º 14, 2010, pp. 549-572.

³⁴ Así, sólo para citar algunos autores, cabe recordar PRIETO DE PEDRO, J. J.: («La exigencia de un buen lenguaje jurídico y Estado de Derecho», en *Revista de administración pública*, N.º 140, 1996, p. 111) por el que «*un buen Derecho no es posible sin un buen lenguaje [...] este aserto tiene mucho que ver con las mejores esencias, con las esencias más hondas, del Estado democrático, de Derecho y de Cultura*»; o ROBLES MORCHON, D.: (*Comunicación, lenguaje y Derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del Derecho*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2009, p. 26) según el cual «*la realidad en la que el Derecho vive y se expresa es la propia de los fenómenos comunicativos. Bien es cierto que la comunicación [...] excede los límites de los ámbitos jurídicos y que, en este sentido no todo lo que es comunicación es Derecho. Ahora bien, la afirmación inversa sí es correcta: todo lo que es Derecho es comunicación.*»

³⁵ Como demuestran, entre todos CAZORLA PRIETO, L. M.: (*El lenguaje jurídico actual*, Cizur Menor, 2007, p.88) «*la arquitectura formal del lenguaje jurídico suele tender a la desmesura y al alargamiento superfluo y confundidor*»; asimismo, cabe citar NAVA GOMAR, S. O.: («La sentencia como palabra e instrumento de la comunicación», en *Revista Justicia Electoral*, Vol. 1, N.º 6, 2010, pp. 48-50) que enumera una serie de «*aspectos negativos*» del lenguaje jurídico actual, tales como su especialidad, su especialización, su carácter demiúrgico, arcano, sobrecargado y apelmazado, su «*tendencia al idiotismo expresivo*», su inmovilismo, su pluriformidad, o su inclinación al aislamiento.

³⁶ Vd. GONZÁLEZ SALGADO, J. A.: «El lenguaje jurídico del siglo XXI», en *Diario La Ley*, N.º 7209, 2009. En este contexto se enmarca, por ejemplo, la redacción de la Carta de Derechos del Ciudadano ante la Justicia, aprobada por unanimidad del Pleno del Congreso de los Diputados el día 16 de abril de 2002 (y particularmente, por lo que atañe a la motivación de las resoluciones judiciales, su Art. 7); la Orden JUS/3126/2003, de 30 de octubre, por la que se creó, en seno al Ministerio de Justicia, la Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico; el Plan de Transparencia Judicial aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2005; así como la firma en 2006 de un convenio de colaboración entre la Real Academia Española y la Vicepresidencia del Gobierno para la mejora de la redacción legislativa.

profesionales del Derecho, sino también a las instituciones públicas e incluso a los medios de información. Igualmente significativa ha sido la firma, el 21 de diciembre de 2011, de un Convenio entre sujetos institucionales distintos³⁷ llamados no sólo a impulsar la implementación de las recomendaciones recogidas en la Comisión de modernización del lenguaje jurídico³⁸, sino también a renovar y perpetuar el trabajo de dicha asamblea.

3.2. ¿Existe un «derecho a la claridad de las resoluciones judiciales»?

El análisis de los instrumentos dirigidos a impulsar la promoción de la claridad en el lenguaje jurídico demuestra un dato incontrovertible: dichas iniciativas, en ningún caso, han ido más allá de la formulación de meras declaraciones de intenciones.

Aunque es innegable el valor de los informes de las distintas Comisiones de expertos en cuanto a sensibilización de juristas y profesionales del ámbito jurídico, ninguno de dichos instrumentos ha servido para que se afirmara la existencia de un «derecho a la claridad» del lenguaje jurídico –y del lenguaje jurídico en las resoluciones judiciales– positivo y real.

Esta conclusión sigue siendo pacífica aun cuando la palabra y el concepto de «derecho individual» viene empleada para enfatizar la importancia del lenguaje jurídico de las sentencias y de su claridad. Así, por ejemplo, aun siendo indudable que el Art. 7 de la «Carta de Derechos del Ciudadano ante la Justicia» proclame textualmente que «*El ciudadano tiene derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico*», lo que es necesario recordar es que, formalmente, la Carta ha sido aprobada –por unanimidad del Congreso de los Diputados, esto sí– con las formas propias de las «proposiciones no de Ley», con todo lo que ello conlleva de cara al valor normativo, a la eficacia jurídica y a la colocación en el sistema de fuentes del Derecho de estos peculiares instrumentos parlamentarios³⁹.

³⁷ Más concretamente, la Real Academia Española, el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General del Estado, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el Consejo General de la Abogacía Española, el Consejo General de Procuradores de España, la Conferencia de Decanos y Decanas de las Facultades de Derecho de España.

³⁸ A través de «*la formación lingüística de los profesionales del Derecho, el reconocimiento público de buenas prácticas, el acercamiento del lenguaje jurídico a la ciudadanía, la estandarización de documentos jurídicos, las tecnologías al servicio de la claridad del lenguaje, así como cualesquiera otras medidas en este ámbito*», como señala la clausula primera del Convenio mismo.

³⁹ Sobre la naturaleza de las proposiciones no de Ley, señalar MUÑOZ ARNAU, J. A.: («Las proposiciones no de Ley», en *Anuario jurídico de La Rioja*, N.º 3, 1997, pp. 387-

Consideraciones parecidas se pueden llevar a cabo respecto al Plan de Transparencia Judicial en el que existen referencias a la importancia de la claridad del lenguaje jurídico –incluso en las resoluciones judiciales–⁴⁰; o a las recomendaciones de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico que manifiestamente hablan de un «derecho a comprender» aun hallándose recogidas en un documento –un informe científico– que, formalmente, no constituye un instrumento legislativo concreto.

4. CONCLUSIONES

Este trabajo comenzó a partir de una pregunta concreta que se refería a la posible existencia de un supuesto derecho a la claridad de las resoluciones judiciales.

La respuesta a esta pregunta resulta evidente: un derecho con estas características no ha sido positivizado en el ordenamiento jurídico actual, si bien resulta evidente la existencia de un «deseo» de hacer del lenguaje de las sentencias y de las leyes un instrumento más accesible para toda la sociedad.

En un contexto político y social muy delicado, como es el en el que nos ha tocado vivir, la distancia entre ciudadanos y poderes públicos crece por numerosas razones, siendo una de ellas la incapacidad de estos últimos de comunicar con los ciudadanos, para sacrificar en el altar del oportunismo partidista, valores como la claridad y la transparencia.

GEORGE ORWELL afirmaba que *«el lenguaje político está diseñado para que las mentiras parezcan verdades, el asesinato una acción respetable y para dar al viento apariencia de solidez»*⁴¹. Estas consideraciones dolorosas no pueden, sin embargo, concernir al lenguaje jurídico que, por la misma

482) que *«estas son mociones distintas de las de censura o confianza y su finalidad se agota en promover una deliberación del Congreso sobre un tema determinado»* (p. 421) para luego matizar que *«son instrumentos para introducir una deliberación sin más efectos ante la opinión pública»* (p. 424).

⁴⁰ Referencias que, por cierto, no exceden la mera formulación de deseos y aspiraciones como eficazmente indica la letra del punto n.º 7, del Apartado IV, *«Instrumentos del Plan de Transparencia judicial»*, por la que *«convendrá conciliar criterios tendentes a desechar fórmulas y expresiones anacrónicas o vacías de contenido que no proporcionan ninguna información y, especialmente, prestar atención a la comprensibilidad de las citaciones que las Oficinas judiciales dirijan a los ciudadanos, quienes [...] todavía manifiestan, en un porcentaje que sería deseable reducir que no han entendido el lenguaje jurídico que los tribunales han empleado, permaneciendo como usuarios con más problemas con este lenguaje los de clase baja o media-baja, los usuarios de juicios de faltas y juicios penales y, más en concreto, los denunciados, los acusados, los testigos y los testigos-víctimas»*.

⁴¹ ORWELL, G.: *Politics and the English Language*, Horizont, abril 1946.

razón de ser instrumento entregado a la ciencia del Derecho, debería ser ejemplo de coherencia y precisión.

Estas perspectivas conducen a reflexiones importantes sobre la verdadera naturaleza del Poder Judicial y sobre la función jurisdiccional que constituye un servicio público primordial en la construcción de un verdadero Estado de Derecho. Un poder público con estas características debe asegurar, respecto a sus ciudadanos, unos estándares de calidad elevados que sólo el cumplimiento de los principios de la tutela judicial efectiva puede garantizar.

TITLE: The right to motivation of judicial resolutions in jurisprudence of Constitutional Court and the right to the clarity: reflections around a desired modernization of the juridical language

RESUMEN: El derecho a la tutela judicial efectiva y el mismo concepto de poder judicial como poder democrático postulan la existencia del derecho a la motivación de los actos judiciales. Sin embargo, ¿es posible afirmar que un aspecto de esta garantía procesal incluye también el derecho a la claridad de las resoluciones judiciales? Este artículo vierte sobre esta pregunta.

PALABRAS CLAVE: Derecho, motivación, claridad, constitucional, lenguaje.

ABSTRACT: The right to a fair process and the idea of the Judiciary as a democratic power itself suppose the existence of the right to a properly motivated ruling. Nevertheless, is it possible to defend that a facet of that right includes the right to the clarity of judicial decisions? This paper deals with these issues.

KEYWORDS: Right, decision, clarity, constitutional, language.

RECIBIDO: 27.11.2015

ACEPTADO: 09.12.2015

LAS REFORMAS ELECTORALES Y LA MAGNITUD DE LAS CIRCUNSCRIPCIONES¹

Fernando Reviriego Picón

doi: 10.18543/ed-63(2)-2015pp189-221

SUMARIO: 1. «...POR EL ARTÍCULO 29» 2. ¿REFORMAS ELECTORALES? 3. A VUELTAS CON ELBRIDGE GERRY Y EL SISTEMA DE ELECCIÓN PROPORCIONAL EN LAS CCAA. 4. CASTILLA LA MANCHA EN SU LABERINTO. 5. LA REFORMA ELECTORAL DE 2007. 6. LAS REFORMAS DEL ESTATUTO Y DE LA LEY ELECTORAL DE 2014. 7. LA POLÍTICA Y LOS CIUDADANOS.

1. «...POR EL ARTÍCULO 29»

Hace ya más de un siglo Benito Pérez Galdós resumía con su habitual maestría lo que a su juicio era el estado de la política española en materia de políticos y de partidos.

Una política que conoció bien, no en vano fue diputado reincidente en varias ocasiones durante la Restauración, bajo la Constitución de 1876. Así, diputado cunero por Puerto Rico en 1886 y diputado por Madrid en 1907² y 1910, y por Las Palmas –ya ciego– en 1914.

¹ Trabajo elaborado dentro del Proyecto de Investigación *Costes y beneficios de la descentralización política en un contexto de crisis. El caso español*, financiado por el Ministerio de Ciencia (2012). DER 2012-39179.

² Resulta interesante la lectura de la introducción de SAINZ DE ROBLES, F. C. a la edición de las *Obras completas* de PÉREZ GALDÓS, B., Aguilar, Madrid, 1950– en donde se narraba cómo se gestó su candidatura a las elecciones de 1907. Con más detalle, sobre su experiencia política, puede verse ARMAS AYALA, A., «Galdós, Diputado por Puerto Rico» y LLORENS BARGÉS, C., «El Diputado señor Pérez Galdós», ambos en *Actas del Segundo*

Dos elecciones por tanto al amparo del célebre art. 29 de la Ley Maura que, como es bien sabido, ayudó a mantener las eficaces redes caciquiles³. Como botón de muestra podemos destacar que en las elecciones generales de 1910, con la Semana Trágica todavía cercana, primeras en las que se aplicó, y terceras en las que Galdós fue elegido diputado, alrededor del treinta por ciento de censo electoral no ejerció su derecho al voto consecuencia de las previsiones de dicho artículo. La doctrina resaltó la privación del ejercicio de sufragio que implicaba esta previsión precisamente cuando la Ley lo declaraba obligatorio, generando como consecuencia que la participación real en el sistema representativo se redujera considerablemente alcanzando en lo sucesivo extremos alarmantes: «prácticamente, tan sólo las circunscripciones y los distritos de las regiones políticamente más activas van a participar en las luchas electorales». La abstención, creciente, unida a la aplicación de este artículo nos ofrece cifras exorbitantes; por poner un ejemplo, en las elecciones generales de 1916 la suma de ambas se elevó casi hasta un sesenta por ciento. Las elecciones terminan por convertirse así en «un lejano espectáculo ilusionista, donde los prestidigitadores de los estamentos políticos dirigentes practican a su gusto la negociación de los puestos representativos antes de las elecciones, a lo largo de la campaña electoral»⁴.

Dejando de lado la Ley de Maura, y volviendo a Galdós, sobre los primeros, los políticos, nos hablaba, con su preclara mente, de su constitución en «casta», dividiéndose «hipócritas en dos bandos igualmente dinásticos e igualmente estériles, sin otro móvil que tejer y destejer la jerga de sus provechos particulares en el telar burocrático».

Son muchos los que a día de hoy suscribirían estas palabras dibujadas con tan brillantes trazos.

Sobre los segundos, los partidos, concordados para turnarse pacíficamente en el poder, apuntaba que eran «dos manadas de hombres que no aspiran más que a pastar en el presupuesto», porque «carecen de ideales» y «ningún fin elevado los mueve». A ello añadía que pasarán «unos tras otros

Congreso Internacional de Estudios Galdosianos, Las Palmas, 1980. También, la presentación de GAUDET, F. a la quinta serie de los Episodios Nacionales (España sin rey, España trágica, Amadeo I, La Primera República, De Cartago a Sagunto y Cánovas) donde se aborda esta experiencia y su plasmación (entre el escudo y la auto ironía) en los propios personajes del último de los episodios.

³ «En los distritos donde no resultaren proclamados candidatos en mayor número de los llamados a ser elegidos, la proclamación de candidatos equivale a su elección y les releva de la necesidad de someterse a ella», *Gaceta de Madrid* núm. 222, 10 de agosto de 1907, p. 587.

⁴ MARTÍNEZ CUADRADO, M., *Elecciones y partidos políticos de España (1868/1931)*, Taurus, Madrid, 1969, pp. 755 y ss.

dejando todo como hoy se halla, y llevarán a España a un estado de consunción que, de fijo, ha de acabar en muerte»; no harán más que «burocracia pura, caciquismo, estéril trabajo de recomendaciones, favores a los amigos, legislar sin ninguna eficacia práctica, y adelante con los farolitos». Unas reflexiones que le permitían terminar señalando que «han de pasar años, lustros tal vez, quizá medio siglo largo, antes de que este Régimen, atacado de tuberculosis ética, sea sustituido por otro que traiga nueva sangre y nuevos focos de lumbre mental»⁵. Lástima que su deseo no pudiera materializarse finalmente.

Mucho antes de ello, y por seguir trazando paralelismos con la situación actual, este mismo autor destacaba que «las crisis políticas son juegos de chicos, comparadas con una crisis financiera»⁶.

Crisis política, crisis económica...; sin duda, una crisis estructural completa como la que ahora también vivimos.

2. ¿REFORMAS ELECTORALES?

Apuntaba Ortega que «la salud de las democracias, cualesquiera que sean su tipo y grado, depende de un mísero detalle técnico: el procedimiento electoral. Todo lo demás es secundario. Si el régimen de comicios es acertado, si se ajusta a la realidad, todo va bien; si no, aunque el resto marche óptimamente, todo va mal»⁷.

Y el mejor sistema o procedimiento, como decía Segismundo Moret, siendo Ministro de la Gobernación, «será siempre el que con más verdad refleje el estado social de un pueblo»⁸, en tanto que tenemos que tener muy presentes en orden a delimitar el margen de elección del legislador electoral no sólo factores jurídicos, sino también sociológicos, politológicos, estadísticos e históricos⁹.

Corresponde ahora reflexionar, en las actuales circunstancias de crisis generalizada, política y económica, sobre estas cuestiones; ello porque los siste-

⁵ PÉREZ GALDÓS, B., *Canovas*, Perlado, Paez y Cia, Madrid, 1912, pp. 277 y 237, respectivamente.

⁶ PÉREZ GALDÓS, B., «Dinero, dinero, dinero», *Crónica de Madrid*, 8 de enero de 1865.

⁷ ORTEGA Y GASSET, J., «La rebelión de las masas», *Revista de Occidente*, Madrid (1929), 1964, 38.ª ed., p. 242.

⁸ MORET Y PRENDERGAST, S., *La representación nacional, teoría del sufragio* (conferencias pronunciadas en la Universidad Central), Imprenta de F. García Herrero, Madrid, 1884, p. 81.

⁹ Vid. SANTOLAYA MACHETTI, P., *Manual de procedimiento electoral*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 15 y ss; también, VIDAL PRADO, C., *El sistema electoral español. Una propuesta de reforma*, Método, Granada, 1995.

mas electorales son resultado de la evolución histórica y su desarrollo refleja las estructuras sociales y los procesos en situaciones y países distintos¹⁰.

Y donde debe prestarse especial atención a las dos dimensiones más importantes de los sistemas electorales, y que tienen consecuencias en la proporcionalidad de la elección y los sistemas de partidos: la fórmula electoral y la magnitud de la circunscripción¹¹. Pues, ¿qué proporcionalidad puede obtenerse, por ejemplo, en circunscripciones como Soria que en las últimas convocatorias electorales eligió sólo dos diputados? ¿O como Ceuta y Melilla que eligen sólo uno?

Dicho lo anterior, no parece aventurado señalar que la XI Legislatura puede tener en la reforma del sistema electoral, sin duda una compleja realidad, uno de sus ejes principales, dentro de la amplia libertad del legislador en este campo. Si, en general, la mayor parte de las propuestas reformistas en los últimos tiempos se han centrado en una búsqueda de superiores niveles de proporcionalidad¹², lo cierto es que son varias las variables que se han añadido en la ecuación de esa posible reforma que parecen anticipar los diferentes movimientos tácticos a que hemos asistido durante el presente año, con ocasión de la amplia batería de procesos electorales de distinto nivel, así como las diferentes propuestas electorales que al hilo de las mismas se han ido suscitando.

No está de más recordar que la cuestión electoral en nuestro país siempre ha sido objeto de intensas pasiones. Quedan para el recuerdo infinidad de debates que afectaron entre otras cuestiones al sufragio activo, al sufragio pasivo, a la delimitación de circunscripciones, etc.

Siempre quedarán en la memoria, por ejemplo, los sugestivos y emotivos debates de Clara Campoamor y Victoria Kent sobre el sufragio femenino¹³ (activo, porque el pasivo se había reconocido precisamente para las Cortes Constituyentes¹⁴) durante la Primera República; dos mujeres sosteniendo posturas absolutamente contrapuestas sobre dicha cuestión.

Como es bien sabido, Clara Campoamor (que militaba en el Partido Radical de Lerroux) defendió en un ardoroso discurso la necesidad imperiosa de otor-

¹⁰ NOHLEN, D., *Los sistemas electorales en América Latina y el debate sobre la reforma electoral*, Instituto Universitario Ortega y Gasset, Madrid, 1992, p. 13.

¹¹ LUPHART, A., *Sistemas electorales y sistemas de partidos*, CEC, Madrid, 1995, pp. 43 y ss.

¹² FERNÁNDEZ MIRANDA, A., «Sobre la reforma electoral», en RUBIO LLORENTE, F., BIGLINO CAMPOS, P., *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 673 y ss.

¹³ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*, sesión celebrada el día 1 de octubre de 1931.

¹⁴ El Decreto de modificación de la Ley electoral de 1907, de 8 de mayo de 1931, estableció entre otras reformas «reputar como elegibles para las Cortes Constituyentes a las mujeres y a los sacerdotes» (art. 3).

garlo, mientras que Victoria Kent (que militaba en el Partido republicano radical socialista) abogaba por el contrario por aplazar la concesión del voto a la mujer sobre la base de entender que lo contrario restaría oportunidades a la República para consolidarse. No tienen desperdicio muchos de los comentarios que no pocos diputados vertieron en aquellos días para evitar el voto de la mujer¹⁵.

Pero podríamos citar muchos otros.

Muchos olvidados pero de gran importancia en su momento, aunque luego terminarían valiendo para poco, como aquellos que a lo largo del s XIX se enfrentaban a la ampliación del sufragio por diferentes vías; por apuntar alguno, podríamos recordar, por ejemplo, los suscitados tras el proceso revolucionario de 1836 relativos a la ampliación del sufragio, y que terminaron por otorgar el mismo, entre otros, a los labradores que poseyeran una yunta propia destinada exclusivamente a cultivar las tierras de su propiedad (puerta por la que entraron muchos electores, regular o irregularmente), o a los que habitaren una casa o cuarto destinado únicamente para sí o su familia¹⁶, etc.

Sin duda no serán estos los debates que ahora tendremos, caso de abrirse el melón de la reforma electoral (tanto a nivel nacional como autonómico), pero, ni que decir tiene, que encenderán los ánimos de unos y otros, ya que, como siempre, ninguna reforma electoral es inocente ni neutral, no en vano son los intereses de los partidos políticos los que sirven de medida para la valoración de un concreto sistema.

¿O acaso puede tildarse de neutral la reciente propuesta de que en las elecciones generales o autonómicas gobierne la lista más votada a través de la articulación de «primas de gobernabilidad» al estilo de lo que se ha establecido en países como Grecia o Italia?

Deriva de ahí parcialmente que ya en ocasiones, la inercia termine por jugar un papel destacado en esta materia por dicha razón; ya señaló Sánchez Agesta¹⁷, al poco de aprobarse el texto constitucional, que el único principio teórico válido en derecho electoral es que una vez establecido un sistema, este se perpetúa por la ley de la inercia; una clara resistencia al cambio¹⁸.

¹⁵ Sobre estos debates, GILBAJA CABRERO, E., «Clara Campoamor y el sufragio femenino en la Constitución de la Segunda República», *Asamblea*, núm. 29, 2013. Una breve reseña puede verse también en GÁLVEZ MUÑOZ, L., y REVIRIEGO PICÓN, F., «Estado democrático y procesos electorales», en REVIRIEGO PICÓN, F., (Coord.), *Proyecciones de Derecho constitucional*, Tirant, Valencia, 2012.

¹⁶ Vid. ESTRADA SÁNCHEZ, M., *El significado político de la legislación electoral en la España de Isabel II*, Universidad de Cantabria, Santander, 1999, pp. 43 y ss; CASES MENDEZ, J.I., «La elección de 22 de septiembre de 1837», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 212, 1997, pp. 167 y ss.

¹⁷ SÁNCHEZ AGESTA, L., *Constitución española comentada*, CEC, Madrid, 1979.

¹⁸ Durante los debates constituyentes puede verse la intervención del Diputado ALZAGA VILLAAMIL, O. sobre esta cuestión, *DSC*, núm. 108, 12 de julio de 1978.

Una inercia que, precisamente, es especialmente acusada en el ámbito autonómico, donde se reproduce, con variaciones muy puntuales y escasas en algunos ordenamientos, lo previsto a nivel estatal para el Congreso de los Diputados. Como reseña Arnaldo las Comunidades Autónomas no han hecho sino reproducir las normas contenida en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, procediendo a una mera adaptación¹⁹; una cuestión sorprendente a juicio de Santolaya ya que si se ha dicho con frecuencia que una de las ventajas de los sistemas centralizados es facilitar la experimentación, «en este caso parece haberse producido una renuncia colectiva y voluntaria a hacerlo»²⁰. Por citar un elemento que nos servirá como botón de muestra, en lo relativo a la circunscripción electoral –como unidad en cuyo marco se transforma el resultado de la votación en distribución de escaños parlamentarios²¹, –y que oscila entre la circunscripción única y las nueve que tiene Castilla y León–, son muy pocas las Comunidades Autónomas que no optan por un sistema provincial²², en la línea de lo establecido en los Acuerdos autonómicos de 1981²³. Se evita así una cierta artificialidad que pudiera resultar de más compleja justificación. Las reformas estatutarias de los últimos tiempos no han supuesto una modificación de estos sistemas llevando a un

¹⁹ ARNALDO ALCUBILLA, E., «El procedimiento electoral en leyes electorales autonómicas», en GÁLVEZ MUÑOZ, L., (Dir), *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas. Revisión y mejora*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 374 y ss.

²⁰ SANTOLAYA MACHETTI, P., «Encuesta sobre el régimen electoral», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, 2008, pp. 55/56.

²¹ RAE, D.W., *Leyes electorales y sistema de partidos* políticos, CITEP, Madrid, 1977, p. 19.

²² Más allá de las particularidades de las comunidades insulares, sólo una comunidad uniprovincial, Asturias, se divide en la actualidad en varias circunscripciones (un total de tres, arts. 10 y 11 Ley 14/1986, de 26 de diciembre) mientras que las pluriprovinciales optan todas por la provincia; en el caso del País Vasco la única diferencia sería meramente terminológica en tanto que se habla de Territorio Histórico.

En el caso de Murcia es preciso anotar que ha sido en septiembre de 2015 (Ley 14/2015, de 28 de julio) cuando se ha reformado su ley electoral (Ley 2/1987, de 24 de febrero) para instaurar la circunscripción única; hasta entonces se encontraba dividida en cinco circunscripciones. OLIVER, J. antes de la reforma de la ley electoral citada, se planteó si estos dos casos (Asturias y Murcia) podrían entenderse como un supuesto de gerrymandering, llegando a una conclusión negativa, OLIVER, J., *Los sistemas electorales autonómicos*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2011, pp. 196 a 204.

²³ «4.1 Asambleas de las Comunidades Autónomas. (...) 6. En las CCAA uniprovinciales, la provincia será la circunscripción electoral única, a menos que sus fuerzas políticas con representación en las Cortes Generales convengan otra cosa por unanimidad. En las CCAA pluriprovinciales la circunscripción electoral será la provincia. 7. En el caso de Canarias y Baleares, los Partidos firmantes tratarán de llegar a un acuerdo, y caso de no conseguirlo, la circunscripción electoral será la isla».

sector de la doctrina a hablar de nuevos estatutos en conjunción con viejos sistemas electorales²⁴.

Inercia, por tanto, conectada a una suerte de búsqueda de la neutralidad que provendría de adoptar sistemas conocidos y aplicados a otros procesos electorales alejando así las posibles sospechas por la instauración de nuevos sistemas electorales²⁵. Destaca Gavara de Cara que la adopción de la provincia, tanto para el Congreso y el Senado, como para la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas, permite evitar manipulaciones derivadas de la adopción de circunscripciones inexistentes o no aplicadas en anteriores procesos electorales, aunque desde otra perspectiva plantea el inconveniente de las desigualdades materiales de sufragio que resultan difíciles de corregir, hecho que se acentúa en el caso de la asignación de una representación mínima inicial en cada circunscripción²⁶.

Y donde esa notable fuera inercial, la tendencia al mantenimiento de los modelos y la resistencia a los cambios es consecuencia, en buena medida, de que sus grandes principios configuradores forman parte material y normativamente de los propios Estatutos o de nuestra norma suprema y también por la vinculación entre ley electoral y mayoría parlamentaria y los propios intereses de la clase política ajenos al cambio²⁷.

En el caso de las elecciones a Congreso y Senado algunos de los temas podrán ser probablemente las listas cerradas y bloqueadas en el caso del Congreso y, en mucha menor medida (aunque no por su falta de relevancia), la determinación de la circunscripción en el caso del Senado (aquí ya tendríamos que hablar de la hipótesis de una reforma constitucional), la barrera electoral (en el caso del Congreso) por mor de las presiones de los partidos pequeños o incluso, quizá, pues es uno de los agujeros del sistema, el perfeccionamiento del procedimiento para el ejercicio del sufragio por parte de los españoles residentes en el extranjero²⁸.

²⁴ PRESNO LINERA, M.A., «Nuevos Estatutos de Autonomía con viejos sistemas electorales», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 5, 2007, pp. 101 y ss.

²⁵ DELGADO-IRIBARREN GARCÍA CAMPERO, M., «El sistema electoral español: logros y deficiencias», en DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M., RIPOLLÉS SERRANO, M.R., BIGLINO CAMPOS, P., *El sistema electoral español. Un debate de sus logros y deficiencias*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2012, pp. 16.

²⁶ GAVARA DE CARA, J.C., *La homogeneidad de los regímenes electorales autonómicos*, CEPC, Madrid, 2007, pp. 221 y ss.

²⁷ Vid. FERNÁNDEZ MIRANDA, A., «El sistema electoral del Congreso», *Revista de Derecho Político*, núm. 52, 2001 y GAVARA DE CARA, J.C., *La homogeneidad de los regímenes electorales autonómicos*, CEPC, Madrid, 2007.

²⁸ Sobre esta cuestión, GARCÍA MAHAMUT, R., «La reforma electoral y el voto de los españoles en el exterior: la ineffectividad del derecho de sufragio de los españoles en el exterior. Una necesaria revisión», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012.

Sin entrar a debates sobre posibles reformas constitucionales, de mucho más compleja articulación lógicamente, lo cierto es que la Ley Orgánica del Régimen Electoral General ha sido objeto de reformas de muy diferente calado a lo largo de estos años, y con las que se ha tratado de perfeccionar el procedimiento electoral; diecinueve reformas hasta la fecha, la última de ellas de marzo de 2015 en orden a reducir de forma significativa el importe de las subvenciones percibidas por los partidos para el envío de propaganda electoral, y cuestiones relativas a la fiscalización de la regularidad de las contabilidades electorales²⁹.

Habrà que esperar a la conformación de las nuevas Cortes Generales para ver cómo pueden respirar estas, u otras, posibles reformas; de mucho interés será sin duda la lectura, en ese eventual proceso reformador, del Informe del Consejo de Estado de febrero de 2009 sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general a instancias de la solicitud del Gobierno de junio de 2008³⁰.

Pero más allá de lo que pueda arbitrarse respecto del sistema electoral al Congreso de los Diputados o al Senado (cuestión en las que no entraremos en estas notas), en el ámbito autonómico son varias las cuestiones que han suscitado no poco interés y comentarios en los últimos tiempos.

Ello, bien para normas en tramitación o propuestas políticas, bien para reformas ya realizadas.

Podemos apuntar así, por ejemplo, que sigue sin aprobarse la ley electoral catalana (y ya van treinta y seis años desde su acceso a la autonomía), por más que parecía que al hilo de las elecciones de septiembre de 2015 esta laguna iba a poder colmarse. Recordemos que el penúltimo episodio fue la falta de acuerdo en julio de este mismo año en la Ponencia que abordaba la proposición de ley electoral de Cataluña por las grandes discrepancias entre los diferentes partidos³¹.

²⁹ Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico financiera de los partidos políticos.

³⁰ El dictamen y un amplio número de trabajos doctrinales sobre esta cuestión puede verse: RUBIO LLORENTE, F., BIGLINO CAMPOS, P., (Pres.), *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos*, CEPC, Madrid, 2009. *Vid.* también, ÁLVAREZ CONDE, E. y LÓPEZ DE LOS MOZOS, A. (Dirs.), *Estudios sobre la reforma de la LOREG: la reforma continua y discontinua*, IDP, Madrid, 2011. Más recientemente, resulta de interés la consulta del apartado dedicado a la reforma del sistema electoral en el trabajo coordinado por GARCÍA ROCA, J., *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, Thomson, Navarra, 2014.

³¹ Inicialmente el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, en tanto se aprobara la correspondiente ley electoral, estableció algunas precisiones en su Disposición transitoria cuarta, remitiéndose en lo no previsto a las normas vigentes para las elecciones al Congreso de los Diputados. El vigente Estatuto de 2006 contempla en su art. 56 diferentes cues-

O que sigue debatiéndose la posibilidad de cambiar radicalmente la circunscripción de Madrid combinando distritos uninominales y doble votación; quizá una de las propuestas de cambio más sustancial planteadas hasta la fecha³². Una opción que, para sus proponentes, podría permitir una mayor cercanía de los electores con los representantes aunque no contaba con el apoyo de los grupos de la oposición; Nohlen, en su comparecencia como experto ante la Comisión de Estudio de la Reforma de la Ley Electoral de esta comunidad apuntó que la reforma en sí (que juzgó de neutral) no provocaba que se perdiera la proporcionalidad existente y que, sin duda, habría de mejorar el contacto entre representantes y representados enriqueciendo la vida política al animar la competencia; a la par apuntó la necesidad de establecer cortafuegos para evitar la deriva a modelos caciquiles o clientelistas.

O, por último, que sigue coleando todavía lo acontecido en Asturias en la anterior Legislatura con el pacto de reforma electoral, que finalmente quedó en nada, que permitió el acceso al Gobierno de J. Fernández, etc.

Desde otra perspectiva, también podemos poner el foco, como así haremos en estas notas, en los problemas suscitados por la reforma de la Ley electoral de Castilla La Mancha (y de forma previa del Estatuto), que recientemente dio lugar a varias sentencias del Tribunal Constitucional, y que serán de las que nos ocuparemos sumariamente a continuación: las sentencias 197/2014, de 4 de diciembre y 15/2015, de 5 de febrero, que resolvieron sendos recursos de inconstitucionalidad planteados contra una reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla La Mancha y la Ley electoral de Castilla La Mancha de 2014, que redujeron el número de diputados a elegir por la ciudadanía en las elecciones autonómicas³³. Aunque debemos señalar que en el espacio de tiempo en que se dictaron ambas, diciembre de 2014 y febrero de 2015 hubo una tercera (STC 214/2014, de 18 de diciembre) relacionada con el mismo tema; recurso planteado contra una reforma de la ley electoral de esta Comunidad de 2012, aunque en este caso por la ampliación del número de escaños a elegir, reforma que no ha entrado en vigor pues antes de la celebración de nuevas elecciones se aprobó la otra reforma citada que redujo sustancialmente el número de diputados. En este caso la sustancia de la sen-

tiones sobre la composición y régimen electoral pero en todo caso de una forma claramente insuficiente.

³² Sobre algunas de las propuestas planteadas en esta CA, véase, GARROTE DE MARCOS, M., «Reflexiones sobre la circunscripción electoral de la Asamblea de Madrid. Inconvenientes presentes y desafíos futuros», *Asamblea*, núm. 22, 2010, pp. 93 y ss. Una propuesta similar en algunos extremos fue también apuntada por algunos partidos en Cataluña, aunque de igual forma no terminó de fructificar.

³³ Otras CCAA han iniciado también diferentes procesos de reforma durante la presente crisis para reducir también su número de parlamentarios pero, hasta el momento, ninguna ha terminado de cuajar.

tencia es inexistente porque declaró extinguido por pérdida sobrevenida del objeto el recurso de inconstitucionalidad planteado, aunque nos servirá en la exposición para exponer algunas ideas. Tres sentencias muy recientes dictadas en un período muy corto de tiempo (diciembre de 2014 y febrero de 2015) a través de las que nos vamos a acercar, como ya hemos apuntado, a analizar algunos elementos del sistema electoral, elemento fundamental en un estado democrático.

3. A VUELTAS CON ELBRIDGE GERRY Y EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL EN LAS CCAA

Mucho se ha debatido a lo largo de los años sobre los sistemas electorales y sus efectos. Los propios enfoques doctrinales condicionan muchas de las reflexiones sobre lo diferentes sistemas, sean mayoritarios o proporcionales, aunque sin duda en la mente de todos tenemos nombres de diferentes disciplinas como los de Duverger, Rokkan, Rae, Sartori, Lijphart o Nohlen, por citar algunos de los principales autores que en diferentes países se han acercado a estas cuestiones³⁴. Aunque lo cierto es que es resulta verdaderamente complejo la introducción de elementos comparativos de otros sistemas electorales, ello porque, como bien destacaba Rae «comparar las leyes electorales de diversos países es algo así como intentar comparar las flores de un campo lejano»³⁵. Y, como señala Nohlen, no existe ningún sistema electoral ideal en tanto que los efectos y deseabilidad de un sistema depende de multitud de factores y variantes entre los que son determinantes el tiempo y el espacio³⁶. En esa misma línea, Loewenstein nos apuntaba que la ley electoral perfecta está por descubrir y que para que un sistema electoral pueda ser tildado de imparcial y neutral debe evitar cualquier ventaja indebida en favor del gobierno y el partido gubernamental³⁷.

La permanencia del sistema electoral tiene sus beneficios intrínsecos, al dotar de seguridad jurídica la contienda electoral, garantizando la imparcialidad objetiva del sistema y limitando la posibilidad de la alteración interesada por mayorías coyunturales³⁸.

³⁴ Una interesante reseña, aunque esquemática, de las semejanzas y diferencias entre los enfoques de esos autores puede verse en NOHLEN, D., «Controversias sobre sistemas electorales y sus efectos», *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 31, 2013, pp. 9 y ss.

³⁵ RAE, D.W., *Leyes electorales y sistema de partidos políticos*, Citep, Madrid, 1977, p. 13.

³⁶ NOHLEN, D., *Sistemas electorales y partidos políticos*, FCE, México, 1988, p. 133.

³⁷ LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 334.

³⁸ BIGLINO CAMPOS, P., «La legislación electoral estatal y el margen del legislador autonómico», en GÁLVEZ MUÑOZ, L., (Dir), *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas. Revisión y mejora* CEPC, Madrid, 2009, pp. 39 y ss.

Mas lo cierto es que las reformas relevantes del sistema electoral deben tener como finalidad corregir deficiencias y problemas reales, sin romper el delicado equilibrio en que se asienta el sistema político, y ello en tanto que la utilidad de un sistema electoral se examina a la luz del equilibrio entre el polo de la representatividad y el de la gobernabilidad³⁹.

No obstante, no resulta extraño, como ya hemos visto, que concretas reformas electorales obedezcan a la conveniencia política de las mayorías coyunturales en el gobierno, en una suerte de gerrymandering que intenta esconder sus miserias bajo armazones teórico prácticos que al rascarse mínimamente muestran endebles justificaciones. La procura del bien común suele ser fácil recurso para maquillar ocultos intereses partidistas.

Cuestiones que hemos visto a lo largo de estos años tanto en referencia a los umbrales electorales, para bajarlos o subirlos a conveniencia⁴⁰, la propia determinación de la magnitud, etc, y de forma singular, para este último supuesto, lo hemos podido contemplar en el caso de Castilla La Mancha, por gobiernos de uno y otro signo, de forma unilateral y siempre con el criterio contrario de la oposición parlamentaria.

Nos recuerda Garrorena que resulta habitual apelar al derecho electoral como regla de juego común que preside la competencia de las fuerzas políticas por el poder y que por ello debe quedar por encima de los distintos participantes o de una mayoría no significativa de ellos, cuestión que suele provocar un refuerzo de ese derecho.

³⁹ DELGADO-IRIBARREN GARCÍA CAMPERO, M., «El sistema electoral español: logros y deficiencias», en DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M., RIPOLLÉS SERRANO, M.R., BIGLINO CAMPOS, P., *El sistema electoral español. Un debate de sus logros y deficiencias*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2012, pp. 16.

⁴⁰ Valga el ejemplo de la reforma en las Islas Baleares del umbral electoral, para subirlo de un 4 % a un 5 % apenas a unos meses de las elecciones (Ley 4/1995, de 21 de marzo) o de la bajada del mismo en el País Vasco, poco tiempo después, de un 5 % a un 3 % (Ley 6/2000, de 4 de octubre). Aquella reforma encontró justificación conforme la exposición de motivos en la «búsqueda de la máxima eficacia en la actuación del Parlamento; ésta lo hizo en la defensa de la «necesaria pluralidad política y la representación legítima de los partidos minoritarios, en muchas ocasiones penalizados por la excesiva rigidez de los sistemas electorales». La cuestión más criticable en el caso de la reforma de las Islas Baleares respecto de otros incrementos acontecidos en otras CCAA fue precisamente el momento elegido para la reforma y su posible vinculación a las encuestas que en ese momento se manejaban por parte el Gobierno. Y en el caso del País Vasco, otro tanto de lo mismo, en este caso para beneficiar la conformación de una futura mayoría nacionalista. Para Oliver en el caso de las Islas Baleares el Gobierno buscaba «castigar a un enemigo político», mientras que en el caso del País Vasco «ayudar a un posible socio», OLIVER ARAUJO, J., *Los sistemas electorales autonómicos*, Institut d'Estudis Autònomic, Barcelona, 2011, p. 397. Para la reforma de la Ley electoral vasca *vid.* GARCÍA HERRERA, M.A. «El régimen electoral de la Comunidad Autónoma del País Vasco», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22/23, 2004, pp. 319 y ss.

Una reflexión de partida a la que confronta una batería de argumentos que llevan a su juicio a criticar la concepción de la ley electoral autonómica como ley reforzada⁴¹. Criterios teóricos y prácticos abundan en esta idea.

Como destaca Presno nos encontramos ante la «trampa del consenso» en la medida en que la exigencia de grandes acuerdos provocará en la mayor parte de los casos que puedan prosperar reformas que pongan en juego el futuro de los grupos implicados⁴². Una cosa es lo sensato de entender que determinadas reformas deben consensuarse y otra considerar que en Derecho constitucional la relevancia de la ley implique sin más rigidez.

Referido lo anterior, debemos destacar que el constituyente era claramente consciente de la relevancia del sistema electoral, de la elección como nexo entre sociedad y Estado y constitucionalizó un elevado número de previsiones en esta materia; aunque, lógicamente, sin llegar a los extremos de otra Constitución emblemática, la de 1812, convertida en una suerte de ley electoral⁴³.

De forma muy detallada conformó así los elementos principales de las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, mas también estableció previsiones respecto de las futuras Comunidades Autónomas.

Para aquellas Comunidades que pudieran constituirse por la vía del art. 151 se estableció que su organización institucional se basaría en una Asamblea elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegurara, además (aquí se nos introduce un criterio de más compleja interpretación y concreción), la representación de las diversas zonas del territorio⁴⁴ (art. 152.1 CE). Resulta fácil entender que la represen-

⁴¹ GARRORENA MORALES, A., «Reforma y rigidez de la ley electoral en las Comunidades Autónomas», *Nuevas expectativas democráticas y elecciones*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 19 y ss.

⁴² PRESNO LINERA, M.A., «Nuevos Estatutos de Autonomía con viejos sistemas electorales», *Revista d'Estudis Autònomicos i Federals*, núm. 5, 2007, p. 142.

⁴³ Sobre esta cuestión, vid. POSADA, A., *Tratado de Derecho Político*, Madrid, 1935, 5.ª ed.,

⁴⁴ Interesante es el caso del País Vasco donde la totalidad de escaños se distribuye conforme criterios territoriales; veinticinco diputados por Territorio histórico pese a la diferencia poblacional existente.

Otras posibilidades utilizadas son establecer un mínimo por circunscripción incrementable por criterios poblacionales (Castilla y León, a modo de muestra, establece que cada provincia tenga un mínimo de tres procuradores), o previsiones de interrelación entre circunscripciones (por citar algún ejemplo, Andalucía y Valencia establecen que ninguna circunscripción tendrá más del doble o del triple, respectivamente, de diputados que otra, y Aragón que la cifra de habitantes necesarios para asignar un diputado a la circunscripción más poblada no supere 2,75 veces la correspondiente a la menos poblada). Cabe recordar que esta última cifra fue la apuntada como límite máximo en los Acuerdos autonómicos de 1981 «4.1. Asambleas de las Comunidades Autónomas (...) 5. Con carácter general, a menos que las fuerzas políticas firmantes propongan de común acuerdo otra

tación de los territorios como factor de corrección de la proporcionalidad implica una afección en la igualdad del voto, en ocasiones hasta extremos bastante discutibles⁴⁵. Pero más allá de la misma, puede permitir alcanzar, como apunta López Guerra, «objetivos necesarios para la comunidad política, como, entre otros, el de colocar en una posición de igualdad efectiva a los electores de zonas desfavorecidas, condenados, de otra forma, a encontrarse permanentemente sin medios de hacer oír su voz en las asambleas parlamentarias»⁴⁶.

Un sistema que entendió el Tribunal Constitucional aplicable a todas las CCAA, y no sólo a las constituidas conforme el art. 151 CE, sirviendo en consecuencia de canon de constitucionalidad; precisamente así lo recordó también en la STC 19/2011, de 3 de marzo, en que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado por cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 12/2007, de 8 de noviembre, que reformó la ley electoral de Castilla La Mancha, aumentando en dos el número de sus parlamentarios.

Una idea que ya había sido señalada por el propio Tribunal en la interesante STC 225/1998, de 25 de noviembre, en donde apuntó que «ninguna duda existe, pues, sobre la utilización de artículo 152.1 CE como canon de constitucionalidad para el enjuiciamiento del precepto estatutario impugnado»; discrepante en este punto se manifestó el Magistrado Cruz Villalón en su voto particular. En la línea de lo apuntado en este, a juicio de un sector de la doctrina dicha previsión sorprendía por su imperturbable seguridad jurídica, no en vano no se trataba de una cuestión nada pacífica hasta ese momento, latiendo tras la misma una equivocada visión del principio de homogeneidad y cercenándose con ella la libertad de configuración de lo que legítimamente debe disponer el legislador electoral de ciertas Comunidades Autónomas⁴⁷.

Dicha sentencia abordó como es sabido el tema de las barreras electorales al hilo del caso canario; recordemos que su objetivo habitual es, en líneas ge-

fórmula en su proyecto de Estatuto, la corrección territorial entre las circunscripciones con menor y mayor censo electoral oscilará entre 1 a 1 y 1 a 2,75».

⁴⁵ En el caso de las Islas Canarias se establece estatutariamente (Disposición Transitoria 1.^ª) que treinta de los sesenta escaños del Parlamento corresponden a las Islas de Gran Canaria y Tenerife (que suponen entre las dos más del ochenta y cinco por ciento de la población de las Islas Canarias) y los otros treinta a las Islas de La Palma, Lanzarote, Fuerteventura, La Gomera y el Hierro.

⁴⁶ LÓPEZ GUERRA, L., *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant, Valencia, 1994, p. 147.

⁴⁷ GARRORENA MORALES, A., «Tribunal Constitucional y sistema electoral de las Comunidades Autónomas. Una desafortunada jurisprudencia», en GÁLVEZ MUÑOZ, L., (Dir), *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas. Revisión y mejora*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 65 y ss.

nerales, evitar la fragmentación de la Cámara y la atomización política, aunque también, en determinados ordenamientos, mas en supuestos muy puntuales, permitir la participación o integración de determinadas minorías en la cámara. El Tribunal señaló aquí que la exigencia de proporcionalidad es un «imperativo de tendencia» que lo haría sería orientar pero no prefigurar la libertad de configuración del legislador democrático en este ámbito. Una representación proporcional que como el propio Tribunal señaló mucho tiempo atrás «sólo podrá serlo imperfectamente en el margen de una discrecionalidad que la hagan flexible, siempre que no altere su esencia» (STC 40/1981, de 18 de diciembre).

Correspondería a las Comunidades Autónomas, como materia electoral en exclusiva, aunque sin ánimo exhaustivo, el ámbito del marco territorial de elección, el número de escaños de la Asamblea, los criterios de distribución territorial y la fórmula electoral o procedimiento de conversión del resultado de la votación en representación política⁴⁸.

Ahora bien, en palabras de Sánchez Navarro, algunas normativas autonómicas han consagrado grandes desigualdades en el valor del voto que han sido avaladas por el Tribunal Constitucional en los casos en que han sido impugnadas sobre la base de la imposible perfección de la proporcionalidad exigida por el art. 152.1 CE y la legitimidad del recurso del legislador a la excepción territorial⁴⁹; se reconoce así, por tanto, un amplio margen de apreciación en el diseño del sistema electoral.

4. CASTILLA LA MANCHA EN SU LABERINTO

La magnitud y los criterios de distribución territorial han sido precisamente los que han sido objeto de estudio en las SSTC 197/2014, de 4 de diciembre y 15/2015, de 5 de febrero, y que sumariamente abordaremos, partiendo del hecho cierto de que la magnitud es un elemento que puede terminar por adular la proporcionalidad; y que una magnitud reducida combinada con circunscripciones plurinominales puede determinar umbrales electorales prácticos muy elevados. Una mayor magnitud redonda lógicamente en una mayor proporcionalidad aunque la relación entre estas variables es curvilínea, pues a partir de cierto nivel el crecimiento de la circunscripción únicamente supone pequeños aumentos de proporcionalidad⁵⁰. Estas

⁴⁸ GAVARA DE CARA, J.C., «La distribución de competencias en materia electoral en el Estado de las Autonomías», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22/23, 2004, pp. 9 y ss.

⁴⁹ SÁNCHEZ NAVARRO, A., *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*, CEPC, Madrid 1998, p. 126.

⁵⁰ SATRÚSTEGUI, M., «El cuerpo electoral», en DE ESTEBAN J., LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., NICOLÁS, J., GARCÍA FERNÁNDEZ, J., SATRÚSTEGUI, M., VARELA, J., *El proceso electoral*, Politeia, Madrid, 1977, p. 99

cuestiones en ocasiones son recogidas y concretadas en sede estatutaria y en otras se difieren a la correspondiente ley electoral; la opción por una u otra vía determina la rigidez mayor o menor de sus contenidos. En el caso de la atribución de los escaños, las opciones varían desde una asignación concreta y predeterminada para cada circunscripción o el establecimiento (en el caso de las circunscripciones plurinominales) de un mínimo equivalente a todas ellas (en orden a concretar la representación de las diversas zonas del territorio) y un reparto posterior en función de criterios poblacionales.

Apuntado lo anterior, es preciso señalar que al hilo de la crisis económica de los últimos años en varias Comunidades Autónomas se planteó, bajo el argumento de servir de medidas de austeridad y ahorro, la reducción del número de parlamentarios.

Esta cuestión se puso sobre la mesa en Asturias, Castilla La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Galicia, La Rioja y Valencia pero sólo la primera de ellas consiguió reformar de forma efectiva su normativa a estos efectos.

Estas medidas fueron, en general, críticas, al entender que respondía a móviles de otro tipo, especialmente a la aparición de nuevas formaciones políticas que parecían amenazar el bipartidismo y cuya entrada podría obstaculizarse y complicarse con la reducción de la magnitud de las circunscripciones. Recordemos las conocidas reflexiones de Rae sobre las combinaciones entre sistemas proporcionales, circunscripciones elevada magnitud, multipartidismo y la posibilidad de gobiernos de coalición⁵¹.

En las Islas Baleares se propuso, por ejemplo, reducir de cincuenta y nueve a cuarenta y uno el número de parlamentarios; en Galicia de setenta y cinco a sesenta y uno, en La Rioja de treinta y tres a veinticinco; en Valencia de noventa y nueve a setenta y nueve⁵².

⁵¹ RAE, D.W., *Leyes electorales y sistema de partidos* políticos, CITEP, Madrid, 1977.

⁵² En Galicia, La Rioja y Valencia llegaron a registrarse las iniciativas aunque finalmente no llegaron a aprobarse (Galicia –B.OP.G. de 15 de enero de 2014, núm. 222; La Rioja –B.O.P.R. de 26 de septiembre de 2013 núm. 67–; Valencia –B.O.C.V. núm. 209, de 18 de septiembre de 2013). En el caso de Galicia la *Proposición de lei de reforma da Lei 8/1985, do 13 de agosto, de eleccións ao Parlamento de Galicia, e do Regulamento do Parlamento de Galicia* presentada por el grupo parlamentario popular se encuentra todavía técnicamente «viva», aunque en la práctica se ha parado su tramitación por criterios políticos con el Informe en la Ponencia y sin debate en Comisión. Por su parte, en Asturias la propuesta de reforma (para reducir de cuarenta y cinco a treinta y cinco diputados) provino de Foro Asturias tras la nueva convocatoria electoral de 2012 y el breve período (apenas diez meses) de F. Álvarez Cascos como Presidente del Principado de Asturias. Por su parte, en Extremadura la propuesta de reducción (de sesenta y cinco a cuarenta y cinco) se intentó incluir a través de una enmienda (rechazada por todos los grupos de la oposición) formulada a una proposición de ley.

En el caso de Castilla La Mancha, única comunidad en que se aprobó la reforma, la reducción podría calcularse respecto de las anteriores elecciones, de cuarenta y nueve a treinta y tres o respecto de la normativa entonces vigente pero todavía no aprobada, de cincuenta y tres a treinta y tres. Reducciones que oscilaban así en una amplia horquilla: de un dieciocho a un treinta y siete por ciento del total de los diputados⁵³.

Analizando ya esta última debemos anotar que en las últimas elecciones autonómicas en Castilla La Mancha celebradas en mayo de 2015 (tras la reforma estatutaria y de la ley electoral de 2014 –Ley Orgánica 2/2014, de 21 de mayo y Ley 4/2014, de 21 de julio–) han sido elegidos treinta y tres diputados; la cifra más baja en las nueve elecciones celebradas hasta la fecha: nueve diputados por Toledo, ocho por Ciudad Real, seis por Albacete, cinco por Cuenca y Guadalajara.

Un tercio más, cuarenta y cuatro diputados fueron los que se eligieron en las primeras elecciones de 1983: diez diputados por Toledo y Ciudad Real, nueve por Albacete, ocho por Cuenca y siete por Guadalajara.

Recordemos que el Estatuto establecía (para su posterior concreción en la ley electoral que todavía tardó un tiempo en ser aprobada) que las Cortes estarían compuestas de un mínimo de cuarenta diputados y un máximo de cincuenta. Mientras dicha electoral no resultó aprobada operó la Disposición Transitoria 1.ª del Estatuto que había establecido dicha cifra y reparto. En aquellas elecciones el PSOE obtuvo la mayoría absoluta con veintitrés escaños, mientras que AP-PDP-UL obtuvieron veintinueve⁵⁴.

Cuarenta y siete fueron los elegidos en las seis elecciones siguientes –1987, 1991, 1995, 1999, 2003 y 2007–, conforme el art. 16 de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, electoral de Castilla-La Mancha, obteniendo en todas ellas mayoría absoluta el Partido Socialista. En tres de esas ocasiones, justamente las primeras, fueron tres los partidos representados en las Cortes (1987: Partido Socialista, veinticinco escaños; Alianza Popular, dieciocho; Centro Democrático y Social, cuatro – 1991: Partido Socialista, veintisiete; Partido Popular, diecinueve; Izquierda Unida, uno – 1995: Partido Socialista, veinticuatro, Partido Popular, veintidós, Izquierda Unida, uno⁵⁵) mientras que en las otras tres fueron sólo dos los partidos que obtuvieron representación (1999: Partido Socialista, veintiséis; Partido Popular, veintiuno – 2003: Partido Socialista, veintinueve; Partido Popular, dieciocho – 2007: (Partido

⁵³ Asturias (22,22 %), Castilla La Mancha (32,65 % o 37,73 %), Islas Baleares (30,5 %), Galicia (18,66 %) La Rioja (24,24 %), Valencia (20,20 %).

⁵⁴ B.O.C.A. núm. 11, de 20 de mayo de 1983. Entre los dos partidos obtuvieron el 88 % de los votos y la totalidad de los escaños en liza.

⁵⁵ D.O.C.M. núm. 31, de 30 de junio de 1987; D.O.C.M. núm. 46, de 14 de junio de 1991; D.O.C.M. núm. 29, de 16 de junio de 1995.

Socialista, veintiséis escaños; Partido Popular, veintiuno⁵⁶). Tomando como referencia los diferentes procesos electorales celebrados, y aplicando el índice de desproporcionalidad de Gallagher, se ha señalado a Castilla La Mancha como una de las CCAA que ha diseñado su sistema electoral para favorecer la concentración del voto en los partidos mayoritarios⁵⁷.

Si bien se estableció un mínimo de diputados por circunscripción en orden a asegurar la representación de las diversas zonas del territorio (cinco por cada provincia) y un reparto de los veintidós restantes en función de criterios poblacionales, lo cierto es que a lo largo de todas estas elecciones la cifra permaneció invariable: Ciudad Real y Toledo, once diputados; Albacete, diez; Cuenca, ocho y Guadalajara, siete.

Debemos apuntar también que en 1997 se reformó el Estatuto para elevar la horquilla electoral. El mínimo de diputados, hasta ese momento de cuarenta, se fijó en cuarenta y siete, precisamente el número que se venía eligiendo desde 1987. El máximo, hasta ese momento de cincuenta, se elevó a cincuenta y nueve (Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio). Ahora bien, se estableció que en ningún caso el reparto futuro entre las circunscripciones haría que alguna de las provincias tuviera un número de diputados inferior al entonces existente y que, de hecho, como hemos visto, se siguió aplicando en las elecciones de 1999, 2003 y 2007 (Ciudad Real y Toledo, once; Albacete, diez; Cuenca, ocho y Guadalajara, siete). La reforma de la ley electoral del año siguiente (Ley 8/1998, de 19 de noviembre) se limitó a reproducir las previsiones estatutarias sin elevar el número de diputados.

Y, asimismo, hay que resaltar que fue planteada una cuestión de inconstitucionalidad al hilo de la convocatoria electoral de 2007 y el reparto de escaños entre las diferentes circunscripciones con relación a la diferencia poblacional entre ambas; Guadalajara, con más población y electores que Cuenca tenía un diputado menos, mientras que Toledo y Ciudad Real tenían el mismo número de escaños atribuidos pese a la importante diferencia en ese punto. La cuestión fue inadmitida a trámite (ATC 240/2008, de 22 de julio), aunque interesa destacar ahora una de las afirmaciones vertidas por el TC en dicho auto: «Del mandato constitucional de proporcionalidad no se desprende una exigencia de revisión constante de las variaciones en la población para adaptar a ellas las normas legales sobre distribución provincial de escaños, por más que una prolongada inacción del legislador, consintiendo durante

⁵⁶ D.O.C.M. núm. 43, de 2 de julio de 1999; D.O.C.M. núm. 87, de 13 de junio de 2003; D.O.C.M. núm. 125, de 14 de junio de 2007; entre el PSOE y el PP se obtuvo la totalidad de los escaños parlamentarios con el 95,17 %, 95,76 % y 95,56 % de los votos respectivamente.

⁵⁷ BLAS, A., *Modelos de democracia en las Comunidades Autónomas españolas*, FGA, Zaragoza, 2012.

períodos excesivos alteraciones significativas que desvirtúen la proporcionalidad de la atribución de escaño puede llegar a provocar la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma que establezca la distribución provincial».

Consecuencia de la reforma electoral de 2007 (Ley 12/2007, de 8 de noviembre), en la que luego entraremos, y que elevó el número de diputados en dos, fueron cuarenta y nueve los diputados elegidos en las elecciones de 2011 (Toledo, doce; Ciudad Real, once; Albacete, diez; Cuenca y Guadalajara, ocho); la mayoría absoluta en esta ocasión, veinticinco diputados, correspondió al Partido Popular, por veinticuatro del Partido Socialista⁵⁸. Nuevamente, por cuarta vez consecutiva, sólo dos partidos obtuvieron representación en la Asamblea.

De ahí se pasó, como hemos apuntado supra, a los treinta y tres elegidos en las elecciones de mayo de 2015, donde se pudo apreciar una importante bajada del bipartidismo, pero no del rédito electoral derivado de la reducción de la magnitud de las circunscripciones.

En esta ocasión aunque una tercera fuerza consiguió entrar en las Cortes (Partido Popular, dieciséis escaños; Partido Socialista, quince escaños; Podemos, dos escaños) el umbral efectivo se situó cerca del 9 % de los sufragios y los dos partidos mayoritarios con un 73,60 % de los votos obtuvieron alrededor del 94 % de los escaños. Una reducción ciertamente significativa.

Es interesante apuntar el dato de que si no hubieran operado circunscripciones provinciales sino una sola circunscripción, otras dos fuerzas políticas, con un amplio respaldo ciudadano, hubieran entrado en las Cortes. En este caso el reparto de escaños hubiera quedado de la siguiente forma: Partido Popular y Partido Socialista, trece escaños, Podemos y Ciudadanos, tres escaños y Ganemos-LV-IV, un escaño. Las fuerzas representadas en las Cortes hubieran supuesto así más del 97 % de los votos emitidos, frente al 73 % antes apuntado; sin duda una gran diferencia que nos pone de manifiesto la existencia de una proporcionalidad bastante limitada.

De mucho interés también es anotar que sin la reforma electoral de 2014, y con los escaños atribuidos por la ley electoral de 2012 que nunca llegaron a aplicarse, los resultados electorales de mayo de 2015 hubieran podido ser bastante diferentes, ya que el Partido Popular con el eventual apoyo de investidura de Ciudadanos hubiera obtenido la mayoría absoluta necesaria para la obtención de confianza en primera votación; los resultados en este caso hubieran sido: Partido Popular, veintidós escaños, Partido Socialista, veintiuno, Podemos, y Ciudadanos, cinco respectivamente.

⁵⁸ D.O.C.M. núm. 113, de 13 de junio de 2011. En estas elecciones la agrupación casi total de los votos en torno a los dos principales partidos continuó como en anteriores convocatorias aunque con una leve reducción; así en estas, la suma de los votos obtenidos por ambos se concretó en un 93,06 %.

Si por el contrario el número de diputados hubiera sido el correspondiente a la reforma de 2007, en la que ahora entraremos, y que había sido de aplicación en las últimas elecciones, el resultado de las elecciones de 2015 hubiera sido en la práctica similar, ya que el Partido Socialista, pese a no ser el más votado en el conjunto de la Comunidad hubiera obtenido un escaño más que el Partido Popular (veintiuno aquél por veinte este) mientras que Podemos y Ciudadanos hubieran empatado a cuatro escaños. La diferencia aquí la hubiéramos encontrado precisamente en la única circunscripción impar conforme dicha normativa, Ciudad Real, ya que allí con once escaños en liza, el Partido Socialista hubiera obtenido cinco por cuatro del Partido Popular, mientras que Ciudadanos y Podemos hubieran obtenido uno cada uno. En el resto de circunscripciones, en las que el Partido Popular fue la fuerza más votada, hubiera empatado a actas con el Partido Socialista (los escaños de Podemos y Ciudadanos, aparte del correspondiente a Ciudad Real, se hubieran obtenido en todas las circunscripciones salvo en Cuenca).

5. LA REFORMA ELECTORAL DE 2007

Al comienzo de la VII Legislatura (2007-2011) se reformó la Ley electoral de Castilla La Mancha en virtud de la Ley 12/2007, de 8 de noviembre, para aumentar en dos el número de diputados que componen las Cortes de dicha Comunidad.

Hasta ese momento se encontraban formadas por cuarenta y siete diputados, de los cuales, como ya hemos apuntado, once se elegían en Toledo y Ciudad Real, diez en Albacete, ocho en Cuenca y siete en Guadalajara.

La reforma aprobada quiso justificarse, dentro de un criterio de austeridad tal y como se apuntó en la exposición de motivos, sobre la base del incremento poblacional de la provincia que tenía menor número de escaños asignado, ya que con el incremento de los últimos años tenía mayor número de habitantes y electores que otra provincia, Cuenca, que tenía hasta entonces un escaño más en la concreta asignación. También, en el hecho de que las dos provincias que tenían asignado un mismo número de escaños diferían de forma significativa en población; alrededor de cien mil habitantes más Toledo que Ciudad Real.

Corregir por tanto cuestiones de *malapportionment* o prorrateo desviado sucedidas sobrevenidamente.

La reforma incrementó así a cuarenta y nueve el número total de diputados que conformaban las Cortes, asignando los dos adicionales a las provincias de Toledo y Guadalajara.

Se trató de una reforma polémica, aprobada sin el consenso de la oposición (que de hecho se ausentó de la votación parlamentaria), que dejaba con un número par a todas las provincias (Toledo, doce, Ciudad Real, diez, Albacete y Guadalajara, ocho, respectivamente) salvo a una (Ciudad Real, once).

Una reforma que había tratado de aprobarse en la legislatura inmediatamente anterior pero que, ante la falta de consenso –que tampoco se conseguiría después– prefirió diferirse, cuestión que curiosamente tuvo detallado reflejo en la exposición de motivos de la ley:

«Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo para modificar la Ley Electoral, el Decreto de convocatoria se ajustó al tenor literal de la ley, para evitar que la celebración de las elecciones tuviera lugar en un clima marcado por acusaciones sobre la interferencia de la modificación de la ley en el proceso electoral; pero el Presidente de la Junta comprometió su palabra, para el caso de ser reelegido, de proceder a una inmediata modificación de la Ley Electoral, compromiso que reiteró en el discurso de investidura».

El problema principal de la reforma, a juicio de los detractores de la reforma, se situaba precisamente en este punto (paridad o no de la magnitud de la circunscripción) pues parecía previsible que en una sociedad tan polarizada alrededor de dos fuerzas mayoritarias que habitualmente eran las únicas representadas en la asamblea, el eventual empate se dirimiera en la circunscripción de magnitud impar donde presumiblemente el partido en el gobierno tendría mejores resultados.

En realidad, los resultados de las primeras elecciones en que se aplicó esta reforma, mayo de 2011, fueron diferentes a los augurados por la oposición⁵⁹, aunque lo cierto es que *a priori* esta resultaba una opción bastante factible y de hecho, como veremos luego, con un mínimo de cambio de votos en una de las provincias, Guadalajara, la hipótesis se hubiera concretado en la práctica.

Con independencia del resultado finalmente acontecido en dichas elecciones, esta ley fue objeto de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional apenas dos meses antes de la convocatoria electoral (STC 19/2011, de 3 de marzo), en una sentencia que desestimó el recurso de inconstitucionalidad planteado por cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional verterá una interesante reflexión sobre el principio de igualdad de voto que parece oportuno recordar: «el principio de igualdad en el sufragio o, en otras palabras, la garantía de un sufragio igual, superada la etapa de una concepción formal, se viene entendiendo en el constitucionalismo contemporáneo como una exigencia sustancial de igualdad en el voto que impone tanto el igual valor numérico como el igual valor de resultado del sufragio». Aunque, lógicamente «no opera de la misma manera en los sistemas electorales mayoritarios que en los proporcio-

⁵⁹ El Partido Popular obtuvo veinticinco escaños por veinticuatro del Partido Socialista; la primera vez, después de ocho procesos electorales, en que el Partido Socialista no obtenía la mayoría absoluta de los escaños en liza (elecciones de 1983, 1987, 1991, 1995, 1999, 2003, 2008 y 2011).

nales, basta con señalar, en lo que ahora interesa, que supone en estos últimos, además de un idéntico valor numérico del voto, que todos los votos hayan de contribuir de manera semejante o similar en la asignación de escaños y, por tanto, en la conformación del órgano representativo».

Aunque ello debe modularse en tanto que el legislador está sometido en esta materia a otros mandatos constitucionales y estatutarios que lo condicionan, así, «la exigencia constitucional y estatutaria de la proporcionalidad del sistema electoral, que, como ya hemos tenido ocasión de señalar, no ha de ser entendida como la imposición de un sistema puro de proporcionalidad, sino como una orientación o criterio tendencial. Otro de esos mandatos, que a su vez opera como criterio parcialmente corrector de la proporcionalidad, es el de asegurar también la representación de las diversas zonas del territorio de la región», aunque evidentemente «tal atemperación o afectación encuentran, a la vez, sus límites en el establecimiento de diferencias desproporcionadas, irrazonables, injustificadas o arbitrarias en la igualdad del sufragio de las que se derive una discriminación constitucionalmente intolerable».

Como apuntó el propio Tribunal Constitucional, las cifras de distribución escaño/habitantes entre las diferentes provincias mostraban con claridad la desigualdad de voto de los ciudadanos de dicha Comunidad y el mayor voto en los territorios menos poblados (entre la más poblada y las dos menos pobladas la proporción era prácticamente de uno a dos)⁶⁰ aunque ello no llevaría a configurarlo a su parecer como una discriminación constitucionalmente proscrita, al no estar desprovista de una justificación que pudiera considerarse objetiva y razonable y al no ser su magnitud notoriamente excesiva.

Al hilo de ello, cabe apuntar que si bien son muchas las posibles categorizaciones respecto de la magnitud, resulta habitual considerar como circunscripción pequeña aquella que no supera los cinco escaños⁶¹, mediana la que llegaría hasta los diez escaños⁶² y grande la que superaría dicha cifra⁶³.

⁶⁰ De mayor a menor: Toledo (51.301), Ciudad Real (46.078), Albacete (38.765), Guadalajara (26.688) y Cuenca (26.077).

⁶¹ NOHLEN califica las elecciones en las que se elijan cinco o menos escaños como mayoritarias y no proporcionales, NOHLEN, D., *Sistemas electorales y partidos políticos*, FCE, México, 1988.

⁶² FRAILE en un estudio sobre el sistema electoral español apunta la cifra de siete escaños como determinante a la hora de permitir la aparición de un tercer partido en el reparto de escaños, señalando que esa es la verdadera cifra que actúa moldeando de una u otra forma la representación, FRAILE, M., «Los sistemas electorales», *Reflexiones sobre el régimen electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, p. 497 y ss.

⁶³ FERNÁNDEZ SEGADO diferencia, por su parte, entre circunscripciones, de magnitud baja (dos a cinco escaños), medio/baja (seis a diez), medio/alta (once a veinte) o alta (más de veinte), FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Estudios de Derecho electoral*, Ediciones jurídicas, Lima, 1997. Por lo que hace referencia a las circunscripciones de tamaño medio/baja el

De forma más crítica respecto de la proporcionalidad de las dos primeras sería aquella caracterización que nos habla de mayoritarias, intermedias o proporcionales, siendo estas las que superan los diez escaños⁶⁴. Con ese planteamiento, y antes de la reforma de 2014 en la que luego entraremos, dos de las cinco provincias que componen la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha se configuraban como circunscripciones grandes o proporcionales. Así lo hacían Ciudad Real y Toledo, pues hasta 2015 aquella tuvo siempre once escaños –salvo 1983 donde se eligieron diez diputados–, mientras que ésta tuvo siempre once salvo 1983 con diez y 2011 con doce. Otra provincia, Albacete, se encontraría en la frontera de pasar de circunscripción mediana a grande; diez en todas las elecciones hasta 2015, salvo 1983 con nueve. Y las otras dos se considerarían circunscripción mediana, aunque de tamaño elevado en dicha configuración; Cuenca con una cifra de ocho escaños siempre inalterada y Guadalajara, con siete escaños, salvo 2011 con ocho.

Cifras que, sin duda, respetan unas mínimas exigencias de esa proporcionalidad buscada, no en vano si comparamos estas cifras con la representación al Congreso de los Diputados podemos comprobar que de las cincuenta circunscripciones, o cincuenta y dos si incorporamos Ceuta y Melilla, el sesenta por ciento de las mismas serían circunscripciones pequeñas o mayoritarias (apenas siete circunscripciones serían grandes o proporcionales, esto es iguales o superiores a diez escaños). O que, a mayor abundamiento, la configuración de estas cinco provincias a que estamos haciendo mención tienen una menor magnitud incluso en el caso de las elecciones al Congreso de los Diputados. En las últimas elecciones generales se osciló así entre los seis diputados elegidos en Toledo y los tres elegidos en Cuenca y Guadalajara; ello para un total de veintiún diputados de los trescientos cincuenta de que se compone el Congreso de los Diputados. Aunque es un tema en el que no entraremos debemos destacar que muchas han sido las voces que durante este tiempo han abogado por elevar el número de diputados hasta el máximo permitido constitucionalmente; voces que se han incrementado a lo largo del tiempo a la vista del propio desarrollo poblacional que ha crecido casi en un treinta por ciento⁶⁵. La desconfianza actual hacia lo político y los políti-

autor apunta que su combinación con la fórmula D'Hont termina por hacerlo funcionar como un sistema mayoritario.

⁶⁴ MONTERO, J.R. y RIERA, P., «Informe sobre la reforma del sistema electoral», en RUBIO LLORENTE, F., BIGLINO CAMPOS, P., (Pres.), *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 375 y ss.

⁶⁵ La cifra global de representantes a elegir ya fue discutida cuando se estableció sobre la base de realizar un comparativa con los países de nuestro entorno más cercano. Cuatro décadas después, acentuando esa limitada proporción, se ha pasado de una población de alrededor de 36.000 de habitantes a 47.000 millones de habitantes, esto es, alrede-

cos no parece que permita retomar este tema a plazo corto, más bien por el contrario hasta es contemplado con cierta complacencia ciudadana el camino contrario.

No obstante ello, lo cierto es que no hubiera resultado descabellado haber pensado en una ampliación todavía mayor del número de escaños que la operada por la Ley 12/2007, de 8 de noviembre, dentro de la horquilla habilitada estatutariamente, como así había propuesto un sector de la doctrina.

Vidal Marín, por ejemplo, en un muy detallado trabajo sobre los sistemas electorales autonómicos, en el que abordó de forma particular el caso castellano manchego, abogaba de forma previa a la reforma por una ampliación a cincuenta y siete diputados, lo que hubiera aumentado sensiblemente el tamaño medio circunscriptivo medio. En su estudio apostaba también por un cambio en la configuración de la traducción de votos en escaños apuntando la posibilidad de un doble nivel circunscriptivo, provincia y Comunidad Autónoma, y combinando las fórmulas D'Hondt y Droop en orden a buscar un equilibrio entre justicia y eficacia del sistema⁶⁶.

6. LAS REFORMAS DEL ESTATUTO Y DE LA LEY ELECTORAL DE 2014

Es una obviedad señalar que el número de escaños a repartir en una circunscripción condiciona la concentración o no de opciones políticas representadas en la Cámara, atenuando y reduciendo la proporcionalidad de un sistema.

El Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha estableció, tras su reforma de 2014 (Ley Orgánica 2/2014, de 21 de mayo), aprobada en plena crisis, que sus Cortes estarán constituidas por un mínimo de veinticinco Diputados y un máximo de treinta y cinco. Una reducción sustancial a la anterior horquilla contemplada estatutariamente (cuarenta y siete – cincuenta y nueve).

dor de un 30 % de incremento (a 1 de enero de 2014 –Fuente: INE– la cifra oficial de población era de 46.771.341 personas). Cabe destacar también que las principales diferencias de representación entre las circunscripciones se presentan entre Madrid (con un coeficiente de representación de 0,74 y 173.762 habitantes por diputado) y Soria (con un coeficiente de representación de 2,71 y 46.796 por diputado) y que las provincias de población superior a 775.000 habitantes aproximadamente están infrarrepresentadas, *Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general*, febrero de 2009.

⁶⁶ VIDAL MARÍN, T., *Sistemas electorales y estado autonómico. Especial consideración del sistema electoral de Castilla-La Mancha*, ePcm, 2006. De este mismo autor puede verse el trabajo «De nuevo el sistema electoral de Castilla-La Mancha ante el Tribunal Constitucional: Comentario a la STC 19/2011», *Parlamento y Constitución*, núm. 14, 2011.

Esa horquilla se concretó, como es bien sabido, con la reforma de la Ley Electoral aprobada pocos meses después (Ley 4/2014, de 21 de julio), fijando la cifra de diputados a elegir en treinta y tres.

Poco menos de la mitad de esos treinta y tres escaños (un total de quince) se atribuyeron de forma global a las cinco provincias que integran el territorio de Castilla-La Mancha, correspondiendo una misma cifra de tres a cada una de ellas; así, un cuarenta y cinco por ciento de los escaños atribuidos en orden a representar las diversas zonas del territorio.

Una cifra mínima, que se complementó con los diputados que pudieran corresponder en proporción a la población⁶⁷; el número concreto se fijará en el correspondiente decreto de convocatoria.

Se establece así que el resto de escaños a atribuir, dieciocho en total, se atribuirán por criterios poblacionales. De esta forma, la población total de las cinco provincias se dividirá por esa cifra, dieciocho, obteniéndose una cuota de reparto que servirá para atribuir a cada provincia tantos diputados como números enteros resulten de la división de la población de la provincia por la cuota obtenida. Resulta evidente que tras esa operación quedarán alguno o algunos escaños sin atribuir que se asignarán a las provincias que tengan fracciones decimales mayores. Ese es un tema fundamental y es parte de la clave de lo que aquí estamos hablando. La representación proporcional que la Constitución señala para las asambleas legislativas autonómicas, de la que hemos hablado antes, se combina con el hecho de asegurar la representación de las diversas zonas del territorio. Hay que combinar ambos factores, aunque eso siempre tiene una consecuencia que se vincula al valor del voto. Es una reflexión que se pone de manifiesto cuando se estudia cuanto «cuesta» un escaño. ¿Cuántos votos son necesarios? A nivel nacional lo vemos claro. No es lo mismo conseguir un diputado en un lugar que en otro. Por ejemplo, en Ceuta o Melilla, se elige un diputado; allí con veinte mil votos y a veces menos se consigue el escaño en liza. Por su parte, en el caso de Castilla La Mancha hubo partidos con cerca de cien mil votos que no obtuvieron representación ninguna⁶⁸. En todo caso no podemos olvidar que siempre tenemos que comparar circunscripciones.

El número de parlamentarios autonómicos vino a reducirse por tanto de forma considerable; recordemos que en las elecciones autonómicas inmedia-

⁶⁷ Un porcentaje más bajo por criterios territoriales lo encontramos en el Congreso de los Diputados donde se establece un mínimo de dos diputados por provincia y una corrección por población; de esta forma, de los trescientos cincuenta diputados que se eligen, ciento dos diputados se hacen en función de criterios territoriales (un tercio del total) –art. 162 LOREG–.

⁶⁸ Ciudadanos obtuvo 95.230 votos y cerca del nueve por ciento de los sufragios, *DOCLM*, núm. 115, 2015.

tamente previas a la reforma del Estatuto y la Ley electoral habían sido elegidos cuarenta y nueve diputados.

La reforma reducía así en casi un tercio el número de diputado (dieciséis menos en total) de los elegidos en los anteriores comicios.

Aunque, en realidad, la reducción era en la práctica mayor, puesto que el cálculo debería hacerse respecto del número de cincuenta y tres, no en vano las previsiones de la Ley electoral en ese momento vigente, aunque todavía no aplicada en ese extremo, había fijado en dicho número los parlamentarios a elegir tras la reforma de 2012 (Ley 4/2012, de 17 de mayo).

Una reforma propuesta desde el propio gobierno que luego apostó por una reducción drástica, y apoyada únicamente por el partido que lo sustenta.

Vemos así que la reforma de 2014 supuso una reducción todavía mucho más amplia en consecuencia; nos enfrentamos, por tanto, ante una reforma electoral que redujo casi en un cuarenta por ciento⁶⁹ la cifra existente; y que, como bien destacada Aranda, refuerza de forma ostensible los elementos mayoritarios del sistema frente a los proporcionales (casi la mitad de los diputados están asignados por razón del territorio, la fórmula electoral para transformar los votos en escaños sigue siendo la ley D'hont que también cuenta con un correctivo mayoritario..)⁷⁰

Una reforma de la Ley electoral que fue la segunda en la legislatura, la primera para ampliar (incrementando en cuatro diputados la composición de la Asamblea), la segunda para reducir.

Si nos retrotraemos a esos primeros momentos de la legislatura, la Ley 4/2012, de 17 de mayo fijó en cincuenta y tres el número de diputados a elegir, estableciéndolo, como era lo habitual hasta ese momento de forma fija. Así, atribuyó un número a cada provincia por criterios poblacionales, sin hacerlo depender del concreto momento de la convocatoria electoral: Toledo –trece–, Ciudad Real –doce–, Albacete –diez–, Cuenca y Guadalajara –nueve, cada una–.

Cincuenta y tres diputados, cifra equilibrante del máximo (cincuenta y nueve) y mínimo (cuarenta y siete) establecidos en ese momento en las previsiones estatutarias.

Las justificaciones apuntadas para el inicial aumento fueron varias. La principal fue el incremento de la población en la Comunidad Autónoma –superior a la media nacional⁷¹, sin dejar de hacer mención en la exposición de

⁶⁹ Cincuenta y tres diputados hasta la reforma de la Ley electoral de 2014 (37,73 % de reducción).

⁷⁰ ARANDA ÁLVAREZ, E., «La reducción de parlamentarios y la modificación del régimen retributivo de los miembros de las Asambleas de las CCAA», *Revista de Derecho Político*, núm. 92, 2015, pp. 121 y ss.

⁷¹ 7 % frente a un 4,4 %.

motivos y, de forma previa, durante los debates parlamentarios, a la situación de crisis existente, ya que se apuntaba que la modificación se realizaba «manteniendo un criterio de austeridad» mas con «un número de diputados suficiente para cumplir los criterios de proporcionalidad y territorialidad». La exposición de motivos se refería así a las previsiones constitucionales contempladas constitucionalmente.

Un aumento que se trataba de justificar asimismo con referencias a otros parlamentos autonómicos de Comunidades con población más o menos similar y con mayor número de diputados. Así, se citaba de forma expresa a Castilla y León⁷² o País Vasco, con ochenta y cuatro y setenta y cinco diputados, respectivamente. No se hizo referencia, aunque tendría una población similar, a las Islas Canarias, que también tendría una cifra mucho más elevada (sesenta diputados). Y sí se hacía por el contrario mención expresa a una Comunidad con mucha menor población, prácticamente la mitad, Extremadura, que tendría un número elevado de parlamentarios, sesenta y cinco.

Más junto al criterio netamente poblacional del incremento producido, se resaltaba también el dato de la sobre representación existente de determinadas provincias, señalándose que hasta el momento resultaba posible que un partido político obtuviera un mayor número de votos que otro partido pero un menos número diputados inferior.

La exposición de motivos de la Ley hablaba así de posibles situaciones anómalas (obtención de mayoría en Cortes con menor número de diputados de otro partido) e injustas, que trataría de evitar la reforma, procurando una ley electoral «más democrática, más justa y que asegure un marco estable que permita al partido político o candidatura que obtenga la confianza mayoritaria de los electores, obtener asimismo el mayor número de escaños».

Lo cierto es que este hecho (a diferencia de otras Comunidades en que así ha sucedido⁷³) no había acontecido en ninguna de las ocho elecciones celebradas, aunque sí que había estado cerca de ello precisamente en las que su-

⁷² En este caso concreto hay que señalar que entre una y otra Comunidad habría una diferencia de unos cuatrocientos mil habitantes y un número bastante superior de provincias (nueve provincias frente a cinco) con lo que la comparación resulta un poco más compleja.

⁷³ Podemos destacar aquí lo sucedido en las elecciones autonómicas de 1999 y 2003 donde en las elecciones al Parlament de Cataluña el PSC (debido a la sobrerrepresentación de las provincias menos pobladas) obtuvo una cifra sensiblemente superior de votos que CiU pero un menor número de escaños (1999: PSC, cinco mil votos más que CiU pero cuatro diputados menos; 2003, ocho mil votos más que CiU y también cuatro diputados menos). En el primero de los casos, 1999, ello permitió que a la Generalitat accediera el candidato de CiU J. Pujol y no P. Maragall líder del partido que había obtenido la victoria en número de votos. En las elecciones de 2003 el pacto con otras fuerzas posibilitó el acceso de P. Maragall a la presidencia de la Generalitat).

pusieron el cambio de color en el Gobierno por primera vez desde las primeras elecciones autonómicas.

De esta manera, en las elecciones de 2011 que permitieron el acceso al Gobierno del Partido Popular, este partido obtuvo con más de cincuenta y cinco mil votos de diferencia respecto del Partido Socialista obtuvo veinticinco escaños por veinticuatro de aquel.

Una distancia exigua (un solo diputado) que hubiera podido darse la vuelta (la atribución al partido Socialista de un escaño de los atribuidos al Partido Popular en cualquiera de las provincias quitaría la mayoría absoluta a un partido dándosela al otro) con muy poco.

Con esos resultados, simplemente con que el Partido Socialista hubiera obtenido poco más de dos mil votos adicionales en la provincia de Guadalajara (o que algunos de los votantes hubieran cambiado su voto) le hubiera hecho perder al Partido Popular su quinto escaño⁷⁴, produciéndose un empate a cuatro en la provincia y un cambio de mayoría absoluta, veinticinco el Partido Socialista, veinticuatro el Partido Popular.

En las elecciones de 2015⁷⁵ se asignaron nueve escaños a Toledo, como provincia más poblada, ocho a Ciudad Real, seis a Albacete y cinco a Cuenca y a Guadalajara, respectivamente

Toledo, Ciudad Real, Cuenca y Guadalajara perdieron así cada una tres parlamentarios respecto de las elecciones de 2011, mientras que Albacete, la más damnificada con la reforma, llegaría a perder cuatro, esto es, un cuarenta por ciento del total.

Nos encontramos ante cifras o magnitudes muy alejadas de las que podemos ver en otras Comunidades en estas mismas elecciones, tanto en las uniprovinciales como en las multiprovinciales. O de las que hemos podido ver en elecciones recientes, como las de Andalucía, o en las de las otras tres Comunidades que no celebran elecciones en este momento, Cataluña, Galicia y País Vasco.

Así, podemos ver una magnitud superior en la práctica totalidad de las circunscripciones en las elecciones autonómicas⁷⁶: Madrid (ciento veintinue-

⁷⁴ El Partido Popular había obtenido cinco escaños en Guadalajara por tres del Partido Socialista. El último escaño lo obtuvo con 12.846,4 (el resultado de dividir el resultado total, 64.232 entre cinco); para haber arrebatado ese último escaño el Partido Socialista hubiera precisado 51.386 votos (2.375 más de los obtenidos, que fueron 49.011) ya que con ellos su cuarto divisor hubiera sido 12.846,5 superior por tanto al quinto divisor del PP.

⁷⁵ Decreto 15/2015, de 30 de marzo.

⁷⁶ Los datos corresponden a mayo de 2015 para las CCAA que realizan elecciones autonómicas de forma conjunta mientras que para Andalucía los datos son de las elecciones de marzo de 2015, en Cataluña de septiembre de 2015, en Galicia y en País Vasco (aunque aquí hay que tener presente que la cifra no es en ningún momento alterada pues siempre son veinticinco los representantes elegidos por circunscripción) de octubre de 2012.

ve); Barcelona (ochenta y cinco); Navarra (cincuenta); Murcia (cuarenta y cinco)⁷⁷; Valencia (cuarenta); Badajoz (treinta y seis); Alicante, Cantabria y Zaragoza (treinta y cinco), Asturias Central (treinta y cuatro); La Rioja y Mallorca (treinta y tres); Cáceres (veintinueve); Álava, Guipúzcoa y Vizcaya (veinticinco); A Coruña y Castellón (veinticuatro); Pontevedra (veintiuno); Huesca, Sevilla y Tarragona (dieciocho); Girona y Málaga (diecisiete); Cádiz, Gran Canaria, Lleida, Lugo, Orense, Tenerife y Valladolid (quince); León y Teruel (catorce); Granada y Menorca (trece); Almería, Córdoba e Ibiza (doce); Burgos, Huelva, Jaén y Salamanca (once).

Una magnitud inferior sólo a encontramos en tres pequeñas circunscripciones (nada que ver con el tamaño de las provincias castellano manchegas): La Gomera, El Hierro (tres) y Formentera (uno).

Y una magnitud similar sólo la podemos contemplar en diez circunscripciones también de población mucho más pequeña que las apuntadas provincias: La Palma y Lanzarote (ocho); Ávila, Fuerteventura; Palencia, Segovia y Zamora (siete); Asturias Occidental (seis); Asturias Oriental (cinco) y Soria (cinco).

En los casos de magnitud similar, por citar algún ejemplo que nos permita ver la disparidad entre la población y el número de escaños, podemos constatar que La Palma tiene el mismo número de escaños (ocho) que Ciudad Real, aunque la población es muy inferior, en una proporción de seis a uno: 85.000 habitantes frente a 530.000. Y, por su parte, si bien Toledo tiene un escaño más que La Palma, su población asciende a 707.000 personas; esto es, nos encontramos aquí una proporción de ocho a uno.

O por citar alguno de los de magnitud inferior (aunque similar con las dos más pequeñas de esta Comunidad), La Gomera, con apenas 21.000 habitantes tiene cuatro escaños, casi los mismos que Cuenca y Guadalajara (219.000 habitantes esta, 256.000 aquella...). Una proporción de diez a uno.

Por poner otro ejemplo de una circunscripción no insular (ya que en esos casos hay otros elementos a valorar) Segovia con 164.00 habitantes tiene siete escaños mientras que Albacete con más de 400.000 sólo seis.

Y por apuntar alguno de los de magnitud superior, Cáceres, con una población similar –apenas un poco superior– a la de Albacete elige veintinueve escaños por cinco de Albacete; como vemos, una proporción de seis a uno en el número de escaños.

⁷⁷ Los pactos de investidura derivados de las elecciones de mayo de 2015, en las que el Partido Popular se quedó a un escaño de la mayoría absoluta, propiciaron que se procediera a la reforma de la ley electoral (Ley 14/2015, de 28 de julio) eliminando las cinco circunscripciones hasta entonces existentes a la par que rebajándose el umbral electoral de un 5 % a un 3 %. Hasta dicha reforma las circunscripciones oscilaban entre dos y veintidós diputados.

Cabría apuntar a mayor abundamiento también que con la reforma esta Comunidad se sitúa con una elevadísima relación elector/escaño que es el doble o casi el doble de las comunidades que tienen un similar nivel de población⁷⁸.

Podríamos seguir con los ejemplos aunque no parece necesario, pues las cifras hablan por sí solas.

Resulta evidente que la proporcionalidad del sistema electoral de esta Comunidad se ha visto reducido muy sensiblemente con la reforma electoral que ahora se concreta en el Decreto comentado.

Magnitudes tan pequeñas pueden terminar por generar una desproporcionalidad, esto es, una «desviación existente entre el porcentaje de escaños y el de votos de los partidos»; un concepto sencillo mas, no obstante, de difícil medición⁷⁹.

El Tribunal Constitucional lo que configurará en este punto será un mandato de alcance negativo.

Recordemos que en el recurso de inconstitucionalidad que da lugar a la STC 15/2015, de 5 de febrero, se planteaba la posible afección por la reforma del principio constitucional del pluralismo político, el sistema de representación proporcional, el derecho a un acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, la interdicción constitucional de la arbitrariedad y la garantía de la autonomía política de la Comunidad.

El núcleo principal de reflexión del Tribunal se centrará en la cuestión del respeto o no de la representación proporcional que integran los tres primeros elementos objeto de recurso. Lo hace respecto de las previsiones del art. 152.1 CE, mas no respecto de las del art. 68.3 CE, también alegado en el recurso, al ser sólo de aplicación a las elecciones al Congreso de los Diputados. Comienza por recordar el tribunal su doctrina de que la exigencia de proporcionalidad del referido art. 152.1 CE afecta no sólo a las asambleas de las Comunidades constituidas al amparo del art. 151 sino a todas las Comunidades. Al igual que ya hiciera el Tribunal en la STC 197/2014, de 4 de diciembre señalará de igual forma que la Guía de Buenas Prácticas Electorales de la Comisión de Venecia, alegada por los recurrentes, no es directriz que puedan constituirse en pauta de su enjuiciamiento.

El Tribunal partirá de la admisión de la evidencia de que cualquier reducción del número de representantes a elegir no favorece sino que perjudica la mayor proporcionalidad del sistema, aunque añadiendo que no es el único

⁷⁸ Canarias y País Vasco, con una población similar, tienen una relación elector/escaño de 35.080,25 y 29.186,46, respectivamente, por una relación de 62.988,21 en el caso de Castilla La Mancha (cálculos realizados sobre la base de los datos publicados por el INE en el primer semestre de 2015).

⁷⁹ LIJPHART, A., *Sistemas electorales y sistemas de partidos*, CEC, Madrid, 1995, pp. 103 y ss.

factor puesto que también debe barajarse en la ecuación de proporcionalidad el número de candidaturas presentadas o el grado de concentración o dispersión del sufragio de los electores.

Destacará el Tribunal el carácter preventivo o cautelar del recurso amparándose en eventuales resultados electorales venideros, descartando que la reducción configure una barrera electoral tal y como el propio Tribunal la ha venido caracterizando.

Apunta a mayor abundamiento que «el grado, incierto hoy, en que la proporcionalidad pueda llegar a contraerse a resultados de lo dispuesto en esta Ley no es algo que quepa enjuiciar, en abstracto, por este Tribunal Constitucional».

Y que las exigencias constitucionales relativas a la proporcionalidad «han de ser vistas como imperativos de tendencia que orientan, pero no conforman, la libertad de configuración del legislador (ATC 240/2008, de 22 de julio, FJ 2), cuyo insuprimible y amplio margen de autodeterminación no ha de quedar comprometido en pos de la consecución de un apenas concebible sistema «puro» de representación proporcional (STC 75/1985, de 21 de junio, FJ 5)».

También, que «las reglas constitucionales referidas a la proporcionalidad no pueden interpretarse como imperativos de resultados y sí, con carácter bastante más limitado, como mandatos al legislador para establecer una condición de posibilidad de la proporcionalidad misma. Mandatos de alcance negativo, precisamos en aquella Sentencia, que se cifran, por lo pronto, en la interdicción de la aplicación pura y simple de un criterio mayoritario o de mínima corrección; esto conlleva la necesaria conformación de las circunscripciones electorales en modo tal que no se impida *de iure* toda posible proporcionalidad, en el grado y extensión que sea, para la conversión de votos en escaños». O de evitación de barreras electorales o cláusulas de exclusión que por su entidad «llegasen a resultar desmedidas o exorbitantes para la igualdad de oportunidades entre candidaturas»⁸⁰, cuestión ya abordada en otras sentencias anteriores del propio Tribunal⁸¹.

También desestimaré la alegada interdicción de la arbitrariedad, destacando que en el recurso no se aportan indicios del hipotético alcance discriminatorio

⁸⁰ Es interesante apuntar que tras las últimas elecciones autonómicas el Tribunal constitucional estimó el recurso de amparo electoral interpuesto por la coalición Ganemos-IU-Los verdes, con relación a la consideración como nulos de un amplio número de votos (más de siete mil) por problemas con las tintadas de las papeletas (STC 159/2015, de 14 de julio). Esta coalición estaba a unos ochocientos votos de superar la barrera en la provincia de Badajoz (cosa finalmente no acontecida tras el nuevo recuento derivado de la sentencia reseñada) lo que le hubiera permitido obtener dos escaños en perjuicio del PSOE y Podemos, que hubieran perdido un escaño cada uno.

⁸¹ Especial mención precisa la STC 225/1998, de 25 de noviembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la reforma del EA Canarias, que reformó el umbral electoral en esta Comunidad.

de la Ley impugnada, ni específicamente del número de diputados establecido (dentro de la horquilla estatutaria) respecto del que el Tribunal entiende que tampoco cabe tachar de ajeno a toda explicación racional. O la cuestión relativa a la afección de la autonomía política de la propia Comunidad al afectar presuntamente dicha reducción a la «capacidad de hacer leyes como producto de la participación y el debate plural, cuestión que desecha también el Tribunal.

Aunque compartiendo el sentido general de la sentencia, Garrote de Marcos se manifiesta crítica con la misma al entender que se ha perdido una magnífica oportunidad para remozar la doctrina legal de la proporcionalidad y para haber podido definir con la misma el derecho de al sufragio igual con mayores garantías; y lo hace abundando en la idea lo sorprendente que le resulta que el Tribunal otorgue el mismo tratamiento a situaciones que no son sustancialmente diversas⁸².

7. LA POLÍTICA Y LOS CIUDADANOS

No resulta extraño que las leyes electorales autonómicas tengan que ser aprobadas o reformadas por mayorías cualificadas; así, desde mayorías absolutas a exigencias superiores, bien de tres quintos, pero incluso de dos tercios. La todavía inexistente ley electoral catalana precisaría por ejemplo la más elevada de esas mayorías, dos tercios de los diputados del Parlament⁸³; hercúlea tarea que ni siquiera llegó, pese a lo que parecía en un primer momento, con la convocatoria de las elecciones de septiembre de 2015. En palabras de Oliver, tras estas previsiones estatutarias se esconde un mensaje implícito que se dirige a los legisladores de tratar de buscar el acuerdo y la convergencia en la regulación de sus respectivos sistemas electorales⁸⁴.

Cuando se aborda la cuestión de una hipotética reforma electoral, como bien apunta Nohlen, son dos los tópicos básicos en los que dichas reflexiones se encuadran.

Así, por un lado, en la relación entre votos y escaños, y por otro, en el mayor o menor grado de proporcionalidad entre las preferencias del electorado y la composición de la cámara⁸⁵.

⁸² GARROTE DE MARCOS, M., «El control de constitucionalidad del sistema electoral de las Cortes de Castilla-La Mancha: a propósito de las SSTC 197/2014 y 15/2015», *Asamblea*, núm. 32, 2015, pp. 279 y ss.

⁸³ También se exige esta mayoría en las Comunidades de Baleares, Canarias, La Rioja y Valencia.

⁸⁴ OLIVER ARAUJO, J., *Los sistemas electorales autonómicos*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2011, pp. 72 y ss.

⁸⁵ NOHLEN, D., «Los efectos de los sistemas electorales sobre los sistemas de partidos políticos», *Reflexiones sobre el régimen electoral*, VVAA, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pp. 605 y ss.

Ahora bien, hay que tener presente que las leyes electorales contribuyen a la creación de mayorías parlamentarias y estas han de aprobar las reformas electorales, mas «nadie tira piedras contra su propio tejado, o contra el instrumento normativo que le ha facilitado, o no le ha impedido, ser mayoría»⁸⁶.

Lo evidente, en todo caso, es que un principio básico del sistema electoral es la interdicción de reformas sorpresivas, cuyo auténtico objeto, aunque tienda a esconderse, sea la búsqueda de ventajas políticas⁸⁷; en todo caso, son más habituales que las llamadas reformas como intercambio o las reformas que buscan las ventajas del plazo largo⁸⁸.

Y no hay que dejar de lado tampoco la conexión de estas cuestión con el denominado «voto útil» ya que la propia estructuración del sistema electoral puede condicionar severamente la apelación al mismo.

La constatación de que un elevado número de sufragios quedan sin representación por el tamaño de las circunscripciones (esencialmente), unido a la propia fórmula electoral elegida, lleva a que desde los principales partidos que polarizan las opciones traten de atraer bajo su manta los votos periféricos. Una cuestión que en otros países se atenúa con la posibilidad de una doble vuelta o con sistemas de voto preferencial.

Karl Loewenstein señaló que la idea del pueblo como detentador soberano del poder sólo es una estéril y equívoca hipótesis en el caso de que las técnicas electorales no están establecidas de forma que el resultado electoral refleje honrada y exactamente la voluntad de los electores; es por ello que el sistema y las leyes electorales deben estar revestidas de imparcialidad y objetividad respecto de todos los candidatos⁸⁹.

Y este es sin duda un tema capital al abordar la reforma que comentamos en estas notas, en que se aborda la proporcionalidad aplicada a la representación política y su conexión con la legitimidad del sistema electoral, pues si bien todos los sistemas electorales llevan aparejadas distorsiones en la conversión de votos en escaños⁹⁰, quizá, como destaca Aranda⁹¹, a donde

⁸⁶ FERNANDEZ MIRANDA, A., «Los sistemas electorales para el Congreso de los Diputados y el Senado», *Reflexiones sobre el régimen electoral*, VVAA, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, p. 524.

⁸⁷ OLIVER ARAUJO, J., «La mayor calidad democrática del nuevo Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (régimen electoral, Consejo consultivo y procedimiento de reforma», *Revista de Derecho Político*, núm. 73, 2008, pp. 31 y ss.

⁸⁸ MONTERO, J.R. y RIERA, P., «Informe sobre la reforma del sistema electoral», *op. cit.*, pp. 448 a 451.

⁸⁹ LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 334.

⁹⁰ RAE, D.W., *The political consequences of electoral laws*, Yale University Press, 1971.

⁹¹ ARANDA ÁLVAREZ, E., «La reducción de parlamentarios y la modificación del régimen retributivo de los miembros de las Asambleas de las CCAA», *Revista de Derecho Político*, núm. 92, 2015, p. 161.

debe llevarnos en última instancia todo este debate de ingeniería electoral es a reflexionar sobre las posibilidades de que los Parlamentos acerquen la política a los ciudadanos y les hagan más partícipes de las decisiones que en ellos se toman⁹².

TITLE: Electoral reforms and the magnitude of constituencies.

RESUMEN: Se abordan en estas notas los problemas suscitados por la reforma electoral de Castilla La Mancha que redujo muy sensiblemente el número de parlamentarios de sus Cortes y de forma particular las sentencias del Tribunal Constitucional que resolvieron los recursos de inconstitucionalidad planteados contra dicha reforma.

PALABRAS CLAVE: Sistema electoral, reformas electorales, Magnitud, Circunscripciones.

ABSTRACT: These notes tackle the problems raised by the Castilla La Mancha's electoral reform, which decreased the number of members of Parliament from their Courts. Specifically, we will deal with the judgments of the Constitutional Court that resolved the constitutional motions set out against the reform.

KEYWORDS: Electoral system, electoral reforms, Magnitude, Constituencies.

RECIBIDO: 03.11.2015

ACEPTADO: 05.12.2015

⁹² En un ámbito diferenciado resulta interesante la experiencia del proceso de elección, en septiembre de 2015, de una parte de los vocales vecinos del Ayuntamiento de Madrid (sobre esta figura vid. Tit. IV del Reglamento Orgánico de los Distritos de diciembre de 2004) tras las elecciones municipales de mayo de ese año; un elemento que nos muestra las posibilidades de una mayor integración de los representantes y la ciudadanía.

Notas

LA SEXUALIDAD DE LAS PERSONAS RECLUSAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Juan Luis de Diego Arias

doi: 10.18543/ed-63(2)-2015pp225-241

SUMARIO: 1. DE LA VISITA ÍNTIMA A LA VISITA FAMILIAR. 2. LA SEXUALIDAD Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. 3. EL DERECHO A LAS COMUNICACIONES. 4. LAS RELACIONES SEXUALES Y LA INTIMIDAD.

1. DE LA VISITA ÍNTIMA A LA VISITA FAMILIAR

El Tribunal Constitucional, ha abordado en dos ocasiones, espaciadas por un cuarto de siglo, la cuestión de la sexualidad de las personas que están en prisión (STC 89/1987, de 3 de junio, caso «visita íntima» y STC 128/2013, de 3 de junio, caso «visita familiar»).

En la primera de ellas, dictada hace casi tres décadas, realiza tres importantes afirmaciones, acompañadas de sendas argumentaciones: en primer lugar que la sexualidad se integra en el ámbito de la intimidad; en segundo lugar que el mantenimiento de relaciones sexuales no es contenido de ningún derecho fundamental, y en tercer lugar, que la privación de relaciones sexuales no supone restricción o limitación de derecho fundamental alguno.

Estas declaraciones merecen nuestra atención y nuestro análisis.

La afirmación de que «la sexualidad se integra en el ámbito de la intimidad» es fundamentada por el Tribunal sobre la base de los siguientes puntos:

En primer lugar, la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, destacando dicho punto al resaltar que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, siendo evidentemente uno de sus reductos más sagrados». En segundo lugar que las comunicaciones íntimas son un ámbito de intimidad para las

personas presas, y así, la autorización para la comunicación íntima restaura circunstancialmente para éstas un ámbito provisional de intimidad» (FJ2). En tercer lugar, que las relaciones íntimas han de celebrarse, cuando resulten autorizadas, en condiciones que salvaguarden la dignidad de las personas, precisamente por las exigencias de lo dispuesto en el art. 18.1 C.E (FJ2).

Esta sentencia es la primera en incluir la sexualidad en el ámbito constitucional de la intimidad. Desde este punto de vista, las comunicaciones íntimas habilitan un ámbito espacio-temporal de intimidad para las personas presas.

Por otra parte, no podemos menos que apuntar que el hecho de calificar de sagrada a la sexualidad supone utilizar un lenguaje religioso, que hoy puede resultar anacrónico para hablar de sexualidad.

La segunda afirmación de la sentencia, efectuada con rotundidad es que «el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental».

De esta afirmación se sigue una conclusión igual de contundente: «su privación no supone limitación ni restricción de derecho fundamental alguno».

Para llegar a estas aserciones la sentencia realiza las siguientes argumentaciones:

«Para quienes se encuentran en libertad, el mantenimiento de estas relaciones no es el ejercicio de un derecho, sino una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posible. Los derechos fundamentales, que garantiza la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que éstas sean en la vida del individuo... el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser, precisamente, una manifestación de la libertad a secas¹... Se sigue de ello, claro está, que quienes son privados de ella se ven también impedidos de su práctica sin que ello implique restricción o limitación de derecho fundamental alguno».

Se hace difícil seguir esta argumentación. Parece contemplar la libertad en abstracto, distinguiendo entre la libertad en sí misma, «libertad a secas» la denomina, y los actos libres que son manifestación de la libertad.

En este sentido nos preguntamos: ¿Se puede abstraer la libertad de sus manifestaciones que son los actos libres? ¿Existe la libertad en abstracto, sin la concreción espacio-temporal de dichos actos? A nuestro juicio, la respuesta a todas estas cuestiones debe ser negativa.

De esta primera premisa: «el mantenimiento de relaciones íntimas son una manifestación más de la libertad a secas», se sigue que las mismas no

¹ Esta afirmación es valorada muy críticamente por MARTÍNEZ DE PISÓN, al apuntar que «no tiene ni pies ni cabeza». MARTÍNEZ DE PISON, J.: «Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones», en *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, 1993, p. 733.

forman parte del contenido de ningún derecho fundamental: «El mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental».

La afirmación de que «el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental» significa que la sexualidad y su ejercicio no son objeto de protección constitucional al más alto nivel.

Sobre esta sentencia señala MARTÍNEZ DE PISÓN que parece que el Tribunal Constitucional «tuviera miedo de afirmar que la vida sexual pertenece a lo más íntimo de la persona, para lo cual se necesita un ámbito, un espacio intocable en el que poder realizarla»; y si la vida sexual no pertenece a la intimidad ¿qué es lo que queda como propio de la intimidad?².

Para este autor la sentencia, además de contener unas consideraciones argumentativas poco convincentes, resulta muy preocupante «pues se produce una limitación jurisprudencial del derecho a la intimidad» y «un reduccionismo injustificado del contenido material de intimidad». Si la declaración de que «las relaciones sexuales entre personas no pertenece al derecho a la intimidad, sino a la libertad a secas» se universaliza a todos los ciudadanos ¿qué pasaría en el supuesto de que una relación sexual mantenida en una habitación fuese captada, filmada o grabada por un tercero? ¿Qué derecho se habría violado?, ¿Se habría lesionado el derecho a la intimidad?, «¿Cabe algún tipo de protección legal ante esos hechos? la necesidad de tener unas relaciones sexuales fluidas no son tenidas en cuenta en esta argumentación»³.

2. LA SEXUALIDAD Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Esta realidad humana, tan profunda y rica en matices, no está formulada en nuestra lex suprema como derecho fundamental. Es más ningún artículo hace referencia a la sexualidad. Sólo el sexo, en su acepción de género, se menciona en el artículo 14 que prohíbe la discriminación, en el artículo 35,

² *Ibidem*, p. 733; y también MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Cívitas, Madrid, 1993, p. 190.

³ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. óp. cit. p. 734. En referencia a esta reflexión queremos dejar constancia que la grabación sonora de una visita vis a vis ya ha tenido lugar y ha sido valorada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1, en Auto 6517/2013, de fecha 10 de junio, como una medida razonada y admisible, que hace que la injerencia en el ámbito de la intimidad que representa se entienda como un «sacrificio justificado derivado de la legitimidad de este medio de investigación criminal para avanzar en tal investigación». Esta resolución es criticada por REVIRIEGO PICÓN que considera que «en modo alguno puede autorizarse una grabación de estas características». REVIRIEGO PICÓN, F.: «El derecho a la intimidad y los vis a vis en los centros penitenciarios», *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 860/2013, 2013.

que prohíbe la discriminación en el ámbito laboral, y en el artículo 57, que regula la sucesión a la Corona.

Sería necesario reflexionar sobre la necesidad de incluir el derecho a la sexualidad en el catálogo de los derechos fundamentales. Por un lado su inclusión podría ser valorada como un paso más en «la huida hacia delante, consistente en la generalizada proclamación formal urbi et orbe de decenas de derechos»⁴. Por otro, en cambio, será tener en cuenta la vocación expansiva de la ética, que como dice ANSUÁTEGUI ROIG es «la que produce la expansión de los derechos y su reconocimiento». Pues son los derechos fundamentales los que en cada momento, traducen jurídicamente las «exigencias morales más importantes» de la dignidad humana»⁵.

De este modo, el reconocimiento del derecho fundamental a la sexualidad, sería tener, en cuenta, por ejemplo, la garantía del ejercicio de la sexualidad para colectivos de personas que carecen de la libertad, la autonomía y las condiciones necesarias para ello. Pensemos en las personas con discapacidad, en las personas mayores o enfermas que viven en una institución, compartiendo habitación. ¿Cómo se preservan las condiciones necesarias para su libertad sexual?

La anterior reflexión supera con creces los límites de esta ponencia; sin embargo, apuntada queda, y mientras se aborda su desarrollo, creemos que la sexualidad y su ejercicio encuentran albergue en el actual texto constitucional.

La sexualidad puede entenderse presente en «el libre desarrollo de la personalidad» (artículo 10.1 CE); en «el derecho a la vida y a la integridad física y moral» (artículo 15); en el artículo 18.1, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar; y en el derecho al acceso al desarrollo integral de la personalidad que el artículo 25.2 reconoce a los condenados a pena de prisión.

Retomando la sentencia que nos ocupa, y respecto de su afirmación de que «los derechos fundamentales, que garantiza la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de las manifestaciones de su práctica», se podría cuestionar lo siguiente: si las manifestaciones de la práctica de un derecho fundamental no son parte de su contenido, ¿En qué consiste éste? Para nosotros el contenido concreto de un derecho fundamental no es más ni menos que la suma de cada una de sus manifestaciones.

⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (Coord.): *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, p. 18.

⁵ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: «Derechos, Constitución, Democracia y libertades en la España del Antiguo Régimen». En PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M.; CORONAS GONZÁLEZ, S.M.; ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. y BILBAO, J.M.: *Derechos y libertades en la historia*, Secretariado de publicaciones e intercambio editorial, Universidad de Valladolid, 2003, pp. 175 y 178.

Los razonamientos del Tribunal son muy forzados y llevan al vaciamiento de contenido al derecho del recluso a las comunicaciones, pues como dice Martínez Escamilla, el anterior argumento «no sólo sería aplicable a la denegación de visitas íntimas, sino también a la denegación de cualquier comunicación con familiares o amigos», pues tales comunicaciones tampoco serían, en expresión del Tribunal Constitucional, un derecho en sí mismo considerado, sino una manifestación más de la libertad, de la que el preso ha sido privado. De esta manera «la denegación arbitraria de la comunicación con un familiar o amigo no lesionaría derecho fundamental alguno»⁶.

A la misma conclusión llega DELGADO DEL RINCÓN que afirma que «aunque la STC 89/1987, de 3 de junio, se haya dictado exclusivamente respecto de las comunicaciones íntimas de los presos» la argumentación utilizada podría extenderse igualmente a las comunicaciones familiares y de convivencia, «ya que éstas tampoco se conciben como un derecho en sí mismo considerado, sino tan solo como manifestaciones vitales de la libertad genérica»⁷.

La última argumentación de la sentencia estudiada es la siguiente «quienes son privados de la libertad se ven también impedidos de la práctica de las relaciones sexuales, sin que ello implique restricción o limitación de derecho fundamental alguno».

La anterior aseveración se complementa con la declaración de que la autorización para una comunicación íntima, con la consiguiente restauración episódica de un ámbito provisional de intimidad, es «resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad».

El Tribunal parece contradecirse. Comenzaba su fundamentación diciendo que «la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, que es incluso uno de sus reductos más sagrados». Lo que puede interpretarse en el sentido de que las relaciones sexuales, como manifestación de la sexualidad, se integran en la intimidad y por lo tanto son objeto o contenido de este derecho fundamental; y en consecuencia su privación es una limitación y una restricción de la sexualidad y por ende del derecho fundamental⁸.

⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 33 y 34.

⁷ DELGADO DEL RINCÓN, L.: «Algunas consideraciones sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los presos en los centros penitenciarios», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 18, 2006, p. 218.

⁸ La Asociación Mundial de Sexología en el XIV Congreso Mundial de Sexología, celebrado en Hong Kong en 1999, aprobó la Declaración de los derechos sexuales, en la que se puede leer que «La sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo ser humano. Su desarrollo pleno depende de necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, expresión emocional, placer, ternura y amor... El desarrollo pleno de

Después de alabar que el legislador haya autorizado las comunicaciones íntimas y de volver a recordar que no son objeto de derecho fundamental alguno, la sentencia se dedica a reflexionar sobre la sexualidad humana.

Y lo hace partiendo de la reflexión de que «es, sin duda, plausible, concorde con el espíritu de nuestro tiempo y adecuado a las finalidades que el art. 25.2 asigna a las penas privativas de libertad, que el legislador las autorice, pero ni está obligado a ello ni la creación legal transforma en derecho fundamental de los reclusos la posibilidad de comunicación íntima con sus familiares o allegados íntimos».

A lo que añadirá que «la sexualidad sea parte importante de la vida del hombre es, desde luego, afirmación que puede ser asumida sin reparo, pero de ello no se sigue, en modo alguno, que la abstinencia sexual aceptada por decisión propia, o resultado de la privación legal de libertad, ponga en peligro la integridad física o moral del abstinente, tanto más cuanto se trata de una abstinencia temporal».

De igual forma que la imposibilidad de mantener relaciones sexuales no conduce a que ello suponga «la sumisión a un trato inhumano o degradante».

Y concluye el Alto Tribunal con la afirmación de que «la privación de libertad, como preso o como penado, es, sin duda, un mal, pero de él forma parte, sin agravarlo de forma especial, la privación sexual»⁹.

La atenta lectura de las anteriores declaraciones nos sugiere la reflexión de que la sexualidad humana es una realidad profunda, rica y llena de matices, y, como tal, objeto de estudio por parte de distintas ciencias y disciplinas. En este sentido Marina llama sexualidad al universo simbólico construido sobre la realidad biológica del sexo, que es «una complicada mezcla de estructuras fisiológicas, conductas, experiencias, sentimentalizaciones, interpretaciones, formas sociales, juegos de poder»¹⁰.

De modo que el jurista no puede acercarse a un fenómeno de tal naturaleza desde sus creencias personales y desde la mera intuición, antes al contrario, debe de hacer el esfuerzo de estudiar la realidad con la objetividad que le proporciona el método científico desarrollado por las ciencias especializadas. Una vez realizada esta tarea, podrá dar una respuesta jurídica adecuada¹¹.

la sexualidad es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social. Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos. Dado que la salud es un derecho humano fundamental, la salud sexual debe ser un derecho humano básico». Asociación Mundial de Sexología (2011) Declaración de los derechos sexuales. *Cuadernos de Pedagogía* 414, p. 23.

⁹ STC 89/1987, de 3 de junio de 1987, FJ 2.

¹⁰ MARINA, J.A.: *El rompecabezas de la sexualidad*. Anagrama, Barcelona, 2002, p. 31.

¹¹ En este sentido véase MUÑOZ SABATÉ, L.: *Sexualidad y derecho*, Barcelona, Hispano-europea, 1976.

Desde la Psicología, CARCEDO GONZÁLEZ recuerda como cuestión pacífica que la sexualidad es una de las necesidades básicas del ser humano, la cual ha de ser resuelta si se quiere conseguir un buen estado de satisfacción personal. Tener una buena salud general conlleva tener una buena salud sexual. La afectividad y la sexualidad nos hacen relacionarnos con otros, aumentan nuestra autoestima, nos permiten dar y recibir placer; todo ello coadyuva a nuestro bienestar y a nuestra salud, tanto física como psíquica¹².

Como dice CAFFARRA, la sexualidad es una dimensión de la persona que le hace capaz de salir de sí «hasta la suprema realización de este éxodo de sí» que es el don de sí mismo al otro, el cual crea comunión¹³.

Desde un punto de vista antropológico¹⁴, el cuerpo y la sexualidad son expresión de la viva totalidad del ser, que más allá de lo puramente biológico, se insertan en el horizonte de la libertad humana.

Visto lo anterior, se puede afirmar que, quizás unas líneas de un fundamento jurídico de una sentencia constitucional no sean el lugar más adecuado para concluir, tan rotundamente, sobre un tema de tal complejidad como la sexualidad humana.

Lo que sí es competencia y objeto del Derecho, ante la declaración de que la comunicación íntima no es un derecho fundamental, es determinar la naturaleza de las comunicaciones y visitas contempladas en el título VIII LOGP.

GARCÍA VALDÉS, al poco de aprobarse el texto constitucional, sostenía que una correcta interpretación del artículo 53 LOGP lleva a considerar su contenido como la expresión de un derecho limitado de los internos, pues «sistemáticamente no puede entenderse como mera recompensa o beneficio penitenciario» los cuales sólo se contienen en el artículo 46 «único que conforma el Capítulo V de la Ley, a tal extremo dedicado»¹⁵.

GARRIDO GUZMÁN decía, meses antes de que se fallara la sentencia que nos ocupa, que aunque la doctrina es unánime en considerar estos contactos exteriores como un derecho de los internos «se echa en falta que la LOGP no contenga un precepto donde se recoja sistemática y ordenadamente el status jurídico de los reclusos»¹⁶.

¹² CARCEDO GONZÁLEZ, R. J.: «El estudio de la sexualidad de los varones en prisión», en PÉREZ ÁLVAREZ, S.: *In memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, p. 297.

¹³ CAFFARRA, C.: *La sexualidad humana*, Encuentro, Madrid, 1987, p. 29.

¹⁴ MADRIGAL TERRAZAS, S.: «Introducción», en TORRE, JAVIER DE LA (Ed.): *Sexo, sexualidad y bioética*, Madrid, Comillas, 2008, p.18.

¹⁵ GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación penitenciaria*. Civitas, Madrid, 1982, p. 179.

¹⁶ GARRIDO GUZMÁN, L.: «Comunicaciones y visitas». En COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, pp. 742 y 743.

Creemos que esta laguna ha sido colmada claramente por la redacción del vigente Reglamento Penitenciario que en su artículo 4.2 e) declara que entre los derechos de los internos se cuenta el «derecho a las relaciones con el exterior previstas en la legislación».

3. EL DERECHO A LAS COMUNICACIONES

La jurisprudencia constitucional ya ha reconocido las comunicaciones como derecho. Así la sentencia 200/1997, de 24 de noviembre, FJ3, dice expresamente que «el art. 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria reconoce el derecho de los reclusos a las comunicaciones». En el mismo sentido la sentencia 201/1997, de 25 de noviembre, FJ5, (sentencia de la intimidad familiar, donde se debatía sobre una comunicación telefónica), donde se habla de «tener en cuenta los derechos del recluso, en este supuesto su derecho a la intimidad familiar».

Aún antes de la vigente redacción reglamentaria, la interpretación sistemática y teleológica de la legislación penitenciaria, así como de los principios que la inspiran, permitían concluir que las comunicaciones y visitas son un derecho de los internos.

Así se desprende tanto del artículo 25, 2.º CE que reconoce el goce de los derechos, como del artículo 3 de la LOGP, que señala el respeto de los derechos de los reclusos como principio de la actividad penitenciaria y señala que «los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales».

Ya de manera expresa el capítulo VIII de la LOGP titulado «Comunicaciones y visitas» llega a formular como derecho el de todo interno «a comunicar inmediatamente a su familia y abogado su detención, así como a comunicar su traslado a otro establecimiento en el momento de ingresar en el mismo» (art. 52.3).

De todo ello se deduce que, tanto los principios generales de nuestro sistema penitenciario, como los preceptos legales transcritos, permiten hablar de un derecho de los internos a mantener contactos con el exterior, a través de comunicaciones y visitas en los establecimientos penitenciarios con sus familiares, amigos y profesionales.

En relación con la visita íntima y su naturaleza jurídica se puede mantener con Garrido Guzmán que «se trata de un derecho del recluso que puede ejercitar para satisfacer sus necesidades sexuales y afectivas»¹⁷.

Para DUQUE VILLANUEVA la doctrina del Tribunal Constitucional, manifestada en la Sentencia 89/1987, de 3 de junio, contrasta con la jurisprudencia

¹⁷ GARRIDO GUZMÁN, L.: op. cit. pp. 742 y 743.

del TEDH y de la CEDH, que incluyen en el derecho al respeto de la vida privada y familiar, las visitas y las relaciones de las personas privadas de libertad con sus familiares¹⁸.

MARTÍNEZ RIDAURA, por su parte, señala que la LOGP contempla las visitas íntimas como una consecuencia de la previsión constitucional del art. 25.2 y, más concretamente, como una manifestación o exigencia del desarrollo integral de la personalidad. Para la LOGP la naturaleza jurídica de la visita íntima es la de un derecho de los internos, «aunque condicionado por la relación penitenciaria, pero, en todo caso, un derecho. Y ello a pesar de la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional en este punto»¹⁹.

GONZÁLEZ NAVARRO se inclina «tanto desde el punto de vista teórico, como desde el legal español, en favor de considerar que estamos en presencia de un verdadero derecho del interno», porque el recluso tiene derecho al desarrollo integral de su personalidad y «parece que dentro de ese desarrollo integral hay que situar, entre otras muchas cosas, el desarrollo de una vida sexual plena»²⁰.

En el otro extremo se sitúa MEDINA GUERRERO, para el que el derecho a tener comunicaciones íntimas no forma parte del contenido de los derechos fundamentales con los que se relacionan en cada caso. Sino que es una facultad creada por el legislador; algo así como un derecho suplementario «que, si bien relacionado con el bien jurídico incorporado en el derecho fundamental de que se trate», no mantiene una conexión directa y necesaria con el mismo,

¹⁸ En este sentido dice DUQUE VILLANUEVA que «Así, el TEDH si bien tiene declarado que, respecto de las obligaciones que el art. 8 del CEDH impone a los Estados contratantes en relación con las visitas en las prisiones, hay que tener en cuenta las normales y razonables exigencias de la reclusión y la facultad discrecional que se debe conceder a las autoridades nacionales para regular las relaciones del preso con su familia, reconoce que la situación especial de un preso puede suscitar en el ámbito del art. CEDH una pretensión defendible en relación con las visitas y aboga por aplicar a los reclusos un régimen uniforme, evitando cualquier apariencia de una medida arbitraria o discriminatoria (sentencia de 27 de abril de 1988 –caso Boyle y Rice–) y «En el mismo sentido, la CEDH entiende que el derecho al respeto de la vida privada de los presos implica el mantenimiento de contactos con el mundo exterior de cara a su integración en la sociedad (D 9054/80 (RU) 8 de octubre de 1982)». DUQUE VILLANUEVA, J. C.: «El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario», en LÓPEZ ORTEGA, J. J. (Dir.): *Perfiles del Derecho Constitucional en la vida privada y familiar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 128 y 129.

¹⁹ MARTÍNEZ RIDAURA, «El derecho a las comunicaciones en centros penitenciarios», en LÓPEZ GUERRA, L. (Coord.): *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, 2001, p. 203.

²⁰ GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «Poder domesticador del Estado y derechos del recluso», en MARTÍ-RETORTILLO, S. (Coord.): *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Cívitas, Madrid, 1991, p. 1153.

por lo que no puede estimarse integrante «del ámbito protegido por la Constitución»²¹. Cuestión distinta es la ausencia de referencia expresa en la legislación penitenciaria, a la sexualidad de los presos, su ejercicio y eventual derecho al mismo, aunque el debate sobre este asunto es antiguo.

Como recuerda REVIRIEGO PICÓN las comunicaciones de carácter íntimo fue una cuestión que estuvo muy presente durante la propia tramitación del texto constitucional. El ejercicio de la sexualidad como derecho del recluso se pretendió incluir en el contenido del que terminaría siendo artículo 25, y en última instancia, aquella referencia se terminó difuminando en la más amplia reseña al desarrollo integral de la personalidad»²².

Así fue, el ejercicio de la sexualidad por parte de las personas presas fue objeto de una enmienda, la número 64, al entonces artículo 24, precedente del actual artículo 25, en el proyecto de Constitución (Ponencia) en el seno de la Comisión de Asuntos constitucionales y libertades públicas.

La enmienda fue propuesta por el diputado LETAMENDÍA BELZUNCE y consistía en añadir a «El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de todos los derechos fundamentales garantizados en este capítulo», el siguiente texto «especialmente los de acceso a la cultura y ejercicio de la sexualidad».

Se fundamentaba la enmienda en el hecho de que el acceso a la cultura estaba reconocido como tal derecho en dicho capítulo pero no así el ejercicio libre de la sexualidad: «la no inclusión de esta expresión significa, ni más ni menos, que la continuación de la situación a la que se ve sometido el preso en los establecimientos penitenciarios: el hecho de no poder realizar una sexualidad normal».

En apoyo de su enmienda alegaba que el principio del desarrollo de la libre sexualidad había sido recogido en el dictamen emitido por la Comisión Especial de investigación sobre la situación de establecimientos penitenciarios y aprobado por tal comisión. El Dictamen contemplaba este derecho a la sexualidad, señalando que «la privación de libertad del individuo no implica necesariamente la prohibición de libre ejercicio y desarrollo de libertad de sexualidad, por lo que, en el caso del régimen cerrado o de prisión, se cuidará de que los reclusos puedan mantener periódicas relaciones sexuales»²³.

²¹ MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 37.

²² REVIRIEGO PICÓN, F. (2008): *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, p. 87 (con nota de Diario de Sesiones del Senado, n.º 44, de 25 de agosto de 1978, págs. 3476 y ss.). De este mismo autor, más recientemente «Istituti penitenziari e diritti fondamentali», *Percorsi costituzionali*, 2015, pp. 141 y ss.

²³ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, año 1978, n.º 71 de 22 de mayo de 1978.

La expresión que finalmente se adoptó fue la conocida de «desarrollo integral de su personalidad», fórmula genérica pero en la que según GARRIDO GUZMÁN, cabe la inclusión del derecho de los mismos a mantener relaciones sexuales; derecho «asumido por nuestro Estado de Derecho que ha optado por la tarea de procurar en sus establecimientos penitenciarios la resocialización de los reclusos»²⁴.

También MARTÍNEZ DE PISÓN considera que el desarrollo de una vida sexual es un derecho pleno del interno, derivado del derecho que ostenta a desarrollar su vida integralmente, según especificación del artículo 25.2 CE²⁵

Otro argumento para considerar las comunicaciones y visitas como contenido de derecho fundamental es la importancia que revisten para la reinserción y resocialización de los internos.

En este sentido el Reglamento penitenciario dice en su artículo 4.2 e) que los internos tendrán derecho a las relaciones con el exterior previstas en la legislación; y en el Artículo 110 c) señala como elemento del tratamiento para la consecución de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, la potenciación y facilitación de los «contactos del interno con el exterior contando, siempre que sea posible, con los recursos de la comunidad como instrumentos fundamentales en las tareas de reinserción».

La incidencia positiva que en la reinserción supone el mantenimiento de una buena vida interpersonal y sexual, durante el tiempo en prisión, ha sido puesta de manifiesto, de forma clara, por estudios psicológicos con amplios trabajos de campo²⁶.

Tampoco debemos olvidar que cuando una persona presa mantiene una relación afectivo-sexual con otra persona que está en libertad, la privación de libertad no afecta sólo a la vida sexual del interno, sino también a la de su pareja. A este respecto GARCÍA VALDÉS llama la atención sobre el problema sexual que al cónyuge que permanece en libertad, crea la ausencia del marido o de la mujer²⁷. Y MAPELLI CAFFARENA señala las repercusiones negativas que la falta de normalidad en los contactos conlleva para las relaciones con el cónyuge en libertad²⁸.

²⁴ GARRIDO GUZMÁN, L.: «La visita íntima», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1986, pp. 792 y 793.

²⁵ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.: op. cit., p. 189.

²⁶ CARCEDO GONZÁLEZ, R.J.; LÓPEZ SÁNCHEZ, F.; ORGAZ BAZ, M.B. y FERNÁNDEZ ROUCO, N.: «Incidencia de la vida en prisión sobre las necesidades sociales, emocionales y sexuales de los presos, su salud psicológica y reinserción», en CARCEDO GONZÁLEZ, R.J. y REVIRIEGO PICÓN, F. (Eds.): *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*, Amaru, Salamanca, 2007, p. 76.

²⁷ GARCÍA VALDÉS, A.: «Soluciones propuestas al problema sexual de las prisiones», *Cuadernos de política criminal* 11, 1980, p. 94.

²⁸ MAPELLI CAFFARENA, B.: *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 208.

La propia denominación de las visitas como «íntimas» nos puede llevar a deducir que el legislador ha querido incluir el mantenimiento de relaciones sexuales como contenido del derecho fundamental a la intimidad.

En la legislación penitenciaria, Título VIII de la LOGP, hemos visto cómo el principio de máximo respeto a la intimidad rige en todas las clases de comunicaciones; sin embargo, cuando regula las visitas de familiares y allegados íntimos a aquellos internos que no pueden obtener permisos de salida, art. 53 LOGP, de entre todas las clases de estas visitas, sólo adjetiva de «íntimas» aquellas que propician las relaciones sexuales, denominando a las otras dos como «visitas familiares» y «visitas de convivencia» respectivamente (art. 45 RP).

Parece claro que el posible contenido sexual de una comunicación se incluye en el mayor grado de intimidad posible²⁹. Por tanto, si las comunicaciones son un derecho de los internos, que habilita para éste un espacio y un tiempo reservados frente a la acción y conocimiento de los demás, se puede sostener que las comunicaciones son ejercicio del derecho fundamental de intimidad, y dentro de ellas las visitas de contenido sexual, la máxima expresión de este derecho.

GARRIDO GUZMÁN mantiene esta misma opinión, cuando dice que la elección del término visita íntima no es caprichosa y es el más omnicomprendivo de todos, puesto que «la esencia de este tipo de contactos del recluso con el exterior descansa en la intimidad de la relación». Por otra parte, la denominación «visita íntima» permite la inclusión en este tipo de comunicaciones tanto los contactos conyugales como los extraconyugales, «solución que parece más acorde con los principios de la moral sexual dominante en nuestros días»³⁰.

La sentencia continua con una peculiar visión del derecho de intimidad. Dice que «Lo que el Derecho puede proteger, y el nuestro, afortunadamente, protege, es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres» (FJ2). Al glosar esta afirmación, se pregunta MARTÍNEZ DE PISÓN: Pues, entonces, ¿qué protege?³¹

²⁹ En este sentido dice NISTAL BURÓN que «Por razones obvias, siendo uno de los principios básicos de las comunicaciones y visitas de los internos, como hemos apuntado, el respeto a la intimidad de los comunicantes, este principio adquiere especial carta de naturaleza en este tipo de comunicaciones –visitas íntimas vis a vis– en las que los comunicantes pueden mantener relaciones sexuales, que requieren quedar amparadas por un mayor respeto, si cabe, a esa intimidad». NISTAL BURÓN, J.: «La intervención de las comunicaciones penitenciarias íntimas “vis a vis”». La posible afectación de la intimidad relativa a las relaciones sexuales de los reclusos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 1, 2013, págs.83-91.

³⁰ GARRIDO GUZMÁN, L.: La visita íntima...óp. cit. pp. 784, 792 y 793.

³¹ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.: óp. cit. p. 192.

Este razonamiento recuerda al efectuado anteriormente respecto de la libertad y sus manifestaciones; se dice que «el derecho protege la intimidad misma no las acciones íntimas de los hombres». Se distingue así la intimidad de las acciones íntimas. ¿Es que existe la intimidad en abstracto? ¿Existe la intimidad sin las acciones íntimas que son su manifestación? ¿No sería más correcto haber dicho «el Derecho protege la intimidad de las acciones privadas e íntimas de los hombres»? Otra vez nos parece un razonamiento abstracto que conduce al vaciamiento de sentido del derecho a la intimidad, al abstraerla de sus facultades que son su expresión en la realidad espacio-temporal.

En este sentido tanto ABA CATOIRA como MEDINA GUERRERO consideran que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, y como tales su ejercicio consiste en actuar las facultades o poderes que lo integran.³² El contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental son esos concretos poderes y facultades «en cuanto manifestaciones o proyecciones del bien jurídico a cuya tutela se encomienda el derecho fundamental»³³.

Por último el Alto Tribunal hace la siguiente declaración: La privación temporal de relaciones íntimas con personas en libertad no viola la intimidad porque es una medida que no la reduce más allá de lo que la ordenada en prisión requiere.

A esta conclusión llega el Juzgador constitucional, aplicando el siguiente silogismo:

Premisa mayor: «Se pueden, tal vez, considerar ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere»; es decir que las medidas que reduzcan la intimidad más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere pueden considerarse ilegítimas como violación de la intimidad.

Premisa menor: «Pero esa condición no se da en la restricción o privación temporal de las relaciones íntimas con personas en libertad»; o lo que es lo mismo, que la privación temporal de las relaciones íntimas con personas en libertad no reducen la intimidad más de lo que la ordenada vida en prisión requiere.

Conclusión: «La restricción o privación temporal de las relaciones íntimas con personas en libertad no viola la intimidad pues es una medida que no la reduce más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere»; es decir que la privación temporal de las relaciones íntimas con personas en libertad no viola la intimidad.

³² ABA CATOIRA, A.: *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto. Los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 26, 27 y 28.

³³ MEDINA GUERRERO, M.: *óp. cit.*, p. 11.

Este razonamiento es de difícil comprensión dado como utiliza el argumento de la ordenada vida en prisión.

La ordenada vida en prisión se utiliza en la jurisprudencia constitucional como límite a la reducción de la intimidad. Es decir que la intimidad no se puede reducir más allá de lo que requiere una ordenada vida en prisión³⁴ (sentencia 57/1994, de 28 de febrero, FJ5).

Como dice la sentencia 57/1994, de 28 de febrero, FJ 8 «ha de declararse que las medidas aquí impugnadas por el recurrente han lesionado su derecho a la intimidad personal, cuyo ámbito se ha visto innecesariamente restringido más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere, afectando a su dignidad personal. Lo que ha de conducir, por tanto, al otorgamiento del amparo solicitado». En el mismo sentido SSTC 195/1995, de 19 de diciembre, FJ 3 y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 2).

Sin embargo aquí se utiliza para negar la celebración de visitas íntimas y en consecuencia la posibilidad de mantener relaciones sexuales. Esta negación es un límite a la intimidad pues las relaciones sexuales son expresión de la máxima intimidad, y, como tal negación supone la consiguiente reducción de la intimidad.

Para MARTÍNEZ DE PISÓN la sentencia «hace peligrar» el mismo concepto de intimidad, pues de sus razonamientos se desprende no ya que el desarrollo de una vida sexual pertenece al ámbito de la intimidad, sino que «ni siquiera es una condición para el pleno ejercicio de la integridad moral del individuo»³⁵.

La fundamentación de la negación de visitas íntimas no puede consistir en «que su privación no reduce la intimidad más allá de lo que la ordenada en prisión requiere»; sino, en todo caso, en aras de una ordenada vida en prisión; es decir, que la celebración de visitas íntimas pusiera en peligro el orden, la seguridad del establecimiento o el tratamiento; pues salvo fundamentación en contrario las comunicaciones íntimas no tienen por qué incidir en el orden de la prisión.

La sentencia es muy antigua, hoy día seguramente utilizaría el principio de proporcionalidad para analizar la constitucionalidad de la limitación del derecho de intimidad de los presos que supone la restricción de relaciones sexuales.

Como es sabido, este principio significa que la limitación será proporcionada y por tanto constitucional si se adecua a las finalidades penitenciarias que son la garantía de la seguridad, el interés de tratamiento y el buen orden y funcionamiento del centro penitenciario. Además la limitación no podrá ir más allá de lo estrictamente necesario (STC 128/2013, de 3 de junio, FJ 5).

³⁴ STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ5

³⁵ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Cívitas, Madrid, 1993, p. 190.

Por tanto la negación de las visitas íntimas hubiera exigido su proporcionalidad, es decir su adecuación a las finalidades penitenciarias de garantía de la seguridad, el interés de tratamiento y el buen orden y funcionamiento del centro penitenciario.

Además el Alto Tribunal, y en aras a la constatación del cumplimiento del principio de proporcionalidad, debería haber revisado la motivación de la medida limitadora del derecho fundamental de intimidad que supuso la negación de visitas íntimas. Es decir el por qué se adoptó la medida, la especificación de cuál de las tres finalidades legalmente previstas –seguridad, interés de tratamiento y buen orden del establecimiento– se persiguió con la adopción de la medida y la explicación de las circunstancias concretas del caso y del recluso que permitieron concluir que la intervención resultase adecuada en orden a alcanzar la finalidad perseguida. (STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4).

En definitiva, aunque la sentencia 89/1987, de 3 de junio, niega que las comunicaciones íntimas sean contenido del derecho fundamental de intimidad para el recluso, utiliza el concepto de intimidad en varias dimensiones. Primero, en la dimensión espacial, pues afirma que la autorización para la comunicación íntima restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad. Segundo, en la dimensión personal, en cuanto las visitas íntimas permiten al recluso la expresión de su sexualidad. En tercer lugar también está presente la intimidad familiar, aquélla compartida con las personas con las que está vinculado, que para las comunicaciones especiales, según establece la legislación penitenciaria, art. 53.LOGP, no sólo pueden ser familiares sino «allegados íntimos».

La segunda de las sentencias aquí estudiadas, la 128/2013, de 3 de junio, caso «visita familiar», contempla un supuesto de hecho consistente en la denegación de una comunicación vis a vis con primos del interno, porque en la solicitud previa de visita hecha por éste, dichos parientes deberían haberse incluido en la categoría de allegados íntimos y no en la de familiares.

La denegación traía causa en la decisión tomada por la dirección del centro penitenciario, de limitar el acceso incondicionado a los parientes dentro del segundo grado, por el gran número de personas que cabía incluir en el concepto de parientes.

Estos parientes, los de parentesco más lejano que el segundo grado, no estaban excluidos del régimen de visitas. Su visita no podía ser como familiares sino como allegados íntimos con la correspondiente comprobación de su condición.

La distinción entre familiares y allegados fue tomada por la Administración Penitenciaria a los efectos de garantizar el orden y buen funcionamiento del centro, dado el gran número de visitas.

La sentencia, al enjuiciar constitucionalmente las comunicaciones íntimas de los presos, y a pesar de haber transcurrido más de veinticinco, reitera la fundamentación argüida en la sentencia 89/1987, de 3 de junio, que acabamos de ver.

Sin embargo, se comprueba una evolución de la doctrina constitucional respecto de dicha sentencia. Si en aquella la autorización para la comunicación íntima era el resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad; en ésta se consideran las comunicaciones un derecho que la legislación penitenciaria reconoce al interno: «Ahora bien, la normativa penitenciaria atribuye a todo interno (preso preventivo o penado) el derecho a entablar comunicaciones con otras personas» (FJ 4).

Y deja bien claro que la naturaleza jurídica de este derecho es la de fundamental al aplicar a su limitación, el principio de proporcionalidad. Así es en el fundamento jurídico 5, entra a valorar la adecuación de la limitación de las comunicaciones al principio de proporcionalidad y llega a la conclusión de que la limitación se acomodó al principio de proporcionalidad en cuanto, primero, se adecuó al fin perseguido de garantizar la seguridad y buen funcionamiento del centro penitenciario, y, segundo, la restricción no se extendió más allá de lo estrictamente preciso.

El orden y el buen funcionamiento constituyen finalidades penitenciarias que fueron consideradas proporcionadas por el Tribunal que también consideró la proporcionalidad de la restricción del derecho de visitas que no fue total sino parcial, pues como hemos visto el interno no fue privado de las visitas de sus allegados íntimos sino que el régimen de sus comunicaciones fue sometido a un régimen razonable.

4. LAS RELACIONES SEXUALES Y LA INTIMIDAD

En definitiva, nosotros entendemos que las relaciones sexuales, como manifestación de la sexualidad, se integran en la intimidad y por lo tanto son objeto o contenido de este derecho fundamental. En consecuencia su privación es una limitación y una restricción de la sexualidad y por ende del derecho fundamental de intimidad.

Tanto los principios generales de nuestro sistema penitenciario, como los preceptos concretos de su legislación, permiten hablar de un derecho de los internos a mantener contactos con el exterior, a través de comunicaciones y visitas en los establecimientos penitenciarios. Entre los mismos se encuentra la visita íntima como un derecho del recluso para satisfacer sus necesidades sexuales y afectivas.

La propia denominación de estas visitas como «íntimas» nos puede llevar a deducir que el legislador ha querido incluir el mantenimiento de relaciones

sexuales como contenido del derecho fundamental a la intimidad, pues el posible contenido sexual de una comunicación se incluye en el mayor grado de intimidad posible.

Por tanto, si las comunicaciones son un derecho de los internos, que habilita para éste un espacio y un tiempo reservados frente a la acción y conocimiento de los demás, se puede sostener que las comunicaciones son ejercicio del derecho fundamental de intimidad, y dentro de ellas las visitas de contenido sexual, la máxima expresión de este derecho.

Se comprueba una evolución de la doctrina constitucional. Si en el primer caso que nuestro Tribunal Constitucional debió acercarse a estas cuestiones, la autorización para la comunicación íntima era el resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad, en la más reciente se consideran las comunicaciones un derecho que la legislación penitenciaria reconoce al interno. Y deja bien claro que la naturaleza jurídica de este derecho es la de fundamental al aplicar a su limitación, el principio de proporcionalidad.

TITLE: The sexuality of prisoners in constitutional jurisprudence

RESUMEN: El artículo analiza críticamente la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la sexualidad de las personas que están en prisión; el Alto Tribunal integra la sexualidad en el ámbito de la intimidad, pero le niega el carácter de derecho fundamental. Frente a esta postura el artículo defiende que las comunicaciones denominadas «íntimas», aquellas de contenido sexual, son ejercicio del derecho fundamental de intimidad. Para la defensa de su tesis se fundamenta en la propia Constitución y en la legislación penitenciaria.

PALABRAS CLAVE: Jurisprudencia constitucional. Sentencias 89/1987, de 3 de junio y 28/2013, de 3 de junio. Derecho fundamental de intimidad. Sexualidad. Prisión

ABSTRACT: The paper examines critically the Spanish Constitutional Court doctrine on imprisoned persons sexuality that is contained in the sentences 89/1987 of June the 3rd and 28/2013 June the 3rd. The constitutional judge integrates sexuality in the field of privacy, but denied it as a fundamental right. Opposite to this position, this paper argues that the contacts called «intimate», those with sexual content, are exercising the fundamental right of privacy. The defense of this thesis is based on the Constitution and the penitentiary legislation.

KEYWORDS: Constitutional Court. Sentences 89/1987 of June the 3rd and 28/2013 June the 3rd. Fundamental right to privacy. Sexuality. Prison

RECIBIDO: 30.11.2015

ACEPTADO: 09.12.2015

SUBCONTRATO DE TRANSPORTE Y DERECHO DE SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR EN EL CMR¹

Blanca Torrubia Chalmeta

doi: 10.18543/ed-63(2)-2015pp243-262

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SUBCONTRATO DE TRANSPORTE Y RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR POR LOS ACTOS Y OMISIONES DEL SUBPORTEADOR EN EL CMR. 2.1. *Consideraciones previas*. 2.2. *Presupuestos de la responsabilidad del porteador por actos del subcontratista*. 2.3. *Esquema del sistema de responsabilidad del porteador*. 3. EL DERECHO DE REPETICIÓN DEL PORTEADOR FRENTE AL SUBPORTEADOR. 4. EL DERECHO DE SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR EN LA POSICIÓN DEL PORTEADOR EN EL CMR. 5. LEGITIMACIÓN PROCESAL. 6. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. 7. INTERESES.

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del porteador es la cuestión más relevante de todas las que se estudian y afectan al contrato de transporte. Prueba de ello es que, en materia de transporte internacional de mercancías por carretera, el Convenio de Ginebra («CMR»², *Convention relative au contrat de transport*

¹ Con mi agradecimiento al Profesor Eduardo Valpuesta.

² El Convenio de Ginebra, conocido como CMR, fue ratificado por España en 1974, BOE n.º 109, de 7 de mayo de 1974. Desde su celebración en 1956 únicamente se ha visto modificado en dos ocasiones; la primera, en 1978, para acoger la unidad de cuenta DEG (Derecho Especial de Giro), y la segunda, en 2008 para la utilización de la carta de porte electrónica. El CMR ha sido y continúa siendo el referente jurídico sobre la que se desarrolla el transporte internacional por carretera. Cuenta con 55

international de marchandises par route) de 19 de mayo de 1956³, principal instrumento normativo en este ámbito, señala en su Preámbulo que la razón del mismo radica en «la conveniencia de normalizar las condiciones que rigen el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, especialmente en lo que se refiere a los documentos utilizados para este transporte, así como la responsabilidad del transportista». Y que destina a su regulación todo un capítulo, el IV («Responsabilidad del transportista», arts. 17-29 CMR).

El Convenio de Ginebra parte de un presupuesto: el transportista responde, no sólo de sus propios actos y omisiones, sino también de los actos y omisiones de sus auxiliares. Esta extensión de responsabilidad se halla concretada en el régimen jurídico del contrato de transporte y constituye una concreción de la responsabilidad del empresario por la actuación de sus colaboradores, que a su vez, lo es de la regla general de la responsabilidad del deudor por la actuación de sus auxiliares⁴.

Señala el artículo 3 del Convenio, único dentro del Capítulo II (Personas por las cuales responde el transportista):

«A efectos de aplicación de este Convenio, el transportista responderá de sus propios actos y omisiones y de los de sus empleados y de todas las otras personas a cuyo servicio él recurra para la ejecución del transporte, cuando tales empleados o personas realicen dichos actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones».

La versión española del CMR perdió en este precepto el matiz de las versiones francesa e inglesa a propósito del modo en que el transportista responde por la actuación de dichos colaboradores: «*comme de ses propres actes et omissions*» y «*as if such acts or omissions were his own*» (como de sus propios actos y omisiones). Por ello, debe entenderse que la responsabilidad de dicho porteador por los actos y omisiones de sus colaboradores se despliega

miembros y, entre ellos, los 27 países que integran la Unión Europea, así como otros Estados europeos, además de africanos y asiáticos. Para su aplicación basta con que uno de los países sea firmante del convenio, de ahí que todos los transportes por carretera en el ámbito de la exportación e importación en los que intervenga España o cualquier Estado de la Unión Europea, o europeo firmante quedan sujetos a él. Siendo el transporte por carretera el más utilizado en el seno de la Unión Europea (y de todo el continente europeo), es fácil comprender la repercusión del CMR en el desarrollo del comercio.

³ Versión española publicada en el BOE n.º 109, de 7 de Mayo de 1974, corregida en el BOE n.º 142 de 15 de junio de 1995. El Convenio fue modificado parcialmente por el Protocolo de Ginebra de 5 de Julio de 1978, BOE núm. 303, de 18 de Diciembre de 1982.

⁴ Vid. LLORENTE, C., «El contrato de transporte», en DE LA CUESTA (Dir.), *Contratos Mercantiles*, Bosch, Barcelona, 2007, Tomo II, pp. 1056-1057, que lo refiere directamente a la regla general de responsabilidad del deudor por sus auxiliares.

en las mismas condiciones, con igual extensión y con los mismos límites que la suya propia⁵.

Como se desprende del contenido del artículo 3 CMR el círculo de colaboradores de cuya actuación debe responder el porteador incluye, tanto a los auxiliares dependientes o colaboradores subordinados (normalmente sometidos a una relación laboral), como a los auxiliares independientes. Dentro de esta última categoría se hallan los subporteadores⁶ esto es, empresarios que colaboran con el porteador de manera que éste pueda dar cumplimiento al contrato de transporte pactado con el cargador.

No establece el CMR una regulación general del subtransporte, figura jurídica que a la que, sin hacer referencia expresa, parece dar por supuesta en el artículo 2 que delimita los supuestos de aplicación/exclusión del Convenio en el ámbito del transporte multimodal. Esta falta de regulación ha provocado y provoca dudas a la hora de determinar si las normas sobre responsabilidad previstas para el transporte sucesivo son extrapolables al contrato de subtransporte.

En Derecho español, la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías aborda, por vez primera, la intervención de diversos sujetos por vía de subcontratación en el transporte y, en particular, la cuestión relativa a la determinación de las personas pasivamente legitimadas frente a las reclamaciones de responsabilidad⁷. Se consagra, de este

⁵ Vid. JORDANO FRAGA, J., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 499. En igual sentido LLORENTE, C., «El contrato de transporte», *op. cit.*, p. 1057.

⁶ En este sentido, *vid.* SÁNCHEZ-GAMBORINO ORTIZ, F.J., «La deseable adopción de la Convención CMR como derecho aplicable al transporte nacional de mercancías por carretera y la actualización de la Convención CVR en lugar de una norma comunitaria sobre prestación de servicios», *RGD*, 1992, pp. 11756 y ss.

⁷ El Preámbulo de la Ley 15/2009 señala que la misma adapta, en lo sustancial, el Derecho del contrato de transporte terrestre español al modelo que suponen los convenios internacionales en la materia, básicamente al Convenio de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) y a las Reglas Uniformes CIM/1999, siguiendo así el camino antes trazado por otros países europeos. Y que ello se realiza sobre la base de que no resultan tan distintos, en el momento actual, el transporte internacional y el puramente interno, al que se destina la ley. El propio Preámbulo parte de que tales convenios distan de contener una regulación completa del contrato de transporte, justificando así que la ley no se limite a incorporar acriticamente dichos textos, sino que, en una medida muy elevada, presente soluciones propias a muchos de los problemas que ofrece el transporte terrestre de mercancías. Así, regula con detalle todo lo relativo al acondicionamiento y la entrega de las mercancías al porteador y a las obligaciones de carga y estiba, mientras que el CMR guarda silencio sobre dichas operaciones. Sigue, por el contrario, muy de cerca los convenios CMR y CIM en lo referente al derecho de disposición sobre las mercancías y a los impedimentos al transporte y a la entrega y al plazo de entrega. No tiene precedente en los convenios internacionales la regulación legal de la obligación de pago del precio del

modo, y definitivamente «la posición del porteador efectivo». Esta regulación, como señala el Preámbulo de la Ley 15/2009, «aporta seguridad jurídica en una materia notablemente litigiosa hasta el presente». La falta de determinación y la defectuosa regulación de los sujetos del transporte ha venido generando continuos problemas y respuestas doctrinales y jurisprudenciales no coincidentes⁸. La ley busca dar solución a ello, en especial, mediante la regulación de la intervención en el transporte de varios sujetos⁹.

En el presente trabajo se analizará la responsabilidad del porteador por la actuación del subporteador y se intentará justificar, ante el silencio del CMR, el porqué del derecho de subrogación –y de la consiguiente legitimación procesal–, que asiste al asegurador del porteador para repetir del subporteador o transportista efectivo el importe satisfecho, cuando esa responsabilidad obedece a la actuación dolosa o culposa de éste último.

2. SUBCONTRATO DE TRANSPORTE Y RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR POR LOS ACTOS Y OMISIONES DEL SUBPORTEADOR EN EL CMR

2.1. *Consideraciones previas*

La subcontratación del transporte constituye un instrumento jurídico que permite al porteador, que ha asumido una operación global de transporte¹⁰,

transporte. La ley adopta un planteamiento novedoso, en el que sobresale la responsabilidad subsidiaria de pago que asume el cargador en aquellos casos en que se pacte el pago de los portes por el destinatario. La influencia del CMR, se deja sentir con intensidad en la regulación de la responsabilidad del porteador por pérdidas, averías o retraso.

⁸ Vid. a este respecto, TOBIO RIVAS, A.M., «Los intervinientes en el contrato de transporte con especial referencia a la problemática del art. 5 LCTTM», *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 6, 2010, (Ejemplar dedicado a: La Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (LCTTM)), pp. 35-60.

⁹ En esta línea, la Ley 15/2009 busca precisar la posición contractual de los transitarios, operadores de transporte, agencias de transporte y demás personas que intermedian en el transporte, y consagra en el art. 5, en líneas generales, la solución que ya ofrecía la normativa de ordenación del transporte terrestre (y, el artículo 379 del Código de Comercio), que obligaba a estos intermediarios a contratar el transporte en nombre propio y a asumir la posición del porteador. Sobre esta actuación en nombre propio, y la problemática que plantea, véase VALPUESTA, E., «Naturaleza jurídica de la comisión de transporte tras la Ley de Ordenación de los transportes terrestres», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 9, 1991, pp. 79 y ss.; PILOÑETA, L.M., *Las agencias de transporte de mercancías*, Bosch, Barcelona, 1997.

¹⁰ Vid. a este respecto el análisis de la noción jurídico-obligacional de porteador en el CMR que realiza EMPERANZA, A., *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Comares, Granada, 2003, pp. 151-156, para quien «solo aquellos sujetos que asumen

cumplir la prestación con eficiencia técnica y económica, mediante el recurso a auxiliares independientes que la ejecutarán, en todo o en parte, en función de lo convenido. La entrada de los subtransportistas se produce, y así lo refiere el artículo 3 CMR, en la fase de ejecución del contrato de transporte. Esto es, en la fase que vincula al porteador con el destinatario de la mercancía¹¹.

El subcontrato de transporte, desde un punto de vista jurídico, trae causa de un contrato de transporte previo, o mejor, de su ejecución. Ello permite dar entrada en la misma operación de transporte a otros porteadores (empresarios del transporte) que se subrogan, con las consecuencias jurídicas que ello implica, en la posición de aquél. Esta subrogación es posible merced a la especial relación que liga al porteador (contractual) con el destinatario de la carga, y que para algunos autores es consecuencia de la naturaleza de título representativo de mercancías que ostenta la carta de porte¹². El porteador puede encomendar la realización efectiva del transporte a otro sujeto, y de hecho así se realiza en infinidad de ocasiones por cuestiones organizativas. A diferencia de la comisión, que no admite la delegación salvo autorización del comitente (art. 261 CCom.), el de transporte no se entiende como contrato *intuitu personae* que deba necesariamente ser ejecutado de forma personal por el porteador.

No entraremos ahora en cuál sea la relación jurídica existente entre el porteador y el subporteador: una relación de servicios profesionales; un verdadero contrato de transporte «nuevo» (en el que cargador sería el porteador contractual, y porteador el porteador efectivo); o un subcontrato (si admitiéramos la existencia de una categoría normativa de «subcontrato»). Estas cuestiones han sido ampliamente debatidas en la doctrina, pero para el supuesto que nos ocupa las consecuencias serán sustancialmente iguales, sea cual sea la posición que se adopte a este respecto.

Lo que sí presupone el subtransporte es la actuación por cuenta propia del subtransportista, esto es, en su condición de empresario del transporte. Fuera de nuestro estudio queda el supuesto del porteador efectivo que se halla en relación

el compromiso de responder de la realización del transporte pueden estar sujetos al Convenio CMR, con independencia de que lo efectúen o no con medios propios. En suma, se halla sometido a la regulación del CMR el sujeto que haya asumido por su propia cuenta la obligación de ejecutar el transporte confiado».

¹¹ En este sentido, PILOÑETA ALONSO, L.M., «El subtransporte: análisis crítico y teórico de un concepto práctico», en MARTÍNEZ SANZ y PETIT LAVALL (Dir.), *Aspectos jurídicos y económicos del transporte*, Publicaciones de la Universitat Jaume I, Castellón, D.L. 2007, p. 746, si bien lo amplía también al remitente.

¹² Así resulta de la regulación de la carta de porte en el CMR. A la carta de porte tradicional se equipara la carta de porte electrónica por virtud del Protocolo Adicional al Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), relativo a la carta de porte electrónica, hecho en Ginebra el 20 de febrero de 2008, al que España se ha adherido, BOE 14 de junio de 2011.

laboral, del tipo que sea, con el porteador contractual, o que es contratado en relación laboral para este transporte¹³. En este caso no hay subtransporte, sino realización efectiva del transporte por el transportista a través de sus empleados, que jurídicamente forman parte y constituyen la misma empresa de transportes.

El CMR, como queda dicho, no regula expresamente el subtransporte. Lo único que afirma, a este respecto, es, en su artículo 3, que «A efectos de aplicación de este Convenio, el transportista responderá de los actos y omisiones de sus empleados y de todas las de otras personas a cuyo servicio recurra para la ejecución del transporte, cuando tales empleados o personas realicen dichos actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones». El porteador responde de lo que hagan sus empleados (laborales) y las personas a cuyos servicios recurra (subtransporte). Como se aprecia, la norma Convencional no califica cuál sea la relación con el subporteador, ni por qué responde de sus actos. Únicamente le hace responsable, sin prejuzgar ni determinar la razón jurídica. Algo que resulta muy propio de una norma que puede desarrollar su eficacia en países con tradiciones jurídicas y construcciones contractuales muy diversas.

Sí regula parcialmente el subtransporte, al menos de forma indirecta, la Ley española de 2009. Conforme a su artículo 6, «1. El porteador que contrate con el cargador responderá frente a éste de la realización íntegra del transporte conforme a lo previsto en esta ley, aun cuando no la lleve a cabo por sí mismo en todo o en parte. 2. Cuando el porteador que haya contratado directamente con el cargador contrate, a su vez, la realización efectiva de la totalidad o una parte del transporte con otro porteador, quedará obligado frente a éste como cargador conforme a lo dispuesto en esta ley y en el contrato que con él haya celebrado». Como se aprecia, en la Ley española se presupone que el «subtransporte» no es más que un «contrato de transporte» celebrado entre el transportista del primer contrato de transporte (el «porteador contractual») y otro transportista que va a realizar efectivamente el traslado de la mercancía (el «porteador efectivo»). El transportista contractual responde frente a su cargador como porteador, aunque no realice efectivamente el traslado (apartado 1); mientras que quedará obligado, a su vez, como cargador frente al porteador efectivo (apartado 2).

2.2. *Presupuestos de la responsabilidad del porteador por actos del subporteador*

El artículo 3 del Convenio parte de un presupuesto para hacer responsable al porteador por los actos y omisiones de las personas a cuyo servicio recurre

¹³ Respecto de la posible relación contractual entre porteador y subporteador véase PILOÑETA ALONSO, L.M., «El subtransporte: análisis crítico y teórico de un concepto práctico», *op. cit.*, pp. 739 y ss. (y doctrina allí citada).

para la ejecución del transporte: que éstas realicen tales actos y omisiones «en el ejercicio de sus funciones». Quiere ello decir que el auxiliar ha de actuar dentro del marco de la obligación de ejecución del transporte asumida. Entendiéndose incluidos los supuestos en los que aprovechan o utilizan el hecho del transporte para poner en peligro, de algún modo, las mercancías que le son confiadas en custodia al porteador¹⁴. Del daño que genere fuera de ese límite, será responsable él por la vía de la responsabilidad extracontractual.

Además, y sentado lo anterior, el incumplimiento del subporteador ha de ser injustificado¹⁵ y conllevar un resultado material (pérdida, retraso o avería) que pudiera resultar atribuible al porteador contractual en el caso de haber ejecutado él mismo materialmente el transporte.

Cumplidos los requisitos anteriores, la imputación de responsabilidad al porteador contractual por la actuación del subporteador será automática. Resulta indiferente que el porteador haya actuado con la debida diligencia en la elección, vigilancia e instrucción del auxiliar¹⁶. Aquél no podrá exonerarse ni limitar su responsabilidad por cuanto que la obligación asumida contractualmente con el cargador, no es la correcta selección de sus auxiliares, sino trasladar la carga incólume hasta su destino¹⁷.

Ahora bien, el hecho de que la responsabilidad del porteador contractual se despliegue de manera automática frente a terceros por la actuación del porteador efectivo, no significa que por aquél no pueda resarcirse de la indemnización abonada en aplicación del artículo 3 CMR. La existencia de la

¹⁴ En este sentido, MARTÍNEZ SANZ, F., *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, Comares, Granada, 2002, pp. 611 y ss., que señala: «básicamente, cuando cometen un delito o una falta: roban todo o parte de la mercancía, introducen droga o alcohol de contrabando mezclándola entre la mercancías, etc. Pero en casos como el último de los descritos, el perjudicado podría optar por accionar directamente –aunque resulte poco probable que vaya a suceder así– contra los causantes directos del daño, por la vía extracontractual».

¹⁵ Lo injustificado del incumplimiento habrá de valorarse a la luz de las reglas generales sobre responsabilidad recogidas en el CMR, a las que luego haremos referencia.

¹⁶ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, *op. cit.*, p. 89, que señala «De lo contrario, no se entendería la presencia del art. 1903.6 C.c., que permite la exoneración del empresario cuando pruebe “que emple[ó] toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”. No obstante, no puede negarse que en la práctica semejante principio resulta “desfigurado” hasta el punto de cuestionarse si la regla no es la contraria. Y ello por la enorme dificultad que tendrá el empresario para exonerarse, como consecuencia de una jurisprudencia especialmente restrictiva».

¹⁷ LLORENTE, C., «El contrato de transporte», *op. cit.*, p.1059 y SÁNCHEZ-GAMBORINO ORTIZ, F.J., «La deseable adopción de la Convención CMR como derecho aplicable al transporte nacional de mercancías por carretera y la actualización de la Convención CVR en lugar de una norma comunitaria sobre prestación de servicios», *op. cit.*, p. 70.

relación interna fruto del subcontrato de transporte así lo exige: sea una relación de servicios, un transporte, un subcontrato, etc., el porteador (efectivo) debe responder frente al porteador (contractual –su cargador, según la Ley española–) del cumplimiento de la prestación a la que se ha comprometido.

El CMR, sin embargo, únicamente ha previsto de manera expresa el derecho de repetición del porteador en relación con el transporte sucesivo (artículos 37 a 39 CMR) lo que ha llevado a algún autor a entender, contrariamente a lo que aquí se defiende, que tal derecho no es extensible al subcontrato de transporte¹⁸. Consideramos que la exclusión del derecho de repetición en tal caso resultaría contradictoria con la naturaleza contractual de la obligación que el subporteador asume frente al porteador.

2.3. *Esquema del sistema de responsabilidad del porteador*

No podemos exponer ahora, en toda su complejidad, el sistema de responsabilidad del porteador en el CMR (que es similar, en lo sustancial, en la Ley española). Pero sí resulta preciso realizar una referencia muy sintética para luego poder explicar adecuadamente el derecho que asiste al porteador frente al subporteador.

El porteador responde: a) de la pérdida total o parcial o de la avería que se produzca entre el momento de la toma en carga de la mercancía y el de la entrega, así como, b) del retraso en la entrega (art. 17.1 CMR). Pero queda exonerado de esta responsabilidad si la pérdida, avería o retraso ha sido ocasionado por culpa del que tiene derecho sobre la mercancía o por una instrucción de éste no resultante de una acción culposa del transportista, por vicio propio de la mercancía o por circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir (art. 17.2 CMR). Ahora bien, la prueba de que la pérdida, la avería o la mora han tenido por causa uno de los hechos previstos en el artículo 17, párrafo 2, incumbe al transportista (art. 18.1 CMR). Esto muestra el rigor del sistema: aunque inicialmente el porteador sólo responde de daños y retrasos culpables o dolosos, al tener que demostrar él que concurre alguna causa de exoneración, en realidad la regla es que responde, salvo que pruebe la exoneración¹⁹.

Quizás por ese especial rigor, el Convenio limita la responsabilidad del porteador. No responderá de todo el daño causado, sino que: a) en caso de pérdida, la indemnización se calculará en función del valor de la mercancía, y

¹⁸ SÁNCHEZ-GAMBORINO ORTIZ, F.J., «La deseable adopción de la Convención CMR como derecho aplicable al transporte nacional de mercancías por carretera y la actualización de la Convención CVR en lugar de una norma comunitaria sobre prestación de servicios», *op. cit.* p. 75.

¹⁹ En la Ley española véase un sistema paralelo en los artículos 47 a 49.

no podrá exceder de 8,33 unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto faltante; b) en caso de retraso, el límite es el precio del transporte; y c) en el supuesto de avería, la indemnización se determina conforme a la depreciación del bien, con unos límites (arts. 23 y 25 CMR). Ahora bien, esta limitación no juega «si el daño ha sido causado por dolo o por culpa que sea equiparada al dolo por la Ley de la Jurisdicción a que se refiera» (art. 29.1 CMR)²⁰.

Por último, esos límites se aplican también cuando la reclamación que se dirija contra el porteador o sus auxiliares, tenga naturaleza extracontractual (art. 28 CMR)²¹. Esta calificación deberá hacerse conforme a la Ley aplicable si bien, el propio CMR no indica cual ha de ser ésta, por lo que habrá que estar a la normas de Derecho Internacional Privado del foro²². La regla es importante porque unifica el sistema para la reclamación contractual (la del destinatario, por los daños sufridos por la pérdida, avería o retraso) o extracontractual (la de otros perjudicados distintos al destinatario). En ambos casos el porteador se rige por las mismas exoneraciones, límites, y exclusiones

²⁰ Artículo 29 CMR: «1. El transportista no tendrá derecho a prevalerse de las disposiciones de este capítulo que excluyan o limiten su responsabilidad, o que inviertan la carga de la prueba, si el daño ha sido causado por dolo o por culpa que sea equiparada al dolo por la Ley de la Jurisdicción a que se refiera. 2. Esto mismo se aplicará al dolo o culpa de los empleados del transportista o de cualesquiera otras personas a las que el transportista haya recurrido para la realización del transporte, siempre que éstos actúen en el desempeño de sus funciones. En este caso, estos empleados o esas otras personas no tendrán derecho a prevalerse, en lo que respecta a su responsabilidad personal, de las disposiciones de este capítulo mencionadas en el párrafo anterior». El análisis de este precepto, su origen, derecho comparado y el tipo de culpa (grave) que contempla lo realiza MARTÍNEZ SANZ, F., *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, op. cit., pp. 511 y ss. La Ley española 15/2009 en lo que se refiere a la determinación del límite de exclusión o limitación de la responsabilidad, hace referencia a que el daño o perjuicio haya sido causado por él o por sus auxiliares, dependientes o independientes, con actuación dolosa o con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción (arts. 57 a 62).

²¹ Conforme a dicho precepto, «1. En el supuesto que, según la ley aplicable, la pérdida, avería o retraso causados en el transporte sometido a este Convenio puedan dar lugar a una reclamación extracontractual, el transportista puede prevalerse de las disposiciones de este Convenio que determinen, limiten o excluyan las indemnizaciones debidas. 2. Cuando la responsabilidad extracontractual por pérdida, avería o retraso se exija en juicio a personas de las que responde el transportista en los términos del art.3, estas personas pueden igualmente prevalerse de las disposiciones de este Convenio que determinen, limiten o excluyan la responsabilidad del transportista».

²² En este sentido LLORENTE, C., «El contrato de transporte», op. cit., p.1056, que entiende que a pesar de que el recurso a la Ley aplicable sólo es mencionado en el apartado 1 del art. 28 CMR (para el porteador), también juega respecto del apartado 2 del art. 28 CMR (personas de las que responde).

de los límites. Como es sabido, en nuestro Derecho, por ejemplo, no está claro en la jurisprudencia si existe una «unidad de culpa civil» o si la reclamación entablada debe expresar claramente y ceñirse a una responsabilidad contractual o extracontractual²³. El hecho de que el régimen sea común hace que el porteador responda o deje de responder, de igual forma, tanto le reclame la parte contractual, como el perjudicado extracontractual. Las consecuencias son importantes sobre todo por lo que respecta al subporteador, como enseguida se verá.

3. EL DERECHO DE RECLAMACIÓN DEL PORTEADOR FRENTE AL SUBPORTEADOR

Cuando la actuación del subporteador ha causado averías, daños o retraso en la entrega, no está claro si resulta posible para el consignatario perjudicado el actuar directamente contra él, por ser un «porteador subcontratado», y no existir así una relación jurídica directa entre el subporteador y el destinatario. De hecho, buena parte de la doctrina reconoce el problema de inexistencia de una relación contractual que pueda fundamentar una acción de este tipo, y de inexistencia a su vez en el Convenio de una acción directa contra el subporteador (que sí se recoge en otros ámbitos convencionales)²⁴.

Pese a ello, los preceptos que hemos expuesto anteriormente sí presuponen que la responsabilidad de los empleados del porteador y, sobre todo por lo que interesa a este trabajo, de las personas «de las que responde el transportista en los términos del art. 3» (art. 28.2 CMR) o «de cualesquiera otras personas a las que el transportista haya recurrido para la realización del transporte» (art. 29.2 CMR) se rige por las mismas reglas que la del portea-

²³ Vid. al respecto, en la doctrina española, entre otros, YZQUIERDO, M., «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderna unificación», *RCDI*, 1991, pp. 443 y ss.; CAVANILLAS, S. y TAPIA I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de Responsabilidad civil*, 3.^a edic., pp. 13 y ss.; y JORDANO FRAGA, J., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, op. cit., pp. 243 y ss. En el ámbito marítimo vid. RUIZ SOROA, J.M., «Aplicación del régimen jurídico propio de las acciones de responsabilidad por averías o pérdidas del cargamento o por daño al pasajero», en EIZAGUIRRE (Coord.), *III Jornadas de Derecho marítimo de San Sebastián. El anteproyecto de contratos de utilización del buque*, San Sebastián, 1996, pp. 89 y ss. y MARTÍNEZ SANZ, F., *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, op. cit., pp. 91 y 92 y bibliografía allí citada.

²⁴ Véase LLORENTE, C., «El contrato de transporte», op. cit., pp. 1001-1002; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «Comentario a los artículos 1601 a 1603 del Código Civil», en BERCOVITZ, R.; DÍEZ PICAZO; PAZ ARES Y SALVADOR, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, vol. II, p. 1216.

dor²⁵. Esto es, que tales sujetos (el subporteador será uno de ellos) podrán prevalerse de las reglas del Convenio cuando se les exija responsabilidad extracontractual por pérdida, avería o retraso; y que pierden ese derecho si el daño ha sido causado por dolo o culpa que sea equiparada al dolo. Si bien esto no supone, de forma expresa, admitir la existencia de una acción directa del perjudicado contra el subporteador, sí que al menos presupone que cabría una reclamación de ese perjudicado basada en culpa extracontractual (ya que no hay relación contractual), a la que resultarían aplicables las reglas de determinación, limitación o exclusión de la responsabilidad del porteador. La práctica muestra que la aplicación del artículo 29 CMR se realiza fundamentalmente cuando intervienen en la ejecución del transporte los auxiliares a los que se refiere el artículo 3 CMR. El perjudicado, en tales casos, cuenta con la posibilidad de resarcirse del daño reclamando indistintamente al porteador contractual y al porteador efectivo²⁶.

Aparte de esto, otro de los problemas que se plantean es qué ocurre en el caso de que el subporteador haya causado averías, daños o retraso en la entrega, de los que haya tenido que responder el porteador. De hecho, lo más común es que en tales supuestos el destinatario reclame directamente al porteador o, sobre todo, a su aseguradora, que sean quienes satisfagan la indemnización correspondiente. ¿Tendría derecho en tal caso el porteador, o su aseguradora, a reclamar el pago del subporteador?²⁷

El artículo 37 CMR, dentro del Capítulo VI (Disposiciones relativas al transporte efectuado por transportistas sucesivos) reconoce al transportista que haya pagado una indemnización en virtud de las disposiciones del Convenio el derecho a repetir el principal, intereses y gastos de los transportistas que hayan participado en la ejecución del contrato de transporte. Ciertamente, este precepto se refiere al supuesto de «transporte sucesivo», en el cual «un transporte sometido a un solo contrato es ejecutado por sucesivos transportistas por carretera, cada uno de éstos asumirá la responsabilidad por la ejecución del transporte total. El segundo transportista y cada uno de los siguientes resultan, por la aceptación de la mercancía y de la Carta de Porte, partes del contrato en las condiciones de la Carta de Porte» (art. 34

²⁵ Cabe señalar que el artículo 13.3 CMR recoge una previsión especial en relación con la aplicación del artículo 3, para las personas a las que el porteador haya arrendado el vehículo con el que se ha llevado a efecto el transporte y los empleados de éstas. El porteador, en tales casos, no puede alegar culpa de dichas personas para exonerarse de responsabilidad.

²⁶ JORDANO FRAGA, J., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, op. cit. p. 611; MARTÍNEZ SANZ, F., *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, op. cit., p. 91.

²⁷ Un supuesto de este tipo en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a, de 5 de diciembre de 2012 y de 17 de diciembre de 2014.

CMR)²⁸. Sin embargo, la *ratio* del mismo es aplicable también al subtransporte. En el transporte sucesivo, uno de los porteadores sucesivos puede que tenga que responder de unos daños no causados por su culpa o dolo, en virtud de la regla legal que hace responsables a todos los porteadores; y, por lo tanto, ese porteador que paga sin haber causado el daño, puede «repetir» el pago de quien sí lo causó, o si no cabe determinar quién ha sido, de todos en la parte proporcional (art. 37 CMR). En el subtransporte la situación es similar: el porteador ha tenido que satisfacer una indemnización por averías, daños o retrasos que no son imputables a su actuación «material» (aunque sí responda de ellos jurídicamente, por ser porteador contractual); y por eso debe poder, a su vez, repetir el pago del subporteador, que es quien ha realizado la conducta dolosa o negligente que dio lugar a la indemnización.

De cualquier forma, el artículo 37 del Convenio no es el único recurso para justificar esta conclusión. Lo mismo se deduce de la existencia de un contrato entre porteador y subporteador. Como antes hemos señalado, se califique a esta subtransporte como una relación de servicios, como un transporte, como un subcontrato, etc., lo que está claro es que el subporteador responde frente al porteador de cumplir correctamente su encargo. Por lo tanto, si el porteador ha tenido que satisfacer a terceros una indemnización a consecuencia de hechos del subporteador, dispone de un «derecho de repetición» que, más bien, es simplemente la reclamación contractual por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de su prestación. El porteador tiene derecho a repetir el pago porque el subporteador responde de esa prestación.

Por otra parte, hay que señalar que la responsabilidad del subporteador es específica, pues no sólo responde (frente al porteador) en virtud del contrato que les une, sino que también en la responsabilidad frente a terceros se rige por las reglas de vinculación del porteador (aplicación de las reglas de determinación, limitación y exclusión en el caso de reclamación extracontractual, art. 28 CMR, y no limitación de la responsabilidad en casos de dolo o culpa equiparable, art. 29 CMR)²⁹. Existe así una íntima unión en el régimen de

²⁸ En nuestro Derecho interno, véanse arts. 64 a 66 de la Ley 15/2009. Sobre esta figura, véanse fundamentalmente SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «El transporte combinado de mercancías», *RDM*, 1976, pp. 49 y ss.; LLORENTE, C., *Régimen jurídico del transporte cumulativo*, tesis inédita, Pamplona, 1999.

²⁹ Cabe señalar que el artículo 13.3 CMR recoge una previsión especial en relación con la aplicación del artículo 3, para las personas a las que el porteador haya arrendado el vehículo con el que se ha llevado a efecto el transporte y los empleados de éstas. El porteador, en tales casos, no puede alegar culpa de dichas personas para exonerarse de responsabilidad.

ambos, lo cual justifica aún más que el porteador pueda, si ha satisfecho una indemnización por hechos causados por el subporteador, reclamar a éste su propia responsabilidad. Si, por ejemplo, ha existido dolo del subporteador, y esto ha hecho que el porteador no pueda prevalerse de la limitación de responsabilidad, tal porteador debe posteriormente poder exigir al subporteador toda la indemnización satisfecha (como un mínimo, y sin perjuicio incluso de poder añadir otros daños que el incumplimiento contractual haya podido causarle).

4. EL DERECHO DE SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR EN LA POSICIÓN DEL PORTEADOR

Reconocida la existencia del derecho de repetición del porteador contractual al porteador efectivo, procede entrar a valorar si, en caso de que la aseguradora del transportista contractual haya satisfecho al tercero la indemnización por pérdida, avería o retraso, como consecuencia de la actuación dolosa o culposa del transportista efectivo, puede subrogarse en la posición de su asegurado para repetir lo pagado del subporteador³⁰.

La norma de Derecho español aplicable es el artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS) que, situado dentro de las Disposiciones Generales, establece:

«El asegurador, una vez pagada la indemnización podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.

El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse.

El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante

³⁰ Vid. el análisis de determinadas cuestiones en materia de transporte multimodal, la solución que los tribunales vienen dando a las mismas, y cómo éstas afectan al asegurador del operador de transporte multimodal cuando opera la subrogación que realiza DEL CORTE LÓPEZ, J., «Algunas cuestiones prácticas del seguro en el transporte multimodal», *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 8, 2011, págs. 119-137.

un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato.

En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés»³¹.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de noviembre de 2013, ha realizado el análisis de este precepto recogiendo la fundamentación doctrinal de las diferentes cuestiones que plantea la subrogación del asegurador. Así, en relación con las bases que la justifican, recoge las siguientes:

«Primera, evitar que el asegurado que, como consecuencia del siniestro, tiene una doble vía de resarcimiento del daño (contra el asegurador y contra el causante del daño), pueda enriquecerse ejercitando ambos derechos (el principio indemnizatorio a que se refiere el art. 26 LCS);

Segunda, impide que el tercero responsable se vea libre de su obligación de resarcir el daño por la protección que obtiene el asegurado merced al contrato de seguro;

Tercera, supone un beneficio para el asegurador, pero también para el asegurado en la medida en que el primero obtiene unos recursos que le favorecen una mejor explotación del negocio y el segundo no verá incrementada la prima que, en caso de insolvencia del responsable del daño, debiera soportar.

Las razones apuntadas ya aparecían en la exposición de motivos del Código de Comercio de 1885. Satisfecho el asegurado de cualquiera de los modos indicados, es de estricta justicia que, como consecuencia de este acto, quede subrogado ipso iure el asegurador en todos los derechos del asegurado, contra los terceros que sean responsables del incendio, por cualquier título o concepto; pues ni el asegurado, una vez percibida la indemnización, puede exigir de éstos otra, lo cual constituiría un lucro o beneficio, en oposición con la naturaleza fundamental del mismo contrato, ni los terceros quedan libres de su responsabilidad en virtud del seguro, como acto ajeno a ellos, siendo, por el contrario, muy ventajosa esta subrogación al mismo asegurado, que obtendrá por ella alguna rebaja en la cuantía del premio del seguro».

Sobre la naturaleza jurídica de la subrogación la sentencia matiza:

«Aunque se sostiene por algunos que la subrogación constituye una cesión de créditos, o un supuesto atípico de sucesión en el crédito del asegurado frente al tercero responsable, o un supuesto particular de subroga-

³¹ Vid. el certero comentario que de este artículo realiza SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), en *Ley de Contrato de Seguro. Comentario a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 716 y ss., abordando las diferentes cuestiones que plantea la subrogación y justifica las exclusiones que se recogen por razón de las personas.

ción por pago, es lo cierto que el art. 43 LCS establece una subrogación legal –aunque no se produzca automáticamente–.

Como destaca la doctrina, mientras la cesión es el cauce para realizar el interés de la circulación del crédito, la subrogación atiende a la satisfacción de un interés subrogado para recuperar, por vía de regreso, un desembolso patrimonial efectuado por el asegurador.

En relación con los criterios establecidos por la de la Sala para poder hacer efectiva la subrogación, sostiene:

«La doctrina más reciente de esta Sala, STS núm. 432/2013, de 12 de junio, destaca que el art. 43 LCS exige tres presupuestos:

- (i) que el asegurador haya cumplido la obligación de satisfacer al asegurado la indemnización dentro de la cobertura prevista en el contrato,
- (ii) que exista un crédito de resarcimiento del asegurado frente al tercero causante del daño, de modo que cuando no existe deuda resarcitoria por parte de un tercero no opera la subrogación (SSTS 14 de julio 2004, 5 de febrero de 1998, entre otras);
- (iii) y la voluntad del asegurador de subrogarse, como un derecho potestativo que puede hacer valer o no, según le convenga, por lo que la subrogación no operaría ipso iure, conforme preveía el Código de Comercio»³².

Por último, en relación con el régimen de oponibilidad de las excepciones del tercero responsable frente al asegurador, la STS de 19 de noviembre de 2013 establece:

«Del concepto de subrogación surge la natural consecuencia de que las acciones que el asegurador puede ejercitar son las mismas que las que podía ejercitar el asegurado-perjudicado. Por tanto, presupone un crédito del asegurado contra un tercero responsable del daño. Ha de tratarse de un crédito del asegurado dirigido a la obtención de un resarcimiento de daños que ha dado lugar, por vía subrogatoria, a la indemnización por el asegurador al asegurado en virtud de la existencia de un contrato válido y vigente. Así lo establece expresamente el art. 43 LCS, cuando afirma que el

³² La STS de 20 de octubre de 2010 enumera 6 requisitos para que el asegurador pueda ejercitar las acciones correspondientes a su asegurado:

1. Que exista un contrato de seguro.
2. Que la aseguradora pague una indemnización al asegurado o en el caso del seguro de responsabilidad civil al tercero perjudicado.
3. Que el pago responda a la ejecución del contrato de seguro.
4. Que el asegurado tenga frente a terceros derechos y acciones frente a terceros como consecuencia del daño indemnizado por el asegurador.
5. Que el asegurador decida ejercitar los derechos y acciones del asegurado.
6. Que no concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en la propia norma.

objeto de la subrogación, una vez pagada la indemnización, son los derechos y acciones «que correspondieran al asegurado». Por esta razón, el demandado puede oponer al asegurador las mismas excepciones que hubiera podido oponer frente al asegurado, preexistentes a la subrogación. Ningún obstáculo habrá para poder admitir también las excepciones procesales por ser de orden público».

Es, por lo tanto, una consecuencia del contrato de seguro el derecho que asiste al asegurador del porteador contractual para reclamar del porteador efectivo el montante abonado al perjudicado³³. Si el asegurador del porteador ha satisfecho una indemnización será porque tal porteador tenía que responder del daño causado. Y el porteador, a su vez, es titular del derecho a reclamar al subporteador, derecho que ya hemos basado tanto en la relación contractual existente entre ambos como, entre otros, en el precepto relativo al derecho de repetición del transporte sucesivo. De acuerdo con ello, la aseguradora que ha pagado puede subrogarse y ejercitar esa misma acción, con los mismos requisitos y límites del derecho del porteador.

A esto no cabe alegar, por parte del subtransportista, que el asegurador no pueda reclamar porque el derecho de subrogación se excluye «contra las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado» (art. 43.3 LCS). Esta exclusión está pensada para los casos en los que la posición de «asegurado» está integrada por personas que se hallan en un ámbito cercano al asegurado formal (por ejemplo, quienes con él habitan en la vivienda, en un seguro de responsabilidad civil derivado de la titularidad de la vivienda; o posiblemente los empleados de un empresario, en un seguro de responsabilidad civil de la empresa), de forma que la aseguradora asegura

³³ Resulta, en este contexto, de interés la STS 14 de junio de 2011 que señala: «El artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro no puede proyectarse más allá del propio contrato, de tal forma que si bien el asegurador que ha pagado no puede ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondan al asegurado frente a las personas responsables del mismo, cuando ello perjudique al asegurado, nada impide su ejercicio en aquellos casos en los que la eventual responsabilidad del asegurado deriva de una relación ajena al siniestro, como acontece en el presente caso en el que la responsable de la pérdida de las mercancías, si a raíz de la reclamación por la aseguradora a su vez tuviese acción contra la asegurada, la misma no sería una consecuencia del hecho asegurado, sino alternativamente: a) del pacto, totalmente ajeno al seguro, entre PROESA y KAYL, S.A. por el que la primera se obligó a contratar el seguro a favor de la segunda y no lo hizo; o b) de la asunción por PROESA de la posición de aseguradora con infracción de las limitaciones subjetivas impuestas por el artículo 4.2 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995\3046), de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados vigente en la fecha en la que se desarrollaron los hechos litigiosos, y hoy en el correlativo del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre (RCL 2004\2307), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados».

los actos del «asegurado» y de ese ámbito de personas. En el caso del subtransporte no se de la misma relación, se trata de una simple relación contractual entre empresarios independientes del transporte, en la que obviamente el subporteador debe responder de daños causados por su actuación dolosa o negligente.

5. LEGITIMACIÓN PROCESAL

Sentadas la facultad de repetir que corresponde al porteador contractual frente al porteador efectivo, y la acción de subrogación que corresponde al asegurador de aquél para reclamar lo pagado al perjudicado, si se dan los hechos generadores de dichas facultades, el asegurador ostentará legitimación activa para ejercitar en la vía judicial la acción de regreso frente al porteador efectivo, y, a su vez, éste ostentará la legitimación pasiva³⁴. Este es el sentido de la expresión «*derechos y acciones*» que correspondieran al asegurado³⁵.

Lo anterior guarda coherencia con la posibilidad prevista en el mencionado artículo 28.2 del Convenio de hacer valer por los auxiliares las exclusiones o limitaciones de responsabilidad previstas en el Convenio en la reclamación por culpa extracontractual; y en el artículo 29.2, en cuanto a la no limitación de responsabilidad por dolo o culpa equiparable. Esto implica que si la aseguradora pagó lo reclamado por el perjudicado, sin acogerse –por ejemplo– a los límites de responsabilidad del porteador, cuando luego ejercite la acción contra el subporteador éste sí podrá alegar tal derecho de limitación, y podría pagar únicamente la indemnización que debería haber satisfecho aplicando tales limitaciones. Igualmente si la aseguradora pagó en un supuesto en el que el porteador estaría exonerado de responder (por ejemplo, porque cabía probar que existía vicio propio de la mercancía, art. 17.2 CMR), cuando luego ejercite la acción contra el subporteador éste podrá alegar su falta de responsabilidad (argumento *ex arts. 17, 28.2 y 29.2 CMR*).

³⁴ En este sentido la reciente SAP de Barcelona (Sección 15.^a) de 17 de diciembre de 2014 al señalar: «En relación con la determinación de la legitimación activa de la demandante, ahora apelada, Allianz Seguros y Reaseguros, S.A, dos son las cuestiones imbricadas en ello: la existencia, a la luz del CMR, del derecho de repetición del porteador contractual frente al porteador efectivo en caso de subcontrato de transporte, y, en tal caso, la del derecho del asegurador a subrogarse en la posición del asegurado».

³⁵ En igual sentido GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*. Publicaciones del Real Colegio de Bolonia, 2001, p. 202., que cita a RUIZ SOROA, J.M, ARRANZ DE DIEGO, A. y ZABALETA SARASÚA, S., *Manual de derecho del Seguro marítimo: el buque, el naviero, personal auxiliar*, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1993, p. 191.

6. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

Por lo que respecta al cómputo del plazo de prescripción el n.º 4 del artículo 39 CMR señala:

«Las disposiciones del artículo 32 serán aplicables a las acciones de repetición entre transportistas. La prescripción comienza, en todo caso, a contarse a partir del día en que se haya dictado una sentencia definitiva que fije la indemnización a pagar en virtud de las disposiciones del presente Convenio, o bien, si no existe tal fallo, a partir del día en que se efectuó el pago.

Por su parte, el n.º 1 del artículo 32 CMR, para las acciones derivadas del transporte regulado por dicho Convenio, prevé un plazo de prescripción de tres años en el caso de dolo o de falta equivalente a dolo, según la Ley de la jurisdicción escogida.

Y el n.º 2 de dicho precepto señala:

«La reclamación escrita interrumpe la prescripción hasta el día en que el transportista rechace por escrito dicha reclamación y devuelva los documentos que acompañan a la misma. En caso de aceptación parcial de la reclamación, la prescripción no vuelve a tomar su curso más que por la parte reclamada que continúa en litigio. La prueba de la recepción de la reclamación o de la respuesta y de la devolución de documentos corren a cargo de quien invoque este hecho. Las reclamaciones posteriores que tengan el mismo objeto no interrumpen la prescripción».

El Tribunal Supremo³⁶ ha interpretado esta última norma señalando lo siguiente:

«El verbo “responder” tiene varias acepciones, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, entre éstas la de dar “satisfacción a lo que se propone” o la de replicar, en sentido negativo, a lo que se pide o afirma (matización que recuerda el perfecto fuerte originario), que sirven para adecuar su comprensión al contexto en que se emplea. En el caso la contestación sólo puede ser de aceptación, con lo que desaparece el problema de la prescripción, o de denegación o rechazo, equiparándose a las expresiones inglesa (“rejects”) o francesa (“repousse”), utilizadas en el texto original del Convenio. Una contestación dudosa o poco clara o sugeridora de que se aporten nuevos datos o explicaciones o documentos, no constituye la “respuesta” a la que se refiere el artículo 32-2 del Convenio. Así se infiere, del resto del contenido de referido apartado: “en caso de aceptación parcial a la reclamación, la prescripción no vuelve a tomar su curso más que por la parte reclamada que continúa en litigio. La prueba de la recepción de la reclamación o de la respuesta y de la devolución de docu-

³⁶ *Vid.* STS 29 de junio de 1998 y otras que cita.

mentos corren a cargo de quien invoque este hecho. Las reclamaciones ulteriores que tengan el mismo objeto no interrumpen la prescripción”. Tal texto, que no toma en consideración, por ser irrelevante la “aceptación total”, si valora la aceptación parcial, que implica obviamente una denegación parcial, para afirmar que la prescripción vuelve a tomar su curso, respecto de la “parte reclamada que continúa en litigio”»³⁷.

Cuando, como suele ocurrir en la práctica, satisfecha la indemnización, la aseguradora del porteador contractual realice diversas reclamaciones extrajudiciales (carta certificada, burofax) al porteador efectivo, en ejercicio de la acción de repetición y en calidad de subrogada, la primera de dichas reclamaciones interrumpe la prescripción³⁸.

7. INTERESES

En lo referente a los intereses que, en su caso, deberá abonar al porteador efectivo, debe señalarse que, existiendo en su contra una obligación líquida, vencida y exigible, y cumplido el requisito de la interpelación judicial (art. 63.2 del Código de Comercio) se darán los presupuestos de la mora mercantil.

Resultará procedente, por ello, la condena al pago de los intereses de demora desde el día la interpelación judicial recibida por la recurrente hasta la fecha de la sentencia. Y, a partir de ésta y hasta la total satisfacción de la deuda, la de los intereses previstos en el art. 576 LEC³⁹.

TITLE: Transportation subcontracts and the rights of subrogation of the insured party in the CMR Convention.

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la responsabilidad del porteador por la actuación del subporteador y se intentará justificar, ante el silencio del CMR, el porqué del derecho de subrogación y de la legitimación procesal que asiste al asegurador del porteador para repetir del subporteador el importe satisfecho, cuando esa responsabilidad obedece a la actuación dolosa o culposa de éste.

PALABRAS CLAVE: Subcontrato de transporte, responsabilidad del porteador, derecho de repetición, subrogación del asegurador, legitimación activa.

³⁷ La ley 2009 Se ocupa también esta ley de señalar el plazo de prescripción de las acciones derivadas de los contratos de transporte, ajustándolo en la mayor parte de los supuestos a la regla general de un año contemplada en el Código de Comercio, aunque estableciendo reglas específicas de cómputo requeridas por las peculiaridades presentes en el desarrollo y finalización de las operaciones de transporte.

³⁸ En este sentido la mencionada SAP de Barcelona de 17 de diciembre de 2014.

³⁹ También en este sentido la mencionada SAP de Barcelona de 17 de diciembre de 2014.

ABSTRACT: This paper analyzes the liability of the Carrier for the actions of omission of the subcarrier and tries to justify, given the silence of the CMR, the right of subrogation and legal standing that assists the Carrier's insurer to recover the compensation from the subcarrier when that liability is due to the subcarrier's willful misconduct or equivalent default.

KEYWORDS: Subcontract transport, carrier's liability, right of recovery, subrogation of the insurer, legitimating to bring proceedings.

RECIBIDO: 01.07.2015
ACEPTADO: 09.12.2015

POSIBLES PROBLEMAS EN LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES EN ESPAÑA

Alejandro Villanueva Turnes

doi: 10.18543/ed-63(2)-2015pp263-281

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. TITULARES DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. 3. PROBLEMAS A LA HORA DE INTERVENIR LAS COMUNICACIONES. 4. VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL. 4.1. *Secreto de las actuaciones en el proceso penal*. 4.2. *Descubrimientos ocasionales*. 4.3. *Secreto entre abogado y cliente*. 5. RECAPITULACIÓN. 6. CONCLUSIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA 8. JURISPRUDENCIA.

«Todas las verdades son fáciles de entender, una vez descubiertas. La cuestión es descubrirlas».

Galileo

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española de 1978 protege entre sus derechos y libertades fundamentales, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, más conocido como el derecho al secreto de las comunicaciones. Este derecho se encuentra regulado en el artículo 18.3 de la Carta Magna, el cual establece literalmente que: «se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

La inclusión de este Derecho dentro de la Sección Primera de Capítulo II, del Título Primero, intitulada «de los derechos fundamentales y libertades públicas», supone que el Derecho al secreto de las comunicaciones, junto con el resto de los derechos de esta sección, están altamente protegidos desde el punto de vista constitucional. Esta protección se concreta en que su desarrollo

legislativo únicamente puede hacerse mediante una Ley Orgánica, sabiendo también que contarán con un procedimiento preferente y sumario en los casos en los cuales se hayan vulnerado, y que además de ello, hablamos de derechos susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, tal y como establece el artículo 53 de la Norma Superior del ordenamiento jurídico.

Junto con esta protección dada por la Constitución a estos derechos, también nos encontramos con que en caso de querer reformarse alguno de los artículos referidos a los derechos fundamentales, la Constitución va a exigir que se siga el procedimiento de reforma agravado, de tal manera que se puede ver como el Constituyente de 1978 quiso proteger al máximo estos derechos dándoles todas las protecciones que eran posibles.

Por lo que se refiere al derecho que nos ocupa, puede observarse como con anterioridad a la elaboración de la Constitución Española actual, ya encontraba una protección a nivel internacional donde quedaba manifestada su importancia, por lo que dicha regulación es un pilar importante a tener en cuenta que ha influido claramente en los distintos ordenamientos jurídicos, incluido el español. Así, esta regulación a nivel internacional puede encontrarse en primer lugar en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 que dice que «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques». En segundo lugar se encuentra también en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 que establece que: «1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*». Finalmente a nivel europeo es conveniente destacar el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 cuyo tenor literal es: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*».

Luego, ¿qué se entiende por el derecho al secreto de las comunicaciones?

Lo primero que es necesario aclarar es que este derecho pretende garantizar que todo tipo de comunicación sea protegida, o lo que es lo mismo, que

nadie ajeno a los interlocutores pueda involucrarse en la conversación si así no lo desean los intervinientes en el proceso comunicativo. Del Texto Constitucional se extrae que aquello que se va a comunicar va a ser secreto, siendo esto una presunción *iuris et de iure*¹.

Por este motivo es por lo que se ha considerado que se está ante un derecho formal², que protege el proceso de comunicación, con independencia del contenido del mensaje que se transmita en ese proceso. En ocasiones se ha afirmado que el derecho al secreto de las comunicaciones era equivalente al derecho a la intimidad, pero es precisamente este carácter de derecho formal el que los diferencia, debido a que el derecho a la intimidad es un derecho material en el que sí se va a tener en cuenta la característica de íntimo de aquello que se protege. Por ello, debido a que protegen cosas diferentes, tenemos que decir que se trata de derechos diferentes, y que por lo tanto, el Derecho al secreto de las comunicaciones es un Derecho autónomo³.

2. TITULARES DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Si bien es cierto que existen derechos que provocan ciertas dificultades a la hora de determinar quién puede ser titular de los mismos, en el caso del artículo 18.3 de la Constitución, éste hace un enunciado en tercera persona que ya de partida lleva a pensar que la titularidad de los mismos es absoluta, o dicho en otras palabras, que se va a garantizar el secreto de las comunicaciones de todas las personas, incluyéndose aquí tanto a las físicas como a las jurídicas, nacionales y extranjeras. Esto no pudo sino ser confirmado por la jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria, y así el Tribunal Constitucional ha incluido sin ningún tipo de duda a las personas extranjeras dentro de la protección de este derecho⁴, y tanto el Tribunal Europeo de Derechos

¹ REBOLLO DELGADO, L., «El secreto de las comunicaciones: problemas actuales», *Revista de Derecho Político*, núm. 48-49, 2000, p. 363.

² Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7, 34/1996, de 11 de marzo FJ4 y 70/2002, de 3 de abril, FJ 9.

³ RODRÍGUEZ RUÍZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw HiJi, Madrid, 1998, p. 1.

⁴ STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3. En esta Sentencia el Tribunal Constitucional determina que existen derechos que deben extenderse a los extranjeros por estar íntimamente vinculados con la dignidad de la persona. También se ha manifestado en este sentido la doctrina más relevante como DÍAZ REVORIDO, quien concretamente dice que «en el caso del secreto de las comunicaciones, tratándose de un derecho de la esfera privada, vinculado directamente a la dignidad humana, la titularidad debe recaer en toda persona, con independencia de su nacionalidad, y por lo tanto no cabe establecer excepciones, privaciones o limitaciones específicas para el caso de los extranjeros». DÍAZ RE-

Humanos como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se han encargado de hacer lo propio con las personas jurídicas⁵, de tal manera que la primera idea de considerar que este derecho cuenta con una titularidad absoluta queda más que confirmado por los Tribunales.

3. PROBLEMAS A LA HORA DE INTERVENIR LAS COMUNICACIONES

Una cuestión fundamental a nivel práctico en relación con la intervención de las comunicaciones, reside en que es frecuente que en el momento de intervenirlas aparezcan distintos inconvenientes, los cuales pasaremos a analizar a continuación observando sus correspondientes soluciones. No obstante, como paso previo al análisis de estos inconvenientes, resulta imperativo saber que se entiende por intervención de las comunicaciones, y de ello, el Tribunal Supremo ha ofrecido de forma reiterada una definición bastante clara de las intervenciones telefónicas que se puede aplicar para la generalidad de las intervenciones, de tal manera que las intervenciones cuentan con varias características, entre ellas se puede observar que se las trata de una medida instrumental, ordenada por la autoridad judicial y que va a tener una finalidad investigadora y para obtener medios de prueba. Literalmente el Tribunal Supremo señaló que se trata de «unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios»⁶.

4. VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

Así, en primer lugar nos encontramos con un obstáculo genérico que puede aplicarse a todos los mecanismos que sirven para la obtención de pruebas. Éste

VORIDO, F. J., «El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 59, 2006, p. 161.

⁵ STEDH de 16 de febrero de 2000, caso Amann contra Suiza y STJCE de 18 de mayo de 1982, asunto 155/79, AM & S Europe Limited contra Comisión de las Comunidades Europeas (ECLI:EU:C:1982:157).

⁶ STS 2093/1994, de 28 de noviembre FJ 7 (RJ 1994\9997), 246/1995, de 20 de febrero, FJ 8 (RJ 1995\1201), 711/1996, de 19 de octubre, FJ 1 (RJ 1996\7834), 740/1997 de 26 mayo. RJ FJ1, (1997\4133)579/1998 de 22 abril, FJ 2, (RJ 1998\3811), o 21 de noviembre de 1999 y el Auto 325/2001 de 21 febrero FJ Único, (RJ 2001\6140).

es el respeto absoluto a los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna. En este sentido se encuentra el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando dice que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

En el caso de la intervención de las comunicaciones, ¿cómo se garantiza que no se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones?. La respuesta a esta cuestión era sencilla hasta el año 2015. En primer lugar se entendía que este derecho fundamental se vulneraba cuando la intervención se realiza sin una base judicial, o lo que es lo mismo, sin autorización del juez, debido a que el propio precepto constitucional que protege las comunicaciones habla de la resolución judicial como excepción a la protección⁷. No obstante, con la reforma que se ha realizado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que ya ha entrado en vigor, nos encontramos con una modificación del artículo 579, precepto que regula la intervención de las comunicaciones, y es que en la reforma que se ha llevado a cabo se establece una excepción que, con la Constitución Española en la mano, presenta una importante duda acerca de su constitucionalidad. El apartado cuarto del precepto reza del siguiente modo: «En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación». Esto sin duda no es nuevo en países de nuestro entorno jurídico, ya que mismamente en Italia también aparece una regulación similar⁸, pero ello no obsta para que se estén saltando lo dispuesto

⁷ A este respecto cabe señalar que el propio Tribunal Constitucional se ha expresado e incluido dentro de las garantías constitucionales del derecho al secreto de las comunicaciones la autorización judicial con una motivación suficiente, así entre otras cabe citar la SSTC 166/1999, 27 de septiembre, FJ 2; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 14/2001, de 29 de enero, FJ 2 y la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 9.

⁸ En Italia, un país con el que España comparte múltiples similitudes jurídicas, se ha establecido una excepción en lo referente a la autorización judicial, si bien es cierto que la Constitución Italiana, en su artículo 15, proclama el derecho al secreto de las comunicaciones de la siguiente manera «*La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell' autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla Ley*». A tenor de este precepto observamos que a simple vista las comunicaciones solo se podrán limitar en base a una motivación por parte de la autoridad judicial, sin embargo, el Código Procesal Penal Italiano ha establecido una excepción señalando en su artículo 267.2 que en los casos en los que se tenga la creencia de que si se espera por la autorización judicial, esto perjudicaría la investigación,

en el precepto constitucional, el cual, atendiendo a su tenor literal, no ofrece opción acerca de quién debe autorizar la intervención. Evidentemente en caso de que el Juez competente convalide la medida tomada por el Ministerio Público, esto no supondría demasiados problemas, ya que aunque se sigue saltando lo dictaminado por el Constituyente español, se produciría una especie de arreglo posterior, no por ello justificable, pero dentro del mal producido sería una situación que podría ser tolerada, sin embargo, el problema más grave se produciría en aquella situación en la cual el juez considera que la medida no debe ser llevada a cabo, la vulneración del derecho ya se habría producido con independencia de que, como no podía ser de otro modo, los datos obtenidos en la intervención no puedan ser utilizados. En los casos en los cuales la autoridad judicial encargada del caso no estuviese disponible para autorizar la medida en ese momento, sería más acertado que se pudiese acudir a otra autoridad judicial aunque sea ajena al asunto, así por ejemplo en España, el Tribunal Constitucional ha admitido que la intervención sea autorizada por un juez diferente al que lleva la instrucción⁹. Hay que tener presente que el respeto de los derechos fundamentales ha de ser siempre máximo, no pudiéndose saltar las reglas establecidas en la Constitución por el afán de averiguar un hipotético hecho delictivo¹⁰.

Además de esta vulneración que acaba de mencionarse, y retomando con las situaciones en las que se produciría una vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, también supone una vulneración del derecho la falta de motivación en el auto del juez que permite la intervención¹¹,

la intervención podrá ser autorizada por el Ministerio Público, siendo esta decisión trasladada al juez que esté encargado de las investigaciones preliminares en un plazo máximo de 24 horas, y debiendo pronunciarse el juez dentro de las 48 horas siguientes en relación a si apoya la medida del Ministerio o no. Sin embargo, al igual que en la actual versión de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, este precepto del ordenamiento italiano podría adolecer de un vicio de inconstitucionalidad, ya que parece que la Constitución Italiana no deja margen para que sea alguien distinto a la autoridad judicial el que autorice la intervención. Se podría pensar que el inciso que hace el precepto constitucional italiano remitiéndose a la Ley, sería suficiente para que sea una persona distinta a la autoridad judicial la que autorice la intervención siempre que la Ley mantenga la convalidación de la medida por parte de dicha autoridad, pero esta interpretación sería en exceso extremista.

⁹ STC 126/2000 de 16 de mayo, FJ 5.

¹⁰ En este sentido también se ha pronunciado Ariel Ramírez al afirmar que «la averiguación de cualquier hecho delictivo no puede llevarse a cabo a cualquier precio, y menos vulnerando los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y el Estado democrático». RAMÍREZ MARTÍNEZ, A., *Las intervenciones telefónicas en el derecho penal boliviano*, Ariel Ramírez Martínez, Cochabamba, 2014, p. 35.

¹¹ El Tribunal Constitucional ha afirmado en relación con esto, que la motivación de indicios debe ir más allá de las meras suposiciones o conjeturas. Por todas, la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8 y STC 219/2009, de 21 de diciembre, FJ 4.

la falta de control judicial desde el inicio hasta el fin de la intervención, no pudiendo faltar en ningún momento, la indeterminación temporal de la intervención, la falta de especificación del objeto principal de la misma o el incumplimiento del principio de proporcionalidad¹².

Ahora bien, unido a esto está la posibilidad de afectar al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones de otras personas. Esta situación se produce con una gran facilidad, y es que debe tenerse en cuenta que cuando se autoriza judicialmente la intervención de las comunicaciones, generalmente ésta es autorizada respecto de una persona concreta y determinada, pero esta persona se va a comunicar con otras, ya que el propio significado del proceso comunicativo así lo exige. Teniendo esto en cuenta, el problema se encuentra en que las personas que se comunican con el sujeto que tiene intervenidas sus comunicaciones, ven una intromisión en su derecho, intromisión que respecto de ellos nadie ha autorizado.

Hay que recordar, que una intervención de la comunicación no se va a ceñir únicamente a lo dicho por una persona, sino que habrá que mirar las comunicaciones en conjunto, en un sentido amplio¹³. Este sentido amplio implica que la intromisión que no ha sido autorizada a la que se hacía referencia hace unos instantes es sencillamente necesaria. La clave está en conocer qué consecuencias tiene esta intromisión, si es que las tiene.

Acudiendo a las normas procesales, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 579, a pesar de su reciente modificación, no ofrece ningún tipo de solución ni aclaración al respecto, por lo que la legislación vigente no va a servirnos de punto de apoyo para saber que sucede con el asunto, siendo imperativo acudir a la jurisprudencia. A este respecto, el Tribunal Supremo¹⁴ se ha pronunciado ante una situación como la que se ha descrito, señalando que las pruebas que se hayan obtenido en relación con la intervención, pueden considerarse como prueba de cargo sin que sea considerada una prueba ilícita, siempre que esté referida al objeto delictivo que se investiga y por el cual se ha solicitado la intervención de la comunicación. El razonamiento del Tribunal es completamente lógico y acertado, debido a que si se cumplen los requisitos legales establecidos para llevar a cabo la intervención, ésta se realiza con la finalidad de conocer detalles de la investigación que esté en curso,

¹² NOYA FERREIRO, L., «Presupuestos constitucionales de las medidas de intervención de las comunicaciones I», *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 8, núm. 2, pp. 145-166. Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado, de 11 de enero, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, p. 115.

¹³ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., y MARCHENA GÓMEZ, M., *Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2011, p. 126.

¹⁴ STS 433/2012, de 1 de junio FJ 19 (RJ 2012\6722).

por lo que carecería de sentido tener que identificar a todos los participantes en el acto comunicativo, los cuales muchas veces van a ser desconocidos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha llegado a una conclusión similar a la del Tribunal Supremo, estableciendo la teoría de los «usuarios habituales»¹⁵. De esta manera, cuando se autoriza una intervención de las comunicaciones, todas las personas que mantienen comunicación asidua con la persona sobre la que se ha autorizado la intervención, se encontrarían implícitamente incluidos en la autorización judicial.

Hay que tener presente que si en la intervención de las comunicaciones se descubre la implicación de terceras personas en la comisión de los hechos delictivos que se están investigando, se va a requerir una ampliación del auto primero dictado por el juez para intervenir las comunicaciones, mientras que en caso de que se tratase de delitos nuevos, se requeriría una autorización nueva sin servir de nada una ampliación¹⁶.

Llegados a este punto, hay que aclarar que dentro de estas posibilidades de vulnerar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones está la situación en la cual uno de los interlocutores graba la conversación, lo cual merece una mención aparte. En este supuesto ¿existe verdaderamente una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones?. Llegados a este punto es conveniente analizar la finalidad del derecho. El derecho al secreto de las comunicaciones nace con la finalidad de proteger el acto comunicativo de terceras personas ajenas al mismo, por lo tanto, no se pretende proteger la comunicación para los propios comunicantes, pues esto resultaría ilógico. Dada esta finalidad, se puede decir que si uno de los participantes en el acto comunicativo decide grabar la conversación, aunque esta grabación se produzca sin conocimiento del resto de comunicantes, no se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones. Empero hay que tener cuidado, ya que sí es posible que, en el caso de que esa grabación se utilice, se puedan vulnerar otros derechos como por ejemplo el derecho a la intimidad, dependiendo del contenido del mensaje, u otros distintos. Claramente dice el profesor Fernández Rodríguez que entre las personas que ocupan el papel de emisor y de receptor no existe la obligación de secreto¹⁷. También el Alto Tribunal se ha pronunciado a este respecto entendiendo lo expuesto, y así queda constatado en su Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre¹⁸.

¹⁵ STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 4.

¹⁶ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, Madrid, 2011, p. 167.

¹⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 109.

¹⁸ STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.

Una importante cuestión que debe tratarse también es la relativa a que sucede con la culpabilidad del propio investigado de la que se tiene conocimiento mediante la intervención de las comunicaciones, pero esta intervención deviene nula por no haber respetado el contenido esencial del derecho fundamental del derecho al secreto de las comunicaciones. Aquí deben distinguirse dos posibles situaciones, la primera de ellas, es aquella en la que en el proceso comunicativo que se interviene existe una declaración propia de culpabilidad. La segunda situación es aquella en la cual a partir de conocer esa intervención, la persona en cuestión decide declararse culpable siendo posteriormente anulada la intervención.

En el primero de los casos, no hay duda, ante la falta de efectos de la intervención, también quedaría sin efectos dicha autoinculpación, y más específicamente, aun en el caso de que no se produzca la nulidad de la intervención, un importante sector doctrinal considera que no se debe entender como prueba esa autoinculpación, a causa de que no se está prestando declaración *strictu sensu*¹⁹, es más, se ha afirmado que «la fuente de prueba obtenida con una medida de intervención telefónica nunca podrá tener como contenido una confesión o un testimonio del imputado o de otros sujetos pasivos de la medida»²⁰, y es que es necesario recordar que la Constitución Española de 1978 consagra en su articulado el derecho a no declarar contra uno mismo, recogido como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 del Texto Constitucional.

En el segundo de los casos debe aclararse que la jurisprudencia no ha llegado a un acuerdo unánime sobre el tema, así, el Tribunal Supremo²¹, establece de forma acertada, que si la declaración de culpabilidad se ha realizado respetando las garantías exigibles a ella, será igualmente válida a pesar de que la intervención no lo sea. Estas garantías son las de información de los derechos, inmediación, oralidad y contradicción. En un sentido similar se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado, que ha establecido que para que la autoinculpación sea considerada válida en este supuesto será necesario que se informe a la persona imputada acerca de sus derechos, especialmente el derecho a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo, realizándose ante el juez, y requiriéndose la asistencia de letrado y la falta de vicios en la declaración, siendo ésta libre y voluntaria²².

¹⁹ Entre otros, MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995, p. 105.

²⁰ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Cóllex, Madrid, 1991, p. 117.

²¹ STS 768/2010, de 15 de septiembre, FJ 10. (RJ 2010\7823).

²² Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado, de 11 de enero, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas.

4.1. *Secreto de las actuaciones en el proceso penal*

El derecho penal es conocido como la última *ratio*, reservándose para los comportamientos más reprochables. Hay que tener presente que en España, la intervención de las comunicaciones únicamente va a poder realizarse en el marco de un proceso penal. Sin embargo esto no lo establece la Constitución propiamente dicho, sino que ha sido fruto de la jurisprudencia, así el Tribunal Constitucional ha considerado que la habilitación de la intervención se encuentra en «la existencia de una investigación en curso por un hecho constitutivo de infracción punible grave, en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social del mismo»²³. No obstante, el mismo Tribunal ha realizado una aclaración ante esto señalando que no se produce una vulneración del artículo 18.3 si se produce en las diligencias indeterminadas²⁴, dirección que comparte a su vez el Tribunal Supremo²⁵, el cual también se ha manifestado en este sentido diciendo que «*con relación al tema de las Diligencias Indeterminadas, debemos proclamar que el decreto de intervención acordado en tal procedimiento no determina nulidad alguna (ver, por todas, las sentencias de esta Sala de casación 768/1995, de 14 de junio, 20/1996, de 28 de marzo y 438/1996, de 24 de junio), pues como dice al respecto la 273/1997, de 24 de febrero, si bien hubiera resultado más correcto y ortodoxo dictar el auto cuestionado en diligencias previas al no estar previstas específicamente en nuestra legislación las Indeterminadas, ello no supone en modo alguno defecto invalidante, ya que cualquier infracción procesal no implica “per se” la vulneración del art. 24 CE porque el elemento habilitante de la restricción, según el referido Texto Fundamental, se encuentra, no en el procedimiento donde se dicta sino en la resolución judicial que la acuerda. Basta por ello con el auto del juez con la fe del Secretario, sin que tenga que ver el que en tal etapa procesal y el específico procedimiento se califique de Previa o Indeterminadas*». Esto ha sido criticado con acierto por un sector doctrinal que consideran incorrecto la autorización de una intervención en estas diligencias²⁶.

²³ STC 166/1999 de 22 de febrero.

²⁴ STC 49/1999 de 5 de abril, 126/2000 de 16 de mayo, 165/2005 de 20 de junio y 259/2005 de 24 de octubre.

²⁵ STS 320/1998, de 7 de marzo de 1998. FJ 2. (RJ 1998/2345).

²⁶ Un ejemplo de ello sería DE LLERA, el cual considera que debe autorizarse cuando el proceso penal está abierto, siendo lo contrario una práctica ilegal y viciosa por parte del órgano judicial, también en este sentido se ha pronunciado López Barja de Quiroga, quien dice más contundentemente que es imprescindible que esté abierta una causa penal para poder acordarse las intervenciones. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., «El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal», *Poder Judicial*, núm. 3, pp. 18-19, y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal Iure, Madrid, 1989, p. 185.

Además en España, el proceso penal es un proceso contradictorio, que presenta múltiples garantías. Entre el entramado de garantías presentes en el proceso penal, se regula en el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la obligación de poner en conocimiento de la persona que se ve inmerso en un proceso penal, las actuaciones que requieran su comparecencia. Así, a simple vista, este precepto parece establecer una obligación de alertar a la persona en el caso de que se intervengan sus comunicaciones, pero esto no es así, ya que de ponerlo sobre aviso, la intervención perdería su sentido de ser. Es por ello que la intervención de las comunicaciones va a ser una actuación que gozará de una cualidad importante, siendo ésta que será una actuación secreta para el investigado.

Ahora bien, no con esto se soluciona el problema. Si confrontamos los artículos 579 y 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos vamos a encontrar con un silencio por parte del primero de los preceptos, regulador de las intervenciones, y una necesidad de que las partes tengan conocimiento de los actos practicados en el proceso salvo decisión contraria del órgano judicial, que ordena el segundo, por lo que cabe preguntarse ¿en el caso de una intervención de las comunicaciones, el secreto opera de forma inmediata o es necesario que sea decretado su secreto por parte de un juez tal y como ordena el artículo 302? El Tribunal Supremo se ha pronunciado a este respecto, señalando que sí será necesario solicitar junto con la autorización de la intervención, su secreto²⁷. No obstante, sigue diciendo el Tribunal, que en el caso en el cual no se solicite este secreto, ello sería considerado como una irregularidad sin suponer la nulidad de las actuaciones. Por ello, tanto si se solicita el secreto como si no, las actuaciones conservan plena validez, así como lo que se descubra con ellas. Sin embargo, y entendiendo la decisión del Tribunal, quien intenta acercarse a la postura del artículo 302, la realidad es que se procura es salvaguardar el contenido de la intervención, por lo que lo ideal sería que en la intervención de las comunicaciones, el secreto se produjese de forma automática, siendo recomendable que en una futura revisión de la norma procesal, se regulase de esta forma. Revisión que también se requiere para solucionar el problema que se produce una vez se acuerda la intervención y el secreto, y es que en atención a la Ley, el plazo máximo por el que se decretará el secreto de sumario será de 1 mes, pero el plazo para la intervención de las comunicaciones es de 3 meses, siendo incluso posible solicitar una prórroga del mismo. Por lo tanto se puede observar claramente el evidente conflicto entre ambos plazos, conflicto que se resuelve permitiendo la prórroga del plazo de un mes para el secreto.

Ahora bien, hay quien se ha planteado si el ampliar el plazo del secreto de sumario supondría una situación de indefensión respecto de la persona

²⁷ STS 742/2002, de 24 de abril, FJ 3 (RJ 2002\7338).

que sufre esta ampliación. En relación con esto, el Tribunal Constitucional²⁸ se ha pronunciado negando que simplemente con una prórroga del secreto de sumario se cause una situación de indefensión, debiendo examinarse si es imputable dicha prórroga a un retraso malicioso por parte de la Administración de Justicia. Lo dicho por el Alto Tribunal español es completamente acertado, y es que hay que tener en cuenta que la norma procesal no prohíbe una ampliación del plazo, sino que simplemente no lo menciona, por lo que plantear una prórroga no va a suponer una contradicción de ningún precepto procesal, siendo incluso necesario en algunos casos para un mejor esclarecimiento de los hechos, consiguiendo así un proceso más justo y garantista.

Sabiendo esto, en el caso que nos ocupa de intervención de las comunicaciones, se puede afirmar que esta prórroga del plazo se puede llevar a cabo, pero no debe convertirse en la regla general, sino en la excepción, procediendo únicamente cuando sea necesaria y debiendo motivarla.

4.2. Descubrimientos ocasionales

Finalmente, el último obstáculo a tener en cuenta es el relativo a los llamados descubrimientos ocasionales o casuales²⁹. Cuando se habla de estos descubrimientos, se hace referencia a información no conocida hasta ese momento que puede afectar tanto a la persona investigada como a terceras personas³⁰. Hay que advertir que esta información nueva puede guardar una relación con el delito investigado o bien ser ajena a éste.

La autorización judicial de la intervención de las comunicaciones se hace de forma muy específica, concretando bien el motivo por el cual se concede la autorización, sabiendo el delito, hechos o actividades que se investigan. *A priori* cabe señalar que aquellos hechos ajenos deberían ser prescindibles de la intervención, o lo que es lo mismo, no tomarse en consideración, y en este sentido existe un sector doctrinal que considera que la falta de cobertura legal existente en relación con estos descubrimientos deberían suponer su nuli-

²⁸ STC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 4. Posteriormente el Tribunal Supremo ha compartido el criterio del Alto Tribunal, ejemplo de lo cual son el ATS 756/1996, de 12 de mayo, FJ 2 (RJ 1999\4976), la STS 510/2005, de 22 de abril, FJ 5 (RJ 2005\4315), STS 1601/2005, de 22 de diciembre, FJ6 (RJ 2006\593), STS 165/2013, de 26 de marzo, FJ 23 (RJ 2013\6412), STS 559/2014, de 8 de julio, FJ 2 (RJ 2014\4025).

²⁹ Un estudio realmente interesante al respecto es: ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., «Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2011.

³⁰ ALONSO PÉREZ, F., *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 123.

dad³¹, careciendo por tanto de efectos jurídicos. Pues bien, aunque esta postura es admisible, si estos nuevos hechos son ilícitos no sería ideal optar por la pasividad ante ellos, por lo que quizá sería más acertado considerar que «*los descubrimientos casuales únicamente podrán servir para fundar una sospecha necesaria para incoar un sumario o unas diligencias previas, pero no para fundamentar, por sí solos, no ya la posible condena, sino tampoco la imputación*»³².

Una vez dicho esto, vamos a determinar que se debe hacer ante esta situación. Como en el caso del obstáculo anterior, debemos acudir primero a la legislación española, la cual veremos que no se ocupa de resolver éste problema tan concreto y perfectamente plausible, cosa que sí puede observarse en el derecho comparado, como en la Ordenanza Procesal alemana en su artículo 100 b) que establece la posibilidad de usar la información casual si estuviese referida a actividades delictivas que supondrían, en su caso, una autorización judicial para intervenir las comunicaciones.

Lo que sí existe en España es la conocida Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado, de 11 de enero, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas. En esta circular se dice que en el caso en el cual se descubran hechos relacionados con el principal, se deberá solicitar al juez una orden ampliatoria de la primera para que no se produzca una vulneración. Aunque esta circular no supone ningún tipo de vínculo a los jueces, en este punto ha sido seguida por el Tribunal Supremo³³, quedando resuelta así esta situación.

Ahora bien, para el caso en el que se trate de nuevos descubrimientos que no guarden relación con el objeto que incentivó la intervención primera, se va a precisar un nuevo auto que autorice la intervención, pero será imprescindible que se cumplan dos requisitos. El primero es que el juez sea competente para conocer de los nuevos hechos que se han descubierto, y el segundo, que el juez compruebe que se cumple el principio de proporcionalidad³⁴. De tal manera que el hecho casual de un acto delictivo ajeno a la investigación principal permite que se pueda investigar la nueva situación de la que se tiene constancia.

4.3. *Secreto entre abogado y cliente*

Más que un problema propiamente dicho, una situación que resulta muy interesante tratar es aquella que guarda relación con el secreto profesional,

³¹ PAZ RUBIO, J. M., «La prueba en el proceso penab», *Cuadernos de derecho Judicial*, 1992.

³² LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1999, p. 92.

³³ STS 551/2013, de 18 de junio, FJ 1 (RJ 2013\8318).

³⁴ SUÁREZ ROBLEDANO, J. M., «Intervención de comunicaciones electrónicas», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, núm. 14, 2011, pp. 73-99.

siendo una situación que puede generar dudas y conflicto sobre cómo proceder.

Existe un criterio prácticamente unánime en considerar que la Administración dentro de sus competencias de investigación, va a verse limitada por el derecho a la legítima defensa, este derecho, para que este derecho pueda encontrar su mayor eficacia va a exigir tanto un secreto profesional del abogado en relación con la documentación de su cliente, y como el secreto de las comunicaciones entre el cliente y el abogado³⁵ propiamente dichas. Esto que a simple vista puede parecer algo lógico, es además una exigencia establecida en el Código Deontológico de la Abogacía Española³⁶, también se establece la obligación de realizar una defensa con libertad e independencia con un respeto pleno a su función³⁷, todo ello con el establecimiento del deber de diligencia profesional³⁸. Dentro de estas obligaciones se puede intuir claramente la existencia de un derecho al secreto de las comunicaciones entre el abogado y el cliente. La existencia de este derecho se ve reforzado gracias a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la cual en su artículo 263 excusa a los abogados y procuradores de cumplir la obligación de denunciar el delito público del que tuviesen noticia por razón de su cargo, profesión u oficio impuesta por el artículo 262 párrafo primero. A su vez, el 416.2 de la misma norma excusa directamente al abogado de declarar, estableciendo de forma literal que «Están dispensos de la obligación de declarar: El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor»³⁹. Finalmente, el artículo 542.3 LOPJ establece una obligación de secreto aplicable a todos los abogados en relación con los hechos o noticias de las que tuviesen conocimiento por razón de su cargo, y a su vez, refuerza el precepto la no obligación de declarar sobre esos hechos o noticias.

Por todo ello puede decirse que a priori, las comunicaciones entre el abogado y su cliente no van a poder ser intervenidas con carácter general, pero como toda regla general existen excepciones, así, la Ley Orgánica 1/1979, de

³⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., «Las inspecciones de las autoridades de la defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados», en: CASES, L. (Dir.), *Anuario de la Competencia*, Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, 2010, p. 149.

³⁶ Artículo 5.

³⁷ Artículos 2 y 3 CDAE y art. 33 EGAE.

³⁸ Artículos 32.1 y 42 del RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

³⁹ Dicho precepto encuentra un refuerzo en el artículo 707 que establece que «Todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos». Excluyéndose por tanto a los abogados en su caso.

26 de septiembre, General Penitenciaria, se refiere a este derecho en el apartado segundo del artículo 51 diciendo que «Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo».

Si bien este precepto es bastante claro y conciso en cuanto a las personas entre las que la comunicación se interviene. Sin embargo, se han planteado dudas acerca de si la última parte dónde se señala que se va a requerir la orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo, se trataban de dos aspectos alternativos o acumulativos. En relación con esto se ha pronunciado, como no podía ser de otra forma, el Tribunal Constitucional diciendo que «la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de orden de la autoridad judicial (...) y supuestos de terrorismo que en el mismo se contienen (...) dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas»⁴⁰, más tarde el Alto Tribunal reafirmaría su criterio con más contundencia «debían ser interpretados como acumulativos y no como alternativos»⁴¹. El Tribunal Supremo también ha aplicado el criterio marcado por el Constitucional en distintas sentencias como 6 de marzo de 1995⁴² o la de 23 de abril de 1997⁴³, la interpretación del mismo debe ser restrictiva, y la autoridad judicial deberá actuar de la forma más cautelosa posible a la hora de autorizar dicha intervención.

Por su parte la jurisprudencia no se ha silenciado al respecto ni ha adoptado una posición ambigua, así la STJCE de 18 de mayo de 1982⁴⁴ estableció de forma clara que existía un derecho a que la correspondencia entre un abogado y su cliente fuese secreto. Hay que tener en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado de una forma totalmente correcta que sería realmente complicado que un inculpado en un asunto pueda ser asistido de forma adecuada por su abogado si no disponen de un contacto previo entre ellos que sea reservado, o lo que es lo mismo protegido de intervenciones⁴⁵. Al mismo tiempo, en la Sentencia del mismo Tribunal de 2 de noviembre de 1991 (S. contra suiza), se establece un derecho por parte del acusado a comunicarse con su abogado sin que esta comunicación llegue a oídos de terceros, en la misma dirección el Tribunal Europeo de Derechos

⁴⁰ STC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5.

⁴¹ STC 58/1998, de 16 de marzo, FJ 2.

⁴² STS 245/1995, de 6 de marzo, FJ 1 (RJ 1995\1808).

⁴³ STS 538/1997, de 23 de abril, FJ 7 (RJ 1997\3259).

⁴⁴ STJCE de 18 de mayo de 1982, asunto 155/79, AM & S Europe Limited contra Comisión de las Comunidades Europeas (ECLI:EU:C:1982:157).

⁴⁵ STEDH de 28 de junio de 1984 (Campbell y Fell contra Reino Unido).

Humanos consideró que el secreto se va a ver extendido a la entrevista que tengan el abogado y cliente, formando así parte del derecho de defensa, siendo una manifestación del mismo⁴⁶, y es que la STEDH de 1 de octubre de 2009 (Tsonyo Tsony contra Bulgaria) ha establecido que la correspondencia de un abogado se encuentra en una situación privilegiada con independencia de la finalidad que tenga. Por su parte, en España, el Tribunal Supremo, se ha pronunciado sobre el tema señalando que dentro del derecho de defensa va a ser indispensable el secreto de las comunicaciones entre el abogado y su cliente como principio de confidencialidad⁴⁷.

5. RECAPITULACIÓN

En este momento es conveniente hacer una recapitulación de todo lo dicho hasta ahora. En primer lugar, hay que advertir que el fundamento constitucional a la técnica de intervención de las comunicaciones se encuentra en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución Española de 1978.

El precepto constitucional marca un requisito mínimo que resulta necesario cumplir para llevar a cabo esta diligencia de intervención, el cual es la imperiosa necesidad de contar con una autorización judicial. Sin embargo, con la última modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal esto se pone en tela de juicio, a saber cómo va a resolverse, aun con todo, y considerando la nueva normativa, más tarde o más temprano, la autorización judicial hace su presencia, ahora bien, dicha autorización no va a impedir que la intervención se encuentre con problemas relativos a su ejecución. Tres son los problemas básicos que se pueden encontrar, a saber la vulneración de derechos fundamentales, el secreto de la intervención y la utilización de los descubrimientos causales que se obtengan de la intervención.

Estos problemas se han solucionado de forma mayoritaria gracias a la jurisprudencia, siendo necesario que la norma procesal vigente sea actualizada y plasme estas soluciones en su contenido, consiguiendo de esta manera una legislación coherente y adaptada a las situaciones que han ido surgiendo a lo largo de los años.

6. CONCLUSIÓN

Antes de la aprobación de la Texto Constitucional actual pueden verse distintos antecedentes en cuanto a la regulación del derecho al secreto de las

⁴⁶ STEDH de 15 de noviembre de 1996 (caso Domenichini contra Italia), en esta misma dirección encontramos la STEDH de 25 de marzo de 1998 (caso Koop contra Suiza).

⁴⁷ STS 79/2012, de 9 de febrero, Fundamento Jurídico 7 (RJ 2012\199).

comunicaciones, pero será el Constituyente de 1978 en que lo establezca como un derecho dotado de las mayores garantías constitucionales.

En la época dictatorial que tuvo lugar en España antes de la Constitución Española de 1978, las libertades de los ciudadanos eran muy limitadas, teniendo que tener cuidado con lo que se decía y dónde se decía, ya que se podían sufrir graves represalias por ello. Tras ésta época, la sociedad española quiere fervientemente una situación de estabilidad y anhela recuperar los derechos de los que se ha visto privados durante largo tiempo, y esto es lo que consigue el artículo 18.3 de la Carta Magna. Este artículo, consagra un derecho muy importante para la ciudadanía, de tal manera que el derecho al secreto de las comunicaciones va a suponer que cualquier persona puede comunicarse con otra, por la vía que desee, teniendo la tranquilidad de que nadie va a interferir en su mensaje. Evidentemente este derecho, que es muy amplio, no podía ser absoluto, de tal manera que se optó por limitarlo de la forma más adecuada posible, y es que únicamente se va a poder interferir en la comunicación cuando un juez lo permita y lo motive de forma concreta. De esta manera, los ciudadanos confían en que el poder judicial actuará correctamente tratando con máximo respeto el derecho constitucional, y los jueces van a tener la responsabilidad de actuar profesionalmente en el desempeño de sus funciones, siendo un éste un pacto implícito que es necesario para que la sociedad funcione.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, F., *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, Dykinson, Madrid, 2001.
- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., «Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2011.
- DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., «El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal», *Poder Judicial*, núm. 3.
- DÍAZ REVORIDO, F. J., «El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 59, 2006.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., «Las inspecciones de las autoridades de la defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados», en: CASES, L. (Dir.), *Anuario de la Competencia*, Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, 2010.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *Secreto e intervenció de las comunicaciones en internet*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., *La intervenció de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, Madrid, 2011.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal Iure, Madrid, 1989.

- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Cólax, Madrid, 1991.
- MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995.
- NOYA FERREIRO, L., «Presupuestos constitucionales de las medidas de intervención de las comunicaciones I», *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 8, núm. 2.
- PAZ RUBIO, J. M., «La prueba en el proceso penal», *Cuadernos de derecho Judicial*, núm. 1, 1992.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, A., *Las intervenciones telefónicas en el derecho penal boliviano*, Ariel Ramírez Martínez, Cochabamba, 2014.
- REBOLLO DELGADO, L., «El secreto de las comunicaciones: problemas actuales», *Revista de Derecho Político*, núm. 48-49, 2000.
- RODRÍGUEZ LAÍN, J. L., «En torno al concepto de comunicación protegida por el artículo 18.3 de la Constitución», *Diario La Ley*, núm. 8142, de 5 de septiembre de 2013.
- RODRÍGUEZ LAÍN, J. L. y Marchena Gómez, M., *Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2011.
- RODRÍGUEZ RUÍZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw HiJi, Madrid, 1998.
- SUÁREZ ROBLEDANO, J. M., «Intervención de comunicaciones electrónicas», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, núm. 14, 2011.

8. JURISPRUDENCIA

- STJCE de 18 de mayo de 1982 (asunto 155/79, AM & S Europe Limited contra Comisión de las Comunidades Europeas) (ECLI:EU:C:1982:157).
- STEDH de 28 de junio de 1984 (caso Campbell y Fell contra Reino Unido).
- STEDH de 2 de noviembre de 1991 (caso S. contra suiza).
- STEDH de 15 de noviembre de 1996 (caso Domenichini contra Italia).
- STEDH de 25 de marzo de 1998 (caso Koop contra Suiza).
- STEDH de 16 de febrero de 2000 (caso Amann contra Suiza).
- STEDH de 1 de octubre de 2009 (caso Tsonoy Tsoney contra Bulgaria).
- STC 114/1984, de 29 de noviembre.
- STC 176/1988, de 4 de octubre.
- STC 183/1994, de 20 de junio.
- STC 58/1998, de 16 de marzo.
- STC 166/1999 de 22 de febrero.
- STC 49/1999 de 5 de abril.
- STC 126/2000 de 16 de mayo.
- STC 165/2005 de 20 de junio.
- STC 259/2005 de 24 de octubre.
- STS 245/1995, de 6 de marzo (RJ 1995\1808).
- ATS 756/1996, de 12 de mayo (RJ 1999\4976).
- STS 538/1997, de 23 de abril (RJ 1997\3259).

STS 320/1998, de 7 de marzo de 1998 (RJ 1998\2345).
STS 742/2002, de 24 de abril (RJ 2002\7338).
STS 510/2005, de 22 de abril, (RJ 2005\4315).
STS 1601/2005, de 22 de diciembre (RJ 2006\593).
STS 768/2010, de 15 de septiembre (RJ 2010\7823).
STS 79/2012, de 9 de febrero (RJ 2012\199).
STS 165/2013, de 26 de marzo (RJ 2013\6412).
STS 551/2013, de 18 de junio (RJ 2013\8318).
STS 559/2014, de 8 de julio (RJ 2014\4025).

TITLE: Potential problems in the interception of communications in Spain.

RESUMEN: La intervención de las comunicaciones es una técnica de investigación muy en auge en los tiempos actuales, que en muchos casos permite, cuando procede su utilización, una mayor eficacia dentro del proceso penal, mas existen una serie de obstáculos o inconvenientes que pueden afectar a esta intervención, que es lo que se intenta resolver aquí, señalando cuáles son estos problemas y que mecanismos legales y jurisprudenciales existen para resolverlos.

PALABRAS CLAVE: Intervención de las comunicaciones – derechos fundamentales – secreto de las actuaciones.

ABSTRACT: The interception of communications is a investigation technique that it is booming at the present, in manu cases this technique this allows you to obtain more effectively in criminal proceedings, but exists a series of elements that could affect the investigation, thar it is to try resolve here, by outlining the main problems and that legal and jurisprudential mechanisms exists for resolving them.

KEYWORDS: Interception of communications – fundamental righths – secrecy of proceedings.

RECIBIDO: 26.10.2015

ACEPTADO: 09.12.2015

ASPECTOS ECONÓMICO-CONSTITUCIONALES DE LOS DESC Y LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS EN MÉXICO

Alejandra Verónica Zúñiga Ortega

doi: 10.18543/ed-63(2)-2015pp283-293

SUMARIO: 1. DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO MEXICANO. 2. DESC *VERSUS* DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 3. COLOFÓN. 4. FUENTES DE CONSULTA.

1. DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO MEXICANO

Cuando se habla de derecho constitucional económico, se alude al «conjunto de normas y principios que, recogidos en la Constitución, tienen efecto patrimonial sea para el Estado, para los individuos o para ambos»¹, o lo que también es conocido como como Constitución económica, es decir, el «...marco jurídico fundamental de la estructura y funcionamiento de la actividad económica...»², o bien, en palabras de Bidart, «...conjunto de normas, principios y valores que, una vez incorporados a la Constitución formal, guardan relación con la economía y son aplicables a la actividad y a las relaciones económicas financieras»³.

¹ VIZCAÍNO LÓPEZ, M. T. «El derecho constitucional económico y sus principios en el estado mexicano», *IUS Revista jurídica*, Universidad Latina de América, disponible en: <[http://www.unla.mx/iusunla20/reflexion/derecho %20constitucional %20economico %20y %20sus %20prin.htm](http://www.unla.mx/iusunla20/reflexion/derecho%20constitucional%20economico%20y%20sus%20prin.htm)>, fecha de consulta 06 de octubre de 2015.

² TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho constitucional español*, Publicaciones UCM, Madrid, 2010, 6.^a ed., p. 596.

³ BIDART CAMPOS, G., «Constitución económica», *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, 2002, p. 1144.

Las Constituciones de algunos países destinan uno o varios capítulos específicos a la parte económica que rige la función estatal en esta materia, prueba de ello es Colombia⁴, Uruguay⁵ y Brasil⁶, por mencionar solo algunos.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no existe un apartado concreto sobre el régimen económico, de finanzas o de hacienda pública, como prefiera calificarse, lo que se tiene es una serie de artículos que regulan:

La rectoría del desarrollo nacional bajo los criterios de fortalecimiento de la Soberanía y régimen democrático, competitividad, fomento económico y empleo, así como, justa distribución del ingreso y la riqueza, con el objeto de permitir el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales. Y la economía mixta, es decir, la participación de los sectores, público, privado y social en el desarrollo económico (artículo 25).

La planeación democrática, por consulta popular, del desarrollo nacional mediante el plan nacional de desarrollo coordinado por el Ejecutivo Federal (artículo 26).

La propiedad originaria, es decir, el dominio que la Nación ejerce sobre su territorio, que le corresponde «originariamente», mismo que puede ser transmitido a los particulares, constituyendo la propiedad privada. (artículo 27).

Los principios antimonopolios y los postulados del sistema bancario y financiero (artículo 28).

Aunado a este sector de artículos, las funciones económicas del Estado, llevadas a cabo por el Poder Ejecutivo en los tres niveles de gobierno, federal, estatal y municipal, se manifiestan en las siguientes actividades⁷:

- a) Obtención de recursos económicos indispensables para un óptimo ejercicio del aparato estatal, a través de la aplicación de la Ley de Ingresos de la Federación y demás ordenamientos de carácter fiscal.
- b) Administración de los recursos financieros por medio del ejercicio del Presupuesto de Egresos de la Federación.
- c) Desarrollo de políticas públicas acordes con el Plan Nacional de Desarrollo y programas sectoriales.

Diseño e implementación de ordenamientos legales que brinden seguridad jurídica a inversionistas.

⁴ Título XII «Del régimen económico y de la hacienda pública», capítulos I-VI, artículos 332-373.

⁵ Sección XIV «De la hacienda pública», capítulos I-VI, artículos 214-232.

⁶ Título VI «De la tributación y del presupuesto», capítulos I II, artículos 145-169 y Título VII «Del orden económico y financiero», capítulos I-IV, artículos 170-192.

⁷ VALERO FLORES, C. N., *El capítulo económico de la Constitución y el desarrollo de México*, Cámara de Diputados, Serie verde, México, 2008, p. 22

Estas funciones, así como las obras y servicios públicos, se encaminan al cumplimiento de los fines comunes de todo Estado, esto es, la auto supervivencia del mismo a través de la satisfacción de las necesidades públicas, la salvaguarda del orden público, el logro del bien común y, en el tema que nos ocupa, el resguardo del ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Ahora bien, volviendo al capítulo económico de la Constitución Mexicana, compartiendo la posición de Valero⁸, no sólo los numerales enunciados se relacionan con la parte económica, sino que existen otros que están íntimamente relacionados con la actividad económica estatal, y que se encuentran insertos en los derechos económicos, sociales y culturales, comúnmente llamados DESC, esto es, entre otros:

- El artículo 123 regula lo relativo a los derechos de los trabajadores, en los que se circunscriben la prohibición de trabajo forzado, el derecho a escoger libremente un trabajo, un salario equitativo por trabajo de igual valor, goce de tiempo libre, limitación razonable de las horas laborales, seguridad e higiene en las instalaciones del trabajo, el derecho de afiliarse y fundar sindicatos, el derecho a huelga, así como, el derecho a la seguridad y protección social, en los que se insertan los derechos a «... la no denegación de la cobertura de la seguridad social de manera arbitraria o no razonable y ... la igualdad en el disfrute de la adecuada protección en caso de desempleo, enfermedad, vejez o falta de medios de subsistencia en circunstancias que escapen al control de la persona».
- Y el artículo 4.º, que contempla el derecho a un nivel de vida adecuado, el cual incluye el derecho a la alimentación, al agua, al vestido, a una vivienda digna y la protección contra el hambre⁹, así como, la asistencia y la protección de la familia, vinculadas con los derechos, especialmente de la niñez, de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento.

A su vez, a estos artículos de carácter económico, cuyo contenido son derechos sociales, tradicionalmente se les vincula con las obligaciones «de hacer» del Estado y con la «carga presupuestaria» que supone su ejercicio; en consecuencia, son contrapuestos con aquellas obligaciones y efectos económicos «livianos» que devienen de los derechos civiles y políticos. Sin embar-

⁸ *Ibidem*, p. 13.

⁹ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, folleto informativo núm. 33, Ginebra, pp. 11-12, <www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_sp.pdf>, consultado el 28 de octubre de 2015.

go, dichas obligaciones estatales y el impacto económico que originan tanto los DESC como los derechos civiles y políticos, debieran ser analizadas retomando la esencia de cada derecho en particular, en contraste con los actos materiales o abstenciones que el Estado debe realizar o no, para su pleno ejercicio; sin hacer diferencia entre lo social y lo civil o político. Razonamiento que se pretende a continuación.

2. DESC *VERSUS* DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Tradicionalmente se ha cuestionado, diferenciado y categorizado a los derechos civiles y políticos respecto de los DESC, principalmente por el tipo de obligaciones que originan y, en consecuencia, por su carácter económico, es decir, por el impacto en el patrimonio estatal, o lo que es lo mismo, por el apartado de las normas constitucionales económicas que les son inherentes.

Tal como lo evidencian *Courtis* y *Abramovich* al fundamentar acerca de la justiciabilidad de los DESC

«...Uno de los argumentos que se repiten para sostener la pretendida distinción de los derechos civiles y políticos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, radica en el supuesto carácter de obligaciones negativas del primer género de derechos, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deben solventarse con recursos del erario público. De acuerdo a esta posición, las obligaciones negativas se agotarían en un no hacer por parte del Estado: no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar la correspondencia ni los papeles privados, no interferir con la propiedad privada, etc. Por el contrario, la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, a sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad. En el primer caso, bastaría con limitar la actividad del Estado, prohibiéndole su actuación en algunas áreas. En el segundo, el Estado debería necesariamente erogar recursos para llevar a cabo las prestaciones positivas que se le exigen»¹⁰.

¹⁰ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales», p. 2. <http://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrTcd8grFhW8LwAyhDv8wt.;_ylu=X3oDMTBvMjAxbTBkBHNIYwNzcgRwb3MDNQRjb2xvA2dxMQR2dGlkAw-/RV=2/RE=1448680609/RO=10/RU=http%3a%2f%2fobservatoridesc.org%2f/sites%2fdefault%2ffiles%2fExigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf/RK=0/RS=Us3VekAcGbXXYeN.HHoQaOtxs.I->>, consultado el 13 de septiembre de 2015.

Para el análisis que nos ocupa, la teoría analítica sobre los derechos fundamentales de Robert Alexy¹¹ aportará los elementos indispensables para referiremos a la modalidad de obligaciones que generan tanto los derechos civiles y políticos como los DESC, así como el efecto financiero que traen consigo, específicamente en lo relativo al análisis de los *derechos a algo*, en el ámbito de los derechos frente al Estado, los cuales, divide según su objeto en *derechos a acciones negativas* o también llamados *derechos de defensa* y *derechos a acciones positivas* (que conllevan parcialmente a los llamados *derechos a prestaciones*).

A su vez los *derechos a acciones negativas* por parte del Estado los subdivide en tres grupos:

- a) Derechos a que el Estado no impida u obstaculice algunas acciones del titular del derecho, es decir, aquellos que no pueden realizarse ya por la presencia de circunstancias que hacen fácticamente imposible realizar la acción, ya por la creación de circunstancias que pueden impedir realizar la acción.
- b) El segundo grupo de los derechos a acciones negativas son los derechos a la no afectación de propiedades (vivir y estar sano) y situaciones (inviolabilidad del domicilio).
- c) Por cuanto hace al tercer grupo: derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas, Alexy alude, como prototipo de posición jurídica al propietario, estableciendo que para que las posiciones jurídicas, y en especial la propiedad, tengan vida jurídica es necesaria la existencia de normas jurídicas que definan la institución de la propiedad.

Mientras que los *derechos a acciones positivas* los divide en dos grupos: *derechos a acciones positivas fácticas* o también llamados *derechos a prestaciones en sentido estricto* y *derechos a acciones positivas normativas* o *derechos a prestaciones en sentido amplio*. Clasificando de este modo los derechos a prestaciones. Según nuestro autor, cuando se hace alusión a estos, generalmente se hace referencia a acciones positivas fácticas, eliminando la posibilidad de hablar de prestaciones normativas.

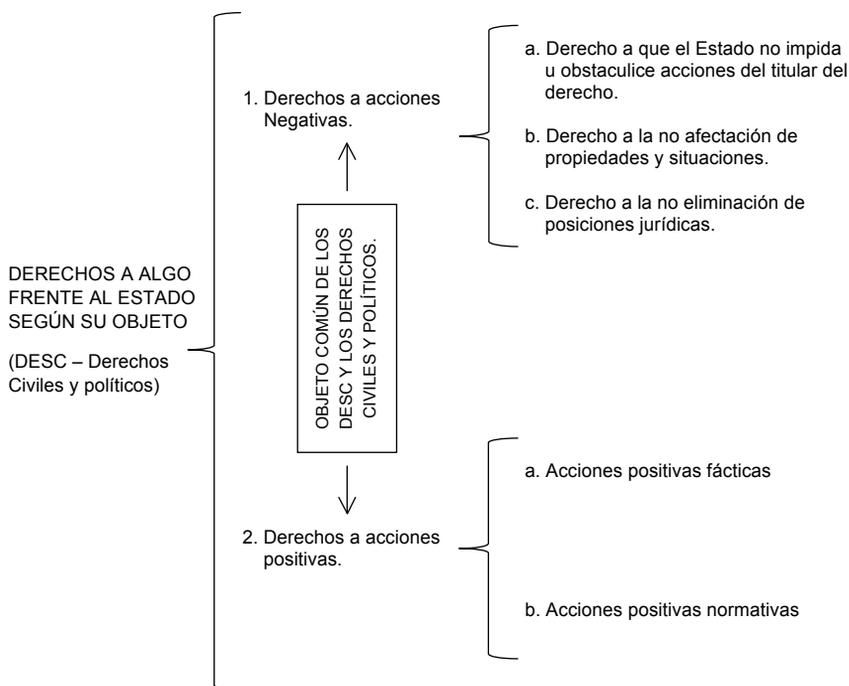
Los derechos cuyo objeto es una acción fáctica sugieren la creación de medios o condiciones materiales, es decir, aportes reales del Estado. Mientras que los *derechos a acciones positivas normativas* o *derechos a prestaciones en sentido amplio* son derechos a actos estatales de imposición de normas.

Dada esta teoría, tanto los derechos civiles y políticos como los DESC son *derechos a algo*, debido a que en ellos se toma como referencia al desti-

¹¹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, traducido por GARZÓN VALDÉZ, E., Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1997.

nario del derecho, es decir, al Estado o a los particulares. Pero también, estos *derechos a algo* implican una relación triádica entre el citado destinatario, el portador o titular del derecho y el objeto del derecho que siempre es una acción¹² y que en el caso que nos ocupa, consiste en acciones negativas y acciones positivas por parte del Estado, es decir, el objeto es común tanto en los derechos civiles y políticos como en los DESC.

A continuación se presenta un cuadro que sintetiza lo anterior.



Para evidenciar lo expuesto, piénsese por ejemplo en el derecho a contraer matrimonio, que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos reconoce como derecho civil en su artículo 17, apartado 2 y a su vez, determina como deber estatal. Para que dos personas puedan contraer matrimonio, el Estado debe contar con la infraestructura, equipamiento y material de oficina, así como, contratar personal necesario para realizar las funciones propias del Registro Civil, lo que evidentemente trae consigo una erogación económica estatal; en otras palabras, el ejercicio del derecho a contraer ma-

¹² *Ibidem.*, pp. 186-210.

rimonio es entonces un derecho *civil* cuyo objeto requiere el aporte material estatal (acciones positivas fácticas). No obstante, al mismo tiempo, existe una obligación estatal de no obstaculizar o impedir que se celebre la unión matrimonial, siempre que se cumplan con los requisitos legales establecidos, es decir, el derecho a contraer matrimonio es un derecho *civil* cuyo objeto supone también acciones negativas.

Frente al derecho a contraer matrimonio considerado como derecho civil, ahora pensemos en el derecho a la educación, incluido en el artículo 26 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en el capítulo III intitulado «Derechos económicos, sociales y culturales». Para que el titular del derecho a la educación pueda acceder a él, el Estado edifica inmuebles para el desarrollo de las actividades concernientes a la vida académica y administrativa respectiva, paga sueldo a los profesores y empleados, ofrece cursos de capacitación y actualización al personal docente e implementa programas de diversa índole para mejoramiento de condiciones en el ejercicio del derecho, entre muchas otras más acciones. Lo que visiblemente supone, que este derecho social como derecho a algo, trae consigo la obligación estatal de proporcionar medios materiales (acciones positivas); sin embargo, tal como se observó en el derecho a contraer matrimonio, en el derecho a la educación también existe la obligación estatal de no obstaculizarla, por ejemplo, no puede impedir el ingreso a escuelas a personas con discapacidad o que profesen una religión específica (acciones negativas).

Entonces, desde esta perspectiva, cada uno de los llamados derechos civiles y políticos y los DESC, ambos concebidos como *derechos a algo*, con acciones positivas y negativas, transitan en una especie de instrumento de nivelación, que determina, según el derecho de que se trate y sin hacer distinciones entre lo civil, político, económico, social y cultural, el grado o la naturaleza de las acciones positivas o negativas a cargo del Estado. Si esto es así, entonces las funciones económicas a las que hicimos referencia anteriormente, se encaminan al ejercicio no sólo de los DESC, sino también de los derechos civiles y políticos.

Los motivos de diferenciación entre los derechos civiles y políticos y los DESC van de lo histórico a la vaguedad del contenido de los DESC, así lo afirma la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al establecer que:

«En primer lugar, la distinción se hizo inicialmente por razones históricas. Si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos no hacía ninguna distinción entre derechos, ésta apareció en el contexto de la intensificación de las tensiones de la guerra fría entre el Este y el Oeste. Las economías de mercado del Oeste solían hacer más énfasis en los derechos civiles y políticos, en tanto que las economías de planificación centralizada del bloque oriental destacaban la importancia de los derechos económicos,

sociales y culturales. Eso dio lugar a la negociación y aprobación de los pactos: uno de derechos civiles y políticos y otro de derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, esa rígida separación se ha abandonado y se ha producido un restablecimiento de la arquitectura original de la Declaración Universal. En los últimos decenios, los tratados de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, han integrado todos los derechos.

En segundo lugar, se considera que los derechos económicos, sociales y culturales requieren un mayor grado de inversión, en tanto que los derechos civiles y políticos requieren que el Estado se abstenga de interferir en las libertades individuales. Es cierto que muchos derechos económicos, sociales y culturales requieren en ocasiones grandes inversiones –tanto financieras como humanas– para garantizar su pleno disfrute. No obstante, los derechos económicos, sociales y culturales también exigen que el Estado se abstenga de interferir en las libertades individuales, como las sindicales o el derecho a elegir el trabajo que se desee. Paralelamente, los derechos civiles y políticos, aunque abarcan libertades individuales, también requieren inversiones para lograr su plena efectividad. Por ejemplo, los derechos civiles y políticos exigen ciertas infraestructuras, como un sistema judicial que funcione, un sistema penitenciario que respete condiciones de vida mínimas para los reclusos, asistencia letrada, elecciones libres e imparciales, etc.

En tercer lugar, los derechos económicos, sociales y culturales en ocasiones se consideran vagos o poco claros por comparación con los derechos civiles y políticos. Si bien no todos los derechos económicos, sociales y culturales están claramente definidos del mismo modo en los tratados de derechos humanos, esto también ocurre con los derechos civiles y políticos...»¹³

Así mismo, Nino, al hablar sobre los derechos sociales, afirma que

«Derechos tales como aquéllos a la salud, a la vivienda, a la alimentación, a condiciones dignas de trabajo son incluidos frecuentemente en la categoría de «derechos sociales». De hecho, la etiqueta es equívoca en tanto que conduce a pensar que se sitúan en oposición a los derechos individuales, y esto es así porque son disfrutados por grupos y no por individuos, o porque presuponen la pertenencia a una comunidad como una condición necesaria para su titularidad. En lugar de esto, la concepción liberal de la sociedad ve a estos derechos como una *extensión natural* de los derechos individuales... Incluso no son diferentes de los derechos a la vida, a la integridad personal y a los demás que se refieren a bienes que son necesarios para la autonomía personal. Generalmente se refieren a condi-

¹³ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *op. cit.*, pp. 11-12.

ciones para el goce de esos derechos, además de aquellas condiciones que tradicionalmente han sido tomadas en cuenta»¹⁴.

Ahora bien, a los DESC, por dotarlos de una imagen prestacional y onerosa en razón de su «exclusividad» de las obligaciones positivas estatales para su óptimo ejercicio, se les encajona en el sentido de generar un solo tipo de obligaciones estatales: obligaciones de hacer.

Como lo observamos, el Estado está obligado a realizar acciones positivas y negativas para que los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales tengan relevancia práctica, pero estas acciones se realizan en una especie de combinación en cada uno de los derechos y no encasillándola según sea derecho social o derecho civil y político.

De tal manera, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales son derechos a prestaciones en grados diversos y oscilan entre la abstención estatal y las obligaciones positivas.

Reflexionemos sobre el ejercicio del derecho a la protección de la familia, en éste el Estado no sólo está obligado a acciones positivas, como «conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto»¹⁵ que implica personal especializado para su atención, material y equipo adecuado, así como, atención médica eficiente y oportuna; sino que también existe la obligación estatal de no negar atención médica y quirúrgica a las mujeres embarazadas. Tratándose de los derechos civiles, en el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica que tiene todo ser humano, una persona transexual a efecto de hacerlo exigible, podría poner en movimiento la maquinaria jurisdiccional, al ser negada un acta de nacimiento por parte del Registro Civil que ostente su sexo psíquico, lo cual también genera acciones estatales positivas.

Así mismo, al atribuírsele el carácter oneroso a los DESC, derivado de las obligaciones positivas a cargo del Estado, se les conciben como derechos «caros» cuyo ejercicio depende de los recursos económicos disponibles. A pesar de ello, los derechos civiles y políticos igualmente requieren de financiamiento público para ser efectivos.

Otra muestra se observa en el ejercicio del derecho al voto. En este el Estado debe poner en movimiento a la estructura electoral que permita al ciudadano emitirlo el día de la jornada, erogando recursos económicos dirigidos a la contratación de personal que capacite a los funcionarios de casilla

¹⁴ NINO, C. S., «Sobre los derechos sociales» en CARBONELL, M., *et al.*, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México, 2000, p. 137, <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1658>>, consultado el 20 de octubre de 2015.

¹⁵ Artículo 10, párrafo 2, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, <<http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm>>, consultado el 13 de octubre de 2015.

o impresión de material electoral, por mencionar sólo algunos casos. Amén de que, concebido así, el artículo 35 constitucional que enmarca los derechos de los ciudadanos mexicanos, entre otros, también formaría parte del derecho constitucional económico que enunciábamos al inicio.

Así las cosas, frente a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, el Estado se mueve entre la abstención (acción negativa) y las acciones positivas, y es en estas cuando considerados en su globalidad, generan un impacto económico en el Estado.

3. COLOFÓN

El derecho constitucional económico se vincula con los DESC y con los derechos civiles y políticos, en primer lugar, porque se fundamentan en el Plan Nacional de Desarrollo, que es el documento de trabajo que regula el presupuesto y programación de la Administración Pública Federal, mismo cuya planeación forma parte de ese conjunto de artículos que conforman el derecho constitucional económico del que hablábamos en un inicio, y que proyecta «hacer de México una sociedad de derechos en donde todos tengan acceso efectivo a los derechos que otorga la Constitución»¹⁶. En segundo lugar, porque este Plan Nacional de Desarrollo, a su vez, se relaciona con una función económica estatal: Desarrollo de políticas públicas y programas sectoriales. Y en tercer lugar, por ese carácter patrimonial, oneroso, de carga económica del Estado, para la efectividad de los mencionados derechos, que no sólo se inclina hacia el ejercicio de los DESC sino también al de los derechos civiles y políticos; propiedad que deriva de su particularidad de ser «derechos a algo», particularmente, por cuanto hace a las acciones positivas estatales, tema central del presente escrito.

4. FUENTES DE CONSULTA

ABRAMOVICH, V. Y COURTIS, C., «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales», <http://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrTcd8grFhW8LwAyhDv8wt.;_ylu=X3oDMTBjMjAxbTBkBHNIYwNzcgRwb3MDNQRjb2xvA2dxMQR2dGlkAw--/RV=2/RE=1448680609/RO=10/RU=http%3a%2f%2fobservatoridesc.org%2fsites%2fdefault%2ffiles%2fExigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf/RK=0/RS=Us3VekAcGbXXYeN.HHoQaOtxs.I->, consultado el 13 de septiembre de 2015.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, traducido por GARZÓN VALDÉZ, E., Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1997.

¹⁶ <<http://pnd.gob.mx/>>

- BIDART CAMPOS, G., «Constitución económica» *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, 2002.
- NINO, C. S., «Sobre los derechos sociales» en Carbonell, Miguel, *et al.*, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México, 2000, pp. 137-143, <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1658>>, consultado el 20 de octubre de 2015.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, folleto informativo núm. 33, Ginebra, <www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_sp.pdf>, consultado el 28 de octubre de 2015.
- TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho constitucional español*, Publicaciones UCM, Madrid, 2010, 6.^a ed.
- VALERO FLORES, C. N., *El capítulo económico de la Constitución y el desarrollo de México*, Cámara de Diputados, Serie verde, México, 2008.
- VIZCAÍNO LÓPEZ, M. T., «El derecho constitucional económico y sus principios en el estado mexicano, *IUS Revista jurídica*, Universidad Latina de América, <[http://www.unla.mx/iusunla20/reflexion/derecho %20constitucional %20economico %20y %20sus %20prin.htm](http://www.unla.mx/iusunla20/reflexion/derecho%20constitucional%20economico%20y%20sus%20prin.htm)>, fecha de consulta 06 de octubre de 2015.

TITLE: Economics-constitutional ESCR and civil and political rights in Mexico.

RESUMEN: La vinculación entre el derecho constitucional económico mexicano y los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, se visualiza en el Plan Nacional de Desarrollo, que a su vez se liga con una función económica estatal, así como, en el carácter patrimonial que comparten los mencionados derechos para su efectividad, atributo que se deriva de la aplicación de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, concretamente desde la perspectiva de los derechos a algo frente al Estado según su objeto, tema central del presente escrito.

PALABRAS CLAVE: Constitución, derechos y económico.

ABSTRACT: The link between the Mexican economic constitutional law and economic, social, cultural, civil and political rights, is displayed in the National Development Plan, which in turn is linked with state economic function and, in the patrimonial character share those rights to be effective, an attribute that is derived from the application of the theory of the fundamental rights of Robert Alexy, specifically from the perspective of the rights to something from the state as its object focus of this writing.

KEYWORDS: Constitution, rights and economic.

RECIBIDO: 01.12.2015
ACEPTADO: 09.12.2015

Recensiones

GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. y ARNALDO ALCUBILLA, E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*, Editorial La Ley-Fundación Universidad Rey Juan Carlos, 2 volúmenes, Madrid, 2012 (2073 págs.).

doi: 10.18543/ed-63(2)-2015pp297-300

Escasa atención se ha prestado en España al constitucionalismo hispanoamericano tanto en una valoración de conjunto como en un examen detallado del de cada país. Y ello a pesar de que las Constituciones aprobadas en la comunidad hispanoamericana, de nuevo cuño o mediante reformas parciales, en los últimos treinta años aunque mantienen el sistema presidencial incorporan no pocas instituciones tomadas de la Constitución española o completan sus declaraciones de derechos con directa inspiración en ésta.

La obra que aquí reseñamos, por tanto, rompe esa línea tendencial de olvido o marginación del constitucionalismo hispanoamericano, centrándose en el de un país, la República Dominicana, hoy una parte de la que fue La Española, la tierra en la que puso los pies por vez primera Cristóbal Colón y de la que partió la llamada conquista y colonización del continente americano.

La obra, que dirigen los Catedráticos de Derecho Constitucional, Pedro González-Trevijano y Enrique Arnaldo Alcubilla, ambos de la Universidad Rey Juan Carlos, el primero hoy Ma-

gistrado del Tribunal Constitucional, se divide en dos tomos. El primero de los volúmenes, parte general, incluye un conjunto de trabajos en los que se integra la Constitución dominicana de 2010 dentro del constitucionalismo contemporáneo mientras que el segundo contiene un examen detallado de cada uno de los títulos en que la Constitución se estructura.

El libro se abre con un espléndido prólogo del que fuera el gran impulsor de la reforma constitucional, el doctor Leonel Fernández Reyna, que afirma que, desde que en 1844 se fundó el Estado nacional dominicano «el propósito fue la orientación del mismo conforme a los principios de la democracia liberal y los criterios de un régimen constitucional, basado en la separación de poderes públicos y el respeto y garantías de los derechos de los ciudadanos». Expone que, factores como la falta de tradición democrática, el escaso desarrollo económico, o las notables carencias en el orden social y político, motivaron que a lo largo de los años fueran modificando de manera continua las distintas treinta y nueve Constituciones elaboradas hasta la pri-

mera década del siglo XXI. Considera que, por primera vez, los intereses particulares, que habían presidido las anteriores reformas constitucionales, dan paso a un movimiento de participación ciudadana a través de sus instituciones representativas, que impulsó definitivamente el proceso de transición democrática, siendo principal referente del mismo, el proceso constituyente español de transición del modelo autoritario franquista al sistema democrático fundamentado en una monarquía constitucional. Ello explica que la Constitución española de 1978 sea modelo referencial para la Constitución dominicana de 2010 que se inscribe en el que se ha llamado «neonacionalismo latinoamericano».

Sin duda, la necesidad de dotar a los ciudadanos de derechos fundamentales y un sistema de garantías para la protección de los mismos, disponiendo así de un texto en sintonía con las corrientes de constitucionalismo moderno impulsaron definitivamente la reforma estructural de la Constitución de 2010. Tras varios meses de intensos debates entre los distintos miembros de la Asamblea Nacional, el 26 de enero de 2010, se proclamó la nueva Constitución de la República Dominicana, la cual cuenta con una participación de distintos núcleos de la población por medio de una consulta popular, la competencia profesional de un grupo de juristas de reconocido prestigio que integraron una Comisión técnica nombrada por el Presidente, el debate de la opinión pública y las discusiones parlamentarias en el marco de la Asamblea revisora.

En esa parte general del volumen primero, el recientemente fallecido

maestro JIMÉNEZ DE PARGA Y CABREIRA, Presidente emérito del Tribunal Constitucional, señala «el perfil de la Constitución de la República Dominicana de 2010, es profundamente democrático», «abundan en su articulado criterios elaborados a través de las Constituciones clásicas». Destaca las normas inspiradas por una concepción laboralista de la vida; claro ejemplo es el artículo 7 «El Estado Social y Democrático de Derecho que es la República Dominicana, se fundamenta en el trabajo», siendo especialmente satisfactoria la proclamación del artículo 29 «El idioma oficial de la República Dominicana es el español», o la de la prohibición de la esclavitud (artículo 41) haciendo una especial mención a la llamada violencia de género, y a la seguridad alimentaria. Es, además, un texto modélico en lo que se refiere a la familia, y sus derechos, amparando con normas concretas a los menores de edad (artículo 56) y a los componentes de la tercera edad (artículo 57). Pero no solamente la parte dogmática resulta ejemplar sino que se consagra la división de poderes, sin intromisión del ejecutivo o del legislativo, concediendo expresamente al Poder Judicial «autonomía funcional, administrativa y, presupuestaria» (artículo 149). No le es pues difícil concluir que la Constitución de la República Dominicana de 2010, es un documento largo y perfectamente articulado, con muchos aciertos y algunas peculiaridades que merecen el elogio del mismo. Coincide con los propios directores de la obra, GONZÁLEZ TREVIJANO Y ARNALDO ALCUBILLA, quienes afirman con rotundidad que «esta Constitución, vertebradora de la rica

realidad política dominicana y germen de su energía pública más vital, satisface los contenidos materiales de organización y distribución del poder político, al tiempo que abarca generosamente los derechos fundamentales y libertades públicos de la persona».

El primer volumen se completa con estudios generales sobre la Constitución Dominicana y su encuadramiento en el Derecho Histórico y Comparado, abordando así temas como los principios, valores, y fines en la Constitución Dominicana o las garantías y controles de los derechos y deberes fundamentales de la misma a la luz del Derecho Comparado. Entre otros trabajos destacan los de dos de los más prestigiosos constitucionalistas dominicanos, Milton Ray Guevara, actual Presidente del Tribunal Constitucional, y Eduardo Jorge Prats, quien integró la Comisión de Juristas que preparó el anteproyecto. El primero asegura que «la Constitución de 2010, proclamada el 26 de enero, fecha natalicia del Patricio Pablo Duarte, ha abierto nuevas alamedas de esperanzas, que se cristalizaran en un tiempo no muy lejano, con mayores niveles de institucionalidad, desarrollo, prosperidad y justicia social. Esa es la asignatura pendiente de los gobernantes y de los gobernados dominicanos de los años por venir. Su democracia política adulta, con elecciones regulares desde 1962, en el siglo XX, debe cimentar su futuro como nación libre y soberana con una democracia económica, social y solidaria» (página 70). Por su parte, Eduardo Jorge escribe sobre «La Constitución dominicana en el contexto del movimiento neoconstitucionalista» y la califica como

normativa, extensa, programática, compromisoría, imprecisa, transformadora, abierta y de valores y principios, garantizada jurisdiccionalmente, de la efectividad y que promueve la constitucionalización del Derecho. El profesor Díaz Revorio estudia los que denomina lineamientos fundamentales de la Constitución de 2010 desde el punto de vista del respeto de la separación de poderes, del principio democrático, de los derechos humanos y del Estado social, así como las decisiones políticas del modelo: republicano, presidencialista, el Estado unitario, y el control de constitucionalidad.

Destacan también los estudios de Serguei Kouznetsov («La Constitución de la República Dominicana a la luz de los estándares de la Comisión de Venecia») y de Ignacio Torres Muro («Los controles y garantías en la Constitución dominicana»), además de los de López Guerra, Alonso de Antonio, Belda Pérez-Pedrero o Ibáñez Buil.

El segundo de los volúmenes tiene por objeto el estudio pormenorizado de cada uno de los títulos en que la Constitución de 2010 se divide. En lugar del comentario precepto a precepto, los directores han optado por una solución que estimo más acertada para el examen detenido de cada institución. No disponemos de espacio –dentro de los constreñidos límites de una recensión– para la exposición detallada de las aportaciones de cada uno de los colaboradores, por lo que nos hemos de reducir a mencionarlos: Pedro González-Trevijano («La trascendencia de los Preámbulos constitucionales»), Raúl Canosa («La nación, el Estado y sus principios fundamenta-

les)), Rosa M.^a Fernández Riveira («Territorio nacional, fronteras y división político-administrativa»), Cristina Rodríguez Coarasa («Los recursos naturales y su aprovechamiento»), Eduardo Ortega («Nacionalidad, ciudadanía y régimen de extranjería»), Carlos Fernández Casadevante («Relaciones internacionales y del Derecho Internacional»), David Ortega («Idioma oficial y símbolos patrias»), Ángel J. Sánchez Navarro («Los derechos y libertades»), Eduardo Espín («Las garantías de los derechos y libertades»), Vicente Moret («Deberes fundamentales»), Manuel Delgado-Iribarren («El Congreso Nacional»), Asunción García Martínez («Formación y efecto de las leyes»), Oscar Mateos («La Asamblea Nacional y la reunión conjunta de las Cámaras»), Roberto Blanco («La Presidencia de la República»), Carlos Lesmes Serrano («Los Ministerios y el Consejo de Ministros»), Eloi-

sa Carbonell («La Administración Pública»), Juan José González Rivas («El Poder Judicial y su organización»), Manuel Marchena («Delimitación constitucional del Ministerio Público»), Enrique López («El Consejo Nacional de la Magistratura»), Juan José González Rivas («El Tribunal Constitucional»), José Manuel Vera («El Defensor del Pueblo»), José Miguel Carbonero («Ordenación territorial y Administración Local»), Ramón Entrena («Régimen electoral y partidos políticos»), Raúl Hernández («Sistema económico»), Antonio Gómez Arellano («Presupuesto y planificación del sector público»), Pablo Chico («Régimen tributario»), Agustín Carretero («Fuerzas Armadas, Policía nacional y seguridad y defensa»), Esther González («Los estados de excepción»), Cayetano Núñez («La reforma de la Constitución») y Enrique Arnald («La parte final de la Constitución»).

Juan Luis de Diego Arias

Universidad Nacional de Educación a Distancia

TEROL BECERRA, M., *El neoconstitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, (129 págs.).

doi: 10.18543/ed-63(2)-2015pp301-303

El 24 de julio de 2008, la Asamblea Constituyente sancionó el nuevo texto de la Constitución del Ecuador, sometido a referéndum el 28 de septiembre del mismo año, aprobado por el 63,93 % de los votos emitidos¹, entró en vigencia el 20 de octubre de 2015, con su publicación en el Registro Oficial.

El profesor Terol al conocer la obra: «El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008»², piensa en «criticar-

la desde una perspectiva estrictamente jurídica», más adelante comprende las razones del autor y «acepta como buenas las conclusiones» de Ávila Santamaría.

La obra empieza con una aproximación a la definición del neoconstitucionalismo en Europa, se exponen los componentes filosóficos, justificación y los fundamentos, de esta, corriente doctrinal producto de años de teorización académica, a lo largo de la segunda mitad del siglo xx.

El punto de partida de su investigación es el neoconstitucionalismo en Latinoamericana, siguiendo a Carbone, afirma que, la combinación de tres elementos lo caracterizan: nuevos textos constitucionales, nuevas aproximaciones teóricas y nuevo activismo judicial, conectado a una expansión del catálogo de derechos humanos.

El nuevo constitucionalismo Latinoamericano es un fenómeno surgido

¹ La nueva Constitución de Ecuador fue aprobada por el 63,93 % de los votos. Ver más en: <<http://www.20minutos.es/noticia/419324/0/ecuador/constitucion/aprobada/#xtor=AD-15&xts=467263>>.

² En abril de 2011, el profesor ecuatoriano, ÁVILA SANTAMARÍA, R., Abogado, y Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Master of Laws, Columbia Law School, Nueva York; publicó la obra: *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Ed. Abya-Yala, 310 págs., los editores fueron Alberto Acosta Espinosa y Esperanza Martínez. ACOSTA ESPINOSA, A. estudió Economía de la Energía, Geografía Económica, Economía Industrial y Administración de Empresas en la Universidad de

Colonia en Alemania. Fue el Presidente de la Asamblea Constituyente, desde noviembre de 2007, hasta junio de 2008, donde se trabajó el nuevo texto de la Constitución vigente en el Ecuador. MARTÍNEZ, E., acción Ecológica, organización de la sociedad civil.

en el extrarradio de la academia, producto de la reivindicación de los movimientos sociales, en consecuencia, carece de cohesión y proposición como modelo constitucional, al encontrarse en un proceso de formación.

Otro de los puntos en común del nuevo constitucionalismo latinoamericano es el fortalecimiento de la relación entre soberanía y gobierno, bajo lo que se denomina: «formas de participación democrática» o «gobierno participativo», además de la inclusión de los sectores históricamente marginados.

Los nuevos textos constitucionales en Latinoamérica, fueron redactados con el objetivo de lograr un cambio, buscando un constitucionalismo comprometido que pueda avanzar en el camino de la justicia social, la igualdad y el bienestar de los ciudadanos, a través de la creación de las bases para una nueva institucionalidad que deje atrás el viejo constitucionalismo que se mostró incapaz de resolver los problemas fundamentales de la sociedad; les precede un objetivo esencial de cambio y, de legitimidad ofrecida por los procesos democráticos, con los que se construyen estos textos. Este es un dato importante que el autor trabajará más adelante en su obra, la idea del constitucionalismo comprometido.

La investigación plantea la pregunta sobre: las consecuencias para el modelo constitucional, de la entrada en el universo jurídico de conceptos que, en puridad, no pertenecen a este terreno, puesto que el «neoconstitucionalismo surge en el extrarradio de la academia». Asimismo, cuestiona si en realidad ¿hay algo nuevo en el neo-

constitucionalismo? o si se presenta con una nueva etiqueta, cuestiones que en el pasado, han sido abordadas de otra forma.

La obra está enriquecida con los aportes del conocimiento de largos años de investigación del profesor Terol en materia Constitucional, para realizar el estudio del caso latinoamericano, mira siempre a Europa y resalta las diferencias dadas en cada uno de los modelos que analiza a lo largo del libro.

Al final de esta obra, afirma en forma concluyente que los actuales procesos constitucionales que se han dado en América Latina, se alejan progresivamente del espíritu del constitucional europeo.

Los constitucionalistas adscritos a esta corriente –asevera el profesor Terol– trabajan mucho en la idea de la «novedad de los nuevos textos», la voluntad de la Constitución, nuevas aproximaciones teóricas y nuevo activismo judicial. La ley ha dejado de ser la norma suprema del ordenamiento jurídico, para dejar su sitio a la Constitución. El neoconstitucionalismo pretende apartarse de los esquemas del positivismo teórico, donde la Constitución es un modelo neopositivista –dice Ferrajoli– y convertir al Estado de Derecho, en un Estado Constitucional de Derechos.

En cuanto a la versión del neoconstitucionalismo en Ecuador, se examina la obra: «El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008», de Ramiro Ávila Santamaría que recoge la caracterización del Estado y del Derecho a partir de la Constitución 2008 en Ecuador, así, entre otros aspectos

se menciona que: el orden social que propone, es igualitarista y promueve la distribución de bienes sociales; la traslación del Estado unitario, al plurinacional; en lo económico a una economía solidaria; del Estado legal al Constitucional; del Estado de Derecho al de Derechos.

La propuesta constitucional dada en los países andinos, supera la propuesta de esta teoría del derecho transmitida desde Europa, al recoger «elementos más innovadores», con avances propios, que le son inéditos.

El «problema» es que las nuevas instituciones, no han sido creadas, ni desarrolladas, por juristas, sino por movimientos sociales, entre ellos los indígenas, por lo que requieren de la intervención de otras disciplinas científicas para su comprensión —tales como la antropología, sociología, estudios culturales, economía política—.

A lo largo de la obra el profesor Terol hace aportaciones sustanciales para la comprensión de «otros modelos democráticos», en especial el ecuatoriano, a la luz del neoconstitucionalismo latinoamericano.

En cuanto a la Constitución española, analiza el Capítulo III, del Título I, inicia el itinerario por el nacimiento de los derechos sociales, lo cual sienta las bases para comprender estos dere-

chos, en la estructura de la Constitución. A través de los aportes de la Jurisprudencia en esta materia, se introduce en el concepto de la dignidad humana, pieza básica en materia constitucional, para cimentar el orden político y la paz social.

En cuanto al contenido esencial de los derechos sociales, se interpela si: ¿Es posible hablar de ello frente al silencio que guarda la Constitución en este punto? Por paradójico que parezca, esto sustenta discutir sobre ello, y se lo hace a la luz de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

En relación a la justiciabilidad de los derechos sociales, se plantean las distintas posiciones y argumentaciones con respecto a este tema, reforzando la idea favorable a la justiciabilidad de los derechos sociales, en lo que se refiere a la Constitución española.

En el libro se advierte sobre el riesgo que corren los derechos sociales, frente a la crisis económica, en cuanto a su efectiva realización, puesto que su sola mención constitucional no garantiza que se producirán acciones positivas para su implementación por parte del Estado. Asimismo, se muestra un interesante planteamiento sobre los derechos sociales en Suecia por el criterio de priorizar entre ellos que ofrece su sistema jurídico.

Fanny Verónica Mora Navarro
Universidad Pablo de Olavide

EN ESTE NÚMERO
DE *ESTUDIOS DE DEUSTO* COLABORAN

Miguel AGUDO ZAMORA es Profesor Titular de Derecho constitucional acreditado a Catedrático de la Universidad de Córdoba.

Zulema CALDERÓN CORREDOR es Licenciada en Derecho, en Ciencias Económicas y Empresariales. Doctora en Humanidades y Ciencias Sociales y profesora de la Universidad Francisco de Vitoria.

María José CORCHETE MARTÍN es Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca.

Enrique CÓRDOBA DEL VALLE es Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana de México.

Juan Luis DE DIEGO ARIAS es abogado y profesor doctor asociado de Derecho Constitucional. UNED.

María de los Ángeles FERNÁNDEZ SCAGLIUSI es profesora del Departamento de Derecho Administrativo Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

Marisol LUNA LEAL es Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana de México.

Ciro MILIONE es Profesor Ayudante Doctor. Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba.

Fanny Verónica MORA NAVARRO es doctoranda en Derecho en la Universidad Pablo de Olavide.

Fernando REVIRIEGO PICÓN es Profesor Titular de Derecho Constitucional del Departamento de Derecho Político de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Blanca TORRUBIA CHALMETA es Profesora Agregada de Derecho mercantil de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC).

Alejandro VILLANUEVA TURNES es Doctorando en Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela.

Alejandra Verónica ZÚÑIGA ORTEGA es Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana de México.

Cada autor es responsable de sus asertos y opiniones. *Estudios de Deusto* solamente de que el valor científico de sus trabajos les merece ser publicados.

REVISTA ESTUDIOS DE DEUSTO

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista de *Estudios de Deusto* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos de investigación de excelente calidad sobre Derecho y Ciencia Política.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana, en Microsoft Word o formato compatible. Se harán llegar electrónicamente a la dirección: <RevistaEstudios@deusto.es>.
3. **Formato.** En la primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. La segunda página recogerá dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés. La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras).
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge, por ejemplo, en las «Normas básicas para la presentación de trabajos escritos» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:
 - a) **Bibliografía.**
 - GARCÍA-PELAYO ALONSO, M., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1950.
 - DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «La doctrina del “levantamiento del velo” y las sociedades interpuestas», *Estudios de Deusto*, Vol. 43/2, julio-diciembre 1995, pp. 11-51.
 - DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P. P. & DE BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.
 - b) **Legislación.**
 - España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, n.º 164, p. 26901.
 - Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.
 - c) **Jurisprudencia.**
 - Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 5.º.
 - STS o Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992, Ref. Aranzadi, n.º 3055.
5. **Proceso de publicación.** *Estudios de Deusto* utiliza el sistema de evaluación «doble ciego». El Director de la Revista con la participación del Consejo de redacción y el asesoramiento del Consejo asesor decidirá la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa, anónima e independiente. Los trabajos serán publicados como «Estudios» o como «Notas» según su naturaleza y extensión (\pm 20 páginas escritas a espacio y medio, en letra Times New Roman y tamaño 12). Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de una semana natural no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
6. **Copyright.** Los autores de los trabajos inéditos publicados en esta revista podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en *Estudios de Deusto*.
7. **Reseñas de libros.** La revista *Estudios de Deusto* no acepta reseñas no solicitadas. Agradece, por el contrario, sugerencias sobre libros para su recensión o reseña.

Estudios de Deusto

Volume 63, Issue 2, July-December 2015

Table of Contents

Studies

Registration of the Cordoba's Mosque-Cathedral: Protection of heritage and constitutional relevance

Miguel Agudo Zamora

Political order and principles of tax reform: an analysis in historical perspective

Zulema Calderón Corredor

Citizen participation in public affairs and its contribution to the quality of democracy. Reflections with regards to some participative experiences

María José Corchete Martín

The Economic Constitution through the National Development Plan in México

Enrique Córdoba del Valle

The reform of the administrative procedure: The new Act 39/2015, 1st october,

of Common Administrative Procedure of Public Administrations

María de los Ángeles Fernández Scagliusi

Constitutional dispositions in economic matter for the municipality in Mexico

Marisol Luna Leal

The right to motivation of judicial resolutions in jurisprudence of Constitutional Court and the right to the clarity: Reflections around a desired modernization of the juridical language

Ciro Milione

Electoral reforms and the magnitude of constituencies

Fernando Reviriego Picón

Notes

The sexuality of prisoners in constitutional jurisprudence

Juan Luis de Diego Arias

Transportation subcontracts and the rights of subrogation of the insured party in the CMR Convention

Blanca Torrubia Chalmeta

Potential problems in the interception of communications in Spain

Alejandro Villanueva Turnes

Economics-constitutional ESCR and civil and political rights in Mexico

Alejandra Verónica Zúñiga Ortega

Book reviews