



Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional

ESTUDIOS DOCTRINALES

GIANCARLO ROLLA

La dimensione “politica” della giurisprudenza della Corte Costituzionale in Italia

LAURA BAAMONDE GÓMEZ

La dimensión orgánica de la justicia constitucional: apuntes para la reflexión a partir de la comparación de los casos italiano y español

**SEBASTIÁN AGÜERO-SANJUAN
Y FELIPE PAREDES**

Derogación tácita o inconstitucionalidad sobrevenida. Explorando la utilidad del argumento del derecho comparado

ÁNGEL ADAY JIMÉNEZ ALEMÁN

¿De poder neutro a poder activo? Sobre el eficaz pero inconveniente refuerzo de los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

MANUEL FONDEVILA MARÓN

El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles. A propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre

SUSANA RUIZ TARRÍAS

La decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega reinterpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

LAURA ALESSANDRA NOCERA

Contradicciones constitucionales: el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano y la reelección de morales. ¿Una práctica de abusivismo constitucional?

23

Número 2
julio/diciembre

2019

ESTUDIOS
DOCTRINALES



ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES



CRÓNICAS
JURISPRUDENCIALES
IBEROAMERICANAS



COMENTARIOS
BIBLIOGRÁFICOS

Directores

Javier Díaz Revorio, Universidad de Castilla-La Mancha
Joan Oliver Araujo, Universidad de las Islas Baleares

Secretario

David Delgado Ramos, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

Vocales

Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia
Raúl Canosa Usera, Universidad Complutense, Madrid
José María Castellá, Universidad de Barcelona
Domingo García Belaunde, Pontificia Universidad Católica del Perú
Piedad García-Escudero Márquez, Universidad Complutense, Madrid
Ricardo Haro, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
Luis López Guerra, Universidad Carlos III, Madrid
Jorge Miranda, Universidad de Lisboa
Josefa Ridaura, Universidad de Valencia
Diego Valadés Ríos, Universidad Nacional Autónoma de México

Comité Científico Asesor

ALEMANIA

Peter Häberle, Universidad de Bayreuth
Armin von Bogdandy, Instituto Max Planck, Heidelberg

ARGENTINA

Jorge Omar Barcholc, Universidad de Buenos Aires
Walter F. Carnota, Universidad de Buenos Aires
Alberto R. Dalla Via, Universidad de Buenos Aires
Antonio María Hernández, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
Juan Carlos Hitters, Universidad Nacional de La Plata
Patricio Maraniello, Universidad de Buenos Aires
Daniel Alberto Sabsay, Universidad de Buenos Aires
Néstor Pedro Saqués, Universidad de Buenos Aires
Jorge Reinaldo Vanossi, Universidad de Buenos Aires
Alberto Zarza Mensaque, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

BOLIVIA

Jorge Asbun Rojas, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra
José Antonio Rivera Santiviáñez, Universidad Mayor de San Simón

BRASIL

José Afonso da Silva, Universidad de São Paulo
Celso Antônio Bandeira de Mello, Pontificia Universidad Católica de São Paulo
José Carlos Barbosa Moreira, Universidad del Estado de Rio de Janeiro
Luis Roberto Barroso, Universidad del Estado de Rio de Janeiro
Paulo Bonavides, Universidade Federal do Ceará
Dalmo A. Dallari, Universidad de São Paulo
Ivo Dantas, Universidad Federal de Pernambuco
Gilmar Ferreira Mendes, Supremo Tribunal Federal
Márcio Gonçalves Ferreira Filho, Universidad de São Paulo
Eros Roberto Grau, Supremo Tribunal Federal
Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Universidad de Curitiba
José M.ª Othon Sidou, Academia Brasileira de Letras
Juri-dicas
Lenio Luiz Streck, Universidad de Vale do Rio dos Sinos

CHILE

José Luis Cea Egaña, Pontificia Universidad Católica de Chile
Humberto Nogueira Alcalá, Universidad Talca
Lautaro Ríos Álvarez, Universidad de Valparaíso
Fernando Saenger Gianoni, Universidad Católica de la Santísima Concepción
Alejandro Silva Basculán, Universidad Central de Chile

COLOMBIA

Manuel José Cepeda Espinosa, Universidad de los Andes
Eduardo Cifuentes Muñoz, Universidad de los Andes
Augusto Hernández Becerra, Universidad Externado de Colombia
Fabio Morón Díaz, Corte Constitucional
Julio César Ortiz, Universidad Externado
Carlos Restrepo Piedrahíta, Universidad Externado
Álvaro Tafur Galvis, Corte Constitucional
Jaime Vidal Pardo, Corte Constitucional

COSTA RICA

Rubén Hernández Valle, Universidad de Costa Rica
Victor Eduardo Orozco Solano, Universidad de Costa Rica

CUBA

Diego F. Cañizares Abedo, Universidad de La Habana
Eduardo Lara Hernández, Unión Nacional de Juristas de Cuba

ECUADOR

Rodrigo Borja, Universidad de Quito
Oswaldo Cevallos Bueno, Tribunal Constitucional
Hernán Salgado Pesantes, Pontificia Universidad Católica del Ecuador

EL SALVADOR

Salvador Enrique Anaya, Universidad del Salvador
Mario Antonio Solano Ramírez, Tribunal Supremo

ESPAÑA

Eliseo Ala, Universidad de Barcelona
Oscar Alzaga Villaamil, Universidad Nacional de Educación a Distancia
Miguel Ángel Aparicio, Universidad de Barcelona
Manuel Aragón Reyes, Universidad Autónoma de Madrid
Roberto L. Blanco Valdés, Universidad de Santiago de Compostela
Ana María Carmona Contreras, Universidad de Sevilla
José Luis Cascao, Universidad de Salamanca
Javier Corcuera Ateiza, Universidad del País Vasco
Pedro Cruz Villalón, Universidad Autónoma de Madrid
Eduardo Espín Templado, Universidad de Castilla-La Mancha
Ángela Figueroa, Universidad de Salamanca
Teresa Freixes Sanjuán, Universidad Autónoma de Barcelona
Manuel B. García Álvarez, Universidad de León
Mariano García Canales, Universidad de Murcia
Javier García Fernández, Universidad de Alicante
José Luis García Guerrero, Universidad de Castilla-La Mancha
María del Rosario García Mahamut, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana
Javier García Roca, Universidad Complutense, Madrid
Ángel Garroena Morales, Universidad de Murcia
Dolores González Ayala, Universidad Carlos III, Madrid
Esther González Hernández, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid
Pedro González-Trevijano, Tribunal Constitucional
Luis Ignacio Gordillo, Universidad de Deusto
Luis Jimena Quesada, Universidad de Valencia
Javier Jiménez Campo, Tribunal Constitucional
Juan Fernando López Aguilar, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
Raúl Morodo Leoncio, Universidad Complutense, Madrid
Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Tribunal Supremo
Alberto Pérez Calvo, Universidad Pública de Navarra
Pablo Pérez Tremps, Universidad Carlos III, Madrid
Antonio Porras Nadales, Universidad de Sevilla
Artemi Rallo Lombarte, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana
Miguel Revenga Sánchez, Universidad de Cádiz
Agustín Ruiz Robledo, Universidad de Granada
Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Universidad de Jaén
Remedio Sánchez Ferriz, Universidad de Valencia
Antonio Torres del Moral, Universidad Nacional de Educación a Distancia

FRANCIA

Guillaume Tusseau, Sciences Po, Paris
Rosauro Tur Ausina, Universidad Miguel Hernández de Elche
José Manuel Vera Santos, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid
Jaume Vernet i Llobet, Universidad Rovira i Virgili
Roberto Viciano, Universidad de Valencia
Camino Vidal Fueyo, Universidad de Burgos

FRANCIA

Guillaume Tusseau, Sciences Po, Paris

GUATEMALA

Jorge Mario García Laguardia, Universidad de San Carlos de Guatemala
Carmen M.ª Gutiérrez de Colmenares, Tribunal Constitucional

HONDURAS

José Rolando Arriaga M., Tribunal Supremo

ITALIA

Roberto Romboli, Universidad de Pisa
Giancarlo Rolla, Universidad de Génova
Lucio Pegoraro, Universidad de Bologna

MÉXICO

César Astudillo Reyes, Universidad Autónoma de México
José Barragán Barragán, Universidad Nacional Autónoma de México
Miguel Carbonell, Universidad Autónoma de México
José Ramón Cossío Díaz, Suprema Corte de Justicia de la Nación
Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Universidad Nacional Autónoma de México
Héctor Fix-Zamudio, Universidad Nacional Autónoma de México
Sergio García Ramírez, Corte Interamericana de Derechos Humanos
Felipe de la Mata Pizaña, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
Mario Melgar Adalid, Universidad Nacional Autónoma de México
J. Jesús Orozco Henríquez, Tribunal Electoral Federal
José Ovalle Favela, Universidad Nacional Autónoma de México
José Luis Soberanes Fernández, Comisión Nacional de Derechos Humanos
Salvador Valencia Carmona, Universidad Nacional Autónoma de México
Arturo Zaldívar Leto de Larrea, Universidad Nacional Autónoma de México

NICARAGUA

Iván Escobar Fornos, Tribunal Supremo

PANAMÁ

Arturo Hoyos, Tribunal Supremo
Francisco Rodríguez Robles, Universidad de Panamá

PARAGUAY

Luis Lezcano Claude, Tribunal Supremo
Jorge Seall-Sasiain, Universidad Nacional de Asunción

PERÚ

Enrique Bernales Ballesteros, Pontificia Universidad Católica del Perú
Alberto Borea Odría, Pontificia Universidad Católica del Perú
Francisco J. Eguiguren Praeli, Pontificia Universidad Católica del Perú
César Landa Arroyo, Pontificia Universidad Católica del Perú
Marcial Rubio Correa, Pontificia Universidad Católica del Perú
Eloy Espinosa-Saldaña, Tribunal Constitucional del Perú

POLONIA

Krzysztof Komplik, Universidad de Wrocław

PORTUGAL

José J. Gomes Canotilho, Universidad de Coimbra
Vital M. Moreira, Universidad de Coimbra
Afonso d'Oliveira Martins, Universidades Lusitana
Mária Fernanda Palma, Tribunal Constitucional
Marcelo Rebelo de Sousa, Universidad de Lisboa

URUGUAY

Rubén Correa Freitas, Universidad de la Empresa
Eduardo Esteva Gallicchio, Universidad Católica del Uruguay
Martín Rísso Ferrand, Universidad Católica del Uruguay

VENEZUELA

Asdrúbal Aguiar Aranguren, Universidad Católica Andrés Bello
José Guillermo Andueza, Universidad Central de Venezuela
Carlos M. Ayala Corao, Universidad Católica Andrés Bello
Allan R. Brewer-Carías, Universidad Central de Venezuela
Josefina Calcaño de Temeltas, Academia de Legislación y Jurisprudencia
Ricardo Combellas, Universidad Central de Venezuela

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional

23

Número 2
julio/diciembre
2019

ISSN-L: 1138-4824

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Los contenidos del ANUARIO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
están disponibles en acceso abierto en las direcciones:

Revistas electrónicas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8>

Repositorio Español de Ciencia y Tecnología
<http://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/index>

Catálogo General de Publicaciones Oficiales
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Dialnet
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=4240>

SUSCRIPCIONES

Para adquirir números sueltos en papel debe dirigirse a:
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 MADRID (España)
Tel. (34) 91 4228 972/91 4228 973
email: suscripciones@cepc.es
<http://www.cepc.gob.es/tienda/c%C3%B3mo-comprar-una-revista>

El Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional cumple con los criterios de calidad
LATINDEX y está indizado en SCOPUS.

ISSN-L: 1138-4824
Depósito legal: M. 491-1997

DOI: 10.18042/cepc/aijc

NIPO pdf: 044-19-012-9
NIPO html: 044-19-013-4

Fotocomposición: TRECEOCHO EDICIÓN, S.L. - ÁVILA, 12-28830 San Fernando de Henares



PAPEL RECICLADO
LIBRE DE CLORO

SUMARIO

Núm. 23(2), año 2019

ESTUDIOS DOCTRINALES

GIANCARLO ROLLA

La dimensione “política” della giurisprudenza della Corte Costituzionale in Italia. 299-338

LAURA BAAMONDE GÓMEZ

La dimensión orgánica de la justicia constitucional: apuntes para la reflexión a partir de la comparación de los casos italiano y español. 339-367

SEBASTIÁN AGÜERO-SANJUAN Y FELIPE PAREDES

Derogación tácita o inconstitucionalidad sobrevenida. Explorando la utilidad del argumento del derecho comparado 369-399

ÁNGEL ADAY JIMÉNEZ ALEMÁN

¿De poder neutro a poder activo? Sobre el eficaz pero inconveniente refuerzo de los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional. 401-435

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

MANUEL FONDEVILA MARÓN

El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles. A propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre 439-458

SUSANA RUIZ TARRÍAS

La decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega reinterpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 459-490

LAURA ALESSANDRA NOCERA Contradicciones constitucionales: el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano y la reelección de morales. ¿Una práctica de abusivismo constitucional?	491-506
CRÓNICAS JURISPRUDENCIALES IBEROAMERICANAS	509-525
SERGIO DÍAZ RICCI Crónica 2018 de la Corte Suprema de Justicia Argentina.	
PAULO GUSTAVO GONET BRANCO Notas sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro em 2018	527-540
PAULA ROBLEDO SILVA Y MARIANA MEDINA BARRAGÁN Dos pasos adelante y uno atrás: protección de los derechos de las mujeres en la jurisprudencia constitucional colombiana de 2018 . .	541-558
ALBERTO OEHLING DE LOS REYES Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2018	559-580
ALFONSO HERRERA GARCÍA Casos relevantes de la Suprema Corte de Justicia de México en 2018	581-600
COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS	
LUIS LÓPEZ GUERRA: <i>La Constitución de España</i> , por Maria Ballester Cardell	603-610

TABLE OF CONTENTS

Issue 23(2), Year 2019

STUDIES

GIANCARLO ROLLA

The “political” dimension of the jurisprudence of the Constitutional Court in Italy 299-338

LAURA BAAMONDE GÓMEZ

The organic dimension of Constitutional Justice: notes for reflection based on the comparison of Italian and Spanish cases. 339-367

SEBASTIÁN AGÜERO-SANJUAN AND FELIPE PAREDES

Implied repeal or supervening invalidity. Exploring the usefulness of the comparative law argument 369-399

ÁNGEL ADAY JIMÉNEZ ALEMÁN

From a Neutral Power to an Active One? Analysing the Effective but Inconvenient Strengthen of the Constitutional Court’s Enforcement Powers 401-435

CASE LAW

MANUEL FONDEVILA MARÓN

The Convencionalidad Control by Spanish Judges and Courts. About the STC 140/2018, of december 20th 439-458

SUSANA RUIZ TARRÍAS

The framework decision on the European arrest Warrant reinterpreted by the Court of Justice of the European Union 459-490

LAURA ALESSANDRA NOCERA

Constitutional contradictions: the Bolivian Plurinational Constitutional Court and the reelection of Morales. A procedure of constitutional abusivism? 491-506

IBERO-AMERICAN JURISPRUDENTIAL CHRONICLE

SERGIO DÍAZ RICCI

Argentine Supreme Court of Justice. Report 2018 509-525

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Some remarks on the 2018 Brazilian Supreme Court case-law . . . 527-540

PAULA ROBLEDO SILVA AND MARIANA MEDINA BARRAGÁN

Two steps forward and one back: Protection of the women's rights in the Colombian Constitutional jurisprudence of 2018 541-558

ALBERTO OEHLING DE LOS REYES

Chronicle reports of classes law in the Spanish Constitutional Court 2018. 559-580

ALFONSO HERRERA GARCÍA

Leading cases from the Supreme Court of Mexico in 2018 581-600

BOOKS REVIEWS

LUIS LÓPEZ GUERRA: *La Constitución de España*, by Maria Ballester

Cardell 603-610

ESTUDIOS DOCTRINALES

LA DIMENSIONE “POLITICA” DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN ITALIA

The “political” dimension of the jurisprudence of the Constitutional Court in Italy

GIANCARLO ROLLA
Università degli Studi di Genova
rolla@unige.it

Cómo citar/Citation

Rolla, G. (2019).

La dimensione “politica” della giurisprudenza della Corte Costituzionale in Italia.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(2), 299-338.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.09>

Resumen

El artículo analiza el papel desempeñado por la Corte Costituzionale italiana desde su configuración constitucional en los inicios de la república y su progresiva evolución, tanto en lo relativo a sus relaciones con el Parlamento o las regiones, como en relación con los derechos sociales y sus vínculos económico-financieros.

Palabras clave

Corte constitucional; política; jurisprudencia; democracia.

Abstract

The article analyses the role played by the Italian Constitutional Court since its constitutional configuration at the beginning of the republic and its progressive evolution, both in relation to its relations with Parliament or the Regions, and in relation to the social rights and their economic-financial ties.

Keywords

Constitutional Court; politics; jurisprudence; democracy.

SOMMARIO

I. LA PROGRESSIVA MESSA A FUOCO DELLA NATURA DELLA CORTE COSTITUZIONALE. II. LA FASE DI AVVIO DELL'ESPERIENZA ITALIANA DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE. III. LA FASE DELLA "MEDIAZIONE" E IL POTENZIAMENTO DELLE TECNICHE INTERPRETATIVE E DI DECISIONE. IV. DUE CASI DI CONTROVERSO RAPPORTO TRA IL GIUDICE COSTITUZIONALE E IL PARLAMENTO. V. IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA GARANZIA DEI DIRITTI SOCIALI E VINCOLI ECONOMICO-FINANZIARI. VI. LA CORTE COSTITUZIONALE COME GARANTE DELL'UNITÀ DELL'ORDINAMENTO E ARBITRA NEI RAPPORTI TRA LO STATO E LE REGIONI. VII. LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE DINANZI ALLE ASPIRAZIONI IDENTITARIE DI ALCUNI TERRITORI. VIII. LA CORTE COSTITUZIONALE INNANZI AI LIMITI DELLA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. LA PROGRESSIVA MESSA A FUOCO DELLA NATURA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

I costituenti hanno introdotto nella Seconda parte della Costituzione tre fondamentali novità finalizzate ad affermare il principio organizzativo della separazione dei poteri: il Consiglio superiore della magistratura (che sottrae al Ministro della giustizia importanti poteri al fine di garantire l'autonomia e l'indipendenza dell'ordine giudiziario), le Regioni (che danno vita a un *check and balance* di tipo verticale) e la Corte costituzionale, la cui prima sentenza risale al 1956. La dottrina, sin dai primi commenti alla Costituzione, comprese la rilevanza e le potenzialità di questo organo, che poteva favorire la legalità sostanziale del sistema normativo (sia depurandolo dalle possibili antinomie, sia assolvendo a una funzione di interpretazione autentica del significato delle disposizioni costituzionali), assicurare la tutela dei diritti fondamentali, garantire l'equilibrio istituzionale tra i poteri dello Stato e tra questo e gli enti politici decentrati (Ambrosini, 1953; Cappeletti, 1955; Battaglini, 1957; Baschieri *et al.*, 1949; Calamandrei y Levi, 1950; D'Orazio, 1981; Bonini, 1996; De Siervo, 2008). Se è indubbio che questa istituzione seppe acquisire una salda legittimazione sociale e godere di una piena autorevolezza all'interno della forma di governo italiana, non va tuttavia dimenticato che ciò fu il risultato soprattutto della qualità complessiva della sua giurisprudenza, della

capacità di assecondare nel tempo l'evoluzione della società e di dipanare con equilibrio i principali nodi istituzionali. Tale esito non era affatto scontato, dal momento che dal dibattito in Assemblea costituente non emerse una visione omogenea e condivisa del ruolo, delle attribuzioni e dei criteri di composizione della Corte costituzionale: il disegno originario si presentava, come autorevolmente affermato, con i “connotati dell'incertezza e dell'ambiguità” (Modugno, 1985: 534).

La soluzione che emerse dal testo della Costituzione fu condizionata —più che dal peso di posizioni di principio contrarie a prevedere forme di controllo delle leggi da parte dei giudici - da obiezioni che ponevano in guardia circa l'opportunità di attribuire a un organo di natura giurisdizionale, non rappresentativo la competenza di instaurare —come ebbe a dire Francesco Carnelutti— una sorta di “processo al legislatore”, depotenziando la centralità del Parlamento, espressione diretta ai sensi dell'art. 1 Cost. della sovranità popolare (Carnelutti, 1959: 1; D'Orazio, 1981). Né va trascurato che la maggioranza favorevole all'istituzione della Corte costituzionale se, per un verso, coagulò un consenso attorno ad alcuni criteri di carattere generale (la rigidità costituzionale, l'introduzione di un procedimento *ad hoc* finalizzato a verificare il rispetto delle norme costituzionali, l'affidamento di tale compito a un apposito organo di rilievo costituzionale), per un altro verso si differenziò al suo interno circa il modo organizzare siffatto tipo di controllo (Pizzorusso, 1981: 64).

Una prima posizione —sostenuta in particolare da Calamandrei— proponeva un ibrido tra l'esperienza nordamericana di *judicial review* e il controllo astratto di derivazione austriaca: la funzione di giudice costituzionale avrebbe dovuto essere ripartita tra i giudici comuni (che risolvevano il contrasto tra norme ordinarie e Costituzione nel corso di un processo, con effetti *inter partes*) e la Corte costituzionale (che decideva sulla base di un ricorso presentato, entro tre anni dall'entrata in vigore della legge, da un Procuratore generale su richiesta di parlamentari o dei cittadini al determinarsi di particolare presupposti). Le decisioni del giudice costituzionale avrebbero vincolato il Parlamento a modificare gli eventuali vizi di incostituzionalità.

Un'altra —caldeggiata in particolare da Leone— prevedeva un ricorso accentrato e successivo nei confronti non solo delle leggi, ma anche dei regolamenti e degli atti amministrativi, che poteva essere presentato da un ampio ventaglio di organi (Presidente della Repubblica, Governo, Presidente della Regione e del Consiglio regionale, un organo del potere giudiziario, cittadini che ne abbiano interesse); inoltre, la dichiarazione di incostituzionalità aveva effetti retroattivi, salva la possibilità per la Corte costituzionale di dettare norme transitorie valide nei sei mesi successivi alla pubblicazione della sentenza.

A sua volta il costituente Einaudi ipotizzò di distinguere il controllo di legittimità delle norme dai conflitti di competenza: il primo avrebbe dovuto essere di competenza dei giudici comuni, i secondi erano riservati alla Corte di cassazione. Invece, le competenze di natura prettamente politica (come il giudizio sui reati del Presidente della Repubblica e dei ministri) sarebbero spettate al Parlamento in seduta comune. Infine, Mortati suggerì di valorizzare il ruolo della Corte costituzionale come “giudice dei diritti”, ipotizzando una sorta di *recurso de amparo constitucional*).

Su questi presupposti, fu assai difficile conseguire, al termine dei lavori costituenti, una sintesi tra le diverse, eterogenee proposte, che riuscirono a coagularsi soltanto attorno all’idea che la Corte costituzionale dovesse qualificarsi come organo di garanzia della Costituzione, non antagonistico rispetto alla centralità del Parlamento, ma in grado di affiancarlo fornendo un’interpretazione delle leggi *secundum Constitutionem* (Fioravanti, 1998: 107; Repetto, 2018: 730).

Inoltre, anche se risultò evidente l’influenza del prototipo introdotto dalla Costituzione austriaca del 1920 (Calamandrei, 1950; Rolla, 2017: 839), il sistema effettivo di giustizia costituzionale non si limitò a una mera applicazione di un modello storico, ma tenne conto di diversi elementi.

Innanzitutto della specificità dell’interpretazione delle disposizioni delle Costituzioni democratiche e sociali, dal momento che in esse sono numerose le norme a contenuto giuridico indeterminato (il cui contenuto normativo richiede la sussunzione di elementi propri di discipline non giuridiche), le disposizioni polisenso (la cui interpretazione è aperta all’evoluzione normativa), le disposizioni programmatiche (che orientano la successiva attività normativa dei pubblici poteri), le disposizioni “pattizie” (frutto della mediazione tra tendenze culturali diverse, codificate come patto tra le componenti principali di una società pluralistica), nonché quelle tese a favorire l’elasticità dell’ordinamento costituzionale consentendogli di adattarsi al variare della società).

Di conseguenza, maturò la consapevolezza che l’interpretazione costituzionale si dovesse differenziare da quella norme legislative e che questo compito potesse essere assolto solo da un giudice “particolare”, sensibile all’evoluzione della vita sociale, politica ed economica del paese, attento agli effetti che le sue decisioni possono produrre nel contesto sociale e istituzionale. In altri termini, la Corte costituzionale doveva qualificarsi come un giudice *sui generis*: un organo indipendente dalla politica, ma non estraneo al circuito politico e istituzionale, in grado di attuare ma anche implementare la Costituzione, facendo di essa un *living tree*.

Nel medesimo tempo — e in apparente contraddizione con quanto detto sopra — la legislazione attuativa del titolo VI della Costituzione ha favorito,

grazie all'introduzione della “questione incidentale di costituzionalità”, l'instaurarsi di un *continuum* tra l'attività interpretativa del giudice costituzionale e quella dei giudici comuni¹, che ha contribuito ad allontanare progressivamente il sistema italiano di giustizia costituzionale dal suo prototipo di riferimento dando vita a un sistema essenzialmente ibrido: infatti la giurisdizione costituzionale attivata da una “questione” sollevata da un giudice nel corso di un processo fa sì che il giudizio costituzionale, pur essendo per natura oggettivo —finalizzato, cioè, a valutare la coerenza di una norma con le disposizioni costituzionali— non può trascurare che gli esiti dello stesso debbono essere “rilevanti” sia per il processo che ha occasionato la questione di costituzionalità, sia per altri procedimenti giurisdizionali (in corso o futuri) (Pegoraro, 1998: 27; Aragón, 1979: 174).

Di conseguenza, a mano a mano che il giudizio incidentale di costituzionalità ha incrementato la sua rilevanza sotto il profilo numerico e della varietà delle problematiche affrontate, il giudizio di costituzionalità ha dovuto affinare i meccanismi procedurali per evitare l'insorgere di conflitti interpretativi tra le diverse giurisdizioni. A tale risultato si è pervenuti progressivamente sulla base di successive approssimazioni, attraverso un “dialogo” continuo tra le giurisdizioni (Rolla, 2010: 1865; Caretti y Gardino, 1988; De Siervo, 2005; Mannella, 2011). Prima, si è distinto tra l'interpretazione della normativa costituzionale (riservata al giudice costituzionale e vincolante per tutti gli operatori del diritto) e il significato della legislazione ordinaria, che deve emergere dal c.d. “diritto vivente”, cioè da una “consolidata interpretazione giurisprudenziale, suffragata dall'esistenza di almeno una pronuncia della Corte di casazione”². Quindi si è precisato che spetta al giudice comune, nell'esercizio dei suoi poteri interpretativi, pervenire a un'interpretazione delle disposizioni *secundum Constitutionem*, mentre si deve coinvolgere il giudice costituzionale soltanto se è impossibile realizzare un'interpretazione costituzionalmente corretta³.

In definitiva, si può ritenere che il giudice costituzionale abbia assunto nel tempo le sembianze di un “Giano” i cui due volti gli consentono di guardare sia il passato (il testo della Costituzione) che il futuro (la sua evoluzione e trasformazione nel tempo), sia il contesto politico che i rapporti con la giurisdizione comune.

¹ Soprattutto la legge costituzionale n. 1 del 1948 e la legge ordinaria n. 87 del 1953.

² Ad esempio, nella sentenza n. 356 del 1996

³ Ad esempio, nella ordinanza n. 19 del 2003.

II. LA FASE DI AVVIO DELL'ESPERIENZA ITALIANA DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

La fase di avvio dell'esperienza di giustizia costituzionale ebbe una duplice, importante caratterizzazione: l'una di natura processuale inerente alle tecniche processuali, l'altra di natura sostanziale relativa al contenuto delle sue prime decisioni.

La prima è riconducibile alla circostanza che la Corte costituzionale italiana, specie se confrontata con altre giurisdizioni costituzionali, può esercitare un numero limitato di competenze, in conseguenza di una precisa scelta dei costituenti che vollero mettere la sua azione al riparo da un'eccessiva esposizione "politica" riducendo le possibilità di "conflitto" con le istituzioni rappresentative. Inoltre, nei primi venti anni di funzionamento, il canale di accesso alla Corte fu rappresentato dall'ordine giudiziario: si consideri che il contenzioso tra lo Stato e le Regioni decollò solo in seguito all'attivazione delle Regioni ordinarie nel 1971, che la prima decisione in materia di conflitti tra poteri dello Stato si ebbe con la sentenza n. 13 del 1975, così come a tale periodo risalgono anche le prime decisioni in tema di ammissibilità del referendum abrogativo.

Di conseguenza, nei primi anni di attività le "chiavi" per aprire la "porta" di accesso al giudizio costituzionale sono state nelle mani dei giudici ordinari, dalla cui discrezionalità dipendeva la scelta se sollevare nel corso di un processo una questione di legittimità costituzionale, con il rischio che tale fondamentale organo di garanzia della legalità costituzionale finisse per svolgere un ruolo marginale nella dinamica istituzionale della Repubblica.

Va ascritto, quindi, a merito della Corte costituzionale il risultato di aver individuato particolari tecniche decisorie, soprattutto di natura processuale con l'obiettivo di favorire un ampio accesso al giudizio di legittimità costituzionale (Luciani, 1984). Esse si sono orientate essenzialmente in tre direzioni.

Innanzitutto, la Corte ha reso giustiziabili tutte le disposizioni della Costituzione, segnando un punto di rottura rispetto a qualificati orientamenti della dottrina e della giurisprudenza —specie della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato— i quali avevano graduato l'efficacia delle disposizioni costituzionali, introducendo una suddivisione di massima tra norme immediatamente applicabili, norme non suscettibili di immediata applicazione in quanto rinviano al legislatore una più concreta determinazione, disposizioni generali che contengono mere direttive nei confronti del legislatore⁴. In tal

⁴ Così nella sentenza n. 1 del 1956.

modo, ha definitivamente depotenziato ai fini del giudizio di legittimità costituzionale l'utilità della distinzione tra norme precettive e programmatiche⁵.

Inoltre, ha ulteriormente ampliato il parametro del proprio giudizio estendendolo ai principi che “appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”: cioè a norme non scritte, ricavabili da un'analisi sistematica del testo costituzionale, che si pongono “al di sopra” delle singole disposizioni e rappresentano per esse un limite sostanziale sindacabile dal giudice costituzionale⁶.

In secondo luogo, il giudice costituzionale ha riconosciuto la propria competenza a “giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge anche se anteriori alla entrata in vigore della Costituzione”. In tal modo il controllo di costituzionalità è stato esteso a tutte le norme di rango legislativo vigenti, consentendo di annullare molte disposizioni emanate durante il periodo della dittatura e contrarie alla nuova Costituzione (Mortati, 1972: 821; Rolla, 2018: 469).

Siffatto orientamento ha differenziato l'ordinamento italiano da altri ordinamenti europei: si consideri che nella Repubblica federale di Germania le leggi anteriori alla prima riunione del *Bundestag* restavano in vigore e la valutazione della compatibilità con la Legge fondamentale spettava al giudice comune; mentre, secondo il terzo comma della Disposizione Derogatoria della Costituzione spagnola il contrasto tra Costituzione e legge anteriore può essere risolto dal giudice comune in sede di giudizio sull'applicabilità di questa ultima. In entrambi i casi, quindi, le decisioni avevano soltanto effetti *inter partes* e non *erga omnes* come nel caso delle sentenze della Corte italiana.

In terzo luogo, il giudice costituzionale si è premurato di evitare che il meccanismo principale di accesso al giudice costituzionale (la questione di costituzionalità) si trasformasse in un indebito ostacolo al pieno dispiegarsi del controllo di costituzionalità. A tal fine, ha fornito un'interpretazione estensiva della nozione di *giudice a quo*: ad esempio, nella sentenza n. 84 del 1966, ha precisato che l'espressione “giudizio” è comprensiva di tutti i vari procedimenti di carattere decisorio svolti dal titolare di un ufficio giurisdizionale, mentre possono rientrare nella nozione di “autorità giurisdizionale” anche gli organi

⁵ In precedenza, la dottrina prevalente —anche alla luce di un'importante sentenza delle Sezioni unite penali della Corte di Cassazione, che nel febbraio del 1948 distingueva, nell'ambito delle disposizioni costituzionali, tra norme precettive e norme programmatiche— riteneva che per dare forza normativa a molte statuizioni della Costituzione, necessaria l'*interpositio legislatoris* (García de Enterría, 1985: 68; Crisafulli, 1993).

⁶ Si veda, ad esempio, la sentenza n. 1146 del 1988 (Casavola, 1955: 1555; Modugno, 2000: 95; Razzano, 2002; Ventura y Morelli, 2015).

estranei all'ordine giudiziario che siano investiti di funzioni giudicanti e si trovino in posizione *super partes*⁷. In tal modo ha ampliato la partecipazione alla giurisdizione costituzionale —estendendola oltre i confini della giurisdizione comune—; mentre si è rivelata assai più cauta nel legittimare l'intervento nel procedimento a soggetti privi dello *status* di parte, limitandola a “terzi titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio”⁸.

Il contributo innovativo apportato nell'iniziale esperienza di giustizia costituzionale attiene soprattutto alla qualità delle sue prime decisioni. Infatti, nel periodo che va dal 1956 alla metà degli anni '70, il giudice costituzionale ha sopperito ai ritardi del Parlamento nell'abrogare la legislazione anteriore alla nascita della Repubblica, assumendo un ruolo di primo piano nella democratizzazione dell'ordinamento giuridico italiano e annullando molte disposizioni illiberali approvate nel corso della Monarchia e del Fascismo. La sua azione si è rivelata, in questa fase, coerente con le intenzioni originarie dei Costituenti, favorevoli ad affidare a questo organo il compito di allineare il sistema legale alle nuove disposizioni costituzionali, evitando conflitti con il legislatore repubblicano.

Rilevante è stato, ad esempio, l'impatto (anche sociale) delle sue sentenze a tutela della libertà di manifestazione del pensiero, che viene depurata delle più odiose eredità del fascismo, quali le molte autorizzazioni di polizia (sentenza n. 1 del 1956); della eguaglianza tra i sessi, dichiarando incostituzionale una disposizione del 1919 che escludeva le donne da una vasta categoria di impieghi pubblici (sentenza n. 33 del 1960); della libertà di riunione, per cui non vi è più l'obbligo di preavviso per le riunioni in luogo aperto al pubblico (sentenza n. 90 del 1970); della libertà di comunicazione, nel senso che le intercettazioni telefoniche debbono avvenire sempre sotto il controllo del giudice, che le deve adeguatamente motivare (sentenza n. 100 del 1968 e n. 34 del 1973).

Così come è stata apprezzata la sua giurisprudenza in tema di diritto di sciopero, in cui ha precisato che le finalità di tale istituto non riguardano soltanto il rapporto di lavoro, ma si estendono anche a qualsiasi interesse dei lavoratori (sentenze n. 123 del 1962 e n. 141 del 1967); ovvero quella relativa al diritto alla salute, riconoscendo che la gravidanza può essere interrotta qualora la gestazione implichi un danno o pericolo grave per la salute della madre (sentenza n. 27 del 1975); o alla legittimità della carcerazione preventiva, i cui

⁷ Sulla nozione di giudice *a quo*: Patroni, 2012; Oddi, 2007: 28; Pinelli, 2000: 618.

⁸ Vedi sentenza n. 194 del 2018 (Groppi, 2019).

limiti massimi debbono essere tali da non vanificare il principio di presunzione di non colpevolezza (sentenza n. 64 del 1970).

Grazie alla sua giurisprudenza in tema di diritti, il giudice costituzionale ha esercitato un'importante funzione di educazione civica —contribuendo a permeare la società dei valori costituzionali— e fu immediatamente percepito come il principale difensore della Costituzione, dal momento che il Parlamento nelle prime legislature si mostrò molto timido nell'abrogare la legislazione prerепubblicana. In tale azione risiedono i motivi dell'autorevolezza acquisita da quest'organo all'interno della forma di governo italiana.

E' impossibile non riconoscere il suo ruolo fondamentale nel disboscare dall'ordinamento italiano la legislazione autoritaria risalente al periodo fascista, anche se non deve trascurare che su alcuni temi sensibili la Corte costituzionale ha evidenziato una certa difficoltà ad entrare in sintonia con una nuova sensibilità che iniziava a penetrare all'interno della società italiana. Ad esempio, non colse con l'auspicata celerità alcune modificazioni del costume relative ai rapporti tra i coniugi all'interno della famiglia o inerenti alla sfera sessuale degli individui.

Rispetto alla normativa penale che puniva l'adulterio della sola moglie la Corte, in un primo momento, aveva giustificato tale differenziazione di trattamento ritenendo il principio costituzionale dell'unità familiare preminente rispetto all'uguaglianza giuridica e morale dei coniugi sulla base di un pregiudizio sociale per cui l'infedeltà della moglie era considerata socialmente più grave di quella del marito⁹. Mentre, in un primo momento, ha giustificato il divieto di propagandare le pratiche anticoncezionali qualora i modi di manifestazione del pensiero risultassero in contrasto con la morale¹⁰. Solo successivamente, in un differente contesto culturale, la Corte ha mutato orientamento, ritenendo il principio di eguaglianza tra i coniugi prevalente rispetto a quello di unità familiare (sentenza n. 126 del 1968) e dichiarando la non contrarietà alla Costituzione della propaganda dei metodi contraccettivi (sentenza n. 49 del 1971).

III. LA FASE DELLA "MEDIAZIONE" E IL POTENZIAMENTO DELLE TECNICHE INTERPRETATIVE E DI DECISIONE

Nel periodo successivo alla seconda metà degli anni '70 si modifica profondamente il contesto istituzionale in cui il giudice costituzionale opera, im-

⁹ Si veda la sentenza n. 64 del 1961.

¹⁰ Si veda la sentenza n. 9 del 1965.

ponendo alla Corte una continua rilegittimazione nei confronti della società: come è stato autorevolmente sottolineato, pur avendo prodotto un grande *acquis* giurisprudenziale, non poteva “vivere di rendita” (Elia, 2009: 130). Diversi fattori hanno contribuito a definire i caratteri di questa nuova fase.

Innanzitutto, il giudice costituzionale ha potuto esercitare appieno l'intero ventaglio delle attribuzioni attribuitegli dalla Costituzione (con l'eccezione della messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica). Le sue decisioni non si limitano alle sole questioni di costituzionalità, ma si estendono alla risoluzione di un ampio contenzioso tra lo Stato e le Regioni, ai conflitti tra i poteri dello Stato e ai giudizi di ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo. Queste competenze incrinano il precedente monopolio del rapporto Corte - giudici comuni e impongono al giudice costituzionale di affiancare, a un rapporto collaborativo con i giudici comuni¹¹, una difficile dialettica con il legislatore, con gli altri poteri dello Stato, con le Regioni, con il corpo elettorale e i promotori dei referendum, con le giurisdizioni sovranazionali.

In secondo luogo, l'oggetto delle sue decisioni non si limitava alla legislazione anteriore alla Costituzione, ma comprendeva con (frequenza sempre maggiore) leggi da poco approvate dal Parlamento repubblicano o dai Consigli regionali: di conseguenza, non si trattava più di depurare il diritto vigente dalle norme contrarie alla Costituzione, bensì di valutare la conformità a Costituzione di scelte politiche prese dalle assemblee rappresentative. In diversi casi il confine tra discrezionalità e illegittimità si è rivelato incerto o assai poroso; inoltre, non va dimenticato che le moderne società pluralistiche sono percorse da interessi non omogenei, da tensioni non sempre componibili, per cui la decisione politica deve con frequenza maggiore bilanciare le situazioni soggettive suscettibili di entrare in conflitto oppure contemperare l'esercizio di un diritto con la salvaguardia di un principio o di un valore costituzionale. Inoltre, non sempre l'equilibrio tra aspettative contrastanti perseguito dal legislatore (*definitional balancing*) trova conferma nella valutazione del giudice allorché decide sulle singole fattispecie (*ad hoc balancing*).

In questi casi il contenzioso costituzionale si conclude con la ricerca di una mediazione equilibrata tra i diversi interessi sottesi alla questione di costituzionalità e la Corte deve valutare le scelte del legislatore con riferimento ai principi di ragionevolezza o di proporzionalità (Bin, 1992). Nel primo caso ritiene incostituzionali le scelte legislative che regolano situazioni differenti secondo criteri arbitrari, determinando un'irrazionale contraddizione tra la

¹¹ Vedi *supra*, paragrafo 1.

finalità della legge e il contenuto delle norme¹²; nel secondo caso, invece, evita che il godimento di un diritto avvenga con modalità tali da comprimere i diritti altrui “oltre misura”, cioè oltre quanto è necessario per esercitare un proprio diritto (Bernal, 2003; Heintzen, 2012; Barak, 2012; Morrone, 2014).

Ad esempio, in materia di diritto alla salute, il giudice costituzionale ha precisato che il diritto a ottenere determinati trattamenti sanitari è condizionato dall’attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato con gli “altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento”¹³.

L’esigenza di valutare le norme non solo sotto il profilo della mera legittimità, ma anche con riferimento alla ragionevolezza della scelta legislativa e alla sua capacità di contemperare in modo equilibrato interessi e diritti contrastanti ha imposto al giudice costituzionale di graduare il proprio atteggiamento a seconda delle situazioni concrete e di fissare, di volta in volta, la linea di demarcazione tra discrezionalità politica e illegittimità costituzionale. Nello svolgimento di questo compito la Corte, non trovando un adeguato supporto nella legislazione che regola il processo costituzionale, ha dovuto sopperire alla limitatezza degli strumenti decisionali messi a disposizione dal legislatore con una giurisprudenza “creativa” che ha dato vita a una varietà di tipi di sentenze di natura processuale.

Ad esempio, al fine di mettere un certo lasso di tempo a disposizione del Parlamento (per approvare una nuova disciplina della materia) o delle pubbliche amministrazioni (per meglio fronteggiare organizzativamente gli effetti di una decisione di illegittimità costituzionale) ha dato vita alle pronunce di “in-costituzionalità differita”: in questi casi, il giudice costituzionale, bilanciando diverse esigenze di rilievo costituzionale, individua il *dies a quo* degli effetti di annullamento¹⁴. Speculari a questo tipo di decisioni sono le decisioni di illegittimità sopravvenuta con le quali il vizio della legge non decorre *ab origine*, ma partire da un momento successivo determinato dal giudice costituzionale¹⁵.

Sono frequenti anche le situazioni in cui la Corte, per assicurare la tutela effettiva di diritti sociali o per evitare discriminazioni contrarie al principio

¹² Sul principio di ragionevolezza, Moscarini, 1996; Paladin, 1997: 899; Scaccia, 2000; Modugno, 2007; Morrone, 2000; D’Andrea, 2005.

¹³ Ad esempio la sentenza n. 455 del 1990.

¹⁴ Vedi la sentenza n. 119 del 1981.

¹⁵ Ad esempio, la sentenza n. 50 del 1989. In dottrina, Ruotolo, 2010; Pinardi, 1993; D’Amico, 1993; Politi, 1997.

di eguaglianza, decide di sostituirsi al legislatore ricorrendo alle sentenze c.d. “additive”, con le quali la dichiarazione di incostituzionalità colpisce una disposizione “nella parte in cui non prevede” o “non estende ad altri soggetti una determinata prestazione”¹⁶.

In altri casi, il giudice costituzionale ha preferito ricercare (ove possibile) un “dialogo” con il Parlamento, tendendo presente che il controllo di legittimità della Corte costituzionale deve escludere “ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento”¹⁷. In particolare, si è premurato di evitare che la giurisprudenza costituzionale possa innescare un circuito decisionale parallelo (se non alternativo) a quello della rappresentanza politica. ed ha individuato criteri argomentativi idonei a conseguire un accettabile equilibrio tra sindacato di costituzionalità e *supremacy of Parliament* (Romboli, 2017).

Tuttavia, se l’obiettivo perseguito dal giudice costituzionale appare chiaro, ciononostante il suo atteggiamento nei confronti del legislatore non sempre è univoco, risultando influenzato sia da fattori “interni” al processo (come l’oggetto della questione di costituzionalità, l’esistenza di precedenti o la consapevolezza dell’opportunità di introdurre un *revirement* giurisprudenziale), che da altri “esterni” (ad esempio, il contesto politico-istituzionale in cui ha luogo la decisione, la volontà del Parlamento di dare un *legislative sequel* agli “indirizzi” presenti nelle *rationes decidendi* della Corte costituzionale, l’attitudine di quest’ultima a esercitare un accorto *self-restraint* nel valutare situazioni in cui il margine di distinzione tra legittimità e discrezionalità politica risulta assai stretto).

Le posizioni assunte dalla giurisprudenza costituzionale nei confronti del legislatore sono graduabili secondo una scala che va da un elevato grado di deferenza a un atteggiamento propositivo, in cui la Corte si sostituisce, in virtù di specifiche tecniche decisionali, alla latitanza che il Parlamento dimostra dinanzi alla necessità costituzionale di disciplinare una determinata materia.

In diverse situazioni, il giudice costituzionale ha sostanzialmente allineato la sua giurisprudenza alle scelte del legislatore nazionale: ciò è avvenuto, ad esempio, dinanzi ai processi di centralizzazione indotti dalle crisi economiche globali, che la Corte ha assecondato soprattutto quando essi si richiamano (più o meno esplicitamente) ai vincoli conseguenti all’adesione all’Unione eu-

¹⁶ Ciò è avvenuto con frequenza in materia di pubblico impiego, di diritto del lavoro e di previdenza sociale, di assistenza e di sanità pubblica.

¹⁷ Così l’art.28 della legge n. 87 del 1953. Sui rapporti con il legislatore, Passaglia, 2011; Aja, 1998.

ropea¹⁸; oppure quando ha dovuto affrontare questioni controverse —dotate di un elevato tasso di politicità— in cui ha preferito che il vizio di costituzionalità fosse eliminato direttamente dal Parlamento, evitando che un probabile annullamento possa determinare un vuoto normativo, una lacuna giuridica.

Le espressioni linguistiche utilizzate in proposito sono assai varie (dal mero auspicio di revisione legislativa alla dichiarazione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata o di “costituzionalità provvisoria”), ma possono essere riassuntivamente ricondotte alla formula delle c.d. sentenze “monito”, con le quali il giudice costituzionale introduce una scissione logica tra il dispositivo e la motivazione: il primo determina il rigetto della questione di costituzionalità, la seconda - invece- lascia chiaramente intendere che la normativa impugnata presenta fondati dubbi di compatibilità con il dettato costituzionale¹⁹. Nella sostanza, il giudice costituzionale per non creare “vuoti” nel sistema normativo rivolge “un monito” al Parlamento affinché sani con l’approvazione di una nuova normativa il vizio di incostituzionalità, preannunciando in caso di inerzia una futura sentenza di incostituzionalità (Pegoraro, 1987; Pinardi, 1993: 73; D’Orazio, 1967: 134; Modugno, 1981: 1646; Ruggeri, 1988).

In altre situazioni interviene con modalità più sofisticate attraverso “sentenze additive di principio”, con le quali il giudice costituzionale precisa i termini della collaborazione con il legislatore: l’uno indica il principio a cui rifarsi per evitare un vizio di incostituzionalità, l’altro deve individuare, nella sua discrezionalità politica, i modi con cui dare attuazione agli indirizzi della Corte e trovare le relative coperture economiche²⁰.

¹⁸ A titolo di esempio, possiamo richiamare la sentenza n. 198 del 2012 in cui il giudice costituzionale ha confermato la propria giurisprudenza secondo cui il legislatore statale può validamente imporre alle Regioni limiti generali di spesa e fissare criteri di bilancio orientati a ridurre le perdite finanziarie anche nelle materie rientranti nella loro competenza legislativa riservata. Mentre nella sentenza n. 198 del 2008 ha giustificato la capacità delle leggi statali di limitare l’autonomia statutaria delle Regioni al fine di porre un freno alle spese degli organi politici delle Regioni: nel caso di specie, il legislatore avere fissato un limite massimo agli emolumenti dei consiglieri regionali e al numero dei consiglieri e degli assessori.

¹⁹ Una vasta eco ha suscitato la sentenza in cui il giudice costituzionale, in materia di sistema radiotelevisivo, ha dichiarato illegittimo non tanto il monopolio in sé, quanto le modalità con le quali era regolato e esercitato, provvedendo —altresì— ad evidenziare alcuni requisiti che avrebbe dovuto possedere una nuova disciplina della materia (sentenza n. 225 del 1974). A tali criteri il Parlamento si è prontamente adeguato approvando la legge di riforma del sistema n. 103 del 1975.

²⁰ Vedi, ad esempio, la sentenza n. 243 del 1993.

Questo atteggiamento di *self-restraint*, tuttavia, viene meno dinanzi alle “colonne d’Ercole” rappresentate dalla necessità di salvaguardare alcuni diritti nei casi in cui il mancato intervento del legislatore rende concretamente non fruibile un determinato diritto costituzionalmente tutelato.

In altri termini, il giudice costituzionale deve sopperire alle omissioni del legislatore, sanzionando il mancato rispetto da parte del Parlamento del “dovere di protezione” che sta alla base della tutela costituzionale dei diritti fondamentali. La tutela contro le omissioni legislative si estende sia ai casi in cui il legislatore, pur legiferando, regola la materia in modo non adeguato, irragionevole o sproporzionato, sia allorché il legislatore riserva espressamente una disciplina a una determinata categoria di individui, escludendone altre: in questo caso, l’omissione parziale assume i connotati di un’esclusione discriminatoria (Fernández, 2009: 13).

Non essendo operante nel nostro ordinamento, l’istituto del ricorso diretto contro le omissioni del legislatore²¹, la Corte costituzionale sanziona l’omissione legislativa adottando le sentenze di incostituzionalità c.d. “di tipo additivo”: in tal modo il giudice costituzionale sana autonomamente la lacuna dichiarando una disposizione incostituzionale (non per ciò che dispone in quanto non prevede una determinata norma la cui presenza è necessaria per rendere costituzionalmente legittima una disposizione di legge. Con tale operazione interpretativa la Corte introduce nell’ordinamento una norma mancante, necessaria per ripristinare la costituzionalità violata (Silvestri, 1981: 1684; Colapietro, 1990; Pinardi, 2007).

Sono state numerose le sentenze additive in materia penale, finalizzate soprattutto ad assicurare l’equità del processo e i diritti delle parti²², così come ha fatto ricorso a sentenze additive per risolvere questioni aventi a oggetto diritti di natura sociale, assistenziale e previdenziale. Nel rimuovere situazioni di disuguaglianza nella fruizione di prestazioni pubbliche la Corte si è trovata dinanzi a un’alternativa per assicurare il rispetto del principio di eguaglianza, potendo sia ampliare, quanto ridurre la platea dei beneficiari di determinate prestazioni: come è stato significativamente precisato, “l’operatività del principio di eguaglianza non è unidirezionalmente e necessariamente diretta ad

²¹ Si rinvia in proposito a Rolla, 2012: 168.

²² Ad esempio, il giudice costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima la disposizione che prevedeva la presenza del pubblico ministero all’interrogatorio dell’imputato senza che fosse assicurata anche presenza al medesimo interrogatorio del difensore dell’imputato (sentenza n. 190 del 1970); così come la posizione dell’imputato condannato che non ha avuto tempestiva ed effettiva conoscenza del provvedimento è stata equiparata a quella prevista dall’art.175 del c.p.p. per il pubblico ministero, le parti e i difensori (sentenza n. 317 del 2009).

estendere la portata di una disciplina più favorevole..., ma può dispiegarsi anche nel senso di rimuovere l’ingiustificato privilegio di una disciplina più favorevole rispetto a quella indicata a comparazione”²³.

Riflettendo sul *trend* giurisprudenziale della Corte costituzionale italiana a 63 anni dalla sua prima sentenza si nota una modificazione progressiva della sua collocazione all’interno del “parallelogramma” dei poteri costituzionali. Se, per un verso, in materia di diritti individuali e di libertà la natura di sindacato accentrato di costituzionalità entra in “competizione” con il concomitante attivismo delle giurisdizioni comuni e di quelle sovranazionali²⁴; per un altro verso, nelle relazioni con gli altri “poteri” —come vedremo nei prossimi paragrafi— implementa la sua posizione di interprete (piuttosto che attuatore) della Costituzione, di garante dei principi costituzionali (in particolare di quello dell’unitarietà dell’ordinamento generale e della salvaguardia dell’intima dignità di tutti gli individui) e della ragionevolezza e proporzionalità degli interventi del legislatore.

IV. DUE CASI DI CONTROVERSO RAPPORTO TRA IL GIUDICE COSTITUZIONALE E IL PARLAMENTO

Al fine di meglio evidenziare il complesso rapporto tra discrezionalità legislativa e controllo della legittimità costituzionale delle leggi può essere utile focalizzare l’attenzione su due situazioni in cui il giudice costituzionale ha manifestato una posizione “particolare” nei confronti delle scelte politiche del Parlamento: mi riferisco, per un verso, all’atteggiamento di sostanziale “deferenza” assunta allorché ha dovuto decidere su “questioni scientifiche controverse”, che chiamano in causa le relazioni che intercorrono tra la scienza, la morale e il diritto (Veronesi, 2007; D’Amico, 2008; Chieffi, 1993; Carusi, 2011); per un altro verso, al tentativo della Corte di “affidare” al legislatore la soluzione di una questione di legittimità costituzionale che investe problematiche non strettamente giuridiche, nei confronti delle quali il giudizio sociale non appare univoco (Razzano, 2019).

Nel primo caso, il giudice costituzionale ha individuato —in genere— nel Parlamento il soggetto primario cui compete operare un bilanciamento (il c.d. *defnitional balancing*), limitandosi a verificare se lo stesso conteneva un ragionevole e proporzionato equilibrio tra gli interessi e i diritti in potenziale conflitto.

²³ Ad esempio, nella sentenza n. 421 del 1995.

²⁴ Si rinvia a Rolla, 2012: 181.

Nel compiere tale operazione ha assunto, in genere, un atteggiamento di cautela e di circospezione, preoccupandosi di non contrapporre un propria “visione” della materia, alternativa rispetto a quella codificata nella legge: se possibile, non entra nel merito scientifico dei problemi coinvolti, preferendo valorizzare le ragioni schiettamente giuridiche²⁵. Inoltre, come ha avuto occasione di precisare, dalla circostanza che una norma si fondi su di una base scientifica non certa non deriva necessariamente l’incostituzionalità della disciplina della cui legittimità si dubita²⁶.

Nel fondare la *ratio decidendi* delle proprie decisioni, il giudice costituzionale parte, in genere, da una presunzione di legittimità delle scelte del Parlamento, ritenendo che queste possano essere ribaltate soltanto nel caso in cui i dati scientifici su cui la legge si fonda siano “incontrovertibilmente erronei o raggiungano una tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo un’interpretazione ed un’applicazione razionali da parte del giudice²⁷.

Siffatta presunzione, tuttavia, viene meno quando le norme mettono in discussione la salvaguardia di diritti di libertà tutelati dalla Costituzione: specialmente se il parametro del giudizio è rappresentato dal diritto all’autodeterminazione, alla salute, alla libertà di ricerca scientifica.

Importanti sono le argomentazioni con le quali il giudice costituzionale ha dichiarato l’incostituzionalità di alcune importanti norme della legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, ritenute lesive dei principi di dignità, di autodeterminazione individuale e del diritto alla salute²⁸. Alcuni passi della motivazione sono, a nostro avviso, di particolare interesse: ad esempio, quando si afferma che la scelta di una coppia di diventare genitori “costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi”, per cui un divieto assoluto imposto al suo esercizio deve essere “ragionevolmente e congruamente giustificato dall’impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango”²⁹. Sempre in materia medica, la Corte

²⁵ Emblematica è, in proposito, l’ordinanza n. 369 del 2006, in materia di diagnosi preimpianto nelle procedure di procreazione medicalmente assistita, in cui la Corte perviene ad un’ordinanza di inammissibilità usando esclusivamente argomenti giuridico-formali.

²⁶ Sentenza n. 185 del 1998.

²⁷ Vedi, ad esempio, la sentenza n. 114 del 1998.

²⁸ Tra i molti contributi, Casonato y Frosini, 2006.

²⁹ Vedi ad esempio, la sentenza n. 162 del 2014. Inoltre, sempre secondo il giudice costituzionale, un divieto assoluto di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte di coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili lede il diritto costituzionale alla salute e risulta irragionevolmente contraddittorio rispetto a

costituzionale ha considerato la volontà del paziente —da esprimersi attraverso l’istituto del “consenso informato”— un limite invalicabile per la legge, dal momento che tale istituto è riconducibile a due diritti fondamentali della persona (la salute e l’ autodeterminazione). Secondo le argomentazioni del giudice costituzionale “ogni individuo ha il diritto a essere curato e a ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico”³⁰—.

In tema di libertà della ricerca scientifica, infine, la Corte ha dichiarato l’incostituzionalità di norme che invadevano l’autonomia professionale dello scienziato o del professionista, affermando che non spetta al legislatore “stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse”, dal momento che in materia “la regola di fondo è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione”³¹. Mentre in un’altra decisione ha precisato che le valutazioni in tema di scelte terapeutiche non rientrano nella “pura discrezionalità politica del legislatore”, il quale deve “tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite”³².

Il secondo caso cui abbiamo accennato all’inizio del paragrafo risulta —a sua volta— difficilmente inquadrabile all’interno dei tipi di tecniche interpretative richiamate nel paragrafo precedente. Si tratta dell’ordinanza n. 207 del 2018 con la quale la Corte affronta la questione di legittimità costituzionale dell’art.580 del codice penale che punisce l’istigazione o l’aiuto al suicidio: la sua peculiarità (od originalità) deriva dal fatto che il collegio giudicante, dopo aver rilevato che “l’attuale assetto normativo concernente il fine vita lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti, non risolve il dubbio sollevato dal giudice *a quo* con una sentenza di accoglimento o con una sentenza “additiva” o “additiva di principio”, ma decide di “non

quanto già da tempo previsto dalla legge n. 194 del 1978 (disciplina dell’aborto) che consente “l’interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali al fine di perseguire l’obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria” di cui la coppia è portatrice (sentenza n. 94 del 2015).

³⁰ Vedi sentenza n. 438 del 2008.

³¹ Vedi sentenza n. 282 del 2002.

³² Vedi sentenza n. 8 del 2011. Sempre in coerenza con siffatto indirizzo giurisprudenziale ha ribadito che la legge deve riconoscere “al medico la possibilità di una valutazione sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico scientifiche” (sentenza n. 151 del 2009).

decidere”. Infatti rinvia all’udienza pubblica del 24 settembre 2019 la trattazione della questione di costituzionalità al fine di “consentire in primo luogo al Parlamento di intervenire con un’appropriata disciplina”.

Nel corpo della motivazione sembrano giustapporsi due filoni argomentativi distinti (che evidenziano, forse, una divisione all’interno del collegio). L’uno evidenzia in astratto la non contrarietà alla Costituzione della normativa che incrimina l’istigazione e l’aiuto al suicidio: sia perché dall’art. 2 Cost. “discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo” anche creando attorno al soggetto interessato una sorta di “cintura protettiva” inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui”; sia in quanto la norma penale sarebbe funzionale alla tutela del diritto alla vita delle persone più deboli e vulnerabili.

L’altro, per contro, prende le mosse dall’oggetto specifico del giudizio *a quo* prendendo atto che possono determinarsi situazioni nelle quali l’assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l’unica via d’uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all’art. 32, secondo comma, Cost.”. Di conseguenza, sempre ad avviso del giudice costituzionale “entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.”³³.

L’argomentare della Corte sembra prefigurare —trattandosi di un giudizio incidentale, quindi condizionato da un necessario legame con la concretezza della questione *a quo*— una sentenza di tipo additivo, oppure (qualora il giudice costituzionale ritenga di impegnare il Parlamento ad approvare una disciplina organica della complessa tematica del “fine vita” e della dignità al momento della morte) di una additiva di principio.

Invece, la Corte con una ordinanza demanda la soluzione del problema al legislatore: il giudice sembra voler rinunciare a realizzare un “*ad hoc balance*” richiedendo al Parlamento un “*definitional balance*”. I motivi di tale rinuncia appaiono, a nostro avviso, difficilmente comprensibili e solo la *viva vox* dell’organo di giustizia costituzionale potrebbe chiarirli. In attesa, non si può sfuggire al sospetto che il comportamento della Corte possa essere stato determinato dall’intenzione non tanto di rivolgere un “monito” al Parlamento, quanto di evitare una scelta difficile e non condivisa dall’intero collegio³⁴.

³³ Così in ordinanza n. 207 del 2018.

³⁴ Tra i molti interventi si rinvia a Razzano, 2019.

V. IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA GARANZIA DEI DIRITTI SOCIALI E VINCOLI ECONOMICO-FINANZIARI

I diritti sociali costituiscono una partizione della categoria generale dei diritti dell'individuo, ma debbono anche essere annoverati tra gli elementi che concorrono a caratterizzare la forma di Stato democratica e sociale: tale duplicità fa sì essi, per un verso, arricchiscono il principio personalistico e, per un altro verso, rappresentano i principi orientatori che lo Stato deve perseguire. Alcune Costituzioni —ad esempio, gli ordinamenti di cultura anglosassone e la Spagna— valorizzano preferenzialmente questo secondo profilo; altre, invece —come quella italiana— li inseriscono a pieno titolo tra i diritti costituzionali dell'individuo.

In entrambi i casi, tuttavia, i diritti sociali sono espressione del dovere dello Stato di assicurare determinate prestazioni; tuttavia, l'ampiezza e la natura di tali prestazioni non costituiscono una “variabile indipendente”, in quanto le scelte legislative sono condizionate da alcuni fattori, come la quantità delle risorse disponibili, la condizione complessiva della finanza pubblica e i vincoli imposti dall'adesione all'Unione europea: si può parlare in proposito di “diritti finanziariamente condizionati”³⁵.

In altri termini, un medesimo diritto (all'abitazione, all'istruzione, ai servizi sociali, al lavoro e a un salario dignitoso, ecc.) può contenere al proprio interno un *set* di prestazioni più ampio in fasi economicamente espansive oppure più circoscritto (sino a ridursi al “nucleo indisponibile”) in situazioni di difficoltà economiche o di crisi del sistema di finanza pubblica.

Di conseguenza, è difficile determinare in astratto il grado di effettività assicurato ai diritti sociali dalla giurisprudenza costituzionale, dal momento che in siffatta valutazione entra in gioco una molteplicità di elementi eterogenei come la struttura delle disposizioni costituzionali, il contesto economico e sociale in cui il giudice deve decidere, la sensibilità sociale del collegio giudicante. Inoltre, in questa materia il giudice costituzionale non deve decidere “a rime obbligate”, bensì possiede un ampio margine di apprezzamento, il quale però trova le sue “colonne d'Ercole” non valicabili nella necessità che le disposizioni oggetto del giudizio siano coerenti con il principio di eguaglianza (ragionevolezza) e di proporzionalità e non intacchino il contenuto essenziale delle prestazioni da assicurare a tutti i cittadini. Come ha precisato la Corte costituzionale, l'effettiva fruibilità del nucleo indefettibile dei diritti spettanti a determinate categorie di individui (nel caso di specie si trattava di persone con disabilità) non può dipendere da scelte finanziarie che il legislatore com-

³⁵ Così: Merusi, 1990: 30.

pie con previsioni che lasciano incerta nell' *an* e nel *quantum* la misura della contribuzione, pena violare la dignità insita in ogni individuo³⁶.

Tuttavia, esiste una diversità di atteggiamento tra le diverse giurisdizioni costituzionali: tra chi affida valutazione delle scelte del legislatore al rispetto rigoroso di determinati *test* di interpretazione³⁷, e chi agisce pragmaticamente, valutando caso per caso —come nel caso della Corte costituzionale italiana—: nella sua ricca giurisprudenza non emerge un *leading case*, né le motivazioni delle sue sentenze scaturiscono da procedimenti logici, da *step* argomentativi predeterminati ed esplicitati nelle sue *rationes decidendi*. Piuttosto, nelle singole questioni sottoposte al suo giudizio, sembra ricercare un ragionevole punto di equilibrio tra la tutela dei diritti sociali e le compatibilità economiche e finanziarie contenute nelle scelte di bilancio, tra le aspettative sociali e i vincoli economici dai quali il Parlamento non può prescindere.

In diverse occasioni, la Corte costituzionale ha precisato che “il legislatore nel determinare l’ammontare delle prestazioni sociali può tener conto della disponibilità delle risorse finanziarie purché le sue scelte siano ragionevoli e rispettose del principio di proporzionalità”³⁸; così come ha considerato ammissibili contributi di solidarietà a carico delle pensioni di importo più elevato qualora trovino fondamento in una crisi contingente e grave del sistema previdenziale³⁹.

Spesso il giudice costituzionale —pur salvaguardando la sostanza dei diversi diritti sociali— ha assunto un atteggiamento di cautela, intraprendendo un percorso giurisprudenziale attento a non invadere “il terreno” riservato alla discrezionalità politica del Parlamento (Bianchi, 2006; Salazar, 2000; Furno, 2017). Nei periodi di “austerità” e di crisi delle finanze pubbliche, come è stato evidenziato dalla dottrina, la sua giurisprudenza non è apparsa cristallina, rimanendo incertezze circa l’effettiva quantità di sacrifici che possono essere

³⁶ Si vedano, le sentenze n. 275 del 2016 e n. 83 del 2019.

³⁷ Ad esempio, il Tribunale costituzionale federale di Germania ha individuato un *test* articolato essenzialmente su tre verifiche inerenti al rispetto del principio di effettività, di indispensabilità (verificare l’esistenza di altre misure che possono rendere sufficiente la protezione), di razionalità. Mentre il Tribunale costituzionale del Portogallo è andato oltre sino a precisare che in ossequio al principio di eguaglianza il peso dei sacrifici deve essere ripartito tra le diverse categorie di cittadini in modo equilibrato e motivato, dimostrando di aver esplorato la fattibilità di misure alternative rispetto a quelle prescelte).

³⁸ Ad esempio, nelle sentenze n. 180 del 1982, n. 220 del 1988, n. 73 del 1992, n. 485 del 1992 e n. 347 del 1997.

³⁹ Sentenza n. 173 del 2016. Vedi: Salazar, 2015: 153; D’Amico y Biondi, 2017; Gambino, 2015; Busata, 2018: 83; Brancati, 2018; Ciolli, 2012.

patiti da differenti categorie di persone a cause di esigenze di politica economica o di vincoli posti dalle istituzioni comunitarie.⁴⁰ In altre situazioni, la Corte costituzionale ha tenuto in particolare considerazione le conseguenze finanziarie delle sue pronunce: sia facendo precedere le decisioni da un'attività istruttoria finalizzata a quantificare gli oneri finanziari conseguenti a un'eventuale decisione di accoglimento, sia ricorrendo a sentenze additive di principio che le consentono di affermare la lesione di un diritto, demandando al legislatore la scelta dei modi con cui conseguire la copertura dei relativi costi. In tal modo, si realizza una “distribuzione del lavoro” tra il giudice costituzionale —che indica il principio a cui rifarsi per sopperire al vizio di incostituzionalità— e il legislatore che deve dare seguito al principio individuando le modalità e le relative coperture⁴¹.

In altre decisioni la Corte ha riconosciuto la discrezionalità del legislatore nel modulare il contenuto dei diritti sociali, limitandosi a verificare che la loro configurazione legale non leda in modo irragionevole il contenuto essenziale del diritto: in altri termini, ammette una gradualità nell'erogazione di prestazioni sociali e riconosce che le esigenze finanziarie possano limitare l'ampiezza delle prestazioni sociali, purché non si vanifichi il contenuto essenziale del diritto⁴².

Infine, ha individuato nel principio di dignità (che garantisce tutti gli individui indipendentemente dalla loro traiettoria di vita e dallo *status civitatis*) il confine oltre il quale la discrezionalità legislativa non può spingersi (Ceccherini, 2008). A tal fine, si può richiamare l'orientamento del giudice costituzionale secondo cui alcune cure ospedaliere e ambulatoriali che costituiscono il nucleo essenziale del diritto alla salute devono essere erogate a favore di tutti, anche “indipendentemente dalla regolarità della posizione delle persone che ne beneficiano⁴³. Mentre in tema di diritto allo studio dei disabili ha precisato che “il nucleo di garanzie minime per renderlo effettivo deve essere assicurato al di là di ogni esigenza di bilancio”⁴⁴.

⁴⁰ Così, ad esempio, Guiglia, 2018.

⁴¹ Ad esempio, sentenza n. 243 del 1993.

⁴² Nella sentenza n. 222 del 2013 il giudice costituzionale ha precisato che l'individuazione dei beneficiari di alcune prestazioni sociali può essere circoscritta in ragione della limitatezza delle risorse disponibili, ma tale scelta deve essere operata sempre e comunque in ossequio al principio di ragionevolezza.

⁴³ Così nella sentenza n. 299 del 2010 (Biondi, 2013).

⁴⁴ Sentenza n. 275 del 2016.

VI. LA CORTE COSTITUZIONALE COME GARANTE DELL' UNITÀ DELL'ORDINAMENTO E ARBITRA NEI RAPPORTI TRA LO STATO E LE REGIONI

I costituenti italiani, allorché affrontarono il tema della forma di Stato sotto il profilo della distribuzione territoriale dei processi di decisione politica, furono condizionati nella loro scelta da due elementi: che le esperienze storiche a cui ispirarsi erano costituite da due prototipi contrapposti rappresentati dagli Stati federali e gli ordinamenti unitari centralizzati; che non si poteva del tutto prescindere dal processo storico che aveva portato alla nascita dello Stato italiano e, successivamente, alla sua trasformazione e involuzione durante il periodo fascista⁴⁵.

Di conseguenza, il punto di sintesi tra le differenti posizioni fu trovato in una forma di Stato “intermedia” tra centralismo e federalismo, formalizzata nell’approvazione di un ordine del giorno con cui la seconda Sottocommissione definì i confini entro cui si sarebbero dovute incanalare le scelte dei costituenti: si intendeva, cioè, istituire le Regioni come enti autarchici (capaci di perseguire fini propri), autonomi (forniti di autonomia organizzativa e di potestà legislativa nelle materie di propria competenza), rappresentativi (dotati di organi elettivi a suffragio universale) e con autonomia finanziaria (Bascieri et al., 1949: 380).

Nel contrasto tra centralisti, regionalisti “spinti” e “tiepidi” prevalse una posizione mediana che, conformemente alla natura tipicamente pattizia della Costituzione italiana, evitò —per quanto possibile— formulazioni che fossero espressione omogenea di una visione unilaterale dello Stato. Infatti, la particolarità del regionalismo italiano che emerge dalle disposizioni costituzionali del Titolo V poggia su tre pilastri.

Innanzitutto, la Costituzione repubblicana introduce un elemento di discontinuità nell’evoluzione della forma di Stato, affermando per la prima volta la piena compatibilità tra natura unitaria dello Stato e decentramento politico (Esposito, 1954: 82).

In secondo luogo, è molto forte l’attenzione per le esigenze unitarie dell’ordinamento, che vengono salvaguardate sia premurandosi di incardinare il sistema delle autonomie territoriali all’interno di un contesto istituzionale attento alla cura degli interessi nazionali, sia attribuendo allo Stato competenze specifiche affinché le differenze tra le diverse comunità regionali non intacchino la parità tra i cittadini nel godimento dei diritti fondamentali e il principio di solidarietà. A differenza della regionalizzazione introdotta in Spagna (Rolla,

⁴⁵ Si veda Ghisalberti, 2000. Con riferimento al fascismo, Melis, 2018.

2008: 149), l'autonomia non tanto scaturisce dal principio dispositivo, ma si sviluppa su impulso dell'attività normativa dello Stato: come emerge dalla formulazione dell'art. 5 Cost. si utilizza l'espressione "promuove" per evidenziare che il processo di decentramento scaturisce dall'azione unilaterale dello Stato, che viene individuato come il soggetto che conforma l'autonomia delle comunità territoriali.

Infine, la Costituzione ha istituzionalizzato un sistema rigido di relazioni tra lo Stato e le Regioni, ispirato a una visione garantistica dell'autonomia, preoccupata di separare le rispettive attribuzioni e di prevedere meccanismi politici e giurisdizionali a tutela della rispettiva sfera di competenza: come è stato efficacemente rilevato, dal testo costituzionale emerge la presenza di livelli istituzionali che "si confrontano e si contrappongono restando arroccati all'interno di ambiti di competenza distinti e separati" (Bartole, 1985: 28). Di conseguenza, nel testo costituzionale manca l'individuazione di strumenti di collaborazione tra interistituzionale; mentre si è tentato di introdurre una demarcazione rigida tra le competenze dei diversi livelli istituzionali, individuando nella Corte costituzionale l'arbitro cui rivolgersi per risolvere e conflitti di competenza.

Sin dai primi anni di funzionamento delle Regioni la dottrina si divise circa la posizione che il giudice costituzionale avrebbe assunto all'interno del contenzioso tra lo Stato e le Regioni: tra chi era propenso a prevedere che avrebbe adottato indirizzi giurisprudenziali rigorosi nella salvaguardia delle prerogative costituzionali delle Regioni e chi, per contro, era dell'avviso che l'organo di giustizia costituzionale si sarebbe limitato a confermare nella sostanza le soluzioni adottate dallo Stato ovvero "concordate" tra i livelli istituzionali, mettendo al loro servizio "il più o meno spiccato acume esegetico dei giudici estensori delle sentenze" (Bassanini, 1978: 219; Paladini, 1979: 273). In realtà, se l'attenzione si concentra sugli esiti complessivi della giurisprudenza costituzionale è possibile intravedere nel comportamento della Corte una posizione articolata, difficilmente inquadrabile in schemi precostituiti.

Nella fase iniziale, di avvio dell'esperienza regionale, la Corte costituzionale ha contribuito a mettere a fuoco le caratteristiche principali del sistema, svolgendo una preziosa attività di supplenza innanzi ad alcune "lacune" del testo costituzionale. Alcuni istituti e principi oggi consolidati sono stati il frutto della sua attività interpretativa, piuttosto che della legislazione di attuazione del testo costituzionale: è il caso, ad esempio, della funzione di indirizzo e di coordinamento, della disciplina delle attività regionali di rilievo internazionale, dei criteri per determinare il concetto legale di materia regionale, della definizione dei rapporti tra la legislazione statale di principio e le leggi

regionali nelle materie di competenza concorrente, dell'indicazione delle relazioni tra le Regioni e l'Unione europea⁴⁶.

L'azione di supplenza della Corte è stata significativa anche in sede di attuazione della legge di revisione costituzionale n. 3 del 2001, allorché ha dovuto risolvere diverse problematiche conseguenti alla lacunosa formulazione del testo di legge. Non va sottovalutato, in proposito, che la Corte, a causa della mancata inserzione nella legge costituzionale n. 3 del 2001 di norme finali e transitorie, si è fatta carico, in più occasioni, dell'esigenza di assicurare la continuità e la funzionalità dei processi istituzionali, nonché di garantire la certezza del diritto e la sicurezza giuridica. La sua giurisprudenza in merito evidenzia un atteggiamento di cautela e la preoccupazione di assicurare una ragionevole continuità nel funzionamento del sistema costituzionale (Rolla, 2007).

D'altra parte, siffatto atteggiamento appare comprensibile, dal momento che il giudice di costituzionalità delle leggi ha dovuto navigare tra Scilla e Cariddi, tra il rischio di favorire la continuità con il passato (attraverso un'interpretazione restrittiva delle disposizioni costituzionali) e il pericolo di attuare in via giurisdizionale —a fronte dell'inerzia del legislatore— le disposizioni del “nuovo” titolo V della Costituzione.

In tema di finanza pubblica il giudice costituzionale ha avvertito l'esigenza che il passaggio dal vecchio al nuovo sistema avvenisse in modo graduale e ha auspicato la definizione di una disciplina transitoria che consenta l'ordinato passaggio dal vecchio al nuovo sistema, che poteva decorrere soltanto successivamente alla definizione da parte dello Stato di “un complessivo ridisegno dell'autonomia tributaria delle Regioni”⁴⁷. Egualmente, ha subordinato l'operatività delle nuove competenze legislative delle Regioni all'effettiva operatività delle strutture e di servizi regionali, ritenendo prioritario garantire la continuità delle funzioni pubbliche.

Secondo questa prospettiva, il giudice costituzionale ha riconosciuto, ad esempio, transitoriamente la validità degli atti di programmazione della rete scolastica compiuti dal Ministero, in attesa che le Regioni provvedano a dotarsi di apparati burocratici regionali preposti all'esercizio di tale funzione. Mentre in materia di attività culturali, ha negato che l'entrata in vigore della legge

⁴⁶ In effetti, la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di Regioni è stata ampiamente studiata e dibattuta dalla dottrina, sino al punto che anche in Italia —come è stato detto in Spagna— si può parlare di diritto regionale giurisprudenziale (Aragón, 1986: 7).

⁴⁷ Si vedano, ad esempio, la sentenza n. 37 del 2004 e la sentenza n. 31 del 2004.

costituzionale n. 3 del 2001 abbia determinato l'automatica sopravvenuta in-costituzionalità della legislazione statale vigente⁴⁸.

Il giudice costituzionale non si è limitato a svolgere un'attività di supplenza del legislatore ordinario, ma ha altresì individuato, per un verso, nello Stato il principale soggetto attuatore dell'autonomia regionale ed assunto, per un altro verso, il ruolo di custode del carattere unitario dell'ordinamento.

In relazione al primo profilo, la Corte ha affidato alla legislazione statale il compito di determinare il significato normativo delle materie regionali, introducendo una sostanziale decostituzionalizzazione degli ambiti di competenza a regionale, dal momento che questi variavano a seconda della concreta definizione giuridica delle materie indotta dall'evolversi della produzione normativa⁴⁹. Così come, nel caso della competenza legislativa concorrente, ha affermato che i principi delle materie che fungono da limite alla potestà legislativa regionale debbono essere ricavati —in assenza di apposite leggi di principio— in via interpretativa sulla base della legislazione statale vigente. Inoltre, ha ripetutamente affermato che la competenza delle Regioni in una determinata materia non è astratta, ma diviene effettivamente rivendicabile nel momento in cui la esercita concretamente: di conseguenza, lo Stato ha potuto legiferare in materie di spettanza regionale a fronte di un'inerzia da parte delle singole Regioni.

Ma l'elemento che maggiormente ha caratterizzato l'intera giurisprudenza costituzionale in materia di rapporti tra lo Stato e le Regioni è costituito dalla sua attenzione per la salvaguardia del principio unitario riconducibile all'art. 5 Cost. Tale principio è stato assimilato alla nozione di interesse nazionale, sia legittimando —all'interno di materie di competenza regionale— la riserva allo Stato di poteri necessari per la salvaguardia dell'unità giuridica o delle attività internazionali della Repubblica; sia attribuendo al Governo strumenti per esercitare l'attività di indirizzo e di coordinamento nei confronti dell'azione amministrativa regionale. Più recentemente, in una fase di crisi delle finanze pubbliche, il richiamo all'interesse nazionale ha consentito di giustificare l'espansione del legislatore statale in ambiti di spettanza regionale, al fine di evitare che la capacità autonoma di spesa delle Regioni impedisca la realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica e il rispetto dei vincoli europei (Masala, 2016: 189).

Nel medesimo tempo la Corte costituzionale ha cercato di riequilibrare la garanzia degli interessi unitari dell'ordinamento “risarcendo” le Regioni del

⁴⁸ Vedi sentenza n. 255 del 2004.

⁴⁹ In merito al problema della definizione giuridica delle materie, si veda: Paladin, 1971: 3; Rolla, 1982: 100; D'Atena, 1974; Mangiameli, 1992.

necessario rafforzamento del ruolo di indirizzo del legislatore statale attraverso l'introduzione del principio di "leale collaborazione" tra i livelli istituzionali. Se nel periodo di avvio dell'esperienza regionale, l'attenzione principale si è concentrata sulla determinazione dei criteri utilizzabili per individuare le materie di rispettiva competenza e sul perfezionamento dei meccanismi giurisdizionali utilizzabili per risolvere i possibili conflitti; per contro, in una fase di regionalismo maturo si delinea una inversione di tendenza a favore di un autonomismo di tipo cooperativo, rafforzando gli strumenti di partecipazione e di negoziazione (Tnoniatti, 2003: 167; Rolla, 2002: 321).

La giurisprudenza costituzionale ha qualificato la collaborazione come un "criterio" a cui occorre ispirarsi per rispettare il criterio di sussidiarietà nell'esercizio delle competenze ripartite tra lo Stato e le Regioni. A tal fine ha introdotto alcune regole per individuare le fattispecie in cui la leale collaborazione è necessaria: è il caso, ad esempio, in cui si deve decidere su fattispecie che coinvolgono materie tanto di competenza statale che regionale ("sovrapposizione di materie"); oppure quando una determinata attività, pur formalmente rientrante nella potestà normativa regionale, viene avocata dallo Stato per esigenze di natura unitaria, in base al criterio di sussidiarietà⁵⁰. Inoltre, il giudice costituzionale ha precisato che la collaborazione deve essere sostanziale, nel senso che il procedimento partecipativo avvenga con modalità tali che rivelino un effettivo *animus* cooperativo⁵¹.

Va, tuttavia, precisato che sinora la Corte ha limitato l'operatività della leale collaborazione alle fonti di grado secondario e amministrative, escludendola nei confronti delle leggi, a meno che tali procedure non siano, direttamente o indirettamente, previste dalla Costituzione. Tale orientamento restrittivo non considera, tuttavia, che la garanzia istituzionale del principio di autonomia dovrebbe operare anche nei confronti del procedimento legislativo: infatti, la previsione dell'art. 70 Cost. (La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere) deve essere interpretata in stretto collegamento con il principio generale affermato dall'art. 5 Cost., secondo cui la Repubblica deve adeguare i metodi della legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento.

Va, quindi, positivamente valutata una prima, timida apertura alla leale collaborazione nei procedimenti legislativi, che sembra emergere da un *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 251 del 2016⁵².

⁵⁰ Ad esempio, le sentenze n. 330 del 2011 e n. 109 del 2011,

⁵¹ Ad esempio nella sentenza n. 255 del 2011.

⁵² In questa sentenza il giudice costituzionale, a proposito di alcuni decreti legislativi che incidevano su materie di competenza legislativa "mista" ha precisato che "occorre

VII. LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE DINANZI ALLE ASPIRAZIONI IDENTITARIE DI ALCUNI TERRITORI

L'attenzione per la natura unitaria dell'ordinamento si è manifestata in modo evidente nelle questioni in cui la Corte ha affrontato rivendicazioni di natura identitaria delle Regioni. In generale, si può affermare che la salvaguardia delle esigenze unitarie e la tutela degli interessi generali hanno caratterizzato una giurisprudenza favorevole ad assicurare l'omogeneità del sistema delle autonomie regionali e a depotenziare le spinte alla differenziazione territoriale.

A tal proposito, non va sottovalutato come un'idea delle Regioni quali enti di natura amministrativa (piuttosto che costituzionale) abbia trovato un conforto culturale nella dottrina amministrativa, cui si debbono i primi inquadramenti teorici della natura degli enti territoriali (Romano, 1946: 15; Zanobini, 1950: 182; Esposito, 1954: 6; Martines, 1952: 101; Berti, 1975: 277; Giannini, 1951: 878). Mi riferisco, in particolare, per un verso, alla concezione unitaria dell'amministrazione, considerata un corpo omogeneamente rivolto alla specificazione della volontà generale del legislatore, i cui atti debbono essere conformi alla volontà generale dello Stato, non potendosi ad essa contrapporre⁵³; per un altro verso, all'idea che non si possano configurare poteri autonomi dalla legge – per cui lo *status* di autonomia può essere riconosciuto soltanto entro i confini e secondo i modi e le regole determinati dalla legge (una sorta di condizione di “libertà nell'ambito della legge”).

La giurisprudenza costituzionale sembra aver rafforzato con coerenza l'idea di un regionalismo non solo unitario, ma anche uniforme e tale visione ha potuto giovare del fatto che in materia di interpretazione del Titolo V della Costituzione la Corte non si è trovata nella necessità di decidere “a rime obbligate”, dato che —come è stato convincentemente affermato— “si va sempre di più affermando la tendenza a ravvisare nelle decisioni dei giudici continentali, e con essi di quelli del nostro Paese, il portato non già di una mera traduzione in termini concreti della volontà legislativa, ma il risultato di

contemperare le ragioni dell'esercizio unitario delle stesse con la garanzia delle funzioni costituzionalmente attribuite alle autonomie”; e che tale obiettivo può essere conseguito attraverso una necessaria “intesa” tra i livelli istituzionali da raggiungere in sede di Conferenza unificata tra lo Stato e le Regioni. In proposito, Bifulco, 2017.

⁵³ Da ciò il consenso per quelle teorie le quali sostenevano che gli interessi perseguiti dagli enti dotati di autonomia, pur possedendo un autonomo riconoscimento, dovevano sempre “subordinarsi a quelli generali che, per estensione, per contenuto e per grado è compito dello Stato di far valere”; ovvero ritenevano che fossero autonomi gli enti che “col provvedere a fini propri, provvedono a fini che sono anche dello Stato.... che lo Stato ritiene di attuare meglio attraverso l'opera di enti”.

un processo più complesso, nel quale si inseriscono scelte e valutazioni autonome degli stessi giudici” (Bartole, 1980: 9).

Siffatto orientamento si è manifestato in diverse occasioni.

Ciò è avvenuto, innanzitutto, nelle questioni in cui ha dovuto misurarsi con la specialità delle cinque Regioni ad autonomia differenziata. Gli orientamenti manifestati in seno all’assemblea costituente erano sufficientemente espliciti nel ritenere che alle Regioni a autonomia speciale dovesse essere attribuita una posizione di maggior rilievo, sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo: anche se appare problematico precisare le competenze in cui si sostanzia “quel di più” che deve essere loro riconosciuto, era indubbio che la specialità dovesse implicare un’autonomia più vasta e un complesso di attribuzioni più intense, non potendo lo *status* di specialità “tradursi nella privazione, anche parziale, di taluni poteri o funzioni garantiti alla regioni dalla Costituzione” (Bassanini, 1971: 1732; Azzena, 1979). Inoltre, nelle impostazioni iniziali si riteneva che la specialità dovesse differenziare ciascuna delle Regioni elencate nell’art. 116 Cost. dalle altre.

Tuttavia, il processo attuativo delle regioni ad autonomia speciale ha progressivamente depotenziato la specificità dei singoli ordinamenti, al punto che si può parlare di un “diritto comune” delle Regioni ad autonomia speciale; mentre nel caso dei rapporti con le regioni a statuto ordinario si è determinato —a giudizio di un’autorevole dottrina— un ribaltamento del modello risultante dalla Costituzione (D’Atena, 1991: 381). Tra i fattori che hanno concorso a svolgere tale funzione omogeneizzatrice un ruolo importante è stato assolto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che, sin dalle sue prime sentenze, ha prodotto una giurisprudenza finalizzata a omologare le diverse Regioni speciali e ad estendere a loro limiti formalmente previsti per le sole Regioni ordinarie (Bartole y Vandelli, 1980; Paladin, 1985: 77; Rolla, 1973: 1680). In altri termini, si sono stemperate —nel nome dell’unità dell’ordinamento e della priorità degli interessi nazionali— le diversità e appiattite le peculiarità dei singoli ordinamenti.

Interessante è la posizione assunta, successivamente, dalla Corte in merito alle richieste di modifica territoriale che coinvolgono Regioni ad autonomia speciale. Ad esempio, risolvendo un conflitto di attribuzione sollevato dalla Regione Valle d’Aosta nei confronti dello Stato, in relazione al procedimento di distacco di un Comune da una Regione ordinaria con conseguente aggregazione a una Regione speciale, il giudice costituzionale segue un’argomentazione meramente formale, mentre tralascia ogni riferimento al dato sostanziale sotteso al conflitto. Infatti, il giudice costituzionale, respingendo il ricorso, precisa, da un lato, che l’obbligo di coinvolgere gli enti interessati nel procedimento per la modificazione del territorio della Regione riguarda tutte le Regioni ordinarie ai sensi dell’art. 132 Cost.; dall’altro lato, che l’esito

del referendum non produce effetti vincolanti nei confronti dell'altro ente interessato al procedimento di aggregazione⁵⁴.

Così argomentando, la Corte non entra nel merito del problema procedurale sintetizzabile nel quesito come sia possibile modificare il territorio di una regione ad autonomia speciale. Infatti, se il *sub* procedimento interessante la Regione ordinaria è dettagliatamente disciplinato dall'art. 132 Cost., gli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale non prevedono apposite procedure di modificazione e tale “omissione” induce a ritenere che i legislatori costituzionali non avessero preso in considerazione la possibilità di modificare il loro territorio⁵⁵.

Il giudice costituzionale motiva —a nostro avviso— la decisione in modo volutamente lacunoso, in quanto non prende in considerazione (con opportuni *obiter dicta*) come si possa avviare e concludere il *sub* procedimento interno alle Regioni ad autonomia speciale, né contiene alcun indirizzo al legislatore su come disciplinare tale fase: alimentando, di fatto, un'incertezza circa il procedimento da adottare nel caso oggetto del conflitto di attribuzione e in ulteriori richieste interessanti altre Regioni ad autonomia speciale⁵⁶.

L'ordinamento italiano non è riuscito a emanciparsi dall'idea che le Regioni siano espressione di un decentramento essenzialmente regolato “dall'alto” e territorialmente omogeneo sotto il profilo delle competenze. Le tappe che ne hanno scandito la nascita e il consolidamento evidenziano l'affermazione di una spinta centripeta finalizzata sia a assicurare l'uniformità dell'ordinamento generale attraverso l'attuazione di un “modello” comune che plasma omogeneamente l'organizzazione delle singole comunità territoriali; sia a neutralizzare le specificità territoriali attraverso l'attribuzione di comuni ambiti di autonomia e di competenza.

Tale visione dell'autonomia regionale, tuttavia, sembra oggi messa in crisi da un rafforzamento delle tendenze favorevoli a un regionalismo asimmetrico e di natura identitaria, in cui l'autonomia si lega alla “storia” dei territori e il rapporto con la tradizione si manifesta con il riconoscimento di specifici

⁵⁴ Vedi, sentenza n. 66 del 2007.

⁵⁵ Anzi, sembra che gli Statuti speciali abbiano inteso “pietrificare” l'individuazione del territorio al momento della loro istituzione. D'altra parte, l'identificazione dei Comuni e delle Province appartenenti ad una Regione ad autonomia speciale, in alcuni casi, predeterminata dal dato geografico (come nel caso delle due isole), in altri dal fattore identitario e linguistico (come nel caso delle tre Regioni di confine).

⁵⁶ Come nel caso dei tentativi di variazione territoriale ex art. 132 Cost. da parte di alcuni Comuni veneti confinanti con il Trentino-Alto Adige/*Südtirol* o il Friuli-Venezia Giulia, spinti anche dall'ambizione di accedere alle più favorevoli condizioni di autonomia finanziaria di cui beneficiano le due Regioni speciali.

istituti o tradizioni giuridiche derogatorie rispetto all'ordinamento giuridico generale (Rolla, 2019: 73). Sono numerosi nel diritto comparato i casi in cui il riconoscimento di particolari forme di differenziazione è favorito dalla volontà di tutelare o rafforzare determinate minoranze; d'altra parte, un'auto-revole dottrina ha ritenuto che sia l'elemento culturale il tratto giustificante il principio di autonomia (Haberle, 1994: 129), e che questo ultimo costituisca un criterio di organizzazione che favorisce la creazione di una comunità nazionale formata da una pluralità di comunità più circoscritte che mantengono la propria peculiarità (Fossas y Requejo, 1999).

L'atteggiamento del giudice costituzionale italiano nei confronti delle tendenze identitarie di vario tipo può essere sinteticamente riassunto nella volontà di scongiurare che esse costituiscano un pericolo per il tessuto culturale unitario della Repubblica. Un esempio —a mio avviso— probante di siffatta preoccupazione può essere offerto da alcune decisioni inerenti la competenza delle Regioni di tutelare, valorizzare e promuovere con apposite leggi i gruppi linguistici minoritari presenti nei rispettivi territori.

Tra queste possiede un significato emblematico la sentenza n. 159 del 2009 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge n. 29 del 2007 della Regione Friuli-Venezia Giulia contenente norme per la tutela, valorizzazione e promozione della lingua friulana. Indubbiamente alcune sue disposizioni costituivano un "evidente" forzatura del dettato costituzionale: ad esempio, la normativa sulla toponomastica, prevedendo l'utilizzazione della sola lingua minoritaria, sembrava contrastare con il riconoscimento della lingua italiana come lingua ufficiale; così come la scelta di estendere l'utilizzo obbligatorio della lingua friulana sull'intero territorio regionale —invece di circoscriverlo alle sole aree di insediamento del gruppo linguistico— appariva irragionevole e sproporzionata.

Si può, pertanto, comprendere che la Corte costituzionale possa aver manifestato preoccupazione sia per le conseguenze discriminatorie che la normativa poteva generare all'interno del territorio regionale nei confronti di coloro che non appartenevano alla minoranza linguistica, sia per gli effetti emulativi che una siffatta interpretazione delle competenze linguistiche regionali avrebbe potuto esercitare nei confronti di altre Regioni, sia speciali che ordinarie.

Tuttavia, il percorso argomentativo utilizzato dalla Corte costituzionale sembra comprimere oltre misura la competenza legislativa delle Regioni speciali in materia di tutela e valorizzazione delle minoranze linguistiche: con la sua giurisprudenza il giudice costituzionale ha depotenziato un principio qualificante la specialità regionale al fine di scongiurare il pericolo di una lesione del tessuto culturale unitario della Repubblica. Il giudice costituzionale, infatti, basa la sua *ratio decidendi* non già sugli Statuti delle regioni ad autonomia speciale, bensì sull'art. 6 Cost. (e la relativa legislazione di attuazione) che

riserva allo Stato la competenza a individuare e disciplinare le lingue minoritarie. Di conseguenza, la Corte ha ridotto la competenza regionale in materia al rango di normativa di attuazione della legislazione statale.

Tale orientamento è stato più esplicitamente confermato in occasione di un ricorso avverso la legge n. 11 del 2009 della Regione Piemonte, allorché ha affermato che la cura del pluralismo linguistico deve essere riservata in prima istanza allo Stato, mentre le Regioni possono legiferare in materia di minoranze linguistiche e culturali presenti sul territorio purché in attuazione della disciplina statale⁵⁷. Un’argomentazione che, a nostro avviso, lascia perplessi per un duplice motivo: in primo luogo, per la volontà di uniformare la competenza delle Regioni speciali a quella delle Regioni ordinarie proprio in una materia che è alla base della natura “speciale” di alcune Regioni; in secondo luogo, perché il giudice costituzionale ha avvallato nella fattispecie un’interpretazione restrittiva dell’espressione “Repubblica” presente nell’art. 6 Cost.⁵⁸, intendendola come sinonimo dello Stato (Rolla y Ceccherini, 2004; Pizzorusso, 1967; Bartole *et al.*, 1998; Palici, 2002; Poggeschi, 2010; Palermo y Woelk, 2008).

Da ultimo, la funzione del giudice costituzionale di garante dell’unità istituzionale e politica della Repubblica si è manifestata attraverso la posizione di decisa intransigenza con cui ha contrastato spinte e pulsioni di natura indipendentistica. A differenza del Tribunale costituzionale spagnolo —che, pur dichiarando con nettezza l’incostituzionalità del processo indipendentista catalano, ha ritenuto in un *obiter dictum* che l’acquisizione di uno *status* di indipendenza rappresenta un’aspirazione politica da perseguire nei modi e nelle forme regolate dalla Costituzione—⁵⁹ il Tribunale costituzionale italiano ha affermato in diverse occasioni che una rivendicazione di indipendenza in ordinamenti retti da una Costituzione scritta e rigida sia “estranea” alla legalità costituzionale, dal momento che comporterebbe l’attribuzione alla Regione di tratti ordinamentali appartenenti a Stati federali.

Affrontando il tema della revisione dello Statuto speciale della Sardegna, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della legge regionale n. 7 del 2007 (istitutiva di una “Consulta per il nuovo Statuto di autonomia e sovranità del popolo sardo”) relativamente al punto in cui affidava alla Consulta regionale il compito di definire, oltre ai principi e i caratteri della identità regionale, le “ragioni fondanti l’autonomia e sovranità”

⁵⁷ Si veda la sentenza n. 170 del 2010.

⁵⁸ “La Repubblica tutela con apposite norme le minoranze linguistiche”.

⁵⁹ Sentenza n. 42 del 2014. Per maggiori riferimenti dottrinali sul punto si rinvia a Rolla, 2019: 685.

dell'isola. Il giudice della costituzionalità delle leggi intravede nelle disposizioni regionali il tentativo di delineare uno Statuto profondamente differenziato da quello attuale e “caratterizzato da istituti adeguati ad accentuati modelli di tipo federalistico, normalmente frutto di processi storici nei quali le entità territoriali componenti lo Stato federale mantengono forme ed istituti che risentono della loro preesistente condizione di sovranità”⁶⁰.

Anche nel caso della legge n. 16 del 2014 della Regione Veneto avente ad oggetto l'indizione di un referendum consultivo sull'indipendenza del Veneto il giudice costituzionale giudice ha richiamato una costante giurisprudenza secondo cui “pluralismo e autonomia non consentono alle Regioni di qualificarsi in termini di sovranità, né permettono che i loro organi di governo siano assimilati a quelli dotati di rappresentanza nazionale”⁶¹. Infatti, a suo avviso, il referendum consultivo previsto dall'art. 1 della legge non solo riguarda scelte fondamentali di livello costituzionale, come tali precluse ai referendum regionali, “ma suggerisce sovvertimenti istituzionali radicalmente incompatibili con i fondamentali principi di unità e indivisibilità della Repubblica, di cui all'art. 5 Cost.”; aggiunge inoltre che “l'unità della Repubblica è uno di quegli elementi così essenziali dell'ordinamento costituzionale da essere sottratti persino al potere di revisione costituzionale (sentenza n. 1146 del 1988)” (Bartole, 2015: 942; Tega, 2015: 1141; Panzeri, 2017: 727).

VIII. LA CORTE COSTITUZIONALE INNANZI AI LIMITI DELLA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA

La dimensione “politica” della giurisprudenza costituzionale ha trovato un terreno fertile allorché le sue decisioni hanno avuto a oggetto profili delicati della democrazia rappresentativa, come la richiesta da parte del corpo elettorale di una partecipazione diretta ai processi decisionali e la valutazione degli effetti distortivi che le più recenti leggi elettorali producevano sul corretto rapporto tra esercizio del diritto di voto e formazione della rappresentanza politica. Nel primo caso, ha affrontato il tema della possibile convivenza tra assemblee parlamentari e istituti di democrazia deliberativa; nel secondo della compatibilità della struttura dei sistemi elettorali con i modi di formazione della democrazia rappresentativa ricavabili dalla Costituzione. Si tratta di problematiche che mettono in crisi il circuito della democrazia rappresentativa individuato dai nostri Costituenti, il quale faceva perno sul binomio suffragio

⁶⁰ Così in sentenza n. 365 del 2007.

⁶¹ Sentenza n. 118 del 2015.

universale e ruolo dei partiti politici come strumento per assicurare la partecipazione dei cittadini alla determinazione della politica nazionale⁶².

La Corte costituzionale —in sede di controllo di ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo— ha individuato nel referendum un istituto spurio rispetto a un sistema imperniato sulla forma di governo parlamentare e sul ruolo centrale dei partiti politici: di conseguenza gli istituti di partecipazione diretta alle decisioni politiche sono stati valorizzati solo nel caso in cui il loro esercizio non fosse alternativo, ma complementare alla democrazia rappresentativa. Siffatto orientamento giurisprudenziale, d'altra parte, trovava un conforto sia nelle posizioni espresse nel corso dei lavori in Assemblea costituente, sia nelle soluzioni adottate dal Parlamento in sede di disciplina normativa degli istituti referendari.

Con riferimento al dibattito svoltosi durante i lavori dell'Assemblea costituente, un'atmosfera inizialmente favorevole ad ammettere varie forme di democrazia diretta perse progressivamente di consistenza a causa del manifestarsi di forti preoccupazioni per le conseguenze che un'applicazione distorta di tali istituti avrebbe potuto riverberare sulla funzionalità del sistema rappresentativo: tanto che il Presidente dell'Assemblea costituente, riassumendo gli esiti del dibattito, si era premurato di ricordare che anche i sostenitori più convinti del referendum riconoscevano l'opportunità di “cautele e regolazioni per fare un buono ed avveduto uso dell'istituto” (Luciani, 2005: 31; Nania, 1974: 662; Rolla, 2016: 207).

A sua volta, il legislatore —dopo avere tenuto per 22 anni questo istituto in una sorta di “limbo” a causa della mancata approvazione della legge di attuazione— ha introdotto con la legge n. 352 del 1970 stringenti limiti al fine di escludere che l'esercizio del referendum possa interferire con la democrazia rappresentativa. Basti considerare che gli artt. 31 e 34 di tale legge impediscono una sovrapposizione tra lo svolgimento del referendum e il rinnovo delle assemblee parlamentari; mentre il successivo art. 39, introducendo una clausola di improcedibilità della richiesta di referendum⁶³, conferma la volontà del legislatore di individuare nel Parlamento il cardine del sistema di produzione delle norme di rango legislativo.

⁶² A questo proposito studi politologici hanno qualificato la grave crisi di rappresentatività delle istituzioni politiche ricorrendo all'espressione di “democrazie senza democrazia” (Salvadori, 2009: 10).

⁶³ In base alla quale, se prima della data dello svolgimento del referendum, la legge o le singole disposizioni cui il referendum si riferisce sono state abrogate, l'Ufficio centrale per il referendum dichiara che le operazioni relative non hanno più corso.

A sua volta la giurisprudenza costituzionale, proseguendo gli indirizzi sopra richiamati, ha svolto una funzione “creativa” finalizzata a enucleare dalla *ratio* dell’istituto limiti ulteriori rispetto a quelli inizialmente ipotizzati. In tal modo ha favorito una trasfigurazione del referendum abrogativo, limitandone selettivamente i modi di esercizio: la *ratio* unitaria che emerge dalla sua ampia giurisprudenza in materia è identificabile nella volontà di evitare che il referendum possa trasformarsi in uno strumento privilegiato di contrapposizione politica del corpo elettorale nei confronti della rappresentanza politica presente in Parlamento.

Nella sua azione di limitazione delle materie suscettibili di referendum abrogativo il giudice costituzionale non solo ha interpretato estensivamente le materie contenute nell’art. 75 Cost.⁶⁴, ma ha anche individuato ulteriori limiti “impliciti”, connessi al contenuto e alla struttura del quesito⁶⁵.

Innanzitutto, sono state ritenute inammissibili le richieste di referendum il cui quesito è eterogeneo e privo di una matrice razionalmente unitaria, in quanto contraddicono la natura del referendum che si basa su di una pronuncia sintetica del corpo elettorale (sì o no) attorno ad un quesito specifico⁶⁶. Quindi, la Corte ha individuato un’ulteriore causa di inammissibilità nei casi in cui il quesito, consistendo in una mirata selezione di singole parole, parti o commi della legge, ha la capacità di trasformare il referendum da abrogativo a propositivo⁶⁷.

Infine, si è esclusa l’ammissibilità di referendum volti ad abrogare leggi riconducibili a due distinte tipologie: le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato e quelle costituzionalmente necessarie. Anche se questi due tipi ten-

⁶⁴ In tema di leggi tributarie il giudice costituzionale ha precisato che appartengono a tale categorie tutte le norme che determinano un prelievo forzoso da parte dello Stato delle risorse economiche dei contribuenti, finalizzato alla soddisfazione di pubblici bisogni; mentre nel tipo “leggi di bilancio” ha fatto rientrare tutte le norme che incidono sul quadro delle coerenze macroeconomiche e che sono funzionali a conseguire un equilibrio di bilancio. In tema di leggi di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, la Corte ha ritenuto che dovessero rientrare nel divieto anche le leggi di esecuzione dei trattati internazionali regolarmente ratificati e quelle necessarie per dare attuazione agli obblighi internazionali.

⁶⁵ Le linee-guida per valutare l’ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo sono state fissate nella fondamentale sentenza n. 16 del 1978 e via via affinate nella successiva giurisprudenza. Per ulteriori riferimenti si rinvia (Rolla, 2018)

⁶⁶ Si veda, ad esempio, sentenza n. 49 del 2005. A proposito dei caratteri che, secondo la giurisprudenza costituzionale, deve possedere il quesito abrogativo: Carnevale, 1992: 159; Mangia, 1999: 281; Vizioli, 1998: 413; Barcellona, 2017.

⁶⁷ Si vedano, ad esempio, le sentenze n. 47 del 1991 e n. n. 92 del 2012.

dono talvolta a confondersi, si possono considerare a contenuto costituzionalmente vincolato le norme primarie la cui perdita di efficacia determinerebbe un'indiretta lesione di specifiche disposizioni costituzionali (come nel caso delle disposizioni che derivano da obblighi connessi all'adesione dell'Italia all'Unione europea); mentre appartengono, invece, alla categoria delle leggi costituzionalmente necessarie le norme primarie la cui abrogazione priverebbe totalmente di efficacia un principio o impedirebbe il funzionamento di un organo la cui esistenza è garantita dalla Costituzione⁶⁸.

Tra le leggi costituzionalmente necessarie occupa una posizione particolare la legislazione in materia elettorale: in proposito, il giudice costituzionale ha sintetizzato le regole cui si debbono attenere i referendum in materia, sottolineando come le proposte di referendum non possono riguardare una legge elettorale nella sua interezza, e come i quesiti debbano essere formulati in modo che dall'esito del referendum residui, comunque, una normativa immediatamente applicabile, in modo da garantire la “costante operatività dell'organo”⁶⁹.

Di recente, il giudice costituzionale ha dovuto misurarsi anche con la delicata problematica della legislazione elettorale —elemento portante della democrazia rappresentativa—: la sua giurisprudenza si è sviluppata lungo un sentiero normativo assai delicato in cui la linea di demarcazione tra discrezionalità politica e illegittimità non è sempre netta, così come i parametri costituzionali da utilizzare non sempre risultano univoci.

A partire dal 2005 il sistema politico è apparso difficilmente governabile, l'instabilità degli esecutivi si è accentuata e si è accresciuta la difficoltà di esprimere delle solide maggioranze: di conseguenza, il Parlamento ha tentato di affrontare il problema approvando nuove leggi elettorali che, per un verso, miravano, attraverso premi di maggioranza, a favorire la formazione di un indirizzo politico omogeneo e, per un altro verso, limitavano in misura significativa il potere dell'elettore di scegliere i propri rappresentanti. Tuttavia, queste leggi sono state dichiarate in più parti costituzionalmente illegittime, valorizzando il ruolo della Corte quale organo di mediazione nei conflitti “politici” (Minincleri, 2017; Ferri, 2017; Tondi, 2017; Baldini, 2017; Tarli, 2018).

⁶⁸ Da ciò, ad esempio, il divieto di abrogazione totale di una legge necessaria per assicurare la protezione di diritti costituzionalmente garantiti; ovvero di leggi che regolano profili necessari inerenti alla composizione di organi costituzionali o di rilevanza costituzionale.

⁶⁹ Si veda la sentenza n. 13 del 2012. Circa i problemi di ammissibilità dei referendum in materia elettorale: Lanchester, 1992; Biancolatte, 2008; Bin, 1999; Rolla, 2018.

Nel 2014, il giudice costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittime parti della legge n. 270 del 2005. In primo luogo, ha ritenuto che il premio di maggioranza previsto per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato —suscettibile di trasformare una maggioranza anche esigua di voti in una maggioranza assoluta di seggi— non rispettasse i criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, finendo per snaturare il principio fondamentale di eguaglianza del voto. Quindi, ha considerato illegittima la scelta del legislatore di rimettere interamente ai partiti la formazione delle liste e l'ordine delle candidature, in quanto non consentiva all'elettore di esprimere almeno una preferenza sui candidati da eleggere⁷⁰.

Successivamente, nel 2017, la Corte ha dichiarato incostituzionale nei suoi elementi essenziali la legge elettorale n. 52 del 2015 nelle parti che disciplinavano il ballottaggio e la possibilità per i capilista di presentarsi in più collegi. La prima normativa (nella misura in cui potenzialmente consentiva di conseguire un premio di maggioranza anche a una lista che aveva avuto nel primo turno un consenso esiguo) ledeva il principio di eguaglianza sotto il profilo della ragionevolezza: infatti, la lista più votata aveva una sovra rappresentazione dei parlamentari rispetto ai voti effettivamente conseguiti. Invece, la possibilità per i capilista di presentarsi in numerosi collegi produceva, secondo il giudice costituzionale, un'alterazione del principio di rappresentanza in quanto riservava alla piena discrezionalità del capolista (che poteva liberamente decidere per quale collegio optare e "scegliere" i primi tra i non eletti che divenivano, di conseguenza, deputati) il destino del voto di preferenza espresso dall'elettore.

Nel motivare la propria decisione il giudice costituzionale ha utilizzato come parametro fondamentale il principio di ragionevolezza e di proporzionalità, ritenendo che se l'obiettivo perseguito dal legislatore era costituzionalmente corretto —favorire la formazione di maggioranze parlamentari omogenee—, invece le soluzioni individuate risultavano eccessivamente sbilanciate a danno di altri interessi costituzionali. Se con questa *ratio decidendi* la Corte entra nel merito delle soluzioni introdotte dal Parlamento, con un *obiter dictum* finale si fa carico delle possibili conseguenze di una dichiarazione di incostituzionalità, ribadendo il principio della continuità degli organi costituzionali. Pertanto il giudice costituzionale, precisando che gli effetti delle dichiarazioni d'incostituzionalità si produrranno "esclusivamente in occasione di una nuova consultazione elettorale", fa salvi tutti gli atti che le Camere hanno adottato prima dello svolgimento di nuove consultazioni elettorali: anche quelli di maggior rilevanza politica e costituzionale come una legge di riforma

⁷⁰ Così in sentenza n. 1 del 2014.

della Costituzione, l'elezione di giudici costituzionali e membri del Consiglio superiore della magistratura, l'approvazione della fiducia al governo, l'elezione del Presidente della Repubblica (Rescigno, 2014: 34; Giupponi *et al.*, 2014: 629; D'Andrea, 2014: 44; Carnevale, 2013; Serges, 2014).

Bibliografia

- Aja, E. (1998). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel.
- Ambrosini, G. (1953). *La Corte Costituzionale*. Palermo.
- Aragón, M. (1986). ¿Estado jurisdiccional autonómico? *Revista vasca de Administración Pública*, 16, 7-22.
- Barak, A. (2012). *Proportionality. Constitutional Rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0036>.
- Bartole, S. (1985). *Le Regioni, le Province, i Comuni*. Bologna: Zanichelli.
- Baschieri, G., Bianchi d'Espinosa, L. y Gianattasio, C. (1949). *La Costituzione italiana. Commento analitico*. Firenze: Nocchioli.
- Battaglini, M. (1957). *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*. Milano: Giuffrè.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bianchi, P. (2006). *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*. Pisa: Plus.
- Bin, R. (1992). *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- Biondi dal Monte, F. (2013). *Dai diritti sociali alla cittadinanza*. Torino: Giappichelli.
- Bonini, F. (1996). *Storia della Corte costituzionale*. Firenze: La Nuova Italia.
- Brancati, B. (2018). *Tra diritti sociali e crisi economica. Un difficile equilibrio per le Corti costituzionali*. Pisa: Pisa University Press.
- Calamandrei, P. (1950). *L'illegittimità costituzionale delle legge nel processo civile*. Padova: CEDAM.
- Calamandrei, P. y Levi, A. (1950). *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*. Firenze: Barbera.
- Cappelletti, M. (1955). *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. Milano: Giuffrè.
- Caretti, P. y Gardino, A. (1988). *Giudici e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi*. Milano: Giuffrè.
- Carnevale, P. (1992). *Il referendum abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*. Padova: CEDAM.
- Casonato, C. y Frosini, T. E. (2006). *La fecondazione assistita nel diritto comparato*. Torino: Giappichelli.
- Ceccherini, E. (2008). *La tutela della dignità dell'uomo*. Napoli: Editoriale Scientifica.

- Crisafulli, V. (1993). *Lezioni di diritto costituzionale*, II. Padova: CEDAM.
- Colapietro, C. (1990). *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*. Pisa: Pacini.
- D'Andrea, L. (2005). *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*. Milano: Giuffrè.
- D'Atena, A. (1991). *Costituzione e Regioni*. Milano: Giuffrè.
- De Siervo, U. (2008). *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, in *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- (2015). *La Corte costituzionale e il potere giudiziario*. Torino: Giappichelli.
- D'Orazio, G. (1981). *La genesi della Corte costituzionale*. Milano: Edizioni di Comunità.
- Esposito, C. (1954). *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art.5 della Costituzione*. Padova: CEDAM.
- Fossas, E. y Requejo, F. (1999). *Asimetría federal y estado plurinacional. El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*. Madrid: Trotta.
- García de Enterría, E. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*. Madrid: Civitas.
- Ghisalberti, M. (2000). *Storia costituzionale d'Italia*. Bari: Laterza.
- Gropi, T. (2019). Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata a uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia. Disponibile en: <https://bit.ly/2X4cf1I>.
- Heintzen, M. (2012). *Il principio di proporzionalità*. Modena: Mucchi.
- Luciani, M. (1984). *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*. Padova: CEDAM.
- Mangia, A. (1999). *Referendum*. Padova: CEDAM.
- Mannella, F. (2011). *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Masala, P. (2016). *La tutela dei diritti sociali nelle situazioni di crisi economica: gli orientamenti della Corte costituzionale italiana*. En *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*. Napoli: ESI.
- Modugno, F. (1985). *La Corte costituzionale italiana oggi, in Scritti sulla Giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*. Padova: CEDAM.
- (2007). *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Mortati, C. (1972). *Competenza esclusiva della Corte costituzionale a dichiarare l'invalidità delle leggi anteriori alla Costituzione*. Milano: Giuffrè.
- Morrone, A. (2000). *Il custode della ragionevolezza*. Milano: Giuffrè.
- (2014). *Il bilanciamento nello Stato costituzionale. Teoria e prassi nelle tecniche*. Torino: Giappichelli.
- Moscarini, A. (1996). *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*. Torino: Giappichelli.
- Paladin, L. (1985). *Diritto regionale*. Padova: CEDAM.

- Palermo, F. y Woelk, J. (2008). *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*. Padova: CEDAM.
- Passaglia, P. (2011). *Le Juge constitutionnel et le Législateur. L'expérience italienne*. Saarbrücken: Editions Universitaires européennes.
- Pasquino, P. y Randazzo, B. (2009). *Come decidono le corti costituzionali (e le altre corti)*. Milano: Giuffrè.
- Pegoraro, L. (1987). *La Corte e il Parlamento: sentenze-indirizzo e attività legislativa*. Padova: CEDAM.
- Pegoraro, P. (1998). *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino: Giappichelli.
- Pegoraro, P. (1998). *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino: Giappichelli.
- Pinardi, R. (2007). *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*. Milano: Giuffrè.
- Pinelli, C. (2000). *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale e nozione di giudice a quo*. Torino: Giappichelli.
- Pizzorusso, A. (1967). *Le minoranze nel diritto pubblico interno*. Milano: Giuffrè.
- Pizzorusso, A. (1981). *Art. 134. Commentario della Costituzione*. Bologna: Zanichelli.
- Poggeschi, G. (2010). *Diritti linguistici. Un'analisi comparata*. Roma: Carocci.
- Politi, F. (1997). *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale: contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale delle leggi*. Padova: CEDAM.
- Rolla, G. (1982). La determinazione delle materie di competenza regionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale. *Le Regioni*, 100-123.
- (1995). *Il processo di ibridazione dei sistemi accentrati di giustizia costituzionale. Note di diritto comparato, in Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*. México: UNAM.
- (2002). Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale 3/01. *Le Regioni*, 30 (2-3), 321-350.
- (2007). *Scritti sulla giustizia costituzionale*. Genova: ECIG.
- (2008). *L'autonomia delle comunità territoriali. Profili costituzionali*. Milano: Giuffrè.
- (2010). L'interpretazione adeguatrice tra Tribunale costituzionale e giudici comuni in Spagna. *Estudios constitucionales*, 8 (2), 601-632. Disponibile en: <https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000200018>.
- (2012). *La tutela dei diritti fondamentali*. Roma: Carocci.
- (2012). L'influenza delle Carte sovranazionali sulla configurazione legale dei diritti e i lineamenti del sistema di giustizia costituzionale. *Politica del Diritto*, 43 (2-3), 181-205.
- (2017). L'evoluzione dei sistemi accentrati di giustizia costituzionale. Note di diritto comparato. En S. Bagni, G. A. Figueroa Mejía, G. Pavani (coords.). *La ciencia del derecho constitucional comparado*, II (pp. 839-910). México: Tirant lo Blanc.
- (2018). *L'organizzazione costituzionale dello Stato*. Milano: Giuffrè.
- (2019). Federalismo e Regionalismo in Europa. Alcune riflessioni sulle dinamiche in atto. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 21, 685-710.

- (2019). *L'evoluzione dello Stato regionale in Italia: tra crisi del regionalismo omogeneo e aspirazioni a un'autonomia asimmetrica dei territori*. *Le Regioni*, 1, 73-97.
- Romboli, R. (2017). *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*. Torino: Giappichelli.
- Ruggeri, A. (1988). *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*. Milano: Giuffrè.
- Salazar, C. (2000). *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali: orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*. Torino: Giappichelli.
- (2015). *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Spazio costituzionale e crisi economica*. Napoli: Jovene.
- Salerno, M. G. (1992). *Il Referendum*. Padova: CEDAM.
- Scaccia, G. (2000). *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- Salvadori, M. L. (2009). *Democrazie senza democrazia*. Bari: La Terza.
- Tarli Barbieri, G. (2018). *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*. Milano: Giuffrè.
- Toniatti, R. (2003). *Il regionalismo relazionale e il governo delle reti: primi spunti ricostruttivi*. En *Il nuovo ordinamento regionale*. Milano: Giuffrè.
- Veronesi, P. (2007). *Il corpo e la Costituzione*. Milano: Giuffrè.

LA DIMENSIÓN ORGÁNICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: APUNTES PARA LA REFLEXIÓN A PARTIR DE LA COMPARACIÓN DE LOS CASOS ITALIANO Y ESPAÑOL

The organic dimension of Constitutional Justice:
notes for reflection based on the comparison
of Italian and Spanish cases

LAURA BAAMONDE GÓMEZ
Universidad Carlos III de Madrid
lbaamond@der-pu.uc3m.es

Cómo citar/Citation

Baamonde Gómez, L. (2019).
La dimensión orgánica de la Justicia constitucional: apuntes para la reflexión
a partir de la comparación de los casos italiano y español.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(2), 339-367.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.10>

Resumen

Aproximación a la configuración constitucional del mandato de los magistrados constitucionales españoles e italianos, tratando de observar las similitudes y diferencias en la regulación en ambos modelos. La finalidad de dicha comparación es la de poder extraer conclusiones acerca de las fortalezas y debilidades de los diseños institucionales implantados en sendos contextos, con el ánimo de aportar propuestas de mejora en aquellos aspectos que a pesar de las reformas siguen siendo problemáticos.

Una vez determinada la importancia de parangonar los casos italiano y español, la exposición se dividirá en tres partes: aspectos problemáticos de la composición, dificultades en la aplicación de las previsiones temporales y estatuto jurídico de los magistrados constitucionales. A su vez, cada apartado será estudiado a partir de la dicotomía fisiología/patología.

Palabras clave

Jueces; tribunales constitucionales; Italia; España.

Abstract

Approach to the constitutional configuration of the mandate of the Spanish and Italian constitutional judges, trying to observe the similarities and differences in the regulation in both models. The purpose of this comparison is to be able to draw conclusions about the strengths and weaknesses of the institutional designs implemented in the two contexts, with the aim of providing proposals for improvement in those aspects that despite the reforms remain problematic.

Once the importance of matching the Italian and Spanish cases has been determined, the exposition will be divided into three parts: problematic aspects of the composition, difficulties in applying the temporary provisions and legal status of the constitutional judges. At the same time, each section will be studied from the physiology/pathology dichotomy.

Keywords

Judges; Constitutional Courts; Italy; Spain.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: EL INTERÉS DE UN ESTUDIO COMPARADO ESPAÑA-ITALIA. II ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA COMPOSICIÓN DEL COLEGIO. III. DIFICULTADES PARA LA APLICACIÓN AUTOMÁTICA DE LAS PREVISIONES SOBRE LA DURACIÓN DEL MANDATO. IV. PRERROGATIVAS Y RESTRICCIONES DERIVADAS DEL EJERCICIO DE LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: EL INTERÉS DE UN ESTUDIO COMPARADO ESPAÑA-ITALIA

El estudio de los aspectos orgánicos de la magistratura constitucional podría resultar, al menos *a priori*, una cuestión baladí, excesivamente técnica y carente de relevancia doctrinal. Sin embargo, a través de las líneas que siguen intentaré demostrar lo erróneo de tal premisa. Pues la forma que adopte la configuración del órgano de cierre de un sistema democrático es una cuestión estrechamente vinculada a la propia legitimación constitucional de tal institución, aspecto no menor, si tenemos en cuenta la naturaleza contramayoritaria de la Justicia constitucional. Baste como ejemplo observar la realidad sociopolítica española de los últimos años. En un contexto generalizado de crisis institucional el Tribunal Constitucional no fue ajeno a la crítica, y, como bien puede consultarse en las hemerotecas, fue reiteradamente cuestionado.

Partiendo de ese escenario, vengo considerando desde hace años la necesidad de arrojar luz y contribuir a explicar una institución fundamental en la consolidación democrática de nuestro país, a través de la reivindicación de la dignidad de sus miembros. Juristas todos ellos de reconocido prestigio cuyos servicios no suelen ser reconocidos, sino más bien malinterpretados en términos partidistas, con el consecuente descrédito personal e institucional que ello implica.

De ahí mi interés en estudiar los aspectos problemáticos que genera la aplicación práctica de las normas que disciplinan el mandato de los jueces constitucionales, y con ello poder reflexionar acerca de cómo redefinir ese marco normativo en aras de garantizar un mejor contexto para el sereno desempeño de las funciones del cargo. Contribuyendo así a favorecer una mejor

comprensión social de la trascendental labor del órgano, crucial como máximo intérprete en materia de garantías constitucionales, y de sus titulares.

Afronto así una aproximación a la configuración constitucional del mandato de los magistrados del Tribunal Constitucional español y de la Corte Constitucional italiana. Tratando de observar las similitudes y diferencias en la regulación de esta cuestión en ambos modelos, con la finalidad de extraer conclusiones acerca de las fortalezas y debilidades de los diseños institucionales en materia de mandato de los jueces constitucionales implantados en sendos contextos¹.

La selección de los casos de Italia y España no es fruto de la casualidad. Pues en ambos supuestos estamos ante exponentes del modelo mixto de Justicia constitucional, surgido en la Europa continental de la II posguerra mundial a partir de la hibridación de los modelos puros o ideales americano y kelseniano, respectivamente. Si bien la antigüedad de sendos órganos de jurisdicción constitucional es bien distinta, pues la Corte Constitucional italiana inicia su andadura efectiva en 1956 y el Tribunal Constitucional español, sin embargo, data del más reciente 1980, no es menos cierto que en ambos casos nos encontramos dentro de la misma categoría genérica aludida y en coyunturas de génesis del modelo similares de transición a la democracia tras períodos de dictadura (fascismo en el primer caso y franquismo en el segundo) caracterizados por una fuerte transgresión de los derechos fundamentales.

Es un hecho, por tanto, que la implantación del Estado constitucional en Italia fue mucho más temprana que en España, de ahí que el Tribunal Constitucional español —al igual que la Constitución española en su conjunto— tuviese como fuente de inspiración en el momento de su surgimiento —y en su posterior desarrollo— aquellos ejemplos más destacados y consolidados que ofrecía el derecho comparado, a saber: Alemania e Italia.

En el anhelo de crear un tribunal constitucional, que sin renunciar a la inspiración de su precedente Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República, superase los déficits de configuración que este había presentado en su corta vida, el constituyente español optó por el esquema italiano de selección, mandato y estatuto de sus jueces constitucionales como referencia. Y aquí reside la razón de haber querido trazar la comparación entre ambos países.

Así, trataré de confrontar —de manera sucinta— los modelos italiano y español, a partir, a su vez, de la dicotomía fisiología/patología, con la finalidad

¹ Un estudio completo y pormenorizado de las cuestiones analizadas en el presente artículo puede encontrarse en mi monografía *La magistratura constitucional en España e Italia. Selección, aspectos temporales del mandato y estatuto jurídico* (Baamonde, 2019).

de discernir, de un lado, el «deber ser» que imponen las normas objeto de análisis, y, del otro, el «ser» de su aplicación práctica.

Parangonar los aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional español con su homólogo italiano resulta entonces de especial interés en la medida en que permite contextualizar las diferencias —que las hay—, en atención a las especificidades de las culturas jurídicas respectivas, y a la más dilatada experiencia constitucional italiana. Una andadura mayor, muy útil a la hora de analizar los principales retos a los que se enfrenta la Justicia constitucional actual en términos de legitimidad, imagen pública y credibilidad. Así, la marcada diferencia de «edad» entre la Corte y el Tribunal será un factor decisivo en el objetivo de someter a crítica al joven modelo español a la luz de la rica experiencia italiana, ampliamente estudiada por su doctrina.

II. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA COMPOSICIÓN DEL COLEGIO

Entrando ya en el fondo, y para poder comprender cuáles son los aspectos problemáticos relacionados con la selección de los magistrados constitucionales, es necesario abordar esta cuestión desde una perspectiva fisiológica. Para ello, describiré de manera muy sintética los diseños institucionales español e italiano al respecto.

El cuadro normativo que dibuja el modelo de designación de los magistrados del Tribunal Constitucional español viene determinado por el art. 159.1 CE, en conexión con los apartados primero y segundo del art. 16 LOTC², y se resume de forma esquemática en elección de cuatro magistrados por parte del Congreso de los Diputados, otros cuatro por el Senado (entre las propuestas formuladas por las Asambleas legislativas de las comunidades autónomas), dos a propuesta del Gobierno, y los dos restantes por decisión del Consejo General del Poder Judicial.

² Art. 159. 1 CE: «El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial»; art. 16 LOTC: «1. Los Magistrados del Tribunal Constitucional serán nombrados por el Rey, a propuesta de las Cámaras, del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, en las condiciones que establece el art. 159. 1 de la Constitución. 2. Los magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara».

A tenor de estos preceptos, se puede afirmar que el Tribunal Constitucional es el único órgano del Estado en cuyo nombramiento intervienen, de forma directa o indirecta, prácticamente todos los demás poderes del Estado.

Destaca el ligamen —aunque indirecto— con la voluntad popular, pues tanto las Cámaras parlamentarias como el Gobierno vendrán determinados por el resultado de las urnas. Participa también el poder moderador, puesto que la formalidad del nombramiento recae en la figura del jefe de Estado. De forma directa, intervienen los poderes ejecutivo, parlamentario y judicial, pues a ellos atribuye la Constitución la competencia para la designación de los doce magistrados constitucionales (De Esteban y González Trevijano, 1994: 177-178). Finalmente, y en virtud de la reforma del art. 16. 1 *in fine* LOTC, operada por la LO 6/2007, el poder autonómico también cuenta con una más que notable participación en la elección de candidatos que corresponde al cupo del Senado.

La opción del constituyente por un modelo de origen plural de las propuestas ha sido valorada, en términos generales, de forma positiva —otra consideración merecerá la concreta distribución de los candidatos a elegir entre los distintos actores, así como la mecánica seguida en la práctica para la formación de su voluntad—. En este orden de cosas, se ha resaltado su plus de legitimidad democrática³, y, asimismo, se ha significado la contribución del modelo de elección al reforzamiento de la dignidad y a la acentuación del papel integrador del Tribunal Constitucional (García Pelayo, 1981: 29).

A partir de la descripción trazada del sistema de designación, cualquier observador atento habrá caído en la cuenta del excesivo peso de los órganos de índole política en el nombramiento de los magistrados. Habida cuenta de la caracterización del Gobierno como emanación de la mayoría parlamentaria, y teniendo presente el mecanismo de designación de los vocales del Consejo General del Poder Judicial —las propuestas proceden del Congreso y el Senado—, no es aventurado afirmar que estamos ante una curiosa paradoja: la inmensa mayoría de los miembros del órgano controlador deben su nombramiento a las candidaturas formuladas por aquellos órganos a los que debe controlar (Fernández Segado, 1999: 80-81).

³ *Ibid.*, p. 178. El déficit de legitimidad democrática suele ser una crítica habitual hacia la Justicia constitucional en otros países. En España, podrán objetarse numerosos aspectos del modelo de designación perfilado en la Constitución —en esta línea discurrirá mi discurso a renglón seguido—, no obstante, dada la preponderancia del Parlamento en la elección de magistrados, la satisfacción del principio democrático parece, al menos formalmente, garantizada.

La necesidad de contar con mayorías reforzadas en la elección que corresponde a las Cámaras parlamentarias —tres quintos— (art. 159.1 CE), así como, por previsión legal, en la que compete al Consejo General del Poder Judicial (art. 599.11.ª LOPJ) — también tres quintos—, tiene como objetivo incentivar un amplio acuerdo entre las fuerzas parlamentarias. Lo que se persigue, por lo tanto, es evitar que el partido que goce de la mayoría parlamentaria en el momento de la elección pueda acaparar de manera monopolística las candidaturas. Sin duda, esta garantía, al menos formalmente, tiende a rebajar la carga política que suele caracterizar el proceso de nombramiento, tratando de que prevalezcan las consideraciones de índole técnica frente a las puramente partidistas. Lo que redundará, en todo caso, en una mayor independencia del Tribunal Constitucional, puesto que sus miembros gozarán de un gran respaldo, y, por lo tanto, no serán cuestionados, al menos *a priori*. Sin embargo, las buenas intenciones subyacentes a esta exigencia pueden desdibujarse cuando observamos esta garantía con más detalle.

De una parte, la operatividad de este freno se reduce a las propuestas que efectúan el Congreso y el Senado, pues la exigencia de mayoría en el caso del órgano de gobierno de los jueces, como ya ha quedado apuntado, no deriva de la Constitución, sino de una previsión de rango legal, y que, por consiguiente, puede ser modificada, o directamente eliminada, por el legislador. Asimismo, los dos magistrados designados por el Gobierno quedan fuera de esta garantía, como es lógico. En conclusión, este freno, cuya importancia no debe ser ignorada, tiene un radio de acción limitado.

De otra parte, el segundo problema que plantea la exigencia de mayorías reforzadas, y el necesario acuerdo parlamentario que esto conlleva, es el fomento de retrasos en la renovación de las vacantes. Un nada desdeñable inconveniente que se abordará en el siguiente epígrafe.

La cualificación técnico-jurídica, en combinación con un mínimo período de ejercicio profesional, es otro de los aspectos que mejor pueden contribuir a equilibrar el excesivo peso de los órganos políticos en la elección de los jueces constitucionales. Es por ello que tanto el constituyente como el legislador orgánico han incluido toda una serie de previsiones con objeto de «objetivar» en lo posible las consideraciones que rigen a la hora de proponer candidatos a integrar el Pleno del Tribunal Constitucional. Así, los arts. 159. 2 CE y 18 LOTC⁴, respectivamente, disponen una serie de condiciones de elegibilidad que pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

⁴ Art. 159. 2 CE: «Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años

- Requisitos generales: ciudadanía española, plena capacidad, no incompatibilidad (arts. 18, 19 y 23.1 LOTC).
- Requisitos especiales: perfil profesional, juristas de reconocida competencia, plazo temporal mínimo de ejercicio profesional o en activo (arts. 159.2 CE y 18 LOTC).

Por su parte, el art. 135 coma 1 de la Constitución italiana determina que la Corte Constitucional viene compuesta por quince jueces, distribuyendo su selección —por tercios— de la siguiente manera: cinco de ellos vendrán elegidos por el presidente de la República, otros cinco por el Parlamento en sesión conjunta, y los cinco restantes, por las Supremas Magistraturas ordinaria y administrativa⁵.

Dibujó así el constituyente italiano un esquema de composición tripartita que sirvió de inspiración —bastantes años más tarde— al español. No obstante, y a pesar de las grandes similitudes que cabe apreciar a primera vista, es de justicia señalar que ambos modelos, aun pareciéndose bastante, presentan ciertas diferencias, que responden, sin duda, a los diversos contextos político-institucionales en que fueron adoptados.

El constituyente italiano —al que trató de seguir años más tarde el español— configuró un modelo de composición tripartita con el objetivo de garantizar la legitimación de un órgano cuya lógica contramayoritaria lo hace especialmente vulnerable a la crítica. En estas circunstancias, la intervención de los diversos poderes del Estado en su integración responde a la intención de hacer convivir en su seno una tríada de dimensiones o perspectivas que son cruciales en atención a las altas funciones que la Corte Constitucional está llamada a desempeñar. Así, la garantía jurisdiccional de la Constitución estaría compuesta de una visión jurídico/judicial representada por las Supremas Magistraturas⁶; de una visión política correspondiente a los nombramientos

de ejercicio profesional»; art. 18 LOTC: «Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre ciudadanos españoles que sean Magistrados, Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos o Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función».

⁵ Art. 135 coma 1 CI: «La Corte costituzionale è composta di quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrative».

⁶ Acerca de la importancia de este poder de nominación en favor de las Supremas Magistraturas y su rol fundamental para mantener una proporcionalidad adecuada en la presencia de jueces constitucionales procedentes de la magistratura, véase Aloisio (2004: 197).

de origen parlamentario, y de una visión institucional (política de nuevo, pero imparcial) en relación con la propuesta de candidatos concerniente al presidente de la República (Zagrebel'sky, 1988: 94-95)⁷.

Al igual que sucedía cuando nos referíamos al ordenamiento español, el constituyente y el legislador italianos han sido muy conscientes de los peligros de una composición de la Corte Constitucional excesivamente condicionada por factores político-partidistas, cuando no monopolizada por la mayoría parlamentaria de turno. Y, por este motivo, no debe extrañar la inclusión de mayorías cualificadas en las designaciones de base colegial.

Tanto la elección por parte del Parlamento en sesión conjunta como la correspondiente a las Supremas Magistraturas se caracterizan por exigir la obtención de mayorías reforzadas que impidan situaciones en las que la fuerza o fuerzas políticas predominantes se puedan hacer con todo el reparto, y poner en duda la independencia del órgano como conjunto y la imparcialidad de los jueces constitucionales individualmente considerados. Así, ante la necesidad de garantizar la legitimación de la Corte y la consecuente aceptación de sus resoluciones, se introduce esta suerte de herramientas que obligan a los actores implicados en la decisión a llegar a acuerdos sobre los candidatos. Un debido consenso que tiende a neutralizar las candidaturas excesivamente escoradas desde un punto de vista partidista, por ser inaceptables en la negociación con las demás fuerzas, y fomentar la propuesta de personalidades más ponderadas.

Asimismo, cabe destacar un aspecto nada baladí, y es el hecho de introducir mecanismos flexibilizadores o facilitadores del acuerdo, como la posibilidad de realizar votaciones sucesivas en las que bastaría la obtención de mayorías menos rigurosas o el recurso a escrutinios de *ballotage* entre los candidatos más votados. Un aspecto no previsto por el ordenamiento español, y que *a priori* podría resultar interesante para el desbloqueo de situaciones en las que la falta de acuerdo pueda conllevar un retraso en la renovación del órgano.

⁷ Antes de dar por finalizado el esquema de integración de la Corte Constitucional italiana, debe recordarse, por motivos de completitud, la existencia de una situación en que la composición de la Corte varía respecto de lo referido anteriormente. Más concretamente, se amplía. El apartado séptimo del art. 135 de la Constitución italiana establece la llamada «Corte integrada» para los casos en que esta deba ejercer competencias de Justicia penal constitucional en los procesos contra el presidente de la República. En estas coyunturas, además de los quince jueces que componen el *plenum*, intervienen dieciséis miembros elegidos por sorteo entre un elenco de ciudadanos en posesión de los requisitos exigidos para ser elegido senador, una relación elaborada por el Parlamento cada nueve años mediante votación bajo las mismas condiciones mencionadas respecto de los jueces constitucionales ordinarios.

En todo caso, el esquema tripartito de composición previsto en la Constitución italiana no presenta una preferencia tan clara por los jueces de origen directo o indirecto en el terreno político como el español, sino que se caracteriza por un mayor equilibrio entre los componentes político y técnico. En esta dirección se sitúa la intervención del presidente de la República como «equilibrador» o garante del pluralismo, y para incidir en esta condición el art. 1 de la Ley número 87 de 11 de marzo de 1953 estableció que la selección de los quince miembros de la Corte tendrá lugar *in ordine succesivo*, cinco por parte de las Supremas Magistraturas ordinaria y administrativa, cinco por parte del Parlamento en sesión conjunta, y finalmente los cinco restantes por parte del presidente de la República.

La reserva de la elección presidencial para el final del orden cronológico no es, por lo tanto, casual, sino que refuerza el papel de este como árbitro o moderador, en este caso, en atención a su competencia designante⁸. Pues su facultad discrecional para la propuesta de candidatos en ningún caso se ve turbada por la injerencia del Gobierno, una costumbre constitucional ampliamente señalada y alabada por la doctrina italiana.

Como último freno a la politización en relación con la composición, es menester comentar —al igual que sucedía en el modelo español— los requisitos de elegibilidad previstos por el ordenamiento italiano para acceder al cargo de juez constitucional. De nuevo su finalidad es precisamente la de contrapesar o compensar los criterios de afinidad político-partidista que eventualmente determinaron la designación de alguno de los candidatos.

El art. 135 de la CI en su apartado segundo⁹ contiene una formulación cuyo tenor recuerda, no por casualidad, a la establecida por el constituyente es-

⁸ Acerca de la importancia del rol equilibrador del presidente de la República en conexión con la obligación de respetar el orden sucesivo en las designaciones, véanse D’Orazio (s.f.: 259) y Adamo (2014: 4-7). En esta última obra se hace una precisión de interés respecto de cuestiones que se verán en el próximo apartado. Pues si bien los cambios producidos en el ordenamiento italiano respecto de las normas que disciplinan los aspectos temporales de la renovación de la Corte han desdibujado la importancia del orden sucesivo en la selección —debido a que la prevalencia del mandato individual tiende a distanciar en el tiempo la provisión de vacantes frente al modelo de renovación contextual de los tercios—, esta no puede considerarse obsoleta, pues habrá situaciones donde coincidan en el tiempo dichas vacancias y en ese caso la función equilibradora atribuida a los nombramientos de origen presidencial solo queda garantizada con el respeto al orden constitucionalmente establecido.

⁹ Art. 135 coma 2 CI: «I giudici della Corte costituzionale sono scelti fra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiore ordinaria ed amministrative, i professori ordinari di università in materia giuridiche e gli avvocati dopo venti anni d’esercizio».

pañol en su art. 159.2, disponiendo que los quince miembros de la Corte Constitucional serán elegidos entre magistrados, incluso *a riposo*¹⁰ de las Supremas Magistraturas ordinaria y administrativa, profesores ordinarios¹¹ de universidad en disciplinas jurídicas y abogados tras veinte años de ejercicio profesional.

La opción del constituyente por hacer posible la presencia de estas profesiones en el interior de la Corte tiene la virtualidad de hacer convivir tres diversas sensibilidades o perspectivas en el estudio del derecho, todas ellas enriquecedoras para la tarea que están llamados a desempeñar los futuros jueces constitucionales.

Una vez analizada la dimensión fisiológica, corresponde aludir a aquellos aspectos patológicos o susceptibles de revisión, derivados de la aplicación práctica del marco normativo. Así, pueden destacarse fenómenos como la *lottizzazione* en el reparto de candidaturas, los efectos derivados de los vetos mutuos, la percepción de partidización de los jueces, el pernicioso «etiquetado público» y el estimulante debate acerca del carácter no representativo del mandato constitucional y sus implicaciones en los diseños de participación de entes subestatales en la provisión de candidatos.

Merece la pena subrayar que los constituyentes italiano y español han optado precisamente por un sistema de composición tripartita, con intervención de los diversos poderes del Estado. No obstante, en este punto, nuestro mayor afinidad con el primer modelo en la medida en que resulta más equilibrado. Debe recordarse, sin embargo, que en el caso español la preponderancia de la mayoría parlamentaria es mucho más destacada. La atribución de la propuesta de ocho candidatos al Parlamento viene unida a la de dos ulteriores candidaturas correspondientes a un Gobierno cuyo presidente lo es en virtud de la relación de confianza que la mayoría del Congreso de los Diputados le ha otorgado. Los dos magistrados restantes son elegidos por el Consejo General del Poder Judicial, cuyos veinte vocales son elegidos, a su vez, por las Cámaras.

Considero que el constituyente español debería haber sido más fiel al modelo ideal (el italiano), en cuanto, si bien aparentemente sendos ordenamientos parecen confiar la elección de los jueces constitucionales a los diversos poderes del Estado, en el caso español, el resultado semeja particularmente escorado a las consideraciones políticas, o mejor dicho, partidistas. Así, la solución italiana, orientada a mantener un equilibrio en la composición entre las consideraciones políticas (un tercio del Parlamento) y las consideraciones de tipo técnico (un tercio de las Supremas Magistraturas) y un equilibrio

¹⁰ Jubilados.

¹¹ Categoría académica más elevada, equivalente al catedrático español.

institucional (un tercio del presidente de la República) resulta mucho más interesante en términos de legitimación del órgano, en tanto que se aprecia un evidente vínculo de este con la soberanía popular, lo que permite afrontar cualquier objeción antidemocrática sin dejar la totalidad de las candidaturas en manos de los partidos políticos, que frecuentemente en los procesos de selección anteponen sus propios intereses a aquellos del Estado. De tal manera, la intervención de las Supremas Magistraturas, en nada comparable a la de nuestro Consejo General del Poder Judicial, resulta más convincente como instrumento idóneo en la aportación de una visión técnica a un órgano cuyas funciones son de carácter jurisdiccional y no político. Por tanto, una propuesta más próxima al modelo italiano podría consistir en la atribución de la selección correspondiente al Poder Judicial a un órgano jurisdiccional del máximo nivel, como, por ejemplo, la Sala de Gobierno o la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo, haciendo así preponderante la sensibilidad judicial en detrimento de aquella otra de índole política.

Respecto a la intervención del Jefe del Estado en la formulación de un tercio de las propuestas, resulta óptima la práctica llevada a cabo en Italia, pero que, por razones obvias, no es susceptible de recepción en España. Sin embargo, la nueva situación política de ruptura del tradicional bipartidismo hegemónico podría crear nuevos escenarios en la selección de candidatos que corresponde al Gobierno. La eventual dificultad de los grandes partidos en la consolidación de mayorías suficientes para poder gobernar en solitario y la consiguiente necesidad de coaligarse o suscribir pactos de gobernabilidad pueden aportar nuevas estrategias también en este punto.

Por lo que concierne a las candidaturas de origen parlamentario, debe ponerse el foco de atención sobre la importancia de los mecanismos que atenúan la parcialidad característica de los procesos de selección, y que, consecuentemente, derivan en el pernicioso «etiquetado» de los jueces por parte de la opinión pública, en función de cuál haya sido el grupo político que haya sustentado su candidatura. Es por ello que debo insistir en la utilidad de las mayorías reforzadas, siempre que evite en la medida de lo posible el recurso a un sistema de cuotas. Un retorno al consenso genuino en sede de asignación de las vacantes sería altamente deseable. Obtener un apoyo, sino unánime, al menos particularmente amplio por la totalidad de los candidatos sería la mejor carta de presentación de estos en su ingreso en el colegio.

Además del origen político de algunas candidaturas, tanto en España como en Italia, se ha discutido intensamente la posibilidad de que los entes regionales participen de la selección de los magistrados constitucionales, llegando en el caso español a materializarse una modificación legislativa al respecto. Acerca de esta cuestión, mi opinión es favorable a la doctrina mayoritaria en Italia, en la medida en que considero que una intervención directa de los te-

territorios podría poner en duda la naturaleza del mandato de los jueces, que en ningún caso puede ser considerado representativo. Mantengo, por tanto, que la mejor solución sería de carácter orgánico. Tanto en el caso español como italiano, los respectivos Senados forman parte de la selección de una parte de los candidatos. En sendos contextos, la crítica a la falta de sensibilidad territorial de la Justicia constitucional deriva de la escasa caracterización de estas Cámaras como representantes de los territorios. De ahí que la solución idónea fuese la redefinición de las mismas en sentido federal.

III. DIFICULTADES PARA LA APLICACIÓN AUTOMÁTICA DE LAS PREVISIONES SOBRE LA DURACIÓN DEL MANDATO

El mismo enfoque del apartado precedente puede aplicarse a los aspectos temporales del mandato. De tal manera, tras la referencia a los modelos ideales italiano y español —señalando con especial atención las modificaciones sufridas en el sistema de renovación del primero en el año 1967— se desglosan aquellos efectos no deseados que la realidad nos brinda.

Es la propia Constitución española en su art. 159. 3 CE la que determina la duración del mandato de los magistrados constitucionales: «Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años [...]». En los mismos términos se pronuncia el art. 16. 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC): «La designación para el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional se hará por nueve años [...]».

La elección de un período prolongado de desempeño del cargo —nueve años— ha merecido una valoración altamente positiva por parte de la doctrina. El hecho de que se haya apartado la renovación del Tribunal Constitucional de la lógica de las legislaturas constituye un importante factor para garantizar la independencia de sus miembros. Sobre todo, teniendo en cuenta que las Cámaras Parlamentarias, además de ser los órganos productores de las leyes cuya constitucionalidad deberán enjuiciar, son también partícipes privilegiados de su elección¹².

Además de la virtualidad de esta garantía respecto de la independencia, se han apuntado otros efectos beneficiosos, derivados de la estancia prolongada en el cargo de juez constitucional. Por ejemplo, Jorge de Esteban y Pedro

¹² Sobre la relación entre mandatos prolongados e independencia de los magistrados, véanse García Pelayo (1981: 29), Fernández Segado (1999: 106-109; este autor incluye esta garantía dentro de los llamados «frenos frente a la politización»); De Esteban y González Trevijano, (1994: 181), y Almagro Nosete (1989: 107).

González Trevijano han defendido que el período de nueve años favorece la existencia de un elemento de continuidad, necesario para la estabilidad y coherencia de la jurisprudencia del Tribunal (1994: 181).

Esa previsión de nueve años correspondería con la duración ordinaria del mandato. A la que deberíamos añadir lo que dispone la LOTC en su art. 17. 2, al prever el instituto de la *prorogatio*, cuando dice: «Los Magistrados del Tribunal Constitucional continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles». El objetivo de esta disposición es, obviamente, garantizar la continuidad de las tareas que corresponden al Tribunal.

En cuanto a las posibilidades de reelección en el cargo, esta no está totalmente vedada, pero sí limitada, aunque con alguna excepción. El art. 16. 4 LOTC determina: «Ningún Magistrado podrá ser propuesto al Rey para otro período inmediato, salvo que hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años». Esta restricción¹³ tiene carácter subjetivo, es decir, está vinculada a la persona concreta¹⁴, y lo que se persigue es, además de impedir que una persona se petrifique en el Tribunal, evitar las tentaciones de algún juez de «tratar de agradar» con su actuación a aquella

¹³ Un punto polémico al respecto ha sido el del cómputo del plazo que un magistrado debe esperar para volver a ser reelegido —asunto que, como el lector habrá advertido, no ha sido previsto por la LOTC—. Sobre esta cuestión la doctrina se encuentra dividida, pues la LOTC contempla dos tipos de períodos, los de nueve años —mandato— y los de tres —renovaciones parciales—. Sobre la interpretación favorable a los tres años, véanse Espín Templado (2001: 300-301) y Fernández Segado (1999: 123). Acerca de la interpretación favorable a los nueve años, véanse De Esteban y González Trevijano (1994: 183) y Lozano Miralles y Saccomanno (2000: 193). En todo caso, y por lo que respecta a la realidad práctica, solo un magistrado del Tribunal Constitucional ha formado parte del colegio en dos ocasiones diferentes. Se trata de D. Javier Delgado Barrio, quien fue parte del órgano entre 1995 y 1996, momento en que renunció para incorporarse como presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo, volviendo a la magistratura constitucional en el año 2001.

¹⁴ Siendo indiferente que la reelección pudiera provenir de un órgano diferente a aquel que inicialmente propuso al referido magistrado. *Cfr.* Fernández Segado (1999: 122). El autor aclara en una nota al pie que esta duda interpretativa solo puede darse respecto de las propuestas que corresponden al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial. Pues, lógicamente, cuando la renovación afecta a los otros tercios, cesan unos magistrados que han sido propuestos por el mismo órgano que ahora debe efectuar la renovación. Con lo cual, no cabe plantearse la pregunta (Fernández Segado incluye la garantía de la irreelegibilidad inmediata dentro de los llamados «frenos frente a la politización»).

fuerza política que avaló su candidatura, con el fin de poder renovar en el cargo (Espín Templado, 2001: 300). Así, podemos decir que esta garantía trata de cumplir con dos objetivos: por un lado, tiene como finalidad proteger la independencia de los magistrados (rompiendo cualquier atadura política con el objetivo de alcanzar la reelección), y, por el otro, tiende a facilitar la continuidad y la estabilidad en el seno del Tribunal. En este sentido, el legislador orgánico ha optado por una solución moderada, ya que prescribe una limitación parcial a la posibilidad de repetir en el cargo, y, al mismo tiempo, favorece la permanencia de aquellos miembros cuya estancia haya sido particularmente breve.

En lo que atañe a la renovación del Tribunal Constitucional el art. 159. 3 CE nos indica que los magistrados «se renovarán por terceras partes cada tres [años]». Al respecto, el art. 16. 3 LOTC no aporta nada nuevo, ya que se limita a reiterar la previsión constitucional. La opción por un sistema de renovación parcial se configura como otra de las garantías tendentes a preservar la independencia del Tribunal, y es por ello que se ha ganado el beneplácito de la doctrina.

De tal manera, la garantía de la renovación parcial actúa como matiz o contrapeso de lo dicho hace un momento al referirme al prolongado mandato de los jueces constitucionales. De un lado favorece la estabilidad y la unidad de la doctrina del Tribunal (Alzaga Villaamil, 1978: 921) (frente a un modelo de sustitución simultánea), pero, al mismo tiempo, evita el anquilosamiento de su jurisprudencia, asegurando su progresivo *aggiornamento* (Almagro No-sete, 1989: 107).

El constituyente, consciente de la imposibilidad material de conciliar la exigencia del mandato de nueve años con la renovación parcial por tercios en el caso de la primera integración del Tribunal Constitucional —aquella de 1980—, dada la entrada simultánea de todos sus miembros, estableció un régimen transitorio (disposición transitoria novena CE) en los siguientes términos:

A los tres años de la elección por vez primera de los miembros del Tribunal Constitucional, se procederá por sorteo para la designación de un grupo de cuatro miembros de la misma procedencia electiva que haya de cesar y renovarse. A estos solos efectos se entenderán agrupados como miembros de la misma procedencia a los dos designados a propuesta del Gobierno y a los dos que proceden de la formulada por el Consejo General del Poder Judicial. Del mismo modo se procederá transcurridos otros tres años entre los dos grupos no afectados por el sorteo anterior. A partir de entonces se estará a lo establecido en el número 3 del art. 159¹⁵.

¹⁵ Para una comprensión global de este mecanismo conviene recordar el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 2.º, de la LOTC, que añadió: «No será

Por lo que respecta a la finalización del mandato, el art. 159 CE en su apartado 5 establece un estatuto jurídico al que los jueces constitucionales deberán estar sometidos con la finalidad de proteger su independencia —y, por ende, su imparcialidad—: «[...] los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su cargo». Disposición que debe ser interpretada en conexión con los arts. 23 y 24 LOTC para comprender las restringidas condiciones de cese y suspensión de los magistrados constitucionales.

La inamovilidad, recordemos, es una de las garantías clásicas de la independencia judicial, consistente en un medio de resistencia frente al Poder Ejecutivo. Esta salvaguarda, también aplicable al caso de los jueces constitucionales, presenta una doble proyección: evita que los órganos que designan a los miembros del Tribunal Constitucional puedan posteriormente removerlos del cargo y tiende a crear un espacio profesional sereno en el que el juez pueda desarrollar su labor de enjuiciamiento (Lozano Miralles y Saccommano, 2000: 199).

En este orden de cosas, el principio de inamovilidad exige que los magistrados constitucionales no puedan ser removidos o apartados del cargo, si no es por alguna de las causas previstas legalmente (arts. 23 y 24 LOTC). Además de la expiración del mandato, los supuestos a los que nos podemos enfrentar en la práctica —art. 23 LOTC— pueden clasificarse del modo que sigue:

- a) Causas involuntarias: incapacidad intelectual o física sobrevenida que inhabilite para el desempeño del cargo —aplicabilidad de las causas de incapacitación que rigen para los miembros del Poder Judicial (art. 303 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985)— o fallecimiento —es más propiamente un caso de vacancia—.
- b) Causa derivada de conducta lícita: renuncia al cargo. Su eficacia está condicionada a la aceptación por el presidente. En cualquier caso, para este la aceptación de la dimisión es *a priori* un acto obligado, y no discrecional, pues sería absurdo mantener en el cargo a un magistrado en contra de su voluntad. Sin perjuicio de que aquel pueda modular los

aplicable la limitación establecida en el art. 16. 2 de esta Ley —actualmente el 16. 4, que limita la posibilidad de reelección inmediata; *vid. supra*— a los Magistrados del Tribunal que cesaran en sus cargos, en virtud de lo establecido en la disposición transitoria novena de la Constitución, a los tres años de su designación».

- efectos temporales de la renuncia si se considerase necesario atendiendo a razones de organización interna del Tribunal¹⁶.
- c) Causas derivadas de conductas ilícitas: incompatibilidad sobrevenida; falta de diligencia en el cumplimiento de los deberes del cargo; violación de la reserva propia de la función, y sentencia de condena por delito o por incurrir en responsabilidad dolosa —basta la condena en cualquier instancia, no se exige que sea firme; incluye las infracciones y delitos cometidos fuera del ejercicio de cargo—.

Por lo que respecta a Italia en materia de mandato de los magistrados constitucionales, debe abordarse su estudio diferenciando la regulación actual de aquella previa a la Ley Constitucional número 2 de 22 de noviembre de 1967. Esta reforma constitucional marcó en su momento un punto de inflexión en la manera de concebir los esquemas de permanencia y renovación en el seno de la Corte Constitucional. Podría pensarse que en nuestros días poco sentido tiene aludir a un modelo de mandato derogado hace cincuenta años, pero este cobra especial interés al tratar de establecer un estudio comparativo con España. Pues, como se verá a continuación, las similitudes del art. 135 CI en su redacción original con las previsiones del art. 159. 3 CE son más que elocuentes.

El art. 135 coma 3 de la Constitución Italiana en su redacción primitiva establecía lo siguiente: «[...] i giudici sono nominati per dodici anni, si rinnovano parzialmente secondo le norme stabilite dalla legge e non sono immediatamente rieleggibili».

En términos similares a los previstos en el ordenamiento constitucional español, el constituyente italiano ya en 1947 positivizó, y nada menos que con rango constitucional —con lo que ello supone de indisponibilidad para el legislador ordinario—, la duración en el cargo de los llamados a integrar la futura Corte Constitucional. Estableciendo un mandato prolongado en el tiempo de doce años, siguiendo así el ejemplo alemán.

En cuanto a la renovación se optó por un mecanismo de sustitución parcial, cuyo desarrollo vendría determinado en un momento sucesivo por la Ley Constitucional número 1 de 11 de marzo de 1953, cuyo art. 4 —posteriormente derogado en 1967— confirmaba la duración de doce años y concretaba las previsiones constitucionales de la renovación de la siguiente manera:

¹⁶ Baste como ejemplo lo sucedido en junio de 2011 con ocasión de la dimisión de tres magistrados cuyo mandato había expirado y pretendían de ese modo forzar su renovación. El presidente del Tribunal Constitucional no aceptó las renunciaciones.

[...] i giudici che sono nominati alla scadenza dei dodici anni dalla prima formazione della Corte¹⁷ si rinnovano, decorsi nove anni, mediante sorteggio di due giudici tra quelli nominati dal Presidente della Repubblica, di due tra quelli nominati dal Parlamento e di due tra quelli nominati dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrativa [...]. Decorsi i altri tre anni, si rinnovano i giudici che non sono stati rinnovati. Successivamente si rinnovano ogni nove anni i giudici rimasti in carica dodici anni. In caso di vacanza dovuta alla scadenza del termine di dodici anni o ad altra causa la sostituzione avviene entro un mese della vacanza stessa¹⁸.

La introducción de este esquema normativo, a pesar de su capacidad teórica para solventar las imprecisiones del constituyente en su regulación inicial de esta materia, se topó de bruces con la realidad, y por ello la posterior Ley Constitucional número 2 de 22 de noviembre de 1967, supuso un cambio radical en la regulación del mandato de los jueces de la Corte Constitucional italiana en su dimensión temporal. Las novedades respecto al esquema referido pueden advertirse de la simple lectura del art. 135 comas 3 y 4 CI en su subsiguiente redacción: «[...] i giudici della Corte Costituzionale sono nominati per nove anni, decorrenti per ciascuno di essi dal giorno del giuramento, e non possono essere nuovamente nominati. Alla scadenza del termine il giudice costituzionale cessa dalla carica e dall'esercizio delle funzioni».

Del precepto extraemos cuatro consecuencias: el acortamiento del mandato de doce a nueve años —lo que lo aleja del modelo alemán y anticipa así la posterior regulación española—; la superación de la renovación parcial anteriormente descrita establecida en 1953, y su sustitución por un mecanismo de renovación gradual basado en el cumplimiento efectivo del mandato personal por parte de todos los jueces desde el momento de la toma de posesión; la prohibición de la reelección en todo caso —a diferencia de la limitación

¹⁷ El contenido del art. 135 CI para su correcta interpretación debía completarse con lo previsto en la disposición transitoria VII coma 3, que rezaba: «[...] i giudici della Corte costituzionale nominati nella prima composizione della Corte stessa non sono soggetti alla parziale rinnovazione e durano in carica dodici anni».

¹⁸ El establecimiento de un mecanismo de sorteo que permitiese hacer compatible la exigencia de la renovación parcial con la fijación del mandato en doce años en la coyuntura de la primera composición de la Corte, que suponía el acceso contemporáneo de los jueces al órgano; recuerda en gran medida al contenido de la disposición transitoria novena CE —*vid. supra*—, dirigida a solventar esta misma situación en el caso español.

previa que se circunscribía a la confirmación inmediata—, y la interdicción de la *prorogatio*¹⁹ como mecanismo facilitador de la continuidad de las funciones.

Aunque la Constitución guarda silencio al respecto, los jueces de la Corte Constitucional gozan, del mismo modo que sus homólogos españoles, de la garantía que supone la prerrogativa de inamovilidad como mecanismo protector de la independencia judicial por antonomasia. Así viene determinado tempranamente en el art. 3 coma 2 —actualmente coma 1, tras la reforma operada por la Ley Constitucional número 2 de 22 de noviembre de 1967— de la Ley Constitucional número 1 de 9 de febrero de 1948, que dice así: «[...] i giudici della Corte Costituzionale non possono essere rimossi, né sospesi dal loro ufficio se non con decisione della Corte [...]». Precepto cuya interpretación sistemática a la luz del art. 8 de la Ley Constitucional número 1 de 11 de marzo de 1953, y el art. 17 del Reglamento General de la propia Corte, de 20 de enero de 1966, compone el marco normativo de las posibles causas de cese anticipado en que pueden incurrir los jueces constitucionales. Siguiendo el esquema trazado para el caso español podemos dividirlos en las siguientes categorías:

- a) Causas involuntarias: incapacidad física sobrevenida (art. 3 coma 1 Ley Constitucional n. 1 de 1948). Debiendo entenderse por tal solo aquellos impedimentos de carácter definitivo y permanente, que como consecuencia de dicha naturaleza constituyen una imposibilidad absoluta de volver a desempeñar el cargo en un período inferior a los seis meses²⁰.
- b) Causa derivada de conducta lícita: dimisión (art. 17 del Reglamento General de la CC).
- c) Causas derivadas de conductas ilícitas: incapacidad civil sobrevenida (art. 3 coma 1 Ley Constitucional n. 1 de 1948), consiguiente a la declaración de prohibición e inhabilitación resultante de una sentencia condenatoria sobrevenida como consecuencia de un procedimiento civil o penal; «graves faltas» en el ejercicio de las funciones inherentes al cargo (mismo precepto que en la causa anterior), concepto jurídico indeterminado que

¹⁹ El instituto de la *prorogatio* en el ordenamiento italiano —a pesar del silencio del constituyente y del legislador al respecto— había sido introducido en 1966 por la propia Corte Constitucional en ejercicio de su potestad de autonormación, a través del art. 18 de su Reglamento General.

²⁰ Esta interpretación es la efectuada por Giustino D’Orazio, quien analiza la disposición referida en atención a la previsión del art. 8 de la Ley Constitucional n. 1 de 1953, que establece como motivo de cese en el cargo la inactividad prolongada de un magistrado. Para este autor, esta norma establece una protección de la titularidad del puesto a favor del impedido por un plazo de seis meses (D’Orazio, 1966: 171-173).

ofrece un amplio margen de discrecionalidad en su valoración por la propia CC, que debe entenderse referido en todo caso a aspectos como obligaciones de naturaleza funcional, prohibiciones concretas, incompatibilidades sobrevinidas o, más en general, principios de corrección deducibles de la especial naturaleza de las funciones atribuidas al órgano (D'Orazio, 1966: 175 y ss.), y no desempeño de la labor de juez constitucional por un período de seis meses (art. 8 Ley Constitucional número 1 de 11 de marzo de 1953).

En sendos ordenamientos la finalidad última de las estipulaciones temporales no es otra que garantizar de la mejor manera posible la independencia de los jueces en su labor de máximos intérpretes del Texto Fundamental, sin olvidar las debidas exigencias de estabilidad en un órgano cuyas atribuciones son especialmente relevantes.

Desde el punto de vista patológico, podemos señalar como principales fenómenos los prolongados retrasos parlamentarios en la integración de las vacantes correspondientes a su turno, las ventajas y desventajas de instituciones como la *prorogatio*, así como los inconvenientes derivados de la renovación escalonada en determinados supuestos, es decir, la contradicción eventual entre el cumplimiento efectivo del mandato personal de nueve años y la debida cadencia de los tercios. Cuestiones todas ellas muy ligadas a lo apuntado en el apartado anterior, en la medida en que las previsiones relativas a la duración del mandato coadyuvan a construir una esfera libre de injerencias en el desempeño del cargo en favor de los jueces constitucionales.

En cuanto a la regulación de la duración del mandato en Italia, muestro mi preferencia por el modelo construido a partir de la reforma constitucional de 1967. Considero que la fijación de nueve años es apropiada, en la medida en que supone un período suficientemente prolongado como para alejarse de la lógica de las legislaturas y que, al mismo tiempo, frente a los doce años del diseño anterior, evita el anquilosamiento de la Corte Constitucional como consecuencia de permanencias excesivamente dilatadas en el cargo —a lo que se suma, además, la correspondiente prohibición de reelección—. Asimismo, debe considerarse digna de consideración positiva la abolición de la renovación parcial en favor del agotamiento del mandato individual como criterio para la asignación de los puestos vacantes. Las ventajas de esta opción, tomando en consideración la garantía de independencia del magistrado, se unen a su virtualidad como mecanismo desincentivador de la *lotizzazione* como instrumento preferente en la negociación de las candidaturas por parte de los órganos proponentes. El escalonamiento en las sustituciones obstaculiza esta praxis perniciosa, obligando a las fuerzas políticas a llegar a soluciones de compromiso aceptables por todos. En consecuencia, valoro positivamente la

exclusión de la *prorogatio*, cuyas consecuencias negativas —que no niego— son menos acentuadas que en un modelo de renovación simultánea. Si bien tal prohibición de continuidad de las funciones no ha conseguido los efectos deseados como estímulo al Parlamento para la pronta selección de los jueces salientes, no es menos cierto que su operatividad alentaría aún más tales incumplimientos y situaría a los magistrados prorrogados —y por extensión a todo el órgano— en una situación de interinidad que comprometería su credibilidad hacia el exterior. En este sentido, creo que la única solución razonable al problema de los retrasos parlamentarios es precisamente la apelación al sentido de Estado y su concreción a través del principio de lealtad institucional, y soy también favorable a la introducción de sanciones de tipo institucional como salvaguarda frente a situaciones límite (como el bloqueo del año 2002 o una hipotética reedición de lo acontecido con l'Alta Corte per la Regione Sicilia y su desintegración). La cooptación en favor de la Corte Constitucional o la atribución de los nombramientos al jefe del Estado serían medidas dignas de ser tomadas en consideración.

Por lo que respecta a España, y en línea con lo señalado previamente, sería deseable una reforma constitucional radical, que se acercase a los criterios temporales establecidos por el constituyente italiano en 1967. Si bien es cierto que el modelo italiano no resuelve por completo determinados problemas compartidos por el esquema español, la comparación demuestra que las fórmulas mágicas no existen y que debemos tratar de adaptar lo mejor posible a cada contexto las experiencias que han obtenido un mejor desempeño. Por tanto, creo que el ejemplo italiano —basado en la primacía del mandato individual— es más coherente con la garantía de independencia de los jueces constitucionales (y su igual dignidad en el interior del órgano), y que, por ello, debe ser defendido²¹. Del mismo modo que en el caso de Italia, también en España, la solución a los retrasos parlamentarios depende en última instancia de la voluntad de los partidos políticos de cumplir con las obligaciones constitucionales que les son propias, y, por este motivo, critico severamente las dos últimas reformas llevadas a cabo por el legislador orgánico: la previsión de la prórroga del mandato presidencial y la fijación de un criterio de cobertura de vacantes basado en la prevalencia del mandato institucional. En dichas modificaciones, motivadas por una excepcional situación de falta de renovación de dos tercios del Tribunal Constitucional, el legislador orgánico optó por dar prioridad a la lógica de la confrontación partidista en detrimento de los

²¹ En España una firme posición en favor de la primacía del mandato individual frente a la inercia de los tercios puede encontrarse en el profesor Germán Fernández Farreres; por todas sus intervenciones al respecto, véase Fernández Farreres, 2015: 28 y ss.

mandatos constitucionales del correcto funcionamiento de las instituciones, poniendo con ello en serio riesgo el propio Tribunal y su imagen. Una senda peligrosa para una institución cuya legitimidad debe quedar al margen de la controversia política, y que se podría evitar a través de una reforma constitucional que consolidase el agotamiento del mandato personal de nueve años por parte de los miembros del Tribunal Constitucional. Una revisión de la duración del mandato que debería ser completada —en el sentido ya indicado para Italia— con la introducción de un mecanismo subsidiario de cobertura de vacantes en el caso de que no se produzca la sustitución en tiempo de los magistrados salientes.

IV. PRERROGATIVAS Y RESTRICCIONES DERIVADAS DEL EJERCICIO DE LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL

Para finalizar con el análisis de los aspectos orgánicos del mandato de los jueces constitucionales, corresponde referirse al «estatuto jurídico» de estos, es decir, al conjunto de prerrogativas y restricciones que rodean su estancia en el órgano (y en algún caso más allá del cese). Todas ellas encaminadas a preservar un espacio de independencia, dignidad y responsabilidad para el ejercicio de las altas funciones encomendadas a los titulares de la Corte Constitucional y el Tribunal Constitucional respectivamente.

En el caso español, el hilo conductor a todas las restricciones y prerrogativas que señalaré a continuación viene determinado por el art. 159. 5 CE, posteriormente concretado a través del art. 22 LOTC. El contenido de ambos preceptos es el que sigue:

Art. 159. 5 CE: Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.

Art. 22 LOTC: Los Magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma; no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones; serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos sino por alguna de las causas que esta Ley establece.

De la lectura de estos dos artículos pueden extraerse tres principios generales:

- a) *Principio de independencia*: se configura como el principio básico en torno al cual se ha construido todo el estatuto de los jueces constitucionales.

Es una condición consustancial a toda función jurisdiccional. Íntimamente ligado con este principio se encuentra el principio de imparcialidad. Las garantías que examinaremos en este capítulo están orientadas a hacer efectiva la independencia de los jueces constitucionales, cuya finalidad última es conseguir que estos ejerzan su función de acuerdo con el principio de imparcialidad. Independencia e imparcialidad son principios distintos pero complementarios, que han sido distinguidos por la doctrina procesalista atendiendo a la dualidad *potestad/función*. La independencia se conectaría con la potestad jurisdiccional, mientras que la imparcialidad sería predicable del ejercicio concreto de la función jurisdiccional. Es más, podría decirse que la independencia y la imparcialidad se diferencian fundamentalmente por tener *distintos momentos de aplicación*. Mientras que la primera hace referencia al momento constitucional, la segunda viene ligada al momento procesal. Siendo en todo caso la independencia presupuesto e instrumento de la imparcialidad, necesario, pero no suficiente (Jiménez Asensio, 2002: 69-70). En resumen, la independencia proclamada respecto de los miembros del Tribunal Constitucional no constituye un fin en sí misma; sino que la independencia es el instrumento a través del cual la función jurisdiccional puede realizarse imparcialmente (Espín Templado, 2001: 338). La independencia presenta tres proyecciones:

- a.1) Independencia frente a los demás poderes públicos: aquí se insertarían las prerrogativas de la inamovilidad (causas de cese y suspensión)²² y la inviolabilidad (arts. 22, 23 y 24 LOTC).
- a.2) Independencia frente a las partes: se logra con un estricto régimen de incompatibilidades (arts. 159. 4 CE y 19 LOTC) y con las instituciones del deber de abstención, y el derecho de recusación (art. 80 LOTC, que remite a los arts. 217 y ss. LOPJ y 99 y ss. LEC).

²² Sobre la importancia de la inamovilidad, debe destacarse la STC 47/2011, de 12 de abril, en cuyo FJ 6 el Tribunal Constitucional señala: «[...] la independencia e inamovilidad de los miembros del Tribunal Constitucional en el ejercicio de su mandato es una de las garantías expresamente previstas en el art. 159.5 CE. Las eventuales causas de cese de un Magistrado del Tribunal Constitucional tienen una indudable conexión con el ejercicio independiente de la función jurisdiccional de los miembros del Tribunal Constitucional, toda vez que afectan a la conformación misma del órgano y al sistema de equilibrios que para la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional se establece en los apartados 1 y 3 del art. 159 CE».

- a.3) Independencia dentro del órgano: se materializa en la formulación de votos particulares (Lapuente Aragón, 1997: 438-442) (arts. 164. 1 CE y 90. 2 LOTC).
- b) *Principio de dignidad*: se trata de un atributo honorífico mediante el cual el legislador ha querido subrayar la relevancia institucional de la tarea que la Constitución ha encomendado al Tribunal Constitucional (Espín Templado, 2001: 337). La concreción de este principio podemos encontrarla en una serie de derechos y deberes de los jueces constitucionales, a saber: el derecho a la retribución económica y otras cuestiones de índole laboral (situación de servicios especiales a favor de los funcionarios y cómputo del mandato a efectos pasivos) (Presupuestos Generales del Estado y arts. 20 y 25 LOTC), el derecho a ostentar la condición de magistrado emérito (arts. 41 y 42 del Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional —ROP—), el privilegio del fuero (arts. 26 LOTC y 56. 2 LOPJ), el deber de diligencia y el deber de reserva o sigilo (art. 23. 1 LOTC).
- c) *Principio de responsabilidad*: es el correlato lógico al principio de independencia. Respecto de los magistrados constitucionales podemos llegar a predicar tres tipos de responsabilidad: la penal, la civil y la disciplinaria (arts. 15 y 26 LOTC, 56.2 LOPJ y 14.j ROP).

El esquema italiano de garantías de independencia de los jueces constitucionales presenta ciertos paralelismos con el español. Pudiendo esquematizarse así:

- Restricciones: régimen de incompatibilidades (arts. 135.6. CI y arts. 7 y 8 de la Ley número 87, de 11 de marzo de 1953); abstención y recusación (no aplicación en los procedimientos constitucionales, aunque existe el mecanismo corrector del «legítimo impedimento», art. 29 de las Normas Complementarias para los juicios ante la Corte Constitucional, de 7 de octubre de 2008, y art. 16.1 de la Ley número 87).
- Prerrogativas: inamovilidad (art. 3.1 de la Ley Constitucional número 1 de 1948, además del art. 7 de la Ley Constitucional número 1 de 1953, y cabe destacar el supuesto de remoción por abandono voluntario de tareas por un período de seis meses, previsto en el art. 8 de la Ley Constitucional número 1 de 1953), inviolabilidad (art. 5 de la Ley Constitucional número 1 de 1953, aunque en este punto debe recordarse que en Italia no está previsto el *dissent*, por lo que es difícil conocer las opiniones y votos individuales de cada juez constitucional), no persecución por acciones penales (reenvío establecido en el art. 3 de la Ley Constitucional

número 1 de 1948), retribución económica (art. 6 de la Ley Constitucional número 1 de 1953 y art. 19 del Reglamento General de la Corte Constitucional, de 20 de enero de 1966), derechos honoríficos (arts. 20 y 21 del Reglamento General de la Corte).

Desde el punto de vista patológico, podemos identificar tres bloques de problemas. El primero, relativo a los magistrados constitucionales y su libertad de expresión, donde se cuestionaría: el poder de «exteriorización» de los presidentes de los órganos de Justicia constitucional y sus límites, su conexión con la idoneidad de la aplicación de las categorías de abstención y recusación y la debida interpretación de sus causas, las restricciones a la militancia en partidos políticos y su vínculo con la apariencia de imparcialidad, y, por último, las ventajas e inconvenientes de la figura del voto particular.

Un segundo bloque referido a los magistrados constitucionales ante la acción de la Justicia, donde podrían criticarse prerrogativas como el fuero especial español o la autorización para proceder italiana, y donde también cabría reflexionar acerca de la responsabilidad civil de los magistrados en el ejercicio de sus funciones y su intrínseca relación con la prohibición de fiscalización de la actuación de los órganos de Justicia constitucional: *la guerra delle due Corti*.

Un tercer y último bloque relativo a la finalización del mandato abarcaría la referencia a los casos de dimisión y el tratamiento que estos deben recibir, así como a las dificultades en términos de independencia que puede plantear el futuro profesional de los magistrados salientes.

Entrando en el fondo del estatuto jurídico de los magistrados constitucionales, por lo que respecta a sus límites a su libertad de expresión y, más concretamente, al poder de exteriorización atribuido al presidente, planteo la posibilidad de trabajar en una suerte de política comunicativa propia del órgano que derive en un mejor conocimiento del mismo por parte de la sociedad. Una estrategia de comunicación consensuada entre los miembros del colegio, de modo que el titular de la Presidencia se transforme en la imagen de la institución, explicando a la ciudadanía el trabajo que se realiza en el interior de la misma. Rechazo, sin embargo, las experiencias negativas en las que los titulares de la Presidencia han puesto en duda su condición, expresando públicamente pensamientos y posiciones estrictamente personales respecto de situaciones de la vida política —susceptibles, incluso, de ser objeto de un procedimiento constitucional—, comprometiendo, así, su debida imparcialidad.

Por lo que respecta a las causas de abstención y de recusación, y a pesar de lo acaecido en los últimos años en el contexto español, considero necesaria su existencia. Porque, si bien en general los procedimientos constitucionales se caracterizan por una mayor abstracción y generalidad respecto de aquellos otros de la jurisdicción ordinaria, es también cierto que pueden

darse situaciones en que existan conflictos de intereses entre uno de los jueces individualmente considerado y las partes o el objeto de la controversia. Me posiciono, por tanto, en favor de su introducción en el ordenamiento italiano.

No obstante, la experiencia española en atención a lo sucedido con el polémico ATC 26/2007 debe servir como ejemplo de mala praxis en la interpretación de las causas de recusación. Como aprendizaje debe extraerse la necesidad de tener en cuenta la excepcionalidad de estas figuras y la necesidad de interpretación restrictiva de las mismas como garantía de la independencia del colegio a resguardo de los abusos de las fuerzas políticas.

A propósito de lo dicho en líneas precedentes, considero necesario aclarar —mediante un cambio normativo en el caso español y una amplia interpretación en el italiano— la debida incompatibilidad de la militancia política con el ejercicio de las funciones de magistrado constitucional. Es por ello que no comparto la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, pues, en mi opinión, la existencia de un vínculo formal con los partidos distorsiona la imagen de imparcialidad que debe acompañar a los miembros del órgano de cierre del sistema.

Siguiendo con mi posición en pos de la creación de órganos de Justicia constitucional transparentes y abiertos al diálogo con los ciudadanos, soy decididamente favorable a la recepción en el modelo italiano de la figura del voto particular. Considerando su potencialidad en términos de control democrático de las decisiones, así como de incentivo de una jurisprudencia en constante evolución, el acercamiento al ordenamiento español en este aspecto me parece una propuesta adecuada.

Con respecto a las prerrogativas de los magistrados frente a la acción de la Justicia —el fuero especial y la autorización para proceder penalmente respectivamente— considero que ha llegado el momento de reconsiderar el mantenimiento de tales figuras. Su quiebra con el principio de igualdad, así como el riesgo de abusos, me permite pedir su abolición. Superados los momentos iniciales de actuación de la Constitución y consolidadas ya las democracias española e italiana, no debe seguirse desconfiando del criterio de los jueces ordinarios en la persecución de las conductas de aquellos.

Dicho esto, sin embargo, debe llamarse la atención sobre el peligroso precedente del Tribunal Supremo español de 2004 (STS Sala Primera, de 23 de enero de 2004), según el cual, mediante el genérico recurso a la responsabilidad civil por daños, fueron condenados once miembros del Tribunal Constitucional. Ello supuso la revisión de una decisión previa del órgano de cierre, lo que generó una grave crisis institucional de la que deben ex-

traerse consecuencias para el futuro²³. Si, de un lado, debemos reconocer la posibilidad de exigir responsabilidad civil a los miembros del Alto Tribunal, también debemos señalar que este es el supremo en materia de garantías constitucionales y que su jurisdicción no puede ser puesta en discusión por ningún otro poder del Estado. De tal manera, una correcta relación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria requiere un esfuerzo por parte de los actores implicados en delimitar de la manera más escrupulosa posible sus respectivas esferas competenciales, y —consideradas las dificultades prácticas de tal delimitación— reclamar en última instancia la moderación de estos en su proceder.

Para finalizar, y por lo que se refiere a la conclusión del mandato de los magistrados constitucionales, es indispensable hacer dos precisiones. En primer lugar, considero necesario señalar la particular atención que deben requerir los casos de dimisión en ausencia de causas justificadas de tipo objetivo e indiscutible. Los riesgos de que la renuncia sea utilizada como instrumento para alterar de modo consciente la composición del colegio, modificando la cadencia natural de los tiempos de renovación, exigen una ponderación de los intereses antes de pronunciar su aceptación. Unas consideraciones que también permiten sostener la necesidad, en su caso, de establecer condiciones que modulen los efectos temporales de salida del órgano, si la situación organizativa así lo requiriese.

En segundo lugar, propongo la introducción de la situación de los magistrados salientes en el más amplio debate sobre las «puertas giratorias». Es decir, considero oportuno que, en el caso de que se establezcan normativas de alcance general sobre incompatibilidades posfuncionales en relación con cargos representativos o de designación política, también los miembros de los órganos de Justicia constitucional estén sometidos a tales limitaciones. La imposibilidad de ejercer el propio mandato con la expectativa de «hacer carrera» posteriormente abre un escenario más propicio para la independencia en la toma de decisiones. Lejos de las tentaciones de una recompensa futura.

²³ Una vía de solución puede encontrarse en la nueva redacción del art. 4 de la LOTC, tras la reforma operada por la LO 6/2007. Así, la modificación del precepto, que tuvo por finalidad otorgar un mayor peso institucional al Tribunal Constitucional, puede resumirse de forma esquemática en tres premisas: autodelimitación de la propia jurisdicción, potestad anulatoria sobre todas aquellas resoluciones que la menoscaben y no enjuiciabilidad de las resoluciones del Tribunal Constitucional por ningún otro órgano jurisdiccional del Estado.

V. CONCLUSIONES

A todo lo dicho anteriormente, simplemente añadir la necesidad de enfatizar la dimensión técnico-jurisdiccional de los órganos de Justicia constitucional, sin que ello comporte la negación de la relevancia política de su función. De modo que, más que proponer cambios legislativos —que también—, lo más realista en este punto es apelar a los partidos a operar de acuerdo con el principio de lealtad institucional y a actuar con altura de miras. Además, y teniendo en cuenta el nuevo contexto político, caracterizado por la presencia de más partidos en el arco parlamentario, será imprescindible redoblar los esfuerzos por forjar consensos a falta de las amplias mayorías del pasado.

En pocas palabras, más allá de las fortalezas y debilidades de cada ordenamiento en la materia objeto de estudio, lo importante es evitar caer en la tentación de anteponer la dinámica de la realidad política a las necesidades inherentes al correcto funcionamiento del órgano encargado de ejercer la jurisdicción constitucional.

Y por lo que respecta a las prerrogativas propias del estatuto personal de los magistrados, debe recordarse que tienen la finalidad de garantizar su independencia y su imparcialidad, pero no es menos cierto que su naturaleza es contraria al principio de igualdad, lo que implica una interpretación restrictiva de las mismas con el ánimo de impedir que se transformen en privilegios en favor de una élite.

Bibliografía

- Adamo, U. (2014). Breve nota sulla tempistica che ha guidato il Presidente della Repubblica a nominare i due giudici della Corte Costituzionale. *Osservatorio Costituzionale, Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 3, 1-7.
- Almagro Nosete, J. (1989). *Justicia Constitucional. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Aloisio, S. (2004). Considerazioni sui giudici costituzionali eletti dalle supreme magistrature. En A. Anzon, G. Azzariti y M. Luciani (eds.). *La composizione della Corte Costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere* (pp. 181-198). Torino: Giappichelli.
- Alzaga Villaamil, O. (1978). *La constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*. Madrid: Ediciones del Foro.
- Baamonde Gómez, L. (2019). *La magistratura constitucional en España e Italia. Selección, aspectos temporales del mandato y estatuto jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- D'Orazio, G. (s. f.). Prorogatio, supplezza, nomina di giudici costituzionali e continuità funzionale della Corte. Osservazioni. *Attualità, Rassegna Parlamentare*.

- (1966). *Aspetti dello status di giudice della Corte Costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- De Esteban, J. y González Trevijano, P. J. (1994). *Curso de Derecho Constitucional Español III*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Espín Templado, E. (2001). Comentario del art. 16 LOTC. En J. L. Requejo Pagés (coord.). *Comentarios a la LOTC* (pp. 293-304). Madrid: Tribunal Constitucional; Boletín Oficial del Estado.
- (2001). Comentario del art. 22 LOTC. En J. L. Requejo Pagés (coord.). *Comentarios a la LOTC* (pp. 335-341). Madrid: Tribunal Constitucional; Boletín Oficial del Estado.
- Fernández Farreres, G. (2015). Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 105, 13-49.
- Fernández Segado, F. (1999). Artículo 159. La composición del Tribunal Constitucional. En Ó. Alzaga Villaamil (dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978* (pp. 61-172). Madrid: Cortes Generales; Editoriales de Derecho Reunidas.
- García Pelayo, M. (1981). El status del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1, 11-34.
- Jiménez Asensio, R. (2002). *Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Lapuente Aragón, R. (1997). El estatuto de los magistrados del Tribunal Constitucional. En *Estudios de Derecho Constitucional y de Ciencia Política. Homenaje al Profesor Fernández-Carvajal (vol. 1)* (pp. 427-447). Murcia: Universidad de Murcia.
- Lozano Miralles, J. y Saccomanno, A. (2000). *El Tribunal Constitucional*. Composición y principios jurídico-organizativos (el aspecto funcional). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zagrebelsky, G. (1988). *La Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino.

DEROGACIÓN TÁCITA O INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA. EXPLORANDO LA UTILIDAD DEL ARGUMENTO DEL DERECHO COMPARADO

Implied repeal or supervening invalidity. Exploring the usefulness of the comparative law argument

SEBASTIÁN AGÜERO-SANJUAN

Universidad Austral de Chile

sebastian.aguero@uach.cl

FELIPE PAREDES

Universidad Austral de Chile

felipe.paredes@uach.cl

Cómo citar/Citation

Agüero-Sanjuan, S. y Paredes, F. (2019).

Derogación tácita o inconstitucionalidad sobrevvenida.

Explorando la utilidad del argumento del derecho comparado.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(2), 369-399.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.11>

Resumen

En Chile, el problema del control constitucional de la legislación preconstitucional ha sido relevante desde el momento en que se estableció un modelo concentrado. La Corte Suprema ha declarado la inconstitucionalidad de dicha legislación mediante su derogación tácita; mientras que el Tribunal Constitucional ha sostenido la tesis contraria. Así, actualmente, el debate está lejos de resolverse. Por ello, el artículo comienza analizando las diferencias conceptuales entre derogación e inconstitucionalidad. Luego, trata de sistematizar el debate, concluyendo que existe un equilibrio entre ambas posiciones, excepto respecto del argumento de derecho comparado. Este argumento ha sido utilizado frecuentemente por la Corte Suprema, pero aún no ha sido discutido en profundidad. Por lo cual, la última parte del trabajo critica la forma en que la Corte Suprema utiliza dicho argumento, en razón de su escaso rigor meto-

dológico. Finalmente, se concluye que es necesario reorientar este debate hacia otro tipo de análisis.

Palabras claves

Derogación tácita; declaración de inconstitucionalidad; control concentrado de constitucionalidad; invalidez sobrevenida; derecho comparado.

Abstract

The problem of constitutional control of pre-constitutional legislation has been relevant in Chile from the moment a centralised model of constitutional control was established. The Supreme Court has declared the unconstitutionality of the said legislation by implied repeal, while the Constitutional Court has argued the opposite. Thus, nowadays, the debate is far from be resolved. Hence, firstly, this paper analyses the conceptual differences between repeal and unconstitutionality. Secondly, it tries to systematize the debate concluding that there is an equilibrium between both positions, with the exception of the use of comparative law. This argument has been frequently used by the Supreme Court; however, it has been not discussed in depth. For this reason, the last part of this work criticizes the way in which the Supreme Court uses comparative law on the basis of its limited methodological rigour. Finally, it is concluded that it is necessary to redirect this debate towards another kind of analysis.

Keywords

Implied repeal; declaration of unconstitutionality; centralised model of constitutional control; supervening invalidity; comparative law.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. NOCIONES PRELIMINARES: DEROGACIÓN TÁCITA E INCONSTITUCIONALIDAD EN UN CONTROL CONCENTRADO: 1. Derogación tácita. 2. Inconstitucionalidad. III. BASES DE LA PROPUESTA. IV. ¿CUÁL ES EL ASUNTO DEBATIDO EN EL CASO CHILENO? V. LOS ARGUMENTOS DEL DEBATE CHILENO: 1. La Corte Suprema. 2. El Tribunal Constitucional. 3. La doctrina nacional. VI. EL DERECHO COMPARADO. VII. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

En Chile, a partir de la reforma constitucional de 2005, es posible constatar cierta tensión o pugna entre la función judicial, representada por la Corte Suprema, y la de control constitucional, realizada por el Tribunal Constitucional. Esta oposición se ha presentado en diversos contextos, los cuales van desde la declaración de inconstitucionalidad de autos acordados hasta la revisión de constitucionalidad efectuada por la Corte Suprema respecto de normas preconstitucionales. Este último caso impacta sistémicamente en la comprensión del sistema de control de constitucionalidad en Chile. En términos sencillos, la cuestión se presenta cuando un conflicto normativo entre la Constitución y una norma de carácter legal se podría resolver en virtud de, al menos, dos criterios diferentes: jerarquía y temporalidad.

Esta cuestión, que en términos abstractos no parece compleja, en el caso del control de constitucionalidad de las leyes dentro de un sistema concentrado sí lo es. Tanto en el plano nacional como internacional, no ha resultado tan sencillo sostener que corresponde al Tribunal Constitucional la competencia para determinar si ha sido vulnerado el criterio de jerarquía, mediante las declaraciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad; mientras que atañe a los tribunales de Justicia la aplicación del criterio de temporalidad, a través de la derogación tácita.

En el caso chileno, este asunto entronca con una problemática más general, como la compleja relación entre derogación e inconstitucionalidad con posterioridad a la reforma constitucional de 2005. Nuestro diagnóstico de esta situación plantea que, para la adecuada intelección de las relaciones entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional, el binomio inconstitucionalidad-de-

rogación debe ser estudiado segmentadamente en tres problemas diferentes: 1) inconstitucionalidad *vs.* derogación expresa; 2) inconstitucionalidad *vs.* derogación tácita, y 3) inconstitucionalidad *vs.* derogación orgánica. Cada una de estas aristas se corresponde con problemáticas diferentes cuya comprensión y solución reviste singularidades que aconsejan un tratamiento diferenciado. Asumimos que en esto nos apartamos de la mayoría de la doctrina constitucional chilena, que tiende a tratar todos estos problemas de manera conjunta. Por lo mismo, como un primer objetivo de este trabajo, damos razones para un tratamiento separado y, luego, únicamente nos ocupamos de la segunda de estas cuestiones, *i. e.*, la relación entre la inconstitucionalidad y la derogación tácita.

A partir de lo anterior, este trabajo tiene dos propósitos modestos adicionales, pero no por eso poco útiles. En primer lugar, sistematizar poco más de una década de discusión en nuestro país presentando una panorámica de las razones que se han planteado en el debate nacional. En segundo lugar, centrar el análisis en la utilidad del argumento de derecho comparado, ya que presenta una utilización sistemática por parte de la Corte Suprema en apoyo de su tesis. Y, además, parece ser un argumento determinante en la discusión, dado el equilibrio argumentativo existente entre las posiciones opuestas, eventualmente, este argumento podría dirimir el debate. Al respecto nuestra postura intenta mostrar los problemas de dicha estrategia argumentativa para resolver este problema.

Por lo tanto, para satisfacer dichos objetivos, en lo que sigue, el presente trabajo se estructura de la siguiente forma: (2) fundamentaremos la tesis del tratamiento separado a partir de la delimitación conceptual de la derogación y la declaración de inconstitucionalidad; (3) explicaremos cómo se presenta el problema en el contexto chileno; (4) presentaremos los argumentos centrales a favor y en contra de las posturas en tensión, los cuales son esgrimidos por la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional y la dogmática nacional; (5) explicaremos los alcances de los argumentos de derecho comparado y, en concreto, su aplicación en el caso chileno, y (6) a modo de conclusión formularemos una recapitulación de las principales ideas del trabajo.

II. NOCIONES PRELIMINARES: DEROGACIÓN TÁCITA E INCONSTITUCIONALIDAD EN UN CONTROL CONCENTRADO

Sin entrar en consideraciones demasiado profundas, es posible sostener que existe consenso en atribuir un carácter dinámico a los sistemas jurídicos actuales. En pocas palabras, tanto los derechos nacionales como internacionales se caracterizan por su dinamicidad, es decir, por constituir ordenamientos

jurídicos que, a través de la introducción y la eliminación de normas, varían su contenido a lo largo del tiempo. De esta manera, los ordenamientos jurídicos se configuran mediante diversos tipos de actos de autoridad destinados a introducir y/o eliminar normas dentro del mismo. Principalmente, entre todos aquellos actos, la autoridad descansa en los actos de promulgación y derogación para implementar el cambio normativo.

A partir de sus relaciones internas, los derechos contemporáneos no son solo conjuntos de normas, sino más bien conjuntos ordenados, sistemas u ordenamientos de ellas. Son las relaciones entre los componentes las que proporcionan un carácter adicional al de un simple conjunto. De este modo, las relaciones que se derivan del carácter dinámico se deben vincular con las relaciones que se desprenden del carácter escalonado de los ordenamientos actuales. A través de las relaciones de jerarquía, los componentes del derecho se estructuran en diversos grados o escalones coordinados entre sí. Esta concepción escalonada permite concebir un derecho con carácter dinámico como un ordenamiento jurídico unitario y coherente, pese a la multiplicidad de sus fuentes y los cambios que puede sufrir a lo largo del tiempo.

A través de la noción de sistema jurídico, todo derecho positivo actual contiene reglas destinadas a regular su propio cambio tanto en el aspecto jerárquico como en el temporal. La derogación es la institución que plasma de manera más patente el aspecto temporal, mientras que la nulidad es el mecanismo que de mejor manera ejemplifica la jerarquía entre los componentes del sistema.

Ahora bien, para determinar la naturaleza del problema que nos convoca es necesario delimitar las dos instituciones antes referidas: la derogación tácita y la declaración de inconstitucionalidad, y, asimismo, es preciso caracterizar brevemente el modelo de control de constitucionalidad chileno vigente desde el año 2005.

1. DEROGACIÓN TÁCITA

Es sabido que el Código Civil clasifica la derogación en expresa y tácita. El art. 52 de dicho cuerpo legal señala que «es *expresa*, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua». A su vez, «es *tácita*, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de una ley anterior». A su vez, el art. 53, señala: «La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley».

Como ya se mencionó, nos centraremos únicamente en la derogación tácita. Las razones de esto último son múltiples, aunque para efectos expositivos señalaremos que, al existir debate sobre los tipos de derogación y su

tratamiento conjunto bajo una sola institución, las diferencias entre ambos tipos de derogación parecen ser razón suficiente para un tratamiento separado de ellas en sus relaciones con la inconstitucionalidad. Por ende, en lo que sigue, explicitamos sus diferencias con otros tipos de derogación, mostramos sus aspectos problemáticos y esbozamos su fundamento normativo¹.

Como señala el art. 52 Código Civil, en la derogación expresa la autoridad establece mediante términos expresos que una o más disposiciones o leyes determinadas dejan de tener vigor, es decir, ocurre cuando se nombra en términos perfectamente precisos y determinantes la disposición o ley que es derogada. A su vez, para la derogación tácita establece que su ocurrencia depende de la imposibilidad de conciliación entre las normas anteriores y posteriores, *i. e.*, cuando la subsistencia de las normas posteriores es incompatible con la subsistencia simultánea de una o más normas preexistentes. Por lo cual, si bien ambos tipos de derogación requieren tanto de una ley anterior como de otra posterior, principalmente, la derogación expresa ocurre en el plano de las disposiciones, mientras que la derogación tácita se presenta en el plano de los contenidos significativos expresados por dichas disposiciones normativas.

Junto con la clasificación legal de la derogación se debe considerar la propuesta doctrinal de una derogación orgánica o por nueva regulación. Esta se presenta cuando la nueva ley regula con pretensiones de completitud una materia regulada por una ley anterior, *i. e.*, cuando una ley posterior establece una nueva y completa regulación en un área determinada (Pugliatti, 1958: 43; Guastini, 1989: 106; Salvador, 1991: 14; Albaladejo, 2002: 198; Ortega, 2010). Por lo cual, a diferencia de una derogación tácita que requiere de la pugna entre la legislación posterior y la anterior, una derogación orgánica exige que la ley posterior tenga la intención de abarcar con sus disposiciones a toda una materia.

En el contexto de los diversos tipos de derogación, una derogación tácita se presenta como un instrumento para eliminar los conflictos normativos surgidos a partir de un cambio legislativo, al momento de aplicar el derecho. Cuando el legislador dicta una segunda norma en pugna con la primera se crea un conflicto normativo, el cual es resuelto al tiempo de intentar aplicar las normas en tensión. No obstante, es importante destacar que, cuando no se especifica el objeto de la derogación, *v. gr.*, al usar cláusulas derogatorias

¹ En línea con lo sostenido en este trabajo, deseamos destacar que el art. 94 de la Constitución Política de la República (en adelante, CPR) afirma que los preceptos legales declarados inconstitucionales se entenderán derogados, lo cual nos parece una asociación incorrecta, respecto de la cual en estos momentos nos encontramos elaborando otro trabajo.

generales, se realiza una delegación de facultades continua y permanente a los órganos de aplicación del derecho. En definitiva, son estos órganos los que estarían obligados a identificar y considerar como derogadas las normas anteriores y, en consecuencia, no aplicar las disposiciones o normas que parecen incompatibles con las disposiciones o normas posteriores (Guastini, 1986: 497-498; 1987: 8-9).

Por consiguiente, a pesar de su carácter inherente a los Estados modernos de derecho, en los cuales la legislación posterior tiene preeminencia sobre la anterior, la derogación tácita tiende a producir efectos nocivos dentro del funcionamiento de los derechos positivos. Esto tiene un enorme impacto tanto en la práctica jurídica como en la configuración de los ordenamientos normativos. En la primera porque dificulta o imposibilita la determinación clara y precisa de cuál es el conjunto de normas vigentes en un sistema determinado, lo cual socava la certeza o seguridad jurídica dentro del mismo. En cambio, en los segundos, en palabras de Antonio Martino (1990; 2005), se producen altos niveles de «contaminación legislativa». Una derogación tácita no contribuye en la labor de identificar y eliminar efectivamente el material normativo contrario a las leyes posteriores, lo cual se agrava en la actualidad por la excesiva proliferación de normas y un gran remanente de disposiciones, generalmente, no aplicadas dentro del ordenamiento.

Finalmente, de acuerdo con Marina Gascón (1994: 853), es posible vincular el fundamento de la derogación tácita con:

[...] lo que supone el modelo de Estado democrático: la voluntad popular, expresada directa o indirectamente en las normas, carecería de virtualidad práctica si no se reconociese que estas pueden ser modificadas. Por lo demás, también el pluralismo político que el Estado democrático incorpora como uno de sus valores fundamentales quedaría vacío de contenido si no se admitiese que una eventual mayoría política diferente a otra anterior pudiese cambiar las normas dictadas por ella.

2. INCONSTITUCIONALIDAD

Como fue señalado, a través de la noción de sistema jurídico es posible explicar la utilidad de las reglas destinadas a regular el cambio normativo en su aspecto jerárquico y temporal. En relación con el primero, tradicionalmente, la reconstrucción sistemática del derecho descansa en el presupuesto de que las normas creadas a partir de la misma regla de producción poseen el mismo rango dentro de dicha reconstrucción. Así, a partir de este presupuesto y bajo una fuerte influencia kelseniana, los ordenamientos jurídicos dinámicos han sido representados a través de una pirámide normativa.

En orden descendente, generalmente, una pirámide normativa se integra, a lo menos, por los siguientes grados o escalones: constitución, legislación y reglamentos. Esta estructura se sustenta en las reglas de producción normativa, porque son ellas las que proporcionan unidad y orden a los elementos del ordenamiento. Dichas unidad y orden derivan de reconducir la creación de los elementos inferiores (reglamentos) a una regla de producción contenida en un elemento superior (legislación) cuya creación es igualmente reconducida a un elemento superior (constitución). Así, es posible concebir el ordenamiento jurídico como una sola cadena de creación normativa.

De esta manera, la «validez» se presenta como una relación de conformidad entre las normas, en concreto, se predica cuando las de jerarquía inferior están en conformidad con las de rango superior. A grandes rasgos, una norma es «válida» cuando su acto de producción se ajusta a las metanormas que confieren poder normativo y regulan su ejercicio (validez formal), y, además, cuando existe una compatibilidad entre la norma y las metanormas que determinan el ámbito de la competencia y el contenido de la regulación (validez material) (Guastini, 1992: 123; Guastini, 2014: 245). Por ende, una disposición no puede perder su validez formal, pero sí su validez material. Este último caso se presenta cuando cambian las normas jerárquicamente superiores a ella y, en consecuencia, ya no responde a los criterios materiales de validez que estuvieron vigentes al tiempo de su dictación. Se presenta de este modo la denominada invalidez sobrevenida (Guastini, 1999[1996]: 372-378; Guastini, 2010: 282-283).

De esta manera, si la unidad del ordenamiento está determinada por las reglas de producción y su acatamiento se explicita a través de la noción de validez, el problema se presenta cuando en la producción de normas se han violado una o más normas superiores, o bien han cambiado los criterios materiales de validez. Así, surgen las normas «inválidas», que rompen con la unidad y el orden del sistema, al ser susceptibles de aplicación, ellas impulsan el establecimiento de mecanismos que posibiliten su detección y expulsión del ordenamiento.

Es en relación con esto último que, a grandes rasgos, se han elaborado tres grandes maneras de controlar la compatibilidad de las normas legales respecto de las constitucionales: 1) el sistema americano de *judicial review of legislation*, de carácter difuso (cualquier juez está legitimado para ejercitar el control de constitucionalidad de las leyes que debe aplicar), declarativo (el juez que inaplica la ley inconstitucional se limita a no tenerla en cuenta, dando fe de la incompatibilidad) y concreto (el pronunciamiento de inconstitucionalidad de la ley solo tiene efectos en dicho proceso y entre las partes, y no produce cosa juzgada material); 2) el sistema concentrado del *Verfassungsgerichtsbarkeit* (la competencia para decidir las cuestiones de inconstitucionalidad

son reservadas a un Tribunal Constitucional), constitutivo (porque el efecto específico de la sentencia es el cese de la eficacia de la ley *ex nunc* y *erga omnes*) y abstracto (ya que la constitucional de las leyes son examinadas a partir de la actividad de sujetos específicamente legitimados para recurrir, y en un plano donde son totalmente hipotéticos y eventuales sus reflejos sobre la aplicación concreta que la ley haya de recibir), y 3) un sistema mixto de control, donde pueden interactuar de diversas maneras los rasgos esenciales de los otros dos sistemas (Mendonca, 2001: 7-8).

Respecto del modelo chileno de Justicia constitucional, a partir de la reforma constitucional de 2005, la gran mayoría de la doctrina concluyó que, a grandes rasgos, se adoptó un modelo concentrado de Justicia constitucional a la usanza europea. Como es sabido, con anterioridad a esta reforma, existían dos órganos distintos con competencias para enjuiciar la constitucionalidad de una norma: el Tribunal Constitucional, con carácter preventivo, y la Corte Suprema, con carácter correctivo, la que en virtud del antiguo art. 80 podía declarar la inaplicabilidad de un precepto legal por resultar contrario a la Constitución. Así, el sistema chileno de Justicia constitucional se presenta como peculiar dentro del derecho comparado, porque contempla dos tipos de instituciones que permiten controlar la existencia de contradicciones entre la ley y la Constitución: la «inaplicabilidad por inconstitucionalidad» (art. 93 n.º 6 CPR) y la «declaración de inconstitucionalidad» (art. 93 N.º 7). La diferencia más relevante entre una y la otra tiene que ver con los efectos de la sentencia, teniendo la primera efectos particulares y la segunda, efectos generales.

La declaración de inconstitucionalidad del art. 93 N.º 7 CPR es una institución absolutamente típica en los sistemas concentrados de Justicia constitucional, en tanto que la inaplicabilidad por inconstitucionalidad parece ser más bien una singularidad del caso chileno. Una manera de delinear sus diferencias es recurriendo a las propias sentencias del Tribunal Constitucional chileno, que, en sentencia de 5 de junio de 2007, Rol 558(590)-2006, consideró:

QUINTO: Que el juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular. La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, que excluye el precepto del ordenamiento jurídico, produce efectos generales.

En la inaplicabilidad, por el contrario, la decisión jurisdiccional ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación de la norma impugnada puede tener en el caso concreto y no, necesariamente, en su contradicción

abstracta y universal con la preceptiva constitucional. Los efectos de la resolución son relativos y conciernen a las partes del juicio o gestión en que inciden².

En consecuencia, parece adecuado entender que la declaración de inaplicabilidad requiere de una antinomia en concreto, la cual se presenta cuando un supuesto de hecho concreto cae simultáneamente bajo dos clases de supuestos de hecho conceptualmente independientes y para los cuales el derecho establece consecuencias incompatibles. Y a su vez, considerar que la declaración de inconstitucionalidad necesita de una antinomia en abstracto, la que se presenta cuando dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a supuestos de hecho abstractos que se superponen conceptualmente en todo o parte (Guastini, 2001: 103-104; Guastini, 2014: 284).

III. BASES DE LA PROPUESTA

A partir de las consideraciones jurídicas de carácter teórico y práctico recién presentadas, creemos necesario estudiar separadamente ambas instituciones (inaplicabilidad e inconstitucionalidad) en sus relaciones con los distintos tipos de derogación (expresa, tácita u orgánica). Por ende, en los apartados siguientes, únicamente centraremos nuestra atención en reconstruir las relaciones entre la declaración de inconstitucionalidad y la derogación tácita.

La declaración de inconstitucionalidad es posible vincularla con la invalidez y la nulidad. Como los requisitos para que una ley sea válida están establecidos constitucionalmente, resulta también indisputado concluir que la inconstitucionalidad no es sino una forma específica de invalidez de las normas que toma como parámetro las normas constitucionales (Ezquiaga, 2001). Así, en el marco del modelo concentrado de control de constitucionalidad, declarar la inconstitucionalidad de una norma significa declarar su invalidez, al menos, esa fue la tesis de Kelsen (1942), el inventor del modelo europeo, y también es la solución que han adoptado prácticamente todos los sistemas constitucionales de Europa.

En cambio, la pérdida de vigencia de una norma podría estar vinculada con su derogación. En términos generales, las leyes comienzan a producir sus efectos una vez son promulgadas y publicadas por las autoridades respectivas y esta producción de efectos tendencialmente se proyecta hacia el futuro de manera indefinida, a menos que dicha producción esté suspendida o limitada

² En igual sentido, STC Rol 811-2007, c. 2.º; Rol1254-08-INC, c. 21.º, y STC 1345-09-INC, c. 2.º, entre otras.

en el tiempo, o bien esté proyectada hacia el pasado (retroactividad). Así, se denomina «vigencia» al lapso que va entre la entrada en vigor y la cesación de los efectos de una norma, la cual puede ocurrir por diversos motivos, entre los cuales destacan los casos de derogación, junto con los de *lex ad tempus*, *occassio legis* y desuetudo, entre otros.

A su vez, en relación con la declaración de inconstitucionalidad recaída sobre una norma de rango legal, es dable sostener que su principal función consiste en declarar su nulidad en razón de su invalidez frente al marco constitucional, produciéndose consecuentemente la salida de dicha norma del ordenamiento jurídico. Esto último es reforzado con la opinión generalizada de los autores, para quienes, dentro de un modelo austriaco, las sentencias de inconstitucionalidad declaran la nulidad de las normas con fuerza de ley incompatibles con la Constitución, lo cual involucra expulsar o eliminar las normas del sistema (Garrorena, 1981; Pibernat Domenech, 1987; Aguiar, 1987; Blasco Soto, 1994; Caamaño *et al.*, 1997).

Por su parte, la derogación únicamente limitaría la producción de efecto de una norma a los hechos acaecidos durante su vigencia y su fundamento radica en el principio de innovación, según el cual siempre se debe dar plena aplicación a la última manifestación legislativa. De ahí que la derogación no produzca la expulsión de las normas del ordenamiento, sino únicamente limite su aplicabilidad a un período determinado de tiempo. Por lo mismo, como sugieren de manera conteste los autores, las normas derogadas pueden o deben ser aplicadas a los casos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, también, pueden volver a ser promulgadas por la autoridad de creación normativa y, consecuentemente, volver a producir sus efectos dentro del ordenamiento. Cuestiones ambas que no pueden ser predicables de los casos en que la norma es declarada inconstitucional. Es más, en una tradición de *civil law*, en los casos de derogación tácita no está garantizada la constatación del efecto derogatorio sobre la norma derogada, cuando su consideración por parte de los tribunales de Justicia no resulta heterogénea en un mismo sentido.

Ejemplos de lo anterior se aprecian en el caso alemán. Se ha señalado: «Si la Corte Constitucional Federal juzga que una ley es inconstitucional, puede declarar la nulidad de la norma. El fallo tiene fuerza de ley, es decir, que tiene efecto *erga omnes*. Es vinculante para todas las autoridades públicas» (Haas, 2004). De la misma manera, en España es pacífico porque incluso lo señala expresamente el art. 30.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia». En igual sentido, la Constitución de la República Italiana en su art. 136 señala: «Quando la Corte dichiara l'ille-

gittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione».

En este contexto se podría pensar que es posible solucionar la tensión o pugna entre la función judicial, representada por la Corte Suprema, y la de control constitucional, realizada por el Tribunal Constitucional, recurriendo a las nociones de validez y vigencia, y su vinculación con las instituciones de la inconstitucionalidad y la derogación. Sin embargo, dada la complejidad del entramado institucional, los recursos provenientes de una teoría de las fuentes del derecho tienen una utilidad limitada.

Por un lado, en un modelo concentrado de Justicia constitucional, no existe ninguna duda de que la atribución de declarar inconstitucional una ley corresponde al Tribunal Constitucional. Y, por otro lado, con independencia del sistema de Justicia constitucional, en la cultura jurídica occidental moderna siempre se ha entendido que la atribución para declarar la derogación tácita de un precepto legal pertenece a los tribunales ordinarios de Justicia. Por ende, no resulta nada claro cómo y quién debe resolver los casos de leyes preconstitucionales y una nueva Constitución.

En la tensión entre la competencia del Tribunal Constitucional y los tribunales de Justicia surge respecto de los casos de «recepción de normas», *i. e.*, la situación en que se encuentran las normas anteriores a un nuevo orden constitucional, porque respecto de ellas no hay claridad sobre a quién corresponde declarar su falta de conformidad con el nuevo texto constitucional. Y, en el caso nacional, frente a esta tensión, se ha empleado el recurso al derecho comparado, porque la declaración de inconstitucionalidad existe en prácticamente todos los sistemas concentrados. No obstante, la utilización de dicho recurso no siempre ha sido de manera acertada ni adecuada, como se intentará mostrar más adelante.

IV. ¿CUÁL ES EL ASUNTO DEBATIDO EN EL CASO CHILENO?

A diferencia del derecho comparado, como por ejemplo sucedió originalmente en España, en Chile nunca se ha sostenido una distribución de competencias excluyente entre Tribunal Constitucional y Corte Suprema en esta materia. En dicho país europeo existió una opinión jurisprudencial, expresada en el voto disidente de la STC 186/80, que planteaba «el reconocimiento de la competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales para juzgar sobre la adecuación a la Constitución de las leyes anteriores a ésta y de la competencia igualmente exclusiva del Tribunal Constitucional para invalidar, en su caso, las posteriores». En el mismo sentido se expresaba parte de la doctrina, por

ejemplo, Manuel Aragón, para quien el problema de la inconstitucionalidad sobrevenida es un falso dilema, ya que, en ese caso, al tratarse de un problema de sucesión de normas en el tiempo, siempre cabe hablar de derogación, lo que es competencia exclusiva de los tribunales de justicia (1981).

Desde luego, en Chile, este debate no existía con anterioridad a la reforma constitucional de 2005, porque la atribución de declarar inconstitucional una norma con efectos *erga omnes* es una novedad que presenta dicha reforma³. Con posterioridad a esta reforma la discusión nunca se ha expresado en esos términos, ya que la Corte Suprema ha sostenido la tesis de la concurrencia y no de la exclusividad. En cualquier caso, de plantearse esta última tesis en un futuro, habría que adelantar que ella no ha sido mayoritaria y con el tiempo terminó siendo abandonada en los lugares donde se propuso como respuesta al problema⁴.

Por consiguiente, con base en todo lo anteriormente señalado, consideramos que, en el plano nacional, el asunto que se trata de resolver se sitúa, al menos, dentro de las siguientes coordenadas:

- i. la existencia de un modelo concentrado de Justicia constitucional⁵;
- ii. que el sistema contemple un tribunal constitucional orgánicamente separado del Poder Judicial⁶, y que la norma legal controlada sea anterior en el tiempo a la Constitución.

Concurriendo estas coordenadas, entonces, pueden darse, al menos, cuatro casos posibles. Uno acontece cuando el Tribunal Constitucional considera

³ Aunque no se debe olvidar completamente que la doctrina anterior a 2005 sí se refiere a la complicada relación que existió en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre derogación tácita e inaplicabilidad, aunque el asunto carecía de gran relevancia práctica, pues ambos pronunciamientos confluían normalmente en la Corte Suprema. Abordaremos en un tercer trabajo las relaciones entre inaplicabilidad y derogación tácita.

⁴ Entendemos que el éxito o fracaso contingente de una tesis o argumento no es razón suficiente para omitir su análisis, pero sí constituye una razón que nos permite no profundizar en el argumento, al menos, en este trabajo.

⁵ Y aquí control concentrado significa exclusividad para declarar la inconstitucionalidad de una norma. Por esta razón sería incorrecto vincular el problema de marras con la posible existencia de alguna fórmula de control difuso.

⁶ El caso paradigmático de sistema concentrado de control de constitucionalidad, donde el Tribunal Constitucional está inserto dentro del Poder Judicial, es Alemania. Esa es una posible explicación de por qué fue allí donde hubo menos polémica, a diferencia de España o Italia, donde el debate se planteó en términos bastante intensos.

que un precepto legal es conforme con la Constitución, pero con posterioridad a ese pronunciamiento la Corte Suprema lo declara tácitamente derogado, precisamente, por infringir la Constitución. Otro ocurre cuando la Corte Suprema u otro tribunal ordinario declaran un precepto legal conforme con la Constitución y, con posterioridad, el Tribunal Constitucional lo declara inconstitucional. La tercera hipótesis se presenta cuando la Corte Suprema u otro tribunal ordinario declaran un precepto legal tácitamente derogado por infringir la Constitución y, con posterioridad, el Tribunal Constitucional lo declara inconstitucional. Y finalmente, también puede suceder que respecto de un precepto legal determinado no haya habido aún pronunciamiento de parte del Tribunal Constitucional ni de los tribunales ordinarios de Justicia.

Los casos recién descritos son los jurídicamente posibles, porque no puede producirse una situación en sentido contrario, es decir, un caso en que el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la norma con efectos *erga omnes* (esta deja de existir definitivamente para el sistema jurídico) y, luego, la Corte Suprema u otro tribunal ordinario se pronuncian sobre la conformidad constitucional del mismo precepto legal.

La relevancia práctica de este problema consiste en que, si bien se trata de atribuciones distintas y, por tanto, no se trata técnicamente de un conflicto de competencias, en realidad ambas atribuciones generan vías alternativas en la producción de efectos prácticos.

El asunto ha sido expresado de manera categórica al poco tiempo de la entrada en vigor la reforma constitucional de 2005. La Corte Suprema, en Sentencia de 26 de noviembre de 2008, Rol 5420-2008, sostiene en su considerando cuarto:

Para esta Corte, en términos generales, incumbe a todo Juez de la República la aplicación del ordenamiento jurídico a los casos concretos sometidos a su decisión. La integridad y coherencia de dicho sistema de normas obliga al juzgador a elegir la norma o grupo de normas precisas que utilizará y el sentido de las mismas. En el ejercicio de esa labor intelectual de selección e interpretación puede identificar reglas jurídicas que contienen sentidos opuestos, e incluso reglas jurídicas que se oponen a sendos principios rectores del sistema jurídica. Pues bien, la solución de tales conflictos de normas es también objeto del juzgamiento.

No se discute, en la doctrina constitucional, que los jueces del fondo tengan facultades para interpretar las reglas legales conforme a la Constitución, así como tampoco la utilización de las normas constitucionales de un modo directo para la solución del conflicto específico y, en ambos casos, el juez ha debido interpretar la Constitución.

Del mismo modo, es de competencia de los jueces del fondo el determinar la vigencia de una regla jurídica, ante la existencia de normas posteriores de contenido

opuesto, sea que esa norma posterior tenga rango legal o constitucional. No altera el aserto precedente la modificación de nuestra Carta Fundamental, efectuada con ocasión de la Ley N° 20.050 de 25 de agosto de 2005. En efecto, el inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución Política de la República no prohíbe una actuación de esa índole y sólo contiene una facultad para el juez que conoce del asunto, en el sentido de elevar la consulta al Tribunal Constitucional, en caso de duda relativa a la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución.

Adicionalmente, con idéntico énfasis, en la causa rol N.º 1018-1009, de 28 de septiembre de 2010, se contiene la doctrina que la Corte Suprema mantiene hasta la fecha y a la cual añade que la atribución para declarar la derogación tácita de leyes preconstitucionales por incompatibilidad con lo dispuesto por la CPR se puede ejercer aún en los casos en los que el Tribunal Constitucional haya declarado que el precepto legal es conforme con la Constitución. A saber:

Continúa el Tribunal expresando que «a las características ya señaladas de la declaración de inaplicabilidad, se añade el efecto exclusivamente negativo de ella, ya que si esta Magistratura decide que uno o varios preceptos legales son inaplicables en la gestión que se sigue ante un tribunal ordinario o especial, queda prohibido al tribunal que conoce de la misma, aplicarlos. Pero, en caso de desecharse por este Tribunal Constitucional la cuestión de inaplicabilidad interpuesta, al tribunal que conoce de dicha gestión pertenece en plenitud la facultad de determinar las normas que aplicará a la resolución del conflicto que conoce, sin que necesariamente hayan de ser aquéllas cuya constitucionalidad se cuestionó» (considerando noveno de la sentencia de 25 de octubre de 2007, rol N.º 707-07 del Tribunal Constitucional), con lo cual concuerda en que el tribunal ordinario posee las facultades pertinentes para determinar la normativa aplicable y, por lo mismo, la que se considere vigente al efecto (c. 22º)⁷.

A su vez, el Tribunal Constitucional, tanto dentro de su marco normativo anterior como en el actual, no ha mostrado mayor deferencia hacia las interpretaciones jurídicas realizadas por otros órganos del Estado y, en concreto, los tribunales ordinarios de Justicia⁸. Parece suficiente recordar la sentencia

⁷ Es importante explicitar que la sentencia del Tribunal Constitucional citada por la Corte Suprema es en sede de inaplicabilidad y, además, que esta última corte igualmente utiliza el mismo argumento para atribuirse la derogación tácita frente a los casos de inaplicabilidad. Por ejemplo, ver la causa rol N.º 704-2010, de 12 de junio de 2012, el voto concurrente del ministro Muñoz.

⁸ A modo de ejemplo, dentro de su marco normativo anterior, ver STC Rol 450, c. 3.º.

del Tribunal Constitucional Rol 681-2006, de 26 de marzo de 2007, en que se declaró la inconstitucionalidad del art. 116 del Código Tributario, junto con los pronunciamientos realizados con anterioridad en un sentido opuesto por la Corte Suprema, a partir de la potestad de declarar inaplicable por inconstitucional un precepto legal, que poseía con anterioridad a la reforma constitucional de 2005, *v. gr.*, Sentencia Rol 17.167, de 4 de septiembre de 1992.

Todo lo cual muestra la tensión que existe entre los diversos criterios de aplicación sostenidos por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en relación con la posibilidad de que una y otra conozcan y resuelvan controversias previamente juzgadas por una de dichas instancias. Específicamente, en relación con una misma controversia, la conformidad de un precepto legal con la Constitución, la facultad de conocer y juzgar de ambas instituciones se traslapa, al punto de que el único caso en que la Corte Suprema no puede entrar a conocer de un asunto ocurre cuando el Tribunal Constitucional lo ha declarado inconstitucional.

V. LOS ARGUMENTOS DEL DEBATE CHILENO

El enfrentamiento entre las posturas del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema resulta manifiesto. En el caso en estudio, la Corte Suprema explícitamente ha declarado la derogación tácita de normas anteriores a la Constitución por encontrarse en oposición a esta última; mientras que el Tribunal Constitucional ha sostenido que en ningún caso sus pronunciamientos están supeditados a las interpretaciones realizadas por otros órganos del Estado, incluida la Justicia ordinaria. A su vez, dentro de esta pugna, la dogmática nacional se ha preocupado por proporcionar razones a favor y en contra de ambas posturas. Por lo cual, se hace necesario una revisión más detallada de los argumentos que se han entregado en defensa de ambas posturas.

1. LA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema se ha referido ya en varios pronunciamientos a este asunto. Para estos efectos, citaremos las sentencias 5420-2008, 800-2009, 1018-2009, 6552-2009, 704-2010 y 35236-2016. En todas ellas se pueden observar los mismos argumentos, que muestran que su doctrina se ha mantenido consistente a lo largo de una década. La tesis de la Corte Suprema se puede reconstruir sobre la base de los siguientes elementos:

- i. Los tribunales de Justicia poseen una competencia general para determinar la vigencia de las normas jurídicas. A partir de la reforma cons-

- titucional de 2005, se le entrega al Tribunal Constitucional la potestad de declarar la inconstitucionalidad con efectos particulares o generales, es decir, para controlar la validez de las normas, pero la atribución de controlar la vigencia sigue siendo competencia de los tribunales ordinarios.
- ii. La derogación es una cuestión de vigencia, por tanto, es competencia de los tribunales ordinarios. Una de las causales de pérdida de vigencia de las normas es su incompatibilidad con otra aprobada posteriormente. Por ende, si una ley anterior a la Constitución es incompatible con esta última, se entiende derogada tácitamente.
 - iii. Por tanto, no afectan las atribuciones que en virtud del art. 93 CPR corresponden al Tribunal Constitucional, puesto que poseen objetos distintos. Ambas existen en paralelo y no suponen un conflicto de competencias.

En un comentario a la Sentencia 1018-09, Luis Alejandro Silva (2011) da cuenta de los argumentos principales que aduce la Corte Suprema para defender esta tesis. Usaremos la estructura que propone este autor como modelo de exposición. El primer argumento se podría denominar *argumento literal* (1a), pues consiste en aducir la inexistencia de una norma que excluya el control de las leyes preconstitucionales de la competencia de los tribunales ordinarios, para pronunciarse sobre el problema de la vigencia. Por tanto, se debe entender que la situación al respecto no cambia en lo absoluto respecto del período anterior a la reforma de 2005. Otro argumento frecuentemente utilizado consiste en invocar el verdadero significado del principio de *aplicación directa de la Constitución* (2a). En síntesis, este segundo argumento trata de que los jueces están obligados a no aplicar las normas cuya inconstitucionalidad es evidente. Esto también lleva a concluir que la Constitución, al igual que cualquier otra norma, posee un efecto derogatorio. El tercer argumento hace mención a *la diferencia de planos* que existe entre el control de constitucionalidad y la derogación como figura general que expresa la voluntad del soberano (3a), el cual se resume en que se trata de instituciones completamente diferentes, por lo que es razonable que competencialmente se entreguen a órganos distintos.

De todos modos, el análisis de Silva omite que de manera sistemática la Corte Suprema ha recurrido al derecho comparado para afirmar su postura (4a.). Dicho tribunal, en todas las sentencias citadas, recurre a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (en adelante, TCE). Por ejemplo, en la Sentencia 800-2009, considerando 17.º, expresa lo siguiente:

[...] puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad» (Tribunal Constitucional español, sentencia de 8 de abril de 1981), incluso expresa en otro fallo que “los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico que debe ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí desde donde la oposición entre leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo”. “En conclusión, en los supuestos en que exista una incompatibilidad entre los preceptos impugnados y los principios plasmados en la Constitución, procederá declararlos inconstitucionales y derogados, por ser opuestos a la misma” (Sentencia de febrero de 1971). Deja en claro el Tribunal Constitucional español que en modo alguno pretende “asumir el monopolio para decidir la derogación del derecho positivo anterior por fuerza normativa de la Constitución en cuanto norma”. Esta es una cuestión que obviamente pueden resolver por sí solos los jueces ordinarios, la diferencia que existe entre el pronunciamiento de este Tribunal y el que puedan adoptar los jueces ordinarios radica en el efecto general y el efecto relativo que tienen sus pronunciamientos.

Es importante destacar que esta manera de utilizar argumentos provenientes del derecho comparado resulta criticable porque, de acuerdo con la metodología comparatista, adolecería de falta de rigurosidad, como se explicará en el apartado final del presente trabajo. Por ende, tal como ha sido utilizado, las expectativas en torno a este argumento deben morigerarse y en ningún caso este podría dirimir la controversia.

2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado en varias sentencias sobre el punto. Todas ellas se dictaron en sede de inaplicabilidad (STC roles 991-07, 2341-12, 2647-14, etc.). Sin embargo, existe un documento en el que se condensa la doctrina de este tribunal sobre la cuestión. Dicho documento se titula *Conclusiones de la II Jornada de Reflexión Interna*, del 4 de noviembre de 2016. La tesis que defiende el Tribunal Constitucional se opone a la de la Corte Suprema, sosteniendo que el único tribunal competente para resolver acerca de la constitucionalidad de un precepto legal es el Tribunal Constitucional. Por tanto, un caso como el que acá se plantea involucra la obligación de los tribunales de Justicia de abstenerse de conocer de él y remitirlo al Tribunal Constitución para su resolución. Sintéticamente expresados, los argumentos que sustentan esta tesis son los siguientes. El primero es el

argumento del control concentrado (b1). En Chile, a partir de 2005, es pacífica la existencia de un control de constitucionalidad concentrado, este sistema:

[...] que remite el control de constitucionalidad de las leyes a una única magistratura superior fuera del Poder Judicial e Independiente de todo Poder Público, tiene por objetivo radicar exclusivamente en el Tribunal Constitucional el examen de conformidad de las leyes con la Carta Fundamental, impidiendo que los jueces eludan la aplicación de la ley, a pretexto de ser incompatible o disconforme con la Constitución, dando lugar, así, a una dispersión gravemente dañosa para la certeza y seguridad jurídica así como para la estabilidad de las instituciones (Tribunal Constitucional, 2016).

El segundo es el argumento de *los arreglos institucionales* (b2). La supremacía constitucional se expresa a través de los cauces establecidos por el ordenamiento jurídico y los arreglos institucionales destinados a tal finalidad son las atribuciones que el art. 93 CPR entrega al Tribunal Constitucional, por ende, los jueces, «en un caso de que conozcan entienden que la ley aplicable no se conforma con la Carta Fundamental, están obligados a plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, única magistratura llamada a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes». La oportunidad en que la ley fue aprobada no cambia en nada cuál es el órgano competente para pronunciarse sobre una eventual vulneración a la Constitución respecto de ese precepto legal.

El tercer argumento es la *inexistencia de una disposición derogatoria general* (b3). A diferencia de otros ordenamientos, la Constitución no posee una disposición derogatoria general, ni tampoco disposiciones derogatorias específicas. Aunque el Tribunal Constitucional no lo reconoce, este también es un argumento de derecho comparado. Se podría señalar que b1 y b2 son argumentos de teoría constitucional, pero b3, a pesar de no ponerlo en evidencia de manera explícita, podría ser calificado como un argumento de derecho comparado, según lo que ha señalado la doctrina comparatista (Reitz, 1998).

3. LA DOCTRINA NACIONAL

La dogmática nacional se encuentra dividida. Existen autores que defienden la postura de la Corte Suprema y otros que hacen lo propio respecto de la tesis contraria. Por último, existen otros autores que, habiéndose referido al tema, manifiestan una posición ambigua al respecto. En cualquier caso, es necesario destacar que la doctrina no ha abierto otros flancos de discusión distintos de los ya tratados por la jurisprudencia. En el primer grupo se en-

cuentran una serie de autores que plantearon su postura casi inmediatamente aprobada la reforma de 2005, ellos sostienen que, sin perjuicio de esta modificación constitucional, nada varía respecto de la atribución de los tribunales de Justicia para declarar la derogación tácita de leyes preconstitucionales. En esta línea podemos citar a Ríos (2005) y Martínez (2006). Los argumentos de estos autores fueron discutidos extensamente en un trabajo de Letelier (2007), que reviste mucha importancia, pues es el primer autor que se manifiesta en favor de la tesis defendida por el Tribunal Constitucional. En dicho trabajo Letelier identifica los siguientes argumentos en sus contradictores: argumentos literales (1a), el argumento del efecto directo de la Constitución (2a) y el recurso al derecho comparado (4a). Veremos a continuación que Letelier discute agudamente los argumentos 1a y 2a, pero dedica menos esfuerzos al 4a, y, en definitiva, no consigue refutarlo.

Otros autores que se pronuncian a favor de esta tesis son Cordero y Aldunate. Cordero (2009) aboga por un modelo de eficacia directa de la Constitución (2a), pero también utiliza el argumento comparado, citando la Sentencia 4/1981 del TCE, que establece la compatibilidad de la declaración de inconstitucionalidad y la derogación y la compara con la ya señalada Sentencia 991-2009 de la Corte Suprema. A diferencia de Cordero, Aldunate (2009) se concentra en el plano de los argumentos teóricos. Para este autor, si se entiende que, normalmente, la derogación opera entre normas de una misma jerarquía, no se observa una razón para restringirla cuando la norma posterior sea de superior jerarquía. Por decirlo en palabras sencillas, habría un doble motivo para aplicar la derogación.

El sector de la doctrina que defiende la tesis del Tribunal Constitucional utiliza distintas estrategias. Por ejemplo, Letelier (2007) critica duramente el uso de argumentos literales en un contexto donde no existe una norma que explícitamente resuelva la cuestión. También, este autor se muestra en oposición a la manera casi puramente retórica de cómo se invoca el principio de aplicación directa de la Constitución, afirmando que el art. 6 de la CPR es un principio que requiere de una institucionalidad que lo ponga en práctica. En este sentido, se sitúa muy cerca de la tesis del Tribunal Constitucional expresada en el argumento 2b. Francisco Zúñiga (2017), comentando una sentencia de la Corte Suprema, esboza un argumento nuevo, aunque no lo desarrolla. Este autor afirma que el caso en cuestión es un caso de inconstitucionalidad sobrevinida, y no de derogación, dado que esta última institución es inconcebible lógicamente entre ley y Constitución. Por cierto y por verdad, el argumento de la incompatibilidad lógica entre derogación tácita e inconstitucionalidad también se ha formulado en el derecho comparado y lo denominaremos argumento 4b.

El tercer grupo de autores mantiene una postura intermedia en torno al tema. En esta tesitura podemos citar a Henríquez (2017), Núñez (2012) y Silva (2011). Para este último la cuestión sobre la competencia de los tribunales de Justicia para resolver el conflicto entre una ley anterior y la Constitución posterior se encuentra aún abierta, pues no existe ninguna norma expresa sobre la materia, ni la jurisprudencia tiene la consistencia y la fuerza para imponer una solución definitiva. Henríquez presenta la cuestión de una manera bastante neutral. A su vez, Núñez se refiere principalmente a las relaciones entre inaplicabilidad y derogación tácita, aunque sí defiende la existencia de una cláusula derogatoria general en la disposición IV transitoria CPR. Aunque, a continuación, postula que para la derogación tácita se requerirían dos condiciones: contradicción patente entre ley y Constitución y que se trate de una norma rigurosamente anterior a la Constitución. Sin desarrollar estas dos últimas ideas, es claro que reflejan dos puntos nodales de la tesis de la derogación tácita.

En síntesis, si pudiésemos resumir el estado de la cuestión en esta última década, tenemos que tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema, han sustentado tesis distintas sobre esta cuestión y que no existe mecanismo institucional para resolverla con carácter autoritativo, pues ninguno de los dos tribunales está vinculado a la jurisprudencia del otro. Además, en la siguiente tabla podemos ver cómo es posible presentar este debate ordenado en pares de argumentos que son parcial o totalmente contradictorios.

Tabla 1. Tabla comparativa de los principales argumentos en el debate chileno.

Pares de argumentos	Síntesis del argumento	Síntesis del argumento
1a-1b	1a. La reforma constitucional de 2005 no privó a los tribunales de Justicia de la atribución de pronunciarse sobre la vigencia de los preceptos legales.	1b. La reforma de 2005 concentró el control de constitucionalidad en el Tribunal constitucional.
2a-2b	2a. Los tribunales de Justicia pueden declarar la derogación tácita de una ley que contradiga la Constitución, pues esta última posee aplicación directa.	2b. La aplicación directa de la Constitución se debe hacer efectiva a través de los arreglos institucionales respectivos. Dichos arreglos, a partir de la reforma constitucional de 2005, están establecidos en el art. 93 de la CPR.

3a-4b	3a. La posibilidad de declarar tácitamente derogados preceptos legales preconstitucionales no afecta a las atribuciones del Tribunal Constitucional, pues la derogación opera en planos distintos a la inconstitucionalidad: la primera actúa en la dimensión de la vigencia de las normas, mientras que la segunda, en el de la validez.	4b. Lógicamente no es posible que ambas actúen simultáneamente.
4a-3b	4a. El derecho comparado respalda la tesis de la Corte Suprema. En Alemania y España se ha adoptado la misma solución.	3b. En Chile la Constitución no contempla una cláusula derogatoria (el argumento presupone que, como en Alemania y España sí existe dicha cláusula, esa es la principal razón de la solución que dichos países adoptaron).

Fuente: elaboración propia.

En la medida en que las normas constitucionales no solucionan directamente el asunto, los argumentos 1a-2a literales se convierten en meramente retóricos y es necesario buscar argumentos de fondo. A su vez, parece que los argumentos teóricos por sí solos no son concluyentes, al menos, no para alinear a la doctrina en una posición mayoritaria (pares 2a-2b y 3a-4b). De todos los argumentos ordenados en esta tabla, los únicos que han sido escasamente desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia son los comparados (par 4a-3b), pese a su utilización recurrente. Esto último entronca directamente con la parte final de este trabajo, la que se pregunta por la pertinencia del uso del derecho comparado y, en concreto, de las citas a la jurisprudencia del TCE, tal como lo ha hecho de modo sistemático la Corte Suprema, en su intento de desatar el nudo gordiano.

VI. EL DERECHO COMPARADO

En materias constitucionales es frecuente la apelación al derecho comparado para ilustrar soluciones a problemas del derecho doméstico. Como señala Vicky Jackson (1998), las decisiones constitucionales extranjeras pueden merecer consideración porque reflejan los juicios razonados de otros jueces enfrentados a problemas similares. Esto es justamente lo que hace la Corte Suprema, por ejemplo, en la citada Sentencia 800-2009, c. 7.º, que repro-

dujimos anteriormente. Sin duda alguna, los pronunciamientos del TCE representan una fuente de inspiración valiosa que se justifica en el prestigio que dicho tribunal ha alcanzado en el derecho comparado. Sin embargo, a nuestro juicio, este tipo de argumentos en ningún caso pueden ser considerados como concluyentes en un debate como el que nos convoca y deben ser cuidadosamente revisados.

Si se estudia la enorme literatura existente sobre los diferentes usos del derecho comparado, inmediatamente se puede constatar la existencia de muy pocos consensos en torno a su utilidad y pertinencia para resolver problemas del derecho local. Probablemente, el único consenso que existe entre los autores que se dedican a esta disciplina es que para utilizar el derecho comparado es necesario un método, aunque ni siquiera exista acuerdo en torno a este. En definitiva, lo que se trata es evitar lo que Tushnet (1999) ha denominado *bricolaje constitucional*, es decir, la falta de un método, o simplemente, en otras palabras, el peor de todos ellos. La expresión posee una innegable connotación peyorativa, pues describe un uso del derecho comparado en el que el intérprete recurre a los elementos de otros sistemas legales sin un estudio exhaustivo y sin preocuparse del mantenimiento adecuado de fronteras entre los diferentes sistemas. La figura, en realidad, la toma prestada del antropólogo Claude Lévi-Strauss (1964: 35), quien la utiliza para estudiar el intercambio entre sistemas culturales. Según este, en la técnica del bricolaje el *bricoleur* «es el que obra sin plan previo y con medios y procedimientos apartados de los usos tecnológicos normales. No opera con materias primas, sino ya elaboradas, con fragmentos de obras, con sobras y trozos».

Al respecto, Jackson (2010) señala que cualquier teoría del derecho comparado presenta tres desafíos metodológicos: primero, la complejidad del contexto histórico en que se genera cada constitución; segundo, la tendencia del derecho constitucional a mezclar cuestiones normativas y positivas, y tercero, los aspectos expresivos del derecho constitucional de cada país. No obstante, con independencia de que existen varios métodos y una discusión en torno a ellos, en el derecho comparado de lo que se trata es de justificar soluciones para resolver problemas en igualdad de condiciones. En definitiva, esto no es otra cosa que aplicar la regla de a igual problema, igual solución. Como señala Bognetti (2009), implica que el derecho comparado permite contrastar las soluciones normativas adoptadas en los diversos ordenamientos, en respuesta a los problemas prácticos más o menos análogos, con el fin de relevar en estas soluciones la eventual existencia de afinidad o divergencia recíprocas o, si es pertinente, reconducirlas bajo figuras clasificatorias comunes.

De esta manera, al hacer uso del derecho comparado, el énfasis está en la similitud de los contextos entre aquel en que surgen los argumentos y aquel

en el cual serán utilizados. Según Pizzorusso (1987: 88-91), al menos, es relevante considerar las formas de Estado y de gobierno, las formas de organización de los poderes públicos, en general, y, también, las formas producción jurídica, incluidos los principios generales que informan el sistema de fuentes. Entonces, si lo recién señalado es efectivo, es necesario determinar bajo qué coordenadas el argumento de los arreglos institucionales del derecho comparado podría ser considerado.

Lamentablemente, la Corte Suprema y la doctrina nacional que apoya su tesis no han llevado a cabo un análisis de esta naturaleza. Aun cuando se trata de un tema que puede ser opinable, nuestra propuesta consiste en sugerir los siguientes criterios que permiten identificar y valorar la pertinencia y utilidad de los ejemplos comparados para este problema en concreto:

- i. La existencia o no de un tribunal constitucional integrado en la estructura del Poder Judicial. Este criterio asume que, de concurrir esta circunstancia, las posibilidades de que el problema se produzca son muy bajas, pues este consiste precisamente en que dos órganos distintos reivindicar atribuciones que se traslapan parcialmente. En este caso se trataría del mismo órgano, en cuyo caso las relaciones entre ambos tipos de tribunales se encuentran reguladas.
- ii. Posición jerárquica o grado de influencia del Tribunal Constitucional respecto de los tribunales ordinarios. La primera situación corresponde al caso de que exista identidad orgánica y la segunda, para el caso de que no la haya. Lógicamente, con un tribunal constitucional cuya jurisprudencia sea generalmente obedecida, la cuestión finalmente terminará siendo resuelta por este último. Por lo cual, si bien en un comienzo puede existir cierta dispersión en las soluciones, con el tiempo estas tenderán a unificarse.
- iii. Existencia en la Constitución de una disposición derogatoria. Conflictos como el que aquí se analiza se producen frecuentemente porque existe una laguna normativa en la delimitación de las competencias. La importancia de esta disposición es que podría ser considerada como una habilitación directa a los tribunales ordinarios para asumir una posición activa en la resolución de ciertos conflictos de constitucionalidad.

Puestas esquemáticamente en el siguiente cuadro, la situación de los tres países que poseen un modelo de control de constitucionalidad concentrado con mayor influencia comparada respecto de este mismo problema.

Tabla 2. Tabla comparativa de modelos de control de concentrado de constitucionalidad.

	Alemania	España	Italia	Chile
a.	El Tribunal Constitucional Federal pertenece al Poder Judicial y es el superior jerárquico de los tribunales ordinarios en materia constitucional.	El Tribunal Constitucional está orgánicamente separado del Poder Judicial.	El Tribunal Constitucional está orgánicamente separado del Poder Judicial.	El Tribunal Constitucional está orgánicamente separado del Poder Judicial.
b.	Por las razones anteriores, su jurisprudencia es vinculante.	A pesar de que el art. 5 de la LOPJ establece que su jurisprudencia es vinculante, su influencia es mucho menor que el caso del TCF alemán, habiendo sido duramente resistida por el Tribunal Supremo en algunos períodos.	No existe norma que establezca la vinculatoriedad de su jurisprudencia.	No existe norma que establezca la vinculatoriedad de su jurisprudencia.
c.	La cláusula derogatoria está explícitamente consagrada en la Constitución.	La cláusula derogatoria está explícitamente consagrada en la Constitución.	Carece de cláusula derogatoria.	Carece de cláusula derogatoria.

Fuente: elaboración propia.

El producto de toda esta información nos entrega varias claves para determinar y valorar la aplicación de los argumentos de derecho comparado al caso chileno, tal como es usado por la Corte Suprema. La solución reivindicada por esta última fue originada en el contexto del derecho alemán. En dicho país, cualquier tribunal puede decidir autónomamente la cuestión jurídica de si las leyes promulgadas antes de la entrada en vigor de la LF son o no compatibles con esta; porque la decisión sobre la incompatibilidad del derecho preconstitucional con la LF deja intacta la autoridad del Poder Legislativo (Hesse, 2005: 148). Según Webber (2003: 507), los inconvenientes, que pudieran derivarse de la subsistencia de leyes o reglamentos preconstitucionales, se despejan de manera limitada mediante el control abstracto de normas.

Sin embargo, como se puede observar de la tabla anterior, dicho país presenta características muy diferentes de las que existen en Chile⁹. En primer lugar, el Tribunal Constitucional Federal pertenece al Poder Judicial, por lo que no se trata de órganos distintos como en Chile. Pero, adicionalmente, el Tribunal Constitucional Federal posee una posición de especial relevancia, claramente reconocido por sus homólogos como el auténtico *Guardián de la Constitución*. Según Garlicki, esto significa que, más allá del reconocimiento normativo, lo que explica la posición del Tribunal Constitucional Federal es el enorme prestigio y reconocimiento de los que goza entre sus homólogos, lo que se origina a raíz del clima surgido en la posguerra, que ofreció a la nueva Corte una considerable posibilidad de éxito, especialmente, porque una de las premisas básicas del nuevo sistema era el reconocimiento de la supremacía de la Constitución. La Corte estaba destinada a ser el instrumento judicial más importante para preservar esa superioridad; en consecuencia, estaba investido de poderes más amplios que sus contrapartes austriacas o italianas (Garlicki, 2007).

Por el contrario, el caso que es prácticamente idéntico al de Chile es el italiano, por lo que, de apelarse al argumento comparado, existirían más poderosas razones para adherirse a esta solución que a la alemana. Ello es así por cuatro razones: 1) la *Corte Costituzionale* está orgánicamente separada del Poder Judicial; 2) su terreno como único *Guardián de la Constitución* ha sido disputado por el Poder Judicial; 3) la Constitución carece de disposición derogatoria, y 4) de forma similar, existió un período en que el Poder Judicial era el único órgano con competencias de control de constitucionalidad¹⁰.

En Italia la Corte Constitucional reivindicó desde su simbólica sentencia N.º 1, de 5 de junio de 1956, la competencia exclusiva para juzgar los conflictos constitucionales. Aunque la *Corte de Casazione* siguió en los años sucesivos disputando la cuestión¹¹, la doctrina mayoritaria suscribió la tesis de la *Corte Costituzionale*, saldando finalmente la cuestión en su favor. Como expresa Romboli (1999), un primer problema que se plantearon los jueces fue elegir entre el efecto de la inconstitucionalidad y el de la derogación, las consecuencias de dicha elección no eran nimias. En síntesis, por una parte,

⁹ Art. 92 (Organización judicial). El Poder Judicial es confiado a los jueces; es ejercido por la Corte Constitucional Federal y por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los Länder.

¹⁰ El Tribunal Constitucional inició sus funciones en 1955, es decir, ocho años después de la entrada en vigor de la Constitución. Durante ese período eran los tribunales ordinarios los que realizaban control de constitucionalidad.

¹¹ III Sez. Civ. 26 luglio 1926 n. 2893, Sez. Un. Civ. 28 ottobre 1956.

ello significaba optar por el efecto *inter partes* o *erga omnes*, y, por otra parte, preferir entre el criterio de la temporalidad o el de jerarquía. Sin perjuicio de lo anterior, existe un segundo problema derivado de que el juicio de incompatibilidad exigido por la derogación solo se satisface en relación con aquellas normas redactadas en forma concisa y que son directamente aplicables, rasgos que no se presentan en todas las normas constitucionales.

Un caso intermedio es España, que se sitúa a medio camino entre los dos supuestos antes estudiados. El Tribunal Constitucional se pronunció tempranamente en la STC 4/1981, admitiendo la compatibilidad de la derogación tácita de las leyes preconstitucionales y su inconstitucionalidad sobrevenida, aunque, lógicamente, los efectos son distintos. Mientras que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos *erga omnes* e implica la pérdida de validez de la norma, la no aplicación de la ley por un juez ordinario simplemente tiene efectos a nivel de la vigencia, con efectos solo para el caso concreto y entre las partes.

España comparte con Chile el hecho de que su tribunal constitucional es autónomo, pero más allá de esto, al seguir la jurisprudencia española, la Corte Suprema no debería soslayar que existen dos cuestiones que claramente distinguen el caso español del chileno. Por un parte, este contiene una regla expresa acerca del valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el art 5.1. de la LOPJ: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Por otra, del mismo modo que en Alemania, la Constitución posee una disposición derogatoria de las leyes que contravengan lo dispuesto en ella.

Considerando todas las razones expuestas, se podría concluir legítimamente que, si bien en teoría tanto la solución alemana como la española son compatibles con un control concentrado, y que un sistema constitucional podría optar por una o la otra, en conformidad a los específicos ajustes institucionales, dichas opciones pueden ser más o menos problemáticas. En este sentido, la dogmática comparatista está presente en la necesidad de exigir e implementar algún tipo de metodología al tiempo de trasladar soluciones jurídicas desde otros contextos normativos y no simplemente importar estas, obviando, por ejemplo, su contexto y alcances.

Finalmente, es probable que las razones más persuasivas que expliquen la adopción de la tesis de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional sean de otra índole. Por ejemplo, que apunten a las consecuencias prácticas, como pueden ser el fortalecimiento de una institución concreta dentro del sistema, la simplicidad, el acceso a la Justicia constitucional, etc. Creemos que este

punto merece un desarrollo ulterior, por lo que aquí nada más lo dejaremos planteado. En resumidas cuentas, la pregunta que nos gustaría abordar es, entendiendo que ambas son compatibles con un modelo concentrado, cuál de las dos soluciones es la que produce el mejor funcionamiento o quizá menos problemas en un modelo de Justicia constitucional como el chileno. Este tema lo intentaremos abordar en otros trabajos, los cuales se plantearán como una continuación y complemento del presente.

VII. CONCLUSIONES

El debate en torno a si los tribunales de Justicia, vía derogación tácita, pueden o no declarar la inconstitucionalidad de una norma preconstitucional de manera paralela al Tribunal Constitucional, en el contexto chileno, aún no se encuentra zanjado, y, en términos institucionales, no es fácil vislumbrar una próxima solución.

A primera vista se podría creer que la tensión entre las cortes puede ser solucionada únicamente a través de la teoría de las fuentes del derecho, mediante las nociones de vigencia y validez y su manifestación en las instituciones de inconstitucionalidad y derogación. Sin embargo, creemos que, si bien dichas nociones son útiles, por sí mismas resultan insuficientes para zanjar la cuestión, dada la complejidad de la problemática. Por lo mismo, consideramos que un adecuado enfoque debe necesariamente considerar los rasgos relevantes del entramado institucional.

Las tesis defendidas por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional resultan antagónicas; mientras que la dogmática nacional proporciona argumentos tanto a favor de una como de otra posición. Todo lo cual entrega un panorama que, en términos de las razones analizadas, presenta cierta simetría entre los argumentos y contraargumentos en defensa cada posición.

Sin embargo, el único argumento que ha sido utilizado por la Corte Suprema y no contraargumentado por el Tribunal Constitucional es el recurso al derecho comparado. Además, como este argumento tampoco ha sido analizado en profundidad por la dogmática nacional, probablemente, lo sitúa en una posición privilegiada para dirimir el debate. Lamentablemente, como se mostró y fundamentó en este trabajo, la manera en que se recurre al derecho comparado resulta, a lo menos, criticable por su escaso rigor metodológico y escaso apego con la tradición comparatista. Es más, como se muestra, si el argumento del derecho comparado fuese utilizado adecuadamente, a la solución que se debería recurrir es la propiciada por el derecho italiano. Por ende, si bien este argumento puede tener utilidad, esta solo se presenta cuando es empleado de manera adecuada.

Adicionalmente, la delimitación conceptual entre la derogación tácita y la declaración de inconstitucionalidad entrega argumentos que nos permiten extraer ciertas ventajas de esta última institución frente a la primera. A modo de ejemplo, se explicita el carácter problemático de la derogación tácita, porque genera indeterminación del material normativo vigente, produce contaminación legislativa y la delegación a los órganos de aplicación de la identificación de las normas que serán derogadas. Esto último, si se vincula con el efecto *inter partes* que generalmente producen las sentencias de los tribunales ordinarios de Justicia, aumenta exponencialmente los problemas de seguridad jurídica en los derechos contemporáneos. Cuestiones que pretendemos analizar en detalle en un próximo trabajo.

Bibliografía

- Aguiar, L. (1987). El tribunal constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión. *Revista de Derecho Político*, 24, 9-30.
- Albaladejo, M. (2002). *Derecho civil I: Introducción y parte general*. Barcelona: Librería Bosch.
- Aldunate, E. (2009). La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del derecho. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 32, 443-484. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-68512009000100013>.
- Aragón, M. (1981). La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución. *Revista Española de Derecho constitucional*, 1 (1), 185-205.
- Blasco Soto, M. de (1994). Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 41, 35-62.
- Bognetti, G. (2009). L'oggetto e il metodo. En P. Carrozza, A. Di Giovine y G. F. Ferrari (comps.). *Diritto costituzionale comparato* (pp. 5-20). Bari: Laterza.
- Caamaño, F., Gómez, A., Medina, M. y Requejo, L. (1997). *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Madrid: McGraw-Hill.
- Cordero, E. (2009). Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et Praxis*, 15 (2), 11-49. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-00122009000200002>.
- Ezquiaga, F. (2001). Sobre «Inconstitucionalidad y Derogación». *Discusiones*, 2, 65-78.
- Garlicki, L. (2007). Constitutional courts versus supreme courts. *International Journal of Constitutional Law*, 5 (1), 44-68. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mol044>.
- Garrarena, A. (1981). La sentencia constitucional. *Revista de Derecho Político*, 11, 7-27.

- Gascón, M. (1994). Cuestiones sobre la derogación. *DOXA*, 15-16, 845-859. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA1994.15-16.42>.
- Guastini, R. (1986). A theory of derogacion (with special reference to italian law). En A. A. Martino y F. Socci Natali (eds.). *Automated analysis of legal texts. Logic, informatics, law* (pp. 495-514). New York: North-Holland.
- (1987). In tema di abrogazione. En C. Luzzati (ed.). *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico* (pp. 3-31). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- (1989). *Produzione e applicazione del diritto: Lezione sulle preleggi*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- (1992). *Quindici lezioni di diritto costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- (1999[1996]). *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- (2001). *Il diritto come linguaggio*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- (2010). *Le fonti del diritto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A.
- (2014). *La sintassi del diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- Haas, E. (2004). La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad. *Ius et Praxis*, 10 (1), 309-358. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-00122004000100008>.
- Henríquez, M. (2017). ¿Derogación tácita o inaplicabilidad de preceptos legales preconstitucionales? *Estudios constitucionales*, 15 (1), 307-328. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-52002017000100010>.
- Hesse, K. (2005). El Tribunal Constitucional Federal en la Ley Fundamental de Bonn. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 9, 141-151.
- Jackson, V. (1998). Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on Proportionality, Rights and Federalism. *University of Pennsylvania, Journal of Constitutional Law*, 1, 583-639.
- (2010). Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law. *Penn State International Law Review*, 28 (3), 319-326.
- Kelsen, H. (1942). Judicial review of legislation: a comparative study of the Austrian and the American constitution. *The Journal of Politics*, 4 (2), 183-200. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2125770>.
- Letelier, R. (2007). Jueces ordinarios y justicia constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, 34 (3), 539-574. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-34372007000300009>.
- Lévi-Strauss, C. (1964). *El pensamiento salvaje*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Martínez, J. (2006). Recurso de inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional. En H. Nogueira (comp.). *La Constitución reformada de 2005* (pp. 457-472). Santiago de Chile: Librotecnia.
- Martino, A. (1990). Auxilio computacional a la legislación. ¿Hacer leyes con las computadoras? *Anuario Jurídico*, 17, 141-222.
- (2005). El digesto jurídico argentino: una obra jurídica monumental. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 321-328.

- Mendonca, D. (2001). Introducción. *Discusiones: Inconstitucionalidad y Derogación*, 2, 7-10.
- Núñez, M. (2012). Desaplicación e inaplicación jurisdiccional de las leyes en Chile: Ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 19 (2), 191-236. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-97532012000200007>.
- Ortega, L. (2010). De la derogación de las leyes y especialmente de la derogación orgánica. En R. Tavolari (ed.). *Doctrinas esenciales. Derecho civil* (pp. 685-693). Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- Pibernat Domenech, X. (1987). La sentencia constitucional como fuente del derecho. *Revista de Derecho Político*, 24, 57-85.
- Pizzorusso, A. (1987). *Curso de derecho comparado*. Barcelona: Ariel.
- Pugliatti, S. (1958). Abrogazione (teoria generale e abrogazione degli atti normativi). En V. Antonuzzi, G. Gemma d'Agostino y A. d'Angel (eds.). *Enciclopedia del Diritto* (vol. 1) (pp. 141-156). Milano: A. Giuffrè Editore.
- Reitz, J. C. (1998). How to Do Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, 46 (4), 617-636. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/840981>.
- Ríos, L. (2005). El nuevo Tribunal Constitucional. En F. Zúñiga (comp.). *Reforma Constitucional*. Santiago de Chile: Lexis Nexis.
- Romboli, R. (1999). El control de constitucionalidad de las leyes en Italia. *Teoría y Realidad Constitucional*, 4, 179-206. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.4.1999.6486>.
- Salvador, P. (1991). Artículo 2º. En C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador (eds.). *Comentario del Código Civil* (vol. 1) (pp. 13-19). Madrid: Ministerio de Justicia.
- Silva Irrarrazaval, L. A. (2011). La derogación tácita por inconstitucionalidad: Comentario a la sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, Sociedad Establecimiento Comercial COMARRICO Ltda. con Héctor Enrique Alvear Villalobos, de 28 de septiembre de 2010 rol 1018-2009. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 18 (1), 307-315. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-97532011000100014>.
- Tribunal Constitucional (2016). *Conclusiones de las II jornadas de reflexión interna*. Tribunal Constitucional. Disponible en: <https://bit.ly/2q24m06>.
- Tushnet, M. (1999). The possibilities of comparative constitutional law. *The Yale Law Journal*, 108 (6), 1225-1309. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/797327>.
- Weber, A. (2003). La jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 7, 495-533.
- Zúñiga, F. (2017). Control difuso de normas: Comentario a la sentencia Rol Nº 35236 2016 de la Corte Suprema de 30 de agosto de 2016. *Estudios Constitucionales*, 15 (1), 425-432. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-52002017000100014>.

¿DE PODER NEUTRO A PODER ACTIVO? SOBRE EL EFICAZ PERO INCONVENIENTE REFUERZO DE LOS PODERES DE EJECUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

From A Neutral Power to An Active One? Analysing The Effective but Inconvenient Strengthen of The Constitutional Court's Enforcement Powers

ÁNGEL ADAY JIMÉNEZ ALEMÁN¹
Universidad de Vigo
adayjimenez@uvigo.es

Cómo citar/Citation

Jiménez Alemán, Á. A. (2019).
¿De poder neutro a poder activo? Sobre el eficaz pero inconveniente refuerzo de los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23(2), 401-435.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.12>

Resumen

Tras cuatro años de la ampliación de los poderes a disposición del Tribunal Constitucional para la ejecución de sus resoluciones, el debate dista de estar cerrado. La atribución de estas potestades a los tribunales constitucionales es una opción excepcional. Tanto la teoría constitucional como la experiencia constitucional comparada, particularmente la de los Estados Unidos de América, Austria y Alemania, ofrecen ejemplos de diversas formas de afrontar la resistencia por parte de autoridades públicas a la ejecución de las resoluciones de las altas instancias jurisdiccionales.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto «Reforma constitucional: dimensión institucional y territorial» de la Fundación Séneca - Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia, dirigido por Ignacio González García, ref. 20639/JLI/18.

Palabras clave

Jurisdicción constitucional; poderes de ejecución; coacción, resoluciones; derecho comparado.

Abstract

The debate about the extension of the Spanish Constitutional Court's enforcement powers is far from being concluded after four years. Granting this powers to constitutional courts in an exceptional choice. The constitutional theory, as well as the comparative constitutional experience, particularly The United States of America, Austria, Germany, offer examples of different ways to cope with public authorities' reluctance to the enforcement of the highest courts' decisions, highlighting the exceptional character of granting these powers to constitutional courts.

Keywords

Constitutional jurisdiction; enforcement powers; coercion; decisions; comparative law.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA ATRIBUCIÓN DE PODERES DE EJECUCIÓN A LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO: 1. *Auctoritas non potestas*: El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. 2. Los poderes de ejecución en el modelo de Justicia constitucional europeo: 2.1. *La omisión de la cuestión en la receta kelseniana*. 2.2. *Crisis institucionales y ejecución de resoluciones en los tribunales constitucionales alemán y austriaco*. III. EL MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y LOS PODERES DE EJECUCIÓN ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA: 1. La LO 15/2015, de 16 de octubre, ante el Tribunal Constitucional. 2. La LO 15/2015, de 16 de octubre, ante la Comisión de Venecia. 3. La aplicación de los nuevos poderes de ejecución. IV. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las reformas del Tribunal Constitucional (TC) entrañan siempre una profunda relevancia, más aún cuando le son atribuidos poderes no mencionados en el título IX de la CE, como sucedió con la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de derecho. Parafraseando a Pedro de Vega (1979: 116), si la Justicia constitucional surgió como un impresionante reto histórico a una crisis generalizada del concepto de Constitución, la atribución al TC de nuevos instrumentos, o el refuerzo de los existentes, para la ejecución de sus resoluciones ha surgido como un reto en una crisis de la Constitución. En concreto, de su configuración de la organización territorial.

Es imposible obviar el contexto de esta reforma. De recordárnoslo se encarga la exposición de motivos de la ley orgánica. El objetivo de los instrumentos de ejecución con los que se dota al TC es asegurar la efectividad de sus resoluciones, adaptando la regulación de la ejecutoriedad de las resoluciones del Alto Tribunal «a las nuevas situaciones que pretenden evitar o soslayar su efectividad». El TC puede disponer ahora de instrumentos de graves consecuencias, como la posible suspensión de toda autoridad pública que desobedezca sus resoluciones (junto con el incremento en las cuantías de

las sanciones), adoptar medidas de ejecución sin oír a las partes en el proceso por razones de urgencia y acordar la ejecución sustitutoria, tomando el TC directamente las medidas necesarias para la ejecución, pudiendo requerir la colaboración del Gobierno. Además, se prevé la condición de título ejecutivo de las resoluciones del TC y la aplicación con carácter supletorio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En lo que a los poderes de ejecución se refiere, el legislador orgánico se ha ido apartando progresivamente de la configuración originaria del Tribunal como institución aparentemente débil, sin cartera y sin espada y sin fuerza ni voluntad, disponiendo tan solo de discernimiento, en manos de otras autoridades para la ejecución de sus resoluciones, siguiendo la definición del poder menos peligroso de Hamilton (2004: 330-335). Esta reciente reforma ha supuesto que se llegue a plantear la posible alteración de su naturaleza de poder neutral, cuyo interés está en la integración de los poderes constitucionales a través de la generación de consenso y no en el triunfo de un poder sobre otro².

La tramitación urgente mediante lectura única y la aprobación por una ajustada mayoría absoluta (pero que no por ello deja de serlo) no logran ocultar la agria polémica a su alrededor. Los medios de comunicación recogieron posicionamientos en contra, como los de F. Rubio Llorente³ y A. López Basaguren⁴, y a favor, como los de J. de Esteban⁵ y E. Gimbernat⁶. El debate se trasladó también al propio TC a través de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los Gobiernos de la Generalitat y del País Vasco, resueltos en orden inverso al que fueron registrados. En el ámbito académico se ha seguido debatiendo sobre su contenido y sus consecuencias durante estos cuatro

² La expresión «poder neutral» la utiliza Constant en referencia al rey como gran ventaja de la monarquía constitucional, institución llamada a evitar la destrucción mutua entre los poderes constitucionales y canalizarlos hacia el movimiento general. Afirma, además, que el fallo de todas las constituciones anteriores había sido no haber creado un poder neutro (Constant, 1814: 1-5).

³ S. Gallego Díaz, *CXT Contexto y Acción*, «La reforma del PP aplastará al Constitucional», entrevista a F. Rubio Llorente, de 2 de septiembre de 2015. Disponible en: <https://bit.ly/2OjFZVw> (último acceso: 30 de octubre de 2017).

⁴ A. López Basaguren, «Reforma innecesaria e imprudente», *El Correo Español – El Pueblo Vasco*, de 5 de septiembre de 2015.

⁵ J. de Esteban, «Las bromas se tienen que acabar», *El Mundo*, de 7 de septiembre de 2015. Disponible en: <https://bit.ly/2XLJ7N4> (último acceso: 2 de noviembre de 2018).

⁶ E. Gimbernat, «La reforma del Tribunal Constitucional», *El Mundo*, de 19 de septiembre de 2015. Disponible en: <https://bit.ly/2DgXyz7> (último acceso: 2 de noviembre de 2018).

años, sin que se haya alcanzado un consenso⁷. La cuestión llegó a regresar al Congreso de los Diputados, cuyo pleno aprobó el 20 de diciembre de 2016 la admisión a trámite de una proposición de ley orgánica de reforma de la LOTC para retornar a la regulación anterior a la última reforma presentada por el Grupo Parlamentario Vasco⁸.

Tanto la teoría constitucional como la experiencia constitucional comparada, particularmente la de los Estados Unidos de América, Austria, Alemania, además de nuestra historia constitucional, ofrecen ejemplos de diversas formas de afrontar la resistencia por parte de autoridades públicas a la ejecución de las resoluciones de las altas instancias jurisdiccionales, incidiendo en el carácter excepcional de la atribución de estas potestades a los tribunales constitucionales. La auténtica crisis constitucional acontecida ante la resistencia al acatamiento de las sentencias y órdenes judiciales del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América relativas a los casos sobre la segregación en los colegios, así como las situaciones no tan dramáticas, pero no por ello menos relevantes, en Alemania, con los casos sobre los crucifijos en los colegios públicos de Baviera, y en Austria, con respecto a la señalización bilingüe en Carintia, aportan elementos con los que analizar en la segunda parte de este trabajo la evolución del modelo de Justicia constitucional español establecido por la Constitución de 1978 y el progresivo refuerzo y ampliación de sus poderes de ejecución.

II. LA ATRIBUCIÓN DE PODERES DE EJECUCIÓN A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

Dado el carácter profundamente polémico del propio concepto de jurisdicción constitucional y sus diferentes plasmaciones prácticas, es comprensible que el debate acerca de la problemática alrededor de la ejecución de sus resoluciones sea el que menos atención ha acaparado frente a otros tópicos tradicionales, desde el primer ejercicio de autoridad jurisdiccional constitucional

⁷ Prueba de ello son recientes artículos de Álvarez Conde (2018) y Fernández Farreres (2018).

⁸ Aprobado por 176 votos a favor y 165 en contra, se encuentra en la actualidad en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. Disponible en: <https://bit.ly/34kZQcn> (último acceso: 23 de octubre de 2018). El 29 de abril de 2016 el Grupo Parlamentario Catalán (Democràcia i Llibertat) ya había presentado una proposición de ley de derogación de la LO 15/2015.

consciente por parte del juez Marshall⁹ y la rearticulación práctica austriaca y teórica kelseniana. Es indudable que la confrontación entre una Asamblea parlamentaria responsable democráticamente y un tribunal irresponsable capaz de vetarla sigue siendo el «poderoso problema» de la jurisdicción constitucional (Cappelletti, 1979). Este poderoso problema viene acompañando a la institución en su, hasta ahora, irrefrenable expansión hasta alcanzar una presencia casi global¹⁰, en su avance hasta erigirse como un elemento característico del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo xx, hasta ser considerada como el mejor antídoto contra el autoritarismo (Issacharoff, 2015). Y, a su vez, no deja de ser la cuestión latente que determina toda polémica alrededor de la jurisdicción constitucional, incluida la que nos ocupa, la resistencia a dar debido cumplimiento a sus resoluciones por parte de autoridades públicas.

Es sorprendente la capacidad de los tribunales constitucionales para influir y determinar el desarrollo de los sistemas políticos en los que se en-

⁹ No quiero obviar (aunque me limite a mencionar muy someramente) los precedentes de esta institución en la tradición jurídica anglosajona, precedentes que no resultan ni tan remotos ni tan extraños, a pesar de que reconozcamos que no se trata de idénticos instrumentos jurídicos. Así, el primer elemento que hemos de tener en cuenta es el estudiadísimo caso *Bonham* en 1610, que permitió al juez Coke afirmar: «It appears in our books, that in many cases, the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void». Para el análisis de este caso y el debate doctrinal que ha generado es más que conveniente acudir al estudio de Fernández Segado (2013), junto con los artículos seminales de los máximos representantes originarios de las dos posturas enfrentadas, Plucknett (1926-1927) y Thorne (1938). Esta facultad sí que fue ejercida por los tribunales de los dominios del Imperio británico que contaban con «constituciones» aprobadas por la Corona o el Parlamento británico (*vid.* Chen y Poiars, 2013). Estos tribunales podían declarar nula cualquier disposición normativa de la Asamblea legislativa de su dominio que consideraran contraria a la «constitución» colonial. Lo cierto es que la idea de la jurisdicción constitucional, en el sentido de capacidad de los órganos jurisdiccionales para el control del proceso de creación normativa tomando como parámetro a una norma, la constitución, a la que se le reconoce supremacía y pleno valor jurídico, llevaba tiempo deambulando en el discurso jurídico anglosajón, como un mármol que esperaba al escultor que le diese forma definitiva. Tal es así, que García de Enterría (1981) identificó estas dos técnicas, la supremacía constitucional y la *judicial review*, como específicas del *common law*.

¹⁰ Según los cálculos realizados por T. Ginsburg, y M. Versteeg (2013), 151 países de 204 entre 1781 y 2011 han adoptado alguna forma de control jurisdiccional de constitucionalidad. La tendencia se agudizó a partir de 1950, período en el que se alcanza una cifra cercana al 80 %.

cuentran, a pesar de disponer habitualmente de escasos recursos, cuando no carecen de capacidad para la ejecución directa de sus resoluciones. Las decisiones de estos órganos implican coacción a autoridades que a su vez son capaces de minar la acción de los órganos jurisdiccionales constitucionales. Por lo que su autoridad descansa en que sean un factor de equilibrio en el enfrentamiento entre actores políticos y que así sean apreciados por estos¹¹. En los estudios dedicados al análisis sobre los elementos o factores que permiten valorar el poder de estos tribunales, la atribución de jurisdicción sobre la ejecución de sus sentencias brilla por su ausencia¹². La literatura insiste en identificar la autonomía y la autoridad como las dimensiones a tener en cuenta al evaluar el funcionamiento de los altos órganos jurisdiccionales. Pero a la hora de construir fórmulas que permitan medir la autoridad de los tribunales constitucionales, la ejecución de sus resoluciones es un factor del que se prescinde¹³. Parafraseando la definición intuitiva de poder clásica enunciada por Robert Dahl hace sesenta años (1957: 201), los tribunales que ejercen jurisdicción

¹¹ G. Vanberg (2015) ha revisado la extensa bibliografía publicada sobre esta cuestión durante los últimos veinte años, concluyendo que la autoridad de los órganos jurisdiccionales deriva de una combinación de razones endógenas, como el propio interés de las autoridades en una jurisdicción influyente de la que obtienen beneficios, y exógenas, como el apoyo ciudadano a la independencia judicial. Este mismo autor también ha destacado la relevancia de la transparencia y la visibilidad del funcionamiento de los tribunales constitucionales a la hora de alcanzar el acatamiento voluntario de sus decisiones (G. Vanberg, 2001).

¹² Por ejemplo, Gardbaum (2018) analizó los criterios que la literatura utiliza comúnmente para evaluar el poder de un tribunal constitucional. El autor descarta como criterios la influencia internacional del tribunal a través de la exportación de su doctrina, o que el tribunal haya sido dotado con una forma de *judicial review* más o menos fuerte. El elemento clave sería la capacidad del Tribunal para determinar la resolución de cuestiones constitucionales y políticas relevantes, su impacto real a la hora de generar resultados sociales y políticos.

¹³ En este mismo sentido, Brinks y Blass (2017) construyen y aplican un modelo multidimensional para medir el poder jurisdiccional. Una de las dimensiones tenidas en cuenta es la autoridad de los tribunales, la cual es definida por los autores como la capacidad efectiva de los tribunales para intervenir en un amplio abanico de conflictos políticos a solicitud de un número amplio de actores. La capacidad de decisión es tenida en cuenta, en el sentido de cuál es el ámbito de los efectos de las resoluciones de los tribunales constitucionales (generales o solo para las partes enfrentadas en el proceso constitucional; o si la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos *erga omnes* o supone la no aplicación de la disposición legal al conflicto en concreto). Si los tribunales cuentan o no con capacidad para ejecutar sus resoluciones es un factor ignorado por el estudio.

constitucional han logrado que el resto de actores de sus respectivos sistemas constitucionales hagan lo que no hubiesen hecho de otra manera. Y ello, a pesar de la carencia generalizada, o la falta de concreción, de instrumentos de coacción directa que garanticen la aplicación de sus resoluciones.

1. AUCTORITAS NON POTESTAS: EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

El ejemplo por antonomasia de este fenómeno es el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Gracias a su facultad para interpretar la Constitución, esta institución ha adquirido una posición central en el sistema político estadounidense. Esta evolución es difícil de deducir de la literalidad del parco art. III de la Constitución estadounidense, que, como es bien sabido, ni siquiera menciona la función que le ha granjeado su poder y reconocimiento, la *judicial review*. Como observó Tocqueville (2010: 253-262), aquí radicaba la principal distinción entre el juez americano del juez europeo. Y a pesar del afán y rotundidad con los que se declaró la inexistencia de cuestionamiento en los Estados Unidos de esta potestad, aún hoy se sigue reiterando el debate sobre la propia constitucionalidad de esta función¹⁴. Su historia no ha estado libre de resistencias a la ejecución de sus sentencias, como puede observarse en las estudiadísimas resoluciones que componen *The School Segregation Cases*. Caso que también «muestra el vínculo, a menudo necesario, entre el cumplimiento y ejecución efectivos de una sentencia y la colaboración del poder ejecutivo» (Breyer, 2017: 99).

La sentencia en *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), inauguró una importantísima serie de resoluciones fundamentales para la evolución constitucional estadounidense y el avance de los derechos civiles, derogando la doctrina «iguales pero separados» que había llegado al Tribunal medio siglo antes en relación con la regulación del transporte (*Plessy v. Ferguson*, 163, U.S. 537 [1896]). El mérito se suele atribuir a partes iguales tanto al presidente del Tribunal de ese momento, Earl Warren, quien logró una sentencia unánime, como al activismo para acabar con la segregación en todas sus manifestaciones realizado por Thurgood Marshall durante décadas, quien acabaría siendo el primer juez negro del Tribunal Supremo. Todo empezó por el rechazo por parte de las autoridades locales de la demanda de cinco niños negros solicitando ser admitidos en colegios para blancos. La decisión

¹⁴ Hace más de un siglo que C. A. Beard (1912) analizó los diferentes argumentos sobre esta cuestión, que dista de estar cerrada, con autorizadas voces que hoy abogan por su abolición (Tushnet, 1999; 2011).

se basó en que las instalaciones educativas segregadas por motivo de raza son inherentemente desiguales y, por lo tanto, contrarias a la decimocuarta enmienda de la Constitución:

We conclude that, in the field of public education, the doctrine of “separate but equal” has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment¹⁵.

A pesar de las afirmaciones sobre una posible igualación entre las escuelas de las poblaciones negra y blanca con respecto a los recursos y los programas de estudio, el Tribunal sostuvo que la relevancia de la educación como cimiento de la ciudadanía y de una sociedad democrática, junto con la constatada reducción de oportunidades educativas para la población negra ocasionadas por la mera segregación racial, hacen que la segregación en todo caso sea inconstitucional (Feinman, 2012: 100-103).

Esta decisión y las órdenes de acatamiento del Tribunal fueron masivamente desobedecidas en los estados del sur, lo que obligó al Tribunal Supremo a dictar una nueva sentencia, *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958), demandando obediencia a su resolución. Una de las figuras líderes de la resistencia fue el gobernador de Arkansas, Orval Faubus, quien ordenó el despliegue de la Guardia Nacional al prohibir el acceso de los estudiantes negros a los colegios de Little Rock. Como respuesta, el presidente Eisenhower decretó el envío del Ejército federal con la misión de proteger a los estudiantes y el orden público. Ante esa agitación social e institucional, la dirección de uno de los colegios solicitó con éxito al Tribunal del Distrito que pospusiera la entrada en vigor de la orden del Tribunal Federal. Sin embargo, este último tribunal anuló la resolución del tribunal inferior, afirmando que los derechos constitucionales de los demandantes no podían ser sacrificados frente a la violencia y el desorden a raíz de las conductas del gobernador y de la Asamblea legislativa de Arkansas:

No state legislator or executive or judicial officer can war against the Constitution without violating his undertaking to support it. [...] The basic decision in *Brown* was unanimously reached by this Court only after the case had been briefed and twice argued and the issues had been given the most serious consideration. [...] The principles announced in that decision and the obedience of the States to them, according to the command of the Constitution, [358 U.S. 1, 20] are indispensable

¹⁵ Disponible en: <https://bit.ly/2L7felp> (último acceso: 25 de junio de 2019).

for the protection of the freedoms guaranteed by our fundamental charter for all of us. Our constitutional ideal of equal justice under law is thus made a living truth¹⁶.

Como ilustró Alexander M. Bickel (1962: 244-272), en cualquier crisis de ejecución de sus resoluciones, el Tribunal Supremo estadounidense depende totalmente de la colaboración del Ejecutivo. Y por mucho que esta colaboración esté legalmente establecida y en la práctica se preste, nada garantiza la plena implicación de estas autoridades en la ejecución de las resoluciones judiciales. La principal labor del Tribunal es alcanzar consensos, y este es el principal mecanismo del que dispone para el cumplimiento de sus resoluciones. A pesar de lo dramático de la situación y la gravedad de la crisis constitucional, no se otorgaron poderes directos al Tribunal Supremo estadounidense para la ejecución directa de sus resoluciones. En la actualidad, se sigue confiando en el art. VI de la Constitución, que declara a la Constitución como la ley suprema, y en el juramento de todas las autoridades públicas a acatarla previsto también en ese artículo. Sin olvidar la afirmación de Marshall en *Marbury v. Madison* sobre la jurisdicción exclusiva de los tribunales a la hora de determinar qué es lo que dice la ley, de forma vinculante para todas las autoridades, ya sean federales o estatales.

De hecho, la doctrina más reciente sigue insistiendo en las lagunas acerca de lo que sucede una vez el Tribunal Supremo de los EE. UU. emite su resolución (Baum, 2016: 191-209). Los mecanismos utilizados para corregir el incumplimiento de las resoluciones del Tribunal son indirectos. En caso de un incumplimiento voluntario de una resolución del Tribunal por parte de una autoridad pública, quienes tengan legitimidad activa pueden acudir a los tribunales inferiores para demandar la ejecución de la resolución. Serán los tribunales inferiores los que ordenen el cumplimiento de la resolución del Tribunal Supremo y, eventualmente, este en última instancia. En circunstancias normales el sistema de ejecución de resoluciones se basa en el cumplimiento previo. Las autoridades temen los costes de todo tipo (tanto económicos como en términos de prestigio) que supone un proceso judicial y el riesgo de que el Tribunal acabe condenando su conducta. Ahora bien, en ciertas ocasiones las autoridades prefieren asumir el riesgo, especialmente cuando consideran que su posición está respaldada por su electorado, como muestra el caso sobre la segregación en los colegios. Siendo consciente de sus limitadísimas capacidades ejecutivas, el Tribunal recurre a otros mecanismos, a su vez, igualmente indirectos, como la claridad a la hora de formular sus resoluciones, o la generación de un clima favorable entre las autoridades ejecutivas y judiciales que

¹⁶ Disponible en: <https://bit.ly/37EI4z> (último acceso: 25 de junio de 2019).

facilite el acatamiento pacífico. Esta patente falta de capacidad ejecutiva del Tribunal no ha supuesto la disminución de su potencial como instrumento para la transformación social¹⁷. Esta realidad contrasta por la opción articulada por los tribunales arquetipos del modelo concentrado, los tribunales constitucionales austriaco y federal alemán. Aunque, por mucho que se hayan constituido como auténticas referencias a la hora de diseñar institucionalmente otros tribunales constitucionales (especialmente el Tribunal Constitucional Federal alemán), las soluciones por las que optaron en cuanto a la ejecución de sus sentencias no han sido secundadas de forma extensa, como veremos a continuación.

2. LOS PODERES DE EJECUCIÓN EN EL MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EUROPEO

2.1. *La omisión de la cuestión en la receta kelseniana*

Los poderes de ejecución tampoco recibieron mayor atención en la reformulación práctica austriaca y teórica kelseniana¹⁸, a pesar de que se encuentren entre las diferencias de las jurisdicciones constitucionales estadounidense y europea, junto con los debates entre los modelos difuso y concentrado¹⁹, el control de constitucionalidad concreto y abstracto, y, acechando también tras ellos, las diferencias entre las tradiciones judiciales del *common law* y del *civil law* (Rosenfeld, 2004: 635-638).

¹⁷ Hall (2011: 160-165) analiza las circunstancias en las que el Tribunal consigue un acatamiento generalizado de sus resoluciones, a pesar de que sean contrarias a los intereses de los actores políticos. Las resoluciones del Tribunal cuentan con más posibilidades de acatamiento pacífico por parte de las autoridades públicas si son apoyadas por la opinión pública. Una de las conclusiones del autor es que la carencia de poderes económicos o policiales del Tribunal no ha sido obstáculo para obtener el acatamiento generalizado de sus decisiones, además de su posicionamiento como actor influyente en el sistema constitucional estadounidense.

¹⁸ Y, de hecho, sigue sin recibirla. En un trabajo de derecho constitucional comparado dedicado a la Justicia constitucional en Europa no se recoge entre las cuestiones abordadas (De Visser, 2015), como tampoco se hace en el clásico de Favoreu (1995). Y en otro trabajo de ámbito universal de Harding y Leyland (2009), apenas es objeto de comentario en un párrafo en la introducción y una reducida reseña en los capítulos dedicados al estudio de los tribunales constitucionales de Austria, Rusia e Indonesia.

¹⁹ Cuestión clásica en la estructura del control de constitucionalidad la denomina Tushnet (2014: 49-56).

La Constitución austriaca de 1920, ahora en forma de Tribunal Constitucional y de modelo concentrado, fundamentada profusamente por Kelsen²⁰, es la que va a dejar de ser excepción para convertirse en norma. Tal es así que los modelos de soberanía parlamentaria son hoy los que resultan exóticos frente a los de soberanía constitucional (Ginsburg, 2008). Partiendo del reconocimiento del valor normativo de la constitución como axioma, Kelsen (2011) advirtió sobre la adopción de un control de constitucionalidad como corolario necesario para que la constitución vaya más allá de «un deseo sin fuerza obligatoria». El argumento que afirma que la constitucionalidad, tanto formal como material, de la producción y aplicación normativa, o «regularidad» en los términos de Kelsen²¹, no encuentra mejor descanso que en la institución de un tribunal independiente (tanto por la inamovilidad de sus miembros como por su única sujeción a la constitución y a su ley), compuesto por un número moderado de juristas propuestos a través de la combinación de los órganos estatales a los que está llamado a controlar, como garantía preventiva y represiva frente a actos irregulares que puede anular, y por motivo de esta capacidad ha de ser instancia central y suprema, fue ganando adeptos²².

Si bien el razonamiento lógico sigue siendo irrefutable (la Constitución necesita ser sancionada jurisdiccionalmente para poseer pleno valor norma-

²⁰ Sigo la aclaración de García Balaunde (2009) acerca de la paternidad del modelo concentrado de jurisdicción constitucional, quien lo considera una obra colectiva fruto de los proyectos liderados por el canciller Stern durante la redacción de la Constitución de 1920.

²¹ «La garantía jurisdiccional de la Constitución —la justicia constitucional— es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen como fin el asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales» (*Ibid.*: 254).

²² Por lo tanto, la «garantía» de la Constitución ha de estar depositada en un órgano que no sea el legislador, en un órgano constituido para tal fin o en la jurisdicción ordinaria, decantándose Kelsen, como bien sabemos, por la primera opción (1995: 186). A la experiencia estadounidense achacaría ser «a great danger to the authority of the constitution» (1942), ya que implicaba la ausencia de un único criterio ante la posibilidad de que múltiples órganos jurisdiccionales realizaran un control incidental de constitucionalidad con resultados contradictorios, problema que no se terminaba de salvar mediante el recurso al Tribunal Supremo y la doctrina del *stare decisis*. A su vez, la configuración americana delega el interés por la constitucionalidad de la legislación en manos privadas, al no existir ningún mecanismo que permita a un órgano estatal iniciar un control de constitucionalidad. En el mismo texto, Kelsen propone como instrumento de garantía especialmente efectivo la responsabilidad penal de los titulares de los órganos que hayan participado en la realización de la ley inconstitucional, mecanismo que no ha encontrado atención doctrinal y práctica.

tivo), y los defectos del principal mecanismo de control de constitucionalidad habían quedado patentes en la contrastada experiencia estadounidense, lo cierto es que, frente a este diagnóstico, la receta kelseniana no va más allá de la prescripción de un control de constitucionalidad directo y concentrado en un único órgano jurisdiccional. La concreta articulación de este órgano queda en manos de los constituyentes, ya que «no se puede proponer una solución uniforme para todas las constituciones posibles. La organización de la jurisdicción constitucional deberá modelarse sobre las particularidades de cada una de ellas» (Kelsen, 2011: 276). Una de esas particularidades ha sido la ejecución de las resoluciones, omitida por Kelsen, a pesar de que no deja de ser uno de los posibles problemas de la «regularidad» de la producción y aplicación normativas, y que ha sido una parte más de los múltiples ejercicios de prueba y error de ingeniería institucional que se han realizado siguiendo sus instrucciones en mayor o menor medida. Todas estas variables van a determinar la actuación, la legitimación y el éxito de la jurisdicción constitucional, siempre enfrentada a lo político como límite, pero también como elemento esencial de su función. Comprensible que Eisenmann, discípulo directo de Kelsen, resumiera la función del primer Tribunal Constitucional austriaco como «haute et difficile misión d'arbitrage politique» (1986: 289).

2.2. Crisis institucionales y ejecución de resoluciones en los tribunales constitucionales alemán y austriaco

A pesar de que estos tribunales han contado tradicionalmente con instrumentos para la ejecución de sus resoluciones, como puede constatar en el estudio elaborado por Arzoz (2016), también han tenido que enfrentarse a la resistencia de autoridades públicas.

A grandes rasgos, en ambos casos los tribunales constitucionales protagonizan los procesos de ejecución, sin que se admita la ejecución a instancia de parte. Si bien, en el caso del decano de los tribunales constitucionales y de acuerdo con la Constitución austriaca de 1920, la ejecución de las sentencias es competencia del presidente federal, aunque la Ley del Tribunal Constitucional de 1921 apartó de su ejecución las sentencias sobre demandas patrimoniales y se la atribuyó a los tribunales ordinarios, regulación que fue elevada a la Constitución en 1925. Así sigue estando previsto en la actualidad en el art. 146 de la Constitución, sobre el que hay que destacar que la solicitud corresponde al Tribunal Constitucional, que la trasladará al presidente federal como responsable de la ejecución de las sentencias, pudiendo este acudir a cualquier órgano federal o estatal, e incluso al Ejército como recurso de última instancia.

A diferencia del modelo austriaco, la regulación de los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional Federal alemán no ha sido elevada a su Ley

Fundamental, sino que se encuentra en su ley reguladora. Un parco art. 35 atribuye al Tribunal capacidad para identificar al órgano responsable de la ejecución de su decisión y la forma en la que ha de hacerlo (algo bastante común en los tribunales constitucionales europeos, como se comentará más adelante). Ha sido el propio Tribunal el que ha desarrollado esta potestad como parte de su autonomía procesal delegada por el legislador (Rodríguez-Patrón, 2001: 147), autodenominándose pronto «señor de la ejecución» (Arzoz, 2016: 24). Junto con el art. 35 de la ley del Tribunal Constitucional Federal, hemos de tener en cuenta también el art. 31, que otorga carácter automáticamente imperativo a las resoluciones del Tribunal, y especifica que serán vinculantes para todos los órganos federales o de los *Länder*, así como para todas las autoridades y tribunales. Las decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes tienen fuerza de ley y su carácter es semejante al de las leyes parlamentarias. En muy raras ocasiones ha empleado el Tribunal Constitucional Federal la potestad para emitir órdenes ejecutivas aplicando el art. 31 de su ley. Ha sido más habitual que recurra a ellas para imponer soluciones legislativas de carácter temporal (Gawron y Rogowski, 2016: 211). En ambos casos, la destitución de autoridades públicas queda bajo un procedimiento específico propio de la jurisdicción constitucional, pero que no está vinculado a la ejecución de sentencias.

Los tribunales constitucionales austriaco y alemán han encontrado oposición, si bien muy excepcional, en esta difícil misión de arbitraje y de generación de consenso. En concreto, el primero, en Carintia, en el caso de la señalización bilingüe en los municipios con presencia superior al 10 % de la minoría eslovena. Y el Tribunal Constitucional Federal alemán en Baviera, tras la sentencia que ordenó retirar los crucifijos de las aulas de las escuelas públicas de primaria.

En este último caso, la oposición y resistencia a acatar la Sentencia BVerfGE 93,1 de 16 de mayo de 1995, supuso la mayor crisis que había sufrido el Tribunal Constitucional Federal alemán hasta ese momento, llegándose a cuestionar hasta su pervivencia. Baviera y Sarre son los dos únicos estados alemanes de mayoría católica. La presencia del crucifijo en las aulas de los colegios públicos de primaria del estado de Baviera era obligatoria desde 1983. A pesar de la aprobación con el voto favorable de una amplia mayoría en la Asamblea legislativa del *Land* de Baviera, de contar también con un extenso respaldo de la opinión pública y de apenas suponer la positivización de una práctica consuetudinaria solo interrumpida durante el régimen nazi, el reglamento escolar para las escuelas públicas de Baviera acabó siendo declarado inconstitucional por una sala fuertemente escindida. La inconstitucionalidad se fundó en la libertad religiosa y de conciencia (art. 4 Ley Fundamental alemana) y el «derecho natural» de los padres a educar a sus hijos (art. 6). La

sentencia afirma que «la cruz es símbolo de una creencia religiosa determinada, y no mera expresión de la cultura occidental, forjada bajo influencia del cristianismo». Y, a su vez, que «la colocación de cruces tampoco se justifica con base en la libertad religiosa, entendida en sentido positivo, de los padres y estudiantes de confesión cristiana. La libertad de credo positiva la tienen todos los padres y estudiantes de confesión cristiana» (Schabe, 2009: 178). Tres magistrados expresaron su distanciamiento. Las declaraciones en contra de la sentencia se fueron sucediendo, algunas de ellas llamando a la resistencia abierta, como la del antiguo consejero de cultura del *Land* de Baviera Maier, quien comparó la sentencia con la retirada de las escuelas de los crucifijos por los nazis. Kohl, canciller federal en ese momento, y Ratzinger, quien sería Papa más tarde, también expresaron su opinión en contra de la decisión del Tribunal. Unos 30 000 ciudadanos se congregaron en una manifestación en Múnich liderados por autoridades políticas y la resistencia a la aplicación de la sentencia en los colegios fue generalizada (solo dos la acataron). Finalmente, la Asamblea legislativa de Baviera aprobó una nueva norma que permitía a los directores de los colegios realizar los ajustes necesarios en caso de conflicto por la presencia del crucifijo en las aulas, bajo el principio general de que su presencia era obligatoria (Collings, 2015).

En Austria también se asistió a la contumaz renuencia del fallecido líder de ultraderecha Haider cuando ocupaba el cargo de gobernador del *Land* de Carintia a acatar las sentencias del Tribunal Constitucional austriaco. El Tribunal demandó la doble señalización en alemán y esloveno en varios municipios donde la población eslovena, aunque de presencia minoritaria, era superior al 10 % del total de esa región. El enfrentamiento se prolongó durante años, mientras se sucedían hasta nueve sentencias (Schabe, 2009: 182).

Por mucho que la ejecución de las resoluciones sea una función inherente al ejercicio de la jurisdicción, y a pesar de que dos paradigmas de tribunal constitucional como el austriaco y el alemán puedan desarrollarla (no así el italiano [Zagrebelsky y Marcenò, 2012]), no se ha atribuido de forma general ni se suele enumerar entre las funciones de la jurisdicción constitucional, ya sean funciones propias o accesorias. Así, el control de constitucionalidad concreto y/o abstracto, la protección de derechos fundamentales (Stone Sweet, 2012: 892-895) y la resolución de conflictos entre órganos estatales, constituyen el conjunto de competencias comúnmente atribuidas y que la doctrina suele considerar como propias²³. Otras funciones, como la jurisdicción

²³ «Consideramos que son tres las funciones que especifican a la jurisdicción constitucional: 1) una función jurisdiccional propia: pronunciarse sobre el reparto de competencias previsto por la Constitución, y, en especial, sobre el reparto de

electoral, sobre partidos políticos, o sobre autoridades políticas, se consideran como auxiliares o secundarias. Ningún tribunal constitucional ejerce todas las funciones, pero ninguno propiamente denominado como tal carece del control de constitucionalidad (Harding y Leyland, 2009: 7).

Como ha afirmado Xabier Arzoz (2016), «una jurisdicción constitucional, por el mero hecho de serlo, no tiene por qué ser al mismo tiempo titular de poderes de ejecución: la *Corte Costituzionale* no fue dotada de poderes de ejecución». Al ejemplo del Alto Tribunal italiano no solo se puede incorporar el Tribunal Supremo estadounidense, sino la mayoría de los tribunales constitucionales y supremos que ejercen la jurisdicción constitucional pertenecientes a la Comisión de Venecia del Consejo de Europa. De los informes enviados por treinta y nueve países al XV Congreso de la Conferencia Europea de Tribunales Constitucionales celebrado en Bucarest en mayo de 2011²⁴, se extrae que treinta y seis tribunales constitucionales carecen de esta capacidad²⁵, contando con ella Alemania, Albania, Austria y España. Por lo tanto,

competencias en la Constitución y la ley; 2) una función política propia: establecer unos límites a la acción de los poderes públicos y acotar así la influencia de cada uno de ellos en el Estado; regular la distribución de poder; y 3) una función normativa propia: una participación específica por vía jurisprudencial en la producción de la ley y del Derecho constitucional» (Acosta Sánchez, 1998: 343).

²⁴ Dedicado a la «Justicia Constitucional: Funciones y relaciones con otras autoridades públicas». Una de las preguntas recogidas en el cuestionario confeccionado por la organización inquiriere expresamente si el Tribunal Constitucional tiene la capacidad de exigir la ejecución de sus resoluciones a otros órganos públicos. Se puede acceder a ellos en <https://bit.ly/2OG3C9K> (último acceso: 2 de noviembre de 2018).

²⁵ En concreto, dentro de esa carencia de titularidad de poderes de ejecución, es oportuno mencionar ciertas particularidades que van desde el Tribunal Federal suizo, que está completamente apartado de la ejecución de sus resoluciones en aplicación del principio de separación de poderes, a casos cuyas normativas no prevén nada al respecto y desconocen alguna situación de esta índole, como los tribunales constitucionales o supremos de Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Georgia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania (apenas menciona retrasos en el cumplimiento), Luxemburgo, Mónaco, Montenegro, Rusia Polonia, Portugal y Rumanía. Además, se dan regulaciones como la del Tribunal Constitucional de Macedonia, que no dispone de medios de ejecución directa, pero sí puede supervisar la ejecución (en concreto esta función le corresponde a su secretario general) y dirigirse al Gobierno para que garantice su ejecución, o la de Ucrania, que puede solicitar a los órganos estatales una confirmación de la ejecución. O la de los altos tribunales de Malta y Noruega, donde le corresponde a la parte dirigirse a las autoridades. Es muy común que el tribunal pueda estipular cuál el órgano responsable del cumplimiento de la resolución

los poderes de ejecución constituirían una función que, por natural que pueda ser a la jurisdicción, resultaría eminentemente accesoria para la Justicia constitucional, donde su titularidad no es imperativa.

III. EL MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y LOS PODERES DE EJECUCIÓN ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA

Nuestro modelo de Justicia constitucional es impuro en atención a la diversidad de competencias atribuidas al Tribunal (Ferreres, 2009: 29-32). Y en cuanto a lo amplio de su jurisdicción, tiene bastante poco que envidiar a otros tribunales más allá del alemán (Rubio Llorente, 1992), siendo este su referente²⁶. También en los poderes de ejecución es apreciable la fuerte influencia de este modelo en el origen de nuestro TC, que, a diferencia de otras realizaciones concretas de la Justicia constitucional, como las de los Estados Unidos y la de la casi totalidad de los miembros de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, como acabamos de ver, viene contando con potestades para ejecutar sus resoluciones desde el Proyecto de Ley de la LOTC, progresivamente reforzadas²⁷. Tanto es así que no cabe duda de la proyección de la redacción del art. 35 de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional alemán sobre el originario art. 92 de la LOTC.

Es comprensible que se acudiese al derecho comparado para encontrar soluciones de efectividad contrastada que permitiesen superar la amarga experiencia del Tribunal de Garantías Constitucionales durante la II República. Este Tribunal sufrió una crisis para la ejecución de su primera sentencia. La respuesta de la Generalitat de Cataluña a la declaración de inconstitucionalidad, por falta de competencia legislativa, del Proyecto de Ley de Contratos

y la forma, o que esta función le corresponde al Gobierno de la nación (Serbia), que puede haber establecido sanciones de naturaleza pecuniaria para las autoridades renuentes al cumplimiento (Moldavia). Finalmente, el Alto Tribunal turco preveía que se le otorgara en un corto plazo de tiempo capacidad de relación circunscrita a la aprobación de una nueva acción semejante al recurso de amparo.

²⁶ «El modelo que nuestros constituyentes adoptan, aquí como en tantos otros lugares del texto superior, es el modelo alemán. Lo adoptan, pero a la vez introducen alguna variante importante» (García de Enterría, 1981: 38).

²⁷ A la redacción originaria de los arts. 92 y 97 LOTC se hicieron dos enmiendas a iniciativa de Coalición Democrática y del Grupo Socialista, incorporándose el carácter preferente y urgente del auxilio judicial. Pasaron a ser finalmente los arts. 87 y 92, respectivamente, aprobados sin discusión en los plenos del Congreso de los Diputados y del Senado. *Vid.* Cortes Generales (1980).

de Cultivos aprobado por el Parlamento catalán el 21 de marzo de 1934, fue no acatar la sentencia y aprobar esta ley en el mismo día que se publicó la sentencia. Ante la gravedad de la situación llegó a intervenir el presidente del Consejo de ministros, Samper, a pesar de considerar que la ejecución de la sentencia no podía corresponder propiamente al Gobierno, al haber sido parte en el proceso constitucional (Bassols Coma, 2010: 93-103). Esta crisis marcó el devenir de la institución. Un año más tarde aún se recogen intervenciones en las que se discute sobre el trámite de ejecución, como la del vocal Beceña, abogando para que este sea una potestad discrecional del Gobierno (Urosa Sánchez *et al.*, 1999: 359).

Este episodio no fue óbice para que se generase un consenso unánime alrededor de la conveniencia de recuperar la Justicia constitucional en el proceso constituyente de 1978. Pero no por ello dejó la doctrina de alegrarse de que se hubiesen corregido dos defectos con respecto al Tribunal de Garantías de la II República: la eliminación de miembros no juristas en la composición del Tribunal y de funciones no consustanciales a la jurisdicción constitucional, en concreto las de carácter acusatorio y punitivo. Como pronto afirmó González-Deleito Domingo (1980: 31), «la Justicia constitucional no debe asumir esas atribuciones no consustanciales con su específica y señalada misión de garantía perenne de la constitucionalidad de las leyes». Lo que nos lleva a la cuestión de la naturaleza de TC y su relación con los poderes de ejecución.

La naturaleza jurisdiccional del TC, cuestión hoy bastante aclarada, fue cuestionada en un primer momento. Los motivos esenciales que permiten afirmar que el TC es un auténtico órgano jurisdiccional (y no un órgano político bajo un antifaz de elementos jurisdiccionales) son la independencia del órgano al que se le confía específicamente la jurisdicción constitucional y la resolución de los conflictos con base en normas jurídicas, a pesar de la naturaleza política de las partes enfrentadas y de los propios conflictos. Así lo afirmó, entre muchos otros, Pérez Tremps (1985: 15). La ausencia de una definición del TC en la Constitución no permite negar la eminente función jurisdiccional del Tribunal, acompañada por la literalidad de la terminología empleada en el título IX (Peces-Barba, 1980: 2038-2047). Eso sí, una jurisdicción especial, externa a la organización judicial, independiente de los demás órganos constitucionales, solo sujeta a la Constitución y a su ley orgánica (que determinan sus límites), pudiendo acudir a las normas procesales comunes de forma supletoria (González Pérez, 1980: 75-77)²⁸. En cualquier caso, las sentencias del TC acerca de la constitucionalidad de la reforma de 2015 insistieron en la configuración del Tribunal en el texto como «un verdadero órgano

²⁸ Para los puntos esenciales de este debate, *vid.* Oubiña Barbolla (2012: 71-80).

jurisdiccional» (STC 185/2016, de 6 de noviembre, FJ 9, y reiterado en el FJ 6 de la STC 215/2016, de 15 de diciembre, citando la anterior sentencia), al igual que los primeros autos que han aplicado el art. 92 de la LOTC en su nueva redacción, y que han supuesto la imposición de sanciones económicas a las autoridades que no han acatado las sentencias del TC en relación con la suspensión del referéndum del 1 de octubre de 2017 (AATC 126/2017, FJ 3, y 127/2017, FJ 2, ambos del 21 de septiembre, citando a su vez a la STC 185/2016). Aun así, algunos autores alertaron pronto acerca de los problemas procesales que generaba la condición de órgano jurisdiccional del supremo intérprete de la Constitución. Y algunos de esos problemas fueron atendidos en las sucesivas reformas de la LOTC. La que motiva este estudio es la décima reforma de la LOTC, segunda realizada en el año 2015, tras la reintroducción de los recursos previos de inconstitucionalidad contra los proyectos de estatutos de autonomía y contra las propuestas de reforma de los estatutos de autonomía por la LO 12/2015, de 22 de septiembre.

Ha sido frecuente el recurso a la atribución de materias prevista por el art. 161.d) de la Constitución española por parte del legislador orgánico. Así, la LO 7/1999, de 21 de abril, incorporó los conflictos en defensa de la autonomía local como producto del Pacto Local de 1997/1998, pero que la regulación de la legitimación activa dificulta su interposición como prueba su escaso número²⁹. Finalmente, la LO 1/2010 extendió el control de constitucionalidad a las normas fiscales aprobadas por los territorios forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. Además de estas relevantes reestructuraciones del sistema competencial del Tribunal, el legislador orgánico ha modificado en varias ocasiones la regulación de los procesos constitucionales, especialmente el recurso de amparo³⁰. La regulación del recurso de inconstitucionalidad también ha sido modificada³¹. Finalmente, la LO 8/2010, de 4 de noviembre, vino a res-

²⁹ Tal es así que, a fecha de 15 de enero de 2017, la consulta en la base jurisprudencial del TC arroja como resultado diez sentencias y veinticinco autos.

³⁰ Aunque, sin lugar a dudas, la reforma trascendental de esta acción es la realizada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, que reforzó la dimensión de garantía objetiva de los derechos fundamentales frente a la subjetiva. Ya la LO 8/1984, de 26 de diciembre, había derogado el art. 45 sobre el recurso de amparo constitucional contra violaciones al derecho a la objeción de conciencia, y la LO 6/1988, simplificado el trámite de admisión del recurso de amparo como primera solución a la sobrecarga de trabajo que esta competencia viene generando.

³¹ La LO 1/2000, de 7 de enero, en aras de facilitar la colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas y disminuir la conflictividad, amplió el plazo para interponer recursos de inconstitucionalidad de tres a nueve meses, siempre y cuando el presidente del Gobierno o los órganos colegiados ejecutivos autonómicos convoquen a la

ponder, sin mayor fortuna, a las frecuentes dilaciones protagonizadas por el Congreso de los Diputados y el Senado en la designación de los magistrados constitucionales.

Todas las reformas han venido precedidas por la apreciación de una situación problemática manifiesta y no hipotética. Se puede afirmar, por lo tanto, que, con la reforma realizada a través de la LO 15/2015, de 16 de octubre, el legislador orgánico respondió a un problema de la jurisdicción constitucional que no se había producido. No se pueden encontrar estudios en la doctrina española que demuestren dificultades en lo que se refiere a la efectiva ejecución de las resoluciones del TC, sino que concluyen lo contrario³². Es cierto que no se han podido evitar cuestiones problemáticas como la aprobación de leyes con contenido declarado anteriormente inconstitucional (Viver Pi-Sunyer, 2013). Tampoco se han podido evitar situaciones que han requerido la aclaración de decisiones previas³³. Incluso con órganos del Poder Judicial, especialmente con el Tribunal Supremo, una relación que desgraciadamente no siempre se ha desarrollado alrededor del estricto y complejo eje de los límites dogmáticos de la jurisdicción constitucional y de la jurisdicción ordinaria (Matía Portilla, 2016). Pero es difícil afirmar que existiese una situación de resistencia a la ejecución de sus resoluciones del TC que pudiese ser valorada como problemática. Aún más si tenemos en cuenta la alta cifra de sentencias emanadas por el TC que han declarado inconstitucionales preceptos legales, aproximadamente 365 entre los años 2000 y 2017³⁴. La comparación de esta cifra, que apenas abarca un período inferior a la mitad de los

Comisión Bilateral de Cooperación, se alcance un acuerdo para iniciar negociaciones para resolver discrepancias y se comunique al TC.

³² Por ejemplo, González Hernández (2016) afirma que «nunca se había puesto en duda el carácter de sus decisiones como ejecutables y vinculantes para todos los poderes públicos».

³³ Un ejemplo lo podemos encontrar en las SSTC 147/2013, de 6 de agosto, y 125/2013, de 23 de mayo, sobre la elección a alcalde en el Ayuntamiento de Cudillero.

³⁴ Esta cifra ha sido obtenida a partir del buscador de jurisprudencia del TC (<https://bit.ly/2DdCPMJ>). El motivo por el que se limita a los años transcurridos desde el año 2000 es la inclusión en las síntesis analíticas de las resoluciones del Tribunal si las sentencias contienen una declaración de nulidad. Ello permite recuperar de forma fidedigna este dato, incluyendo en la búsqueda todos los procesos constitucionales que pueden concluir con la declaración de inconstitucionalidad de un precepto normativo. Puede ser comprobada a partir del tique de búsqueda «nVYX_SqbNQ». Aunque las memorias del TC ofrecen datos de destacado interés para el análisis de la labor del Tribunal, no señalan esta cuestión. Tampoco se han encontrado análisis empíricos en la literatura científica.

años que ha estado en funcionamiento el TC, con las estadísticas de otros tribunales, no permite afirmar que nuestro tribunal haya sido un tribunal débil, o que haya huido del ejercicio del control de constitucionalidad con todas sus consecuencias, a diferencia del Tribunal Supremo japonés, con ocho declaraciones de inconstitucionalidad desde 1947 a 2011 (Matsui, 2011: 147). O el Tribunal Supremo danés, que apenas ha declarado nulas once disposiciones legales en 160 años (Hirschl, 2011: 450-451). Estas cifras lo sitúan más cerca del Tribunal Constitucional Federal alemán que declaró inconstitucionales 640 leyes federales o de los *Länder* (parcial o íntegramente) en sus primeros sesenta años (Kneip, 2016: 260-261). Y, aunque sea una afirmación meramente estadística, han sido abundantes las ocasiones en las que el Tribunal ha podido encontrar la oposición de las autoridades públicas.

En cualquier caso, el legislador orgánico ha modificado en esta última reforma los arts. 80, 87, 92 y 95.4 de la LOTC, que en conjunto redundan en una auténtica manifestación procesal de la supremacía del TC (Pérez Tremps, 2016: 26-28). En primer lugar, se establece el carácter supletorio de las disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la ejecución de resoluciones. En cuanto al obligado cumplimiento de las resoluciones del TC por parte de los poderes públicos, el legislador afirma su carácter ejecutivo y añade la posible notificación personal de estas a cualquier autoridad o empleado público. Además, también afirma la centralidad del propio Tribunal en el cumplimiento efectivo de sus resoluciones, estableciendo un régimen propio en caso de incumplimiento. Conforme a este régimen, el Tribunal podrá requerir información a todos los sujetos que estén obligados a dar cumplimiento a sus resoluciones, tanto a instancia de parte como de oficio, y en caso de que considere que no se está dando debido cumplimiento, podrá imponer multas coercitivas de 3000 a 30 000 euros, que cabe reiterar hasta el efectivo acatamiento. Podrá inclusive suspender en sus funciones a las autoridades públicas responsables si no cumplen con la efectiva observancia de sus resoluciones. También podrá recurrir a la ejecución sustitutoria para dar cumplimiento a las resoluciones originadas en procesos constitucionales, solicitando la colaboración del Gobierno de la nación, así como recabar el testimonio de particulares para exigir responsabilidades penales. Finalmente, en los casos de «ejecución de las resoluciones que acuerden la suspensión de las disposiciones, actos o actuaciones impugnadas y concurrieran circunstancias de especial transcendencia constitucional, el Tribunal, de oficio o a instancia del Gobierno, adoptará las medidas necesarias para asegurar su debido cumplimiento sin oír a las partes».

Esta batería de medidas sorprende. El «jurista persa» o analista descontextualizado podría deducir que el legislador orgánico ha tenido que reaccionar a una situación generalizada de resistencia a la ejecución, o bien a la

necesidad de suplir un agudo déficit en las posibilidades para la ejecución de las resoluciones del intérprete supremo de la Constitución. Sin embargo, no se daba ninguna de las dos situaciones que se acaban de plantear. En el título VII de la LOTC, dedicado a las «disposiciones comunes sobre procedimiento», encontramos los preceptos cuyo objeto es la obligatoriedad de la ejecución de las resoluciones del TC, derivada del art. 164 CE, destinado al valor de las sentencias constitucionales y al mandato de publicación de sus sentencias. Hasta ese momento, el TC contaba con el doble reconocimiento de la obligación de cumplir sus sentencias por parte de los poderes públicos (art. 87.1) y la obligación de los juzgados y tribunales de prestarle auxilio de modo preferente y urgente (art. 87.2). Este doble reconocimiento ha operado como un refuerzo de la posición institucional del TC (Huelin Martínez de Velasco, 2001), reflejo de su primacía procesal. Como es obvio, la falta de cumplimiento de las resoluciones del Tribunal generaría responsabilidades penales, civiles o disciplinarias (Almagó Nosete, 1989: 564). Además, como ya ha sido observado, el TC siempre ha dispuesto como medio para garantizar la ejecución la posibilidad de decidir sobre quién ha de ejecutar la resolución y sobre las incidencias en la ejecución (art. 92 LOTC). Por lo tanto, ha dispuesto del poder de ejecución de sus propias facultades (*ibid.*: 587), así como de la imposición de multas coercitivas a cualquier persona que incumpla sus requerimientos (art. 95.4, modificado por la LO 6/2007, de 24 de mayo, aumentando los importes). Y tras la reforma realizada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, tiene la capacidad de declarar nulas las resoluciones que contravengan sus decisiones al ejecutarlas, reforzando la posición institucional del TC, permitiendo que sea el propio Tribunal el que delimite su jurisdicción protegiéndose ante cualquier intromisión (Moreno Fernández, 2010; Corte Heredero, 2010).

Por ello, no se puede hablar ni de ausencia de medios de ejecución ni de insuficiencia de estos. En general, la valoración de la situación anterior es positiva (aparte de los datos estadísticos aportados anteriormente), pudiéndose considerar que la carencia de una ley procesal constitucional y de mayor concreción en este sentido ha aportado flexibilidad (Lozano Miralles y Saccomanno, 2000: 305), sin que esto se tradujese en un TC inerte. Todo lo contrario, se ha visto como el art. 35 de la ley que regula el Tribunal Constitucional Federal alemán le permitió a esta institución responder doctrinalmente con autonomía a los retos que se fueron interponiendo en el ejercicio de su jurisdicción, sin necesidad del auxilio del legislador. Una disposición normativa trasladada a nuestro ordenamiento y de la que ha dispuesto nuestro Tribunal, que ha ejercido una auténtica libertad para configurar jurisdiccionalmente su derecho procesal, estando justificado el uso del término «autonomía procesal» originado en la doctrina alemana como lo hace P. Rodríguez Patrón (2001). Y tampoco se puede olvidar que los procesos constitucionales han estado deter-

minados por un formalismo atenuado (Montoro Puerto, 1991: 167), aunque la tendencia hacia la positivización de cada vez más elementos también es observable.

Es innegable que la ejecución es parte de la jurisdicción. La potestad jurisdiccional reside tanto en la potestad de decisión, resolviendo de forma definitiva el conflicto, como en potestad de ordenación del proceso y en la potestad de coerción, dirigida a hacer efectiva la sentencia (Moreno Catena y Cortés Domínguez, 2015: 116). Esta característica es propia de ordenamientos jurídicos avanzados, en estadios de profunda maduración y perfeccionamiento, fenómeno que se tiende a generalizar cuando el responsable del análisis parte de estas realidades. Como ilustró Shapiro (1986: 13), en la mayoría de las sociedades los instrumentos de ejecución de resoluciones a disposición de los tribunales no van más allá del cumplimiento voluntario, cuando no la autocomposición. Situación que nunca ha sido la de nuestra jurisdicción constitucional, como ha podido observarse.

El problema de la última reforma radica en los términos en los que se ha configurado, y en alguno de los instrumentos otorgados, tanto en la conveniencia como por el difícil casamiento con la naturaleza del TC. Y las dificultades son, por supuesto, cualitativas, pero también pueden llegar a ser cuantitativas. Quizá esta última vertiente sea la que menos extensión exige, pero no por ello es menos relevante de cara a garantizar la eficiencia del Tribunal. Hoy somos plenamente conscientes de que la jurisdicción constitucional es un bien muy escaso, lo que ha conducido hacia su racionalización tanto a nivel comparado (Wahl y J. Wieland 1997) como en nuestro ordenamiento jurídico, constituyendo un inmejorable ejemplo la discutidísima objetivación de la fase de admisión del recurso de amparo realizada en 2007 (Montesinos Padilla, 2017).

1. LA LO 15/2015, DE 16 DE OCTUBRE, ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Nuestro Tribunal ha tenido oportunidad de manifestarse sobre estas dificultades relacionadas con la naturaleza de la jurisdicción constitucional y su difícil encaje en el modelo de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución de 1978. Poco después de cumplido el primer aniversario de esta última reforma, el pleno del TC resolvió en su Sentencia 185/2016, de 3 de noviembre, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno vasco. Hay que tener en cuenta que este fue el segundo recurso de inconstitucionalidad que se interpuso, resolviéndose el del Gobierno de la Generalitat el 15 de diciembre de 2016. Llama la atención que no haya acumulado los dos procesos constitucionales tal y como permite el art. 83 LOTC. El motivo

aportado por el TC es que el recurso proveniente del Gobierno vasco plantea la inconstitucionalidad de la reforma por suponer «una desnaturalización del modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el constituyente» de 1978, razón que hace necesario resolver este recurso antes y que no resultase oportuno acumularlos (Sentencia de 15 de abril de 2016, FJ 4).

Esta es la cuarta reforma de la LOTC que ha sido sometida al control de constitucionalidad, sin que el supremo intérprete constitucional haya encontrado tacha de inconstitucionalidad en ninguna de ellas. No se va a reseñar en esta contribución el alegado vicio procedimental alegado en ambos recursos de inconstitucionalidad por la tramitación por el procedimiento de urgencia y en lectura única. A los efectos de este trabajo basta decir que el Tribunal aplica su doctrina sobre el respeto a la autonomía de las Cámaras legislativas sobre los procedimientos que en ellas se desarrollan, y en concreto, el respeto al criterio de oportunidad de la Mesa del Congreso de Diputados y de su Pleno cuando se proponen y aprueban tramitaciones de proposiciones de ley por este cauce (STC 185/2015, FJ 3).

Son de mayor interés para este estudio los motivos en los que funda el TC el rechazo a las diversas alegaciones de inconstitucionalidad material de ambos recursos, reiterando el Tribunal la doctrina que vamos a reseñar en la Sentencia de 15 de diciembre de 2016. En primer lugar, con respecto a la supuesta extralimitación del legislador orgánico en relación con la habilitación del art. 165 CE y el cambio de naturaleza y funciones del TC, alterando el equilibrio de poderes, el Tribunal, recordando que su juicio solo puede ser de constitucionalidad, rechaza la argumentación por su generalidad (STC 185/2015, FJ 7). Y continúa afirmando el carácter abierto del modelo de jurisdicción constitucional, siendo responsabilidad del legislador orgánico la concreción de muchos de sus elementos, extrayendo ejemplos de su doctrina, como la regulación de la figura del presidente, la atribución abierta de procesos y su regulación, incluidos ciertos aspectos de la legitimación activa (STC 185/2015, FJ 8).

El Tribunal rechaza que la ausencia de mención en materia de ejecución de las resoluciones del Tribunal implique que sea una cuestión vedada por el constituyente. Sostiene que es una «cualidad inherente a la función de administrar justicia» (STC 185/2015, FJ 9), sin que exista disposición constitucional que impida que se establezca un proceso incidental que contenga instrumentos cuyos destinatarios puedan ser los más altos órganos del Estado y de las comunidades autónomas (STC 185/2015, FJ 10). Tampoco observa vulneración del principio de legalidad penal ni del régimen de aforamientos en la suspensión de autoridades públicas, descartando el carácter punitivo de esta medida, dado que su finalidad es asegurar el efectivo cumplimiento de la resolución del Tribunal y no castigar a la autoridad pública renuente que obs-

taculice la ejecución (STC 185/2015, FF. JJ. 11-15). Finalmente, de nuevo la exclusiva finalidad de garantizar el efectivo cumplimiento de las resoluciones como único título legitimador de las nuevas medidas de ejecución es utilizada como argumento para rechazar la inconstitucionalidad de la ejecución sustitutoria mediante la colaboración del Gobierno de la nación.

Si bien estas cuestiones sobre la constitucionalidad de los nuevos instrumentos han sido resueltas por nuestro intérprete supremo de la Constitución, su argumentación dista de ser satisfactoria. Los votos particulares de los magistrados Adela Asúa Batarrita, Fernando Valdés Dal-Ré y Juan Antonio Xiol Ríos, junto con los elementos que se han intentado aportar en esta contribución, ayudan a que se alcance esta conclusión. En concreto, la posible suspensión de las autoridades fuerza al Tribunal a apartarse, por poco que sea, de su posición natural de juez de normas y de la regularidad de la reproducción normativa en los términos kelsenianos que he reseñado anteriormente. Igual de especialmente relevantes son las dificultades que plantea el mecanismo de ejecución subsidiaria, distribuyendo la titularidad de la medida en el Tribunal y la ejecución en el Gobierno de la nación. Se obtendrá así seguro la legitimidad jurídica *ex ante* para la actuación política. Pero se desconocen los costes que también va a asumir la legitimidad del TC.

2. LA LO 15/2015, DE 16 DE OCTUBRE, ANTE LA COMISIÓN DE VENECIA

Estas preocupaciones están recogidas en la Opinión 827/2015 de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa de 10-11 de marzo de 2017. Pero antes de analizarla es conveniente revisar el informe sobre la posición de España sobre la LO 15/2015, de 16 de octubre, de 29 de septiembre de 2016.

El Gobierno defiende la reforma con base en sucesivos requerimientos del TC desde 1991 para la subsanación de defectos en su derecho procesal relacionados con la ejecución de sentencias. Sin embargo, el informe no recoge ejemplos concretos de resistencias por parte de autoridades públicas a acatar las resoluciones del Alto Tribunal, sino que menciona la ausencia de un mecanismo para la ejecución efectiva de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El informe no señala casos concretos de dificultades a la hora de ejecutar las resoluciones del TC que se deben a la resistencia por parte de autoridades u órganos públicos, ni tampoco de llamadas al legislador desde el Tribunal para que atienda una situación de ese tipo. En su lugar, cita la Resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, del Parlamento de Cataluña, en la que, además de afirmar la soberanía de esta institución como expresión del poder constituyente, expresa su intención de ignorar las decisiones del Estado español y, en concreto, de su TC.

Para apoyar la solución por la que optó el legislador orgánico, se acude al derecho constitucional comparado, específicamente a los reconocidos como referentes de nuestro TC, los tribunales constitucionales alemán y austriaco. El informe también cita el ejemplo suizo, solución de menor valor, dado que, como el propio informe indica, en esa jurisdicción es el Consejo Federal y a la Asamblea federal a los que les incumbe tomar las medidas que consideren necesarias en caso de un desatamiento de una resolución del Tribunal Supremo Federal por parte de una autoridad cantonal. También incluye a Estonia y a Ucrania. En el primer caso no queda claro que sea su respectivo Alto Tribunal el que resuelve directamente acerca de las medidas a tomar en relación con la ejecución de sus resoluciones. Y sobre Ucrania, se señala una propuesta de reforma constitucional que capacita al presidente para intervenir en caso de que algún órgano público atente contra la soberanía estatal o la integridad territorial. Más allá de los ejemplos alemán y austriaco, es difícil encontrar el interés comparativo en el resto de casos alegados.

Finalmente, el informe señala la existencia de justificaciones suficientes que avalaban la aprobación parlamentaria urgente y por lectura única, e insiste en que tiene su origen en una propuesta y no en un proyecto de ley. Y sobre las distintas medidas, además de que están dirigidas hacia la garantía de la supremacía constitucional en un Estado de derecho, se sostiene que ninguna de ellas tiene carácter punitivo, se ajustan al principio de proporcionalidad y cesarán una vez la autoridad dé cumplimiento a lo requerido por el Tribunal.

La Opinión 827/2015 de la Comisión de Venecia, además de haber generado todo tipo de lecturas desde los medios de comunicación españoles dependiendo de qué elemento escogiesen para el enfoque de la noticia, aporta elementos de destacado interés para este estudio. En primer lugar, afirma que la identificación del proceso secesionista en Cataluña como la causa de la reforma era una posición compartida por los diferentes interlocutores entrevistados por la delegación de la Comisión de Venecia que se trasladó a España para elaborar los trabajos previos a la Opinión (párrafo 12). Ratifica los datos provenientes del derecho constitucional comparado. La opinión sostiene que, en la actualidad, no existe un estándar europeo en lo que a la imposición de medidas ejecutivas se refiere. De hecho, apenas el de Moldavia tiene capacidad para imponer multas administrativas (párrafo 26). Solo en las leyes de los tribunales constitucionales de Albania, Armenia y Ucrania, además de Moldavia, se establecen sanciones civiles o penales en caso de desatamiento de sus resoluciones. Y únicamente el de Montenegro cuenta con un mecanismo para la supervisión del cumplimiento de sus resoluciones (párrafo 20). Se insiste en que en las democracias arraigadas estas situaciones han sido raras. De ahí que no existan medidas legislativas explícitas (párrafo 24). Por lo que el Tribunal

español se ha situado tras la décima reforma de su ley orgánica en la excepción europea en esta materia.

Si el análisis de la Comisión de Venecia desde el derecho constitucional comparado es esclarecedor, aún más es el estudio de las medidas adoptadas por el legislador orgánico. Los aspectos problemáticos se centran en atribuir la responsabilidad de asegurar el cumplimiento general de sus resoluciones al Tribunal, elemento que no tiene equivalente en ningún otro Alto Tribunal europeo según la opinión (párrafo 38). Sobre el poder para anular cualquier decisión de un órgano público que contradiga una resolución del Tribunal, la opinión expresa dos consideraciones. Por un lado, que el Tribunal no debe actuar de oficio, sino siempre tras el requerimiento de una parte, a riesgo de no hacerlo así de comprometer su neutralidad. Además, esta tarea podría suponer una sobrecarga para el Tribunal si este órgano va a supervisar cualquier incumplimiento individual de sus decisiones.

En cuanto a las sanciones económicas, dado el alto importe que pueden llegar a alcanzar, la Comisión advierte de que podrían llegar a ser consideradas como cargas penales de acuerdo con el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, al menos en los casos de particulares y empleados públicos, no así si se trata de autoridades públicas. Nuestro Tribunal ha insistido en negar su carácter punitivo (SSTC 185/2016 y 2015/2016) y el TEDH inadmitió por falta manifiesta de fundamentación la demanda presentada por una de las personas designadas como miembros de la Administración electoral del referéndum del 1 de octubre de 2017 (caso *Aumatell i Arnau v. España*, Decisión de 4 de octubre de 2018)³⁵. La Comisión advierte también sobre los valladares que pueden producirse en el momento de aplicar estas sanciones. Expresa sus dudas de que estas sanciones pueden aplicarse de forma efectiva, teniendo en cuenta que se trata de autoridades públicas que ya se han negado al cumplimiento de las resoluciones del Tribunal, cómo va este a imponerles el cumplimiento de las consecuentes sanciones económicas, careciendo de medios para hacerlo. Este procedimiento, en vez de reforzar la autoridad del Tribunal, la minaría (párrafo 53).

Pero aún más problemática para la Comisión resulta la eventual suspensión de autoridades públicas como sanción. La doctrina española sigue expresando dudas acerca de la constitucionalidad de esta medida, a pesar de que hayan sido rechazadas por el Alto Tribunal en sus sentencias 185/2016 y

³⁵ Para un comentario se puede acudir a Queralt Jiménez (2018). «Estrasburgo se estrena en el “Proces” con una inadmisión». Agenda Pública. Disponible en: <http://agendapublica.elpais.com/strasburgo-se-estrena-en-el-proces-con-una-inadmisión/> (último acceso: 5 de noviembre de 2018).

215/2016 (Villaverde Menéndez, 2016). Y a las sombras sobre su constitucionalidad, la opinión añade cuestiones acerca de su convencionalidad en caso de su aplicación a cargos públicos electos (párrafos 56 y 57). Pero incluso se podría plantear una paradójica situación práctica: el Tribunal tendría que interrumpir la sanción de suspensión para que la autoridad tenga oportunidad de acatar las resoluciones del Tribunal, en caso de que la autoridad quiera hacerlo. Situación que podría convertirse en un irresoluble bucle «absurdo» en palabras de la Comisión (párrafos 59 y 60).

Por estos motivos la Comisión de Venecia concluye recomendando el replanteamiento de la atribución de la responsabilidad directa y general sobre la ejecución de sus resoluciones al TC. Y, como vamos a ver a continuación, el contraste de la opinión de la Comisión con la efectividad de los primeros siete incidentes de ejecución estimados tras la reforma refuerza su recomendación.

3. LA APLICACIÓN DE LOS NUEVOS PODERES DE EJECUCIÓN

Por mucho que la reforma de la LOTC que aquí se comenta se hiciese con carácter general y sin estar dirigida, al menos de forma explícita, a unas circunstancias específicas, hasta el momento, todos los incidentes de ejecución estimados están relacionados con el proceso de secesión catalán, y los siete han estado promovidos por el Gobierno de España (se cumple en este sentido con la recomendación de la Comisión de Venecia). Irremediablemente, los autos también reflejan la progresiva escalada en el conflicto.

En la primera decisión de ejecución, el ATC 141/2016, de 19 julio, el Tribunal anuló la Resolución 5/XI del Parlamento de Cataluña, de 20 de enero de 2016, que suponía la creación de diversas comisiones parlamentarias, incluyendo una de estudio del proceso constituyente. El Tribunal estimó que dicha resolución desarrollaba la Resolución del Parlamento catalán 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, que iniciaba el proceso para la creación de un Estado catalán independiente, y que fue declarada inconstitucional por la STC 259/2015, de 2 de diciembre. El FJ 7 de este auto conmina a los poderes públicos y a sus titulares a responsabilizarse de que las comisiones parlamentarias no se excedan en su actuación del marco constitucional y estatutario.

Los «absurdos» bucles en los que se podía ver envuelto el TC advertidos por la opinión de la Comisión de Venecia no tardaron en llegar, a medida que el Parlamento de Cataluña avanzaba en el desarrollo de su declarada inconstitucional Resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015. Así, el primer auto no fue suficiente para impedir las actividades de la Comisión parlamentaria para el estudio del proceso constituyente, de modo que fue necesaria una resolución del Tribunal que declarase inconstitucional la resolución del Parlamento de Cataluña que ratificó las conclusiones de la comisión de estudio

del proceso constituyente, cuya constitución fue declarada inconstitucional. El ATC 170/2016, de 6 de octubre, advirtió personalmente a la presidenta y al secretario general del Parlamento de Cataluña, junto con el resto de miembros de la Mesa del Parlamento, al presidente y demás miembros del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña, y solicitó el testimonio de particulares, abriendo la posibilidad de iniciar acciones penales por parte del Ministerio Fiscal, acuerdos que va a reiterar en los siguientes autos. Apenas cinco meses más tarde, a través de un nuevo auto (ATC 24/2017, de 14 de febrero), declaró nulo el contenido de la Resolución del Parlamento de Cataluña 306/XI, de 6 de octubre de 2016, relacionado con el referéndum y el proceso constituyente. Y mediante los AATC 123/2017 y 124/2017, ambos de 19 de septiembre, declaró nulos los acuerdos de la Mesa del Parlamento de Cataluña de admisión a trámite de la proposición de ley del referéndum de autodeterminación y de la proposición de ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la república, respectivamente. En todos ellos el Tribunal insiste en que el Parlamento de Cataluña puede promover una hipotética reforma de la Constitución, norma a la que los poderes públicos deben fidelidad y que aúna el principio democrático y la legalidad constitucionalidad, siendo la segunda garantía, y no límite, del primero.

Finalmente, en los autos 126/2017, de 21 de septiembre, y 127/2017, de 22 de septiembre, el Tribunal impuso por primera vez sanciones económicas por su responsabilidad en los actos para la organización de la consulta declarada inconstitucional a los síndicos electorales y al secretario general de la Vicepresidencia y de Economía y Hacienda, y a la jefa de área de procesos electorales y consultas populares. Los importes de las multas, de periodicidad diaria, dependiendo de las autoridades, ascendían a los 6000 y 12 000 euros. La respuesta de los titulares de dichos cargos públicos fue la renuncia o la destitución desde el Gobierno de la Generalitat³⁶.

En palabras de Antoni Bayona, entonces letrado mayor del Parlamento catalán: «[...] a causa de las resoluciones adoptadas a lo largo de la legislatura, el mismo Parlamento había propiciado que sus márgenes normales de actuación quedaran reducidos por la intervención del Tribunal Constitucional y sus severas advertencias de responsabilidad de los miembros de la Mesa si volvían a desobedecer sus resoluciones» (Bayona, 2019: 272). Pero la eficacia

³⁶ El secretario general de la Vicepresidencia y de Economía y Hacienda fue detenido por la Guardia Civil el 20 de septiembre de 2017, acusado de sedición, desobediencia, prevaricación y malversación, por los actos relacionados con la organización de la consulta del 1 de octubre de 2017. Véase: <https://bit.ly/2QNCsQS> (último acceso: 5 de noviembre de 2018).

de la intervención del TC no debe hacernos olvidar sus costes, de los que nos alertaban los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré, Juan Antonio Xiol Ríos y María Luisa Balaguer Callejón en su voto particular concurrente al Auto 126/2017, de 21 de septiembre:

Descender a la utilización de tales instrumentos de ejecución acerca en exceso nuestra jurisdicción a la jurisdicción ordinaria, haciéndonos perder parte de nuestra propia esencia, al tiempo que busca con tales instrumentos resolver conflictos de base política, siendo evidente la falta de adecuación de tales instrumentos al objetivo perseguido mediante el recurso a los mismos: el aseguramiento del respeto al texto constitucional.

IV. CONCLUSIÓN

El refuerzo de los poderes de ejecución del TC no ha impedido que la actual crisis constitucional se haya acabado materializando con toda su virulencia. El objetivo, no explicitado públicamente, pero sí reconocido por los diferentes actores, de atajar el movimiento secesionista sin llegar a activar la coacción estatal prevista en el art. 155 CE no se ha alcanzado. Y, sin embargo, la autoridad del Tribunal sí que ha resultado afectada. Con esta reforma el legislador orgánico ha caído en el peligroso olvido de muchas lecciones aparentemente bien asumidas, concentrando las funciones, la titularidad y buena parte de los procesos de aplicación de los nuevos instrumentos de ejecución de sus resoluciones en el propio TC.

Ha sido la primera vez que se realiza una reforma del Tribunal sin que se hubiese constatado un problema real. No se tuvieron en cuenta los óptimos resultados que hasta ahora había dado el desarrollo de la autonomía procesal del TC. Y tampoco que otros órganos del Estado pueden ejecutar sus resoluciones, mientras este ejerce su potestad original para determinar los órganos y la forma en la que han de ejecutar sus resoluciones.

Este refuerzo ejecutivo del Tribunal le ha situado como protagonista, y, en ciertos momentos, casi como solista, de la defensa de la Constitución, cuando nuestro sistema constitucional reparte esta responsabilidad entre todas las autoridades públicas y la ciudadanía. Además, la reforma ha avanzado en la senda que dirige hacia el establecimiento de los cauces jurisdiccionales como el instrumento prácticamente universal para solucionar todos los conflictos, ignorando su diversa naturaleza. Esta reforma se entiende como un nuevo episodio de la huida de la toma de decisión política para evitar sus responsabilidades, trasladándolas a los órganos jurisdiccionales. Y lo que es mucho más importante, ha comprometido la significación integradora que ha

de presidir el ejercicio de las funciones del TC, como recordó García-Pelayo en su discurso como presidente del Tribunal con motivo de su constitución pública. Difícilmente se puede sostener este argumento si el Tribunal tiene que actuar activamente en la imposición de su decisión, y si encuentra oídos sordos en las autoridades a las que se dirige. Como advirtió Tomás y Valiente en su discurso de despedida con ocasión de la renovación del Tribunal en 1992, si no se identifican correctamente aquellos problemas políticos que sí pueden resolverse por métodos jurisdiccionales, y se separan de aquellos que solo pueden ser resueltos por cauces políticos, se está corriendo el riesgo de tomar la senda más directa para «destruir una institución cuya autoridad es la autoridad del Derecho».

Esta reforma ha querido reforzar al Tribunal como parte efectiva de nuestra Constitución, pero a costa de comprometer el que siga siendo reconocida como una de sus partes dignificadas. El legislador orgánico ha incidido en la faceta jurisdiccional del TC, otorgándole poderes de ejecución que o bien son auténticamente excepcionales, o bien lo aproximan a un tribunal ordinario. No debe asumirse el recurso a los instrumentos de ejecución como parte de la normalidad del funcionamiento del sistema, sino como un mecanismo de excepción. Indudablemente, y como muchos han advertido, las instituciones ganan o pierden prestigio por lo que hacen, pero también por lo que con ellas se hace.

Bibliografía

- Acosta Sánchez, J. (1998). *Formación de la Constitución y Jurisdicción constitucional: Fundamentos de la Democracia Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Almago Nosete, J. (1989). *Justicia constitucional. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Álvarez Conde, E. (2018). La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional. ¿Un cambio de modelo de justicia constitucional? *Revista de Derecho Político*, 101, 661-701.
- Arzoz Santisteban, X. (2016). Los poderes de ejecución de los tribunales constitucionales alemán y austriaco. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 108, 13-49.
- Bassols Coma, M. (2010). *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República: La primera experiencia de la justicia constitucional en España*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Baum, L. (2016). The Implementation of U.S. Supreme Court Decisions. En R. Rogowski y T. Gawron (eds.). *Constitutional Courts in Comparison: The U. S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*. New York: Berghahn Books.

- Bayona Rocamora, A. (2019). *No todo vale. La mirada de un jurista en las entrañas del procés*. Barcelona: Ediciones Península.
- Beard, C. A. (1912). The Supreme Court: Usurper or Grantee? *Political Science Quarterly*, 27 (1), 1-35.
- Bickel, A. M. (1962). *The Last Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- Breyer, S. (2017). *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Brinks, D. M. y Blass, A. (2017). Rethinking judicial empowerment: The new foundations of constitutional justice. *International Constitutional Law Journal*, 15 (2), 296-331.
- Cappelletti, M. (1979). The Mighty Problem of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis. *Legal Issues of Economic Integration*, 2, 1-29.
- Chen, H. Y. A. y Poiares Maduro, M. (2013). The Judiciary and Constitutional Review. En M. Tushnet, T. Fleiner y C. Saunders (eds.). *Routledge Handbook of Constitutional Law* (pp. 97-109). London; New York: Routledge.
- Collings, J. (2015). *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court*. Oxford: Oxford University Press.
- Constant, B. (1814). *Réflexions sur les constitutions: La distribution de pouvoirs, et les garanties en dans une monarchie constitutionnelle*. Paris: Imprimerie Hocquet.
- Corte Heredero, N. (2010). Artículo 92. En J. J. González Rivas (dir.-coord.). *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: La Ley.
- Cortes Generales (1980). *Tribunal Constitucional: Trabajos Parlamentarios*. Madrid: Publicaciones de las Cortes Generales.
- Dahl, R. A. (1957). The Concept of Power. *Behavioral Science*, 2 (3), 201-215.
- De Visser, M. (2015). *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*. Oxford: Hart Bloomsbury.
- Eisenmann, C. (1986). *La Justices constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D'Autriche*. Paris: Editeur Economica.
- Favoreu, L. (1995). *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel.
- Feinman, J. M. (2012). *Supreme Court Decisions*. New York: Penguin Books.
- Fernández Farreres, G. (2018). Las nuevas facultades del Tribunal Constitucional para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, 15-44.
- Fernández Segado, F. (2013). Sir Edward Coke, El Bonham's Case y la Judicial Review. En *Libro de ponencias y comunicaciones del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional «Jorge Carpizo»*.
- Ferreres Comella, V. (2009). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- García Balaunde, D. (2009). Kelsen en París: Una ronda en torno al modelo concentrado. *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 13, 307-332.
- García de Enterría, E. (1981). La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: Técnicas y perspectivas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1 (1), 35-131.

- Gardbaum, S. (2018). What Makes for More or Less Powerful Constitutional Courts? *Duke Journal of Comparative and International Law*, 29 (1).
- Gawron, T. y Rogowski, R. (2016). Implementation of German Federal Constitutional Court Decisions: Judicial Orders and the Federal Legislature. En R. Rogowski y T. Gawron (eds.). *Constitutional Courts in Comparison: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court* (pp. 1951-1987). New York: Berghahn Books.
- Ginsburg, T. (2008). The Global Spread of Constitutional Review. En K. E. Whittington, R. D. Kelemen y G. A. Calderia (eds.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press.
- Ginsburg, T. y Versteeg, M. (2013). Why do Countries Adopt Constitutional Review. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 29 (6), 587.
- González-Deleito Domingo, N. (1980). *Tribunales Constitucionales: Organización y funcionamiento*. Madrid: Tecnos.
- González Hernández, E. (2016). El artículo 155 CE y la LO 15/2015 de 17 de octubre de reforma de la LOTC: ¿ineludible reciprocidad o círculo perverso? *Teoría y Realidad Constitucional*, 36, 529-557.
- González Pérez, J. (1980). *Derecho Procesal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- Hall, M. E. K. (2011). *The Nature of the Supreme Court Power*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hamilton, A. (2004). *El Federalista*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Harding, A. y Leyland, P. (eds.) (2009). *Constitutional Courts: A Comparative Study*. London: Wildy, Simmonds and Hill Publishing.
- Hirschl, R. (2011). The Nordic counternarrative: Democracy, human development, and judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, 9 (2), 449-469. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mor034>.
- Huelin Martínez de Velasco, J. (2001). Artículos 87 y 92. En J. L. Requejo Pagés. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional; Boletín Oficial del Estado.
- Issacharoff, S. (2015). *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kelsen, H. (1942). Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution. *Journal of Politics*, 4, 183-200.
- (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México D. F.: Universidad Autónoma de México.
- (2011). La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, 249-300.
- Kneip, S. (2016). The Impact of the German Federal Constitutional Court Consolidation and Quality of Democracy. En R. Rogowski y T. Gawron (eds.). *Constitutional Courts in Comparison: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court* (pp. 254-281). New York: Berghahn Books.
- Lozano Miralles, J. y Saccomanno, A. (2000). *El Tribunal Constitucional: Composición y principios jurídico-organizativos (el aspecto funcional)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Matía Portilla, F. J. (2016). Las tensas relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y los límites de la (legítima) discrepancia entre ellos. *Revista de Derecho Político*, 97, 13-48.
- Matsui, S. (2011). *The Constitution of Japan. A Contextual Analysis*. Oxford; Portland: Hart Publishing.
- Montesinos Padilla, C. (2017). *La tutela multinivel de los derechos desde una perspectiva jurídico procesal: el caso español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montoro Puerto, M. (1991). *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*. Madrid: Colex.
- Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V. (2015). *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno Fernández, J. I. (2010). Artículo 87. En J. J. González Rivas (dir.-coord.). *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: La Ley.
- Oubiña Barbolla, S. (2012). *El Tribunal Constitucional: Pasado, presente y futuro*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Peces-Barba Martínez, G. (1980). *El Tribunal Constitucional* (vol. 3). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Pérez Tremps, P. (1985). *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2016). *Sistema de Justicia Constitucional*. Cizur Menor: Civitas.
- Plucknett, F. (1926-1927). Bonham's Case and Judicial Review. *Harvard Law Review*, 30-70.
- Queralt Jiménez, A. (2018). Estrasburgo se estrena en el «Procés» con una inadmisión. *Agenda Pública* [blog], 4-10-2018. Disponible en: <https://bit.ly/2NMyIwa>.
- Rodríguez-Patrón, P. (2001). La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su derecho procesal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 62, 125-178.
- Rosenfeld, M. (2004). Constitutional Adjudication in Europe and in the United States: Paradoxes and Contrasts. *International Constitutional Law Journal*, 2 (4), 633-668.
- Rubio Llorente, F. (1992). Seis tesis sobre la Jurisdicción constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35, 9-39.
- Schabe, J. (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*. Berlín: Konrad Adenauer Stiftung.
- Shapiro, M. (1986). *Courts: Comparative and Political Analysis*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Stone Sweet, A. (2012). Constitutional Courts. En M. Rosenfeld y A. Sajó. *The Oxford Handbook of comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Thorne, S. E. (1938). Dr. Bonham's Case. *Law Quarterly Review*, 54, 543.
- Tocqueville, A. (2010). *La democracia en América*. Madrid: Trotta.
- Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press.

- (2011). Abolishing Judicial Review. *Constitutional Commentary*, 27, 581.
- (2014). *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Urosa Sánchez, J., San Miguel Pérez, E., Ruiz Rodríguez, I. y Marhuenda García, F. (1999). *El Tribunal de Garantías constitucionales de la II República: colección documental*. Madrid: Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid.
- Vanberg, G. (2001). Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic approach to Constitutional Review. *American Journal of Political Science*, 45 (2), 346-361.
- (2015). Constitutional Courts in Comparative Perspective: A theoretical assessment. *The Annual Review of Political Science*, 18, 167-185.
- Vega, P. de (1979). Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución. *Revista de Estudios Políticos*, 7, 93-118.
- Villaverde Menéndez, I. (2016). Cumplir o ejecutar: La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 643-682.
- Viver Pi-Sunyer, C. (2013). Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales? *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 13-44.
- Wahl, R. y Wieland, J. (1997). La Jurisdicción constitucional como bien escaso: El acceso al Bundesverfassungsgericht. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 51, 11-35.
- Zagrebelsky, G. y Marcenò, V. (2012) *Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LOS
JUECES Y TRIBUNALES ESPAÑÓLES. A PROPÓSITO
DE LA STC 140/2018, DE 20 DE DICIEMBRE

The Conventuality Control by Spanish Judges and
Courts. About the STC 140/2018, of december 20th

MANUEL FONDEVILA MARÓN¹

Universitat de Lleida

manuelfondevila@dpub.udl.cat

Cómo citar/Citation

Fondevila Marón, M. (2019).

El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles:
a propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(2), 439-458.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.13>

Resumen

En el presente trabajo se analiza la posibilidad, consagrada en el FJ 6 de la STC 140/2018, de 20 de diciembre, de que los jueces ordinarios realicen el llamado con-

¹ Manuel Fondevila es doctor europeo (con premio extraordinario) en Unión Europea por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (2013) y doctor internacional (con premio extraordinario) en Derecho por la Universidade da Coruña. Actualmente es profesor lector Serra Hunter de Derecho Constitucional (acreditado como profesor agregado por AQU Catalunya y contratado doctor por ANECA) en la Universitat de Lleida y profesor tutor de Ciencia Política en el Centro Asociado de la UNED en Cervera. Ha sido profesor visitante en la Universidade Federal do Maranhão (noviembre 2015-marzo 2017) y en la Universidad Anáhuac de Xalapa (septiembre de 2017), y profesor y coordinador académico del Grado de Ciencias Políticas en la Universidad Internacional de La Rioja. Es autor de más de cincuenta publicaciones en editoriales y revistas indexadas de España, Brasil, México, Chile y Perú. Contacto: manuelfondevila@dpub.udl.cat / 973703238.

trol de convencionalidad. Dado que es una materia bastante desconocida y sobre la que existe bastante resistencia por parte de jueces y tribunales, se hará un repaso sobre los debates teóricos y la práctica del mismo en nuestro país disertando, en concreto, sobre el reforzado papel de la jurisdicción ordinaria en la protección de los derechos fundamentales y si ello supone —como se ha dicho— un riesgo para el papel de la justicia constitucional o, más bien, todo lo contrario. Por último, se sacarán conclusiones de la práctica de este instrumento en el continente latinoamericano, de cara a su implantación completa en nuestro ordenamiento jurídico a todos los niveles.

Palabras clave

Control de convencionalidad; Justicia Constitucional; Derechos Fundamentales.

Abstract

This paper analyzes the possibility, enshrined in the 6th basis of STC 140/2018, of December 20, for ordinary judges to carry out the so-called conventionality control. Given that it is a matter quite unknown and on which there is a lot of resistance from judges and courts, a review will be made on the theoretical debates and the practice of it in our country, speaking, in particular, on the reinforced role of the ordinary jurisdiction in the protection of Fundamental Rights and if this implies - as has been said - a risk to the role of constitutional justice or, rather, the opposite. Finally, conclusions will be drawn from the practice of this instrument in the Latin American continent with a view to its full implementation at all levels in our legal system.

Keywords

Conventionality Control; Constitutional Justice; Fundamental Rights.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: LA STC 140/2018, DE 20 DE DICIEMBRE DE 2018. II. ESTADO DE LA CUESTIÓN: EL DEBATE TEÓRICO Y LA PRÁCTICA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN ESPAÑA. III. CONSIDERACIONES SOBRE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO JURISDICCIÓN DE LA LIBERTAD. IV. RETOS DEL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: LA EXPERIENCIA AMERICANA. V. REFLEXIÓN FINAL. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN: LA STC 140/2018, DE 20 DE DICIEMBRE DE 2018

La STC 140/2018, de 20 de diciembre, declaró la constitucionalidad de la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal. Con la nueva redacción que esta ley otorga al art. 23 LOPJ se establecen nuevos requisitos de conexión, diversos para cada tipo de delito, para extender la competencia de los jueces y tribunales españoles más allá de nuestras fronteras, excluyendo, además, la denuncia como instrumento de activación del procedimiento penal y la acción popular prevista para estos supuestos.

A juicio de los recurrentes (cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista), se trataba de una ley regresiva, que atentaba contra los principios de interdicción de la arbitrariedad y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y lesiva de los derechos al acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE) y a que ese acceso se garantizase, en condiciones de igualdad, a todos los ciudadanos españoles (art. 14 CE). Entendían, asimismo, que la ley orgánica impugnada vulneraba el art. 10.2 CE, por afectar al contenido de la jurisdicción universal que determinados tratados firmados y ratificados por España otorgan a esa noción. Adicionalmente, se estimaba que la ley violaba el art. 96 CE por cuanto modificaba, sin seguir el procedimiento previsto en tal precepto, algunos tratados internacionales firmados por España que prevén la persecución universal de determinados delitos. La demanda identificaba en los nuevos arts. 23.2 b) y 23.6 LOPJ la lesión de los arts. 24.1, 124 y 125 CE, en la medida en que se suprimían la denuncia y la acción popular como instrumentos de inicio de un procedimiento penal en los casos de extensión extraterritorial de la

jurisdicción. Y se imputaba, por último, a la disposición transitoria de la Ley Orgánica 1/2014 la vulneración del art. 117 CE, en su vertiente de exclusividad de la jurisdicción, en la medida en que la misma prevé el sobreseimiento provisional de los procedimientos incoados merced a la regulación previa de la extensión de jurisdicción.

En dicho procedimiento se personó la mesa del Congreso de los Diputados para responder a los reproches que la demanda hacía respecto del procedimiento legislativo seguido, indicando que consisten en un desacuerdo político sobre la forma de tramitación de la proposición de ley, que no cabe reconducir a causa de inconstitucionalidad alguna.

Por su parte, la Abogacía del Estado solicitó la desestimación de la demanda, negando la arbitrariedad y ausencia de seguridad jurídica en la nueva regulación, la desnaturalización de la jurisdicción universal y la contradicción entre la ley y el art. 10.2 CE. Descartó la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas españolas, justificando las razones de la exclusión de la nacionalidad de la víctima como punto de conexión respecto de la persecución de determinados delitos, y rechazó la contradicción de la Ley Orgánica 1/2014 con el art. 96 CE, negando la premisa de que la nueva redacción del art. 23 LOPJ contrariase los tratados internacionales sobre la materia firmados por España. Rechaza también la denuncia de los vicios de inconstitucionalidad que el recurso atribuye a la nueva redacción de los arts. 23.2 b) y 23.6 LOPJ, al considerar justificadas las restricciones incluidas en estos preceptos respecto del ejercicio de la acción penal al referirse a la extensión extraterritorial de la jurisdicción, que es, en sí misma, una excepción al criterio general del principio de territorialidad. Por último, refutó la inconstitucionalidad de la disposición transitoria de la Ley Orgánica 1/2014, negando que infringiese el principio de exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción que contempla el art. 117.3 CE y la interdicción de aplicación retroactiva de las normas restrictivas de derechos.

Tras una serie de consideraciones previas, el Tribunal concluye, en primer lugar, que se trata, ciertamente, de una ley que restringe el alcance del principio de jurisdicción universal respecto de la regulación anterior (FJ 4), pero que ello no contradice el art. 10.2 en relación con el 24.1 CE dado que los tratados no configuran un principio absoluto y general de jurisdicción universal que sea de obligada aplicación por los Estados (FJ 5). En segundo lugar, respecto de la vulneración del art. 96 CE, entiende que lo que los recurrentes solicitan es un control de convencionalidad de la norma por parte del Tribunal que queda fuera de sus competencias (FJ 6). En tercer lugar, afirma el Tribunal, que, aun cuando la nueva regulación pueda ser más gravosa para las víctimas, entra dentro de las facultades del legislador, puesto que esta no vulnera la seguridad jurídica ni resulta de criterios extravagantes, imprevisibles

o discriminatorios (FJ 7), como también ocurre con la opción por suprimir la denuncia y la acción popular (FJ 8). Por último, se descarta la vulneración del art. 9.3 CE por no contener la regulación normas sancionadoras desfavorables ni restrictivas de derechos individuales (FJ 9).

La sentencia cuenta con el voto particular concurrente del magistrado Antonio Narvárez Rodríguez, que discrepa de la argumentación mayoritaria en el FJ 5, pues entiende que los tratados sobre jurisdicción universal caen fuera del ámbito del art. 10.2 CE.

Como se puede observar, la resolución aborda dos cuestiones de gran trascendencia teórico-práctica. En primer lugar, el problema de la competencia extraterritorial de los juzgados y tribunales españoles para el conocimiento de determinados tipos de delitos, que es siempre una cuestión de enorme sensibilidad política². En segundo lugar, la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de nuestro país ejerzan un control de convencionalidad de las leyes españolas, inaplicándolas cuando sean contrarias a tratados suscritos por España (una cuestión que ha generado un interesante debate doctrinal y que todavía suscita dudas y resistencias entre los órganos del Poder Judicial).

Dado que la primera de las cuestiones mencionadas ya ha sido abordada previamente por la jurisprudencia constitucional (STC 237/2005, sobre Guatemala)³ y ha sido, asimismo, más estudiada por la doctrina española⁴, en las siguientes páginas se analizará la segunda de ellas, pues se trata de un pronunciamiento novedoso y consagrador de este instrumento por parte del Tribunal.

Para el supremo custodio constitucional, el control de convencionalidad por los órganos jurisdiccionales ordinarios se reduce a una mera cuestión jerarquía normativa, ya que «el marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho [sic] aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria» (STC 140/2018, FJ 6), y solo a ellos, ya que:

[...] el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho [sic] aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante,

² Las presiones de la República Popular China tuvieron su influencia en la decisión de restringir el alcance de la jurisdicción universal (Sanchez Legido, 2014: 6 y ss.).

³ Sobre esta sentencia, *vid.* Llobret Angl, 2006.

⁴ Por todos, desde un punto de vista general teórico práctico, Chinchón Álvarez, 2014, y bibliografía allí citada.

y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho [sic] formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza «que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia» (*ibid.*)⁵.

Cabe preguntarse, y así lo ha hecho ya algún autor, si existe el riesgo de que la jurisdicción ordinaria arrincone, de este modo, a la jurisdicción constitucional en materia de protección de Derechos Fundamentales⁶. A lo largo de las siguientes páginas se tratará de demostrar, con argumentos teóricos y mediante el uso del Derecho Constitucional Comparado, que el control de convencionalidad resulta imprescindible en un sistema de justicia constitucional, por lo que el único riesgo para esta es la negativa que ha mostrado el Tribunal de hacerlo él también en el ejercicio del control de constitucionalidad.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN: EL DEBATE TEÓRICO Y LA PRÁCTICA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN ESPAÑA

El 1 de febrero de 2019 la asociación de Juezas y Jueces para la Democracia emitía un comunicado muy crítico con la sentencia comentada, sobre todo, por la tesis que la misma contiene respecto de la jurisdicción universal

⁵ Se añaden así dos matices a lo que —ante una alegación similar— el Tribunal Constitucional había establecido en el FJ 14 de la STC 49/1988 («Lo que se discute por los recurrentes es si el contenido de la Disposición adicional segunda es o no contrario a lo previsto en el Convenio, es decir la adecuación de una norma legal a lo preceptuado por el tratado, que tiene también fuerza de ley en el ordenamiento interior. Ahora bien, el examen de esa supuesta contradicción no corresponde a este Tribunal y no procede, por tanto, entrar en el fondo de este motivo alegado por los recurrentes, ya que no puede considerarse vulnerado el art. 96.1 de la Constitución»). En el mismo sentido SSTC 28/1991 (FJ5); 207/2013 (FJ4); y 270/2015 (FJ6).

⁶ De este modo lo formulaba el profesor Fernando Álvarez-Ossorio Micheo en una conferencia pronunciada el 2 de abril en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) titulada «Convencionalidad como constitucionalidad. La STC 140/2018, FJ 6, ¿un epitafio para el Tribunal Constitucional?».

en relación con los Derechos Fundamentales⁷. Pero a renglón seguido —y por lo aquí interesa— valoraba también positivamente la novedad introducida en el FJ 6 de la sentencia, indicando al respecto: «[...] no negamos [...] que la sentencia pueda contener aspectos positivos porque de forma clara subraya que le corresponde al juez ordinario el llamado “control de la convencionalidad” de las normas». Con todo, se indicaba también:

[...] el «control de convencionalidad» es un tema no exento de complejidad, tradicionalmente objeto de muchas resistencias, y con una escasa extensión y comprensión en buena parte de nuestros jueces ordinarios. Esta realidad nos lleva a convenir en que no serán pocas las dificultades, al menos en las etapas iniciales de aplicación de esta jurisprudencia constitucional, para lograr la correcta aplicación del Derecho y alcanzar la justicia para las víctimas de los más graves crímenes internacionales.

A pesar de las dudas al respecto, el control de convencionalidad se ha venido ejerciendo en España, aunque de manera puntual. Ejemplo de ello es la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Tarragona de 2 de abril de 2014. En el FJ 7 de esta resolución, el juez inaplica el art. 4.3 EDL 3/2012 (período de prueba de un año) en virtud de lo dispuesto en el art. 4.4 de la Carta Social europea razonando que «de acuerdo con el principio de jerarquía establecido en el art. 9.3 de la Constitución Española, debe prevalecer la norma internacional que resulta de aplicación»⁸. Pero, aparte de que los casos en los que la jurisdicción ordinaria ha ejercido el control de convencionalidad, prácticamente pueden contarse con los dedos de las manos, también es cierto que todavía pueden apreciarse muchas dudas y vacilaciones, confundiendo especialmente control de convencionalidad y de constitucionalidad, como demuestran algunos ejemplos de autos de tribunales superiores de justicia planteando cuestiones de inconstitucionalidad (*vid.* trabajo citado en nota *supra*) que cuentan con votos particulares de magistrados entendiendo que no resulta necesaria su remisión.

En el plano teórico la cuestión tampoco es que haya sido objeto de mucha atención. Sin embargo, durante esta última década se han publicado dos importantes obras que abordan esta cuestión con —además— dos tesis contrapuestas al respecto. El profesor L. Jimena (2013) lleva defendiendo desde hace más de una década que este control de convencionalidad sea realizado por los jueces ordinarios, como en el sistema americano de protección de derechos humanos. Se basa en lo dispuesto en los arts. 9.3, 10.2, 96 de la Constitución y en los arts. 5 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Para este autor, aunque

⁷ El texto completo del mismo está accesible aquí: <https://bit.ly/346UTnF> (acceso el 20 de agosto de 2019).

⁸ Más ejemplos en Salcedo Beltran, 2014.

el TEDH no haya establecido expresamente esta obligación, la misma deriva de lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El profesor R. Canosa (2015), por su parte, entiende inconveniente un control de convencionalidad difuso, y propone una reforma constitucional para que sea el supremo intérprete constitucional el que lleve a cabo el control concentrado de convencionalidad, excepto para una simple armonización —vía interpretación— de la normativa interna con la internacional.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO JURISDICCIÓN DE LA LIBERTAD

Aunque el término «control de convencionalidad» y la práctica efectiva por parte de los jueces y tribunales sean —como se acaba de ver— relativamente recientes, la cuestión se había planteado y resuelto ya de modo teórico a principios del siglo xx. Para uno de los constitucionalistas más relevantes de este período: «[...] si la Constitución reconoce al Derecho internacional [sic] como parte integrante del Derecho nacional y si en ese país funciona la justicia constitucional, el conflicto entre la ley y el Tratado no puede tener más que una solución: la primacía del Tratado» (Mirkin-Guetzévitch, 2008: 298).

Aunque el constitucionalista ucraniano afincado en Francia se refería en la cita anterior a los Estados Unidos, su conclusión es perfectamente extrapolable al continente europeo en general y a España en particular. Dado que esta primacía de los tratados era reconocida en nuestro país tanto por la doctrina como por la jurisprudencia mucho antes de su positivización normativa en el art. 31 de la Ley 25/2014, la resistencia, por parte de los órganos judiciales, a llevarla a la práctica, inaplicando, en el caso concreto, la normativa nacional que los contradiga, solo puede proceder de una mala interpretación del llamado modelo concentrado de justicia constitucional, por entender, según la famosa máxima montesquiana, que el juez no puede ser más que la boca de la ley. Esta concepción está claro que lleva tiempo desfasada precisamente en el continente donde triunfaron las tesis kelsenianas acerca de la justicia constitucional, pues, como es de sobra conocido, el TJCE (hoy TJUE) estableció, en su célebre Sentencia *Costa c. Enel*, de 15 de julio de 1964, la obligación de los órganos judiciales nacionales europeos de dejar sin efecto cualquier ley contraria —anterior o posterior— a una norma de Derecho de la Unión Europea. Es decir: hace ya más de cincuenta años que los órganos judiciales estatales tienen la facultad de no aplicar, en determinados casos, normas con rango de ley y, actualmente, practican, de hecho, un verdadero control de convencionalidad respecto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Nuevo, 2015). En el caso concreto de España, también los

jueces ordinarios pueden inaplicar, por su sola autoridad, leyes preconstitucionales (STC 11/1981).

Adicionalmente, estudios recientes sobre justicia constitucional ponen de manifiesto que la dicotomía entre modelos difusos y modelos concentrados de justicia constitucional basada en la existencia de uno o más órganos llamados a ejercer el control de constitucionalidad resulta excesivamente simplificadora (Pegoraro, 2015: 46). El modelo difuso por excelencia (el estadounidense) presenta importantes elementos de concentración ya desde su propio origen, pero, sobre todo, tras las reformas procesales de 1988 que eliminaron su jurisdicción de apelación también respecto de los tribunales federales, pudiendo ahora discrecionalmente decidir sobre qué casos conocer. En Europa, además de que algunos países, como España, han incluido elementos de cierto control difuso (la cuestión de constitucionalidad), en Portugal existe un verdadero control difuso y un control concentrado en manos del Tribunal Constitucional.

De hecho, como se ha visto en la introducción, el Tribunal Constitucional se ha cuidado de considerar que el control de convencionalidad consistiese en un juicio por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria sobre la validez de las normas con rango de ley, y lo ha reducido a un mero conflicto de «ley aplicable», siendo el corolario de ello que el mismo queda fuera de sus atribuciones. Su conclusión, lamentablemente, demuestra también un claro desconocimiento de la teoría constitucional de la justicia constitucional concentrada. Precisamente el fundador de la Escuela de Viena se preguntaba [en 1925] si un tribunal constitucional debía anular una ley por ser contraria a un tratado internacional, y su respuesta era clara y contundente: cuando la Constitución reconoce al Derecho Internacional como parte del ordenamiento jurídico interno (independientemente de si le atribuye a los acuerdos internacionales naturaleza de ley constitucional o no), una ley contraria a un tratado es, por consiguiente —al menos indirectamente— inconstitucional. Afirma, de hecho, que «contra la anulación de las leyes ordinarias —o de los actos equivalentes o subordinados a estas leyes— contrarias a los Tratados no es posible esgrimir serias objeciones» (Kelsen, 1981: 186). En este caso —afirma—, la Constitución quiere que los tratados internacionales sean respetados por el legislador.

Es cierto que quien fuera presidente del Tribunal Constitucional austríaco sostiene —de manera discutible teniendo en cuenta lo que hoy establece el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados— la conclusión contraria cuando la Constitución no hace mención alguna al Derecho Internacional. Sea como fuere, está claro que no es el caso de la Constitución española a raíz de lo dispuesto en los arts. 10.2 y 96. Incluso sobre los tratados a los que se refiere el primero de estos preceptos el Tribunal

Constitucional ha declarado que, aunque constituyen una fuente interpretativa (Castellà, 2000), ello no los convierte en canon autónomo de constitucionalidad (SSTC 64/1991, 373/1993 y 41/2002). Por consiguiente, se puede dar una declaración de inconstitucionalidad por vulneración de un precepto constitucional interpretado a la luz de un tratado internacional relativo a Derechos Humanos. Es el caso de la STC 236/2007, en la cual, en el FJ 6, el TC declara: «[...] esta regulación legal [el art. 7.1 L.O 4/2000] vulnera el art. 21 CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.2 CE». No obstante, esto no ocurrirá con otro tipo de tratados ni cuando el contenido de estos no se corresponda con ningún derecho constitucional. De hecho, en la misma sentencia, FJ 11, el TC establece que «la Constitución no reconoce un derecho a la vida familiar en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE», no viendo motivo, pues, de inconstitucionalidad en las remisiones reglamentarias contenidas en la citada ley.

Sin embargo, el supremo custodio constitucional, tal y como se vio, sí se arroga competencia para, en el marco de un procedimiento de amparo, revisar la selección de la ley aplicable realizada por el órgano jurisdiccional ordinario. Ejercería, de este modo, una suerte de control de convencionalidad a través de la concesión de un amparo por violación del art. 24.1 CE, si el juez o tribunal que dictaron la sentencia recurrida no aplicasen al caso concreto, de manera arbitraria, irrazonada o irrazonable, un tratado internacional en vigor. Es decir, que paradójica y, desde luego, contrariamente a la idea de modelo concentrado de justicia constitucional, el Tribunal no va a impedir que el legislador apruebe, a pesar de lo dispuesto en el 96.1 CE, una ley contraria a un tratado internacional, pero podrá en su caso conceder un amparo contra una resolución que aplique dicha norma. Al menos en una ocasión el TC ha procedido de este modo: en la STC 245/1991 (FJ 4) el TC afirmó que «la declaración de violación del art. 6.1 del Convenio, implica al mismo tiempo, de acuerdo a la cláusula del art. 10.2 C.E., una constatación de la existencia de una violación del derecho a un proceso público con todas las garantías del art. 24.2 CE», lo que ha llevado a pensar que, de la misma forma, sería posible declarar inconstitucional una ley por incumplir un tratado relativo a Derechos Humanos. Pero tanto, en este caso, como en el de la STC 236/2007, se trataría, más bien, de un control de constitucionalidad (López Guerra, 2019: 58).

Acaso pudiera pensarse que, en tanto que en el diseño teórico de Hans Kelsen los particulares no tenían acceso directo al Tribunal Constitucional, nuestro supremo custodio constitucional habría encontrado una solución ra-

zorable y deferente para con el legislador, pero su modo de proceder le lleva a incurrir en no pocas contradicciones. Veamos dos ejemplos suficientemente ilustrativos. En primer lugar, se ha señalado ya en la introducción que el voto concurrente de esta Sentencia 140/2018 critica el modo de actuar del Tribunal en el fundamento jurídico 5, en donde (de modo similar a como hizo en la STC 236/2007) examina los acuerdos internacionales en materia de jurisdicción universal, a pesar de que los mismos no pueden considerarse, en rigor, dentro del marco de aplicación del art. 10.2 CE. En segundo lugar, en algunas ocasiones, como ocurre en la STC 11/2016, se dota de un nuevo contenido al art. 18.1 CE (referido a la «intimidad privada y familiar»), incluyendo dentro de este, y basándose en la jurisprudencia del TEDH sobre el más amplio «derecho a la vida privada y familiar» del art. 8 CEDH, el derecho de los padres a despedirse de los restos mortales de una criatura abortiva (la solución adoptada fue criticada por los votos particulares de los magistrados Francisco de los Cobos y Encarnación Roca Trías).

Una postura más acorde con la apertura internacionalista de nuestra Norma Fundamental, así como con el papel que debe jugar la justicia constitucional, implicaría incorporar los tratados al «bloque de constitucionalidad», de modo que una ley pudiera ser declarada inconstitucional por vulnerar cualquier tipo de convenio internacional, obligando, los específicos de Derechos Humanos, a interpretar los Derechos Fundamentales reconocidos en la Constitución de acuerdo con los mismos⁹. El TC español parece, por el contrario, seguir la «jurisprudencia IVG» (sobre la interrupción voluntaria del embarazo) del Consejo Constitucional francés, el cual también rechaza seguir estándares internacionales en el control de constitucionalidad, indicando que el control de la adecuación de la legislación nacional a los tratados ha de realizarse por la jurisdicción ordinaria (Jimena, 2019: 448).

Así pues, si acaso la jurisdicción ordinaria pudiera arrinconar al Tribunal Constitucional en materia de Derechos Fundamentales, no sería, pues, y como es lógico, porque esta lleve a cabo el ejercicio del control de convencionalidad que no solo —como se vio en el apartado anterior— la Constitución y las leyes, sino también —lo acabamos de ver— la justicia constitucional, le

⁹ Pocas constituciones reconocen expresamente —como lo hace la de Eslovenia (art. 160.1.2)— la facultad del Tribunal Constitucional de anular una ley por contraposición con un tratado. En algunas se deduce de sus disposiciones (en Holanda, se entiende que el art. 91.3 otorga a los tratados internacionales un rango superior al de la Constitución). En otros casos la Constitución otorga a los tratados internacionales en materia de derechos humanos rango constitucional, teniendo los demás rango infraconstitucional (*vid.*, a modo de ejemplo, el art. 50.3 de la Constitución de Austria, el 93 de la Constitución de Colombia o el art. 75.22 de la Constitución de Argentina).

imponen, como por este ejercicio de dejación de funciones por parte del Alto Tribunal. Negarse, como sugería Kelsen, a declarar la inconstitucionalidad de una norma por violación indirecta de la Constitución por ser esta contraria a un precepto constitucional, puede muy bien generar la impresión de que el Tribunal Constitucional resulta una instancia menos protectora de los derechos de los ciudadanos que los jueces y tribunales ordinarios. Buen ejemplo de ello lo constituye la STC 119/2014, en donde, por negarse el Tribunal, tal y como critica el voto particular del magistrado Fernando Valdés Dal-Re (ponente de la STC 140/2018 que aquí comentamos), y a quien se adhieren la magistrada Adela Asúa Batarrita y el magistrado Luis Ignacio Ortega Álvarez, a aplicar los estándares internacionales relativos a la protección del derecho del trabajo, se declara constitucional el artículo del RDL 3/2012, que se ha visto que había sido inaplicado por varios órganos jurisdiccionales ordinarios. Lógicamente, nada impide —desde un punto de vista técnico— que una ley declarada constitucional por el Tribunal Constitucional (y, por lo tanto, válida) quede supeditada en su aplicación (por lo tanto, en su eficacia) a una norma internacional que prevalece (art. 31 de la Ley 25/2014), pero está claro que ello puede derivar en un aumento de la litigiosidad.

Debe recordarse, además, que la reforma operada en el recurso de amparo por la LO 6/2007 y los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional (STC 155/2009) hacen tan poco plausibles las posibilidades de que un recurso de amparo sea, si quiera, admitido a trámite, que algún autor incluso se ha preguntado si este tiene algo que ver, en su configuración actual, con el remedio contra violaciones de derechos fundamentales ideado por el constituyente de 1978 (Tenorio, 2018).

No es este, como es lógico, el lugar oportuno para dirimir ni si la reforma era o no necesaria ante la situación de colapso que llegó a vivirse en el Tribunal Constitucional (en 2006 se presentaron ante el Tribunal Constitucional 11 471 recursos de amparo), ni tampoco si ha resultado eficaz a la luz de los datos actuales (6287 recursos planteados en 2017, pero con un porcentaje de éxito todavía no superior al 2 %). Lo que, por el contrario, interesa, de cara a poder realizar alguna aportación al debate que se ha venido planteando, es concluir este apartado con una serie de reflexiones acerca del papel de la jurisdicción ordinaria y del Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales.

El juicio de amparo es una creación original del constitucionalismo mexicano del siglo XIX, pudiendo ser considerado padre intelectual del mismo Mariano Otero. Ahora bien, este nada tiene que ver con nuestro recurso de amparo constitucional establecido en la Constitución de 1978, inspirado directamente en la *verfassungsbeschwerde* alemana, establecida primero por vía legislativa y después mediante reforma constitucional en 1969. Solo en unos

pocos Estados europeos, además de España y Alemania (concretamente en Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Polonia y República Checa), los particulares tienen acceso directo al Tribunal Constitucional.

Pero que exista la posibilidad no significa que no sea en los juzgados y tribunales ordinarios donde, con carácter preferente, debe ponerse remedio a las presuntas violaciones de Derechos Fundamentales. Ello es así porque el recurso de amparo convierte al Tribunal Constitucional en una suerte de tribunal de «supercasación», constituyendo, como ha señalado —en contra del parecer mayoritario en la doctrina española— el profesor De Vega (2002: 702), un «recurso de los desesperados». De hecho, el propio Tribunal Constitucional reconoce que debe ser en la jurisdicción ordinaria donde los particulares logren reparar eventuales lesiones de sus Derechos Fundamentales (por todas, STC 147/1994), pudiendo hacerlos valer en ese nivel también frente a violaciones producidas por particulares.

Las razones históricas por las que la Constitución española de 1978 decidió establecer el recurso de amparo constitucional¹⁰ (unos integrantes del Poder Judicial que se habían formado y hecho la carrera en el franquismo) resultan muy comprensibles, y nadie negará tampoco la enorme aportación a la dogmática de los Derechos Fundamentales que a través de la resolución de los recursos de amparo ha llevado a cabo el Tribunal. Pero no se debe olvidar, tampoco, que porque la Constitución es una norma interpretable por todos los operadores jurídicos (incluidos, por supuesto, los órganos jurisdiccionales ordinarios), un tribunal constitucional debe, en la medida de lo posible, abstenerse de imponer una única interpretación posible de los derechos reconocidos en la Constitución (Bustos Gilbert, 1999: 289). De hecho, son también este tipo de resoluciones las que han provocado lamentables enfrentamientos con el Tribunal Supremo (Matia Portilla, 2016).

IV. RETOS DEL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: LA EXPERIENCIA AMERICANA

Como bien indica nuestro supremo intérprete constitucional en el FJ 6 de la sentencia que estamos comentando, el concepto de control de convencionalidad surgió en el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En concreto, en la bien conocida Sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, de 2006, la CIDH indicó que «cuando un Estado

¹⁰ En sede constituyente, algunos senadores, como Martín Retortillo, Azcárate y Angulo, mostraron sus dudas sobre la idoneidad de establecer dicho instrumento.

ha ratificado un Tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos», aunque matizaba en *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* que ello «tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones».

Estas resoluciones vinieron a consagrar una evolución jurisprudencial por parte de la Corte consistente en confrontar la Convención con la normativa nacional. En los casos *Loayza Tamayo versus Perú* (1997) o *Suárez Rosero versus Ecuador* (1997) la Corte había considerado ciertas normativas internas como contrarias a la Convención, pero sin indicar claramente que deban ser anuladas. En los casos de «La última tentación de Cristo» (*Olmedo y Bustos contra Chile*, 2001) y *Barrios Altos versus Perú* (2001) reconocía ya que las normas internas que evitan la aplicación de la Convención no podían constituir un obstáculo a la eficacia del tratado. Por lo que respecta, en concreto, a la expresión «control de convencionalidad», aparece por primera vez en el voto concurrente del juez García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (2003).

La evolución reciente de este control de convencionalidad consiste en el paso de un control puramente «represivo» a uno «constructivo» (Sagüés, 2014), que obliga a adaptar, tanto por parte del Poder Judicial como por Parte del Legislativo, toda normativa nacional a las disposiciones de la Corte¹¹.

En este continente, además, los tribunales constitucionales y cortes supremas han incorporado, por lo general, al menos los tratados en materia de Derechos Humanos al «bloque de constitucionalidad», y convertido, por tanto, a estos, en parámetro de constitucionalidad de las leyes, con reticencias en algún caso, como el chileno (Nogueira, 2012). Además, esto es así tanto en los sistemas de justicia constitucional, en los que se concentra en un solo órgano, la competencia de llevar a cabo el control de constitucionalidad (Costa Rica), como en aquellos sistemas donde cada juez puede llevarlo a cabo (Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Perú, República Dominicana).

¹¹ En *Radilla Pacheco vs México* la Corte indica que «es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal» (§340). Tesis que se repite en *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.

La experiencia del continente latinoamericano confirma nuestra hipótesis de que el control de convencionalidad, lejos de debilitar, refuerza la jurisdicción constitucional. En concreto, se ha observado un «diálogo bidireccional» (Ayala, 2013: 160 y ss.) en el que, del mismo modo que los altos tribunales y cortes constitucionales nacionales recogen la jurisprudencia de la CIDH, este también utiliza y cita la jurisprudencia de aquellos¹².

En todo caso, y como es obvio, que el concepto de control de convencionalidad se haya desarrollado en el ámbito del Derecho Internacional regional de Derechos Humanos en el continente americano no quiere decir que solo estos instrumentos puedan servir de parámetro para el enjuiciamiento de las leyes. Tal y como se ha visto, el control de convencionalidad se ha venido practicando, sobre todo, en el ámbito de los derechos sociales, contrastando la normativa y la jurisprudencia nacional con textos como la CEDS, el Convenio de la OIT, etc. Así pues, del modo en que ha sido formulado, este control de convencionalidad «constructivo» o «preventivo» (porque opera antes de que el Poder Judicial repare una eventual lesión) consistiría en una suerte de «voluntad constitucional» (Ruipérez, 2017: 293) por parte de creadores y operadores jurídicos de cumplir con los mandatos de los tratados internacionales —por ser también esta la voluntad del constituyente—, sirviendo para realizar avances en el ámbito social.

Ahora bien, aunque la doctrina mayoritaria en Latinoamérica ha acogido con entusiasmo la doctrina del control de convencionalidad, también algunas voces se han mostrado críticas con algunos excesos que la misma puede contener. Se ha criticado, en concreto, el modo mecánico en el que la Corte pretende que se aplique el control de convencionalidad, y se ha sugerido un mayor respeto al «margen de apreciación nacional» como técnica del *self restraint* por parte de la Corte (Colombo, 2019).

En el continente europeo, por su parte, el TEDH no ha derivado del art. 1 del CEDH una obligación similar para los jueces nacionales de colaborar con él en la vigilancia de los tratados, tendiéndose a un control concentrado de convencionalidad a través de las «sentencia piloto» (Queralt, 2018: 399) y el protocolo n.º 16 anexo a dicho convenio (en vigor desde el 1 de agosto de 2018), que permite a los altos tribunales de los Estados parte del Consejo de Europa formular opiniones consultivas, y que, no obstante, no ha sido firmado ni ratificado por España ni parece que lo vaya a ser en un futuro próximo¹³.

¹² *Vid.*, a modo de ejemplo, *Chocron Chocron vs. Venezuela*, de 1 de julio de 2011, o *Gelman vs Uruguay*, de 24 de febrero de 2011.

¹³ Así lo informa la página web del Ministerio de Justicia: <https://bit.ly/2r7ptyW> (acceso el 22 de agosto de 2019).

Dado que, como se ha dicho, esta obligación deriva, en todo caso, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y de las propias Constituciones, más que un inconveniente podría constituir una oportunidad, para este continente, de implementarlo sin los problemas para algunas tradiciones constitucionales que se han apreciado al otro lado del océano.

Pero, probablemente, el mayor reto en Europa sería conciliar el control de constitucionalidad, el de convencionalidad y la primacía del Derecho de la Unión Europea. Los avances, sobre todo, jurisprudenciales, en la dirección de la construcción de un sistema integrado de Derechos Fundamentales permiten resolver la cuestión de un modo relativamente sencillo cuando el juez ordinario tiene claras las pautas de actuación, distinguiendo si estamos ante un supuesto o no de aplicación del Derecho de la Unión Europea (Fondevila, 2017: 356).

El juez debe, en primer lugar, llevar a cabo el control de convencionalidad, pues si la norma es contraria a los tratados internacionales no puede ser aplicada. Si nos encontramos frente a un juicio de Derechos Humanos hay un matiz importante en el caso de que estemos ante un supuesto de aplicación del derecho de la Unión Europea: según la jurisprudencia del TEDH establecida en el caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi contra Irlanda*, de 30 de junio de 2005, el Derecho de la Unión Europea se presume conforme al CEDH. Esto condiciona este primer examen realizado por el juez, pero no se debe olvidar que se trata de una presunción *iuris tantum*. En el caso de los demás tratados internacionales se impone la primacía del Derecho de la Unión Europea (con la posibilidad o, en su caso —y de acuerdo con el art. 267 TFUE—, obligación de plantear al TJUE la cuestión prejudicial), al que bien, ya de un modo implícito, como la Constitución española (art. 93 CE) o la italiana, ya explícitamente, mediante una cláusula específica de integración (Letonia, Eslovaquia, Francia, Portugal, Hungría, Alemania y Suecia), las constituciones de los Estados miembros reservan un papel más relevante que el del Derecho Internacional general, por lo que se vería desplazado en su aplicación.

Una vez realizado este examen, todavía le queda al juez llevar a cabo el control de constitucionalidad, que en el caso de España se traduce en aplicar la norma conforme, en su caso, a los tratados (juicio positivo de constitucionalidad), o en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (si el juicio sobre la constitucionalidad de la norma es negativo). Debe hacerse en este orden para poder complementar el control de convencionalidad y de constitucionalidad, en el sentido de poder interpretar la Constitución de acuerdo con la norma internacional, cuando ello sea posible. En caso de encontrarnos ante un supuesto de aplicación del Derecho de la Unión Europea, la última jurisprudencia al respecto del TJUE (*Aziz Melki*, asunto C-188/10)

permite al juez nacional plantear la cuestión prejudicial y ejercer las demás facultades que le asisten como juez de la Unión Europea (inaplicar la norma nacional contraria al derecho de la UE o adoptar medidas cautelares) tanto antes, al tiempo, o después de haberse remitido la cuestión de inconstitucionalidad. Ello es algo que corresponde regular al Derecho Procesal Constitucional interno. En el caso de España, el Tribunal Constitucional —en el ATC 168/2016— ha indicado que no cabe el planteamiento simultáneo de ambos incidentes, y que los arts. 163 CE y 35 LOTC exigen el planteamiento previo de la cuestión prejudicial, de cara a establecer claramente que la norma de cuya compatibilidad con la Constitución se duda resulta de aplicación por ser compatible con el Derecho de la Unión.

Además, el Tribunal Constitucional, a través de la resolución de un recurso de amparo, puede siempre poner coto a eventuales excesos por parte del Derecho de la Unión aplicando, del modo que han hecho otros homónimos europeos, la teoría de los contralímites¹⁴. Esta posibilidad debe quedar siempre abierta —tal y como el TC ha precisado en el FJ 4 de la DTC 1/2004— en virtud del principio de supremacía constitucional, si bien reservada para casos absolutamente excepcionales.

V. REFLEXIÓN FINAL

Llevar a cabo el control de convencionalidad es una exigencia para todos los órganos de un Estado para evitar incurrir en responsabilidad por ilícito internacional (Bazán, 2015: 28 y ss.) y más concretamente de todo Estado de Derecho en donde funcione la justicia constitucional. Dos ejemplos de Estados europeos ayudarán a verificar —*a sensu contrario*— estas afirmaciones. En Gran Bretaña (donde no existe, control jurisdiccional de constitucionalidad) la *Human Rights Act* (sec. 4) permite a un órgano judicial declarar la incompatibilidad de una norma con el CEDH («control de compatibilidad») pero sin afectar a su validez ni eficacia (Carmona, 2011:59). Por otra parte, en Francia, el otro Estado europeo donde, hasta 2008, no existía más que un control político de constitucionalidad, los tribunales ordinarios vinieron supliendo esta carencia de justicia constitucional mediante el control de convencionalidad, con base en lo dispuesto en el art. 55 de su Constitución.

El control de convencionalidad amplía las facultades de los jueces ordinarios en los sistemas de justicia constitucional concentrada, aunque pueden,

¹⁴ Caso *Taricco*, relativo a Italia: STJUE de 5 de diciembre de 2017 y SCC 115/2018, de 10 de abril.

en contrapartida, ver limitadas sus facultades interpretativas por la jurisprudencia constitucional e internacional que sea de aplicación (Sagüés, 2011: 149). Igualmente para el órgano que, en un sistema de justicia constitucional concentrado ejerce el monopolio del control de constitucionalidad, el control de convencionalidad resulta de obligado ejercicio por imposición constitucional.

Con base en todo lo expuesto, la afirmación realizada por el Tribunal Constitucional español en la STC 140/2018, FJ 6, merece, de un lado, un juicio positivo por despejar las dudas acerca de la obligatoriedad de ejercer este control de convencionalidad a nivel de la jurisdicción ordinaria, pero, por otro lado, resulta criticable por cuanto que excluye la posibilidad de ejercer él mismo dicho control.

Bibliografía

- Ayala Corao, C. (2013). *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. México: Porrúa.
- Bazán, V. (2015). El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 19, 25-70. Disponible en: <https://bit.ly/2NPE2Pf>.
- Bustos Gilbert, R. (1999). ¿Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución española? *Teoría y Realidad Constitucional*, 4, 273-292. Disponible en: <https://bit.ly/2NqsjHP>.
- Canosa Usera, R. (2015). *El control de convencionalidad*. Navarra: Thompson Reuters.
- Carmona, W. F. (2011). La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, 51-66. Disponible en: <https://bit.ly/36Ow55I>.
- Castellà Andreu, J. M. (2000). La Declaración Universal de Derechos Humanos y los convenios internacionales ratificados por España en materia de Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución española. En G. Piturzzella, F. Teresi y G. Verde. *Il ruolo del parámetro nella classificazione dei modelli di giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Chinchón Álvarez, J. (2014). Jurisdicción universal. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 7, 234-246. Disponible en: <https://bit.ly/2WKesix>.
- Colombo, I. (2019). El margen de apreciación nacional y su marco teórico. Comunicación presentada al XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: «La Democracia Constitucional en América Latina: a 45 años del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y a 40 años de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional». Disponible en: <https://bit.ly/2WNFKou>.

- De Vega García, P. (2002). La eficacia frente a particulares de los Derechos Fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte). En M. Carbonell (coord.). *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fondevila Marón, M. (2017). Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos. *Estudios de Deusto*, 65 (1), 347-360. Disponible en: <https://bit.ly/2Q1Lv0f>.
- Jimena Quesada, L. (2013). *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*. Navarra: Thompson Reuters.
- (2019). La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre). *Revista General del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 53, 435-461.
- Kelsen, H. (1981). *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- López Guerra, L. (2019). Convencionalidad y Constitucionalidad. Los casos de México y España. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 43-64. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.153.13258>.
- Llobret Angl, M. (2006). El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional. Una discutible interpretación de la STS de 20 de junio de 2006. *Indret*, 4. Disponible en: <https://bit.ly/2PUbbvX>.
- Matia Portilla, F. J. (2016). Las tensas relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y los límites de la (legítima) discrepancia entre ellos. *Revista de Derecho Político*, 97, 11-48. Disponible en: <https://bit.ly/33iw085>.
- Mirkin-Guetzévitch, B. (2008). *Derecho Constitucional Internacional*. Madrid: Reus.
- Nogueira Alcalá, H. (2012). Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 135, 1167-1210.
- Nuevo López, P. (2015). Control de convencionalidad y aplicación judicial de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Revista Catalana de Dret Públic*, 50, 141-160. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2436/20.8030.01.48>.
- Pegoraro, L. (2015). *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*. Torino: Giappichelli.
- Queralt Jiménez, A. (2018). Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 395-424.
- Ruipérez Alamillo, J. (2017). *La necesidad de constitucionalizar como «fundamentales» algunos derechos atinentes a la dignidad de la persona. El derecho a una vivienda digna*. Santiago de Compostela: Andavira.
- Sagüés, P. N. (2011). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad a propósito de la «constitución convencionalizada». *Parlamento y Constitución*, 14, 143-152. Disponible en: <https://bit.ly/2PMW47i>.

- (2014). Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. *Revista de Investigações Constitucionais*, 1-2, 23-32. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>.
- Salcedo Beltrán, M.^a C. (2014). Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: la aplicación del control de convencionalidad en España. *Lex Social, Revista jurídica de los derechos sociales*, 4 (2). Disponible en: <https://bit.ly/2PLwWxF>.
- Sánchez Legido, A. (2014). El fin del modelo español de jurisdicción universal. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 27, 40 págs. Disponible en: <https://bit.ly/2PQ7046>.
- Tenorio Sánchez, P. J. (2018). ¿Qué fue del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional? *Revista de Derecho Político*, 101, 703-740. Disponible en: <https://bit.ly/2oPbX27>.

LA DECISIÓN MARCO SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA REINTERPRETADA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

The framework decision on the European arrest Warrant reinterpreted by the Court of Justice of the European Union

SUSANA RUIZ TARRÍAS
Universidad de Granada
starrias@ugr.es

Cómo citar/Citation

Ruiz Tarrías, S. (2019).

La decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega reinterpreta-
da por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(2), 459-490.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.14>

Resumen

Tradicionalmente se ha considerado que el principio de reconocimiento mutuo constituye la piedra angular en la que descansa la regulación de la orden europea de detención y entrega regulada a través de la Decisión Marco 2002/584/JAI. Sin embargo, la pervivencia de un acto jurídico de esta naturaleza en el contexto del Tratado de Lisboa pone de manifiesto las carencias en la armonización de las regulaciones penales de los Estados miembros, así como la prolongación de la problemática relativa a las decisiones marco y, en particular, respecto de la decisión marco reguladora de la OEDE. Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha articulado a través de su jurisprudencia el denominado test Aranyosi, aplicable en circunstancias excepcionales, a resultas del cual la autoridad jurisdiccional de ejecución puede abstenerse de dar cumplimiento a una OEDE.

Palabras clave

Decisiones marco; reconocimiento mutuo; orden europea de detención y entrega; Tribunal de Justicia; test Aranyosi.

Abstract

Mutual recognition has been traditionally considered the cornerstone of the European Arrest Warrant that is covered by the Framework Decision 2002/584/JHA. Nevertheless, the continued existence of such legal act under the Lisbon Treaty highlights the gaps of the harmonization into the criminal law of the Member States, as well as the extension of the problems affecting Framework Decisions and, in particular, Framework Decision on EAW over time. Recently, the caselaw of the European Court of Justice has articulated the so called *Aranyosi* test. Applicable under exceptional circumstances the *Aranyosi* test can empower the abstention by the judicial authority of execution in completion of an EAW.

Keywords

Framework Decision; mutual recognition; European Arrest Warrant; European Court of Justice; test Aranyosi.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO COMO PIEDRA ANGULAR DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL. III. LA PROBLEMÁTICA DE LAS DECISIONES MARCO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. El cuestionamiento de los efectos jurídicos de las decisiones marco como actos jurídicos del derecho de la UE. 2. Las dudas de carácter formal y material relativas a la decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega. IV. LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA COMO SISTEMA DE LIBRE CIRCULACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA PENAL: 1. La obligación de ejecutar la orden europea de detención y entrega y sus excepciones «tasadas». 2. La Resolución de 15 de diciembre de 2015 del Tribunal Constitucional Federal alemán como quiebra del sistema. V. LA RUPTURA EXCEPCIONAL DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA RECÍPROCA Y LA ARTICULACIÓN DEL TEST ARANYOSI. VI. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

En su artículo «Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council got it wrong?», S. Peers se preguntaba, habida cuenta de la amplia actividad desarrollada por el Consejo de Europa, por qué la Unión Europea debería involucrarse en el aspecto de la cooperación penal.

Según afirmaba, los Estados miembros lo deseaban así, bien para poder «complementar ampliamente» los convenios del Consejo de Europa, reduciendo, por ejemplo, el número de excepciones a las reglas en su condición de Estados miembros de la Unión Europea, o bien para encontrar «rutas alternativas» con las que alcanzar los mismos objetivos cuando las medidas de dichos convenios no atrajeran muchas ratificaciones (Peers, 2004: 7).

Sin embargo, al mismo tiempo se reconocía por todos la especial sensibilidad de la cooperación en materia penal respecto de la soberanía de los Estados miembros.

De hecho, a lo largo del tiempo la Unión Europea se ha movido entre dos «paradigmas». De un lado, la «armonización total» adoptada en los primeros momentos a través de directivas exhaustivas que no dejaba margen a

la acción de los Estados miembros, y, de otro, la sustitución posterior de este criterio por la «mínima armonización» a través del principio de reconocimiento mutuo como «método de integración negativa» (Mancano, 2018: 75-76), donde cabe situar a la Decisión Marco 2002/584/JAI, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (en adelante, OEDE)¹.

Articulada inicialmente en el marco del tercer pilar del derecho originario de la Unión Europea, y, en consecuencia, sobre la base del principio de intergubernamentalidad, el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal entre los Estados miembros constituye la *pedra angular* sobre la que descansa la OEDE.

No obstante, el cuestionamiento de la propia eficacia jurídica de las decisiones marco (abordada por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 16 de junio de 2005, *Pupino*), de la idoneidad y compatibilidad con el ordenamiento de la Unión Europea de la propia Decisión Marco 2002/584/JAI (sobre la que se pronunció el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW*), y la inicial declaración de inconstitucionalidad de la normativa de implementación de esta decisión marco por los tribunales constitucionales de Polonia, Alemania y Chipre mediante distintos pronunciamientos dictados en 2005 son algunos de los hitos destacados que muestran la procelosa vida de la OEDE.

Unas dificultades que a lo largo del tiempo han condicionado la aplicación de la OEDE como consecuencia, de un lado, de la carencia de una mínima armonización o aproximación previa de la regulación penal de los Estados miembros, y, de otro, de la ausencia, en términos similares a los de las directivas, de una monitorización por la Comisión Europea de la implementación de estos específicos actos jurídicos del derecho de la UE en los respectivos ordenamientos de los Estados miembros.

Tales insuficiencias fueron puestas de manifiesto con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa por Viviane Reding (vicepresidenta de la Comisión Europea) en su conferencia «El futuro de la Justicia Penal Europea bajo el Tratado de Lisboa», pronunciada en la European Law Academy el 12 de marzo de 2010, donde anunciaba la «determinación» de la nueva Comisión para crear una Europa «fuerte» en materia de justicia.

Al mismo tiempo, reconocía que «en el pasado y hasta la actualidad», la UE ha intentado construir el ámbito de la Justicia penal Europea «con una mano atada a su espalda», tratando de adoptar reglas comunes en el tercer pilar. Un ámbito en el que, afirmaba, los Parlamentos y los tribunales tienen

¹ DOCE L190/1, de 18-7-2002.

poco que decir, y donde la regla de la unanimidad de los Gobiernos de la UE frecuentemente ha propiciado un enfoque del «mínimo común denominador», de ahí que el resultado fuera, según estimaba, que habían construido una casa «con solo tres paredes».

El punto de partida seguía siendo, en su opinión, el principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales entre los Estados miembros como piedra angular. Sin embargo, a su juicio, la confianza recíproca, que existe o que se desarrolla naturalmente, «no puede establecerse por decreto» (Reding, 2010: 2-3), admitiendo, de este modo, las limitaciones de la Unión Europea para profundizar en la regulación jurídica de la OEDE en el contexto de la supranacionalidad,

De hecho, la propia Decisión Marco 2002/584/JAI, modificada con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero², permanece actualmente en vigor gracias a la previsión contenida en el art. 9 del Protocolo 36 del Tratado de Lisboa (sobre las disposiciones transitorias), a pesar de no constituir un acto jurídico apto para el ejercicio de las competencias de la Unión según el art. 288 TFUE³.

Así, como un iceberg de la intergubernamentalidad flotando a la deriva en la singular despilarización llevada a cabo por el Tratado de Lisboa, la aplicación de la Decisión Marco 2002/584/JAI ha planteado en los últimos años nuevos desafíos a los que el Tribunal de Justicia, con mayor o menor acierto, ha tenido que dar respuesta.

En este contexto cabe situar los pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre la decisión marco relativa a la orden europea de detención y entrega en los asuntos *Aranyosi-Căldăraru* (Sentencia de 5 de abril de 2016) y *LM* (Sentencia de 25 de julio de 2018), aplicando una nueva línea interpretativa en la que, por razones excepcionales relacionadas con el cuestionamiento del respeto a determinados derechos fundamentales por parte del Estado miembro emisor que implican la ruptura del principio de confianza recíproca, habilita a la autoridad jurisdiccional de ejecución para abstenerse de dar trámite a la orden europea de detención y entrega.

² *DOUE* L 81/24, de 27-3-2009.

³ En efecto, como resulta conocido, el art. 288 TFUE enuncia como actos jurídicos aptos para el ejercicio de las competencias de la Unión el reglamento, la directiva, la decisión y las recomendaciones y los dictámenes, si bien estos dos últimos carecen de fuerza vinculante.

II. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO COMO PIEDRA ANGULAR DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL

Como resulta conocido, el Tratado de Maastricht (1992) configuró la Unión Europea sobre la base de tres pilares, el tercero de ellos constituido por la cooperación en los ámbitos de la Justicia y de los asuntos de interior (JAI), concebido como ámbito de actuación basado en el método intergubernamental.

En esta genérica regulación inicial, la cooperación judicial en materia penal es referenciada como un ámbito de interés y no como un núcleo competencial en el que los Estados miembros se «informarán» y «consultarán» mutuamente al objeto de coordinar su acción a través de sus respectivas Administraciones (art. K.3.1).

Al mismo tiempo, se reconoce la competencia del Tribunal de Justicia de la UE respecto del control de los «Convenios» celebrados por el Consejo de la Comunidad Europea en los ámbitos de Justicia y asuntos de interior, pero respecto de otros actos jurídicos —como las decisiones marco—, susceptibles de ser adoptados en el ámbito del tercer pilar⁴.

Esta primera regulación del tercer pilar en el derecho originario no contribuyó suficientemente a alcanzar los objetivos propuestos por la UE, como reconocía la Comisión europea en su Dictamen (COM[96] 90 final) de 28 de febrero de 1996: «Reforzar la Unión y preparar la ampliación». Por ello, proponía afrontar las insuficiencias del tratado en los ámbitos de la Justicia y de los asuntos de interior y, más concretamente, su «falta de eficacia» y la «ausencia de control democrático y judicial», formulando «objetivos claros e instrumentos y métodos apropiados»⁵.

⁴ No obstante, en la práctica, el Tribunal de Justicia se pronunció en relación con la adopción de la «Acción Común» de la Unión, de 4 de marzo de 1996, sobre el régimen de tránsito aeroportuario, adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3.2.b) del Tratado de Maastricht (perteneciente al Tercer Pilar), al considerar la Comisión que dicha regulación debía haberse adoptado de conformidad con los apartados 1 y 3 del art. 100C (perteneciente al primer pilar). Véase STJUE de 12 de mayo de 1998, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Consejo*, Asunto C-170/96, y el comentario de dicho pronunciamiento de Kuijper (2004).

⁵ Dicho dictamen reconocía que en relación con el espacio de libertad y seguridad, hasta el momento, la Unión había abordado los problemas utilizando «métodos y medios ampliamente superados», en tanto que, afirmaba, ni la acción ni la posición común, cuyos efectos jurídicos resultan «poco claros», ni el convenio internacional clásico, cuya entrada en vigor es «aleatoria y tardía», constituyen instrumentos adaptados a

Con la aprobación del Tratado de Ámsterdam (1997), la cooperación policial y judicial permaneció en el tercer pilar y, en consecuencia, sujetas al método intergubernamental, aunque el Tratado de Ámsterdam resulta sumamente innovador al expresar el deseo de armonizar las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materia penal (Pollicino, 2008: 1317).

A tales efectos, el Tratado de Ámsterdam atribuye al Consejo, a iniciativa de cualquier Estado miembro o la Comisión, y previa consulta al Parlamento Europeo, la facultad para adoptar, entre otros actos jurídicos, «decisiones marco» sin efecto directo, con el fin de aproximar las normas legales y reglamentarias de los Estados miembros, quedando estos obligados al cumplimiento del resultado, pero disponiendo de capacidad de elección respecto de la forma y los medios (art. K.6.2).

Estos actos jurídicos quedan sujetos a una modalidad de control diferente por parte del Tribunal de Justicia. En concreto, su competencia directa de enjuiciamiento se reconoce, con carácter prejudicial, respecto de la validez e interpretación de las «decisiones marco» y de las «decisiones», y sobre la interpretación de los «convenios», así como sobre la validez e interpretación de las «medidas de aplicación» (art. K.7.1)⁶.

Además, se dispone que la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia en relación con tales actos jurídicos debe ser aceptada expresamente por los Estados miembros mediante la formulación de declaraciones *ad hoc* (art. K.7.2), debiendo optar, en caso de formular dicha declaración, entre dos modalidades de reconocimiento (art. K.7.3)⁷.

estas materias, debiendo optarse por instrumentos jurídicos más eficaces que además incluyan su control por el Tribunal de Justicia (*ibid.*: 6-7).

⁶ El Tribunal de Justicia había reconocido en la Sentencia de 15 de marzo de 2005, *España c. Eurojust*, Asunto C-160/03, que su competencia en materia de cooperación policial y judicial en materia penal se rige exclusivamente por lo dispuesto en el art. 35 del Tratado UE (art. K.7 Tratado de Ámsterdam) (párr. 38). Sin embargo, en la Sentencia de 27 de febrero de 2007, *Segi*, Asunto C-355/04 P, estima que, en aras de «garantizar el respeto al Derecho y aplicar el Tratado», sería contrario a la consecución de dicho objetivo interpretar restrictivamente el art. 35.1 del TUE (art. K.7 Tratado de Ámsterdam), por lo que admite la posibilidad de someter con carácter prejudicial «cualquier asunto relativo a disposiciones adoptadas por el Consejo, con independencia de su naturaleza y de su forma, dirigidas a producir efectos jurídicos frente a terceros» (párr. 53).

⁷ En la disposición adicional única de la Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Ámsterdam, aparece la declaración *ad hoc* del Reino de España aceptando la competencia prejudicial del

Desde tales premisas, el Consejo Europeo de Tampere (15-16 de octubre de 1999) dedicó especial atención a la construcción de un «auténtico espacio europeo de justicia» bajo la premisa de un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y la necesidad de una aproximación de las legislaciones.

Además, haciendo «suyo» el principio del reconocimiento mutuo como piedra angular de la cooperación en materia civil y penal en la Unión, considera que el procedimiento formal de extradición entre los Estados miembros en el caso de personas condenadas por sentencia firme que eluden la Justicia debe sustituirse por el simple traslado de dichas personas a través de «procedimientos acelerados de extradición» respetando el principio de juicio justo.

Un principio de reconocimiento mutuo⁸ que, según reconocen las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, debe aplicarse

Tribunal de Justicia de la UE en relación con el artículo K.7, párrafos 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea (*BOE*, núm. 301, de 17 de diciembre de 1998).

A diferencia de las declaraciones formuladas coetáneamente por el resto de los Estados miembros aceptando la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia en los términos más amplios previstos en la letra b) del apartado 3 del art. K.7 del Tratado de Ámsterdam (véase la información relativa a la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam [*DOCE* L 114/56, de 1-5-1999]), la declaración formulada por el Reino de España opta por asumir la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia en los términos más restrictivos (previstos en la letra a), habilitando exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno para promover el reenvío prejudicial.

⁸ El principio de reconocimiento mutuo nunca ha sido definido en el derecho originario europeo, aunque puede interpretarse, según la Comunicación sobre reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo (COM[2000] 495 final), de 26 de julio de 2000, como «un principio que se suele entender basado en la idea de que mientras un Estado puede no tratar cierta materia de igual o similar modo que otro Estado, los resultados serán tales que se aceptarán como equivalentes a las decisiones del propio Estado. La confianza mutua es un elemento importante; no sólo confianza en la adecuación de las normas de los socios, sino también en que dichas normas se aplican correctamente».

En consecuencia, estrechamente conectado a la confianza recíproca, en todas las materias y variantes de su aplicación en la Unión Europea, el principio de reconocimiento mutuo implica la «presunción refutable» o *iuris tantum* de que los Estados miembros respetan los derechos fundamentales (Mancano, 2018: 78). En concreto, suele ser común admitir que el principio de reconocimiento mutuo en materia penal proviene de la regulación del mercado interior (Klimek, 2015: 70), donde fue introducido por el Tribunal de Justicia en el caso conocido como *Cassis de Dijon* (Sentencia de 20 de febrero de 1979, *Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Asunto 120/78).

a las «sentencias» y a otras «resoluciones» de las autoridades judiciales en materia penal (párr. 33), incluidos los «autos» anteriores al juicio, especialmente aquellos que «permiten a las autoridades competentes actuar con celeridad en la obtención de pruebas y embargo de bienes», estimando también que las pruebas obtenidas legalmente por las autoridades de un Estado miembro «deberán ser admisibles» ante los tribunales de otros Estados miembros, teniendo en cuenta la normativa aplicada en ellos (párrs. 35-36).

En este contexto cabe situar la adopción, el 13 de junio de 2002, por el Consejo de la Unión Europea, de la que, a día de hoy, continúa siendo la norma básica reguladora de la OEDE, la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de enero de 2004, posteriormente modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero, que incorpora un art. 4 bis; suprime el apartado 1 del art. 5, y modifica el anexo, con el fin de reforzar los derechos procesales de las personas y propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (*in absentia*).

Desde entonces, el principio de reconocimiento mutuo se ha mantenido como piedra angular de la cooperación en materia civil y penal en la Unión, incluso en el marco de la «despilarización» que efectuaba el proyecto de Tratado Constitucional Europeo (Spaventa, 2007: 15) y, posteriormente, en el Tratado de Lisboa⁹. Este último regula la cooperación judicial en materia penal en el capítulo IV del título V del TFUE, bajo la premisa de que se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales (art. 82.1 TFUE), sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en lo referente al mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad interior (art. 72 TFUE).

Sin embargo, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa no conlleva, automáticamente, la plena comunitarización del tercer pilar, en tanto que el Protocolo 36 del Tratado de Lisboa (sobre las disposiciones transitorias) prevé en su art. 9 el mantenimiento de los efectos jurídicos de los actos de las instituciones, órganos u organismos de la Unión adoptados con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en el marco de los títulos V y VI del TUE mientras no sean derogados, anulados o modificados en aplicación de los tratados, circunstancia que concurre en la Decisión Marco 2002/584/JAI.

De este modo, la pervivencia en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea de esta regulación —modificada según la Decisión Marco 2009/299/JAI— no solo conlleva la subsistencia hasta nuestros días del sustrato dialéctico

⁹ En este sentido, Grasso (2015) estima que el Tratado de Lisboa establece las bases de lo que se podría considerar un «Derecho Penal europeo».

por el que transitaron en su momento los aspectos jurídicamente controvertidos de este acto jurídico de la UE, sino, también, la continuidad de las propias carencias de un sistema fundado, todavía hoy, en la regla del mínimo común denominador propia del intergubernamentalismo, y donde el control del Tribunal de Justicia «sigue presentando evidentes carencias» (Alonso García, 2012: 392).

En efecto, la opción del legislador europeo por la aprobación de un acto jurídico como la decisión marco, además de controvertida, como se comprobará en las páginas que siguen, tiene como efecto convertir la Decisión Marco 2002/584/JAI en una «fuente marginal de aproximación» de la regulación penal de los Estados miembros (Weyembergh, 2005: 149).

Pero, al mismo tiempo, la adopción por la Unión Europea de la regulación sobre la OEDE sin haber armonizado previamente el listado de delitos —entre otras particularidades—, puede entenderse como una evidencia de que la Comisión no consideraba la «armonización total como una necesidad absoluta» para el funcionamiento del reconocimiento mutuo (Bantekas, 2007: 368), de ahí que haya podido ser considerada como una «alternativa» a la armonización (Asp, 2005: 31).

III. LA PROBLEMÁTICA DE LAS DECISIONES MARCO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. EL CUESTIONAMIENTO DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS DECISIONES MARCO COMO ACTOS JURÍDICOS DEL DERECHO DE LA UE

Desde tales premisas, la discusión sobre la eficacia jurídica de las decisiones marco tuvo como telón de fondo la comparación de sus caracteres con las directivas reguladas en el entonces art. 249.3 TCE, con las que compartían ciertos rasgos —obligaban a los Estados miembros al cumplimiento del resultado, aunque estos disponían de capacidad de elección respecto de la forma y los medios—, pero también mantenían diferencias sustanciales que evidenciaban la falta de identidad entre el primero y el tercer pilar del TUE como ámbitos diferenciados de la actuación de estos actos jurídicos de la Unión.

Uno de los aspectos distintivos más relevantes entre las decisiones marco (tercer pilar) y las directivas (primer pilar) proviene del hecho de que el Tratado CE preveía la monitorización por la Comisión Europea de la transposición de las segundas, disponiendo de la legitimación, en su caso, para promover el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia contra un Estado miembro (art. 226 TCE).

Por el contrario, el Tratado de Ámsterdam no contemplaba la misma monitorización por la Comisión Europea respecto de la traslación de las deci-

siones marco al ordenamiento jurídico de los Estados miembros, careciendo la Comisión de legitimidad activa para promover el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia en caso de una inadecuada adaptación de dichos actos jurídicos por un Estado miembro.

Esta circunstancia, en opinión de Borgers (2007: 1369-1370), venía a confirmar que la «soberanía de los Estados miembros tiene más peso» en el tercer pilar que en el primer pilar, y así se puso de manifiesto, por lo demás, cuando varios Tribunales Constitucionales de Estados miembros, como el polaco, el alemán y el chipriota, anularon la normativa nacional de implementación de la Decisión Marco 2002/584/JAI por contravenir la prohibición constitucional de que los nacionales de dichos Estados sean extraditados.

Específicamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 27 de abril de 2005¹⁰ reconoció la inconstitucionalidad de la normativa de implementación de la Decisión Marco 2002/584/JAI, aunque, en aplicación del párrafo 3 del art. 190 de la Constitución, difirió en dieciocho meses los efectos de la declaración de inconstitucionalidad¹¹.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 18 de julio de 2005¹² anuló con efecto inmediato la normativa nacional de transposición de la decisión marco sobre la OEDE, por considerar que vulneraba el contenido esencial del derecho fundamental proclamado en el art. 16, apartado 2, de la Ley Fundamental de Bonn, que prohibía que un alemán fuera entregado a un Estado extranjero¹³.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo de Chipre declaró inconstitucional en la Sentencia de 7 de noviembre de 2005 (Asunto 294/2005), la regulación nacional de trasposición de la OEDE por contravenir la prohibición constitucional de que los nacionales de ese Estado miembro fueran extraditados a cualquier otro país¹⁴.

¹⁰ OTK ZU (Jurisdiction of the Constitutional Tribunal. Official Collection) No 4/A/2005, ítem 42 – Dz.U. No 77, ítem 680, 4 May, 2005. Versión en inglés disponible en: <https://bit.ly/2Ddtl48>.

¹¹ En relación con esta Sentencia del Tribunal Constitucional Polaco, véanse Łazowski (2005), Nußberger (2008), y Wyrozumska (2004-2005).

¹² BVerfGE 113, 273 (2 BvR 2236/04). Versión en inglés disponible en: <https://bit.ly/2OgQMqi>.

¹³ Comentando este pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán, véanse Hinarejos (2006: 583-595), Nohlen (2008: 153-161), y Tomuschat (2006: 209-226).

¹⁴ Resumen del pronunciamiento publicado por el Consejo de la Unión Europea. Nota. 14281/05, de 11 de noviembre de 2005 (versión en inglés). Comentando esta sentencia, véase Tsadiras (2007: 1515-1528).

Unos límites constitucionales que los tribunales constitucionales antes citados anteponian a la Decisión Marco 2002/584/JAI, dado que el Tratado de Ámsterdam (art. K.6.2.b y art. 34.2.b del TUE) reconocía que estos actos jurídicos de la Unión «no tendrán efecto directo».

Esta afirmación fue objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 16 de junio de 2005, *Pupino*, Asunto C-105/03¹⁵, estimando que, con independencia del grado de integración entre el primero y el tercer pilar alcanzado por el Tratado de Ámsterdam, resulta comprensible que los autores del Tratado de la Unión europea hayan considerado útil prever el recurso a instrumentos jurídicos que conllevan efectos análogos con el fin de «contribuir eficazmente a la consecución de los objetivos de la Unión» (párr. 36)¹⁶. Porque, en última instancia, afirma, la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia se vería privada de su efecto útil si los particulares no tuvieran el derecho de invocar las decisiones marco con el fin de obtener una decisión conforme del derecho nacional ante los tribunales de los Estados miembros (párr. 38).

De este modo, el Tribunal de Justicia concluye que el principio de interpretación conforme se impone respecto de las decisiones marco adoptadas en el ámbito del tercer pilar del Tratado UE, y, en consecuencia, al aplicar el derecho nacional el juez de reenvío llamado a interpretarlo está obligado a hacerlo, en la medida de lo posible, «a la luz de la letra y del propósito de la Decisión Marco con el fin de conseguir el resultado» perseguido por ella (párr. 43)¹⁷.

Un análisis conjunto de los pronunciamientos anteriores se encuentra, entre otros, en Bapuly (2009: 16-22), Iglesias Sánchez (2010: 169-192) y Komárek (2007: 9-40).

¹⁵ La República italiana realizó una declaración *ad hoc* con arreglo al art. 35 UE, apartado 2, mediante la cual aceptó la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse según las modalidades previstas en el art. 35 TUE, apartado 3, letra b) (*DOCE* L 114/56, de 1-5-1999).

¹⁶ A juicio de Peers (2007: 915-917), la referencia a la intención de los autores de los tratados implica reconocer la preeminencia de los Estados miembros como «dueños de los Tratados», pero, al mismo tiempo, plantea nuevas preguntas acerca de las bases sobre las que debe interpretarse el tercer pilar: «¿Por referencia al texto del Tratado y a la intención de sus autores?, ¿por referencia a la efectividad de la jurisdicción del Tribunal?», o «¿por referencia a la efectividad en el desarrollo de las acciones de la UE en el marco del desarrollo de una unión cada vez más estrecha?».

¹⁷ El argumento de la interpretación conforme fue asumido por el Tribunal Constitucional checo en su Sentencia de 3 de mayo de 2006 (Pl. ÚS 66/04) para equiparar los estándares de garantías en los procedimientos penales de los Estados miembros de la UE a los establecidos en el texto de la Constitución nacional checa en relación con la

El recurso por el Tribunal de Justicia al argumento de la interpretación conforme resulta, a juicio de Borgers (2007), una afirmación «destacable» desde la perspectiva de la asimilación de la decisión marco a las directivas, de modo que, en su opinión, a través de la sentencia *Pupino*, el Tribunal de Justicia ha llevado a cabo una «comunitarización» del tercer pilar¹⁸, aun cuando ello no supone, afirma, que la sentencia *Pupino* admita el efecto directo de las decisiones marco de manera que la diferencia entre estas y las directivas «(todavía) no ha desaparecido»¹⁹.

2. LAS DUDAS DE CARÁCTER FORMAL Y MATERIAL RELATIVAS A LA DECISIÓN MARCO SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

El recurso del Tribunal de Justicia al criterio de la interpretación conforme en relación con las decisiones marco permite preguntarse «cuál es la base legal en el *derecho UE*» de dicha obligación, y, más concretamente, si el art. 34.2.b TUE (art. K.6.2.b del Tratado de Ámsterdam) proporciona un fundamento legal «suficiente» para la misma (Borgers, 2007: 1367-1368, nota 22).

Una cuestión de carácter formal específicamente referida a la Decisión Marco 2002/584/JAI, sobre la que se pronunció el Tribunal de Justicia de la UE en la Sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, Asunto C-303/05, resolviendo una cuestión prejudicial de validez planteada por el Arbitragehof o Cour d'arbitrage de Bélgica (órgano jurisdiccional encargado del control de constitucionalidad de las leyes).

En este primer pronunciamiento acerca de la validez en el ordenamiento jurídico europeo de la Decisión Marco 2002/584/JAI, el Tribunal de Jus-

prohibición de extradición de nacionales de ese Estado, y, en consecuencia, reconocer la conformidad constitucional de la normativa de implementación de la Decisión Marco 2002/584/JAI (Sarmiento, 2008: 174). No obstante, aparecía como *obiter dicta* en un pronunciamiento previo de 8 de marzo de 2006, en el que se cuestionaba la conformidad constitucional de un decreto del Gobierno que trasponía la normativa europea sobre las cuotas del azúcar (Zemánek, 2007: 424-425).

¹⁸ A la luz también del contenido del art. 34(2) TUE, Lenaerts y Corthaut (2006: 300-301) consideran posible entender que el hecho de que las decisiones marco carezcan de efecto directo no les impide «formar parte de las reglas a la luz de las cuales puede ser revisada la validez de una medida nacional».

¹⁹ En todo caso, la definición exacta del efecto directo es objeto de un constante desacuerdo a cuyo decurso ha contribuido el «uso impreciso» del mismo por el Tribunal de Justicia, que no ha favorecido su clarificación (Hinarejos, 2008: 623-624).

ticia aclaró, de un lado, que el principio de reconocimiento mutuo en que se basa la OEDE requiere, según afirma, «la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros relativas a la cooperación judicial en materia penal», y, más concretamente, de las «normas sobre los requisitos, procedimientos y efectos de la entrega entre autoridades nacionales» (párr. 29).

Sin embargo, el art. 31 del Tratado UE, afirma, no concreta los instrumentos jurídicos que deben ser utilizados para facilitar y acelerar la cooperación judicial respecto de la ejecución de resoluciones y la extradición entre Estados miembros, por lo que la OEDE se podía haber regulado mediante un Convenio, aunque también resulta admisible, a su juicio, que «el Consejo, en ejercicio de su facultad de apreciación», puede priorizar el uso de la decisión marco cuando se cumplen los requisitos para su adopción (párr. 41), dando, en definitiva, «luz verde a este instrumento emblemático de la cooperación judicial europea en materia penal» (Geyer, 2008: 151).

Asimismo, la sentencia *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad* aborda la relevante cuestión sustantiva relativa a la posible vulneración del principio de legalidad penal por el art. 2.2 de la decisión marco sobre la OEDE. A este respecto, el Tribunal de Justicia considera que la decisión marco no tiene por objeto armonizar las infracciones penales en cuanto a sus «elementos constitutivos» o las «penas correspondientes».

En consecuencia, afirma que, aun en el supuesto de que los Estados miembros apliquen literalmente las categorías de infracciones penales enumeradas en su art. 2, apartado 2, «la propia definición de estas infracciones y las penas aplicables son las establecidas en el Derecho del “Estado miembro emisor”» (párr. 52), que, en todo caso, deberá respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el art. 6 UE y, en consecuencia, «el principio de legalidad de los delitos y las penas» (párr. 53).

IV. LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA COMO SISTEMA DE LIBRE CIRCULACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA PENAL

1. LA OBLIGACIÓN DE EJECUTAR LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA Y SUS EXCEPCIONES «TASADAS»

Desde tales premisas, el Considerando 5 de la decisión marco sobre la OEDE afirma que responde al objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia, dando lugar a la sustitución de

la extradición entre los Estados miembros por un «sistema de entrega entre autoridades judiciales»²⁰.

La creación de un nuevo sistema simplificado de entrega de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de las sentencias o de diligencias en materia penal, suprime la complejidad y los riesgos de los procedimientos tradicionales de extradición basados en las relaciones de cooperación entre Estados, reemplazándolos por un sistema de libre circulación de resoluciones judiciales en materia penal, tanto «previas a la sentencia como definitivas», en el espacio de libertad, seguridad y justicia.

Así, el apartado 1 del art. 1 de la Decisión Marco 2002/584/JAI define la OEDE como una «resolución judicial» dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con vistas a la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona buscada en el Estado emisor para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad.

Una detención y entrega que, como prevé el apartado 2 del art. 1, se fundamenta en el principio de reconocimiento mutuo, como, por lo demás, enuncia su Considerando 6, al afirmar que «la orden de detención europea prevista en la presente Decisión Marco es la primera concreción en el ámbito del Derecho penal del principio del reconocimiento mutuo que el Consejo Europeo ha calificado como “piedra angular” de la cooperación judicial».

De este modo, frente al principio de la extradición multilateral en el que un Estado requiere a otro asistencia en algún aspecto de la actuación de su sistema de justicia penal, y el Estado requerido adopta una decisión de cooperar atendiendo a «su propio sistema jurídico», aun cuando la discrecionalidad del Estado requerido pueda estar condicionada por diferentes normas de derecho internacional, en el sistema del reconocimiento mutuo, «la resolución del primer Estado (ahora “Estado de emisión”) surte efecto como tal en el sistema jurídico del segundo Estado (ahora “Estado de ejecución”)».

No obstante, dependiendo del instrumento en cuestión, el Estado de ejecución mantiene alguna capacidad de rechazo a la ejecución o a la traslación de la resolución del Estado de emisión en su propio ordenamiento jurídico (Peers, 2004: 10).

²⁰ Entre los aspectos del régimen de la extradición que la Decisión Marco 2002/584/JAI sustituye y reemplaza entre los Estados miembros, se encuentra el aspecto, según ha reconocido el Tribunal de Justicia, de que la decisión marco «ya no tiene en cuenta la magnitud de las penas aplicables en los Estados miembros de ejecución», en coherencia con el objetivo primordial que persigue, enunciado en su Considerando 5 (Auto TJUE, de 25 de septiembre de 2015, *Openbaar Ministerie*, Asunto C-463/15 PPU).

Más concretamente, en el nuevo esquema de la decisión marco sobre la OEDE, la cooperación y comunicación, caso por caso, entre autoridades gubernamentales, se sustituye por la comunicación directa entre órganos judiciales²¹, convirtiéndolos en «responsables exclusivos» de la entrega de los individuos a otros Estados miembros. Una responsabilidad exclusiva de los órganos judiciales que, en el sistema tradicional de extradición, «[solían] compartir con los ejecutivos» (Van Sliedregt, 2007: 248-249), con la consiguiente «discrecionalidad política» sobre la entrega, que desaparece en el sistema de libre circulación de resoluciones judiciales establecido por la OEDE.

Al mismo tiempo —en aras de alcanzar una mayor sumariidad en el procedimiento—, ciertos «tecnicismos» dirigidos a proteger los derechos del sospechoso y del condenado vienen a ser sustituidos por la confianza de los Estados miembros sobre la «imparcialidad» de los sistemas de Justicia penal de otros Estados miembros, respaldada por la «común adhesión» a la Convención Europea de Derechos Humanos y la «común aceptación» del derecho de petición individual (Denza, 2002: 257).

En definitiva, el reconocimiento mutuo en el que se sustenta la OEDE implica, según los términos imperativos utilizados en el art. 1.2 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, que, en principio, los Estados miembros están obligados a ejecutar toda orden de detención europea, y así lo ha recordado, haciendo mención a su reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la UE en la Sentencia de 16 de julio de 2015 (Gran Sala), *Lanigan*, Asunto C-237/15 PPU (párr. 36), aunque, al mismo tiempo, ha admitido que esta obligación no tiene carácter absoluto.

Efectivamente, como también ha afirmado el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 5 de abril de 2016 (Gran Sala), *Aranyosi-Căldăraru*, Asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, según su propia doctrina, las excepciones al principio general de obligatoriedad de la ejecución de la orden europea de detención y entrega deben interpretarse como supuestos «tasados».

²¹ En la Sentencia de 10 de noviembre de 2016, *Poltorak*, Asunto C-452/16 PPU, el Tribunal de Justicia precisa que el concepto de autoridad judicial recogido en el art. 6.1 de la decisión marco sobre la OEDE constituye un «concepto autónomo» del Derecho de la Unión, que no incluye, por ejemplo, a un servicio de policía como la Dirección General de la Policía Nacional sueca, que no puede considerarse como autoridad judicial emisora de una orden europea de detención (párr. 59).

En el mismo sentido, la Sentencia de 10 de noviembre de 2016, *Kovalkovas*, Asunto C-477/16 PPU, también rechaza que el Ministerio de Justicia de la República de Lituania pueda ser designado como autoridad judicial emisora de una orden europea de detención (párr. 55).

En consecuencia, afirma, la autoridad jurisdiccional de ejecución «sólo podrá negarse» a ejecutarla en los supuestos, enumerados exhaustivamente de no ejecución obligatoria, establecidos en el art. 3 de la decisión marco, y en los de no ejecución facultativa, enunciados en los arts. 4 y 4 bis de la decisión marco. Además, la ejecución de la orden de detención europea únicamente podrá supeditarse a las condiciones definidas expresamente en el art. 5 de dicha decisión marco (párr. 80).

Así, la opción del legislador europeo de limitar los supuestos en los que la autoridad jurisdiccional de ejecución puede negarse a ejecutar una OEDE tiene como finalidad última, precisamente, garantizar que el principio continúa siendo que las órdenes europeas de detención y entrega son ejecutadas (Klimek, 2015).

Pero en todo caso, el principio de reconocimiento mutuo no ha supuesto una reducción sustancial de los motivos de no ejecución enunciados en la decisión marco sobre la OEDE, identificables sustancialmente con supuestos de no ejecución mencionados habitualmente en los tratados y en las legislaciones nacionales de extradición, por lo que, desde esta perspectiva, afirma, hay espacio para la «desconfianza» (Van Sliedregt, 2007: 248-249).

2. LA RESOLUCIÓN DE 15 DE DICIEMBRE DE 2015 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN COMO QUIEBRA DEL SISTEMA

Precisamente una muestra de ello la ha proporcionado el Tribunal Constitucional Federal alemán en su Resolución de 15 de diciembre de 2015²², al invocar la aplicación de la Ley Fundamental para denegar la ejecución de una OEDE previamente aceptada por el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf (Oberlandesgericht), basándose en el principio de reserva de la identidad (*Identitätsvorbehalt*)²³.

Al declarar que todas la autoridades jurisdiccionales alemanas deben aplicar el principio de reserva de la identidad constitucional como criterio de ejecución de la orden europea de detención y entrega, la Resolución de 15 de diciembre de 2015 se convierte, a juicio de Hong (2016: 550), en una resolu-

²² BVerfG, Order of 15 December 2015, 2 BvR 2735/14. Versión en inglés disponible en: <https://bit.ly/2seSqth>.

²³ En realidad, como afirman T. Reinbacher y M. Wendel (2016: 704), el término «identidad» no aparece explícitamente mencionado en la Ley Fundamental, pero es utilizado por el Tribunal Constitucional Federal «como sinónimo del núcleo constitucional inalienable», que, en materia de derechos fundamentales, se encuentra protegido por la denominada «cláusula de intangibilidad» en el art. 79(3) GG» frente a las reformas constitucionales.

ción «histórica», a través de la cual el Tribunal Constitucional Federal alemán lanza el siguiente «mensaje clave» respecto de aplicación de la Decisión Marco 2002/584/JAI: «[...] en tanto la Constitución alemana permanezca en vigor, el Tribunal Constitucional Federal alemán aplicará el derecho constitucional a la dignidad humana, a pesar del derecho de la Unión Europea».

Desde luego, la citada resolución del Tribunal Constitucional Federal alemán —conocida comúnmente por la doctrina como *EAW II* (en sus siglas en inglés, por referencia a la Sentencia de 18 de julio de 2005 antes mencionada), pero también como *Solange horizontal* (Canor, 2013), *Solange III* (Reinbacher y Wendel, 2016; Hong, 2016)²⁴ o *Forever I* (Meyer, 2016)²⁵—, otorga el amparo solicitado contra la resolución del Tribunal Superior Regional de Düsseldorf (Oberlandesgericht) de 7 de noviembre de 2014.

En consecuencia, rechaza la conformidad constitucional de la decisión de la autoridad jurisdiccional regional alemana de ejecutar una OEDE presentada por un tribunal de Florencia (Italia) respecto de un ciudadano americano condenado en rebeldía a una pena privativa de libertad, por entender que el principio de culpabilidad penal se basa en la garantía de la dignidad humana reconocida en el art. 1.1 de la Ley Fundamental²⁶.

La garantía de la dignidad humana²⁷, en palabras del Tribunal Constitucional Federal alemán, no solo forma parte de la identidad constitucional que

²⁴ Según estiman Reinbacher y Wendel (2016: 704), la utilización del término *Solange III* para referirse a este pronunciamiento no es tanto en el sentido de que suponga «un nuevo enfoque paradigmático», sino como una concreción del concepto ya conocido por el Tribunal de reserva de la identidad (*Identitätsvorbehalt*). Una interpretación que viene avalada por la circunstancia de que dicha resolución no menciona expresamente el término «mientras que» (*solange*), aunque, a juicio de M. Hong (2016), ello no es óbice para que pueda ser referenciada válidamente como *Solange III*.

²⁵ En opinión de Meyer (2016), denominar a esta decisión del Tribunal Constitucional Federal *Solange III* podría describir de forma errónea su repercusión, proponiendo, a tales efectos, la de *Forever I* en tanto que, en ella, el Tribunal Constitucional Federal alemán insiste en que «tiene» y «siempre tendrá» la autoridad ilimitada y suprema para conocer sobre todos los principios implicados que estén incluidos en la denominada cláusula de intangibilidad (*Ewigkeitsgarantie*).

²⁶ Precisamente con anterioridad a la entrada en vigor de la Decisión Marco 2002/584/JAI, Fonseca (2003: 92) se preguntaba, premonitoriamente, si, con carácter general, cabía «temer» que, por referencia a los derechos fundamentales, un Estado miembro pudiera imponer a los otros algunos elementos de su sistema judicial.

²⁷ En términos generales, el Tribunal Constitucional Federal ha reconocido que la dignidad humana constituye el fundamento de «*todos* los derechos constitucionales» y que todos ellos concretan el principio de dignidad. Un concepto de «núcleo duro»

es inalienable según el art. 79.3 de la Ley Fundamental, sino que también está «protegida frente a interferencias» de autoridades públicas ejercidas a nivel supranacional (párr. 53), y ello, afirma, «a pesar de que el principio de reconocimiento mutuo regula las extradiciones en Europa» (párr. 63).

Una interpretación en la que, según estiman Reinbacher y Wendel (2016), el Tribunal Constitucional Federal alemán evita el conflicto, asumiendo el paralelismo sustancial entre los derechos fundamentales a nivel nacional y europeo, y concluyendo que las exigencias del Derecho de la UE no son menores que los mínimos exigidos por el art. 1(1) de la Ley Fundamental (párr. 107).

En este contexto, la asunción por el Tribunal Constitucional Federal alemán de la función de intérprete del ordenamiento de la UE resulta especialmente destacable en relación con la distribución de las competencias judiciales en el pluralismo europeo de los derechos fundamentales. Aun cuando se ha tratado de justificar como un medio para evitar la suerte del Tribunal Constitucional español en el asunto *Melloni* (Reinbacher y Wendel, 2016: 711-712), lo cierto es que la consecuencia última del pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán plantea la pregunta (Nowag, 2016: 1449) acerca de cuáles son los límites de este «superderecho humano».

De este modo, situando la cuestión en el marco del sistema de garantías de los derechos fundamentales en el ordenamiento europeo, la Resolución del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 2015 también «ilustra vívidamente» los efectos perjudiciales que pueden darse en las actuales condiciones de inexistencia de un recurso directo respecto a los derechos fundamentales ante el Tribunal de Justicia de la UE.

En este sentido, a través de la imposición de límites constitucionales al principio de reconocimiento mutuo, a juicio de Meyer (2016: 282), el Tribunal Constitucional Federal alemán ha dado lugar a una línea de fractura

o «esencia» de los derechos fundamentales obtenido a partir del derecho a la dignidad humana, inalterable incluso a través de la reforma constitucional, que ha venido siendo ampliamente desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal.

Esta interpretación, que en un primer momento se llevó a cabo respecto de los derechos de propiedad y de igualdad (art. 14 y art. 3 GG, respectivamente) en el marco de sus pronunciamientos sobre las ocupaciones comunistas de tierras en Alemania Oriental, fue extendida en su sentencia de 2004 sobre control acústico en los hogares, a través del concepto de contenido de dignidad (*Menschenwürdegehalt*) en referencia a estos elementos inalterables de los derechos fundamentales, afirmando que la dignidad protege un núcleo duro de privacidad frente a cualquier injerencia (Hong, 2016: 558-559).

de graves consecuencias para el desarrollo de los estándares comunes de los derechos fundamentales europeos.

V. LA RUPTURA EXCEPCIONAL DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA RECÍPROCA Y LA ARTICULACIÓN DEL TEST ARANYOSI

En efecto, en la Sentencia de 5 de abril de 2016 (Gran Sala), *Aranyosi-Căldăraru*, Asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, el Tribunal de Justicia de la UE, sin hacer mención alguna a la anterior resolución del Tribunal Constitucional Federal alemán, trata de limitar su impacto y «mantener la caja de Pandora al menos semi-cerrada» (Meyer, 2016: 285).

Así, por primera vez permite a las autoridades jurisdiccionales de los Estados miembros abstenerse de aplicar, con carácter excepcional, la Decisión Marco 2002/584/JAI, invocando el art. 4 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes)²⁸, en relación con la previsión contenida en el art. 1.3 de la decisión marco, según la cual dicho acto jurídico no podrá suponer una modificación de la obligación de los Estados miembros de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales proclamados en el art. 6 del Tratado de la Unión Europea.

Una sentencia dictada en el contexto de la resolución de las cuestiones prejudiciales de interpretación sobre el art. 1, apartados 3 y 5, y el art. 6, apartado 1, de la decisión marco sobre la OEDE, planteadas por el Hanseatisches Oberlandesgericht de Bremen (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Bremen, Alemania) con motivo de la ejecución de dos órdenes europeas de detención y entrega emitidas, respectivamente, por el juez de instrucción del Tribunal Comarcal de Miskolc (Hungría), contra el Sr. Aranyosi, y por el Judecătoria Făgăraș (Tribunal de Primera Instancia de Fagaras, Rumanía), contra el Sr. *Căldăraru*.

Hasta ese momento ningún asunto relativo a la OEDE resuelto por el Tribunal de Justicia había revelado fisuras insuperables en la construcción de

²⁸ Las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C 303/02) precisan que el art. 4 de la Carta tiene el mismo tenor que el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y en virtud del apartado 3 del art. 52 de la Carta, el mismo sentido y alcance que este último.

Precisamente, como subraya Bustos (2016), a diferencia del asunto *Melloni*, en la sentencia *Aranyosi-Căldăraru* no se plantea que la OEDE genere una vulneración de los derechos reconocidos en un Estado miembro, sino de los derechos reconocidos en el CEDH, y, en consecuencia, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

los supuestos reconocidos de no ejecución que hicieran necesario recurrir a los derechos fundamentales para proporcionar suficiente protección (Meyer, 2016). De hecho, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anterior a la sentencia *Aranyosi-Căldăraru* revela, a juicio de Mitsilegas (2015), que este siempre había dado preferencia a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo fundado en la confianza recíproca, en detrimento de la protección de los derechos fundamentales del individuo.

Sin embargo, expresada en palabras del abogado general Sr. Yves Bot el 3 de marzo de 2016, la cuestión subyacente ahora es «si es posible limitar la fuerza del principio de reconocimiento mutuo cuando se quiebra la confianza que se deben los Estados miembros debido a una posible violación de los derechos fundamentales que se entiende éstos han de respetar» (párr. 3), o, según afirma Lenaerts (2017: 821), si el principio de confianza recíproca debe entenderse como una «confianza ciega».

El punto de partida del razonamiento del Tribunal de Justicia en la sentencia *Aranyosi-Căldăraru* se sitúa en su Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014 (Pleno), *Adhesión de la Unión al CEDH*, y en la constatación de que el Derecho de la Unión se asienta en la premisa fundamental de que todo Estado miembro comparte con todos los demás, y reconoce que estos comparten con él, unos «valores comunes» en los que se fundamenta la Unión (art. 2 TUE).

De este postulado, afirma, deriva la existencia de una confianza recíproca entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, en consecuencia, en el respeto del Derecho de la Unión donde son aplicados (párr. 168), salvo que concurren «circunstancias excepcionales» (párr. 191). Un principio de confianza recíproca en el respeto de los derechos fundamentales por los Estados miembros que, por lo demás, se enuncia expresamente en los Considerandos 10 y 12 de la decisión marco sobre la OEDE²⁹.

²⁹ El Considerando 10 afirma: «El mecanismo de la orden de detención europea descansa en un grado de confianza elevado entre los Estados miembros. Su aplicación sólo podrá suspenderse en caso de violación grave y persistente, por parte de uno de los Estados miembros, de los principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, constatada por el Consejo en aplicación del apartado 1 del artículo 7 de dicho Tratado, y con las consecuencias previstas en el apartado 2 del mismo artículo».

Por su parte, el Considerando 12 establece: «La presente Decisión marco respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y reflejados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en particular en su capítulo VI. Nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse en el sentido de que impide la entrega de una persona contra la que se ha dictado una orden de detención europea cuando existan

Desde tales premisas, en la sentencia *Aranyosi-Căldăraru* el Tribunal de Justicia estima que la cooperación judicial en materia penal en la Unión se conforma a partir de la superposición de distintos estratos, de manera que el principio de reconocimiento mutuo en el que se sustenta el sistema de la OEDE descansa, a su vez, en la confianza recíproca entre los Estados miembros en que sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales proporcionan una «protección equivalente y efectiva» de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión, en particular en la Carta (párr. 77).

Sin embargo, al articular el test *Aranyosi* el Tribunal de Justicia se aparta del criterio establecido en el Considerando 10 de la decisión marco sobre la OEDE, que, a través de la remisión al procedimiento del art. 7 TUE, mantiene en el ámbito de las instituciones europeas la valoración acerca de la existencia de un riesgo real de vulneración de los derechos fundamentales en el Estado miembro emisor de una OEDE.

En efecto, tanto la decisión acerca de la concurrencia de una «circunstancia excepcional» que pueda implicar la ruptura del principio de reconocimiento mutuo como la propia valoración genérica y específica respecto del grado de respeto de los derechos fundamentales por el Estado miembro emisor de la OEDE mediante la aplicación del test *Aranyosi* recaen en el ámbito de la discrecionalidad de la autoridad jurisdiccional de ejecución de la OEDE.

Articulado a través de dos etapas o fases concurrentes, la primera de ellas —denominada «prueba del riesgo genérico» (Muñoz de Morales, 2017)— requiere que la autoridad jurisdiccional de ejecución disponga de información «objetiva», «fiable», «específica» y «actualizada» que acredite, según el caso de autos, que las condiciones de las prisiones en el Estado miembro emisor son incompatibles con el art. 4 de la Carta, en el sentido de que las deficiencias respecto de los derechos fundamentales resulten sistémicas o generalizadas en el mismo, afectando a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión.

Los elementos para llevar a cabo esta comprobación, según el Tribunal de Justicia, pueden provenir de resoluciones judiciales internacionales, como las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resoluciones ju-

razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones. La presente Decisión marco no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo, la libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión en los demás medios».

diciales del Estado miembro emisor o decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas (párr. 89). Pero la expresión «u otros documentos» parece admitir, a juicio de Marguery (2016: 953), un concepto demasiado amplio de las deficiencias que pueden afectar a los derechos fundamentales en un Estado miembro.

En todo caso, el resultado positivo a la primera fase del test Aranyosi no basta por sí mismo, a juicio del Tribunal de Justicia, para denegar la ejecución de una orden de detención europea (párr. 91), debiendo siempre activar su segunda fase, donde la autoridad jurisdiccional de ejecución deberá comprobar, «concreta y precisamente», si existen razones serias y fundadas para creer que la persona de que se trate correrá ese riesgo atendiendo a las condiciones de reclusión previstas para ella en caso de ser entregada (párr. 92).

A tales efectos, la autoridad jurisdiccional de ejecución podrá requerir información adicional al Estado miembro emisor, según las previsiones del art. 15.2 de la decisión marco sobre la OEDE³⁰, decidiendo acerca de la entrega de la persona reclamada en los plazos prescritos en el art. 17 de la misma³¹,

³⁰ En opinión de Bárd y Van Ballegooij (2018: 359), el intercambio de información entre las autoridades jurisdiccionales de ejecución y de emisión acerca de las condiciones específicas de reclusión previstas para la persona respecto de la que se ha emitido la OEDE supone el establecimiento de un «diálogo» entre órganos jurisdiccionales. No obstante, la mera solicitud y remisión de estos datos entre órganos jurisdiccionales no puede entenderse propiamente como un «diálogo» entre tribunales en el sentido en que este concepto se ha venido utilizando por la doctrina en los años recientes, dado que, en puridad, no supone el «intercambio» de orientaciones jurisprudenciales, ni implica ningún tipo de «circulación» de pronunciamientos emitidos entre ambos tribunales (De Vergottini, 2010: 32-33).

³¹ El criterio del Tribunal de Justicia respecto de la interpretación conjunta de los arts. 15 y 17 de la decisión marco (según dictaminó en la Sentencia de 16 de julio de 2015, *Lanigan*, Asunto C-237/15 PPU) consiste en entender que el vencimiento de dichos plazos permite a la autoridad jurisdiccional de ejecución aplazar el cumplimiento de la orden europea de detención pero no supone su decaimiento (párr. 37). Así, remitiéndose a la voluntad del «legislador de la Unión», su criterio consiste en interpretar que, en una situación en que no se hayan respetado esos plazos, «se aplazará la ejecución de la orden de detención europea, pero no se abandonará» (párr. 38). Esta interpretación, en virtud de la cual la decisión sobre la ejecución de una orden de detención europea puede adoptarse incluso después de expirados los plazos establecidos en el art. 17 de la decisión marco, evita, a juicio del Tribunal de Justicia, «que el efecto de las órdenes de detención europeas se debilite y que la dilación en la ejecución de esas órdenes acarree procedimientos más complejos» (párr. 41).

y, en el supuesto de confirmar la concurrencia de un «riesgo real» de violación del derecho reconocido en el art. 4 de la Carta, podrá decidir si el procedimiento de entrega debe darse por concluido.

La perspectiva, según sostiene Lenaerts (2017: 821), es que el Tribunal de Justicia ha dejado claro en la sentencia *Aranyosi-Căldăraru* que la confianza recíproca no puede confundirse con «confianza ciega», sino que, por el contrario, debe ser «ganada» por el Estado miembro emisor a través del cumplimiento efectivo de los estándares de los derechos fundamentales de la UE³², y esta garantía, en el marco de la OEDF, debe ser apreciada atendiendo al carácter absoluto y, en consecuencia, no sujeto a limitaciones, de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes reconocida en el art. 4 de la Carta (art. 3 CEDH) (*ibid.*: 835).

No obstante, la remisión por el Tribunal de Justicia al test Aranyosi en la Sentencia de 25 de julio de 2018 (Gran Sala), *LM*. Asunto C-216/18 PPU³³, donde se cuestiona por un órgano jurisdiccional irlandés la confianza recíproca en un supuesto de vulneración por el Estado emisor (en el caso de autos,

Sin embargo, la posibilidad de aplazar la ejecución de la orden de detención y entrega una vez sobrepasados los plazos previstos en el art. 17 de la Decisión Marco 2002/584/JAI puede conllevar una ampliación del período de privación de libertad de la persona reclamada. Una circunstancia que no es rechazada por el Tribunal de Justicia al entender que el art.12 de la decisión marco en relación con el art. 17, y, a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, admite esa consecuencia «siempre que esa duración no sea excesiva en relación con las características del procedimiento», extremo que corresponderá valorar al órgano jurisdiccional remitente (párr. 63).

³² En todo caso, la construcción de un procedimiento de actuación como el test Aranyosi, que deberá atender a la casuística del supuesto, y, en consecuencia, será aplicado caso por caso, no puede entenderse, a juicio de Meyer (2016: 287), como una transformación del art. 1.3 de la decisión marco en una «excepción general de derechos fundamentales» en la aplicación de la OEDF por parte del Tribunal de Justicia.

³³ El 1 de febrero de 2012, los órganos jurisdiccionales polacos (Sąd Okręgowy w Poznaniu [Tribunal Regional de Poznan], Sąd Okręgowy w Warszawie [Tribunal Regional de Varsovia] y Sąd Okręgowy w Włocławku [Tribunal Regional de Włocławek]) emitieron tres órdenes europeas de detención y entrega contra LM a efectos de su enjuiciamiento penal por tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. El 5 de mayo de 2017, LM fue detenido en Irlanda en virtud de las mismas, compareciendo ante el Tribunal Superior (High Court, Irlanda), ante el que manifestó su falta de consentimiento a su entrega a las autoridades polacas por estimar que las recientes reformas legislativas del sistema judicial en la República de Polonia lo privan de su derecho a un proceso equitativo, refiriéndose, en particular, a la propuesta motivada de la Comisión Europea, de 20 de diciembre de 2017, presentada de conformidad con el art. 7.1 TUE, relativa al Estado de derecho en Polonia.

Polonia) de un derecho de carácter no absoluto como es el derecho a un proceso equitativo contemplado en el art. 47 de la Carta (art. 6 CEDH)³⁴, ofrece precisiones relevantes acerca de las circunstancias que posibilitan la aplicación del test Aranyosi.

Dando por constatada la existencia de una violación general y sistémica de los derechos fundamentales en el Estado miembro emisor como consecuencia de la activación del procedimiento previsto en el art. 7.1 TUE respecto de Polonia, la autoridad jurisdiccional irlandesa pregunta al Tribunal de Justicia si se mantiene la obligación de recabar de las autoridades emisoras de la OEDE la información complementaria —que constituiría la segunda fase del test Aranyosi—, o bien de esa primera verificación cabe excluir que estas puedan proporcionar garantías específicas de que esa persona vaya a disfrutar de un proceso equitativo³⁵.

En respuesta al reenvío prejudicial —y en consonancia con el Considerando 10 de la decisión marco sobre la OEDE—, el Tribunal de Justicia comienza por descartar que el Tribunal Superior irlandés pueda establecer por sí mismo la correlación entre la activación del procedimiento previsto en el art. 7.1 TUE respecto de Polonia, y la suspensión unilaterale de la aplicación de la OEDE.

Concretamente, considera que la autoridad jurisdiccional irlandesa no está facultada para denegar automáticamente —sin tener que realizar ninguna comprobación— cualquier OEDE emitida por Polonia, sin que, con carácter previo, «exista una decisión del Consejo Europeo» por la que se constate una violación «grave» y «persistente» en el Estado miembro emisor de los principios contemplados en el art. 2 TUE, «seguida de la suspensión por el Consejo de la aplicación» de la Decisión Marco 2002/584/JAI (párr. 72).

³⁴ El Tribunal de Justicia considera que la independencia de los órganos jurisdiccionales forma parte del «contenido esencial» del derecho a un proceso equitativo, y así, refiriéndose a su Sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, Asunto C-64/16, y la jurisprudencia en ella citada, sistematiza y detalla los contenidos de la independencia judicial entonces enunciados (párrs. 42-45). De hecho, a juicio de Sarmiento (2018: 386), la sentencia *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (párrs. 30-37) anticipa parcialmente el razonamiento del Tribunal de Justicia en el asunto *LM*, al reconocer que un debilitamiento de la independencia de los órganos judiciales nacionales puede implicar una vulneración del art. 19 TUE y, en última instancia, del Estado de derecho como valor común contemplado en el art. 2 TUE.

³⁵ High Court of Ireland decision of 12 March 2018, *Minister of Justice v. Celmer* (2018 IEHC 119).

En consecuencia, el Tribunal de Justicia remite a la autoridad jurisdiccional irlandesa al art. 1, apartado 3, de la decisión marco sobre la OEDE, y a las «circunstancias excepcionales» que justifican la aplicación de las dos etapas del test Aranyosi, convirtiendo a dicho precepto de la decisión marco en excepción general de derechos fundamentales en la aplicación de la OEDE, y reconociendo la aplicabilidad del test Aranyosi a la violación potencial de cualquier derecho fundamental.

VI. CONCLUSIONES

Desde sus orígenes, la decisión marco sobre la OEDE ha sido percibida como una «nueva criatura del Derecho UE al mismo tiempo fascinante y controvertida» (Mathisen, 2010: 2), y, ciertamente, su morfología jurídica dista mucho de proporcionar la mínima seguridad jurídica que se deriva de la aplicación uniforme del derecho de la Unión en otros ámbitos competenciales.

La singular eficacia jurídica de las decisiones marco en el ordenamiento de la Unión explica, en gran medida, su vigencia hasta nuestros días, y trae causa del carácter sensible de su objeto respecto de la soberanía de los Estados miembros.

Como se ha comprobado en las páginas anteriores las peculiaridades de estos actos jurídicos han resultado determinantes no solo, inicialmente, en la opción del legislador europeo por el instrumento jurídico de la decisión marco en el ámbito del tercer pilar del Derecho originario, sino también en la propia pervivencia de este instrumento jurídico en el contexto del Tratado de Lisboa. Ello explica que la decisión marco sobre la OEDE no haya sido sustituida a día de hoy por una directiva, en la línea de otros aspectos de la cooperación en materia penal, como la Directiva 2011/99/UE, sobre la orden europea de protección (OEP), o la Directiva 2014/41/CE, relativa a la orden de investigación (OEI).

En efecto, la prevalencia del principio de la intergubernamentalidad en el ámbito de la OEDE constituye el fundamento de la opción del legislador europeo por un instrumento jurídico dotado de una mínima capacidad integradora, con la consecuencia inevitable de situar a la OEDE en un contexto donde su eficacia jurídica, como se ha descrito en el presente estudio, ha sido objeto de múltiples cuestionamientos.

El más reciente de ellos proviene de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 2015 (conocida por la doctrina como *Solange III* o *Forever I*), a la que el Tribunal de Justicia responde mediante la Sentencia de 5 de abril de 2016, *Aranyosi-Căldăraru*, tratando de

mantener el control sobre la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta.

Con esta finalidad última, el Tribunal de Justicia articula, con carácter excepcional, un procedimiento en dos fases (denominado test Aranyosi) aplicable por la autoridad jurisdiccional de ejecución de una OEDE, a resultados del cual esta puede denegar la entrega, eludiendo la aplicación del principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, al margen de los supuestos «tasados» de no ejecución contemplados en la decisión marco sobre la OEDE.

Específicamente, la activación del test Aranyosi conlleva el nacimiento de una duda en la autoridad jurisdiccional de ejecución sobre si el grado de vulneración de un derecho fundamental por el Estado emisor resulta lo suficientemente grave para quebrar el principio de confianza recíproca, o, lo que es lo mismo, la sospecha de que el Estado emisor vulnera real y efectivamente los valores consagrados en el art. 2 TUE.

Una duda que nace en la autoridad jurisdiccional de ejecución y que el test Aranyosi está destinado a clarificar respecto de ella misma, de ahí que pueda estimarse que la articulación por el Tribunal de Justicia de este test supone la instauración del principio de «desconfianza recíproca» entre los Estados miembros en relación con el respeto de los valores comunes en los que se sustenta la Unión Europea.

En un primer momento se interpretó por la doctrina que las «circunstancias excepcionales» a las que el Tribunal de Justicia vinculaba la activación del test Aranyosi derivaban del carácter absoluto de la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos y degradantes, pero, como vaticinara Ruiz (2017), su extensión en la Sentencia de 25 de julio de 2018 (Gran Sala), *LM*, respecto del derecho a un proceso equitativo, permite la aplicación de dicho test respecto de cualquier derecho fundamental, y convierte al art. 1.3 de la decisión marco sobre la OEDE en una excepción general de derechos fundamentales.

Pero, además, la activación de la primera fase del test Aranyosi implica la recopilación y la valoración por la autoridad jurisdiccional de ejecución —y no por las instituciones de la Unión según el procedimiento del art. 7 TUE—, de información genérica, en algunos supuestos, proveniente de documentos de fiabilidad dudosa, acerca del grado de cumplimiento de los derechos fundamentales por el Estado emisor que puedan acreditar deficiencias sistémicas o generalizadas. De ahí que coincidamos con Von Bogdandy *et al.* (2018) en la consideración de que resulta especialmente cuestionable que el Tribunal de Justicia haga recaer esta difícil tarea «sobre los hombros» del juez nacional.

De otro lado, podría entenderse que a través de la articulación del test Aranyosi el Tribunal de Justicia trata de aproximarse al sistema de garantía

derivado del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, pero entre ellos se aprecian diferencias sustanciales en tanto que este último se limita a la comprobación individual o concreta del respeto de los derechos reconocidos en el Convenio respecto de la persona cuya entrega es reclamada —verificación que equivale a la segunda fase del test Aranyosi—³⁶.

En consecuencia, la metodología en el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales incorporada en el test Aranyosi no solo dificulta su armonización con el sistema del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que tampoco resulta inocua respecto del grado de eficacia en la tutela de los derechos en el ámbito de la Unión. En efecto, como mantiene Callewaert (2018: 1700), en la protección de los derechos fundamentales la aproximación metodológica resulta muy importante, en la medida en que «derechos idénticos aplicados de acuerdo con diferentes metodologías» pueden dar lugar a diferentes grados de protección de los individuos.

En cualquier caso, ciertamente podría considerarse que las sentencias *Aranyosi-Căldăraru* y *LM* constituyen el comienzo de un «largo viaje» que puede transitar por el camino de la creación de un mecanismo global de la Unión para la democracia, el Estado de derecho y los derechos fundamentales (*democracy, rule of law and fundamental rights*, DRE, en sus siglas en inglés), como el solicitado por el Parlamento Europeo en su Resolución de 25 de octubre de 2016³⁷.

Un engranaje que, a modo de «sistema de monitorización», permitiera a la Unión Europea estar en condiciones de actuar a través de sus propios procedimientos legales, sin tener que esperar a que un retroceso en el Estado de derecho, una flagrante violación de los derechos humanos, u otras violaciones de los valores de la UE sean constatados por «actores externos» como Naciones Unidas, el Consejo de Europa (incluido el TEDH) o el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (Bárd y Van Ballegooij, 2018: 363).

Pero la apertura de esta senda no estaría exenta de riesgos, en tanto que, en última instancia, podría suponer la definitiva renuncia a dar cumplimiento por la UE al mandato contemplado en el art. 6.2 TUE, cuando, en opinión

³⁶ Véanse, entre otras, las sentencias del TEDH *Tarakhel v. Switzerland*. Application n. 29217/12, de 4 de noviembre de 2014, y *Avotiņš v. Latvia*. Application n. 17502/07, de 23 de mayo de 2016.

³⁷ Mecanismo de la Unión para la democracia, el Estado de derecho y los derechos fundamentales. Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2016, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el establecimiento de un mecanismo de la Unión para la democracia, el Estado de derecho y los derechos fundamentales (2015/2254(INL)), P8_TA(2016)0409, Recomendación 1.

de Callewaert (2018), la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos sigue siendo un objetivo a perseguir para «el entendimiento colectivo y el respeto de los derechos fundamentales como los hemos conocido en Europa desde hace casi 70 años».

Bibliografía

- Alonso García, R. (2012). *Sistema jurídico de la Unión Europea*. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters.
- Asp, P. (2005). Mutual recognition and the development of criminal law cooperation within the EU. En E. J. Husabø y A. Strandbakken (eds.). *Harmonization of criminal law in Europe* (pp. 23-40). Antwerpen: Intersentia.
- Bantekas, I. (2007). The principle of mutual recognition in EU criminal law. *European Law Review*, 32 (3), 365-385.
- Bapuly, B. (2009). European Arrest Warrant under Constitutional Attack. *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, 3 (1), 16-22.
- Bárd, P. y Van Ballegooij, W. (2018). Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in *Minister for Justice and Equality v. LM*. *New Journal of European Criminal Law*, 9 (3), 353-365.
- Borgers, M. J. (2007). Implementing Framework Decisions. *Common Market Law Review*, 44 (5), 1361-1386.
- Bustos Gisbert, R. (2016). ¿Un insuficiente paso en la dirección correcta? Comentario a la Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 5 de abril de 2016, en los casos acumulados *Pal Aranyosi (C-404/15)* y *Robert Caldararu (C-659/15 PPU)*. *Revista General de Derecho Europeo*, 40, 138-155.
- Callewaert, J. (2018). Do we still need article 6(2) TEU? Considerations on the absence of EU accession to the ECHR and its consequences. *Common Market Law Review*, 55 (6), 1685-1716.
- Canor, I. (2013). My brother's keeper?...solange: 'An ever closer distrust among the peoples of Europe'. *Common Market Law Review*, 50 (2), 383-421.
- De Vergottini, G. (2010). Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones. Cizur Menor (Navarra): Civitas.
- Denza, E. (2002). *The Intergovernmental Pillars of the European Union*. Oxford: Oxford University Press.
- Fonseca Morillo, F. J. (2003). La orden de detención y entrega europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 14, 69-95.
- Geyer, F. (2008). European Arrest Warrant. Court of Justice of the European Communities. Judgment of 3 May 2007, Case C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*. *European Constitutional Law Review*, 4, 149-161.

- Grasso, G. (2015). The Instruments of Harmonisation of National Criminal Law, Their Enforcement and the Role of the Court of Justice. *New Journal of European Criminal Law*, 6 (4), 494-504.
- Hinarejos, A. (2006). *Bundesverfassungsgericht* (German Constitutional Court). Decision of 18 July 2005 (2 BvR 2236/04) on the German European Arrest Warrant Law. *Common Market Law Review*, 43, 583-595.
- (2008). On the Legal Effects of Framework Decisions and Decisions: Directly Applicable, Directly Effective, Self-executing, Supreme? *European Law Journal*, 14 (5), 620-634.
- Hong, M. (2016). Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: BVerfG 15 December 2015, 2 BvR 2735/14, Solange III, and ECJ (Grand Chamber) 5 April 2016, Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU, Aranyosi and Caldaru. *European Constitutional Law Review*, 12 (3), 549-563.
- Iglesias Sánchez, S. (2010). La jurisprudencia constitucional comparada sobre la orden europea de detención y entrega, y la naturaleza jurídica de los actos del Tercer Pilar. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 35, 169-192.
- Klimek, L. (2015). *European Arrest Warrant*. Cham: Springer International Publishing.
- Komárek, J. (2007). European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of the Limits of 'Contrapunctual Principles'. *Common Market Law Review*, 44, 9-40.
- Kuijper, P. J. (2004). The Evolution of the Third Pillar from Maastricht to the European Constitution: Institutional Aspects. *Common Market Law Review*, 41 (2), 609-626.
- Łazowski, A. (2005). Constitutional Tribunal on the Surrender of Polish Citizens Under the European Arrest Warrant. Decision of 27 April 2005. *European Constitutional Law Review*, 1, 569-581.
- Lenaerts, K. (2017). La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust. *Common Market Law Review*, 54 (3), 805-840.
- Lenaerts, K. y Corthaut, T. (2006). Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law. *European Law Review*, 31 (3), 287-315.
- Mancano, L. (2018). Judicial Harmonisation through Autonomous Concepts of European Union Law: The Example of the European Arrest Warrant Framework Decision. *European Law Review*, 43 (1), 69-88.
- Marguery, T. (2016). Rebuttal of Mutual Trust and Mutual Recognition in Criminal Matters: Is 'Exceptional' Enough? *European Papers*, 1 (3), 943-963.
- Mathisen, G. (2010). Nordic Cooperation and the European Arrest Warrant: Intra-Nordic Extradition, the Nordic Arrest Warrant and Beyond. *Nordic Journal of International Law*, 79, 1-33.
- Meyer, F. (2016). Case Notes: From Solange II to Forever I. The German Federal Constitutional Court and the European Arrest Warrant (and how the CJEU responded). *New Journal of European Criminal Law*, 7 (3), 277-294.

- Mitsilegas, V. (2015). The Symbiotic Relationship between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice. *New Journal of European Criminal Law*, 6 (4), 457-480.
- Muñoz de Morales Romero, M. (2017). Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero: Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 1-26.
- Nohlen, N. (2008). Germany: The European Arrest Warrant case. *International Journal of Constitutional Law*, 6, 153-161.
- Nowag, J. (2016). EU law, constitutional identity, and human dignity: A toxic mix? *Bundesverfassungsgericht: Mr R. Common Market Law Review*, 53 (5), 1441-1454.
- Nußberger, A. (2008). Poland: The Constitutional Tribunal on the implementation of the European Arrest Warrant. *International Journal of Constitutional Law*, 6, 162-170.
- Peers, S. (2004). Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council got it wrong? *Common Market Law Review*, 41, 5-36.
- (2007). Salvation outside the Church: Judicial Protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi Judgements. *Common Market Law Review*, 44, 883-929.
- Pollicino, O. (2008). European Arrest Warrant and Constitutional Principles of the Member States: a Case Law-Based Outline in the Attempt to Strike the Right Balance between Interacting Legal Systems. *German Law Journal*, 9 (10), 1313-1355.
- Reding, V. (2010). *The Future of European Criminal Justice under the Lisbon Treaty*. Speech at the European Law Academy (SPEECH/10/89). Trier, 12 March, 1-8.
- Reinbacher, T. y Wendel, M. (2016). Case Notes: The Bundesverfassungsgericht's European Arrest Warrant II Decision. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23 (4), 702-713.
- Ruiz Yamuza, F.-G. (2017). ¿Réquiem por el principio de confianza mutua?: reconocimiento mutuo y tutela de derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJUE a propósito de la Orden de Detención Europea. *Revista General de Derecho Europeo*, 43, 201-245.
- Sarmiento, D. (2008). European Union: The European Arrest Warrant and the quest for constitutional coherence. *International Journal of Constitutional Law*, 6, 171-183.
- (2018). Editorial. A comment on the CJEU's judgment in LM. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25 (4), 2018, 385-387.
- Spaventa, E. (2007). Opening Pandora's Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in *Pupino*. *European Constitutional Law Review*, 3, 5-24.
- Tomuschat, Chr. (2006). Inconsistencies. The German Federal Constitutional Court on the European Arrest Warrant. *European Constitutional Law Review*, 2, 209-226.

- Tsadiras, A. (2007). Cyprus Supreme Court (Ανώτατο Δικαστήριο Κύπρου), Judgment of 7 November 2005 (Civil Appeal no. 294/2005) on the Cypriot European Arrest Warrant Law. *Common Market Law Review*, 44, 1515-1528.
- Van Sliedregt, E. (2007). The European Arrest Warrant: Between Trust, Democracy and the Rule of Law. *European Constitutional Law Review*, 3, 244-252.
- Von Bogdandy, A., Bogdanowicz, P., Cannor, I., Schmidt, M. y Taborowski, M. (2018). Drawing Red Lines and Giving (Some) Bite-The CJEU's Deficiencies Judgment on the European Rule of Law. *Verfassungsblog on Matters Constitutional*. Disponible en: <https://bit.ly/2r0q9pF>.
- Weyembergh, A. (2005). The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 12 (2), 149-172.
- Wyrozumska, A. (2004-2005). Some Comments on the Judgments of the Polish Constitutional Tribunal on the EU Accession Treaty and on the Implementation of the European Arrest Warrant. *Polish Yearbook of International Law*, 7-30.
- Zemánek, J. (2007). The Emerging Czech Constitutional Doctrine of European Law. *European Constitutional Law Review*, 3 (3), 418-435.

CONTRADICCIONES CONSTITUCIONALES: EL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL
BOLIVIANO Y LA REELECCIÓN DE MORALES.
¿UNA PRÁCTICA DE ABUSIVISMO CONSTITUCIONAL?

Constitutional contradictions: the Bolivian
Plurinational Constitutional Court and the reelection
of Morales. A procedure of constitutional abusivism?

LAURA ALESSANDRA NOCERA
Universidad de los Estudios de Millano
Laura.nocera@unimi.it

Cómo citar/Citation

Nocera, L. A. (2019).

Contradicciones constitucionales: el Tribunal Constitucional plurinacional boliviano
y la reelección de Morales: ¿una práctica de abusivismo constitucional?

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(2), 491-506.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.15>

Resumen

A pesar del consenso negativo al referéndum constitucional, el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano admitió la posibilidad de la reelección del presidente Morales durante el segundo período presidencial y más allá del límite constitucional y legislativo de inelegibilidad. Según la Corte, cualquier límite contra el derecho de voto violaría los principios y los valores de cualquier democracia constitucional y del sistema convencional de protección de los derechos humanos. El derecho de voto se considera una parte importante del llamado «bloque constitucional», que no debe ser violado por la ley electoral actual y para proteger los derechos y libertades fundamentales. La pregunta es si existe un perfil probable de constitucionalismo abusivo, con el riesgo de una fractura en el seguro político del Estado.

Palabras clave

Bolivia; Tribunal Constitucional Plurinacional; elección presidencial; bloque constitucional; doctrina de convencionalidad.

Abstract

Despite of the negative consensus to the constitutional referendum, the Bolivian Plurinational Constitutional Court (or “Tribunal Plurinacional Constitucional”) admitted the possibility of re-election for President Morales over the second presidential term and beyond the constitutional and legislative limit of ineligibility. According to the Court, any limit against the right to vote would violate the principles and the values of any constitutional democracy and of the conventional system of protection to human rights. The right to vote is considered as an important part of the so-called “constitutional bloc” (or “bloque constitucional”), not to be broken by the current electoral law and in order to protect fundamental rights and freedoms. The question is if there is a probable profile of abusive constitutionalism, with the risk of a fracture in the political insurance of the State.

Keywords

Bolivia; Plurinational Constitution Court; Presidential Elections; Constitutional Bloc; theory of Conventional Protection of Human Rights.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. ¿UNA PRÁCTICA DE ABUSIVISMO CONSTITUCIONAL? II. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ABSTRACTA. III. LA INCONSTITUCIONALIDAD Y LA NO CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS DE LA LEY ELECTORAL. IV. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD. V. LA INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES POR CONTRADICCIÓN INTRACONSTITUCIONAL. VI. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN. ¿UNA PRÁCTICA DE ABUSIVISMO CONSTITUCIONAL?

Después del fracaso del referéndum de revisión constitucional del 21 de febrero de 2016¹, que preveía la enmienda del art. 168 de la Constitución, con referencia a la eliminación del límite de los dos mandatos para quienes ocupan los cargos políticos de presidente y vicepresidente, el 28 de noviembre de 2017 el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP, Sentencia Constitucional Plurinacional n. 0084/2017-R) admitió la posibilidad de reelección de todos los cargos ejecutivos del Estado boliviano, permitiendo a Morales ser elegido por cuarta vez y, potencialmente, de por vida. El fallo constitucional, en virtud de una lectura constitucionalmente y convencionalmente orientada de la legislación nacional (en este caso, la ley electoral), y de las mismas disposiciones de la carta constitucional, ha anulado efectivamente la intención de votar en el referéndum popular, que, en línea con el texto constitucional, había ralentizado el cuarto período presidencial de Morales².

¹ Se hace referencia a la revisión constitucional parcial aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional en septiembre de 2015 y sometida a un referéndum constitucional el 21 de febrero de 2016, de acuerdo con el procedimiento para las revisiones constitucionales parciales de la Ley Fundamental del art. 411.II (pregunta del referéndum presentada por Cámaras en el Tribunal Supremo Electoral con nota VPEP-SG-DGGTDL n. 0990/2015-2016). El 51 % de los votantes expresaron una opinión negativa.

² Por la precisión, Evo Morales fue elegido presidente, por primera vez, el 14 de diciembre de 2005 (con inicio del mandato en enero de 2006), antes de la redacción

La decisión del TCP cambió completamente el equilibrio constitucional, legitimando, por lo tanto, una reforma constitucional en vía jurisprudencial, es decir, sin el procedimiento de revisión requerido regularmente por el texto constitucional.

El art. 411.I de la Constitución establece que el texto constitucional no puede modificarse sin el consentimiento de la mayoría de los bolivianos. De esta forma, se estableció que para revisiones parciales de la Constitución es necesario aprobar el texto reformado por la mayoría absoluta de ambas Cámaras, mientras se requiere una mayoría de 2/3 para las llamadas «bases fundamentales» de la Constitución. Además, la aprobación del texto reformado siempre debe someterse a una consulta de referéndum posterior del pueblo boliviano. Para las revisiones totales de la Constitución, por otro lado, una Asamblea Constituyente se convoca sobre una base electiva (Storini y Noguera, 2008: 1228; Proner, 2012: 418). Por lo tanto, sería un uso abusivo del poder exclusivo de juicio de constitucionalidad del Tribunal Constitucional Plurinacional. De hecho, el Tribunal puede interpretar las normas nacionales de conformidad con la Constitución y con la Convención ADH, así como con los tratados internacionales de derechos humanos, y puede censurar la contrariedad con los principios fundamentales de Estado. De hecho, el papel de revisión constitucional atribuido al TCP debería constituir un fuerte control de la temida expansión del Poder Ejecutivo, siendo parte de un mecanismo de garantía de la democracia previsto en la Constitución (art. 202). En este sentido, hablamos de «constitucionalismo abusivo» o de «abusivismo constitucional», concebido como un intento de socavar la democracia del Estado a través del uso de los medios y procedimientos previstos en la Constitución (Landau, 2013: 189-260).

La criticidad de la interpretación de los jueces constitucionales bolivianos podría buscarse en la impugnada formación del Tribunal con la aprobación del nuevo texto constitucional en 2009. De hecho, el Tribunal Constitucional Plurinacional reemplazó al antiguo Tribunal Constitucional con la intención de garantizar la participación activa de los ciudadanos bolivianos, incluso en la fase de revisión constitucional. Por esta razón, la Ley Fundamental ha ordenado que el TCP esté compuesto por siete jueces elegidos directamente

de la Asamblea Constituyente (elegida el 2 de julio de 2006) de la Ley Fundamental (aprobada entre 2007 y 2009, cuando, después del referéndum popular, entró en vigor). Morales dimitió al mismo tiempo que el nuevo texto constitucional entró en vigor y fue elegido nuevamente presidente, de acuerdo con las disposiciones y límites establecidos por la Ley Fundamental, en octubre de 2009 (mandato 2010-2014) y en octubre de 2014 (mandato 2015-2019).

por el pueblo sobre la base de una lista de veintiocho candidatos elegidos y aprobados por la Asamblea Legislativa Plurinacional con una mayoría de 2/3. El TCP, que se delega el poder de revisión constitucional, por lo tanto, puede ser demasiado dependiente de otros órganos constitucionales y sus decisiones pueden ser comprometidas por las decisiones políticas del Gobierno y de la Asamblea. El partido de Morales ha tenido la mayoría de diputados en ambas Cámaras de la Asamblea desde la aprobación en 2009 de la nueva Constitución, para la cual el TCP podría sentir fuertemente la influencia del partido y de la política de Morales, convirtiéndose en un órgano de control político. Se teme, por lo tanto, que la imparcialidad del juicio del TCP pueda ser socavada, en detrimento del equilibrio entre los poderes y las garantías de la democracia del Estado.

Esta situación llevaría al nacimiento de una nueva estructura potencialmente riesgosa, confirmando una tendencia común en América Latina de admitir la posibilidad de reelección para altos cargos públicos más allá de los límites establecidos por los documentos constitucionales. La decisión del TCP, de hecho, confirma la misma tendencia con respecto a la admisibilidad de la reelección de Venezuela, Nicaragua, Honduras y Ecuador (Martínez-Barahona, 2012: 289-309). Una excepción única, en la escena latinoamericana, sigue representada por Colombia, donde el juez constitucional intervino para censurar la inconstitucionalidad de la reforma que habría otorgado al presidente Uribe la posibilidad de ser reelecto de por vida (Bernal, 2013: 339-357).

Además, la posibilidad de una reelección ilimitada del presidente pone en tela de juicio las llamadas «garantías de la democracia», planteadas por la reforma constitucional para evitar cualquier deriva autoritaria del Poder Ejecutivo. De hecho, la Constitución boliviana de 2009 había establecido disposiciones específicas para garantizar la naturaleza democrática del sistema jurídico nacional y, entre ellas, se distinguía, en particular, precisamente, el límite de reelección al cargo del presidente y otros cargos político-ejecutivos. La prohibición impuesta a la reelección presidencial, de hecho, había sido prevista por la Asamblea Constituyente como un límite específico al poder de la clase política dominante, garantía del mantenimiento de la democracia del Estado en la gestión de los poderes (Verdugo, 2017).

El alcance de la sentencia constitucional en la región de América Latina es de considerable importancia y plantea varias dudas sobre la legitimidad y la democracia de los Estados, en un marco donde el riesgo de un Poder Ejecutivo hipertrófico sobre el Poder Legislativo y el Poder Judicial y una figura presidencial que es el protagonista absoluto de la política del país. Se habla de una posible ruptura de la «seguridad política» (o *political insurance*) en la democracia boliviana (Dixon y Ginsburg, 2017: 988-1012).

II. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ABSTRACTA

El llamamiento a la inconstitucionalidad fue presentado por un grupo de parlamentarios del MAS³ y firmado por el presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, y planteó: 1) excepción de inconstitucionalidad de los arts. 52.III, 64 inc.d), 65 inc.b), 71 inc.c), 72 inc.b) de la Ley del Régimen Electoral (LRE), n. 026 / 2010, en contraste con los arts. 26 y 28 de la Constitución, en relación con los arts. 13.IV, 256.I y 410.II de la Constitución, y por contrariedad con los arts. 1.1, 23, 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH), y 2) solicitud de inaplicabilidad de los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la Constitución por contradicción intraconstitucional con los arts. 26 y 28 de la Constitución y acuerdo convencional con los arts. 1.1, 23, 24 y 29 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH), en relación con los arts. 13.IV, 133, 256 y 410.II de la Constitución.

La apelación fue admitida como una «acción de inconstitucionalidad abstracta», en virtud de la facultad de control reglamentario sobre el texto constitucional ejercido por el TCP, que tiene la tarea de interpretar la Ley Fundamental y el poder exclusivo de revisión constitucional, *ex* arts. 196 y 202.I de la Constitución y art. 4 de la Ley Institutiva del TCP (decisión sobre la admisibilidad de la apelación de 28.09.2017, AC 0269/2017-CA; memorial de 10-10-2017). En particular, al admitir la apelación, el TCP se refirió a la posibilidad de recurrir a una acción de inconstitucionalidad, prevista tanto para una persona individual como para una persona colectiva, contra una disposición legal considerada contraria a la Norma Suprema, de conformidad con el Código de Derecho Procesal Constitucional y según los criterios ya establecidos por la jurisprudencia constitucional (sentencias n. 0051/2005-R y n. 0019/2006 del antiguo Tribunal Constitucional). De hecho, el art. 72 del Código de Derecho Procesal Constitucional boliviano contempla la posibilidad de recurrir a una acción de puro derecho a solicitar la inconstitucionalidad de una norma con respecto a la Constitución. El art. 73 del Código cit. establece, en particular, la existencia de dos tipos diferentes de acción: la acción de inconstitucionalidad de carácter abstracto *atemptable* adversos leyes, estatutos, decretos y juicios, que violan el contenido abstracto del texto constitucional, y la acción de inconstitucionalidad de naturaleza concreta, que puede levantarse dentro de un proceso administrativo y/o judicial por iniciativa del juez. Solo la primera de estas acciones

³ Acrónimo de Movimiento por el socialismo - Instrumento político para la soberanía de los pueblos, partido de izquierda boliviano dirigido por el presidente Evo Morales.

inconstitucionales asume las características de una acción y legítimamente se puede levantar solamente por el presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional o cualquiera de sus miembros, por el legislador territorial, por sus autoridades ejecutivas y administrativas territoriales y por el Defensor del Pueblo (art. 74 Código cit.).

En este caso, por lo tanto, la acción había sido planteada legítimamente por un grupo de parlamentarios, encabezados por el presidente de la Asamblea Plurinacional Legislativa, e instauraba un procedimiento en contra de un conjunto de reglas que violó el texto constitucional.

III. LA INCONSTITUCIONALIDAD Y LA NO CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS DE LA LEY ELECTORAL

En el primer motivo de inconstitucionalidad, los arts. 52.III, 64 inc.d), 65 inc.b), 71 inc.c) y 72 inc.b) de la Ley del Régimen Electoral, planteada por los solicitantes en oposición al texto constitucional, prevé el mandato de cinco años y la prohibición de la reelección por más de un año consecutivo por el presidente y el vicepresidente de la República, alcaldes, concejales, los cargos ejecutivos más altos y todos los representantes de la Asamblea Departamental, como una garantía de elecciones democráticas.

El TCP confirma los motivos de los solicitantes, ya que las normas mencionadas serían contrarias a los arts. 26 y 28 de la Constitución, que reconocen a todos los ciudadanos bolivianos los derechos políticos y, específicamente, el derecho de voto activo y pasivo, en relación con los arts. 13.IV y 256.I de la Constitución, así como el procedimiento previsto en el art.410.II de la Constitución. Los derechos políticos, de hecho, son una emanación de los derechos fundamentales de la persona y son viables en el derecho a participar en la vida política del Estado, directamente o a través de representantes elegidos en elecciones libres, iguales y auténticas, y, por tanto, el derecho a votar y ser elegidos (incluso solo en el poder) en elecciones periódicas, auténticas y con voto secreto, libre y por sufragio universal. Por esta razón, el TCP considera los derechos políticos *ex* arts. 26 y 28 de la Ley Fundamental como parte del llamado *numerus clausus* de los derechos fundamentales, que de ninguna manera puede ser limitado o modificado (Carducci, 2018: 122-123).

Aún más, y alegado por los solicitantes, los derechos políticos también están protegidos y garantizados por varios tratados internacionales, entre los cuales es necesario distinguir la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH), ratificada por Bolivia con la Ley n. 1430/1993. El art. 23 CADH establece que el ejercicio de los derechos políticos no puede ser restringido por razones de edad, sexo, nacionalidad, idioma,

educación, capacidad o condena judicial y que cualquier limitación —en cualquier caso, nunca discriminatoria— se organizará por ley nacional. El Tribunal, sin embargo, ofrece una lectura más detallada de las reglas planteadas por la apelación. De hecho, según el TCP, la lectura combinada de las disposiciones constitucionales contenidas en los arts. 13.IV, 256.I y 410.II, en relación con los que se plantea la excepción de inconstitucionalidad, establece el *dogma* para el cual los derechos y deberes «consagrados» en la Constitución deben ser interpretados obligatoriamente de conformidad con los tratados internacionales sobre los derechos humanos ratificados por el Estado, según el principio *pacta sunt servanda*, donde prevalecen los tratados internacionales y, en particular, cuando el derecho internacional establece normas más favorables y garantizadoras en materia de derechos humanos (principio *pro homine*), así como el principio que establece la responsabilidad internacional de un actor/Estado por la violación de los derechos humanos, contenida en el art. 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas. Este es el llamado mecanismo de «interpretación más favorable», cuyo modelo figura en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Además, también el art. 116 de la Constitución boliviana establece que, en caso de duda sobre la ley aplicable, siempre debe prevalecer la aplicación de la norma más favorable a la protección de los derechos humanos (Sentencia n. 0084/2017-R, p.47).

Por lo tanto, en la decisión en comentario, los jueces constitucionales reiteraron que, con respecto a la protección de los derechos humanos, es más necesario considerar como fuente superprimaria la Constitución (o Ley Fundamental), sino también todas las fuentes y tratados internacionales que protegen los derechos humanos, en favor del principio *pro homine*. De hecho, principio jerárquico y principio internacionalista⁴ se coordinan en la aplicación de todas las disposiciones normativas que protegen los derechos humanos. El Tribunal Constitucional Plurinacional ya había intervenido sobre la interpretación más favorable de los derechos humanos (teoría del más alto nivel de protección) con la Sentencia n. 01/10/2010, recordada por el fallo constitucional en el comentario.

⁴ Por principio jerárquico y por principio internacionalista se entienden dos fórmulas que regulan y clasifican las fuentes del derecho. Pero mientras el primer principio regula la jerarquía de las fuentes nacionales, el principio internacionalista introduce las fuentes de derivación supranacional que, en los sistemas legales latinoamericanos, ingresan inmediatamente en el sistema legal nacional (según el esquema del monismo jurídico).

IV. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Una de las grandes innovaciones de la Ley Fundamental de 2009 fue la introducción del concepto interpretativo del «bloque constitucional» o «bloque de constitucionalidad», en referencia a los estándares de valores superprimarios que protegen los derechos humanos, como principios fundamentales que no pueden ser modificados o limitados. El bloque de constitucionalidad es un concepto/parámetro de teoría de derecho que se refiere a un conjunto de normas jurídicas que, además de la Constitución, debe ser tenido en cuenta en el órgano en el que se atribuyó la tarea de control constitucional para determinar la conformidad de las normas susceptibles de una declaración de inconstitucionalidad (Favoreu y Rubio Llorente, 1989).

El término «bloque de constitucionalidad» (o más bien *bloc de constitutionnalité*) nació en Francia con la decisión del Conseil Constitutionnel de 16 de julio 1971 para referirse al conjunto de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución francesa de 1958, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879, el Preámbulo a la Carta de las Naciones Unidas de 1946 y ciertas leyes de la República francesa en materia de derechos humanos. Con esta expresión, el Conseil pretendía establecer el valor «superconstitucional» y la naturaleza «superprimaria» de los derechos fundamentales, incluso si no están consagrados en la Constitución (Amirante, 1989: 299-326).

Este concepto fue adoptado más adelante en el nuevo sistema democrático español y, en particular, en algunas sentencias del Tribunal Constitucional en 1981 como un parámetro de interpretación para determinar la constitucionalidad de algunas normas jerárquicamente inferiores, pero de valor fundamental para la protección de los derechos humanos. A partir de ahora, esta interpretación tendrá éxito en todo el continente latinoamericano, en particular después de la transición a la democracia que tuvo lugar entre los años ochenta y noventa y la redacción de nuevos documentos constitucionales, convirtiéndose en uno de los pilares del llamado *Nuevo Constitucionalismo* latinoamericano (Lousteau, 2012: 15-39).

En esta línea, el concepto de «bloque de constitucionalidad» es hoy retomado y elaborado por diversas jurisprudencias constitucionales europeas (como en Italia, Austria y Alemania).

El texto del art. 410.II de la Ley Fundamental establece que «los tratados de derechos humanos forman parte del Bloque de Constitucionalidad». De hecho, el art. 410.II proporciona un bloque constitucional específico en relación con los derechos humanos, que incorpora, internamente, junto con los principios y derechos contenidos en la Constitución, incluidos los tratados internacionales, el derecho comunitario (es decir, el derivado de la CADH),

y, en consecuencia, la jurisprudencia internacional, donde toma en consideración la protección de los derechos humanos. El criterio es integrado por los arts. 13.IV y 256.I de la Constitución, que establecen que los derechos y los deberes consagrados en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia. En preciso, el texto de art. 13.IV especifica que «los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia»; mientras el texto del art. 256.I especifica que «los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta». Este criterio, que también está consagrado en el texto constitucional, establece que las normas constitucionales «dan paso» a los tratados internacionales de derechos humanos, cuando proporcionan protecciones más significativas y favorables a los derechos humanos (Medinachelli Rojas, 2012: 139-150; Vargas Gamboa, 2013: 329-342).

En el caso en cuestión, dada la compatibilidad de las normas constitucionales con el sistema interamericano, es posible observar que la CADH incorpora una protección más amplia de los derechos políticos, proporcionada por la Constitución y, por lo tanto, razonablemente aplicable como la regla más favorable. De hecho, en acuerdo con el TCP, «[...] instrumentos [...] son de preferente aplicación inclusive respecto a la propia Constitución, en los casos de que prevean normas más favorables para la vigencia y ejercicio de tales derechos, por lo que [...] las normas del derecho internacional sobre derechos humanos, en Bolivia, adquieren rango supraconstitucional [...]» (Sentencia n. 0084/2017-R, p.50).

En este punto, el «control de constitucionalidad», de oficio del Tribunal Constitucional Plurinacional, se fusiona con el «control de convencionalidad» a través de un trabajo hermenéutico: símilmente con esta lectura, el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene el deber de interpretar la constitucionalidad de las normas también de acuerdo con el derecho internacional y, por lo tanto, con el derecho interamericano convencional. El TCP confirma así la interpretación de la jurisprudencia constitucional anterior (Sentencia n. 2170/2013-R, de 21 noviembre de 2013, y Sentencia n. 0572/2014-R, de 10 marzo de 2014) y de la jurisprudencia interamericana (CIDH, Fondo Reparaciones y Costas, caso *Trabajadores Cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros vs. Perú*, de 24 de noviembre de 2006, Serie C n. 158 y 174) sobre el oficio

del juez constitucional de ejercer el control de constitucionalidad y también el control de convencionalidad. De acuerdo con la jurisprudencia mencionada por el Tribunal, la revisión constitucional, en general, no se refiere únicamente a las reglas de la Constitución, sino también a todas las reglas que forman parte del denominado «bloque constitucional», y, por lo tanto, todos los tratados de derechos humanos y sentencias judiciales internacionales y, principalmente, de la Corte IDH (Medina Salas, 2015). En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia interamericana también en los casos *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (CIDH, Fondo Reparaciones y Costas, de 26 de noviembre de 2010, Serie C n. 220), *Gelman vs. Uruguay* (CIDH, Fondo Reparaciones y Costas, de 24 de febrero de 2011, Serie C n. 221), *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (CIDH, Fondo Reparaciones y Costas, de 26 de septiembre de 2006, Serie C n. 154).

Por lo tanto, si el Estado ha ratificado la Convención ADH, los jueces y los tribunales nacionales debe realizar un «control de convencionalidad», teniendo en cuenta no solo el texto de la Convención Interamericana, sino también la interpretación que hizo la Corte IDH. Es posible denominar esta interpretación como un «control generalizado de la convencionalidad». Así, todos los órganos del Estado están sujetos al texto de la Convención Interamericana, por el cual todos los tribunales nacionales tienen derecho a no aplicar las normas contrarias a los principios convencionales que protegen los derechos humanos. La legislación interna contraria a la Convención ADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH debe ser desafectada y debe ser declarada su «no convencionalidad». Esta fusión entre control constitucional y control de convencionalidad es llamada, por una parte de la doctrina, haciendo uso de la definición «constitución convencionalizada», como una constitucionalidad conforme a los principios convencionales (Pérez Salazar, 2012: 387-397).

V. LA INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES POR CONTRADICCIÓN INTRACONSTITUCIONAL

Con respecto al segundo motivo de apelación, el fallo del TCP reconoció lo planteado por los demandantes y criticó la aplicación de las disposiciones constitucionales en virtud de los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la Constitución por violación intraconstitucional con los principios contenidos en los arts. 26 y 28 de la Constitución (derechos políticos y derecho de voto) y por oposición a los derechos humanos protegidos por el bloque constitucional, formado por la Constitución, la Convención ADH y los tratados internacionales.

La interpretación del TCP se basó en un equilibrio constitucional entre normas y principios protegidos por la Ley Fundamental. Por lo tanto, no existe ninguna violación intraconstitucional ni ninguna antinomia entre normas constitucionales, porque todas las contradicciones son resolubles a través de la aplicación del principio de equilibrio constitucional. Específicamente, el Tribunal recordó la jurisprudencia constitucional anterior, creando una interpretación totalmente original (Sentencia n. 0112/2012-R).

En primer lugar, el TCP ha retrocedido la historia constitucional de Bolivia, en referencia al cambio fundamental que se produjo en 2009 con la aprobación y la entrada en vigor de la nueva Constitución. Con la Ley Fundamental, ha ocurrido un fenómeno legal peculiar que distingue el caso de Bolivia de otras democracias, basado en el modelo axiológico de la Constitución como norma jurídica operativa dentro de la vida jurídica y política del Estado. Desde el punto de vista teórico y filosófico, la teoría del *Nuevo Constitucionalismo* ha reemplazado a la teoría del positivismo jurídico sobre la cual se han fundado todos los sistemas democráticos occidentales (Petters Melo, 2012: 342; véase también Bobbio, 1996). Este enfoque legitimó la aplicación directa de las normas y de los principios constitucionales (el parámetro de protección constitucional), sin necesidad de crear una legislación adecuada (Rolla, 2012: 326).

En segundo lugar, el juez constitucional boliviano ha hecho, en detalle, una digresión sobre el modelo de constitucionalismo liberal y sobre el nuevo modelo democrático, distinguiendo tres fases en la evolución del Estado constitucional de derecho: la fase de la supremacía de la ley (liberalismo del siglo XIX), la fase de la supremacía de la norma constitucional (modelo kelseniano) y la fase de la supremacía de los principios comunes de los derechos humanos (vocación internacionalista y referencia al «bloque constitucional»). Según el Tribunal, sin embargo, existe también una jerarquía entre las disposiciones constitucionales, a la que la doctrina ha distinguido siempre dentro del texto constitucional una parte dogmática (en relación con los principios estándares) y una parte orgánica (en relación con la organización del poder). La parte dogmática se refiere a las «normas-principios», mientras que la parte orgánica incluye las llamadas «normas-reglas». Las normas-principios tienen un efecto transversal tanto dentro de todo el sistema legal del Estado como entre las demás normas constitucionales, sobre las cuales prevalecen. Los derechos políticos, en general, se consideran «normas-principios» de la Constitución, por lo que su protección tiene supremacía sobre las normas constitucionales que regulan la organización del poder (Vagüe y Ángel, 2012).

En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia interamericana en los casos *Argüelles y otros vs. Argentina* (CIDH, Fondo Reparaciones y Costas, de 20 de noviembre de 2014, Serie C n. 288), *López Mendoza vs. Venezuela*

(CIDH, Fondo Reparaciones y Costas, de 1 de septiembre de 2011, Serie C n. 233), *Luna López vs. Honduras* (CIDH, Fondo Reparaciones y Costas, de 10 de octubre de 2013, Serie C n. 269), y *Castañeda Gutman vs. México* (CIDH, Fondo Reparaciones y Costas, de 6 de agosto de 2008, Serie C n. 184).

En el este caso, la acción constitucional ha supuesto la existencia de una «antinomía» dentro del texto constitucional entre las «normas-principios» contenidas en los arts. 26 y 28 y las «normas-reglas» contenidas en los arts. 156, 158, 285.II y 288. Específicamente, se trata del derecho a participar en la vida política del Estado, que puede declinarse en el derecho a votar y ser elegido en sufragio regular, libre, auténtico y universal y en votación secreta (art. 26), derecho que puede suspenderse solo en ciertos casos enumerados por la Constitución, como, por ejemplo, el servicio militar en el ejército enemigo durante un conflicto armado, el fraude de fondos públicos, y la alta traición (art. 28); la ley puede intervenir para regular el ejercicio de los derechos políticos exclusivamente por razones de edad, residencia, nacionalidad, idioma, educación, condena o juicio pendiente, capacidad mental o civil (art. 23.II de la CADH). La lectura combinada del art. 23.1, inc. a), de la CADH, y del art. 26.I de la Constitución boliviana garantiza la libertad de expresión de la voluntad de los votantes. Por el contrario, los arts. 156, 158, 285.II y 288 parecen establecer una serie de limitaciones a los derechos electorales que no están dentro de los parámetros de protección constitucionales y convencionales. Los derechos políticos son parte de ese *numerus clausus* de derechos fundamentales que no pueden ser restringidos o modificados, de modo que es posible resolver las antinomias constitucionales solo recurriendo al principio de igualdad o no discriminación, sobre el cual la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia interamericana han intervenido varias veces (Comisión interamericana de derechos humanos, Informe n. 137 B de 1999, párr. 101). El TCP se refiere a lo afirmado por el extinto Tribunal Constitucional en la Sentencia n. 083/2000 y por lo mismo el TCP en la Sentencia n. 1250/2012, que se refiere al principio de igualdad, tal como se contempla en el art. 24 de la CADH, y en la Sentencia n. 0003/2013, sobre la aplicación de la norma más favorable *ex art.* 116 de la Constitución. En este sentido, finalmente, el Tribunal Constitucional Plurinacional había intervenido recientemente con la Sentencia n. 1198/2016-S2, de 22 de noviembre de 2016, que había retomado el concepto, también afirmado por la jurisprudencia interamericana, en el caso *Castañeda Gutman vs. México*, por lo que el derecho de voto puede estar sujeto a restricciones de acuerdo con la ley, pero nunca a discriminación de ningún tipo.

Según el TCP, la prohibición de la discriminación y el principio de igualdad son los fundamentos sobre los que se basa la democracia del Estado y la protección de los derechos fundamentales. Las normas constitucio-

nales planteadas, porque, en contradicción con las «normas-principios», son «normas-reglas» e introducen disposiciones completamente discriminatorias contra los derechos fundamentales, establecen límites al ejercicio del derecho de voto y, específicamente, la reducción de la posibilidad de participar en la gestión política del país y ser elegido para votos periódicos y auténticos. De hecho, mientras que el art. 24 de la CADH (en relación con la obligación contenida en el art. 1.1 de la CADH) protege el principio de igualdad como un derecho absoluto sin limitaciones y restricciones, el art. 23 de la CADH, al establecer las causas que rigen el ejercicio del derecho al voto, se ha fijado el objetivo de evitar cualquier discriminación en el disfrute de los derechos políticos. El principio de igualdad y la prohibición de la discriminación son también la base de los valores constitucionales protegidos en los arts. 8.II, 9.II y 14 de la Constitución. Por lo tanto, cualquier violación del derecho a la igualdad se considera una violación de la misma Constitución. Específicamente, el Tribunal declaró que se considera discriminatorio cualquier acto y/o hecho que implique una distinción, una exclusión, una restricción, una preferencia o una inferioridad en referencia a una persona o una comunidad en virtud de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, religión, ideología, idea política y/o filosófica, estado civil, condición económica/social/de salud, profesión y/o ocupación, grado de educación, capacidad/incapacidad, estado de embarazo, procedimientos, apariencia física, vestimenta, nombre u «otros que tengan por objetivo o resultado anular o perjudicar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Estado y el derecho internacional» (Sentencia n. 0084/2017-R, párr. 75).

Hay una intención discriminatoria en las limitaciones previstas en los arts. 156, 168, 285.II, 288 de la Constitución y los arts. 52.III, 64 inc.d), 65 inc.b), 71 inc.c) y 72 inc.b) de la Ley del Régimen Electoral, debido a que a algunos ciudadanos se les permite el ejercicio libre sin restricción de sus derechos políticos, mientras que otros están prevenidos. Por lo tanto, en el caso de la prohibición de la reelección por más de dos veces consecutivas, colocada exclusivamente para ciertos cargos ejecutivos y administrativos y no para todas las funciones públicas, no hay una limitación, sino una clara discriminación dirigida solo a ciertos temas específicos y destinados a reducir su capacidad de participar en la vida política del país. Estas restricciones, aún contenidas en el texto constitucional, representan una clara contradicción entre las afirmaciones superprimarias, y constituyen, en cualquier caso, una violación de los principios fundamentales más elevados sobre los cuales la misma validez de la Constitución y de las normas internacionales sobre derechos humanos. De hecho, el principio democrático sobre el cual se basa el Estado plurinacional

boliviano no se verá mínimamente comprometido por la reelección de sus representantes y de las posiciones político-ejecutivas (Sentencia n. 0084/2017-R, párr. 77).

VI. CONCLUSIONES

Como cualquier juez constitucional, el TCP debe elaborar una interpretación coherente con el texto constitucional, pero también con los valores y cambios sociales del período histórico. En este caso, el TCP ha integrado su actividad interpretativa con una actividad adicional de desarrollo, produciendo un fenómeno de «desconstitucionalización», es decir, un procedimiento en vía pretoria mediante el cual se han «desmantelado» algunas disposiciones constitucionales para obtener principios y valores en consonancia con el cambio político e institucional actual del Estado, con una especial atención a las amplias perspectivas de protección de los derechos humanos, derivadas del derecho internacional y la Convención Americana (Rivera Santivañez, 2011). Esta interpretación jurisprudencial ha cambiado completamente el equilibrio constitucional, legitimando, de hecho, una «reforma constitucional en el camino jurisprudencial», cuestionando las llamadas garantías de la democracia y creando una verdadera actividad *contra constitutionem* (Sagües, 2016: 181).

Bibliografía

- Amirante, D. (1989). Il Conseil Constitutionnel tra diritto e politica. Annotazioni introduttive ad uno studio della giurisprudenza costituzionale in Francia. *Quaderni Costituzionali*, 2, 299-328. Disponible en: <https://bit.ly/34JO8rw>.
- Bernal, C. (2013). Unconstitutional Constitutional Amendments in the case study of Colombia: an analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, 11 (2), 339-357.
- Bobbio, N. (1996). *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Carducci, M. (2018). Costituzionalismo emancipatorio e “ciclo progresista” in America Latina. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 107-125.
- Dixon, R. y Ginsburg, T. (2017). The forms and limits of Constitutions as political insurance. *International Journal of Constitutional Law*, 15 (4), 988-1012.
- Favoreu, L. y Rubio Llorente F. (1989). *El bloque de constitucionalidad*. Sevilla: Cuadernos Civitas.
- Landau, D. (2013). Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, 47, 189-260. Disponible en: <https://bit.ly/2Crxtx6>.

- Lousteau, H. G. (coord.) (2012). El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. *InterAmerican Institute for Democracy. The Democracy Papers*, 5.
- Martínez-Barahona, E. (2012). Constitutional Courts and Constitutional Change: analysing the cases of presidential re-elections in Latin America. En D. Nolte y A. Schilling-Vacaflo (coords.). *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices* (pp. 289-312). New York: Routledge.
- Medina Salas, J. C. (2015). El bloque de constitucionalidad como mecanismo de protección de la dignidad humana. *Opus Magna Constitucional*, 10, 1-31. Disponible en: <https://bit.ly/2q2N9nr>.
- Medinachelli Rojas, G. (2012). Criterios de interpretación en la nueva Constitución de Bolivia. *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, 18, 139-150.
- Pérez Salazar, G. (coord.) (2012). La justicia constitucional en el estado social de derecho. Comunicación presentada en el *Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Homenaje al Dr. Néstor Pedro Sagüés*. Caracas: Editorial Universidad Monteávila.
- Peters Melo, M. (2012). Neocostituzionalismo e Nuevo Constitucionalismo in America Latina. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2, 342-354.
- Proner, C. (2012). El Estado plurinacional y la Nueva Constitución Boliviana. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2.
- Rivera Santiváñez, J. A. (2011). La reelección presidencial en el sistema constitucional boliviano. *Revista Boliviana de Derecho*, 12.
- Rolla, G. (2012). La nuova identità costituzionale latinoamericana. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2.
- Sagüés, N. P. (2016). El concepto de Desconstitucionalización. *Revista de Derecho*, 2.
- Storini, C. y Noguera, A. (2008). Processo costituente e Costituzione in Bolivia. Il difficile cammino verso la rifondazione dello Stato. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2, 1285-1304.
- Vagüe, C. y Ángel, J. (2012). Los derechos civiles y políticos en la Constitución boliviana. *Revista Derecho de Estado*, 28, 171-231.
- Vargas Gamboa, N. V. (2013). Los tratados internacionales de derechos humanos en la nueva Constitución política del Estado plurinacional de Bolivia. En Red de Derechos Humanos en la Educación Superior – RedDHES (coord.). *Protección multinivel de derechos humanos*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra.
- Verdugo, S. (2017). How the Bolivian Constitutional Court helped the Morales regime to break the political insurance of the Bolivian Constitution. *International Journal of Constitutional Law Blog*. Disponible en: <https://bit.ly/31ZQ8dB>.
- Vicepresidencia del Estado Plurinacional (coord.) (2012). *Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano*. La Paz.

**CRÓNICAS JURISPRUDENCIALES
IBEROAMERICANAS**

CRÓNICA 2018 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA

Argentine Supreme Court of Justice. Report 2018

SERGIO DÍAZ RICCI
Universidad Nacional de Tucumán
serdiricci@gmail.com.ar

Cómo citar/Citation

Díaz Ricci, S. (2019).
Crónica 2018 de la Corte Suprema de Justicia Argentina.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(2), 509-525.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.16>

SUMARIO

I. PANORAMA INTRODUCTORIO. II. NECESARIAS ACLARACIONES PREVIAS: 1. Novedades sobre la Corte: 1.1. *Nuevo presidente*. 1.2. *Determinación de una agenda*. 1.3. *Votos particulares*. 2. Novedades de jurisprudencia constitucional: 2.1. *Sobre derechos fundamentales*: 2.1.1. *Beneficios penales por delitos de lesa humanidad*. 2.1.2. *Derecho previsional y de la seguridad social*. 2.1.3. *Expulsión de extranjeros*. 2.1.4. *Medio ambiente*. 2.1.5. *Responsabilidad de los buscadores de internet*. 2.2. *Sobre cuestiones institucionales*: 2.2.1. *División de los poderes*. 2.2.2. *Valor de los precedentes de la Corte*. 2.2.3. *Honorarios profesionales*. 2.2.4. *Sistema electoral provincial*. 2.2.5. *Obligaciones fiscales de magistrados judiciales*. BIBLIOGRAFÍA.

I. PANORAMA INTRODUCTORIO

La Constitución argentina data de 1853, por ello pertenece al reducido grupo de países con texto constitucional vigente más antiguo del mundo, solo precedido por EE. UU. (1787) y Noruega (1814). Si bien tuvo vicisitudes du-

rante el siglo xx —como casi todos los Estados, a excepción de EE. UU.—, la Constitución actualmente vigente es la misma sancionada en 1853 con cinco reformas (solo dos importantes: 1860 y 1994; y tres menores: 1866, 1898 y 1957).

Consecuentemente, la historia constitucional argentina ofrece un extenso y rico reservorio que merece una mayor atención de la ciencia constitucional. Un país de más de dos siglos años de existencia y con una Constitución aplicada durante casi 140 años¹ muestra una larga y variada experiencia, y, por ende, una valiosa jurisprudencia constitucional que muy pocos países del mundo pueden exhibir.

Como siempre aclaramos, esta crónica se limita a hacer una reseña de la más relevante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina (en adelante, CSJA) en materia constitucional durante el año 2018, no porque sea la única jurisprudencia de importancia constitucional que se dicta en el país, sino porque, desde su posición de máximo y último tribunal del sistema del control jurisdiccional de la Constitución federal argentina, sus decisiones e interpretación constitucional tienen valor ejemplaridad, aunque, vale aclararlo, sin la fuerza vinculante del *stare decisis* norteamericano; sin embargo, hay un cierto respeto y seguimiento a su orientación jurisprudencial por razones de seguridad jurídica².

II. NECESARIAS ACLARACIONES PREVIAS

Como debemos prever la incorporación de nuevos lectores del AIJC, aún a riesgo de redundancia, resulta siempre útil reiterar algunas notas que ayudan a comprender el sistema de control de constitucionalidad en Argentina y la posición de la CSJA y su jurisprudencia constitucional. Conviene, pues, tener presentes algunas características propias del control de constitucionalidad en Argentina.

La primera, que la CSJA no es el único tribunal con jurisdicción constitucional sino el último de una cadena de instancias judiciales previas. Es la instancia superior y final de un sistema de control de constitucionalidad de tipo difuso que intervendrá eventualmente —si alguna de las partes presenta

¹ Son 140 años desde 1853, descontando los seis períodos de suspensión: 1860-1862, 1930-32, 1943-1946, 1955-1958, 1966-1973, 1976-1983.

² Se conoce como principio del «sometimiento condicionado» a la doctrina consolidada por la CSJN por cuestiones federales típicas (caso *Cerámica San Lorenzo s/incidente de prescripción*, Fallos 307:1084 del 4-7-85).

un recurso extraordinario— como última etapa en un pleito o juicio donde se controvierta la constitucionalidad de una norma o acto, pero que tuvo iniciación ante un juzgado de primera instancia de jurisdicción provincial o federal. Por ello adviértase que la CSJA actúa como tribunal final después de que se haya tramitado y finalizado el proceso en todas sus instancias judiciales previas, recién entonces podrá tener lugar su intervención, por tanto, a diferencia de Europa, no existe una acción directa de inconstitucionalidad ante la CSJA en el sistema federal (excepto en casos en que un Estado provincial sea parte). En suma, la CSJA no interviene de manera directa. Argentina es el país que sigue de manera más fiel el modelo norteamericano de control *difuso*³. Por tanto, siempre es necesario que se haya entablado un *juicio o pleito concreto* donde se plantee una cuestión de constitucionalidad federal⁴. En cualquier proceso judicial, de cualquier fuero —sea este provincial o federal—, se puede presentar una «cuestión de constitucionalidad federal», en tal hipótesis, el caso podría llegar de manera excepcional, por vía de recurso extraordinario, a conocimiento de la CSJA. Es decir, para que un pleito abra la intervención y decisión del máximo tribunal debe previamente haberse tramitado y completado todo el proceso que, iniciado en primera instancia, haya agotado todas las sucesivas etapas recursivas previstas por los procedimientos provinciales o nacionales, es decir, hayan finalizado las etapas procesales correspondientes. En suma, para que un asunto pueda llegar a manos de la CSJA solo lo hace por «recurso extraordinario», en un juicio que se haya controvertido una cuestión de constitucionalidad federal donde se hayan agotado todas las instancias procesales, sean federales o provinciales y, además, que la decisión final haya sido en contra del derecho federal invocado. Recordemos que estamos ante un sistema de control de constitucionalidad difuso en el que puede intervenir cualquier juez o tribunal judicial, provincial o federal, de cualquier fuero, con alcance de efecto *inter parte*.

³ Desafortunada traducción de Sentís Meledo de la clasificación formulada por Calamandrei que bautizó de *diffuso* al control de constitucionalidad llevado a cabo por los tribunales judiciales, en contraposición al control *concentrato* propio de un tribunal constitucional del tipo kelseniano. Dije desafortunada porque la correcta traducción del término italiano *diffuso* en español es *extendido*, *difundido*, porque en nuestra lengua tiene una carga peyorativa, pues lo difuso es sinónimo de poco claro, poco nítido (RAE: excesivamente dilatado, superabundante en palabras, vago, impreciso). Lo contrario a concentrado no es difuso, sino desconcentrado o disperso. Entonces se entabla un contraste poco feliz entre lo claro y lo confuso. Por ello, este met mensaje es incorrecto (Calamandrei, 1943; 1962).

⁴ Si la cuestión de constitucionalidad es relativa a la Constitución de una provincia el asunto concluye en el ámbito de los tribunales provinciales.

La segunda característica a tener en cuenta es que el sistema de control judicial de constitucionalidad argentino guarda correspondencia con su conformación de Estado federal, por tanto, se integra por dos órdenes de Administración de Justicia: la provincial (la más habitual y general) y la federal (excepcional). Ambas dimensiones estatales, o sea, cada uno de los estados provinciales y el Estado federal, cuentan con su Constitución y con su propio Poder Judicial con potestad jurisdiccional para velar tanto por la Constitución provincial como por la Constitución federal. Por tanto, un tribunal provincial puede también ejercer control de constitucionalidad federal, y solo en caso de que esa sentencia judicial local vaya en contra de normas federales —únicamente en este supuesto— podrá llegar a intervenir la CSJA, dependiendo, claro está, de que las partes intervinientes presenten un recurso extraordinario ante la Corte federal, que actuará entonces como último intérprete y fiscalizador de constitucionalidad federal.

Finalmente, consideramos conveniente recordar como dato valioso que en Argentina existen solo cuatro vías procesales para obtener un pronunciamiento judicial en materia constitucional: a) dentro de cualquier proceso o juicio común —tanto de jurisdicción provincial como federal— donde surja una cuestión de constitucionalidad federal; también puede haber cuestión federal que conduzca a la inconstitucionalidad en b) una acción de amparo, c) un *habeas corpus*, y d) la acción directa declarativa de constitucionalidad, novedoso proceso que está adquiriendo mayor relevancia. Todas ellas se deben iniciar por ante un tribunal de primera instancia.

Precisamente, por esta ubicación cimera de último tribunal, la interpretación que haga la CSJA influye inexorablemente sobre los restantes niveles judiciales inferiores, tanto provinciales como federales, cuando se tenga que aplicar en lo sucesivo dicha norma. Por cierto, ningún tribunal o juez argentino se encuentran jurídicamente compelidos a seguir la interpretación constitucional de la Corte Suprema Federal (en esto se diferencia del modelo norteamericano, donde el precedente [*stare decisis*] tiene un mayor peso significativo), sin embargo, suele estar predispuesto a hacerlo por estrictas razones de economía procesal. En caso contrario, es de buena práctica forense que cuando los tribunales se aparten de algún precedente del máximo tribunal expliquen los argumentos que justifican ese alejamiento.

Las sentencias de la CSJA se publican en una colección impresa que se denomina «Fallos». Reúne desde la primera sentencia de la CSJA del 15 de octubre de 1863 hasta la fecha sin solución de continuidad. Algo inédito en

el derecho comparado. Cada tomo de Fallos se identifica con un número secuencial que se corresponde con un año⁵.

El año 2018 fue un período judicial de poca intensidad para la CSJA tanto en lo institucional como en lo jurisdiccional-constitucional.

1. NOVEDADES SOBRE LA CORTE

1.1. *Nuevo presidente*

A nivel institucional, como novedad relevante se dio la incorporación de dos nuevos miembros de la Corte, Horacio Rosatti y Carlos Rosenkrantz, y la finalización de la presidencia, que desde 2007 estaba en manos de Ricardo Lorenzetti⁶, quien ocupó esa relevante posición⁷ durante un largo período de tiempo, de casi once años, que puede identificarse como Presidencia Lorenzetti⁸.

1.2. *La Corte fija con anticipación una agenda de sentencias*

Esta es otra novedad institucional del año, pues la CSJA comenzó a fijar un calendario de las causas que va a resolver, haciendo pública la agenda de

⁵ Aunque en realidad es mucho mayor el número de sentencias que anualmente dicta la CSJA, en esta Colección Fallos no todas se publican, pues a partir de la Acordada 37/2003 solo contiene las sentencias de mayor trascendencia. El resto se puede consultar por el sistema informático.

⁶ Los cinco miembros de la CSJA se nombran imitando el modelo norteamericano: el presidente de la Nación nombra una persona para cubrir la vacante dejada por fallecimiento, muerte, renuncia o destitución de alguno de sus miembros, y con acuerdo del Senado Federal, por mayoría de dos tercios de senadores presentes, en sesión pública (art. 99 inc. 4.º CA), procede a su nombramiento con carácter inamovible.

⁷ Debemos señalar que la elección de presidente de la Corte argentina se aparta del modelo norteamericano. En EE. UU., la asignación del cargo de presidente la realiza el presidente norteamericano, cuando dicho puesto queda vacante, de modo que al momento de proponer al nuevo miembro de la Corte le asigna la presidencia del cuerpo. Este procedimiento se aplicó en Argentina hasta 1952, cuando la propia CSJN dicta nuevo Reglamento para la Justicia Nacional (Acordada del 72/952, Fallos 224:575, como consecuencia de la reforma constitucional de 1949). Desde entonces el cargo de presidente de la Corte resulta de una elección por sus propios miembros, por mayoría absoluta, con una duración de tres años, reelegible. Para el caso de Lorenzetti, fue reelegido tres veces.

⁸ Pasó a integrar la lista de largos períodos identificados por los presidentes de Corte, junto con Benjamín Gorostiaga (diez años: 1877-1887) y Benjamín Paz (diez años: 1892-1902), sin alcanzar la duración de las presidencias de Antonio Bermejo (veinticuatro años: 1905-1929) y Roberto Repetto (trece años: 1932-1946).

trabajo, como compromiso público, sobre cuestiones trascendentes. Con ese propósito anticipó que hasta el final de ese año judicial se tratarían temas tales como el mecanismo de ajuste de jubilaciones, el pago de impuestos a las ganancias por magistrados, el sistema electoral de lemas en la provincia de Santa Cruz y la aplicación del beneficio del 2×1 para los condenados por delitos de lesa humanidad, entre otros, los que son objeto de esta reseña.

1.3. *Votos particulares*

Un tercer rasgo llamativo en el funcionamiento de la nueva composición de la CSJA es la proliferación de «votos particulares» y «concurrentes» a través de los cuales los magistrados quieren dejar expresada su opinión personal y sus propios argumentos (votos concurrentes con ampliación de fundamentos), exhibiendo una individualidad como miembros de un órgano plural y complejo que adopta sus decisiones por mayoría de tres. De este modo queda expuesto el proceso de elaboración de cada decisión a través de la conformación de mayorías dinámicas, que no se repiten ni mantienen la conformación estable, si no son variadas como resultado de múltiples y diferentes combinaciones. Se advierte, así, un nuevo paradigma en el funcionamiento de la CSJA, sobre todo en la resolución de litigios de gran repercusión social. Las estadísticas indican que de las 6814 sentencias que dictó la CSJA en el año 2018, el 82 % no fueron decididas por unanimidad sino por mayorías: un 39 % (2656 sentencias) por mayoría de cuatro votos (con disidencia o ausencia de un miembro) y un 43 % (2916 sentencias) por mayoría de tres votos⁹. Solo el 18 % de las causas (1242 sentencias) fueron decididas por unanimidad.

Con anterioridad era habitual que un solo miembro actuara como ponente y los restantes que se adhieran al mismo conformasen la mayoría, y, excepcionalmente, algún voto particular expresaba su disidencia minoritaria.

Sin embargo, se manifiesta una persistente tendencia a diferenciar una posición particular mediante el propio voto individual, llamado «voto concurrente» cuando se computa para conformar la mayoría, o «voto disidente» para expresar su opinión minoritaria. Estas posiciones personales nos permiten distinguir y conocer el pensamiento particular de cada miembro de la Corte. La voluntad jurisdiccional se construye con base en «votos concurrentes» que pueden diferir en la argumentación pero que finalmente coinciden —a veces forzosamente— en la decisión mayoritaria. Ahora bien, el empleo de votos particulares («por su voto» o «en disidencia parcial») muchas veces ha desconcertado, porque hubo casos donde el voto se computaba en la decisión mayo-

⁹ Véase: https://bit.ly/2Ob3MqA_

ritaria, pero si revisamos su contenido argumental, se descubre una posición diferente a la mayoritaria (*v. g.*, caso *Mazzeo*, Fallos 322:1616).

2. NOVEDADES DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Los casos que vamos citar aquí son sentencias (denominadas en la jerga judicial argentina «fallos») dictadas por la CSJA que, como señalamos, únicamente llegan a su conocimiento y decisión por vía de recurso extraordinario, que equivale a una apelación contra sentencias finales que se tramitaron a través de cualquiera de los cuatro procesos arriba indicados. Muy excepcionalmente (solo en dos casos) se puede acceder directamente a la CSJA como tribunal de única instancia pues en todos los demás casos se llega a ella en juicios iniciados en primera instancia a través de las cuatro vías antes señaladas. La regla general es, entonces, que la Corte Suprema argentina únicamente revisa sentencias que provienen del último tribunal de un pleito, sea este federal o provincial¹⁰. Téngase también en cuenta la siguiente peculiaridad: este recurso se presenta ante ese mismo tribunal provincial o federal que dictó esa última sentencia donde se discute una cuestión federal. Si considera que se cumplen estas condiciones, abre el recurso y remite el expediente a la sede de la CSJA en Buenos Aires. Por el contrario, si entiende que no se reúnen estos dos recaudos, el tribunal no habilita el recurso extraordinario. Esto último no cierra definitivamente las puertas al afectado pues éste dispone todavía de la posibilidad de acudir directamente ante la CSJA en la ciudad de Buenos Aires, calle Talcahuano 550, cuarto piso, para presentar un recurso directo (también denominado recurso de queja o de hecho) contra esa denegatoria de aquel tribunal final que no aceptó dar curso al recurso extraordinario.

A pesar de tener solamente competencia revisora, en el año 2018 la CSJA tuvo un récord histórico de 36 584 expedientes en trámite¹¹, pues a los residuos anteriores se agregaron 27 970 causas nuevas. Este año se dictaron 6814

¹⁰ De este modo se evita que el recurrente tenga que desplazarse a Buenos Aires, o sea, no es necesario trasladarse a la ciudad de Buenos Aires, donde tiene sede la CSJA, para presentar el escrito de recurso extraordinario. Es entonces ante el mismo y en la sede del tribunal que dictó la última sentencia donde debe presentarse el recurso extraordinario para ante la CSJA, y es este mismo tribunal final el que se circunscribe a analizar la procedencia formal del recurso. No se vuelve sobre el fondo del asunto sino únicamente si se reúnen los recaudos formales de un recurso extraordinario previstos por el art. 14 de la Ley 48 y en el reglamento dispuesto por la Acordada 4/2007, en especial dos requisitos: que se haya suscitado una cuestión federal suficiente y que la decisión haya sido en contra del derecho federal invocado.

¹¹ Véase: <https://bit.ly/34f5kFx>.

sentencias, siendo la mayoría en materia previsional y penal. La CSJA se reúne en plenario una vez por semana. Habitualmente, el martes, que se vota, se suscriben y se fechan las sentencias. Aproximadamente son un promedio de 140 sentencias por semana, por tanto, en una semana dictan más sentencias que el centenar de su homóloga norteamericana en todo un año.

Las sentencias de la CSJA correspondientes al año 2018 se publicaron en dos volúmenes del tomo número 34 de la Colección de Fallos: volumen I (ISBN 978-987-1625-61-1; de 868 págs., comprende sentencias desde el 6 de febrero hasta el 10 de julio 2018) y volumen II (ISBN 978-987-1625-65-9, de 1243 págs., con sentencias desde del 2 de agosto hasta el 26 de diciembre de 2018) (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2018: vols. 1 y 2).

2.1. Sobre derechos fundamentales

2.1.1. Beneficios penales por delitos de lesa humanidad

Este asunto conocido como caso *Rufino BATALLA* (Fallos 341:1768)¹² fue quizá la cuestión más relevante del año 2018 porque supuso un cambio radical de la posición que el año anterior había sostenido la misma Corte en el caso *Muiña* (Fallos 340:549)¹³. En aquella oportunidad la CSJA, por mayoría, había concedido el beneficio de reducción de prisión a un acusado de delito de lesa humanidad. Los jueces Highton de Nolasco y Rosatti entonces señalaron que la negativa a la aplicación del beneficio del 2x1' para los delitos de lesa humanidad necesitaba la sanción de una «ley interpretativa» por parte del Congreso de la nación y esta carencia no podía ser suplida por el juez (opinión de Rosatti, considerando 11, causa *Muiña*). Dicha sentencia provocó una fuerte movilización social en rechazo de esta decisión judicial. Impulsado por esta interpretación y la reacción social, el Congreso apuró la sanción de la Ley 27.362 (17 de mayo de 2017), donde se dejó expresamente establecido que los efectos de tal beneficio no eran aplicables a los delitos de lesa humanidad. La ocasión de aplicar este nuevo marco normativo se dio en esta causa análoga, conocida como caso *Batalla*. La nueva ley dio pie a la

¹² Caso *Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1 —último párrafo— según ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 5), infracción art. 144 ter 1° párrafo —según ley 14.616—, inf. art. 144 ter 2° párrafo —según ley 14.616—, homicidio agravado con ensañamiento —alevosía, sustracción de menores de diez años (art. 146)— texto original del C.P. ley 11.179 y supresión del estado civil de un menor*, del 4-12-2018.

¹³ *Vid.* el análisis del caso *Muiña* en Díaz Ricci (2018). Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 22, pp. 210-214.

CSJA para modificar su posición anterior y por mayoría aceptar la inaplicabilidad del beneficio del 2×1 en los casos en los que se juzgan delitos de lesa humanidad. El asunto versaba sobre la aplicación de leyes interpretativas, como la 27.362, que establecen el significado que debe dársele a una ley sancionada con anterioridad (en el caso la Ley 24.390). La Corte manifestó que la validez de este tipo de normas ha sido pacíficamente reconocida (doctrina de Fallos 134:57; 187:352, 360; 267:297; 311:290 y 2073), a condición de que dicha norma pueda ser objeto de control judicial. Tal control debe comprender tanto si la ley —más allá de la denominación que le asignen los legisladores— es de naturaleza «interpretativa» (a este escrutinio los jueces lo llamaron «test de consistencia») como si su contenido es razonable y no violenta ningún derecho fundamental (a este estudio los magistrados lo llamaron «test de razonabilidad»).

Respecto del «test de consistencia» concluyeron que la Ley 27.362 se encuadra dentro del marco «interpretativo» porque no modifica retroactivamente la legislación penal en materia de tipificación delictual o de asignación de la pena, sino que aclara cómo debe interpretarse la ley aplicable al caso, y no alarga la sanción de quien ya está condenado, porque su monto queda incólume, ya que solo establece cómo se computa el tiempo recaído en prisión preventiva para definir cuándo se cumple la condena. Se concluye que ambas leyes, la ley interpretativa 27.362 y la ley interpretada 24.390, se aplican de manera conjunta.

En relación con el «test de razonabilidad» definieron que la aplicación de la Ley 27.362 no resulta arbitraria ni discriminatoria en la medida en que está dirigida a un universo de personas que se encuentran en la misma condición jurídica (condenados por delitos de lesa humanidad) y que tampoco resulta estigmatizante para un sector de la población, o para actividad alguna, pues está dirigida al circunscripto núcleo de quienes cometieron los delitos más aberrantes que registre el comportamiento humano, no afectando a quienes —dentro de la misma actividad— cumplieron adecuadamente con su noble función.

Tanto en la primera sentencia, de 2017 (*Muiña*), en que la Corte aplicó el beneficio como en la segunda, de 2018 (*Batalla*), que lo denegó, la CSJA aplica argumentos proporcionados por la CIDH y del sistema internacional sobre violación de derechos humanos por delitos de lesa humanidad, apoyados en la responsabilidad internacional del Estado de observar los compromisos, en especial, la obligación de perseguir y sancionar penalmente a los responsables de delitos de este género.

2.1.2. Derecho previsional y de la seguridad social

En la causa *Blanco, Lucio Orlando c/ ANSeS s/ reajustes varios* la Corte va a ocuparse del cálculo de reajuste sobre haberes jubilatorios (Fallos: 341:1924 del 18-12-2018).

Por mayoría, estableció el índice que debe aplicarse para la actualización de las jubilaciones, sentando un criterio que deberá ser aplicado de inmediato a las causas judiciales en trámite. Con base en el precedente *Elliff*, del año 2009 (Fallos 332:1914), dispuso que las remuneraciones consideradas para el cálculo de las jubilaciones debían actualizarse por el ISBIC (índice de salarios básicos de la industria y la construcción) sin el límite temporal de la ley de convertibilidad 23.928 que la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) había fijado en su Resolución 140/95.

Lo notable es que la CSJA *de oficio* declaró la inconstitucionalidad de las resoluciones de ANSeS N. ° 56/2018 y de la Secretaría de Seguridad Social N. ° 1/2018, que habían dispuesto la modificación del sistema de actualización de haberes previsionales, cambiando del índice ISBIC por la variación del RIPTTE (remuneración imponible promedio de los trabajadores estables), por entender que los organismos que las dictaron se arrogaron el ejercicio de una facultad de exclusivo resorte del Poder Legislativo nacional. En una clara advertencia a la Administración, reafirmó la competencia del Congreso de la Nación —poder representativo de la voluntad popular— de reglamentar el ejercicio de los derechos constitucionales mediante el dictado de leyes, siempre cuidando de no desnaturalizar su contenido (arts. 14 y 28 de la Constitución argentina). Reiteró que la CSJA, a través de su jurisprudencia, ha afirmado la autoridad del Congreso para legislar respecto de los derechos reconocidos por el art. 14 bis de la Constitución nacional, en particular en cuanto dispone que «la ley establecerá [...] jubilaciones y pensiones móviles», lo cual revela la voluntad del constituyente de que el Poder Legislativo sea el que establezca la extensión y las características del sistema de seguridad social con el objeto de otorgar «sus beneficios» a los habitantes de la nación, fije el contenido concreto de las jubilaciones y contemple su actualización a los efectos de que cumplan con su naturaleza sustitutiva.

Dispuso que, hasta que ello ocurra, esa actualización se hará por aplicación del citado ISBIC y ordenó comunicar al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo razonable, se fije el indicador para la actualización de los salarios computables para el cálculo del haber inicial en el período 1995-2008. Esta sentencia tiene impacto directo e inmediato sobre unos 7000 casos análogos cuyos reclamos estaban en condiciones similares.

2.1.3. Expulsión de extranjeros

En la causa *Apaza León, Pedro Roberto el EN - DNM disp. 2560/i1 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados* (Fallos: 341:500, del 8-5-18), la Corte procedió a revocar el fallo que había confirmado la expulsión de un

ciudadano extranjero con prohibición de reingresar por el término de ocho años. La medida había sido ordenada por el director nacional de Migraciones mediante la Disposición 2560/2011, en razón de haber sido condenado a la pena de un año y seis meses de prisión en suspenso por tentativa de robo en poblado y en banda. La Corte, sobre la base de una interpretación integrativa de las disposiciones de la Ley 25.871, indicó que todo juez debe conciliar el alcance de las normas aplicables, dejándolas con valor y efecto, evitando darles un sentido que ponga en pugna las disposiciones, destruyendo las unas por las otras (conf. Fallos: 310:195 y 1715; 312:1614; 321:793, entre otros), porque entendió que una interpretación contraria llevaría a la conclusión de que todo migrante puede ser expulsado por haber sido condenado por cualquier delito —sin importar la cuantía de la pena—, tornando redundantes las previsiones de los otros incisos que encuadrarían en esta regla general.

Por esta razón, resolvió que no se configura la causal de impedimento para permanecer en el país, por tanto, revoca la decisión de expulsión confirmada por el tribunal de alzada.

Sin embargo, en esta materia la Corte fue por lo general muy reticente en abrir los recursos extraordinarios a algunos casos de expulsión de extranjeros, como el caso *Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Gómez, Jorge Elvio c/ GCBA s/daños y perjuicio* (Fallos: 341:250, del 22-3-2018) y el caso *Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Peralta Valiente, Mario Raúl c/ EN - M Interior - DNM s/ recurso directo DNM* (Fallos 341:1570, del 6-11-18).

No obstante estos precedentes, en la causa *Zhang, Peili c/ Dirección Nacional de Migraciones* (Fallos: 341:146, del 30-10-2018), se dio una situación curiosa pues la CSJA nulificó la sentencia de Cámara que había dispuesto otorgar la residencia permanente a un ciudadano chino porque la Corte entendió que los argumentos de los dos jueces que dictaron tal resolución no resultaban concordantes, lo que motivó una llamativa reconvención:

Que los términos en que fue dictado el pronunciamiento apelado ponen en evidencia que no quedó conformada la mayoría que se requiere cuando se trata de decisiones adoptadas por un tribunal colegiado, circunstancia que autoriza a esta Corte a invalidar el fallo pues la decisión debe configurar un todo indivisible, demostrativo de una unidad lógico jurídica. No es, pues, solo el imperio del tribunal ejercido en la parte dispositiva lo que le da validez y fija sus alcances, ya que estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base al pronunciamiento (Fallos: 316:609; 332:943* «Diego, Claudia Lidia» —Fallos: 338:474—; «Comita, Nilda Eloísa» —Fallos: 339:873—).

Cuando la admonición le sería aplicable a muchos casos de sentencias de la propia Corte por la proliferación de votos particulares, concurrentes o por su argumento, donde no se advierte la unidad de decisión que se reclama.

2.1.4. Medio ambiente

1. Novedades sobre la causa *Riachuelo* (caso *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros, s/Daños y Perjuicios (Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)* (Fallos: 341:597, del 7-6-2018): la Corte difirió la resolución de numerosos planteos, excepciones y defensas de diversa índole presentados por los demandados y ordenó, con carácter previo, que la autoridad de la Cuenca (ACUMAR) presente una lista actualizada de los agentes contaminantes en razón de «las características típicas de todo proceso colectivo, la excepcional naturaleza de esta causa y la necesidad reiteradamente puesta de manifiesto por el Tribunal de encauzar su tramitación mediante un procedimiento útil y eficiente que no frustre ni distorsione los ingentes intereses comprometidos ni el adecuado u oportuno ejercicio por parte de esta Corte de su: jurisdicción constitucional».

2. En un problema de contaminación por fumigación aérea, la CSJA rechazó la competencia federal en el caso *Vouilloz, Clelia Beatriz y otros c/ Kws Argentina SA y otros s/Daños y Perjuicios* (Fallos: 341:605 del 07/06/2018). La cuestión versaba sobre si era competente la Justicia federal o la Justicia provincial para intervenir en este conflicto, toda vez que, por tratarse de una actividad aérea, resultarían aplicables los arts. 10, 92 y 198 del Código Aeronáutico que establece la jurisdicción federal. Sin embargo, la CSJ rechazó la competencia federal por entender que no se configura la interjurisdiccionalidad prevista en la ley general del ambiente (Ley 25.675) ni tampoco se encuentran en juego la navegación ni el comercio aeronáuticos, ni su seguridad.

3. El año pasado, 2017, la Corte se ocupó del caso *La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/uso de aguas* (Fallos: 340:1695, del 1 de diciembre de 2017) (Díaz Ricci, 2018) y había ordenado a las partes buscar una solución acordada, sin embargo, vencido el plazo estipulado no se arribó a un acuerdo, lo que motivó que las partes fuesen convocadas a una nueva audiencia y se fijó un nuevo plazo con la advertencia de que en caso de transcurrir ese término sin alcanzarse un acuerdo la Corte procedería a tomar la decisión del caso (Fallos: 341:560, del 22-5-2018).

2.1.5. Responsabilidad de los buscadores de internet

En el caso *Recurso de hecho deducido por Google Inc. y Google Argentina S.R.L. en la causa C. Z., M. c/ Google Argentina SRL y otros s/ daños y perjuicios*

(Fallos: 341:1844, del 4-12-2018), el juez de primera instancia había ordenado a Google Argentina «tomar las medidas necesarias para eliminar y bloquear de sus patrones de búsqueda toda referencia que permita hallar información que vincule a la accionante con cualquier sitio y URLs de contenido pornográfico y/o erótico y/o sexual, y el cese en su publicación y/o incorporación en los criterios de búsqueda de los sitios de dicho material». La Cámara confirmó la medida y rechazó por cuestiones formales la apelación de la demandada. Esta argumentaba que una medida de alcance tan general no solo resultaba ineficaz, sino que la tornaba de cumplimiento imposible, aparte de que podía afectar a derechos de terceros. La apelante planteó también que era la demandante la que debía identificar las URL que le afectaban para que se pudieran dar de baja las referidas páginas y que no se podía imponer a los buscadores de internet la obligación de monitorear la red en forma constante con el objeto de que no se vinculara a la demandante con sitios pornográficos.

La Corte entendió que «la negativa del *a quo* a atender toda queja de los recurrentes importa una decisión de injustificado rigor que afecta el principio de la defensa en juicio consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional», razón por la cual deja sin efecto la decisión cuestionada y manda dictar nueva sentencia.

2.2. Sobre cuestiones institucionales

2.2.1. División de los poderes

Se insinúa en la nueva composición de la Corte una posición de deferencia hacia el legislador y a la actividad discrecional de la Administración, que no se advertía con anterioridad, a partir del caso *Schiffirin*. Por ejemplo, en el caso *Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales, Estado Nacional y otros s/Amparo Ambiental* (Fallos: 341:39, del 6-2-2018):

Corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento y no debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados.

Lo que se reitera en el caso *F. P. Rubistein y Cia S.R.L. C/ AFIP – DGI, s/Acción Meramente Declarativa de Inconstitucionalidad* (Fallos: 341:545, del 15-5-2018):

No está en la órbita del Poder Judicial de la Nación la facultad de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los poderes Legislativo y Ejecutivo, ya que el fin y las consecuencias del control encomendado a la Justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa suponen que este requisito de la existencia de “caso” o “controversia judicial” sea observado rigurosamente para la preservación del principio de división de poderes.

Muy elocuente, en esta línea, el voto del Rosenkrantz en el caso *Recurso Queja N° 1 - Diaz Graciela Luisa c/ Evangelista Jorge Daniel Pascual y otros S/ Daños Y Perjuicios (Acc. Tran. c/Les. o Muerte)* (Fallos: 341:648, de fecha 12-6-2018), relacionado con el control de razonabilidad por el Poder Judicial:

En virtud del principio de separación de poderes que consagra nuestra organización constitucional, no es de competencia de los jueces determinar el modo de realización de los fines de una determinada institución jurídica. Esa atribución es propia de los poderes políticos, siempre que sea ejercida dentro de los límites impuestos por la ley y la Constitución, por lo que el control judicial debe quedar ceñido, en lo sustancial, a que el ejercicio de las potestades de los restantes poderes del Estado se mantenga dentro de los límites de la garantía de la razonabilidad y no avance sobre prohibiciones específicas contenidas en la Constitución o, en su caso, en las leyes.

2.2.2. Valor de los precedentes de la Corte

La CSJA aprovechó la oportunidad para ratificar la prevalencia jurisdiccional de sus precedentes en el caso *Viñas, Pablo c/ EN - M Justicia y DDHH* (Fallos: 341:570, del 22-3-18). Con ocasión del rechazo al reclamo indemnizatorio de una víctima de violación de derechos humanos, la Corte recordó su posición favorable manifestada en un caso análogo anterior (causa *De Maio*, en Fallos: 337: 1006), y conminó a los tribunales inferiores, cuando se aparten de un precedente, a llevar a cabo una carga argumentativa calificada a fin de demostrar de forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable (Fallos: 337: 47, *Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.*). La Corte, en un pronunciamiento unánime, reafirmó su liderazgo interpretativo en estos términos:

[...] no obstante que sus decisiones se circunscriben a los procesos concretos que son sometidos a su conocimiento, la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición del Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los

tribunales inferiores; y cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes (Fallos: 339: 1077 y sus citas).

2.2.3. Honorarios profesionales

En el caso *Establecimiento Las Marias S.A.C.I.F.A. c/Misiones, Provincia de s/ acción, declarativa* (Fallos: 341:1063, de 4-9-2018), la Corte tuvo que expedirse sobre cuestiones vinculadas a la ley aplicable y a la conformación de la base regulatoria para el cálculo de honorarios en una acción ambiental. Se produjo una situación curiosa porque la Corte tuvo que dividir los temas en debate porque había opiniones divergentes entre los miembros de la Corte en relación con cada uno de los puntos.

En efecto —señaló la Corte—, y frente a situaciones de excepción como la que se verifica en el *sub lite*, dada la imposibilidad de convocar a conjueces al no concurrir ningún supuesto —de recusación, excusación, vacancia o licencia de alguno de los cinco miembros del Tribunal— que autorice dicha integración (decreto-ley citado, art. 22), esta Corte ha procedido bajo la modalidad indicada de resolver un caso escindiendo sus cuestiones (Fallos: 322:1100 y 324:1411), pues no hay otro modo de proceder legalmente contemplado que permita superar la situación de atolladero institucional que se verificaría cuando, como en el caso, participan del acuerdo los cinco miembros que legalmente integran el Tribunal y la mayoría absoluta integrada por los mismos jueces no concordare en la decisión de todas las cuestiones que exigiere la solución del caso.

Así las cosas, por una parte, cuatro miembros (Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosatti y Rosenkrantz) concluyeron que en el caso de los trabajos profesionales el derecho se constituye en la oportunidad en que se realiza, más allá de la época en que se practique la regulación, y, por otra parte, con tres votos (Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz) resolvió que a los fines arancelarios aquellos accesorios no integran el monto del juicio. Esta peculiar metodología de conformar posición mayoritaria en dos tramos constituye una novedad.

2.2.4. Sistema electoral provincial

El asunto más relevante en materia institucional fue el caso *Unión Cívica Radical de la Provincia de Santa Cruz / Estado de la Provincia de Santa Cruz*,

relacionado con una cuestión electoral en la provincia austral de Santa Cruz (Fallos: 341:1869, del 11 de diciembre de 2018).

Los actores, un partido político provincial, plantearon la inconstitucionalidad del sistema de lemas, que rige en Santa Cruz para elegir gobernador y vicegobernador.

La CSJA, por unanimidad, rechazó el planteo por entender que la Ley de Lemas de la provincia de Santa Cruz es una cuestión de derecho público local resguardada por la autonomía de las provincias. El sistema federal argentino se organiza en torno al principio de la autonomía de las provincias, donde cada una de ellas se reservó el poder de organizar sus propias instituciones y, por ende, de diseñar su propio régimen electoral para elegir sus autoridades (arts. 1 y 5 CA).

Por cierto, esta autonomía de las provincias tiene límites cuando se afecta a la forma republicana de gobierno. Como un ejemplo recordaron cuando se intentó forzar el texto de la Constitución provincial de Santiago del Estero para permitir que el entonces gobernador se presentase a un tercer mandato cuando la Constitución no lo permitía, en dicha oportunidad interpretó la CSJA que no podía alterarse ese texto por vía interpretativa por fuera del mecanismo de reforma constitucional previsto. En cambio, en este caso los ministros entendieron que no se había demostrado una situación equiparable a la descrita en Santiago del Estero. Por esta razón, sostuvieron que la controversia era un asunto propio del derecho de la provincia de Santa Cruz y que debía ser resuelto por sus propias instituciones judiciales.

Concluyeron que, a pesar de que un sistema electoral puede resultar inconveniente, no por ello es necesariamente inconstitucional. Recordaron que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos que pertenezcan a la revisión de la constitucionalidad de las leyes y, por ende, a la potestad de este Poder Judicial.

2.2.5. Obligaciones fiscales de magistrados judiciales

Un tema que concita la repulsa pública es la exención de impuestos a las ganancias que desde hace años beneficia a los magistrados judiciales, nacionales y provinciales. El Congreso sancionó una ley poniendo fin a esta excepción para aquellos que asumieron sus cargos a partir de 2017. Esta situación provocó que la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional iniciara una acción declarativa de inconstitucionalidad solicitando que se esclarezca el alcance de la norma. Simultáneamente, obtuvo de un tribunal de primera instancia una medida cautelar para que la norma no se aplique a quienes ya forman parte del Poder Judicial, hasta que dirima la cuestión de fondo.

La CSJA. en el caso *Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional c/ EN - Consejo de la Magistratura y otros s/ inc. de medida cautelar* (Fallos: 341:1717, del 27-11-2018), se apartó de su tradicional posición de no intervenir en medidas cautelares, y se detuvo a analizar las especiales características de las acciones declarativas de inconstitucionalidad, cuyo objetivo es lograr certeza jurídica sobre la constitucionalidad de una norma, razón por la cual expuso:

La necesidad de esa especial prudencia deriva también de la presunción de validez de los actos de los poderes públicos y de la consideración del interés público en juego (arg. Fallos: 319:1069). Ello es así, con mayor razón aun, cuando la medida cautelar tiene efectos expansivos porque podría implicar la suspensión total o parcial de una ley. La significativa incidencia sobre el principio de división de poderes que revisten medidas como la examinada torna imprescindible acentuar la apreciación de los parámetros legales exigidos para su procedencia, en tanto tienden a desvirtuar o neutralizar la aplicación por las autoridades competentes de una ley formal del Poder Legislativo.

La CSJA revocó la medida cautelar dispuesta por el juez de primera instancia y confirmada por una cámara de apelación, por entender que «no existen razones suficientes para adoptar una decisión cautelar de tal gravedad que exima del cumplimiento de lo ordenado por la ley a los sujetos representados por la actora. De ello se deriva que la vigente ley 27.346, sancionada tras una amplia discusión de los poderes del Estado y cuya constitucionalidad —como se dijo— no ha sido cuestionada, resulta plenamente aplicable».

Bibliografía

- Calamandrei, P. (1943). *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo Codice*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani.
- (1962). *Derecho Procesal Civil* [traducción y estudio preliminar por S. Sentís Melendo]. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2018). *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tomo 341* (vol. 1). Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponible en: <https://bit.ly/2oQf2yL>.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2018). *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tomo 341* (vol. 2). Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponible en: <https://bit.ly/2NNNnH4>.
- Díaz Ricci, S. (2018). Crónica 2017 de la Corte Suprema de Justicia Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22, 201-234. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.07>.

NOTAS SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO EM 2018

Some remarks on the 2018 Brazilian Supreme Court case-law

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO¹
Universidade de Brasília
pgbranco@gmail.com

Cómo citar/Citation

Gonet Branco, P. G. (2019).

Notas sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro em 2018.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(2), 527-540.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.17>

SUMARIO

I. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO – DEVER DE VERDADE. II. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROSELITISMO. III. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, COMUNICAÇÃO SOCIAL E O MARCO REGULATÓRIO DO SETOR DE TV POR ASSINATURA. IV. FEDERALISMO. V. INICIATIVA POPULAR DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. VI. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA. VII. CONCLUSÃO.

¹ Doutor em Direito (Universidade de Brasília), LL.M (University of Essex, UK), Professor do Mestrado e Doutorado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Membro do Ministério Público Federal. Contato: pgbranco@gmail.com.

Mais uma vez, em 2018, contam-se na casa das dezenas de milhares as decisões tomadas, no período de um ano, pelo Supremo Tribunal Federal - STF. A grande maioria delas foi proferida fora da estrutura colegiada da Corte, uma vez que se admite que o Ministro relator atue sozinho, em nome de todo o Tribunal, quando se defronta com tema meramente processual de admissibilidade de ação ou de recurso ou quando o assunto agitado já foi resolvido em outra oportunidade. No apanhado que se segue, reportamos algumas deliberações das Turmas ou do Plenário que podem ser do interesse do cultor do Direito Comparado.

I. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO – DEVER DE VERDADE

Observa-se que a jurisprudência do STF tem-se inclinando por expandir entendimento formulado em 2009, em processo de controle abstrato, no sentido de que a Lei de Imprensa anterior ao regime constitucional de 1988, restritiva da liberdade de expressão, não foi recebida pela nova ordem (ADPF 130, j. 30.4.2009). O precedente foi marcante para a fixação do âmbito de proteção da liberdade de expressão, sobretudo no campo da liberdade de imprensa *lato sensu*. O acórdão² do STF, entretanto, está repleto de *obiter dicta*, tornando custosa a tarefa de definir exatamente o que a Corte tem por definido a respeito de diversos problemas específicos, sobretudo nos casos em que o direito de expressão conflita com direitos de personalidade. Por meio de *reclamações* —instrumento processual destinado a promover o respeito das demais instâncias judiciais ao magistério do STF—, os interessados veem testando o Supremo Tribunal, para verificar até que ponto de vinculatividade chegam as declarações da Corte sobre a supremacia *prima facie* dos direitos a livre expressão.

Na Rcl 28.747, DJe 12.11.2018, a Primeira Turma enfrentou caso em que juiz de primeira instância havia determinado a supressão de matéria jornalística publicada em *blog* na Internet. A autora da ação, uma Delegada da Polícia Federal, sustentava que a publicação era injuriosa à sua honra. A reportagem dizia que a agente pública vazava informações sigilosas no campo da maior operação anticorrupção jamais conhecida no Brasil, a *Operação Lava Jato*.

² “Acórdão” é o nome que se dá, no Brasil, às decisões colegiadas de tribunais. Reserva-se o termo “sentença” às decisões de juízes de primeiro grau de jurisdição, que deliberam sozinhos.

O relator da reclamação rejeitou a demanda, porque a questão específica da consequência jurídica da publicação acaso injuriosa não havia sido objeto de debate na ADPF 130. Ficou vencido, entretanto, prevalecendo o entendimento de que o Tribunal podia conhecer de ações apreciadas em primeira instância, desde que envolvesse “conflitos entre liberdade de expressão e informação e a tutela de garantias individuais como os direitos de personalidade”. Adotou-se, afinal, o entendimento de que a ordem judicial de subtração da matéria devia ser cassada. Mencionou-se que “o interesse público no conteúdo de reportagens e peças jornalísticas reclamam tolerância quanto a matérias de cunho supostamente lesivos à honra dos agentes públicos”.

O acórdão apontou que a medida apropriada para reparação do eventual abuso seria o direito de resposta, mas não a imediata supressão do texto, “antes mesmo de qualquer apreciação mais detida quanto ao seu conteúdo e potencial lesivo”. Repara-se, neste passo, uma certa hesitação do Supremo Tribunal em afirmar que, em qualquer situação, deve ser mantido o texto de alegado propósito informativo. Nessa passagem, a Turma deixa perceber que, embora não admitisse que uma medida liminar impusesse a suspensão da publicação da matéria, era ainda dado especular sobre se uma sentença de mérito poderia impor a providência. De toda sorte, a Turma deixou nítido que o ônus da prova de que a matéria é falsa e injuriosa recai sobre o inconformado com o texto. A ele, segundo se deduz da argumentação do acórdão, cabe demonstrar que o jornalista agiu sem diligência na apuração dos fatos ou com dolo. Daí, o acórdão ter dito que “não se evidencia de plano (ainda que possa ser posteriormente comprovado no curso do processo) que o intento do reclamante tenha sido o de ofender, com a veiculação de notícias sabidamente falsas, a honra da Delegada”

A decisão também mencionou que os agentes públicos devem suportar maior nível de crítica. Mesmo diante da objeção advinda do caráter nefasto das *Fake News*, aderiu-se a posição doutrinária de que “o requisito da verdade deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, equiparando-se à diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos”.³ O acórdão pontuou:

³ Vale observar que a questão do combate às *fake news* também foi referenciada em outra decisão, esta agora de 2019, em que se apontou que o melhor meio para se combatê-la seria o exercício do direito de resposta, em que o atingido pela notícia que tem como maliciosa se vale do canal utilizado pelo agressor para desmenti-lo. Foi dito que “direito de resposta é medida que resguarda o debate público contra posições unilaterais ou enviesadas, contribuindo para evitar a proliferação das tão nocivas *fake news*. Assegura-se, por esta via, que ambos os lados interessados possam manifestar livremente as suas opiniões e/ou versões dos fatos, bem como que o cidadão, munido

Se é fato que não se deseja a proliferação das tão nocivas *fake news*, também o é que o judiciário deve ter parcimônia ao limitar o exercício da atividade jornalística. O que se requer, dos jornalistas e propagadores de opiniões em geral, nesta senda, é o exercício responsável e diligente de suas funções, sendo possível a responsabilização ulterior por excessos comprovadamente cometidos.

Afirmou-se que seria inviabilizar a liberdade de informação que apenas se consentissem as publicações de verdade incontestáveis.

Esse acórdão de Turma do STF também chama a atenção por uma característica que vem marcando as decisões da Corte. De modo crescente, nota-se o apelo dos magistrados a citações ou referências a autores estrangeiros – às vezes mais do que de brasileiros –, mesmo que o citado não seja um jurista e mesmo que nem sempre o conteúdo da citação guarde imediata relação de interesse com as peculiaridades da causa. Nesse acórdão, a par de dois juristas nacionais, foram citados Zygmund Bauman, Ronald Dworkin (para frisar a importância da liberdade de expressar ideias minoritárias) e Konrad Hesse (para acentuar a conexão da liberdade de informação e o processo democrático). Além de Oliver Wendell Homes. A justificação com apoio em notas eruditas pode ser compreendida no contexto de busca de legitimação para decisões que envolvem escolhas políticas e morais controvertidas. Em todo caso, o fenômeno não deixa de ser significativo do período pós-2001 da Corte.

No precedente, houve voto na corrente vencedora que claramente pregou um papel meta-jurídico à admissibilidade do conhecimento direto no STF de decisões iniciais da primeira instância nessa área. O voto sustentou que, “em matéria de liberdade de expressão, nas situações mais relevantes, o Supremo tem sim um papel didático, um papel propedêutico, na superação de uma cultura autoritária”.

Essa decisão pela intervenção direta do STF sobre decisões de primeira instância, até mesmo quando de ordem cautelar, envolvendo conflito entre direitos de personalidade e liberdade de expressão não foi isolada em 2018. Na realidade, reiterou outro julgado da mesma Primeira Turma (Rcl 22328, DJe-10.5.2018), em que se disse que “a liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades”. Acrescentou-se

de mais informações, forme sua própria convicção sobre o tema” (Rcl 33040, monocrática, j. 25.1.2019). Claro está que essa diretriz não pode ser observada quando a notícia falsa, por si só, já produz o estrago que a anima, o que acontece quando não há tempo para a resposta útil, num pleito eleitoral, por exemplo.

que “eventual uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização”.

Nessa Rcl 22328, foi retratado o que vem sendo efetivamente a guia do STF nesses casos, resumindo-se assim o entendimento:

Embora não haja hierarquia entre direitos fundamentais, tais liberdades possuem uma posição preferencial (*preferred position*), o que significa dizer que seu afastamento é excepcional, e o ônus argumentativo é de quem sustenta o direito oposto. Consequentemente, deve haver forte suspeição e necessidade de escrutínio rigoroso de todas as medidas restritivas de liberdade de expressão.

Foram recordados os fundamentos habitualmente defendidos para frisar o peso abstrato específico da liberdade de expressão, como a sua relevância para se construir um consenso democrático bem informado, a sua instrumentalidade para a expressão anímica e de ideias inerentes à dignidade da pessoa, a busca da verdade pelo confronto de ideias porventura opostas ou complementares e a criação de condições para o avanço do conhecimento.

A seguir, o relator também adiantou o que lhe parecia deveriam ser os oito fatores a serem contemplados para se estabelecer um correto balanço entre a liberdade de expressão e um direito de personalidade que se lhe oponha. Seriam eles:

(i) Veracidade do fato⁴; (ii) licitude do meio empregado na obtenção da informação⁵; (iii) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato⁶; (vi) existência de interesse público na divulgação em tese; (vii) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e (viii) preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação⁷.

⁴ A notícia propositadamente falsa não estaria abrigada pelo direito fundamental, havendo o dever de, nos limites do razoável e de boa-fé, buscar-se apurar os fatos noticiados.

⁵ O voto, a esse respeito diz logo a seguir: “A Constituição, da mesma forma que veda a utilização, em juízo, de provas obtidas por meios ilícitos, também interdita a divulgação de notícias às quais se teve acesso mediante cometimento de um crime”.

⁶ Basicamente, deve ser considerado se envolve tema de caráter sigiloso ou de intimidade.

⁷ Em passagem adiante, o voto se refere a esse fator, dizendo: “O uso abusivo da liberdade de expressão pode ser reparado por mecanismos diversos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta, a responsabilização civil ou penal e a interdição da divulgação. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade. Nas questões envolvendo honra e imagem, por exemplo, como regra geral será possível obter reparação satisfatória após a divulgação, pelo desmentido – por retificação,

Se há uma nítida tendência em se privilegiar a liberdade de expressão quando em conflito com direitos de personalidade, não pode, contudo, ser dado como definitivamente assentado que o Tribunal continuará a cassar decisões de primeira instância por meio de reclamações, por desobediência à decisão, dotada de efeito vinculante, na ADPF 130. Em novembro de 2018, a outra Turma do STF, a 2ª Turma, recusou o cabimento da análise de pretensão de reclamante de desautorizar, com dispensa do habitual encadeamento de instâncias judiciais, liminar que protegera direito de personalidade por meio de inibição à publicidade de matéria jornalística (cf. Rcl 28262 AgR, DJe 8.11.2018). Venceu, aqui, a inteligência de que, “na ADPF n. 130, o STF não proibiu que medida judicial protegesse direitos de personalidade agredidos injustamente, conforme assim o sentiu o juiz de primeiro grau, em matéria publicada na Internet”.

II. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROSELITISMO

Em outro caso de relevância para a compreensão do âmbito material da liberdade de expressão, o STF se defrontou com crítica a norma federal de 1996 (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.612/96), que dispunha ser “vedado o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de rádio comunitária”.

Pesava em favor da lei o argumento de que o proselitismo, entendido como “propagação enfática e sectária de determinada ideologia política, religiosa, científica, etc., com pretensão de converter ouvintes” (definição do voto vencido do relator da ação direta) não seria compatível com o papel de promoção da pluralidade de ideias que foi indicado como próprio das rádios comunitárias (rádios de alcance eletromagnético reduzido a comunidades de restrita dimensão geográfica).

Tornou-se a insistir que o direito decorrente da liberdade de expressão goza de primado inicial, quando cotejado com pretensões opostas. É interessante notar a notícia da relação de julgados nessa diretriz que o voto vencedor arrolou para confirmar essa linha básica:

A jurisprudência desta Corte tem realçado a primazia de que goza o direito à liberdade de expressão na Constituição. Por exemplo, quando do julgamento da ADI 4.451, Rel. Ministro Ayres Britto, DJe 24.08.2012, por exemplo, o Tribunal as-

retratação ou direito de resposta – e por eventual reparação do dano, quando seja o caso”.

sentou que “não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas”. Já na ADPF 130, também de relatoria do e. Ministro Ayres Britto, o Tribunal fez observar que “o pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna”. Na ADI 2.404, um outro exemplo dessa orientação, de relatoria do e. Ministro Dias Toffoli, a Corte, ao reconhecer a inconstitucionalidade da previsão legal de sanções para o descumprimento das regras de classificação indicativa, definiu que “o exercício da liberdade de programação pelas emissoras impede que a exibição de determinado espetáculo dependa de ação estatal prévia”.

Acrescentou-se que a liberdade de informação transcende o interesse de quem deseja se manifestar, para alcançar também a esfera de interesse de quem recebe a notícia. Daí constar do acórdão que “o direito a liberdade de expressão abrange, necessariamente, uma dimensão social, que engloba o direito de receber informações e ideias”. Reiterou-se precedente em que se concordou em que o discurso proselitista, longe de ser uma deturpação da liberdade de expressão, é da essência do exercício da liberdade religiosa, sobretudo no que tange às religiões universais. Lembrou-se até mesmo de precedente da Corte Europeia de Direitos Humanos (Caso n. 14.307/88 *Kokkinakis v. Grécia*), para se concluir que “liberdade de pensamento inclui o discurso persuasivo e o uso de argumentos críticos. Consenso e debate público informado prespõem a livre troca de ideias e não apenas a divulgação de informações”. Assentou-se, afinal, que “a veiculação em rádio de discurso proselitista, sem incitação ao ódio ou à violação, e, evidentemente, sem discriminações, é minimamente invasivo relativamente à intimidade, direito potencialmente a ser resguardado (...) bastaria, em casos tais, que se desligue o rádio”

III. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, COMUNICAÇÃO SOCIAL E O MARCO REGULATÓRIO DO SETOR DE TV POR ASSINATURA

O julgamento simultâneo de quatro ações diretas de inconstitucionalidade - AADDI 4756, 4747, 4679 e 4923 -, publicado do DJe de 5.4.2018, resolveu diversas controvérsias suscitadas pelo novo marco regulatório do setor de TV por assinatura (Lei nº 12.485 de 2011, Lei do Serviço do Acesso Condicionado-SeAC). A lei foi atacada por essas ações com os mais variados argumentos e em diversos dos seus artigos. Finalmente, poucas disposições foram censuradas pelo Tribunal. Cabe ressaltar aqui algumas questões conexas com argumentos relacionados com a liberdade de expressão no sistema constitucional brasileiro de comunicação social.

A lei estabelece que a gestão, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento dessas empresas atuantes no Brasil são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos (art. 10). O problema foi posto em termos de compatibilidade com o princípio da igualdade, levando-se em conta interesses de liberdade de comunicação de massa.

Prontamente, o Tribunal salientou que não há regra na Constituição que proíba a diferenciação entre brasileiros e estrangeiros, embora haja regra que impeça a distinção entre brasileiros natos e naturalizados que não esteja contemplada no seu texto. O acórdão não negou a óbvia diferenciação que a lei estabeleceu entre brasileiros natos e brasileiros naturalizados há menos de 10 anos, mas a teve como apoiada em interpretação do disposto no art. 222, §§ 2º e 3º, da Constituição⁸, que estabelecem, lidos em conjunto, que os meios de comunicação social em geral, e não apenas as empresas jornalísticas e de radiodifusão, estão abrangidos pelas regras que dispõem sobre a necessidade de o brasileiro naturalizado já o ser há mais década para controlar as programações respectivas. Entendeu-se que a restrição é “de todo condizente com os vetores axiológicos que informam, no plano constitucional, a atividade de comunicação de massa, entre os quais a preservação da soberania e identidade nacionais, o pluralismo informativo e a igualdade entre os prestadores de serviço a despeito da tecnologia utilizada na atividade”.

A mesma ação também tratou da legitimidade da instituição de um sistema de cotas de conteúdo nacional para as empresas do setor. Entendeu-se que a interferência sobre a livre iniciativa atende a propósitos constitucionais, como o da promoção da liberdade de expressão, abrindo espaço para manifestações artísticas e atividades de informação sobre realidades brasileiras que não seriam veiculadas sem a imposição. Falou-se que o desenvolvimento da cultura nacional, que em outros preceitos da Constituição é assumido como meta do Estado, também se beneficia com o sistema de cotas. Assinalou-se que as cotas

⁸ Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

(...)

§ 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

não são tão dilatadas, especialmente quando comparadas com as existentes em outros países, e que não são permanentes, mas limitadas a 12 anos de vigência, compatível com expectativa de restabelecimento de igualdade material. Foi referido que outras alternativas de estímulo à produção nacional, como incentivos fiscais, por exemplo, não se mostraram suficientes para a obtenção dos fins buscados, ante “a fragilidade do mercado audiovisual brasileiro em face do poder econômico internacional”. Afinal, salientou-se que a lei dispõe sobre um período de transição, permitindo suave adaptação das empresas ao sistema concebido. O acórdão concluiu que a lei passava sem dificuldade nos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A imposição de limites de tempo para publicidade comercial não atraiu debate em torno da liberdade de expressão comercial – a regra atacada nas ações diretas foi prontamente acolhida como legítima, sob a perspectiva da defesa do direito do consumidor. Assinalou-se que “o consumidor do [serviço de TV a cabo], ao assinar um pacote de canais, desembolsa recursos para obter maior diversidade de conteúdo e programação audiovisual, o que, obviamente, não se refere a propaganda comercial”.

Ainda por um outro ângulo, o julgamento é de interesse. A lei atribui poderes normativos a agência governamental, a Agência Nacional de Cinema-ANCINE, isso provocou dúvida sobre a compatibilidade com os princípios da separação de poderes e o da legalidade dessa entrega de competência para criar obrigações e direitos a uma entidade que compõe o Poder Executivo. Foi arguido que isso significava indevida delegação de poderes do Legislativo para o Executivo.

A saolução do Supremo Tribunal fundou-se numa compreensão ao dia do princípio da separação de poderes – e não segundo o pano de fundo histórico da ruptura do Antigo Regime, no século XVIII. As mudanças do papel dos Poderes Públicos, com as múltiplas intervenções nos vários domínios da sociedade civil, pressupondo conhecimentos altamente especializados, e à vista da nova função assumida pelo Estado de provedor de necessidades e de promotor de justiça social, exige uma nova configuração das competências clássicas de cada Poder. “A resposta institucional a essa demanda da sociedade contemporânea —disse o acórdão— veio na forma de *agências reguladoras independentes*”. O novo paradigma torna compatível com o Estado de Direito que o legislador trace metas e balizas para a atuação da agência, conferindo-lhe amplo espaço para deliberação, desde que a lei contenha normas com o mínimo de densidade que permita o controle dessas decisões pelo Judiciário e pelo próprio Congresso Nacional. Lê-se no voto que conduziu a solução adotada pelo Tribunal:

A técnica legislativa empregada no diploma em exame é exatamente aquela típica do Estado regulador contemporâneo, em que a lei define as metas principais e os

contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob o controle do Judiciário e do próprio Legislativo) margem relativamente ampla de atuação. E, como também já apontado, é bom que assim o seja, na medida em que (i) a matéria, de um lado, se reveste de significativo dinamismo, como denotam as tendências de convergência tecnológica que tornaram obsoleta a legislação nacional anterior, e (ii) a disciplina do setor audiovisual, em diferentes aspectos, suscita questões de elevada complexidade técnica, a exigir conhecimento especializado, como aquele titularizado pela ANCINE. Nesse cenário, exigir que a lei formal esgote o conteúdo normativo aplicável à espécie é tanto impraticável quanto desaconselhável, reconduzindo-nos a um paradigma de legalidade criado para um perfil de Estado que já não existe mais.

IV. FEDERALISMO

A estrutura do Federalismo brasileiro tem atraído a atenção mais detida do STF nos últimos tempos. Percebe-se uma tendência, sobretudo em alguns dos integrantes mais novos da Corte, de conferir um enfoque diferente do que predominou até recentemente na jurisprudência. O Tribunal sempre se inclinou por interpretar trechos mais abertos a interferência judicial de modo a favorecer o âmbito das competências da União, evitando-se um incremento de competências estaduais ou municipais. Nos casos, porém, de interpretação de normas de caráter fiscal-tributário, não se nota a mesma variação. Os próximos acórdãos em exame situam-se nesse compasso.

V. INICIATIVA POPULAR DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

A jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal sempre se orientou no sentido de que normas da Constituição Federal relativas ao processo de elaboração de leis se impõem aos Estados-membros e aos Municípios. Regra da Constituição Federal sobre quórum necessário para a aprovação de Emenda à Constituição, nessa linha, já foi tida, em precedente do STF (ADI 486, DJ 10.11.2006), como de absorção inevitável pelos Estados-membros. O fundamento para a deliberação do Tribunal em 2006 tinha saudável apoio na melhor doutrina sobre as características típicas do poder constituinte originário e do poder constituinte exercido pelos Estados-membros na Federação brasileira, chamado de poder constituinte derivado. A rigidez da Constituição é uma opção nuclear do poder constituinte originário e o grau dessa mesma rigidez com que o sistema constitucional originário foi imantado deve ser seguido pelos Estados-membros, sob pena de se perder a identidade jurídica em aspecto essencial da estruturação do Estado brasileiro. Por isso, o relator

da ADI 486 conduziu o Plenário do STF a declarar a inconstitucionalidade de norma de Constituição estadual que exigia quórum mais rigoroso do que o prescrito pela Constituição Federal para emendas ao seu texto. No precedente de 2006, foi escrito:

(...) Os critérios definidores da rigidez constitucional são aqueles estabelecidos, de modo implícito ou explícito, pelo próprio texto da Constituição da República.

Isso significa que o procedimento ritual e todas as exigências de ordem formal e material concernentes à reforma da Carta Política, tais como delineados na Constituição Federal, além de insuprimíveis pelos Estados-membros, não podem ser por estes modificados com fundamento em sua competência reformadora, cujo exercício sofre, em tais pontos, inquestionável limitação de natureza imposta pelo legislador constituinte primário.

Essas sólidas razões foram retomadas pelo relator e por outros ministros do STF em 25.10.2018, quando do julgamento da ADI 825, mas não obtiveram o apoio da maioria que se formou num caso em que se discutia se seria possível que um Estado-membro adotasse a forma da iniciativa popular para a apresentação de proposta de emenda à Constituição desse Estado. Prevaleceu, por maioria, o entendimento de que:

É facultado aos Estados, no exercício de seu poder de auto-organização, a previsão de iniciativa popular para o processo de reforma das respectivas Constituições estaduais, em prestígio ao princípio da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, art. 14, I e III, e art. 49, XV, da CF).

Para se compreender a controvérsia, é preciso ter presente que o constituinte não previu a possibilidade de emenda à Constituição Federal por via de iniciativa popular, quando, no art. 60, enumerou com precisão quem poderia provocar o Congresso Nacional para a tarefa. Além disso, o constituinte foi expresso quando admitiu a iniciativa popular, no caso da apresentação de projeto de lei. O relator do processo, afinal, deu a notícia de que houve discussão na Assembleia Constituinte sobre a iniciativa popular para propositura de emenda à Constituição, mas que não se produziu o resultado propugnado por alguns juristas da época, favoráveis à mais ampla expressão da democracia direta.

Tudo isso não obstante, a ideia de prestigiar a manifestação direta do povo foi decisiva para que a maioria dos ministros reconhecesse a liberdade dos Estados-membros para dispor a esse respeito, sem embargo de não se haver instituído iniciativa dessa ordem no plano federal. De modo isolado, houve até Ministro sugerisse que, também no plano da Constituição Federal, seria

pertinente a iniciativa popular para emendar a Carta Política. Foi salientado, mais, que outros Estados-membros, inclusive o mais poderoso da Federação, o Estado de São Paulo, adotavam esse caminho.

Em outro julgamento (RE 626.837-RG, Plenário, DJe 1º.2.2018), o STF reiterou a sua jurisprudência centrada na interpretação da imunidade tributária recíproca como a abranger apenas tributos da espécie impostos, e, não, contribuições. “A imunidade recíproca do art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal alcança apenas a espécie tributária *imposto*”, ensinou o Tribunal. As contribuições, assim, não enfrentam obstáculo para incidirem sobre interesses dos Estados-membros e Municípios. No RE 773.992-RG, o Plenário esclareceu, ainda a propósito da imunidade recíproca, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da Administração Pública indireta de cada esfera da Federação, também se beneficiam da imunidade contra impostos de outros entes federados, em função de interpretação extensiva do art. 150 da Constituição (a regra não se refere expressamente a essas pessoas jurídicas). Há que se atender, para tanto, o requisito de que essas empresas sejam prestadoras de serviço público. Daí se assentou que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública federal, não poderia ter os seus imóveis onerados por imposto municipal sobre a propriedade urbana.

O resultado da arrecadação dos impostos da União deve ser partilhado com os Estados-membros e com os Municípios, por meio de Fundos instituídos para essa finalidade. Boa parte dos Municípios e também certos Estados dificilmente conseguiriam se manter sem esses recursos. Daí o interesse que despertou a questão de saber se a União pode conceder benefícios, incentivos e isenções de seus impostos (sobre renda e sobre produtos industrializados), já que isso afeta o montante dos recursos destinados ao Fundo de Participação dos Municípios. O STF, no RE 705.423 (DJe 5.2.2018), deliberou que a União tem o direito de conceder isenções e de estabelecer renúncias fiscais. Assim o fazendo, não cabe aos Municípios pedir que a parcela não arrecadada desses impostos, nesses casos, seja coberta por outros recursos da União. O Tribunal assentou que o produto da arrecadação a que se refere a Constituição (art. 158) a ser partilhado “abrange a arrecadação tributária bruta, sem a possibilidade de dedução das despesas administrativas e computando-se as multas moratórias e punitivas”. Essa conceituação técnica exclui os recursos que não foram auferidos, mercê de isenções e renúncias fiscais.

VI. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA

Percebe-se um apelo crescente da jurisprudência do STF à garantia constitucional da segurança jurídica em seus julgados envolvendo restrições a di-

reitos e quebra de expectativas dos jurisdicionados. Ao lado das tradicionais garantias constitucionais do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido, que possuem contornos denotativos mais estritos no Brasil, tem-se prestado também proteção ao valor da certeza do direito, da estabilidade das situações estabelecidas de boa-fé, da confiança e do acesso à Justiça.

No ARE 951.533-AgR-segundo (DJe 25.10.2018), declarou-se imprópria a alteração de prazo para requerimento administrativo ou para ajuizamento de ação, que impede que o interessado realize o ato para o qual acreditava ter ainda tempo para o praticar. Ficou esclarecido que a redução de prazo pode acontecer, “pois não existe direito adquirido a regime jurídico”. Foram tidas como ofensivas à garantia do acesso à justiça, porém, as alterações que “fulminem, de imediato, prazos então em curso, com aplicação às pretensões pendentes ainda não ajuizadas”.

O Tribunal voltou a minudenciar o significado da proteção da segurança jurídica, ao resolver caso eleitoral, na ADI 5398 MC, Plenário (DJe 20.11.2018). Importa transcrever o sumário dessa garantia constitucional como apresentada no acórdão:

Do ponto de vista objetivo [a segurança jurídica] se refere (i) à anterioridade das normas jurídicas com relação às situações às quais se dirigem; (ii) à estabilidade do Direito, que deve ter como traço geral a permanência e continuidade das normas; e (iii) à não retroatividade das leis, que não deverão produzir efeitos retrospectivos para colher direitos subjetivos constituídos.

Já do ponto de vista subjetivo, a segurança jurídica refere-se à proteção da confiança, relativamente aos atos do poder público, tendo como corolário a tutela das expectativas legítimas.

Mais a seguir, o Tribunal, ecoando a doutrina estabelecida, ressaltou que a proteção das expectativas legítimas “decorre da obrigação estatal de agir com boa-fé (...), uma exigência do Estado Democrático de Direito”. Com base nessas premissas, julgou inconstitucional a falta de previsão de cláusula de transição em lei que proibia a migração de parlamentares eleitos para agremiações partidárias recém-fundadas.

A proteção da segurança, sob a vestimenta da tutela da confiança, fez com que o STF tomasse como legítima a aposentadoria de servidor público que ingressara no serviço público por força de decisão não definitiva da Justiça, que somente veio a ser cassada passados vários anos de atuação do servidor, quando e só então se decidiu, em definitivo, que o seu ingresso na carreira fora irregular. O acórdão reconheceu que o Tribunal decidira, no passado, que a posse em cargo público por via de decisão judicial não exauriente, não gera

fato consumado insuscetível de revisão judicial. Assentou, entretanto, que situações excepcionais estariam fora dessa máxima de julgamento, impondo-se o *distinguish*. Concluiu que, “em casos de elevado grau de estabilidade da relação jurídica, em especial pela passagem de longo intervalo de tempo, o princípio da proteção da confiança legítima incide com maior intensidade”.

A segurança jurídica, uma vez mais, foi importante para solucionar impugnação a medida provisória que previa a incidência das novidades normativas que dispunha sobre planos de saúde celebrados anteriormente. Para o Tribunal,

É impróprio inserir nas relações contratuais avençadas em regime legal específico novas disposições, sequer previstas pelas partes quando da manifestação de vontade. A vida democrática pressupõe segurança jurídica, e esta não se coaduna com o afastamento de ato jurídico perfeito e acabado, mediante aplicação de lei nova.

Por último, a segurança, sob o ponto de vista material, como segurança pública, também foi determinante para que o STF, interpretando a Constituição, visse dela excluído o direito de greve dos policiais (ARE 654.432, Plenário, DJe 11.6.2018). O acórdão assinalou que o direito de greve dos servidores públicos não é absoluto. Afirmou, em seguida, que, efetuado o devido balanço do direito de “greve dos servidores com o direito de toda a sociedade à segurança pública e à manutenção da ordem pública e paz social (...), [excluir-se] a possibilidade do direito de greve [de todos os policiais civis e de servidores diretamente atuantes na área de segurança pública] é plenamente compatível com a interpretação teleológica do texto constitucional”.

VII. CONCLUSÃO

Entre os inúmeros acórdãos do Supremo Tribunal Federal em 2018, os que foram objeto de resenha merecem ser realçados para o leitor interessado no Direito Comparado. Nota-se que, em 2018, os acórdãos do Supremo Tribunal continuam seguindo o padrão de fundamentação com invocação frequente de doutrina nacional e estrangeira – sugestivamente, neste último caso, a doutrina citada costuma ser proveniente de países europeus ou dos Estados Unidos, sem que a literatura especializada latino-americana ganhe atenção específica. Não obstante, as preocupações que guiam as soluções alvitradas não são incomuns nas Cortes constitucionais ibero-americanas atuantes num ambiente democrático-social.

**DOS PASOS ADELANTE Y UNO ATRÁS:
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES
EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
COLOMBIANA DE 2018**

**Two steps forward and one back:
Protection of the women's rights in the
Colombian Constitutional jurisprudence of 2018**

PAULA ROBLEDO SILVA¹

Universidad Externado de Colombia
paula.robledo@uexternado.edu.co

MARIANA MEDINA BARRAGÁN²

Universidad Nacional de Colombia
mmedinaba@unal.edu.co

Cómo citar/Citation

Robledo Silva, P. y Medina Barragán, M. (2019).
Dos pasos adelante y uno atrás: protección de los derechos de las mujeres
en la jurisprudencia constitucional colombiana de 2018.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(2), 541-558.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.18>

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DOS PASOS ADELANTE: EL MANTENIMIENTO DE LA PROTECCIÓN OTORGADA A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y LA EXENCIÓN TRIBUTARIA A LA HIGIENE MENSTRUAL: 1. El mantenimiento de la protección otorgada a la interrupción voluntaria del embarazo. 2. La exención tributaria a la higiene menstrual. III. UNO ATRÁS: EL CAMBIO DE PRECEDENTE SOBRE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A MUJERES GESTANTES. IV. CONCLUSIONES. APÉNDICE LEGISLATIVO. BIBLIOGRAFÍA.

¹ Docente e investigadora de la Universidad Externado de Colombia y defensora delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo de Colombia. Número ORCID: 0000-0002-7950-5233.

² Abogada y magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente, asesora de la Defensoría Delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo de Colombia.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 constituyó un cambio de paradigma político, económico y jurídico que, entre otros asuntos, representó la posibilidad de avanzar en la consecución de la igualdad material de poblaciones históricamente discriminadas, al consagrar la obligación de superar las razones en las que se sustenta su exclusión.

Así, la igualdad fue establecida como valor, principio y derecho fundamental, lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, trasciende la concepción formal de esta, para comprender que su verdadera dimensión implica la obligación de adoptar medidas dirigidas a la promoción de una igualdad real y efectiva, en particular, a favor de grupos marginados y de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

En este propósito, los pronunciamientos de la Corte Constitucional han sido fundamentales, pues, a través del control abstracto de constitucionalidad, el ordenamiento jurídico se ha ajustado progresivamente al reconocimiento, inclusión y respeto de estas personas; y en el estudio de casos concretos, las órdenes dictadas configuran trascendentales logros para su protección.

Lo anterior ha tenido un efecto significativo sobre la vida de las mujeres y niñas, pues las diversas formas de violencia que sufren cotidianamente y los múltiples obstáculos enfrentados para la garantía y goce de sus derechos han sido el centro de la discusión de numerosas sentencias del Alto Tribunal. La mayoría de sus decisiones al respecto son una victoria determinante en la lucha por erradicar las causas y consecuencias de estas graves problemáticas, aun cuando subsistan inmensos retos en la materia.

Específicamente, durante 2018, fueron proferidos más de treinta fallos relacionados con violencia doméstica, sexual e institucional³. Entre ellos, en esta crónica jurisprudencial queremos destacar tres debido a su impacto en los derechos reproductivos de las mujeres y niñas. Se trata del que mantuvo más de una década de protección a la interrupción voluntaria del embarazo (SU-096 de 2018), el relativo a la exención tributaria a los elementos para la higiene menstrual (C-117 de 2018), y uno que inusitadamente dio lugar al retroceso a la estabilidad laboral reforzada de mujeres gestantes (SU-075 de 2018).

³ A partir de la sentencia T-735 de 2017, la Corte Constitucional indicó que «las autoridades encargadas de la atención de las mujeres víctimas de violencia de género incurren en violencia institucional cuando con su acción u omisión les causan o amenazan con causarles daño psicológico». En 2018 fue proferida la sentencia T-338 en la que se ordenó capacitar a todos los jueces y juezas de familia en género con el fin de evitar la violencia institucional.

Dichos fallos evidencian que el progreso en la garantía de los derechos de la población femenina sigue siendo un proceso lento, cuya consolidación representa un desafío constante para la jurisprudencia constitucional, la cual, caminando hacia la igualdad, el año pasado, dio dos pasos adelante y uno atrás.

II. DOS PASOS ADELANTE: EL MANTENIMIENTO DE LA PROTECCIÓN OTORGADA A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y LA EXENCIÓN TRIBUTARIA A LA HIGIENE MENSTRUAL

1. EL MANTENIMIENTO DE LA PROTECCIÓN OTORGADA A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional revisó la tutela interpuesta por una mujer en avanzado estado de gestación quien consideró vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad y autonomía reproductiva, debido a la imposición de barreras por parte de su entidad prestadora de salud (EPS) para practicarle la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) pese a haber acreditado dos de las causales estipuladas para el ejercicio de este derecho fundamental en la C-355 de 2006⁴. Durante el trámite de la acción, el juez de primera instancia ordenó la realización del procedimiento a través de una medida provisional, pues estimó que, al contar con más de 25 semanas de embarazo y existir los certificados médicos pertinentes, correspondía, incluso antes de emitir el fallo de fondo, adoptar medidas urgentes a fin de evitar la consumación de la violación a los derechos invocados.

En el proceso se probó que había sido diagnosticada una enfermedad incompatible con la vida del feto y que la situación implicó también una afectación que ponía en riesgo la salud mental de la mujer. Los médicos certificaron estas circunstancias e incluso recomendaron llevar a cabo la IVE. A pesar de que se realizaron los trámites correspondientes para ello, las instituciones

⁴ En esta providencia se despenalizó el aborto en tres circunstancias especiales: 1) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; 2) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico, y 3i) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

del sector salud involucradas lo dilataron, incrementando las dificultades del procedimiento, pues debido al aumento de la etapa gestacional existen mayores riesgos para la vida y salud de la mujer, y se necesitan condiciones técnicas particulares para su práctica.

A partir de decenas de casos similares, el Alto Tribunal ha constatado los obstáculos enfrentados por la población femenina para el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo y a partir de su análisis ha definido con claridad el contenido y alcance de este derecho fundamental. No obstante, este pronunciamiento convocó la atención nacional debido a que diversos medios de comunicación alertaron sobre la posibilidad de que modificara las condiciones de salvaguarda a la IVE en el país. En efecto, la primera ponencia presentada generaba variaciones al precedente jurisprudencial en la materia⁵, la cual no fue acogida por la Sala Plena, que decidió asignar la tarea de proyectar el fallo a otro magistrado para que plasmara la decisión mayoritaria de mantener los estándares de protección al derecho fundamental.

Con dicho propósito, la sentencia hizo énfasis en la trascendencia de la garantía de los derechos sexuales y reproductivos para el goce de la libertad, autonomía e igualdad de las mujeres. Así, explicó que esos derechos «comparten su fundamento normativo y filosófico, pues se enmarcan en el empeño de avanzar en la eliminación de los estereotipos de género que han facilitado la discriminación histórica de la mujer, y en las reivindicaciones relativas a su libertad y autonomía sexual y reproductiva».

De esta manera, al ser la interrupción voluntaria del embarazo parte de los derechos reproductivos, se «compromete en su respeto y realización a todos los servidores y órganos del Estado, a los prestadores públicos y privados de seguridad social y a los particulares».

Debido a las características de la situación analizada, la Corte consideró necesario recordar que todos los asuntos relativos a la IVE tienen carácter urgente, pues a medida que avanza la gestación el procedimiento se hace más complejo y peligroso para la mujer involucrada. Esto tiene correspondencia con los patrones probatorios débiles o flexibles adoptados en la sentencia C-355 de 2006 para acreditar la materialización de cada una de las tres causales, pues disponer unos muy estrictos resultaría contraproducente para la protección del derecho a la IVE, ya que ello podría inhibir a los profesionales de la salud para certificar la necesidad del procedimiento debido a la penalización residual del aborto en nuestro ordenamiento jurídico.

⁵ El salvamento de voto a la sentencia SU-098 de 2018 presentado por la magistrada Cristina Pardo Schlesinger (2018) da cuenta del sentido en el que se orientaba el fallo.

En el breve recuento de los estándares de protección del derecho a la IVE, fueron concretados algunos de estos con miras a materializar el goce efectivo de los derechos reproductivos de las mujeres gestantes en el país. Así, vale la pena destacar que, frente a la causal referida a grave malformación del feto que lo haga inviable con la vida, el Alto Tribunal precisó que esta no alude en modo alguno a los denominados «aborto eugenésico» o «aborto selectivo por discapacidad», pues su propósito no es otro que aliviar la angustia y padecimientos de la mujer que aloja en su cuerpo un feto que probablemente no vivirá, ya que obligarle a continuar la gestación en esas condiciones resulta desproporcionado e implica un trato cruel e inhumano que afecta su dignidad humana.

Igualmente, estimó pertinente aclarar que la determinación del grado de «probabilidad» de incompatibilidad con la vida no puede de ninguna manera derivar en una exigencia de certeza al respecto, y que su determinación nunca corresponde al juez constitucional, pues ello es competencia exclusiva de los profesionales de la salud tratantes de la mujer gestante.

La Corte también indicó que el derecho a la IVE no se agota en la realización de un procedimiento médico debido a que este involucra otros componentes de accesibilidad y disponibilidad que deben ser garantizados para su efectivo goce e hizo énfasis en que la conclusión según la cual la prohibición absoluta del aborto es violatoria de los derechos constitucionales de las mujeres llevada a cabo hace doce años implicó, al mismo tiempo, «el reconocimiento de que la interrupción voluntaria del embarazo, en los tres casos identificados por la Corte, integra el contenido *ius* fundamental de los postulados superiores comprometidos».

Finalmente, destacó que las medidas provisionales en el marco de la acción de tutela no tienen límites fijos. Estos dependen de las circunstancias particulares de cada caso, por lo cual, deben guiarse por el daño que se pretende evitar. En ese sentido, la autoridad judicial se encuentra facultada para que en casos de extrema gravedad y urgencia se adopten decisiones no reversibles.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Alto Tribunal confirmó la decisión adoptada en primera instancia, exhortó al Congreso de la República para que legisle acerca de la interrupción voluntaria del embarazo, «avanzando en la protección de los derechos fundamentales de las mujeres y buscando eliminar las barreras aún existentes para el acceso a la IVE», y ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social que emita una regulación única en la cual se garantice este derecho en los casos despenalizados en la sentencia C-355 de 2006, con base en las reglas extraídas de la jurisprudencia constitucional, incluyendo sanciones frente a su incumplimiento.

El estudio de este caso dio cuenta de lo gravosos que pueden resultar los obstáculos para el ejercicio del derecho fundamental a la interrupción volun-

taria del embarazo y la posibilidad de contar con una vida digna para las mujeres y niñas, en particular cuando se está en presencia de etapas gestacionales avanzadas, pues en estos casos las acciones diligentes y prontas son determinantes para evitar lesionar el conjunto de los derechos fundamentales de la persona involucrada, lo cual lamentablemente no está ocurriendo en el país⁶.

La propia Corte ha evidenciado previamente la existencia de barreras que dificultan o hacen nugatorio el derecho a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo de las mujeres gestantes incursas en una de las causales introducidas en la sentencia C-355 de 2006, y por ello ha tenido que insistir en que los requisitos para proceder conforme a la voluntad de aquellas son mínimos y muy claros, pues, por un lado, buscan proteger su dignidad, y, por otro, parten de reconocer que permitir el avance del estado de gestación al imponer trabas injustificadas es inadmisibles, ya que se agrava la vulneración de los derechos fundamentales de las implicadas.

En aquellos casos en los que el período de gestación presenta una evolución avanzada, como el analizado en esta sentencia, se han generado inquietudes y resistencias al ejercicio del derecho fundamental por parte de distintos sectores, los cuales proponen el establecimiento de un término determinado para que pueda practicarse el procedimiento requerido, acorde con la posibilidad de vida extrauterina del feto. Ello constituye un error por representar una barrera adicional a las ya padecidas por las mujeres y niñas para hacer valer su deseo cuando, estando incursas en las causales, optan por la interrupción de su embarazo, y porque parte de la idea de concebir a la mujer solamente como un medio para el nacimiento del nuevo ser sin reparar en su dignidad⁷.

Desafortunadamente esto ocurrió en el año 2014 en el que la Corte Constitucional, mediante la sentencia T-532, introdujo un elemento diferente a los señalados en los pronunciamientos precedentes, derivado, según nuestro criterio, de una incorrecta interpretación del contenido de dicha garantía fundamental.

Lo anterior, por considerar que, en virtud del criterio médico, podría justificarse la negativa a practicar la interrupción voluntaria del embarazo, atendiendo a la etapa gestacional del mismo, por cuanto «en el caso de embarazos con estados de gestación muy avanzados, se está frente a fetos desarrollados que, en principio, tendrían posibilidades de sobrevivir de manera autónoma por fuera del vientre de la mujer».

⁶ Al respecto, véase *La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres* (2017).

⁷ Esta posición fue sostenida por la Defensoría del Pueblo en la intervención presentada ante la Corte Constitucional cuando esta adelantaba el estudio del expediente T-6.612.909.

Establecer que cuando la edad gestacional es tal que el desarrollo del feto permite que el mismo pueda sobrevivir a la vida extrauterina no existe obligación de proceder a la interrupción voluntaria del embarazo, aun cuando se encuentren configurados todos los presupuestos establecidos por la Corte para el efecto, constituye una limitación genérica al derecho reconocido en la sentencia C-355 de 2006 y, por tanto, viola el contenido esencial del mismo.

Contrarias a ese planteamiento, las experiencias de otros países que han tendido a conjugar elementos del sistema de causales y plazos lo han hecho para agregar a la restricción de los tiempos de gestación establecidos las causales, y no para limitar estas últimas a partir de un número de semanas determinadas y la determinación de viabilidad de vida extrauterina, ya que ello es violatorio del principio de no regresividad en el derecho a la salud, pues desconoce la imposibilidad técnica de realizar diagnósticos en ciertos momentos, no se corresponde con las barreras que han sufrido las mujeres en el país para ejercer el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo —por las cuales han sido necesarios los pronunciamientos de la Corte Constitucional—, y retrocedería en la protección del derecho a la salud y de los derechos sexuales y reproductivos de esta población.

Frente a la sentencia SU-096 de 2018, finalmente, es necesario mencionar que las órdenes dirigidas al Ministerio de Salud suponen un inmenso reto para esta entidad, pues el Consejo de Estado en un fallo de 2016 anuló algunas de las instrucciones de la Circular No. 003 de 2013 de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante la cual se imparten instrucciones sobre la IVE, en aplicación de la Constitución Política, los tratados internacionales y las sentencias de la Corte Constitucional, tras considerar que estas últimas no pueden ser el fundamento para la regulación de un derecho fundamental⁸, tal como ocurre en este caso también.

En esa providencia, la Alta Corporación no solo desconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en la que se fundamentó la Superintendencia para dictar las instrucciones correspondientes —con el fin de que los prestadores de salud adoptaran las medidas adecuadas para el ejercicio del derecho fundamental a la IVE por parte de las mujeres y niñas—, y que ordenó reiteradamente a dicha entidad adoptar este tipo de actos, sino que incluso evidenció su incomprensión de la sentencia C-355 de 2006, al afirmar, por ejemplo, que fueron sentencias de revisión de tutela las que prohibieron la objeción de conciencia institucional, cuando fue dicha providencia de control de constitucionalidad la que expresamente así lo hizo. A partir de

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00257-00. 13 de octubre de 2016.

esto anuló importantes instrucciones, dificultando con ello que la población femenina del país pueda acudir al sistema de salud para realizarse el procedimiento cuando se encuentra facultada para esto por estar incurso en alguna de las causales previstas por la jurisprudencia constitucional.

Así pues, teniendo en cuenta las múltiples barreras que enfrentan las mujeres y niñas para el ejercicio de este derecho fundamental luego de doce años de proferida la sentencia en que se despenaliza parcialmente el aborto en el país, mantener la protección a la IVE y ordenar su regulación, a fin de contribuir en su garantía, constituye un paso adelante para su materialización. Sin duda, avanzar en los derechos reproductivos de las mujeres permitirá que estas cuenten con mejores condiciones de vida, lo que tiene un efecto positivo en el desarrollo del conjunto de la población. Evitar que cientos de mujeres y niñas pongan en riesgo su salud, integridad e incluso su vida a diario para dar por terminadas gestaciones que acorde con la jurisprudencia constitucional deben ser atendidas dignamente por el sistema de salud es un problema de salud pública que debe convocar a la sociedad en su conjunto.

2. LA EXENCIÓN TRIBUTARIA A LA HIGIENE MENSTRUAL

En la sentencia C-117 de 2018, la Corte Constitucional estudió la demanda interpuesta en contra del aparte del art. 185 de Ley 1819 de 2016 que disponía gravar con el 5 % del impuesto sobre las ventas (IVA) a las compresas y tampones higiénicos. En esta oportunidad, le correspondió determinar si la norma acusada vulneraba los principios de igualdad, equidad y progresividad tributarias al imponer el cobro del IVA a bienes utilizados únicamente por la población femenina, sin tener en cuenta su capacidad económica, y si además ello resultaba discriminatorio, por tratarse de elementos utilizados exclusivamente por mujeres y niñas para atender parte de las manifestaciones de un proceso biológico inevitable propio de las mismas, como lo es el período menstrual.

Con ese propósito, la sentencia recordó que si bien existe un amplio margen del legislador para determinar los tributos, también se han establecido claros límites a su poder a fin de garantizar que estos cumplan con su propósito y no afecten los derechos fundamentales de la población⁹. A partir de lo

⁹ Entre estos se encuentran el reconocimiento de Colombia como Estado social de derecho, la exigibilidad de los derechos sociales y económicos —así como la consecuente prohibición de regresividad—, los derechos a la alimentación y al mínimo vital y los principios del sistema tributario mencionados.

anterior señaló que «el gravamen indiscriminado del IVA¹⁰ relativo a todos los servicios o bienes, sin tener en cuenta su naturaleza, objetivos y finalidades y sin medir sus consecuencias sociales, puede violar el derecho a la igualdad», y destacó que la política tributaria «como factor determinante que moldea las relaciones con el Estado y que incide directamente en el desarrollo económico de las mujeres, puede reproducir patrones discriminatorios al reflejar las estructuras de poder sociales».

Así pues, atendiendo al objeto de la controversia, la Corte llamó la atención frente al hecho de que «la efectividad del derecho a la igualdad material de las mujeres es un imperativo constitucional, que es correlativo a la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres». En ese sentido, corresponde al Estado, por un lado, adoptar políticas públicas que se dirijan a superar los obstáculos enfrentados por esta población para conseguirla y, por otro, en el estudio de los eventos en los que se alega la existencia de discriminación en su contra debido a una circunstancia específica, verificar tanto el contexto y los diferentes factores que puedan contribuir o determinar la situación como el impacto que tiene la medida, desde una perspectiva interseccional¹¹.

A partir de lo anterior, este pronunciamiento propuso una metodología que combina el análisis de la discriminación indirecta con el de la discriminación interseccional para el estudio del tributo cuestionado. La primera, referida a los tratamientos aparentemente neutros de los que se desprenden consecuencias fácticas desiguales para algunas personas limitando el goce efectivo de sus derechos¹², y la segunda, consistente en el reconocimiento de que la confluencia de distintas categorías en una persona o grupo pueden acentuar una situación de discriminación, como ocurre con la orientación

¹⁰ El IVA como impuesto indirecto no parte de la identificación concreta y previa del sujeto contribuyente, y por tanto solo puede determinar su capacidad de pago a partir de la propensión al consumo de los bienes gravados con el tributo. En este sentido, debería aplicarse a los contribuyentes que con mayor frecuencia incurran en el hecho gravado y, por tanto, les corresponda pagar proporcionalmente más que los demás.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-117 de 2018.

¹² «Se compone de dos criterios: Primero, la existencia de una medida o una práctica que se aplica a todos de manera aparentemente neutra. Segundo, la medida o la práctica pone en una situación desventajada un grupo de personas protegido. Es el segundo criterio de la discriminación indirecta el que difiere de la discriminación directa: el análisis de la discriminación no se focaliza sobre la existencia de un trato diferencial sino sobre los efectos diferenciales». Corte Constitucional. Sentencia T-909 de 2011.

sexual, pertenencia étnica, estatus socioeconómico, y la discapacidad, entre otros¹³.

En el examen de la imposición del IVA a los elementos de higiene femenina, la Corte adicionalmente acogió los criterios propuestos por Barnett y Grown, centrados en la necesidad de reparar en cuatro hechos comunes que determinan el impacto de las políticas tributarias en la igualdad de las mujeres. Estos se corresponden con las diferencias de género en nuestra sociedad respecto a «(i) el empleo remunerado, incluido el trabajo formal e informal, salarios y segregación ocupacional; (ii) el porcentaje de trabajo no remunerado que realizan las mujeres como el doméstico, el cuidado de niños, personas enfermas y de la tercera edad; (iii) los gastos de consumo; y (iv) los derechos de propiedad»¹⁴.

De acuerdo con lo planteado por el Alto Tribunal, dichos criterios resultan fundamentales, ya que permiten develar la forma en que ciertos tributos, al no gravar la capacidad adquisitiva de las personas asumiendo que el trato igual para todas resulta equitativo, como ocurre con el IVA, en realidad pueden tener implicaciones diferenciales para las mujeres al recaer sobre bienes insustituibles para ellas, lo cual influye directamente en el goce de sus derechos a la salud y dignidad.

Así pues, haciendo uso de estas herramientas y teniendo en cuenta el contexto de la disposición que grava con el IVA a las toallas y tampones higiénicos, y bajo el entendido de que estos elementos son bienes irremplazables para la población femenina —pues no existen otros que puedan suplirlos y se constituyen en elementos de primera necesidad—, la Corte determinó que dicha tarifa no es razonable en nuestro orden constitucional. Ello por cuanto, en primer lugar, correspondía al legislador la carga de determinar por qué persistía la imposición del gravamen a estos elementos en la reforma tributaria; en segundo lugar, debido a que no existen políticas públicas que compensen las barreras de acceso a estos elementos a las mujeres con menos recursos económicos; y finalmente, porque la capacidad adquisitiva de la población femenina está supeditada por, al menos, cuatro «presupuestos de desventaja en la parti-

¹³ Al respecto, el Comité de la CEDAW en su Recomendación General 28 indicó que esta discriminación «puede darse simultáneamente con otros factores tales como raza, etnia, religión o creencia, salud, status, edad, clase, casta y orientación sexual. El enfoque interseccional obliga a los Estados a adoptar medidas diferentes para los distintos grupos poblacionales de mujeres discriminadas».

¹⁴ Barnett, K. y Grown, C. (2004), en Grown, C. y Valodia, I. *Taxation and Gender Equity. A comparative analysis of direct and indirect taxes in developing and developed countries* (p. 4 y ss.) (2010). Disponible en: <https://bit.ly/2OaqSgV>. Citado en sentencia C-117 de 2018.

cipación económica que generan que este tipo de medidas tengan un impacto desproporcionado para ellas, en especial para las mujeres más pobres».

En consecuencia, la Corte concluyó que el tributo,

[...] al gravar las toallas higiénicas y los tampones, viola el principio de equidad tributaria pues impone barreras al acceso de tecnologías que actualmente permiten el pleno ejercicio del derecho a la dignidad de las mujeres, su participación mujeres en la vida pública, al igual que la protección de los derechos a la salud, a la educación y al trabajo y a la dignidad humana. En ese sentido, la disposición tiene un impacto desproporcionado para las mujeres con baja capacidad adquisitiva que no tienen la opción de reemplazarlos con otros bienes similares que resulten más económicos o no estén gravados ni generen riesgos para la salud.

A partir de las anteriores reflexiones, ordenó incluir los elementos de higiene menstrual dentro de los bienes exentos de tributos.

Este fallo es muy significativo, pues a partir de este Colombia entró dentro del aún restringido listado de países que han comprendido que el deber de avanzar en la garantía del derecho a la igualdad de las mujeres y las niñas necesariamente pasa por la adopción de medidas de justicia tributaria y económica.

Gravar los elementos de higiene menstrual bienes implica reducir la posibilidad de acceso a los mismos, en particular para las mujeres y niñas con menos capacidad adquisitiva. Lo anterior tiene mayor relevancia si se tienen en cuenta las condiciones estructurales de desigualdad entre hombres y mujeres que persisten en el país, en las que estas continúan siendo la población con menos recursos económicos, lo cual tiene trascendentales consecuencias para su desarrollo.

La utilización de tecnologías para la atención del flujo menstrual, como manifestación biológica natural de la población femenina, implica una inversión cuantiosa de parte de las mujeres a lo largo de sus vidas, debiendo destinar una parte considerable de sus ingresos a ese fin, independientemente de su capacidad adquisitiva. Esto es muy importante dado que la población femenina continúa siendo el sector del país con menos recursos económicos, la cual, además de tener que suplir sus otras necesidades básicas, debe incurrir en este gasto. De allí que someterlas a sufragar costos adicionales, desproporcionados e injustificados de los productos de higiene menstrual tiene un impacto directo en sus derechos fundamentales, respecto de los cuales se ha advertido de que el Estado tiene el especial deber de observar las diferencias de hecho existentes en la sociedad, para no profundizarlas con medidas impositivas.

Un factor aparentemente intrascendente como la posibilidad de comprar dichos elementos de higiene impacta directamente en sus derechos reproduc-

tivos¹⁵ —en su componente de prevención de las enfermedades del aparato reproductor femenino—¹⁶, así como en los derechos a la dignidad, salud, educación y participación social, e incrementa la brecha que existe respecto a las garantías de las que goza la población masculina para ejercerlos, lo cual desconoce los múltiples compromisos que tiene el Estado colombiano para eliminar esa distancia. De esta manera, impedir que el sistema tributario sea un factor adicional de discriminación constituye un paso adelante en la garantía de los derechos de las mujeres y las niñas que evidencia la necesidad de atender todos los escenarios sociales que tienen incidencia en ello, como un presupuesto para el éxito en su protección.

III. UNO ATRÁS: EL CAMBIO DE PRECEDENTE SOBRE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A MUJERES GESTANTES

En la sentencia SU-075 de 2018, la Sala Plena de la Corte Constitucional estudió las acciones de tutela interpuestas por tres mujeres en estado de gestación quienes consideraron vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la salud y a la igualdad, tras la decisión unilateral de sus empleadores de dar por terminados sus contratos de trabajo.

Las empresas para las cuales laboraban argumentaron desconocer su particular condición al momento de desvincularlas, razón por la cual estimaban que no les correspondía garantizar la continuación en sus empleos o sufragar los gastos correspondientes al Sistema de Seguridad Social en Salud para que gozaran de la licencia de maternidad.

Así pues, la Corte consideró que el problema jurídico que debía resolver era si las empresas privadas accionadas desconocieron los derechos fundamentales de las mujeres gestantes al finalizar unilateralmente sus contratos de trabajo, aun cuando para ese momento desconocían dicho estado de las trabajadoras.

¹⁵ Recientemente, la Corte Constitucional, en la sentencia T-398 de 2019, determinó que los derechos fundamentales, la dignidad humana y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres se ven comprometidos cuando no se tiene acceso efectivo a bienes relacionados con la gestión de la higiene menstrual.

¹⁶ Al respecto, ver los elementos de la salud reproductiva identificados por la Corte Constitucional en las sentencias T-627 de 2012, C-093 de 2018 y la SU-096 de 2018.

Aunque, en su pronunciamiento, el Alto Tribunal mantuvo el precedente general en relación con la estabilidad laboral reforzada de mujeres gestantes, decidió modificar su posición respecto de los deberes de la entidad empleadora cuando desvincula a una trabajadora, sin conocer el estado de la misma. La pauta establecida anteriormente en la sentencia SU-070 de 2013 imponía, en esos eventos, la obligación a cargo de las entidades contratantes de pagar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud hasta el momento del parto y, en algunos casos, también la licencia de maternidad.

No obstante, a partir del estudio de estos casos estimó que dicha regla era «contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se funda el ordenamiento jurídico, porque establecía una carga desproporcionada para el empleador pese a que su actuación no había sido motivada en criterios discriminatorios». De esta manera llegó a la conclusión de que esta exigencia a los empleadores desincentivaba la contratación de mujeres en edad reproductiva, lo cual podría derivar en una mayor discriminación para aquellas en el ámbito laboral.

La Corte consideró que con su decisión no se desamparaba a las mujeres cuya gestación era desconocida por el empleador al momento de dar por terminada su relación laboral, ya que el ordenamiento jurídico cuenta con otras medidas para garantizar los derechos de la mujer y del niño o niña que está por nacer. Así, sobre su derecho a la salud, hizo mención a la posibilidad que tienen estas de ser beneficiarias de otro familiar afiliado al Régimen Contributivo y recordó el deber legal que recae sobre el Régimen Subsidiado de atenderles cuando no cuentan con recursos para tener la calidad de cotizantes independientes. Frente al mínimo vital, señaló que el ordenamiento jurídico cuenta con varias alternativas de protección tales como el subsidio alimentario a cargo del ICBF consagrado en la Ley 100 de 1993 y los mecanismos de subsidio al desempleo introducidos por la Ley 1636 de 2013. En palabras del Alto Tribunal, «[d]e este modo, se desarrolla el artículo 43 Superior, el cual dispone que la mujer “[d]urante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”».

Igualmente, destacó que su decisión no implicaba la determinación de una tarifa legal para demostrar que el empleador sabía de la condición de gestante de la mujer trabajadora, pues existe libertad probatoria para ello. En conclusión, a partir de este fallo en Colombia, «cuando se demuestra en el proceso de tutela que el empleador no conoce acerca del estado de gestación de la trabajadora en el momento del despido, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada».

A nuestro juicio, esta sentencia implica uno de los retrocesos más sensibles de la jurisprudencia constitucional de los últimos tiempos frente a los derechos de las mujeres, por sus implicaciones en su acceso al ámbito laboral —respecto del que persisten múltiples retos para constituirse en un espacio efectivamente incluyente— y sobre su autonomía reproductiva¹⁷. Esto es sumamente lesivo, si se tiene en cuenta que el trabajo tiene profundas consecuencias para el desarrollo humano, al permitir llevar a cabo el proyecto de vida que cada quien elige y posibilitar la independencia económica, la cual, como decía Simone de Beauvoir, para las mujeres es especialmente significativa, por ser la primera condición para acceder también a una independencia interior, moral y mental, y por constituir la manera más eficaz de evadir la opresión masculina¹⁸. Legitimar el despido cuando no se había reportado el estado de gestación confirma el temor de las mujeres de que la decisión de ser madres puede frenar, retroceder o truncar su crecimiento y desenvolvimiento profesional o laboral.

Tal como fue expresado en varios salvamentos de voto¹⁹, esta sentencia parte de planteamientos sumamente problemáticos que alteran el concepto de fuero de maternidad y traen como consecuencia la desprotección de quienes deciden ser mamás en nuestro país, así como de sus hijos o hijas. Tanto la justificación para generar el cambio jurisprudencial como varios de sus razonamientos son cuestionables.

En primer lugar, el fundamento para redefinir la regla a aplicar en aquellos casos en los que el empleador desconocía el estado de gestación de la trabajadora consiste en la exposición de diversos estudios que darían cuenta de que la mayor tasa de desempleo es ocupada principalmente por las mujeres y de las especiales dificultades que enfrentan aquellas en edad reproductiva a la hora de emplearse. Así pues, las cifras podrían sustentar la tesis de que medidas afirmativas como la licencia de maternidad y la prohibición de despedir a una gestante implican un desincentivo para su contratación, debido a los sobrecostos que ello implica. Sin embargo, es fácil advertir que eso no tiene una incidencia clara y directa sobre el hecho de que el contratante conociera del

¹⁷ En cuanto a la autodeterminación reproductiva, la Corte ha señalado que de él se deriva «el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, pues no se deben sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas, sea que se decida tener descendencia o no». T-627 de 2012. Reiterada en la sentencia T-274 de 2015.

¹⁸ De Beauvoir, Simone (s. f.). Ver en: <https://bit.ly/34o1euM>.

¹⁹ Específicamente, los realizados por la magistrada Diana Fajardo Rivera (2018) y el magistrado Alberto Rojas Ríos (2018).

estado de la trabajadora previamente a dar por terminado el vínculo laboral, lo cual es en realidad el objeto de variación del precedente.

En segundo lugar, vale la pena también controvertir un par de razonamientos complejos sobre el concepto de estabilidad laboral reforzada de mujeres gestantes, por las conclusiones que el Alto Tribunal deriva a partir de aquellos. Por un lado, sostiene que esta es una acción afirmativa en respuesta a la discriminación histórica enfrentada por las mujeres a causa de su rol en la reproducción humana. De esta manera, cuando la mujer es despedida por el empleador sin que conociera previamente de su estado, no la estaría discriminando, y, por ello, no es dable asignarle una responsabilidad de protección, que, en todo caso, debe recaer en el Estado y no en los particulares.

Dicho planteamiento presenta al menos tres aspectos debatibles sobre la estabilidad laboral reforzada. El primero es considerar que esa es su única y principal finalidad, pues, aunque efectivamente es una medida que pretende hacerle frente a la discriminación, tiene como propósito mayor el volver compatible la maternidad con el trabajo, de suerte que la decisión de convertirse en madre no represente para las mujeres su exclusión del mercado laboral. Atacar las distintas formas de marginación busca garantizar a los grupos que tradicionalmente la han padecido su inclusión, y a partir de ella, el goce de sus derechos.

El segundo es que desconoce que la estabilidad laboral reforzada es una protección jurídica objetiva en favor de las mujeres gestantes, independientemente de que ellas sepan de su estado o se lo hayan comunicado a su empleador. Es decir, nuestra Constitución prevé una garantía para quienes se encuentran en estado de gestación sin haberlo supeditado a determinadas condiciones, como, por ejemplo, su publicidad, sino al exclusivo hecho de encontrarse en ese estado biológico.

El tercero, directamente ligado al anterior, es ignorar que el estado de gestación no es siempre susceptible de diagnóstico médico desde el momento de su inicio debido a las particulares condiciones de cada mujer. Así pues, la protección dada a aquellas por nuestro ordenamiento jurídico debe otorgarse por la sola existencia de la gestación y no por la posibilidad de acreditación de la misma. Pasar por alto por esto resulta en la desprotección de aquellos a quienes no es legítimo exigirles el conocimiento de una situación respecto de la cual ni siquiera las herramientas técnicas disponibles en el país pueden otorgar certeza.

Por otra parte, el segundo razonamiento que resulta cuestionable es el alcance que otorga la Corte a la inescindibilidad de los fundamentos de la estabilidad laboral reforzada, al entender la reducción o disolución de aquellos al principio de no discriminación. La interdependencia de tales fundamentos implica que su comprensión debe hacerse de manera relacional y en diálogo

permanente, pero de ninguna manera que se diluyan exclusivamente en la salvaguarda del derecho a la igualdad en el trabajo. Con esta tesis, se habría abandonado la sólida base dada al fuero de maternidad desde distintos e importantes preceptos constitucionales, entre los que se encuentran el mínimo vital, la vida del que está por nacer y la relevancia de la familia.

Ahora bien, se hace necesario también dar cuenta de que la decisión no tiene solamente consecuencias sobre las mujeres sino sobre sus hijos e hijas. A partir de esta, se produce una diferencia injustificada respecto de los derechos de los niños y las niñas, al depender del hecho de que sus madres tuvieran la posibilidad de dar a conocer su estado de gestación a su empleador antes de ser despedidas. Así, un grupo de ellos se verá sometido a las difíciles condiciones que enfrenta su progenitora cuando no goza de los beneficios de la respectiva licencia y debe acudir a las circunstancias a las que se ve sometida por el desempleo.

Asimismo, vale la pena llamar la atención sobre la intromisión que representa ello en la intimidad de cada mujer al obligarle a reportar su estado cuanto antes, so pena de no ser protegida, cuando este evento representa un cambio en su vida que debe ser asumido, manejado y comunicado acorde con sus deseos y a lo que implique ello en sus proyectos personales.

Finalmente, no puede pasarse por alto que la salvedad que hace la Corte sobre que su decisión no representa una desprotección a las mujeres gestantes, pues estas pueden ser beneficiarias de las medidas asistenciales contenidas en la Ley 1636 de 2013 y en el art. 166 de la Ley 100 de 1993, carece de sentido ya que las disposiciones en mención no fueron diseñadas para garantizar la dimensión integral del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada y tienen limitaciones, al imponer requisitos para su acceso, que, por supuesto, no todas las mujeres están en posibilidad de acreditar.

Como se observa, la desprotección a la maternidad derivada de este pronunciamiento significa un paso atrás en los derechos de las mujeres con graves implicaciones para su autonomía reproductiva, al permitir su despido cuando no dieron a conocer previamente el estado de gestación a su empleador, lo que en últimas resulta en una interferencia ilegítima en la toma de su decisión sobre tener descendencia, así como respecto de sus derechos laborales.

IV. CONCLUSIONES

La jurisprudencia constitucional ha jugado un importante papel en la garantía de los derechos fundamentales de las mujeres y las niñas al adoptar decisiones que propenden por erradicar la violencia y exclusión en su contra.

Durante 2018, tres pronunciamientos se destacaron por su impacto en los derechos reproductivos de la población femenina en el país. Se trata de dos positivos y uno negativo. En primer lugar, la sentencia SU-096 de 2018 mantuvo más de una década de protección a la interrupción voluntaria del embarazo. El estudio del caso en cuestión dio cuenta de la persistencia de los obstáculos para el ejercicio de dicho derecho fundamental pese a la claridad de los criterios para la práctica del procedimiento correspondiente, dictados en múltiples fallos precedentes. Insistir en su protección y ordenar la regulación correspondiente para garantizar su goce constituye un importante avance que incide en el goce de mejores condiciones de vida para la población femenina.

En segundo lugar, la sentencia C-117 de 2018, relativa a la exención tributaria a los elementos para la higiene menstrual, a partir de la que Colombia se sumó a los países que han comprendido que el deber de avanzar en la garantía del derecho a la igualdad de las mujeres y las niñas necesariamente implica la adopción de medidas de justicia tributaria y económica.

La posibilidad de comprar toallas y tampones higiénicos impacta directamente en los derechos reproductivos, a la dignidad, salud, educación y participación social de la población femenina. Impedir que el sistema tributario sea un factor adicional de discriminación en su contra representa un paso adelante en su protección, lo que evidencia la necesidad de atender todos los escenarios que puedan tener incidencia en dicho propósito.

Finalmente, el retroceso estuvo dado a partir de la sentencia SU-075 de 2018, que inusitadamente dio un paso atrás en la estabilidad laboral reforzada de mujeres gestantes, ya que, en este pronunciamiento, el Alto Tribunal decidió modificar su posición respecto de los deberes de la entidad empleadora cuando desvincula a una trabajadora sin conocer el estado de gestación de la misma, a partir de lo cual limitó su amparo.

Dichos fallos evidencian que el avance en la garantía de los derechos de la población femenina sigue siendo un proceso lento, cuya consolidación representa un desafío constante para la jurisprudencia constitucional. Recorrer el camino hacia la igualdad implica continuar dando pasos decididos en la garantía de los derechos reproductivos de la población femenina por su impacto en el desarrollo de miles de mujeres y niñas.

Apéndice legislativo

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T-909 de 2011*. Bogotá: Corte Constitucional

Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia T-627 de 2012*. Bogotá: Corte Constitucional

- Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia SU-070 del 2013*. Bogotá: Corte Constitucional.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia T-735 de 2017*. Bogotá: Corte Constitucional.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia C-005 del 2017*. Bogotá: Corte Constitucional.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). *Sentencia T-338 de 2018*. Bogotá: Corte Constitucional.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). *Sentencia SU-075 del 2018*. Bogotá: Corte Constitucional.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). *Sentencia SU-096 del 2018*. Bogotá: Corte Constitucional.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). *Sentencia C-117 del 2018*. Bogotá: Corte Constitucional.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). *Sentencia T-398 de 2019*. Bogotá: Corte Constitucional.

Bibliografía

- Barnett, K. y Grown, C. (2004). *Gender impacts of Government Revenue Collection: The Case of Taxation*. London: Commonwealth Secretariat.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2017). *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Colombia*. (E/C.12/COL/CO/6).
- Comité para la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer (2010). *Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. (CEDAW/C/GC/28).
- De Beauvoir, S. (s. f.). *El segundo sexo*. Buenos Aires: Siglo XX Editores. Disponible en: <https://bit.ly/2NDbQir>.
- Fajardo Rivera, D. (2018). Salvamento a la sentencia SU-075 de 2018. Bogotá: Corte Constitucional.
- La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres (2017). *Barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia*. Disponible en: <https://bit.ly/2ovE-Fow>.
- Pardo Schlesinger, C. (2018). Salvamento de voto a la sentencia SU-096 del 2018. Bogotá: Corte Constitucional.
- Rojas Ríos, A. (2018). Salvamento a la sentencia a la sentencia SU-075 de 2018. Bogotá: Corte Constitucional.

CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA EN EL AÑO 2018

Chronicle reports of classes law in the Spanish Constitutional Court 2018

ALBERTO OEHLING DE LOS REYES¹
Universidad Complutense de Madrid
a.j.oehling@ucm.es

Cómo citar/Citation

Oehling de los Reyes, A. (2019).
Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2018.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(2), 559-580.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.19>

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. ALGUNAS CIFRAS. III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA:
1. Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional. 2. Fuentes del derecho. 3. Estructura territorial del Estado. 4. Organización de los poderes públicos. 5. Derechos fundamentales. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

Nuevamente particularmente importante e interesante ha sido este año para la vigencia de la Constitución española de 1978 y para el Tribunal Cons-

¹ Profesor contratado doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares (en excedencia).

titucional. En primer lugar, porque en 2018 se cumplían cuarenta años de la Constitución, lo que ha llevado a la realización por el Tribunal de distintos actos de celebración académicos e institucionales; según la Memoria de 2018 (Tribunal Constitucional, 2018), hasta 170 visitas de colegios, institutos y de grupos de alumnos de universidades se han llegado a realizar en la sede de Doménico Scarlatti por este motivo y por las distintas jornadas de puertas abiertas de la institución, lo cual nos parece una excelente iniciativa de cara a la información al ciudadano de la insustituible función que realiza el Tribunal Constitucional como protector de la Constitución y los derechos y libertades fundamentales. En segundo lugar, porque este año el Tribunal y su labor también han recibido un importante reconocimiento por parte de otras instituciones. Ya el año pasado el *Informe de evaluación de los órganos constitucionales y reguladores*, elaborado por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, dio una puntuación de 9,83 al Tribunal en materia de cumplimiento de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, obteniendo también un primer puesto en comparación con otras entidades públicas, lo cual es bastante significativo (Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, 2017). En 2018, en abril, el Tribunal recibió un homenaje del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España a través de la publicación del libro *Un Tribunal para la Constitución* (Beltrán de Felipe y Sarmiento Ramírez-Escudero, 2017), un libro absolutamente innovador y fundamental sobre la historia del Tribunal que integra incluso el texto de diversas entrevistas a algunos magistrados eméritos y otros protagonistas del Tribunal Constitucional (Requejo Pagés, 2018). Y, en tercer lugar, en fin, porque en 2018 el Tribunal ha dictado también importantes resoluciones derivadas de la situación política en Cataluña, no solo doctrina muy notable de referencia en materia de determinación de las bases del Estado autonómico y del principio de lealtad constitucional (art. 2 de la CE y STC 247/2007, de 12 de diciembre), sino también testimonio nuevamente de las debilidades del Estado y la Constitución frente a los extremismos más horribles y contrarios a los mínimos de convivencia y paz social (art. 10.1 CE), que hacen un uso espurio e interesado de las propias garantías constitucionales y de las instituciones con fines partidistas y de reversión del sistema constitucional y del orden basado en la dignidad de la persona y los derechos fundamentales². En esta jurisprudencia —a las SSTC 10/2018, de 5 de febrero, 27/2018, de 5 de marzo, y 47/2018, de 26 de abril, entre otras, nos remitimos— late el esfuerzo del Tribunal por restituir la normalidad constitucional, como también la repetida necesidad de apelación a los principios más elementales de la civilización jurídica occidental de supremacía constitucional, Estado de derecho e igualdad

² Véase también, por ejemplo, De Miguel Bárcena (2018).

del ciudadano, como conceptos base de fundamentación de las resoluciones judiciales y contra los cuales se posicionan de plano estos partidos nacionalistas.

Dada la limitación de espacio de la que disponemos, este trabajo solamente consiste en una cita y comentario muy breve de determinados casos seleccionados del Tribunal Constitucional en 2018, para una relación completa puede el lector dirigirse —aparte de la relación de resoluciones y notas que el Tribunal Constitucional ofrece en su web—, especialmente, como en las crónicas de años anteriores, a la estadística y Memoria del Tribunal Constitucional del año 2018, los estudios de resoluciones realizados por el Área de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III (Elvira Perales, Espinosa Díaz Pajares Montolío, Fraile Ortiz, Gómez Lugo y Baamonde Gómez) (Elvira Perales *et al.*, 2018a; 2018b; 2019) y los estudios cuatrimestrales realizados por Duque Villanueva, Ortega Carballo, Losada González y De la Quadra-Salcedo Janini para la *Revista Española de Derecho Constitucional* (Duque Villanueva *et al.*, 2018a; 2018b; 2019). Este comentario parte de dichos trabajos, como también de la *Gaceta de Jurisprudencia Constitucional* (enero-marzo, abril-junio, julio-septiembre y octubre-diciembre de 2018, respectivamente)³; luego, igualmente, como se irá citando, se ha consultado algún otro análisis doctrinal que ha tratado de forma específica alguna de las decisiones del Tribunal Constitucional del año 2018.

II. ALGUNAS CIFRAS

Según la Memoria de 2018, el año pasado ingresaron en el Tribunal Constitucional un total de 6977 recursos, que se reparten de la siguiente manera: 12 recursos de inconstitucionalidad, 39 cuestiones de inconstitucionalidad, 3 autocuestiones del art. 55.2 de la LOTC, 6918 recursos de amparo (32 abogados al Pleno), 3 impugnaciones de disposiciones de las comunidades autónomas y 2 cuestiones prejudiciales de validez de normativa fiscal foral. El número de casos que han entrado en sede constitucional se ha incrementado significativamente respecto a 2017 en un total de 596 asuntos (6381 en 2017). La causa de este incremento se debe a la mayor interposición de recursos de amparo. Así, por tanto, se rompe la tendencia descendente que hemos ido comentando en años anteriores en relación con la cadencia de interposición de demandas de amparo; por ejemplo, si en el año 2015 hubo 7203 demandas de amparo, en 2016 hubo un total de 6685 y en 2017 se presentaron 6286, ahora, en cambio, la cifra sube hasta 6918.

³ Disponible en red en <https://bit.ly/2pBgN3f>.

En lo que se refiere en particular a las demandas de amparo, la estadística de 2018 del Tribunal Constitucional pone de manifiesto que la gran mayoría siguen siendo recursos relativos al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, que suma un total de 4872 demandas, es decir, casi un 70,4 % del total, siguiéndole bastante de lejos el derecho a la igualdad y no discriminación del art. 14 CE, con un número de 1008; luego ya le siguen el derecho a la legalidad penal del art. 25 CE, con una cifra de 892 recursos, y el derecho a la libertad personal del art. 17 CE, con 490. Interesa reseñar que, además, se presentaron 4 recursos de amparo electorales y 29 frente a actos parlamentarios sin fuerza de ley del art. 42 LOTC. De estos 6918 recursos, solamente se admitieron a trámite 115. El principal motivo de inadmisión han sido las típicas deficiencias en orden a la justificación del requisito de especial trascendencia constitucional del recurso del art. 49.1 de la LOTC, que —entre falta del mismo, deficiente explicación o, directamente, por falta evidente de trascendencia— suman un total de 4454 inadmisiones en vía de amparo; luego, la siguiente causa de inadmisión más frecuente fue la falta de agotamiento de la vía judicial previa, con un total de 607 inadmisiones.

Hay que indicar, por otra parte, que, a finales de 2018, todavía se hallaban admitidos a trámite, pero pendientes de resolución por parte del Pleno, un total de 36 recursos de inconstitucionalidad, 11 cuestiones de inconstitucionalidad, bien a resolver en Pleno o salas, 2 conflictos positivos de competencia, 1 cuestión prejudicial sobre normas forales fiscales, 2 impugnaciones de disposiciones autonómicas y, además, 41 recursos de amparo avocados; luego, por parte de las salas, 98 recursos de amparo y 4 cuestiones de constitucionalidad. Pendientes de decisión sobre su admisión por el Pleno había 1 recurso de inconstitucionalidad y 4 cuestiones de inconstitucionalidad; por parte de las salas, 3180 recursos de amparo (1755 correspondientes a la Sala Primera y 1425 de la Sala Segunda).

III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

1. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El art. 149.1 del Reglamento de Cataluña en su versión vigente determina, en relación con la investidura del presidente de la Generalidad de Cataluña, expresamente, que «el candidato presenta, sin límite de tiempo, el programa de gobierno y solicita la confianza del Pleno». Se entiende de forma inequívoca —por el uso del presente de indicativo— que dicha exposición es de forma presencial. El mismo texto no prevé para este acto ningún tipo de

delegación ni otro tipo de excepción de cara a la presentación del candidato y su programa en la Cámara. En cambio, por vía de las resoluciones del presidente del Parlamento de Cataluña de 23 de enero de 2018 y de 25 de enero de 2018, se procedía a la convocatoria de sesión plenaria para permitir la presentación de candidatura en ausencia. Se hablaba de que se podía investir al candidato por vía telemática, incluso en forma de holograma⁴. Podemos imaginar lo que podría suponer la aceptación de este tipo de práctica, que se haría extensiva al resto de representantes de la Asamblea, pudiendo asistir a los plenos por vía digital, desde casa. Ante esta nueva ocurrencia del Parlamento catalán, el Gobierno central interpuso recurso de impugnación de disposición sin fuerza de ley de las comunidades autónomas del art. 161.2 de la CE, aparte solicitaba como medida cautelar la suspensión de cualquier tipo de sesión de investidura que no fuera protagonizada *ad personam* por el candidato. Naturalmente, el Tribunal Constitucional, en su ATC 5/2018 (Pleno), de 27 de enero, suspende cautelarmente la posibilidad de realizar la elección en ausencia del candidato. En efecto, más allá del que el Reglamento de la Cámara no prevé dicha alternativa, ni es serio un nombramiento por vía Skype, videoconferencia u otro medio telemático, no ofrece tampoco las suficientes garantías, sobre todo en una sesión de este tipo, con intervenciones sucesivas de los distintos representantes parlamentarios por períodos de treinta minutos, con réplicas y contrarréplicas (art. 149.2 del Reglamento), se pueden producir fallos de conexión, etc. En definitiva, el Tribunal entiende que cabe también, con motivo de recurso por vía de los arts. 161.2 CE y 76 y 77 de la LOTC, la solicitud de medidas cautelares excepcionales; en este caso, por los «perjuicios de imposible o difícil reparación» que puedan derivarse de un nombramiento irregular de este tipo, por lo que determina la imposibilidad de realizar «cualquier sesión de investidura que no sea presencial», como también de celebrar el debate y la votación de investidura de un diputado «como candidato a Presidente de la Generalitat a través de medios telemáticos o por sustitución por otro parlamentario». Posteriormente, por ATC 49/2018 (Pleno), de 26 de abril, se admitiría a trámite la impugnación de dichas disposiciones autonómicas. A juicio del Tribunal, cabe frente a este tipo de decisiones parlamentarias la utilización de la vía de los arts. 161.2 CE y 76 y 77 de la LOTC, por la naturaleza y efectos jurídicos de las mismas y por su especial incidencia en el proceso de proposición e investidura del presidente de la comunidad autónoma.

La STC 2/2018 (Pleno), de 11 de enero, resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno, por razones com-

⁴ Véase la noticia en el diario *ABC*, edición impresa de 12 de enero de 2018, p. 19.

petenciales, contra distintos preceptos de la Ley 7/2016, de 21 de julio, de medidas extraordinarias contra la exclusión social, de la comunidad autónoma de Extremadura. Interesa este fallo en particular por cuanto el letrado de la Junta de Extremadura, en sus alegaciones, entendía no se cumplía el requisito de legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad de los arts. 162.1.a y 32.1 LOTC, ya que el recurso se había planteado por el abogado del Estado por orden de la vicepresidenta del Gobierno actuando en suplencia del presidente del Gobierno, el cual se encontraba en viaje oficial en Sevilla. El letrado entiende que, por razones de Estado, quepa suplencia cuando el presidente está fuera de territorio nacional, pero no así cuando este se encuentra de viaje dentro de España. El Tribunal no lo entiende así, dejando entrever que la previsión de suplencia cara a la presentación del recurso no se refiere solamente a cubrir la mera situación de lejanía.

Ni la Constitución —dice el Pleno—, que no se ocupa de la suplencia, ni el artículo 13.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que regula la suplencia del Presidente del Gobierno en los casos de vacante, ausencia o enfermedad, ni las normas jurídicas que disciplinan la suplencia para el resto de titulares o miembros de órganos administrativos en nuestro ordenamiento jurídico (art. 13 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público), diferencian entre la ausencia temporal dentro y fuera de España, ni exigen que la situación de ausencia tenga una determinada duración o deba extenderse hasta la finalización del plazo en el que el titular del órgano deba ejercer la correspondiente función, facultad o potestad.

En materia de legitimación interesan también la STC 14/2018, de 20 de febrero, del Pleno. Es sabido que las comunidades autónomas pueden, de conformidad con el art. 33 de la LOTC, interponer un recurso de inconstitucionalidad contra disposiciones con rango de ley incluso cuando estas no afecten al ámbito de su autonomía⁵. En cambio, el Parlamento de Navarra intentó su personación no por vía de recurso formal sino por medio de un mero escrito de adhesión a los recursos de inconstitucionalidad presentados por otras instituciones (respectivamente, cincuenta diputados y el Gobierno de Cataluña), fuera de plazo y sin haberse constituido como parte en el proceso. El Tribunal Constitucional no admite esa vía de adhesión al proceso abierto

⁵ En relación con la limitación de legitimación del art. 32.2 en tanto «pueda afectar a su propio ámbito de autonomía», el Tribunal Constitucional ha ido modificando «este criterio tan profundamente que, desde el punto de vista práctico, la limitación que en él se impone a la legitimación de las Comunidades Autónomas ha desaparecido casi por entero» (Rubio Llorente, 2012).

por otros, por la falta de manifestación previa y falta de ejercicio de acción en los términos previstos en la LOTC. En la STC 31/2018, de 10 de abril, también del pleno, ratifica esta posición diciendo que «no resulta procesalmente admisible que una institución legitimada para interponer el recurso de inconstitucionalidad (arts. 162.1 a de la CE y 32.2 de la LOTC) pretenda sustituir el cauce que para ello ha dispuesto el ordenamiento jurídico por una figura de adhesión, que significaría reabrir indebidamente el plazo preclusivo en el que tuvo la oportunidad de impugnar» la norma objeto del proceso.

El art. 134.6 CE reconoce la figura del veto presupuestario del Gobierno de cara a la tramitación de iniciativas legislativas que supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios. Se trata de una «potestad gubernamental prácticamente ilimitada», frente a la que los órganos de dirección de la Cámara tienen poco que hacer (Delgado Ramos, 2018a). En el caso que se suscita en la STC 34/2018, de 12 de abril (Pleno), trata sobre una situación en la que la Mesa del Congreso de los Diputados no atiende —sobre la base de que el Gobierno no justificaba «de forma objetiva y suficiente» que la norma vetada supusiera realmente un aumento de créditos o disminución de ingresos de los PGE— a la paralización, dando trámite a la misma para su discusión y aprobación. El Gobierno recurrió esta situación por vía de recurso del art. 73 de la LOTC, vía conflictos entre órganos constitucionales del Estado, por estimar que la Mesa asumía atribuciones por encima de sus facultades, solicitando su revocación. En lo que ahora interesa, el Tribunal Constitucional también evalúa el uso por el Gobierno del conflicto de atribuciones para trasladar al Tribunal el examen de licitud. A juicio del Tribunal, en efecto, un acuerdo de la Mesa de este tipo «se adecuaba efectivamente al objeto propio del conflicto entre órganos constitucionales del Estado», por cuanto, de conformidad con el art. 134.6 CE, la paralización es una facultad atribuida al Ejecutivo y, por tanto, la situación suscitada, en cuanto «menoscabo de la competencia del Gobierno», puede ser impugnada por este por vía del 73 LOTC⁶. También, sobre la misma cuestión, encontramos la STC 44/2018, de 26 de abril, del Pleno, que resolvía el conflicto de atribuciones interpuesto igualmente por el Ejecutivo frente a los acuerdos de la Mesa del Congreso que procedieron a la tramitación —a pesar de la interposición de veto en razón a pérdidas de ingresos presupuestarios— de una proposición de ley de un grupo parlamentario sobre la modificación del art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados. El Tribunal Constitucional desestima el conflicto interpuesto por el Gobierno al entender que no se ha producido «el menos-

⁶ Sobre ello, Alonso García (2018).

cabo de la competencia reconocida por el artículo 134.6 CE», ya que el veto ejercido no se encuentra justificado con su presupuesto habilitante, esto es, «precisar adecuadamente las concretas partidas presupuestarias del presupuesto en vigor que se verían directamente afectadas por esa iniciativa legislativa, limitándose a aportar una estimación de impacto económico, insuficiente por tanto a estos efectos» (Delgado Ramos, 2019).

En materia de insuficiencia en el juicio de aplicabilidad y relevancia en la presentación de la cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 163 CE y 35 LOTC, interesa citar el ATC 61/2018, de 5 de junio (Pleno). El Tribunal recuerda la obligación que pesa sobre el órgano judicial de explicar debidamente la presunción de inconstitucionalidad del precepto, siendo del todo insuficiente la exposición global y carente de una razón suficientemente desarrollada, también —como era el caso— la simple reproducción del precepto que se tacha de inconstitucional sin efectuar por sí mismo ningún análisis puntual y preciso de la grave censura de inconstitucionalidad que se alude. En el ATC 71/2018, de 20 de junio (Pleno), se deja entrever cómo el juicio de aplicabilidad y relevancia debe extenderse a todas las facetas y efectos de inconstitucionalidad del precepto impugnado.

En relación con el agotamiento de la vía judicial y el art. 241.1 LOPJ, interesa el ATC 65/2018, de 18 de junio (Sección Primera). El caso devenía de una fotografía supuestamente no consentida tomada en un quirófano de un hospital público de un sujeto gravemente herido y posteriormente hecha viral por WhatsApp, por lo que el afectado solicitó indemnización por lesión del art. 18.1 CE. Cuando llegó el caso a la justicia ordinaria, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia desestimó el recurso, por entender no suficientemente acreditado el daño ni la negligencia del hospital, razón por la cual la representación procesal interpuso incidente de nulidad de actuaciones, no recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo previsto en el art. 86.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia inadmitió el incidente, por cuanto, de acuerdo con el art. 241.1 LOPJ, como requisito necesario para poder interponer el mismo se requiere precisamente que la resolución «no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario», y aquí cabía —como se ha dicho— recurso de casación. La parte interpone así a la postre recurso de amparo por lesión del derecho a la tutela judicial, a su juicio, la casación en este caso era un puro formalismo por estar esta avocada a su inadmisión por la falta de interés casacional del asunto, en aplicación de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (hoy art. 88 de la Ley 29/1998), que determina el «interés casacional objetivo para la formación de la juris-

prudencia» como único criterio de admisibilidad del recurso, cerrando la puerta a recursos cuyo objetivo sea la revisión de los hechos o la valoración de la prueba. En cambio, al final el Tribunal Constitucional no le da la razón, dado que, según él, el hecho de que la parte crea a ciencia cierta que el recurso de casación no tiene ninguna posibilidad de ser admitido, dadas las cuestiones sobre las que iba a versar, no exime de su presentación ante el Tribunal Supremo, ni cabe suplantarlo a efectos de que evalúe si efectivamente la materia reviste o no interés casacional. En definitiva, el agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo exige también, en su caso, haber intentado el recurso de casación⁷.

En relación con la falta de agotamiento de la vía judicial previa al amparo, interesan las SSTC 129, 130 y 131 /2018 (Pleno), de 12 de diciembre, resultado de una serie de recursos de amparo por supuesta lesión al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) interpuestos por algunos de los golpistas que se alzaron en octubre de 2017. En términos generales, la pretensión última de la demanda era negar la competencia del Tribunal Supremo para investigar y enjuiciar los hechos por los que eran procesados en favor del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que imaginaban que hubiera sido más benévolo en su procesamiento, en contradicción total con todos los principios clásicos del Estado de derecho (igualdad ante la ley, igualdad en aplicación de ley, proceso con todas las garantías; también el mismo principio de juez ordinario predeterminado por la ley, e igual sujeción de todos los ciudadanos a los mismos jueces y tribunales). Lo cierto es que el propio Estatuto de Cataluña (art. 57.2) determina expresamente la competencia del Tribunal Supremo para casos de responsabilidad penal de los representantes de la Asamblea Legislativa de la comunidad autónoma, lo que englobaría el conocimiento de delitos tales como los de rebelión y sedición de los arts. 472 y 544 del Código Penal —delitos por los que eran procesados—, que, por buscar la destrucción de la CE y del orden fundado en la dignidad de la persona y los derechos fundamentales, tiene efecto sobre todo el territorio y no solo sobre una determinada región de España. En cualquier caso, y esto es obvio en un Estado constitucional moderno, sobre la base de los principios expuestos (igualdad ante la ley, sometimiento a los mismos jueces y tribunales, etc.), interesa que la determinación del juez competente sea determinada también sobre la base del principio de unidad jurisdiccional del art. 117.5 CE y por las reglas de la LOPJ, evitando que en este caso conozca de la causa un tribunal especial, a elección de parte, y que por motivos políticos cree también gozar de pre-

⁷ Sobre ello, Triana Reyes (2018).

rrogativa de elección de juez. Luego, aparte, hay que decir que el recurso de amparo se planteaba prematuramente, por cuanto se presentó el recurso sin haber dado pie a la finalización del proceso matriz ante el Tribunal Supremo. De alguna forma, la parte intentaba explicar en las razones de su recurso que cabía también soslayar en su caso el requisito del art. 44.1.a LOTC, en lo relativo a la necesidad de agotamiento de la vía previa judicial, dado que la lesión de derechos fundamentales a los que aludía (derecho a la libertad, tutela judicial efectiva) se estaba realizando por el propio órgano judicial que conocía de la causa, razón por la cual entendía infructuoso agotar la vía judicial en su caso por estas supuestas lesiones producidas por dicho órgano judicial, optando por obviar los posibles recursos previos extraordinarios en vía ordinaria; también el incidente de recusación a fin de impetrar el control de la supuesta falta de imparcialidad de la Sala de la que igualmente se quejaba. Con ello, en definitiva, la parte trataba de solicitar otra dispensa por su condición política, a saber, que se le dispensara, a diferencia de cualquier otro ciudadano, de tener que agotar la vía judicial previa en su caso ante estas supuestas irregularidades del órgano judicial, y se le reconociese la prerrogativa especial de poder acudir *per saltum* directamente ante el Tribunal Constitucional, sin ni siquiera haber dado pie a la Sala de terminar el procedimiento. Dicho de otra forma, solicitaba otra excepción del principio de igualdad ante la ley y en aplicación de ley y del principio de sujeción de todos los ciudadanos a las mismas leyes y a los mismos tribunales del ley del art. 14 CE, eximiéndole de las exigencias en orden a la interposición del amparo constitucional del art. 44 de la LOTC. Naturalmente, el Tribunal Constitucional procede a la inadmisión de los recursos. Dice el Tribunal, recordando anterior jurisprudencia:

En lo que se refiere al proceso penal, hemos venido manteniendo una regla general a tenor de la cual, en aquellos casos en los que el proceso aún no ha concluido por decisión que se pronuncie sobre la condena o absolucón, e incluso en los que la celebración del juicio oral no ha tenido lugar, resulta prematura la invocación de lesiones que podrían ser examinadas ulteriormente en el curso del proceso: SSTC 76/2009, de 23 de marzo, y 78/2009, de 23 de marzo (en similares términos antes, la STC 73/2009, de 26 de abril). En las dos sentencias citadas (76/2009 y 78/2009) se ha reiterado que el marco natural en el que ha de intentarse la reparación del derecho constitucional vulnerado por la actuación del órgano jurisdiccional es el mismo proceso judicial previo, de tal modo que, en principio, sólo cuando éste haya finalizado por haber recaído una resolución firme y definitiva puede entenderse agotada la vía judicial y, consecuentemente, es posible acudir ante este Tribunal en demanda de amparo.

2. FUENTES DEL DERECHO

La STC 49/2018, de 10 de mayo, del Pleno, resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña respecto de diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. Según la representación de la región autónoma recurrente, la normativa vulneraría las competencias que el Estatuto de Autonomía de Cataluña reserva a la comunidad autónoma en materia de educación, universidades y lengua propia (arts. 2, 131, 153 y 172 del Estatuto de Autonomía). Se da la circunstancia de que uno de los preceptos de la norma recurrida (art. 6 bis), si bien guardaba al Estado solamente la posibilidad de realizar ciertas recomendaciones didácticas para configurar un marco común mínimo educativo, luego, determinaba que las distintas Administraciones educativas y los centros docentes en relación con la educación también podían «realizar recomendaciones de metodología didáctica para los centros docentes de su competencia». La representación de la comunidad autónoma no está de acuerdo con este régimen de coparticipación de distintas Administraciones de cara a la emisión de consejos y recomendaciones en materia de educación, que a la postre también —según ella— limitaría las propias posibilidades competenciales en materia educativa de la Generalitat de Cataluña. A su juicio, además, este tema (determinación de metodología didáctica) es una cuestión colateral del derecho fundamental a la educación del art. 27 CE, razón por la cual no se sujeta al principio de reserva de ley orgánica del art. 81 CE. El Tribunal reconoce que hay, en efecto, cuestiones colaterales que muchas veces pueden salirse del marco regulado por norma de rango orgánico y, en efecto, «hay normas básicas educativas que, en cuanto tales, pueden vincular a las Comunidades Autónomas, pero deben adoptarse sin rango orgánico por no desarrollar el artículo 27 CE en el sentido del artículo 81 CE». Ahora bien, en otros casos, la realización de los fines de la enseñanza y el consecuente desarrollo del derecho a la educación (art. 27 CE) reclama a veces la máxima claridad posible en la definición de las tareas de las distintas Administraciones educativas, entre las cuales se encuentra igualmente la determinación por el Estado de ciertas recomendaciones didácticas mínimas, siendo así dable también su regulación por vía de norma de rango orgánico del art. 81.1 CE.

La STC 66/2018, de 21 de junio, del Pleno, resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Canarias también contra distintos preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. A juicio de la representación de la comunidad autónoma, se produce infracción de la reserva de ley orgánica y de ley ordinaria por cuanto se instaura un nuevo modelo de separación del alumnado por itinerarios en la ESO que, a pesar de su trascendencia, no está suficientemente

regulado, posibilitando una reconducción a normas de rango reglamentario para la concreción posterior de cuestiones esenciales que repercuten en la configuración del derecho a la educación (lesión del art. 81.1 CE, reserva general de ley del art. 53.1 CE, y, en conexión, derecho a la educación del art. 27 CE). El Tribunal no admite esta hipótesis. Citando su STC 31/2018, de 10 de abril —que también contenía una queja en este sentido— indica que «la reserva de ley no excluye la posible colaboración normativa del reglamento, aunque condicionada a estrictas condiciones», debiendo quedar reducida esta posibilidad de corregulación «a los casos en los que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales». Tampoco a juicio del Tribunal puede olvidarse que la propia Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, «atribuye al Gobierno, respecto a las etapas educativas de educación primaria, educación secundaria obligatoria y bachillerato, una amplia potestad reglamentaria en la determinación de contenidos comunes, estándares de aprendizaje evaluables y horario lectivo mínimo del bloque de asignaturas troncales, y en la determinación de los estándares de aprendizaje evaluables del bloque de asignaturas específicas». En definitiva, se desestima el recurso de inconstitucionalidad.

En materia de límites de los decretos leyes y de concurrencia del presupuesto habilitante de extraordinaria y urgente necesidad, cabe destacar la STC 61/2018, de 7 de julio (Pleno). El recurso de inconstitucionalidad se interpuso frente al Real Decreto Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. A juicio de los diputados recurrentes dicho real decreto ley carecía de razonamientos de extraordinaria y urgente necesidad para su aprobación. La norma, por ejemplo, por razones de economía, en su disposición final primera, procedía a limitar el acceso al subsidio por desempleo de mayores de 55 años en aquellos casos en los que dentro de la unidad familiar del peticionario hubiera otro tipo de rentas y estas sumasen el 75 % del salario mínimo interprofesional (Alonso Gómez, 2018). Ahora bien, la norma solamente indicaba de forma aproximativa y vaga el análisis de su impacto económico y presupuestario, sin quedar clara la razón de la aprobación de dichas medidas por vía del 86.1 CE; tampoco quedaba acreditado en qué grado esta medida era necesaria en relación con la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social. El Tribunal da la razón a los recurrentes, pues, a su criterio, en efecto, en el presente caso no había nada que indicara que la regulación introducida tratara de «dar respuesta a una situación de naturaleza excepcional» o constituyera «una necesidad urgente, hasta el punto de que su efectividad no pudiera demorarse durante el tiempo necesario para permitir su tramitación por el procedimiento legislativo ordinario».

Interesa la STC 135/2018, de 13 de diciembre (Pleno), que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo respecto del art. 367.1 de la LOPJ. Este precepto preveía que los jueces suspendidos temporalmente de servicio activo por falta disciplinaria, de cara al reingreso, debían solicitar «previa declaración de aptitud por el Consejo General del Poder Judicial, quien recabará los informes y practicará las actuaciones necesarias para su comprobación». El Tribunal critica el carácter poco determinado del precepto en cuestión. En efecto, a su juicio, «el término “aptitud” aparece desasido de cualquier ropaje jurídico que permita delimitarlo, produce una incertidumbre insuperable acerca de los aspectos a tomar en consideración para valorar la misma [...], no permite definir qué debe entenderse por aptitud y en consecuencia cuáles son los parámetros para valorar la idoneidad, suficiencia o capacidad de quien pretenda dicha declaración». El hecho de que no se den en el artículo mayores criterios para proceder al examen, tampoco de qué elementos se han de tener en cuenta para la evaluación de aptitud de cara al cese de la sanción de suspensión de funciones, de forma clara e indubitada, lleva a una lesión de las garantías de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y reserva de ley (arts. 117.2 y 122.1 CE), razones por las cuales procede a declarar la inconstitucionalidad y nulidad del precepto impugnado.

3. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

En su día, la STC 106/2014, de 24 de junio, ya resolvió un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2013, de 15 de abril, por la que se regulaba la prohibición en el territorio de la comunidad autónoma de Cantabria de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional. Aquella norma tenía por objeto prohibir en todo el territorio de la comunidad autónoma de Cantabria el uso de la técnica denominada fractura hidráulica o *fracking*, utilizada para la investigación y extracción de gas de esquisto o no convencional, por medio de la inyección de agua con arena y aditivos químicos en las fracturas existentes en el sustrato rocoso que lo encierra. En aquel fallo ya el Tribunal Constitucional no entraba a analizar la norma en términos medioambientales, sino solamente en términos competenciales, determinando, sobre la aplicación de los arts. 149.1.13 y 25 CE (competencia estatal en materia de actividad económica general y régimen minero y energético), que estas cuestiones entran dentro de las facultades regulatorias del Estado mediante la aprobación de la legislación básica; luego, a las comunidades autónomas les pueden corresponder las competencias de desarrollo normativo y ejecutivo, respetando las bases establecidas por el Estado (también así las SSTC 134/2014, de 22 de

julio, y 208/2014, de 15 de diciembre) (Oehling de los Reyes, 2015). Pues bien, la STC 8/2018 (Pleno), de 25 de enero, vuelve sobre lo mismo, en este caso en relación con un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno respecto a determinados preceptos de la Ley del Parlamento vasco 6/2015, de 30 de junio, de medidas adicionales de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica. Aquí vuelve a afirmar, sobre la base de los arts. 149.1.13 y 25 CE, que la prohibición de manera absoluta e incondicionada de una técnica de investigación y explotación de hidrocarburos (el *fracking*) sobrepasa las posibilidades de la comunidad autónoma en materia de medio ambiente; ahora bien, no así aquella normativa autonómica que solamente vaya dirigida a establecer ciertos requisitos y cargas para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones siempre que tales exigencias sean «razonables y proporcionadas al fin propuesto» y no «alteren el ordenamiento básico en materia de régimen minero y energético» (STC 106/2014, de 24 de junio). En este caso concreto, a juicio del Tribunal, la norma vasca objeto de recurso no podía ser considerada irrazonable ni desproporcionada en relación con el fin propuesto, puesto que la prohibición autonómica recurrida tiende a establecer límites respecto a autorizaciones de explotación que puedan tener efectos nocivos en acuíferos de la comunidad autónoma; es decir, tiende a proteger un recurso esencial del medio ambiente, el agua, lo cual requiere de un control adicional de cara a la previsión de sus efectos contaminantes. Por tanto, en lo que a esto respecta, el Tribunal Constitucional rechaza la objeción del Ejecutivo. En cambio, sí declara la inconstitucionalidad de la norma en relación con los límites que impone en los terrenos clasificados como suelo no urbanizable, por imprecisión de contenido, a saber, por falta de «determinación precisa de requisitos razonables y proporcionados al fin de protección medioambiental» (STC 73/2016, de 14 de abril); como también en la extensión de límites que la ley hacía en relación con yacimientos de metano en el mar, por cuanto vulnera la competencia sobre el subsuelo marino del Estado, que es al que corresponda otorgar las autorizaciones de exploración, permisos de investigación y concesiones de explotación en el mismo.

La STC 40/2018 (Pleno), de 26 de abril, versa sobre un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Ejecutivo frente a la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del patrimonio de Navarra, con resultado desestimatorio. El recurso tenía por objeto la impugnación de los preceptos de la norma que prevenían la reversión a la Comunidad Foral de Navarra de los inmuebles vacantes en Navarra y de las cuentas, saldos y depósitos abandonados en entidades financieras situadas en la comunidad autónoma, a juicio del abogado del Estado esta regulación excede de las competencias autonómicas y la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil *ex art.* 149.1.8 CE. El Tribunal

para la resolución de la duda de constitucionalidad parte de la validez de una norma preconstitucional, la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho civil foral de Navarra; también, con ello, de las Leyes de fueros de 1839 y de 1841, así como a la Ley de mostrencos de 9 de mayo de 1835. Para el Tribunal estas leyes anteconstitucionales ya regulaban los llamados abintestatos o, lo que es lo mismo, la sucesión intestada a favor de la comunidad foral, de ahí la legitimidad a su juicio del legislador autonómico para regular esta materia (art. 304.7 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo). Luego, la STC 41/2018 (Pleno), de 26 de abril, en relación con un proceso de inconstitucionalidad frente a la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del patrimonio de Aragón, que también preveía la atribución a dicha comunidad autónoma de las fincas cuyo dueño no fuese conocido, se resuelve igual, con resultado estimatorio para la comunidad autónoma, sobre la base de prerrogativas, derechos especiales o forales, preexistentes al texto constitucional, y también el derecho foral aragonés.

Cabe recordar aquí también ahora la STC 177/2016, de 20 de octubre, que resolvía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto desde el Senado respecto a la Ley del Parlamento de Cataluña 28/2010, de 3 de agosto, que venía a prohibir expresamente, entre otras prácticas, las peleas de perros, de gallos, matar animales en espacios públicos, atracciones feriales giratorias con animales atados, y también las corridas de toros. En aquel caso, el Tribunal Constitucional ya determinó la inconstitucionalidad de la norma, también por su contradicción con la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural (Oehling de los Reyes, 2017), que determina expresamente en su art. 2 que «la Tauromaquia, en los términos definidos en el artículo 1, forma parte del patrimonio cultural digno de protección en todo el territorio nacional, de acuerdo con la normativa aplicable y los tratados internacionales sobre la materia». Pues bien, ahora, en la STC 134/2018 (Pleno), de 13 de diciembre, en relación con la Ley 9/2017, de 3 de agosto, de regulación de las corridas de toros y de protección de los animales en las Islas Baleares, hace lo propio. Es verdad que la norma en sí no prohibía las corridas de toros, pero establecía limitaciones —tales como la prohibición de la presencia de caballos durante las corridas de toros, prohibición del uso de utensilios que pudieran hacer daño al animal, etc.— que privaban la fiesta de su sentido original, en clara contradicción también con la propia Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, que establece como principio general de las actuaciones de los poderes públicos, de cara a la protección de las manifestaciones artísticas, velar para evitar las alteraciones cuantitativas y cualitativas de sus elementos propios y culturales (art. 3, letra h). En definitiva, sobre esa base, la doctrina sentada en la STC 177/2016, y, asimismo, el art.149.2 CE, que determina

como competencia estatal la función de garante del acceso a la cultura (art. 44.4 y 5 CE), la preservación y enriquecimiento del patrimonio histórico, artístico y cultural español (art. 46 CE), el Tribunal determina la inconstitucionalidad de la norma.

4. ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

Interesa aquí citar en particular la STC 124/2018, de 14 de noviembre, del Pleno. Este fallo resuelve un conflicto entre órganos constitucionales del Estado interpuesto por la letrada de las Cortes Generales en contra del Gobierno, en relación con el no sometimiento del mismo a iniciativas de control del Congreso de los Diputados, más concretamente por la negativa a una comparecencia urgente del ministro de Defensa en funciones solicitada por la Comisión de Defensa para informar sobre los asuntos tratados y los acuerdos adoptados en la reunión de ministros de defensa de la OTAN, celebrada los días 10 y 11 de febrero de 2016 en Bruselas. Se daba la circunstancia de que el Ejecutivo, tras las elecciones de 20 de diciembre de 2015, desde el 21 de diciembre, estaba en funciones, de conformidad con el art. 101.2 CE, y, por esto, decidió no comparecer, sobre la base de que la Cámara no podía someter al Gobierno en funciones a iniciativas de control, tampoco ante la Comisión de Defensa, «en la medida en que no existe relación de confianza entre un Gobierno en funciones y el Congreso de los Diputados» (Oficio de 10 de marzo de 2016). A juicio del Gobierno, «la exigencia de responsabilidad política, ejercida por el Parlamento a través de los instrumentos de control a los que alude el título V de la CE, solo es predicable respecto de un Gobierno que goce de la confianza de la Cámara»; dado que la confianza de la Cámara otorgada en la anterior legislatura —a su juicio— había periclitado, no procedía someterle a control, por cuanto su actividad se reducía a la mera gestión de despacho ordinario de asuntos públicos (art. 21 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno), entendiendo esta actividad como no fiscalizable. El problema, por tanto, con la incomparecencia era «no sólo que con ello no se sometió pasivamente al control que ejercían los parlamentarios, sino que, más allá, ejerció una oposición activa a dicho ejercicio» (Delgado Ramos, 2018a). En el escrito de interposición del conflicto por parte del servicio de letrados de las Cortes se alega que esta negativa lesiona los principios de Estado democrático, sujeción de los poderes públicos a la CE y al ordenamiento jurídico, principios de seguridad jurídica y de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el derecho de participación política, la función de control parlamentario al Gobierno, el principio de responsabilidad política del Ejecutivo y la facultad de los miembros del Parlamento de formular preguntas con respuesta oral tanto en el Pleno como en las distintas

comisiones (arts. 1, 9, 23, 66.2, 108, 109, 110 y 111 CE). Naturalmente, el Tribunal Constitucional da la razón a los recurrentes.

La función de control —dice el Tribunal con claridad meridiana— que corresponde a las Cortes Generales está implícita en su carácter representativo y en la forma de gobierno parlamentario que establece el art. 1.3 CE, no pudiendo negarse a las Cámaras todo ejercicio de la función de control, ya que con ello se afectaría al equilibrio de poderes previsto en nuestra Constitución. A ello ha de añadirse que la función de control corresponde al Congreso de los Diputados y al Senado, conforme al artículo 66.2 CE, aunque entre esta Cámara y el Gobierno no exista dicha relación de confianza, lo que significa que, conforme al referido precepto, no sea necesaria la existencia de dicha relación fiduciaria para el ejercicio de la función de control. Resulta también relevante que no todos los instrumentos de control tienen como finalidad la ruptura de la relación de confianza, porque ello supone que, como antes se explicó, no es necesario que dicha relación exista para el ejercicio de la función de control. Como hemos afirmado con anterioridad, el hecho de que el Gobierno esté en funciones no impide la función de control de las Cámaras, ya que en la medida en que el Gobierno sigue desarrollando actividad, esta no puede quedar exenta del control de las Cortes Generales conforme a los artículos 1 y 66 CE⁸.

En definitiva, «si hay Gobierno, aunque sea en *prorrogatio*, debe haber control parlamentario al mismo, porque no puede haber un Gobierno sin control, sean cuales sean sus competencias» (Delgado Ramos, 2018b).

5. DERECHOS FUNDAMENTALES

En materia de igualdad del art. 14 CE, cabe citar las SSTC 111/2018 (Pleno), de 17 de octubre, y 138/2018 (Sala Primera), de 17 de diciembre. Los recursos de amparo tienen origen en sendas denegaciones de la Dirección provincial del INSS de Madrid a dos peticiones de padres interesando la ampliación y equiparación de la prestación de paternidad con la prestación por maternidad, bien en lo que se refiere a las condiciones de disfrute como a su duración (dieciséis semanas, en vez de trece días, que es lo que se determina para el padre en el antiguo art. 48 bis del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo [hoy materia regulada en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores]). El Tribunal Constitucional desestima el amparo, también por el mismo hecho físico diferenciador de llevar el embarazo y el parto, que

⁸ Sobre ello, Herreros López (2019).

requiere —por eso mismo— de un mayor descanso en comparación con el padre, que lógicamente no tiene que sobrellevarlo. El Tribunal establece lo siguiente:

Siendo diferentes las situaciones que se traen a comparación, no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la seguridad social que establece la legislación aplicada en las resoluciones administrativas y judiciales que se impugnan en amparo. La atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que la maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del artículo 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres. Por tanto las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre (SSTC 109/1993, de 25 de marzo, y 75/2011, de 17 de mayo).

En materia de libertad personal (arts. 17 CE) interesa indicar la STC 21/2018 (Sala Primera), de 5 de marzo. Ya en la STC 13/2017, de 30 de enero, pudimos ver cómo la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, transponía al ordenamiento jurídico la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre, relativa al Derecho a Interpretación y a Traducción en los Procesos Penales, y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al Derecho a la Información en los Procesos Penales, así como las nuevas garantías en materia del derecho a la información en los procesos penales que se han introducido en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Oehling de los Reyes, 2017). Pues bien, este fallo versa también sobre esta cuestión, a saber, una detención preventiva en la que la instrucción, previa solicitud, no permitió el acceso de la parte al atestado, en contradicción con el art. 520.2.d de la Ley Rituarial. Por lo visto, a la hora de informar sobre las razones de la detención, los agentes de policía fueron parcos en datos, limitándose a proporcionarle información verbal muy general sobre que se había producido una pelea callejera y sobre el lugar de la agresión. Así las cosas, la defensa interpuso recurso de *habeas corpus* que fue inadmitido *a limine*. El Tribunal Constitucional otorga el amparo por dos razones: por un lado, por la resolución anticipada e indebida de la solicitud de *habeas corpus*, que hubiera posibilitado el planteamiento y subsanación de las posibles irregularidades de la detención; por otro lado, por la falta del cumplimiento del trámite de información en dependencias policiales, por cuanto hubiera sido necesario transmitirle mayores datos sobre la acusación (coincidencia de edad con respecto al resto de detenidos, efectos del delito incautados, etc.), es decir, por falta de información necesaria que podía

interesar a la parte para cuestionar la suficiencia o consistencia de las razones reales que justificaron la detención. En definitiva, se otorga el amparo por lesión del derecho a la libertad personal (art. 17.1 y 3 CE).

En materia de libertad personal interesa también citar los AATC 53 y 54/2018, de 22 de mayo, y 82/2018, 17 de julio, todos del Pleno. Es sabido que el art. 56.1 de la LOTC establece, como regla general, que «la interposición de un recurso de amparo no suspenderá los efectos del acto o sentencia impugnados», si bien el apartado segundo del mismo artículo posibilita «la suspensión del acto o sentencia impugnados cuando su ejecución produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder su finalidad al amparo, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona». Pues bien, sobre la base de este precepto, algunos de los golpistas de octubre de 2017 en prisión provisional solicitaban al Tribunal Constitucional la suspensión del auto dictado por el magistrado instructor de la causa que acordaba la prisión provisional comunicada y sin fianza de los recurrentes. Los arts. 503 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son claros en este sentido, determinando el sentido finalista del mantenimiento de un sujeto en prisión provisional, a saber, *grosso modo*, asegurar el proceso y evitar su huida, evitar que este pueda ocultar, destruir o manipular pruebas, y, asimismo, evitar que el delincuente pueda volver a delinquir. En cambio, el conjunto de razones que los encartados alegan para obtener dicha medida especialísima no rebaten ninguna de las causas que figuran en la plantilla del art. 503, sino que simplemente refieren circunstancias personales —lejanía del hogar y circunstancias familiares—, no muy distintas de las que pueda tener cualquier otro preso en situación de provisional. El Tribunal Constitucional deniega la petición de suspensión de las resoluciones de la jurisdicción ordinaria y las restantes medidas cautelares solicitadas. Recordando su doctrina anterior, afirma que la posibilidad de acordar la suspensión de decisiones judiciales en que se acuerdan medidas cautelares privativas de libertad —en este caso la prisión provisional, que ciertamente supone una afeción del derecho a la libertad personal y puede producir perjuicios irreparables— puede suponer un otorgamiento anticipado del amparo, razón por la cual «ha rechazado la posibilidad de su suspensión en el procedimiento de amparo» (así, por ejemplo, AATC 4/2006, de 12 de febrero, 41/2007, de 16 de enero, 219/2008, de 14 de julio, 94/2010, de 19 de junio, y 173/2017, de 18 de diciembre). En cualquier caso, hay que recordar también que, poco después del encarcelamiento, estos delincuentes han sido trasladados por el Ministerio del Interior a prisiones muy cercanas a su domicilio.

En relación con el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1), hay que destacar la STC 58/2018 (Sala Pri-

mera), de 4 de junio. En los años ochenta, se produjo el desmantelamiento de una red de tráfico de estupefacientes, de lo cual se hizo noticia el rotativo *El País* dando ciertos nombres de detenidos y afectados. Veinte años más tarde, *El País* estableció un servicio gratuito de acceso a su hemeroteca digital, contenida en el sitio web www.elpais.com, por medio del cual, introduciendo los nombres y apellidos de los protagonistas de aquella noticia —también por medio del proveedor de servicios de intermediación de búsqueda en Internet (www.google.es)—, aparecía como primer resultado aquella noticia, y un extracto de la misma. Así las cosas, los interesados solicitaron de *El País* que cesara en el tratamiento de sus datos personales o, subsidiariamente, que sustituyera en la noticia los nombres y apellidos por sus iniciales, u otras medidas de cara a proteger su intimidad. En cambio, el diario, basándose en su derecho fundamental a la libertad de información y en la imposibilidad de evitar la indexación por los buscadores, no accedió a la solicitud. Lo cierto es que la tendencia en materia de «derecho al olvido», desde la STJUE de 13 de mayo de 2014, asunto *Google Spain, S.L. y AEPD, Mario Costeja González*, es bastante garantista, reconociéndolo incluso como derecho subjetivo (art. 94 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y art. 17 del Reglamento [UE] 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales). Así las cosas, los afectados interpusieron demanda de juicio ordinario contra la editorial, por vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal (art. 18.1 y 4 CE). En primera instancia se estimó íntegramente la demanda, condenando a la editorial al abono de una indemnización, al cese inmediato en la difusión de la noticia y a la implantación de las medidas tecnológicas solicitadas en la demanda, luego fue ratificada por sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. En cambio, en casación, el Tribunal Supremo entendió caducada la acción, reformulando las medidas de reparación acordadas en instancia. Contra esta última resolución, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la parte interpuso recurso de amparo. El Tribunal Constitucional otorga el amparo.

La prohibición de indexar los datos personales —dice LA Sala Primera—, en concreto los nombres y los apellidos de las personas recurrentes, para su uso por el motor de búsqueda interno de *El País* debe ser considerada una medida limitativa de la libertad de información idónea, necesaria y proporcionada al fin de evitar una difusión de la noticia lesiva de los derechos invocados. La medida requerida es necesaria porque su adopción, y solo ella, limitará la búsqueda y localización de la noticia en la hemeroteca digital sobre la base de datos personales inequívocamente identificativos de las personas recurrentes. A este respecto debe tenerse en cuenta

que los motores de búsqueda internos de los sitios web cumplen la función de permitir el hallazgo y la divulgación de la noticia, y que esa función queda garantizada aunque se suprima la posibilidad de efectuar la búsqueda acudiendo al nombre y apellidos de las personas en cuestión, que no tienen relevancia pública alguna.

Bibliografía

- Alonso García, M. N. (2018). Hacia la «parlamentarización» de los PGE: Visión crítica de la STC 34/2018, de 12 de abril. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 5, 129-135. Disponible en: <https://bit.ly/2Wnc29n>.
- Alonso Gómez, R. (2018). El TC elimina el requisito de carecer de rentas familiares para acceder al subsidio de mayores de 55 años. *Legaltoday*. Disponible en: <https://bit.ly/2PrxOYf>.
- Beltrán de Felipe, M. y Sarmiento Ramírez-Escudero, D. (2017). *Un Tribunal para la Constitución*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.
- Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (2017). *Informe de evaluación de los órganos constitucionales y reguladores*. Madrid: Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Disponible en: <https://bit.ly/2Nnz5ge>.
- De Miguel Bárcena, J. (2018). El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, 347-352. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.113.05>.
- Delgado Ramos, D. (2018a). *Problemas actuales de Derecho Parlamentario*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- (2018b). El control parlamentario del Gobierno en funciones en España: La experiencia de la XI Legislatura (2016). *Estudios Constitucionales*, 16 (2), 183-220. Disponible en: <https://bit.ly/32YIMbu>.
- (2019). El veto presupuestario del Gobierno. *Revista de Estudios Políticos*, 183, 67-99. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.183.03>.
- Duque Villanueva, J. C., Ortega Carballo, C., Losada González, H. y De la Quadra Salcedo Janini, T. (2018a). Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2018. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, 229-276. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.113.08>.
- (2018b). Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2018. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 191-233. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.114.07>.
- (2019). Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2018. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 253-301. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.09>.
- Elvira Perales, A. y Espinosa Díaz, A. (coords.) (2018a). Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el primer cuatrimestre de

2018. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, 199-227. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.113.07>.
- (coords.) (2018b). Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el segundo cuatrimestre de 2018. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 165-190. Disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.114.06>.
- (coords.) (2019). Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el tercer cuatrimestre de 2018. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.08>.
- Herreros López, J. M. (2019). El control parlamentario del Gobierno en funciones. Comentario de la STC 124/2018, de 14 de noviembre. *Actualidad administrativa*, 6, 2019.
- Oehling de los Reyes, A. (2015). Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2014. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 19, 548-549. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.19.18>.
- (2017). Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2016. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 21, 258-259. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.21.10>.
- Requejo Pagés, J. L. (2018). Un Tribunal para la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 347-352. Disponible en: <https://bit.ly/2pVEkf7>.
- Rubio Llorente, F. (2012). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución* (vol. 3). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Triana Reyes, B. (2018). ¿Qué hacer antes de ir al amparo? Respuesta de la Sección Primera del Tribunal Constitucional (ATC 65/2018, de 18 de junio). *Diario La Ley*, 9262.
- Tribunal Constitucional (2018). *Tribunal Constitucional. Memoria 2018*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. Disponible en: <https://bit.ly/34qGG4D>.

CASOS RELEVANTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO EN 2018

Leading cases from the Supreme Court of Mexico in 2018

ALFONSO HERRERA GARCÍA¹
Universidad Panamericana
jalfonso.herrera@gmail.com

Cómo citar/Citation

Herrera García, A. (2019).

Casos relevantes de la Suprema Corte de Justicia de México en 2018.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(2), 581-600.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.20>

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DOBLE JORNADA DE LAS MUJERES TRABAJADORAS. III. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS TRABAJADORAS DEL HOGAR. IV. IDENTIDAD DE GÉNERO AUTOPERCIBIDA (REASIGNACIÓN SEXO-GENÉRICA). V. REPRODUCCIÓN ASISTIDA DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO Y FILIACIÓN DE SUS HIJOS. VI. EDUCACIÓN INCLUSIVA DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD. VII. VIDA Y SALUD DE LOS NIÑOS FRENTE A CREENCIAS RELIGIOSAS DE SUS PADRES. VIII. PROTECCIÓN DEL BIENESTAR ANIMAL FRENTE A EXPRESIONES CULTURALES: LA PROHIBICIÓN DE PELEAS DE GALLOS. IX. PRECISIÓN AL FUERO JURISDICCIONAL DEL ORDEN MILITAR. X. MODALIDADES LEGALES DEL DERECHO DE RÉPLICA. XI. INSPECCIONES POLICIALES Y GEOLOCALIZACIÓN EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. XII. CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO: ¿FEDERALISMO DE LOS DERECHOS HUMANOS? XIII. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE SEGURIDAD INTERIOR. XIV. CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA. *BIBLIOGRAFÍA.*

¹ Profesor de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana (campus Ciudad de México).

I. INTRODUCCIÓN

En esta crónica se hace referencia a los casos más relevantes ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México a lo largo de 2018. La selección de los casos toma en consideración su impacto sobresaliente en el ordenamiento jurídico del país o en la opinión pública². Para cumplir con el propósito de esta reseña, que es centralmente informativo, se reducen a la mínima expresión consideraciones críticas sobre los criterios considerados.

No es casualidad que la práctica totalidad de los casos aquí reseñados se relacione con la interpretación de derechos fundamentales. Esto es así porque ese ha sido el sector de la justicia constitucional que ha significado una genuina impronta en la jurisprudencia durante este año, tal como lo fue en los inmediatos anteriores. Este no era un escenario visible hace poco tiempo (hace una década, al menos) en el trabajo cotidiano de la Suprema Corte mexicana.

II. DOBLE JORNADA DE LAS MUJERES TRABAJADORAS

Una mujer casada bajo el régimen de separación de bienes solicitó de su exesposo una compensación por el 50 % de los bienes que adquirieron durante el matrimonio. Durante los cuarenta años de vínculo matrimonial, ella se dedicó preponderantemente al cuidado del hogar y de sus tres hijas. Aunque incursionó en alguna actividad profesional, su situación le impidió desarrollarse laboralmente en igualdad de circunstancias que su exmarido.

En las primeras instancias judiciales su pretensión fue negada porque se consideró que el derecho a esa compensación exigía la demostración de que nunca había tenido absolutamente ninguna actividad profesional. Se le exigió demostrar que se había dedicado de manera exclusiva al cuidado del hogar.

En el amparo directo en revisión 4883/2017, la 1.^a Sala consideró que cuando las mujeres se han dedicado más tiempo que sus parejas al trabajo doméstico y no recibieron remuneración alguna con motivo de ello es razonable pensar que no pudieron desarrollarse profesionalmente en igualdad de condiciones que sus exparejas. También puede concluirse que esa ha sido una razón por la que no pudieron haber adquirido la misma cantidad de bienes.

La negativa de la compensación solicitada no protege adecuadamente a los cónyuges que asumieron las cargas domésticas y familiares sin recibir a cambio una remuneración económica. Esta situación invisibiliza el trabajo

² En esa tarea, fue inevitable tomar en cuenta la selección que conjuntamente realizamos en el trabajo Herrera García, Niembro Ortega y Spigno (2019).

doméstico y las dificultades de padecer lo que debe calificarse como doble jornada laboral. Además, surte un impacto desproporcionado en las mujeres, que son quienes, desde la perspectiva estadística, se dedican en mayor medida a estas tareas.

Se tiene derecho a la compensación cuando el cónyuge que la solicite demuestre que se dedicó a las tareas domésticas y que ello le trajo por consecuencia un costo de oportunidades laborales. Ese derecho subsiste aun cuando se compruebe que pudo dedicar algún tiempo a un trabajo remunerado, o aunque se acredite que ha recibido ayuda de otras personas en las labores del hogar (como empleados domésticos). Estas situaciones no necesariamente subsanan el costo de asumir con preponderancia esas cargas³.

Posteriormente, en el amparo directo en revisión 7470/2017, la propia 1.^a Sala reiteró ese criterio, haciéndolo extensivo a las parejas unidas en concubinato. En este caso, se hizo incluso énfasis en que el derecho a la igualdad y a la no discriminación debe regir en la compensación. Su finalidad es remediar la asimetría al momento de disolverse el matrimonio o el concubinato.

En este juicio, incluso se había comprobado que la mujer solicitante de la compensación tenía el carácter de socia y accionista de diversas personas morales. La Corte consideró que ello no debía hacer presumir que invirtió tiempo que le impidiera dedicarse a las labores cotidianas del hogar y al cuidado de los hijos. La cotidianidad no debe interpretarse en el sentido de prioridad o prevalencia del trabajo del hogar sobre otras actividades a efectos de una compensación. Debe interpretarse en el sentido de que esas cargas se asumen de forma habitual o frecuente, en mayor medida, que la pareja. El propósito de este razonamiento es también evitar aproximaciones estereotípicas; contrarias, por tanto, al derecho a la igualdad de género⁴.

III. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS TRABAJADORAS DEL HOGAR

El trabajo doméstico también fue motivo de análisis desde la perspectiva del derecho a la seguridad social y a la no discriminación de personas que se

³ Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Unanimidad de cuatro votos. Sesión del 28 de febrero de 2018. De este amparo se derivaron las tesis aisladas: 1a. CCXXVI-II/2018, 1a. CCXXIX/2018 y 1a. CCXXX/2018, publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* (en adelante, *SJF*) el 7 de diciembre de 2018.

⁴ Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos. Sesión del 4 de julio de 2018. A partir de este caso, se publicaron las tesis aisladas: 1a. CCXXVI/2018 y 1a. CCXXVII/2018, *SJF*, de 7 de diciembre de 2018.

dedican cotidianamente a esa labor. La Ley Federal del Trabajo y la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social excluyen el trabajo doméstico del régimen obligatorio de la seguridad social. En México, el trabajo doméstico ha padecido condiciones inadecuadas, jornadas extensas e indeterminadas, así como bajos salarios. Estas condiciones se encuentran alejadas de un concepto razonable de trabajo digno. La señalada exclusión legal se advirtió como un factor centralmente relevante de una discriminación.

En el amparo directo 9/2018, la 2.^a Sala determinó la inconstitucionalidad de la omisión legal de una obligación de los patrones: inscribir a las empleadas domésticas demandantes en el régimen obligatorio de seguridad social. No se advirtió una razón constitucionalmente válida para que la legislación excluya el trabajo doméstico del referido régimen obligatorio. La falta de acceso real a prestaciones sociales puede afectar a los medios de subsistencia e ingresos de estas trabajadoras y para construir un proyecto de vida en condiciones igualitarias.

La exclusión enfatiza un estado general de desigualdad de género. Las labores del hogar, de acuerdo con la estadística del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), son realizadas mayormente por mujeres, en razón de nueve de cada diez empleados en el país.

Los efectos de esta decisión, de alcances estructurales, consistieron en ordenar al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) que, durante el primer semestre de 2019, implemente un programa «piloto» que diseñe un régimen especial de seguridad social para estas trabajadoras. Además, deben verse revertidas las facilidades administrativas que permitan a los patrones cumplir con sus obligaciones, sin que deban necesariamente inscribirse en el servicio de administración tributaria, considerando que la gran mayoría de empleadores son amas de casa o padres de familia.

Finalmente, la sentencia estableció que en un plazo no mayor a dieciocho meses, a partir de la implementación del programa piloto, el IMSS proponga al Congreso de la Unión las adecuaciones legales necesarias para la incorporación formal del nuevo sistema de seguridad social para las trabajadoras del hogar. De manera tal que, en un plazo no mayor a tres años, se consigan las condiciones jurídicas de seguridad de manera «efectiva, robusta y suficiente a la totalidad de las empleadas domésticas del país»⁵.

⁵ Ponente: Alberto Pérez Dayán. Unanimidad de cinco votos. Sesión del 5 de diciembre de 2018. De este asunto, se desprendieron las tesis aisladas: 2a. XXX/2019, 2a. XXXI/2019 y 2a. XXXII/2019, *SJF*, de 17 de mayo de 2019.

IV. IDENTIDAD DE GÉNERO AUTOPERCIBIDA (REASIGNACIÓN SEXO-GENÉRICA)

En el estado de Veracruz, una persona solicitó la reasignación sexo-genérica, consistente en la adecuación de su nombre y el dato alusivo a su género. El titular del registro civil municipal se negó a darle trámite a la modificación. El fundamento de su negativa fue el art. 759 del Código Civil de ese estado, que disponía que ese tipo de procedimientos debía sustanciarse ante el Poder Judicial, el cual debía publicitar la solicitud y permitir la intervención de terceros. La persona solicitante promovió entonces un juicio de amparo en contra de esa disposición y de la propia negativa.

En el amparo en revisión 1317/2017, la 1.^a Sala determinó la inconstitucionalidad del precepto. La medida legislativa resultó discriminatoria porque no permitía la adecuación de la identidad de género mediante un procedimiento administrativo, cuando este sí estaba previsto para otras modificaciones esenciales del registro civil. El cambio de nombre y la adecuación de registros públicos y de documentos de identidad conforme al género autopercebido constituye un derecho protegido tanto a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como por la Constitución mexicana. Sus fundamentos son de amplio rango, pues está involucrada la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la privacidad, el reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho al nombre.

La Corte concluyó que el procedimiento idóneo para la reasignación sexo-genérica debe ser formal y materialmente administrativo. Para el cumplimiento de su propósito, deben cumplirse los siguientes cinco requisitos: a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género autopercebida; b) debe basarse únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante, sin que puedan exigirse otros requisitos tales como certificaciones médicas y/o psicológicas, u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial, además de que los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros y documentos de identidad no deben reflejar los cambios solicitados en la identidad de género, aunque sí deben tomarse medidas que permitan evitar defraudar a terceros con motivo de ello; d) debe ser expedito y, en la medida de lo posible, tender a la gratuidad, y e) no debe exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/u hormonales.

En consecuencia, se ordenó al encargado del registro civil dar trámite administrativo a la solicitud de mérito y a dejar de aplicar las normas del procedimiento que no resultaran compatibles con esos requisitos⁶.

V. REPRODUCCIÓN ASISTIDA DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO Y FILIACIÓN DE SUS HIJOS

Un matrimonio homosexual de varones consiguió la procreación de un hijo con nexo biológico mediante el procedimiento de maternidad subrogada al que se sometió una mujer. La fecundación se produjo a partir de espermia proveniente de uno de ellos, mientras que el óvulo provino de la donante anónima.

La pareja solicitó ante una oficina de registro civil del estado de Yucatán la inscripción del menor con los apellidos de ambos integrantes del matrimonio. La autoridad negó la inscripción bajo el argumento de que la legislación de la materia no preveía ese supuesto, sin reconocerles, por tanto, el derecho al nombre en vía de parentesco por consanguinidad.

En el amparo en revisión 553/2018, la 1.^a Sala consideró que el análisis de los requisitos, condiciones o procedimientos que deban seguirse para llevar a cabo la maternidad subrogada, en el que se garantice la protección de los derechos del niño y de la madre gestante, así como de quienes acceden a esa técnica para convertirse en padres, excedía la materia del juicio.

Sin embargo, ante la realidad fáctica de que se estaba ante un niño nacido mediante una maternidad subrogada, la Corte consideró que sí debía analizarse la manera de establecer la filiación jurídica del menor. Razonó que sí era factible establecer la filiación con un hijo nacido por una técnica de reproducción asistida a través de los mecanismos de reconocimiento o presunción de paternidad o maternidad previstos en la ley.

En estas condiciones, es central acreditar la voluntad en la procreación expresada por la pareja del mismo sexo. Pero también el consentimiento de la madre gestante en cuanto a su voluntad de no reclamar derechos y la consecuente aceptación de que sean el progenitor biológico y su pareja quienes mantengan la condición de padres del niño y, por tanto, asuman todas las obligaciones derivadas de la filiación.

⁶ Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Mayoría de cuatro votos. Sesión del 17 de octubre de 2018. A partir de este caso, se emitieron cinco tesis: de la 1a. CCXXXI/2018 a la 1a. CCXXXV/2018, *SJF*, de 7 de diciembre de 2018.

En el caso, se acreditó la voluntad de la madre, al tratarse de una mujer mayor de edad, con capacidad legal para ello, que se expresó sin vicios invalidantes, y sin existir indicios en contrario. Así, en virtud del principio del interés superior de la niñez, se estableció la filiación del menor respecto de la pareja. Se le reconocieron todos los derechos prestacionales derivados de la filiación: alimentos, los sucesorios, a recibir cuidados, educación y afecto. Condiciones que, por lo demás —quedó demostrado en el caso—, le habían sido provistas por la pareja que se hizo cargo de él desde su nacimiento.

En consecuencia, se concedió el amparo para el efecto de que el menor fuera registrado como hijo del matrimonio, garantizándosele el derecho a contar con una identidad y a ser inscrito en el registro civil. Se reconoció el derecho de los padres a su vida privada y a procrear mediante el acceso a los adelantos de la ciencia a través de técnicas de reproducción asistida, sin distinción de preferencia sexual. Finalmente, también fue reconocido el derecho de la madre subrogada a la propia vida privada y al libre desarrollo de su personalidad⁷.

VI. EDUCACIÓN INCLUSIVA DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD

La 2.^a Sala emitió diversos criterios en torno al derecho a la educación inclusiva de los niños y niñas con discapacidad. Destacan dos casos. En el amparo en revisión 714/2017 analizó la constitucionalidad de varios preceptos de la Ley General de Educación y la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista, que introdujeron un régimen de «educación especial».

La Corte sostuvo que en el Estado mexicano no puede concebirse la existencia de dos sistemas educativos: uno regular u ordinario para todo el alumnado y otro presuntamente «especial» para alumnos con discapacidad. Todos los niños y niñas tienen el derecho fundamental a la educación inclusiva y deben integrarse en un solo sistema educativo general, sin reglas, ni excepciones pretendidamente legítimas. Cualquier exclusión basada en alguna discapacidad, por tanto, debe calificarse como discriminatoria.

El sistema educativo general debe complementarse con herramientas de apoyo para conseguir la inclusión. Con base en ellas, deben identificarse,

⁷ Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos. Sesión del 21 de noviembre de 2018. De este amparo surgieron las tesis: 1a. LXXXVII/2019 y 1a. LXXXVIII/2019, *SJF*, de 11 de octubre de 2019.

prevenirse y eliminarse las barreras que limiten el aprendizaje y la participación plena y efectiva de niños con discapacidad. Las políticas y recursos encaminados a lógicas inclusivas deben primar sobre prácticas que tiendan a la separación, temporal o definitiva, de los niños. Esas políticas deben atender al principio de progresividad y, hasta el máximo de los recursos disponibles, adoptar ajustes razonables, como pueden ser: la capacitación de profesores, adaptaciones de aulas de clase a las diversas necesidades del alumnado, o elaboración y revisión de planes de estudio que tome en cuenta esa diversidad.

La educación inclusiva tiene como propósito que todos los niños cuenten con oportunidades de convertirse en miembros productivos de la sociedad y de formar parte de su comunidad. En consecuencia, se declaró la inconstitucionalidad del precepto que establecía la coexistencia de dos sistemas educativos diferenciados⁸.

En similar tónica, más adelante, en el amparo directo 31/2018, la propia 2.^a Sala estudió la negativa de una institución de educación privada que negó la reinscripción al 2.^o grado de educación secundaria a un alumno diagnosticado con trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDAH). Las razones aportadas por la institución fueron la supuesta indisciplina del menor y que dicha institución no era una escuela adecuada para recibirlo, dada la discapacidad del menor, que, en su opinión, ameritaba su asistencia a una escuela especial.

La Corte desestimó esa argumentación y concedió el amparo. Si la restricción o negación en el acceso a la educación atiende al actuar «atípico», «irregular» o «especial» de un alumno, a sabiendas de que cuenta con una discapacidad, surge la presunción de que esa decisión constituye un acto discriminatorio. La carga de la prueba de que ello no es así recae en la autoridad o institución, pública o privada, que ha afectado el derecho fundamental a la educación inclusiva. Esto significa que la institución debe acreditar que esa afectación no deriva de la discapacidad del alumno, sino de factores ajenos a ello.

En el caso, se consideró que la institución educativa no consiguió demostrar que la indisciplina del alumno rechazado atendía a cuestiones ajenas al trastorno que padecía. Por tanto, se concluyó que el rechazo de la reinscripción del menor de edad se basó exclusivamente en su discapacidad.

El derecho a la educación inclusiva y a la igualdad implica que los sistemas educativos dejen de considerar «diferentes» a alumnos con discapacidad,

⁸ Ponente: Alberto Pérez Dayán. Unanimidad de cuatro votos. Sesión del 3 de octubre de 2018. Las tesis que emanaron de este asunto fueron seis: de la 2a. III/2019 a la 2a. VIII/2019, *SJF*, de 8 de febrero de 2019.

viabilizar la diversidad del alumnado, y atender sus necesidades individuales para enriquecer los métodos de enseñanza. De esta manera, debe considerarse prohibida la exclusión de personas con discapacidad en instituciones educativas públicas y privadas, las cuales están obligadas a implementar ajustes razonables. Ello significa la implementación de medidas personalizadas de apoyo que busquen identificar y eliminar barreras y obstáculos de aprendizaje que padezcan los niños en situación de discapacidad⁹.

VII. VIDA Y SALUD DE LOS NIÑOS FRENTE A CREENCIAS RELIGIOSAS DE SUS PADRES

Como ha ocurrido en otros altos tribunales, la Corte mexicana resolvió un caso en el que el derecho a la vida y la salud de una menor de edad se enfrentó con el derecho de sus padres a materializar sus convicciones religiosas. En los hechos analizados en el amparo en revisión 1049/2017, una niña de 6 años con leucemia linfoblástica aguda había ingresado en un hospital en condición de urgencia. Los médicos prescribieron que requería transfusiones sanguíneas. Pero sus padres se opusieron con base en sus creencias religiosas.

La Subprocuraduría de Menores, tras escuchar a los padres y a los médicos, ante lo delicado de la situación, decidió asumir la tutela de la niña y autorizar el tratamiento médico indicado. La madre de la menor reclamó que la Subprocuraduría reemplazó de forma injustificada su derecho a decidir libremente sobre la salud de su hija.

La Corte determinó que, si bien los padres tienen derecho a tomar decisiones sobre sus hijos, tanto en el ámbito de la salud como en el de la educación religiosa, ese derecho tiene como límite poner en riesgo la propia salud y la vida de los hijos.

Ese límite se actualiza cuando los padres rehúsan seguir un tratamiento que ha sido determinado por la comunidad científica como el procedimiento más efectivo para tratar una condición letal. Si ese procedimiento no suscita una disputa científica sustancial sobre su confianza y confiabilidad, se erige en una restricción legítima al ejercicio de su derecho a decidir.

En el caso, la Corte resolvió que debía sustituirse la voluntad de los padres. El tratamiento indicado por los profesionales médicos se encontraba basado en suficiente evidencia científica, consistente en la realización necesi-

⁹ Ponente: Alberto Pérez Dayán. Mayoría de cuatro votos. Sesión del 14 de noviembre de 2018. No hay constancia de que en este asunto se hayan generado tesis jurisprudenciales.

ria de quimioterapias simultáneas con transfusiones sanguíneas a la niña. Era la única intervención que podía proteger su vida. Finalmente, se estableció la necesidad de la estricta supervisión de los procedimientos por parte de las autoridades y que la sustitución de la voluntad paternal debía considerar un trato digno, incluyente y respetuoso hacia los padres¹⁰.

VIII. PROTECCIÓN DEL BIENESTAR ANIMAL FRENTE A EXPRESIONES CULTURALES: LA PROHIBICIÓN DE PELEAS DE GALLOS

La Ley de Protección a los Animales para el estado de Veracruz prohibió las peleas de gallos. En México, esa actividad lúdica con esta clase de aves generalmente se realiza en contextos de fiestas populares. Unas personas promovieron juicio de amparo por considerar que dicha prohibición vulneraba su derecho a la cultura, la propiedad y la libertad de trabajo, así como el derecho a la igualdad y la no discriminación.

En el amparo en revisión 163/2018, la 1.^a Sala determinó la constitucionalidad de la prohibición y negó el amparo. Estableció que, si bien las peleas de gallos pueden constituir la manifestación de una determinada cultura, ninguna práctica que implique el maltrato o sufrimiento innecesario de los animales puede considerarse como una expresión cultural amparada por la Constitución.

Se reconoció que la prohibición sí afecta el derecho a la propiedad sobre las aves y la libertad de trabajo de las personas que se dedican a organizar esta clase de «peleas». La Corte aclara que esta afectación no resulta desproporcionada en atención a la finalidad legítima que persiguen estas normas y que justifica legítimamente la restricción de esos derechos fundamentales: la protección del bienestar animal.

La prohibición de peleas de gallos es una medida idónea y necesaria para garantizar la protección del bienestar animal. Además, a partir del test de proporcionalidad, puede también concluirse que el grado en que se consigue esa protección compensa las afectaciones a los derechos de propiedad sobre las aves y la libertad de trabajo de las personas.

En relación con la supuesta vulneración del derecho a la igualdad y la no discriminación se determinó que excluir las peleas de gallos de las actividades a las que no aplica la ley, cuando el legislador trata de modo distinto las

¹⁰ Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Mayoría de cuatro votos. Sesión del 15 de agosto de 2018. En este caso, se produjeron doce tesis jurisprudenciales: desde la 1a. II/2019 a la 1a. XIII/2019, *S/JF*, de 8 de febrero de 2019.

corridas de toros, tampoco justifica la legitimidad de la medida. La pregunta formulada por quienes promovieron el amparo tenía sentido en la medida en que ambas actividades supondrían un maltrato a los animales.

La Corte resolvió en el sentido de que no podría considerarse la inclusión de peleas de gallos como actividad permitida con el argumento de que es sustancialmente equivalente a las corridas de toros, que el legislador excluye de la prohibición. El hecho de que las corridas de toros no se prohíban expresamente no justifica que deban permitirse implícitamente todas las actividades que impliquen un maltrato a los animales. El derecho a la igualdad no significa que los demandantes del amparo puedan beneficiarse de una incongruencia del legislador al prohibir de modo explícito una actividad y no la otra¹¹.

IX. PRECISIÓN AL FUERO JURISDICCIONAL DEL ORDEN MILITAR

Desde la recepción por la Suprema Corte de la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana al Estado mexicano en el caso *Radilla Pacheco*¹², hubo que implementar la prohibición del fuero militar cuando en los hechos de los casos judiciales, además de involucrar a personas pertenecientes al Ejército, estuvieran implicadas personas civiles.

En los hechos del amparo en revisión 605/2014, la persona sujeta al proceso penal era comandante de una base de operaciones que tenía por actividad específica el combate al narcotráfico. Había sido acusado de delitos contra salud y traición a las fuerzas armadas.

El tribunal pleno de la Corte determinó que cuando un militar, en sus actos de servicio, comete delitos que atentan de manera directa contra la disciplina castrense, ese caso debe ser resuelto por un juez militar y no uno civil, siempre que en los hechos no esté involucrado un civil (ya sea como sujeto activo o en condición de víctima), ni se trate de violaciones a derechos humanos.

Ahora bien, la Corte estableció que, para que se actualice el fuero militar, no basta con que el imputado sea un militar en activo y no esté involucrado un civil. Es necesario que el delito se cometa en actos del servicio y que guarde estricta conexión con la disciplina castrense, como bien jurídico tutelado.

Así, en el caso, se revocó la sentencia de amparo a favor del comandante: en su circunstancia correspondía al juez militar conocer de la causa, pues la

¹¹ Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Unanimidad de cinco votos. Sesión del 31 de octubre de 2018. No hay constancia de que en este caso se hayan producido tesis jurisprudenciales.

¹² Ese trascendente caso fue reseñado en Herrera García (2012).

sentencia revocada en este asunto había sido considerada inadecuadamente como competencia de un juez civil¹³.

X. MODALIDADES LEGALES DEL DERECHO DE RÉPLICA

Mediante una acción abstracta de inconstitucionalidad en contra de la Ley del Derecho de Réplica, la Corte consideró que este derecho no debe concebirse como un límite a la libertad de expresión, sino como un derecho que la complementa¹⁴. La réplica trata de posibilitar el acceso a la información disponible cuando el interesado estima que la originalmente compartida contiene falsedades o manipulaciones.

Entre los diversos conceptos de invalidez analizados en este caso, merece la pena destacar dos.

El primero implicó el análisis de la obligación de acompañar, en el procedimiento judicial de réplica, las pruebas que demuestren la falsedad o inexactitud de la información, «o el perjuicio que dicha información hubiera ocasionado».

La Corte determinó la invalidez de exigir pruebas que pretendan acreditar el «perjuicio». Acreditar un perjuicio equivale a exigir una prueba de agravio, cuando para ejercer una réplica el agravio se prueba con el simple hecho de aludir que se trata de información falsa o inexacta. Por tanto, ese requisito constituye una carga adicional innecesaria y repetitiva para el ejercicio del derecho. Por otro lado, ese requisito tampoco se podría entender como optativo. Pues si optara el interesado por presentar la prueba de perjuicio, y no la de falsedad o inexactitud, podría comprenderse que la réplica procede frente a información cierta, cuando el propósito del derecho no es combatir cualquier información (menos la verdadera), sino la falsa o inexacta¹⁵.

El segundo aspecto de interés en este caso fue el plazo establecido por el legislador para promover la réplica: «[...] un plazo no mayor a cinco días hábiles, contados a partir del siguiente al de la publicación o transmisión de la información que se desea rectificar o responder». La Corte consideró que ese plazo resulta inconstitucional. Si bien el legislador es libre de elegir los plazos

¹³ Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Mayoría de siete votos. Sesión del 26 de febrero de 2018.

¹⁴ Acción de inconstitucionalidad 122/2015 y sus acumuladas 124/2015 y 125/2015. Ponente: Javier Laynez Potisek. Sesión del 1 de febrero de 2018. Sentencia publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de abril de 2018.

¹⁵ Este tema recibió una votación de ocho votos por la invalidez en el tribunal pleno.

que estime por conveniente, en este caso debió guardar un balance entre el derecho a la seguridad jurídica de los medios de comunicación, que pueden convertirse en sujetos obligados, y el derecho a la oportunidad de los sujetos afectados para ejercer su derecho de réplica. La medida legislativa no consigue un balance real, sino que pone en riesgo el ejercicio efectivo del derecho. La Corte indicó que esta invalidez debía surtir sus efectos a partir de los noventa días naturales siguientes al día de la publicación de la sentencia en el *Diario Oficial*. Dentro de ese plazo el Congreso de la Unión debía definir y sustituir el advertido vicio de temporalidad¹⁶.

XI. INSPECCIONES POLICIALES Y GEOLOCALIZACIÓN EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Este Código, nuclear para el funcionamiento del sistema procesal penal mexicano, fue publicado el 5 de marzo de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*. Varias de sus disposiciones fueron impugnadas en vía de control abstracto¹⁷. De entre las múltiples cuestiones debatidas por la Corte, me referiré solamente a dos: las que incidieron en la tutela de la libertad personal en contextos de sospechas policiales y las relativas a la geolocalización de teléfonos móviles.

En su art. 268, el Código previó lo siguiente: i) que la policía tiene por obligaciones practicar inspecciones y reportar sus resultados al ministerio público; ii) en casos en que se requiera autorización judicial, deberá obtenerla a través del ministerio público; iii) dentro de las actuaciones en la investigación que no requieren autorización previa del juez de control, puede haber inspección de personas y vehículos; iv) que en la investigación de los delitos la policía puede realizar la inspección sobre una persona y sus posesiones en caso de flagrancia; o en caso de que haya indicios de que oculta entre sus ropas o que lleva adheridos a su cuerpo instrumentos, objetos o productos relacionados con el hecho delictivo; v) la revisión consistirá en una exploración externa de la persona y sus posesiones; vi) en el caso de la detención en flagrancia, la inspección realizada por los cuerpos de seguridad pública deberá conducirse conforme a los lineamientos establecidos en el propio Código, y vii) solo si la

¹⁶ Este punto tuvo una votación de nueve votos por la invalidez en el tribunal pleno.

¹⁷ Se trata de la acción de inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014. Ponente: Javier Laynez Potisek. Sesión del 22 de marzo de 2018. Sentencia publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de junio de 2018.

persona no está dispuesta a cooperar, o se resiste, se podrá realizar un registro forzoso.

El conjunto de estos supuestos fue impugnado. La Corte señaló que deben distinguirse al menos dos grandes supuestos en materia de inspecciones policiales: a) la flagrancia, y b) la que tiene lugar durante la investigación de delitos.

Respecto a las *inspecciones en flagrancia*, debe considerarse el grado de intensidad de la conducta de la que deriva la sospecha razonable para determinar el control preventivo, a la luz de dos grados:

- a) Un control preventivo de grado menor, que implica que los agentes de la policía pueden limitar provisionalmente el tránsito de personas y/o vehículos con la finalidad de solicitar información a la persona controlada, como, por ejemplo, su identidad, ruta, motivos de su presencia, etcétera. En esa tónica, la policía estaría en posibilidad de realizar una revisión ocular superficial exterior de la persona o del interior de algún vehículo.
- b) Un control preventivo de grado superior, que está motivado objetivamente por conductas proporcionales y razonablemente sospechosas. Implica que los agentes policiales están en la posibilidad de realizar sobre la persona y/o vehículos un registro más profundo, con la finalidad de prevenir algún delito, así como para salvaguardar la integridad y la vida de los propios agentes. En estas condiciones, dichos agentes podrían, además, registrar las ropas de las personas, sus pertenencias, así como el interior de los vehículos. Esto ocurriría, por ejemplo, si las circunstancias objetivas y particulares que rodean a un delito y al sujeto activo corresponden ampliamente con las descritas en una denuncia previa, o si los sujetos controlados muestran un alto nivel de desafío o de evasión frente a los agentes de autoridad.

En este sentido, si, tras un control provisional preventivo legítimo, los agentes de la policía advierten la comisión flagrante de algún delito, la detención del sujeto controlado será lícita y, en consecuencia, también lo serán las pruebas descubiertas en la revisión, que, a su vez, tendrán valor jurídico pleno para su ofrecimiento en juicio.

En relación con *inspecciones durante la investigación de delitos*, se estableció que la sospecha razonable comienza a construirse a partir de los datos e informaciones derivados de una denuncia previa. Ello puede verificarse, por ejemplo, a partir de la descripción física o apariencia del sujeto aportados en la denuncia, información obtenida sobre su ubicación o posible zona o lugar de localización, la descripción de un vehículo en el que conducía o se encontraba en el momento de los hechos, entre otros supuestos. Todo ello puede

justificar, en un primer momento, una aproximación y primer contacto con el sujeto sospechoso.

Sin embargo, estos datos e informaciones, por sí solos, no dan lugar a la práctica inmediata o automática de la inspección. En este punto, la sospecha razonable aún no se materializa. Previo a ello, es necesario que el agente de seguridad se aproxime al sujeto, se identifique como tal y solicite que él haga lo propio. Posteriormente, emprenderá una entrevista, explicando las razones por las que se realiza y, a partir de las respuestas obtenidas y/o de la actitud y acciones que al efecto asuma la persona, junto con la información con que se contaba, y demás circunstancias del caso, ya podría actualizarse una verdadera *sospecha razonable*, requisito indispensable para la inspección física de la persona¹⁸.

Otro punto a destacar, a partir del análisis de este Código Nacional, es el estudio de constitucionalidad de la geolocalización de teléfonos móviles prevista en su art. 303. Este precepto autorizaba al ministerio público a solicitar la ubicación geográfica de equipos de comunicación móvil asociados a una línea telefónica, supuestamente involucrada en la investigación de hechos delictivos. A partir del mismo precepto, para las compañías telefónicas se actualizaba la obligación de entregar esa ubicación.

La Corte aplicó un test de proporcionalidad, del que se desprendieron las siguientes conclusiones:

- a) La geolocalización persigue un fin constitucionalmente legítimo: la prevención, investigación y persecución de delitos, que, a su vez, tiene como objetivo preservar la vida, integridad personal, patrimonio y seguridad de la población.
- b) La geolocalización es una medida idónea para cumplir con el fin perseguido en tanto que constituye una herramienta que facilita y dota de eficacia a la función constitucional de prevención, investigación y persecución del delito. Mediante la utilización de esta tecnología, se puede ubicar geográficamente a personas asociadas a delitos y, con ello, aumentar la probabilidad de que estos sean capturados y procesados.
- c) Respecto a la necesidad de la medida se argumentó la existencia de altos índices de delincuencia en el país, lo cual hace necesario el uso de estas tecnologías bajo la consideración de que pueden llevar a mejores y más eficientes resultados que las técnicas tradicionales de persecución de los delitos.

¹⁸ El art. 268 del Código, que involucró estas consideraciones jurídicas, recibió siete votos a favor de su validez en el tribunal pleno.

- d) Sin embargo, finalmente, se consideró que la geolocalización no cumple con la proporcionalidad en sentido estricto. El art. 303 no establece los supuestos o casos excepcionales en los que la geolocalización puede utilizarse por el ministerio público. La medida restringe el derecho a la intimidad en el caso de delitos menores o que no ponen en alto riesgo la vida, integridad y seguridad de una persona, y, por tanto, no cumple con la proporcionalidad en sentido estricto porque la afectación al derecho es mucho mayor a la importancia del fin perseguido. Por tanto, en esos casos, no se justificaría una invasión a la privacidad, ni siquiera para efectos de la prevención, investigación y persecución de esos delitos.

Para que la medida superara el test de proporcionalidad debía estar restringida solo a los delitos más gravosos para la población o en los supuestos de urgencia, es decir: i) cuando se pongan en riesgo la vida o integridad física de las víctimas del delito, o ii) cuando exista riesgo de que se oculte o desaparezca el objeto del delito, en los que la geolocalización, por sus características y la información que provee, juega un papel central o fundamental en la investigación del ilícito¹⁹.

XII. CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO: ¿FEDERALISMO DE LOS DERECHOS HUMANOS?

El debate que suscitó la acción de inconstitucionalidad en contra de la Constitución de la Ciudad de México —la primera en la historia para la capital del país— fue el más prolongado del año en el tribunal pleno²⁰. Este ordenamiento fue producto de un complejo proceso constituyente que culminó con la aprobación de la Constitución capitalina el 31 de enero de 2017. Esta Constitución acogió una generosa carta de derechos y novedosas bases político-administrativas para la Ciudad, con fundamento en el art. 122 de la

¹⁹ En el tribunal pleno se verificaron ocho votos por la invalidez del precepto impugnado. Esta temática ya había sido tratada por la Corte en otra ocasión, cuando analizó la constitucionalidad de la geolocalización en el abrogado Código Federal de Procedimientos Penales, con diverso resultado (acción de inconstitucionalidad 32/2012). Me referí a ese caso en Herrera García, 2014. Véase, asimismo, la postura en este asunto de Cossío Díaz (2019).

²⁰ La acción de inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017 se discutió a lo largo de 9 sesiones plenarias. Ponente: Javier Laynez Potisek. Sesión de resolución: 6 de septiembre de 2018. Sentencia publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de abril de 2019.

Constitución Federal. En la actualidad, la Ciudad se equipara institucionalmente al resto de los 31 estados que integran la Federación. Pero esas novedades plantearon un amplio conjunto de interrogantes en torno a su validez.

Una de las múltiples impugnaciones que se formularon fue la posibilidad para la Ciudad de México de desarrollar, y hasta qué punto, normas de derechos humanos. La inquietud derivó de que varios de los derechos establecidos en la nueva Constitución tenían un alcance protectivo mayor, o distinto, a los previstos en la Constitución Federal o en tratados internacionales.

La Corte determinó que las autoridades legislativas locales tienen facultades para reconocer, ampliar o desarrollar normas de derechos humanos, o incluso crear derechos nuevos, pues ello no necesariamente significa alterar o modificar el parámetro de regularidad constitucional federal. No se trata de una atribución exclusiva del Congreso de la Unión: las entidades federativas pueden, en principio, válidamente establecer normas de derechos en sus constituciones. Esta atribución tiene sus límites en la no alteración de la identidad o el contenido esencial de normas federales o internacionales en la materia²¹.

Enseguida, la Corte analizó contenidos normativos concretos de diversos derechos. Destacaré únicamente dos. Avaló la constitucionalidad del polémico derecho al «uso médico y terapéutico de la cannabis sativa, de conformidad con la Constitución [Federal] y la legislación aplicable». Determinó que esta norma no conlleva una función prescriptiva sobre la forma y términos en los que deben prestarse los servicios de salubridad general en materia de estupefacientes, ni, en específico, sobre la cannabis. Precisó que tampoco implicaba una ampliación o reconocimiento de derechos que interfiriera con atribuciones de otro nivel de gobierno. En ese sentido, concluyó que no se afectó la competencia de la Federación, que es la facultada para regular todas las actividades relacionadas con estupefacientes.

También se controversió la norma que estableció: «La vida digna contiene implícitamente el derecho a una muerte digna». Para la Procuraduría actora este precepto reconocía implícitamente la eutanasia y el suicidio asistido sin que existiera competencia local en materia de salud para regularlos. La Corte validó el precepto bajo el argumento de que no es posible advertir una inconstitucionalidad en abstracto. A su juicio, será hasta conocer el contenido normativo de los instrumentos legales que la Ciudad de México considere útiles para garantizar el derecho a una muerte digna cuando pueda verificarse si se viola, o no, alguna competencia exclusiva de la Federación en este tema²².

²¹ Esta decisión por la validez alcanzó la unanimidad de once votos en el tribunal pleno.

²² El criterio por la validez respecto de sendos derechos fue sostenido por nueve votos en el tribunal pleno.

Por otro lado, se analizó la posibilidad de desarrollo normativo de algunos elementos del procedimiento de control de actos de autoridad frente a la Constitución federal. En este aspecto, la Corte determinó que a las autoridades legislativas locales no les es disponible el concepto de «parámetro de regularidad» de los derechos humanos. Incluir en esa figura a la Constitución federal y los tratados calificándolos como «parámetro local» «genera incertidumbre» en el control que realicen los tribunales locales. A su juicio, tampoco es válido que las normas locales dispongan que los jueces puedan inaplicar normas bajo parámetros federales o internacionales por al menos dos razones: la incompetencia local para regular el parámetro y porque, lejos de tender a la uniformidad de criterios, «podría generar un esquema diferenciado y múltiple» de control en las entidades federativas²³.

XIII. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE SEGURIDAD INTERIOR

Bajo el sexenio del presidente Enrique Peña Nieto (2012-2018), el Congreso de la Unión publicó la Ley de Seguridad Interior en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de diciembre de 2017. Poco antes de cumplirse un año desde su promulgación, la Corte invalidó la totalidad de esta ley al resolver una acción de inconstitucionalidad²⁴.

La Corte consideró que la ley era inconstitucional por haberse emitido por el Congreso Federal, órgano que, a su juicio, resulta incompetente para legislar en materia de «seguridad interior». Dijo que el Poder Legislativo solamente puede legislar sobre materias que le fueron expresamente concedidas por la Constitución. Una expansión injustificada de competencias federales ampliaría de manera velada el orden legislativo federal.

La ley distinguía entre las funciones de «seguridad interior» y de «seguridad pública», aunque constitucionalmente no exista diferencia material entre ellas. Cada tipo de «seguridad» se hace depender exclusivamente de la autoridad que la tiene legalmente encomendada. La seguridad interior, en cuanto vertiente de la seguridad nacional, se pretende atribuida ilegítimamente a las

²³ La votación en el pleno respecto de estos puntos fue por mayoría de diez y nueve, respectivamente. Una breve exposición de mi opinión, contraria a estos argumentos, puede verse en Herrera García, 2019.

²⁴ Acción de inconstitucionalidad 6/2018 y sus acumuladas 8/2018, 9/2018, 10/2018 y 11/2018. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Encargado del engrose: Eduardo Medina Mora. Sesión del 15 de noviembre de 2018. Sentencia publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de mayo de 2019.

fuerzas armadas; mientras que la seguridad pública se atribuye a las autoridades civiles.

La sentencia argumenta que esa distinción constituye un fraude a la Constitución: permite la participación regular de las fuerzas armadas en la función de garantía de la seguridad pública, la cual solamente puede ser realizada por las autoridades civiles en términos del art. 21 de la Constitución y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La ley pretendía encubrir la participación de las fuerzas armadas en funciones de seguridad pública. Una ley no puede ser fundamento de una competencia constitucional que incluya contenidos materiales de otra competencia, con alcances, parámetros y objetos diferentes.

Cabe mencionar que la seguridad pública se mantiene en el centro de una profunda problemática social, y también jurídica, en México. El 28 de noviembre de 2018 (trece días después de haberse dictado la sentencia), la Corte Interamericana de Derechos Humanos notificó una nueva condena al Estado mexicano en el caso *Alvarado Espinoza y otros*. En ese caso, entre otras cosas, reiteró y estableció para México estándares relacionados con la participación de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública y sus condiciones de excepción²⁵.

Además, ya en el sexenio presidencial actual, con Andrés Manuel López Obrador al frente, la Constitución mexicana fue reformada para establecer las bases normativas de la denominada «Guardia Nacional», con el propósito de que esta novedosa organización asuma el combate a la aguda inseguridad pública que padece el país²⁶. Pese a su configuración constitucional como institución policial de carácter civil, el art. 5.º transitorio del decreto de esta reforma dejó establecido lo siguiente: «Durante los cinco años siguientes a la entrada en vigor del presente decreto, en tanto la Guardia Nacional desarrolla su estructura, capacidades e implantación territorial, el Presidente de la República podrá disponer de la fuerza armada permanente en tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria».

Como puede verse, nos encontramos ante un tema controvertido, ubicado en la primera línea de importancia en los días que corren y para el futuro inmediato de la vida social y democrática de México.

²⁵ La sentencia fue notificada al Estado mexicano el 20 de diciembre de 2018. *Cfr.* Corte IDH. Caso *Alvarado Espinoza y otros vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C n. 370.

²⁶ Esta reforma de la Constitución fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de marzo de 2019.

XIV. CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA

Los casos relevantes de la Suprema Corte mexicana a lo largo de 2018 demuestran una cierta consolidación de criterios en materias relacionadas con normas de derechos humanos. Esa línea de desarrollo en la jurisprudencia ha sido consistentemente ascendente desde que se verificó la reforma constitucional en esta materia el 10 de junio de 2011.

La aproximación hacia una década desde la entrada en vigor de esa reforma podría comprenderse como exitosa desde un punto de vista de la riqueza jurisprudencial generada por el máximo tribunal a partir de ella. Sin embargo, tras ese diagnóstico, dentro de los diversos retos en puerta, cabe destacar uno impostergable: la todavía inacabada traslación de criterios, aún básicos, hacia el trabajo jurisdiccional del resto de los tribunales, federales y locales, y, todavía más, su insuficiente interiorización en la conducta cotidiana de la mayoría de las autoridades.

En todo caso, se mantiene abierta la expectativa de que esas bases continúen un desarrollo progresivo y que la jurisprudencia de la Corte esté en cada vez mejores condiciones de incidir en la cultura jurídica. A largo plazo, un optimismo moderado nos indica que esa jurisprudencia puede contribuir a contrarrestar en algún sentido las problemáticas de desigualdad e inseguridad que estructuralmente persisten en el país.

Bibliografía

- Cossío Díaz, J. R. (2019). *Voto en contra*. México: Debate.
- Herrera García, A. (2012). Jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2011. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 16, 447-456. Disponible en: <https://bit.ly/32hIyek>.
- (2014). Geolocalización de teléfonos móviles y derecho a la privacidad. *Nexos: El juego de la Suprema Corte* [blog], 20-1-2014. Disponible en: <https://bit.ly/2OACoRM>.
- (2019). Sesión: Justicia constitucional local. *La Barra. Revista de la Barra Mexicana-Colegio de Abogados*, 109, 54-55. Disponible en: <https://bit.ly/2Ox-QDH4>.
- Herrera García, A., Niembro Ortega, R. y Spigno, I. (2019). México. En R. Albert, D. Landau, P. Faraguna y S. Drugda (eds.). *The I-CONnect-Clough Center 2018 Global Review of Constitutional Law* (pp. 199-203). Chestnut Hill (Massachusetts): Clough Center for the Study of Constitutional Democracy. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3471638>.

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

LUIS LÓPEZ GUERRA: *La Constitución de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 213 págs.

Cuando se cumplen cien años de la Constitución de Weimar (sancionada el 11 de agosto de 1919), recordamos aquellos tiempos convulsos en los que se pusieron los cimientos del movimiento constitucionalista contemporáneo. Cuando el horror y las monstruosidades de la *Gran Guerra* entran en su recta final con una más que previsible derrota del Imperio alemán, la «Revolución de Noviembre» (1918), liderada por ideales socialistas, pone fin a la monarquía del *Kaiserreich* y da paso a una república parlamentaria y democrática. La Asamblea Nacional de Weimar, reunida después de las elecciones constituyentes, el 6 de febrero de 1919, da por finalizado su trabajo el 31 de julio de ese mismo año. La de Weimar es la primera Constitución democrática de la joven Alemania y, como documento fundacional, nace al impulso de una gran efervescencia social y política. En ella se plasman las aspiraciones de la conciencia democrática del siglo xx y del Estado social de derecho. La nueva Constitución establece la república como forma de Estado, fija los principios del parlamentarismo moderno y afianza los derechos y libertades fundamentales, también en el ámbito social.

En el período de entreguerras, el debate constituyente y la formulación del texto constitucional se convierten en campo abonado para el florecimiento de intensas controversias políticas y formidables discusiones doctrinales. Reconocidos teóricos del derecho e *iuspublicistas* de la época (C. Schmitt, R. Smend, H. Heller, H. Kelsen) acunan ideas en torno a un nuevo modelo político. Son tiempos de excelencia entre los pensadores e ideólogos que conforman un momento fundamental —por la lucidez, la riqueza y la fecundidad sus debates, principalmente sobre la eficacia jurídica de los textos constitucionales— en la forja dogmática del nuevo derecho constitucional europeo.

Pese a la riqueza de los planteamientos teóricos aludidos, la incapacidad de las fuerzas políticas para dar estabilidad al régimen de Weimar, caracterizado en la práctica por su extrema inestabilidad y una ley electoral patológicamente proporcional, da paso al fracaso del régimen institucional y al derrumbamiento de la arquitectura jurídica de la Constitución de 1919. La crisis del sistema, que deriva en un drama político y social de enormes dimensiones, enseña cuáles son las consecuencias extremas ligadas a la discrepancia entre la realidad política y la realidad jurídica. En cualquier caso, la Constitución de Weimar se considera paradigma del constitucionalismo democrático y se mantienen plenamente vigentes su forma de entender la política y sus pilares fundacionales.

Un siglo después, en España se hace balance del estado de salud del régimen democrático nacido tras la dictadura franquista. El cuarenta aniversario

de la Constitución se afronta con una sensación de intranquilidad, desafecto, desasosiego, y con la necesidad de abordar cambios normativos y de enfoque para superar los problemas de una etapa que algunos consideran caduca. En los últimos diez años los ciudadanos, afectados por una acentuada crisis económica, han padecido las consecuencias de las políticas de austeridad y de contención del gasto público. Ello, unido a la compleja crisis territorial, ha generado una tormenta perfecta que golpea con fuerza a los más vulnerables, al tiempo que pone en duda la capacidad de las estructuras jurídicas y de las instituciones públicas para dar una respuesta adecuada a los problemas sociales. Así, la Constitución española de 1978 ha llegado a la madurez en medio de la peor crisis económica, social y territorial que se ha conocido en la etapa democrática, que confluye incluso en una crisis de identidad constitucional (en el Barómetro de septiembre de 2018, el 45,2 % de los encuestados manifestaron estar regular, poco o nada satisfechos con la Constitución). La identificación de la Constitución con el mal funcionamiento del sistema político y de las instituciones y, al mismo tiempo, la percepción de su falta de eficiencia para resolver los problemas sociales, pueden explicar la falta de apego y confianza social en la Norma Fundamental.

En un momento crucial para el régimen democrático, el espíritu de la Constitución (para buscar un espacio político común y configurar un sistema institucional que canalice la vida democrática) se encuentra debilitado por un ciclo político convulso y, a menudo, irascible. Tal como sucedió en Alemania hace cien años, aquí y ahora adquiere una relevancia fundamental el aporte de conocimiento y reflexión sobre la teoría y la realidad constitucional. En este complejo contexto de inestabilidad política e institucional que vive España, fragmentado por la polarización ideológica y por la falta de consensos básicos, aparece el libro *La Constitución de España*, de Luis López Guerra. Intelectual de primer orden, constitucionalista de altísimo prestigio y miembro de una generación de juristas que ha visto nacer la Norma Fundamental y ha contribuido, decididamente, a la «puesta en planta», como dirían los doceañistas, del modelo político que aquel texto dibuja, al menos en sus grandes trazos. La obra se sitúa en la órbita del análisis crítico de la Constitución —como debe ser, dado que no existe ningún sistema que no sea perfectible— y del convencimiento de que, a pesar de todo, el marco jurídico constitucional sigue cumpliendo sus funciones como eje de la convivencia democrática y de la libertad de los ciudadanos.

El trabajo de Luis López Guerra supone un estudio riguroso y valiente de la Constitución española, de sus orígenes y de sus retos y desafíos, elaborado desde el más amplio conocimiento de la teoría general del Estado y de la Constitución y, al mismo tiempo, a partir de un enfoque crítico de la compleja realidad constitucional española. El libro no se limita a realizar

una descripción de los diversos títulos constitucionales, sino que aborda con lucidez y perspicacia los dilemas y problemas que se plantean a partir de la interpretación y aplicación práctica de sus preceptos. En definitiva, en este trabajo, el autor expone, de forma clara y sintética, lo que ha sido, lo que es y lo que puede ser el constitucionalismo español visto desde la perspectiva de la vigente Norma Fundamental.

La obra se estructura en nueve capítulos, precedidos de una «Nota preliminar». En ella se explica, por una parte, que el trabajo se incluye en la colección *Las Constituciones Iberoamericanas*, y, por otra, que «pretende ofrecer una visión introductoria de la Constitución Española que tenga en cuenta no sólo sus disposiciones normativas, sino también su efectiva puesta en práctica hasta la actualidad». Sin embargo, pese a la modestia de las anteriores palabras, es preciso subrayar que este libro del profesor López Guerra no es una mera síntesis del régimen constitucional español, sino que va mucho más allá. En efecto, en poco más de doscientas páginas, el autor nos ofrece un rico estudio de los pilares del sistema constitucional vigente, así como de sus grietas y de las reformas precisas para que su utilidad no sea solo cosa del pasado.

En el primer capítulo se realiza una síntesis sobre la singular historia del constitucionalismo y del no menos peculiar proceso constituyente. El autor se refiere brevemente a la incapacidad de las constituciones históricas españolas de dar una respuesta estable a nuestros «demonios familiares» —la configuración de la monarquía, el papel de la Iglesia, o el grado de autonomía de las diferentes nacionalidades integradas en España—. A continuación, repasa el complejo y atípico proceso de transición a la democracia, pues son sus peculiares características las que nos ayudan a «comprender tanto el origen de la actual Constitución, como su naturaleza y contenido, así como su posterior evolución y aplicación». Y destaca que, junto con las notables ventajas que ofrece una transición efectuada «de la ley a la ley», esta decisión provoca «considerables condicionamientos respecto del proceso constituyente», y, en definitiva, al propio contenido de la Constitución.

El segundo capítulo se centra en las «características básicas del sistema constitucional», establecidas a partir de mandatos concretos del constituyente, que el autor sintetiza en cinco ejes: la monarquía parlamentaria; el Estado social y democrático de derecho; la unidad del Estado y el derecho a la autonomía política de los territorios que lo conforman; la integración del Estado en la Unión Europea; y la rigidez constitucional. En cada uno de estos puntos, López Guerra aborda los elementos neurálgicos de los principios generales del nuevo orden constitucional: «los mecanismos usuales del régimen parlamentario» y «la patente búsqueda por el texto constitucional de fórmulas que garanticen la estabilidad en el funcionamiento [...] del poder ejecutivo»; el alcance de los derechos constitucionales y sus garantías, como uno los

componentes fundamentales del Estado de derecho; la transformación de la imprecisión constitucional del modelo territorial del Estado hacia una amplia descentralización política, que, sin embargo, no puede confundirse con el sistema federal; la posición de los poderes públicos tras el proceso de integración europea y en el sistema de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y el establecimiento de especiales garantías en el mecanismo de reforma constitucional con el fin de «evitar la inestabilidad política» y, de este modo, «garantizar el mantenimiento del acuerdo o consenso» constitucional.

Tras una sugerente introducción sobre la atención preferente de los constituyentes a la materia de los derechos fundamentales —no solo como eje fundamental de la protección de las personas, sino también como elemento imprescindible del orden democrático—, el capítulo tercero se adentra en el sistema de protección de los derechos fundamentales de España, que califica de «sumamente complejo, tanto en cuanto a sus fuentes, domésticas e internacionales, como en cuanto al contenido de los derechos garantizados y los procedimientos para su protección». Siguiendo la estructura y sistemática constitucional, el autor aborda la titularidad de los derechos fundamentales a partir de la «tendencia general hacia la universalización» de los mismos, y analiza las tres categorías de derechos —los reservados estrictamente a los ciudadanos españoles, los predicables de todas las personas y los que pueden ser objeto de configuración o restricción legal—. Acto seguido, se refiere a los límites de los derechos fundamentales a partir de las previsiones contenidas en el art. 10.1 de la Constitución —con el fin de «conseguir un equilibrio entre el ejercicio de los derechos de cada persona y el respeto a los derechos de los demás y a intereses públicos»—, y, siguiendo la línea de la jurisprudencia constitucional, pone el acento en la reserva de ley y en la sólida justificación de la restricción de los derechos fundamentales. Buena parte de este apartado contiene un rico análisis del régimen de garantías de los derechos fundamentales. En él se hace particular referencia a la tutela por parte de jueces y magistrados, a la protección reforzada de determinados derechos mediante el recurso de amparo y a la protección jurisdiccional a nivel supraestatal. En este capítulo también hay un espacio dedicado a la suspensión —individual y general— de los derechos fundamentales, y, finalmente, un apartado en el que lleva a cabo el análisis de los principios rectores de la política social y económica.

El capítulo cuarto se ocupa de la Jefatura del Estado y de la posición constitucional de la Corona. López Guerra nos ofrece un interesante enfoque sobre el estatuto jurídico del rey, en particular de las consecuencias de la inviolabilidad e inmunidad del titular de la Corona sobre los eventuales afectados por hipotéticas conductas delictivas. Igualmente, resultan sugerentes las reflexiones sobre la proyección de la inviolabilidad del rey en supuestos de acciones civiles, principalmente a partir de la jurisprudencia generada a

raíz de diversas demandas de reconocimiento de paternidad frente al monarca emérito. El epígrafe dedicado a las funciones del rey parte de la clásica distinción entre la función simbólica, moderadora y arbitral, pero afirmando que la «voluntad [del rey] no tiene en forma alguna carácter decisorio», y que, en cualquier actuación del jefe del Estado, «la institución del refrendo se muestra como clave para la configuración del papel del Rey y la traslación de responsabilidad al refrendante». Además, el autor expone sus impresiones sobre los discursos del rey como «una expresión de la política gubernamental», que no encajan en una «constitucionalmente inexistente capacidad de iniciativa o dirección política del monarca».

El análisis del Poder Legislativo y de las Cortes Generales, contenido en el capítulo quinto, hace un recorrido completo sobre el modelo parlamentario y sus ejes estructurales: la composición de las Cámaras (con referencia ineludible al sistema electoral, que, cuarenta años después, mantiene los mismos parámetros establecidos durante la Transición); la organización de las Cortes Generales (desarrollada con detalle en los reglamentos parlamentarios), cuyo planteamiento gira en torno a la presencia de los partidos políticos (o los grupos parlamentarios) como elemento decisivo de la vida parlamentaria; el reflejo de la composición partidista de la Cámara en la conformación de los órganos de gobierno, y la influencia de los órganos de funcionamiento en la racionalización del Parlamento español. Encontramos también un amplio análisis de las funciones de las Cortes Generales, que empieza con la referencia a la función legislativa (articulada conforme al procedimiento común y los procedimientos especiales, con especial mención a la ley de presupuestos). Además, se realiza un detallado estudio de la función de control al Gobierno (tanto en la esfera del control ordinario que ejercen indistintamente las dos Cámaras, y que pretende la fiscalización y supervisión de la acción del Ejecutivo, como en la exigencia de responsabilidad del Gobierno, que conlleva la remoción del mismo).

El capítulo sexto analiza el Poder Ejecutivo más allá de la pura función de ejecución de lo que otros han decidido, para destacar que el Gobierno ha sido, durante varias décadas, el que ha controlado la mayoría parlamentaria. Lo cual comporta, además, «el liderazgo gubernamental de la vida política, que se ve reforzado por la importancia que reviste una figura concreta, el Presidente del Gobierno». En relación con el proceso de investidura, López Guerra destaca que «el sistema ha mostrado considerables disfunciones en supuestos de fragmentación parlamentaria», tanto en relación con la posición del rey (que puede quedar comprometido cuando su propuesta no prospera) como con las considerables dilaciones que pueden producirse. Y apunta cómo esta situación puede prolongar la interinidad del Gobierno, que está en funciones. Sobre la composición y el estatus de los miembros del Gobierno,

el autor enfatiza el carácter «semipresidencial» que ha mantenido (al menos, hasta el momento) la forma de Gobierno en España, a partir de las facultades que la Constitución y las leyes atribuyen al presidente del Gobierno (la designación y cese de sus ministros, el planteamiento de una cuestión de confianza o la decisión de disolver anticipadamente las Cortes, la solicitud para que se celebre un referéndum consultivo o la legitimación para interponer un recurso de inconstitucionalidad). López Guerra realiza un sugerente análisis de la función de dirección de la política interior y su influencia en relación con las Cortes Generales y con el Poder Judicial, así como de la capacidad de intervención del Poder Ejecutivo tras la declaración de los estados excepcionales o la facultad de activar los procedimientos de control jurisdiccional (a través del Tribunal Constitucional) o político (con la previa autorización del Senado) sobre las comunidades autónomas. En relación con la función normativa del Gobierno, el autor pone el acento en la facultad de aprobar la legislación de urgencia (con ulterior control por parte del Congreso de los Diputados) y en la, menos controvertida, potestad de dictar decretos legislativos a partir de las leyes de bases o leyes de refundición de textos legales.

En el capítulo séptimo, dedicado al Poder Judicial, el autor aborda con soltura un ámbito que conoce bien, más allá de la pura teoría del derecho. Traza los principios jurídico-políticos de la Justicia referidos en la Constitución (imparcialidad, independencia, responsabilidad, unidad y exclusividad). En relación con el Consejo General del Poder Judicial, analiza sin ambages la siempre polémica cuestión de la forma de elección de los vocales judiciales, los diferentes sistemas que se han articulado desde la primera regulación en el año 1980 (de elección por los propios jueces), pasando por la plena parlamentarización de la designación (con la aprobación de la LOPJ en 1985), hasta la articulación del sistema mixto en el año 2001 y sus posteriores modulaciones (2013). En cualquier caso, concluye que «todos estos cambios, finalmente, no afectan al elemento esencial del sistema, esto es la distribución de los vocales siguiendo las cuotas correspondientes a los grupos parlamentarios, y, por ello, la clasificación de los vocales según sus afinidades “conservadoras o progresistas”». También encontramos una interesante valoración de las funciones del Consejo, que «aparecen como esenciales para la independencia del Poder Judicial respecto de otros poderes», principalmente las referidas a los nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario de los jueces y magistrados.

El capítulo octavo lleva a cabo el análisis de la organización territorial del Estado, posiblemente la cuestión de más complejidad con la que ha tenido que enfrentarse el constitucionalismo español, ya desde el último tercio del siglo XIX. Durante el proceso constituyente, la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre las formaciones políticas provoca la indefinición constitucional

del modelo territorial. La Constitución tan solo es capaz de regular de forma confusa un conjunto de principios y procedimientos para poder acceder a la autonomía política, si este era el deseo de los territorios con derecho a ello. A partir de este nivel de indeterminación, se ha producido una profunda transformación del Estado autonómico, que ha pasado por diferentes etapas, descritas por el autor —la primera fase, entre 1979 y 1983, de acceso al proceso autonómico; la segunda, que finaliza en 1995, supone la generalización de la descentralización; la tercera, iniciada por los acuerdos autonómicos de 1992, da paso a sucesivas reformas estatutarias que permiten una cierta igualación competencial, y una última etapa de desarrollo progresivo del proceso autonómico, que culmina a partir de 2006 con la aprobación de los estatutos llamados de «segunda generación»—. Encontramos, tras la referencia a los estatutos de autonomía, un sugerente encuadre, con cita de jurisprudencia, del complejo sistema de reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Y, como corolario, el autor se refiere a las no menos dificultosas relaciones en la distribución del poder territorial, que «ha hecho necesaria la introducción de técnicas de cooperación y prevención de conflictos, así como, en su caso, de resolución de los mismos». También analiza la organización institucional de las comunidades autónomas conforme al modelo de gobierno parlamentario que fija la propia Constitución y que, en la práctica, difiere poco del modelo estatal. A modo de epílogo de este capítulo, López Guerra trata la evolución del Estado de las autonomías tomando como referencia las tensiones territoriales, particularmente en Cataluña y el País Vasco.

La obra termina con un noveno capítulo dedicado al Tribunal Constitucional, en el que se explican los motivos que determinan al constituyente a incorporar un «órgano de vigilancia y garantía de frente a posibles voluntades coyunturales de incumplimiento» de los preceptos constitucionales. Además, se expone el sistema de designación de los magistrados a partir de la intervención de los demás poderes del Estado y se señalan los cambios normativos que han tratado de evitar disfunciones en la renovación y en el estatuto jurídico de los miembros de la institución. Este epígrafe concluye con una valoración del papel del Tribunal Constitucional «como intérprete supremo (no único) de la Constitución» y de las principales funciones del Alto Tribunal.

La Constitución de España del profesor López Guerra es un valioso trabajo, que nos ayuda a entender mejor nuestra realidad constitucional. El resultado final enriquece, sin duda, la literatura científica sobre el constitucionalismo contemporáneo en España, Europa y América. La excelencia intelectual y científica de Luis López Guerra y la finura jurídica que ha exhibido, en este trabajo y a lo largo de su prolífica obra, hacen de él un referente entre los *iuspublicistas* españoles y europeos de su generación. Con su larga y fructífera trayectoria profesional se ha ganado el respeto y el reconocimiento de la aca-

demia, más allá incluso del ámbito estrictamente universitario. Catedrático de Derecho Constitucional con tan solo treinta años, ha ejercido su magisterio en distintas universidades (Complutense de Madrid, Extremadura, Carlos III de Madrid). Lo ha sido todo en el mundo jurídico político (vicepresidente del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial, miembro de la Junta Electoral Central, Secretario de Estado de Justicia y magistrado del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos). Brillante pensador y excelente divulgador, su extraordinario trabajo como constitucionalista nos ofrece auténticas obras maestras en el campo de la investigación de la teoría y la realidad constitucional en España y en el mundo. El grado de excelencia que encontramos en su trabajo lo convierte en referente para el constitucionalismo (español e internacional) y para el ámbito jurídico en general. Con esta nueva obra, que aúna síntesis, claridad expositiva y tono crítico, Luis López Guerra contribuye, una vez más, a estimular el debate sobre el texto constitucional español y a mejorar el conocimiento de la Constitución de España en la cultura jurídica en lengua española.

Maria Ballester Cardell
Universidad de las Islas Baleares

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Temas de interés

El *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (AIJC) publica trabajos de investigación originales sobre la Constitución y el sistema de las fuentes, el control de la constitucionalidad y la justicia constitucional, la tutela de los derechos y libertades y el orden axiológico constitucional, así como la interpretación por los Tribunales Constitucionales u órganos equivalentes de las normas de la Constitución, con particularísima preferencia a los países del mundo iberoamericano.

Envío de originales

Los originales se harán llegar por correo electrónico a la dirección **evaluaciones@cepc.es**. Han de ser inéditos o, en todo caso, no haber sido publicados en lengua española. Será responsabilidad del autor informar sobre la situación de los derechos de autor. La publicación de un trabajo que atente contra dichos derechos será responsabilidad del autor.

El envío de trabajos presupone, por parte de los autores, el conocimiento y aceptación de estas Instrucciones. Mientras el manuscrito esté en proceso de evaluación por parte del AIJC, los autores no lo presentarán para su evaluación a otras revistas. Será obligatorio enviar dos versiones: una **anonimizada** para facilitar la evaluación anónima del texto, y otra sin anonimizar.

Idiomas de los originales

El AIJC acepta trabajos en español, portugués e inglés. Si se envía una versión en inglés, la calidad del inglés debe ser perfecta, por lo que el texto debe haber sido escrito o revisado por una persona nativa de lengua inglesa.

Formato de los originales

Los originales deberán presentarse en Word con letra Times New Roman tamaño 12 y un interlineado de uno y medio. La extensión total no deberá superar las treinta páginas (10000 a 12000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación institucional, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto, así como la indicación de quién es el autor destinatario de todas las comunicaciones con la revista.

Título

Los estudios doctrinales y jurisprudenciales llevarán el título en español e inglés. Tendrá un marcado carácter informativo y reflejará fielmente el contenido del artículo. Dentro de lo posible debe evitarse el uso de abreviaturas y acrónimos.

Resumen

Los estudios doctrinales irán precedidos de un breve resumen, en español e inglés, cuya extensión debe estar comprendida entre 120 y 150 palabras. Su alcance debe ser estrictamente informativo no puede incluirse en los mismos información que no figure en el texto del artículo. También deben evitarse palabras o expresiones poco significativas, perífrasis y frases excesivamente largas.

Descriptores

En los estudios doctrinales, se incluirá un máximo de cinco descriptores o palabras clave, en español e inglés. Para favorecer su normalización se recomienda su extracción de tesauros y vocabularios normalizados.

Normas de citación

Notas

Se situarán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Únicamente contendrán texto adicional y solo excepcionalmente citas bibliográficas, y en ningún caso incluirán referencias bibliográficas completas, que se incluirán al final del artículo.

Citas bibliográficas

Aparecerán preferentemente en el cuerpo del texto. Cada una de las citas bibliográficas debe corresponderse con una referencia en la bibliografía final. Deben evitarse las autocitas, restringiéndose su uso únicamente a los casos imprescindibles. Para las citas en el texto se empleará el sistema autor-año de Harvard (autor, año: página):

(Dahl, 1989: 323)

Los documentos con dos autores se citan por sus primeros apellidos unidos por «y»:

(Telles y Ortiz, 2011)

Si se cita el trabajo de tres o más autores, es suficiente citar el primer autor seguido de *et al.*:

(Amador *et al.*, 1989)

Si se citan varios trabajos de un autor o grupo de autores de un mismo año, debe añadirse a, b, c... después del año:

(Franzen, 2012b)

Cuando el apellido del autor citado forma parte del texto, debe indicarse siempre entre paréntesis el año de la obra citada:
Como afirma Goldthorpe (2010)...

Bibliografía

Se incluirá al final del artículo o nota de investigación. Únicamente contendrá referencias citadas en el texto. Por tanto, queda expresamente prohibido incluir referencias adicionales. Se seguirá el sistema APA (American Psychological Association). A continuación adjuntamos ejemplos para las tipologías más usadas de documentos:

Monografías

— Un autor

Crouch, C. (2011). *The Strange Non-Death of Neoliberalism*. Cambridge: Polity.

— Dos o más autores

Anduiza Perea, E., Crespo, I. y Méndez Lago, M. (1999). *Metodología de la Ciencia Política*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

— Libro en línea

Sanmartín Cuevas, X. (2014). *Nuevas tecnologías, traen nuevas tendencias: viaje TIC con 80 entrevistas exclusivas*. Disponible en: <http://catalogo.ulima.edu.pe/uhtbin/cgiirsi.ex/e/6Yw1INoKGt/x/153460026/9>.

Capítulos de monografías

Zea, L. (2007). América Latina: largo viaje hacia sí misma. En D. Pantoja (comp.). *Antología del pensamiento latinoamericano sobre la educación, la cultura y las universidades* (pp. 125-138). México: UDUAL.

Artículos de revistas científicas

Miguel, E., Shanker, S. y Ernest, S. (2004). Economic shocks and civil conflict: an instrumental variables approach. *Journal of Political Economy*, 112 (4), 725-753.

— Revistas electrónicas

Pifarré, M. J. (2013). Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 16, 40-43. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=7882_8864004.

— Revistas electrónicas con DOI

Díaz-Noci, J. (2010). Medios de comunicación en internet: algunas tendencias. *El Profesional de la Información*, 19 (6), 561-567. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.3145/epi.2010.nov.01>.

Informes

— Autor institucional

Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía. (2004). *Eficiencia energética y energías renovables* (Informes IDEA. Boletín IDEA; 6). Madrid : IDEA.

— Autor personal

Caruso, J., Nicol, A. y Archambault, E. (2013). *Open Access Strategies in the European Research Area*. Montreal: Science-Metrix. Disponible en: http://www.science-metrix.com/pdf/SM_EC_OA_Policies.pdf.

Congresos

— Actas

Cairo, H. y Finkel, L. (coord.). (2013). *Actas del XI Congreso Español de Sociología: crisis y cambio. Propuestas desde la Sociología*. Madrid: Federación Española de Sociología.

— Ponencias publicadas en actas

Codina Bonilla, L. (2000). Parámetros e indicadores de calidad para la evaluación de recursos digitales. En *Actas de las VII Jornadas Españolas de Documentación (Bilbao, 19-21 de octubre de 2000): la gestión del conocimiento: retos y soluciones de los profesionales de la información* (pp. 135-144). Bilbao: Universidad del País Vasco.

— Ponencias y comunicaciones en línea

Durán Heras, M. A. (2014). Mujeres y hombres ante la situación de dependencia. Comunicación presentada en el seminario *Políticas públicas de atención a personas mayores dependientes: hacia un sistema integral de cuidados*. Disponible en: http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/mujereshombres19_21mayo.pdf.

Tesis

— Publicadas

Llamas Cascón, A. (1991). *Los valores jurídicos como ordenamiento material [tesis doctoral]*. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/15829>.

— Inéditas

De las Heras, B. (2011). *Imagen de la mujer en el Fondo Fotográfico de las Guerra Civil Española de la Biblioteca Nacional de España*. Madrid, 1936-1939 [tesis doctoral inédita]. Universidad Carlos III de Madrid.

Artículos y noticias de periódicos

Bassets, M. (2015). El Tribunal Supremo respalda la reforma sanitaria de Obama. *El País*, 25-6-2015. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/25/actualidad/1435242145_474489.html.

— Sin autor

Drogas genéricas. (2010). *El Tiempo*, 25-9-2015, p. 15.

Blogs

Escolar, I. (2015). El falso mito de que los emprendedores de Internet son la solución al paro. *Escolar.Net* [blog], 25-6-2015. Disponible en: http://www.eldiario.es/escolar/falso-empresas-Internet-solucion-paro_6_402519746.html.

Foros electrónicos, listas de distribución

Pastor, J. A. (2014). Aspectos prácticos para proyectos de datos abiertos en las administraciones públicas. *IWETEL* [lista de distribución], 31-1-2014. Disponible en: <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=IWETEL;b361930a.1401e>.

DOIS

En el caso de que los trabajos en formato electrónico contengan DOI (*digital object identifier*), será obligado recogerlo en la referencia bibliográfica. Se hará del siguiente modo:

Murray, S. (2006). Private Polls and Presidential Policymaking, Reagan as a Facilitator of Change. *Public Opinion Quarterly*, 70 (4), 477-498. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/poq/nfl022>.

Derechos de autor

Los autores conservarán sus derechos de autor y garantizarán a la revista el derecho de primera publicación de su obra, el cual estará simultáneamente sujeto a la **Licencia de reconocimiento de Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional** que permite a terceros compartir la obra siempre que se indique su autor y su primera publicación esta revista.

Plagio y fraude científico

La publicación de un trabajo que atente contra los derechos de propiedad intelectual será responsabilidad de los autores, que serán los que asuman los conflictos que

podrían tener lugar por razones de derechos de autor. Los conflictos más importantes pueden darse por la comisión de plagios y fraudes científicos. Se entiende por **plagio**:

- a. Presentar el trabajo ajeno como propio.
- b. Adoptar palabras o ideas de otros autores sin el debido reconocimiento.
- c. No emplear las comillas u otro formato distintivo en una cita literal.
- d. Dar información incorrecta sobre la verdadera fuente de una cita.
- e. El parafraseo de una fuente sin mencionar la fuente.
- f. El parafraseo abusivo, incluso si se menciona la fuente.

Las prácticas constitutivas de **fraude científico** son las siguientes:

- a. Fabricación, falsificación u omisión de datos y plagio.
- b. Publicación duplicada.
- c. Conflictos de autoría.

ISSN-L 1138-4824



9 771138 482402

00023

