

ASAMBLEA

REVISTA PARLAMENTARIA DE LA ASAMBLEA DE MADRID



Número 16 • Junio 2007

SUMARIO

I. ESTUDIOS

- Fernández Farreres, Germán, y Arévalo Gutiérrez, Alfonso: *La actividad de la Comunidad de Madrid durante el año 2006*.
- Del Pino Carazo, Ana: *Las elecciones a la Asamblea de Madrid de 27 de mayo de 2007 y los inicios de la VIII Legislatura*.
- Rubio Núñez, Rafael: *La guerra de las democracias*.
- Martínez García, Clara: *El acceso a la función pública española de ciudadanos comunitarios*.
- Domínguez Peral, Caridad: *Iusnaturalismo versus iuspositivismo*.
- Auzmendi del Solar, Montserrat: *¿Reconocimiento a los Grupos Parlamentarios como tales del derecho fundamental ex artículo 23.2 CE?*

II. NOTAS Y DICTÁMENES

- Fernández Carnicero, Claro J.: *El informe del Letrado en el procedimiento legislativo*.
- Bravo Lozano, Pablo: *La imagen exterior de España*.
- Rey Pérez, José Luis: *La presencia de las rentas mínimas de inserción en los nuevos Estatutos de Autonomía, ¿el camino adecuado para lograr la integración social?*
- García Presas, I.: *La Ley de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid*.

III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Martí Sánchez, Sylvia; Cid Villagrasa, Blanca; Greciet García, Esteban, y Recoder Vallina, Tatiana.

IV. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

- Nieto Lozano, Ángeles; Prada Barrio, María Isabel, y García Álvarez, Manuel José: *La Actividad Parlamentaria de julio a diciembre de 2006 (VII Legislatura)*.

V. RECENSIONES

- Sanz Pérez, Ángel L.: *El problema de la vertebración del Estado en España*, de S. Muñoz Machado.
- De Alba Bastarrechea, Esther: *El gigante dormido. El poder hispano en los Estados Unidos*, de Tomás Calvo Buezas.
- Greciet García, Esteban: *Para leer a Habermas*, de Juan Carlos Velasco.
- Cid Villagrasa, Blanca: *Las transformaciones de la Justicia Administrativa: de excepción singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, de Eduardo García de Enterría.
- Carretero Sánchez, Santiago: *La crítica de los derechos*, de Wendy Brown y Patricia Williams.

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la
Asamblea de Madrid

16

Junio
2007

Asamblea de Madrid

- *Servicio de Publicaciones* -

Plaza de la Asamblea, 1. 28018 – Madrid

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistema de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de la Asamblea de Madrid.

Edita: Asamblea de Madrid

Depósito Legal: M-30.989-1999

I.S.S.N.: 1575-5312

Imprime: Closas-Orcoyen, S. L.

Polígono Igarsa. Paracuellos de Jarama (Madrid)

MADRID, 2007

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid

PRESIDENTA

- María Elvira Rodríguez Herrer
Presidenta de la Asamblea de Madrid

CONSEJO DE HONOR

- Ramón Espinar Gallego
- Rosa M.^a Posada Chapado
- Pedro Díez Olazábal
- Juan Van-Halen Acedo
- Jesús Pedroche Nieto
- Concepción Dancausa Treviño
- Ex-Presidentes de la Asamblea de Madrid*

CONSEJO ASESOR

- Cristina Cifuentes Cuencas
Vicepresidenta Primera de la Asamblea de Madrid
- Francisco Cabaco López
Vicepresidente Segundo de la Asamblea de Madrid
- Antero Ruiz López
Vicepresidente Tercero de la Asamblea de Madrid
- Rosa M.^a Posada Chapado
Secretaria Primera de la Asamblea de Madrid
- M.^a Helena Almazán Vicario
Secretaria Segunda de la Asamblea de Madrid
- Jacobo Ramón Beltrán Pedreira
Secretario Tercero de la Asamblea de Madrid
- Antonio Germán Beteta Barreda
Portavoz del Grupo Parlamentario Popular en la Asamblea de Madrid
- Matilde Fernández Sanz
Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en la Asamblea de Madrid
- Inés Sabanés Nadal
Portavoz del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en la Asamblea de Madrid
- Manuel Alba Navarro
- Gonzalo Anes Alonso
- Manuel Aragón Reyes
- Feliciano Barrios Pintado
- José Antonio Escudero López
- Manuel Fraile Clivillés
- Pedro González Trevijano

* En este número ha participado como Co-directora de la Revista D.^a Tatiana Recoder Válvina, Letrada de la Asamblea.

- Carmen Iglesias Cano
- Manuel Jiménez de Parga y Cabrera
- Luis López Guerra
- José F. Merino Merchán
- Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona
- Luciano Parejo Alfonso
- Benigno Pendás García
- José Luis Piñar Mañas
- Emilio Recoder de Casso
- Francisco Rubio Llorente
- Miguel Sánchez Morón
- Juan Alfonso Santamaría Pastor

CONSEJO TÉCNICO

- Sylvia Martí Sánchez
- Esther de Alba Bastarrechea
- Alfonso Arévalo Gutiérrez
- Almudena Marazuela Bermejo
- Antonio Lucio Gil (excedencia voluntaria)
- Javier Sánchez Sánchez
- Ana María del Pino Carazo
- Blanca Cid Villagrasa
- Esteban Greciet García
- Mónica Martín de Hijas Merino
- Andrés Sánchez Magro (excedencia voluntaria)
- Clara Garrido Criado
- Tatiana Recoder Válvina
- Laura Seseña Santos
Letrados de la Asamblea de Madrid

DIRECTORA*

- Blanca Cid Villagrasa
Directora de Gestión Parlamentaria de la Asamblea de Madrid

SERVICIO DE PUBLICACIONES

- Ana Villena Cortés
Jefa del Servicio de Publicaciones de la Asamblea de Madrid
- Gema Moreno Rodríguez
Jefa de la Sección de Publicaciones de la Asamblea de Madrid

ASAMBLEA DE MADRID

NORMAS PARA EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. El original de los trabajos se enviará al Servicio de Publicaciones. Plaza de la Asamblea de Madrid, 1. 28018-Madrid. Teléfono: 91-779 96 13. Fax: 91-779 95 08. e-mail: avillena@asambleamadrid.es
2. Los trabajos deben ir mecanografiados a doble espacio y no exceder de cuarenta páginas. La remisión deberá efectuarse, necesariamente, acompañada de la versión en disquette.
3. Cada texto debe ir precedido de una página que contenga:
 - Título del trabajo.
 - Nombre del autor o autores.
 - Dirección completa y teléfono del autor.
4. La revista no mantendrá correspondencia sobre los originales no solicitados que se le remitan.

NOTA DE REDACCIÓN: *Asamblea* no se hace responsable ni comparte necesariamente las opiniones expresadas por los diferentes autores y colaboradores, quienes las formulan bajo su exclusiva responsabilidad.

ÍNDICE

	Pág.
I. ESTUDIOS	
FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN y ARÉVALO GUTIÉRREZ, ALFONSO: <i>La actividad de la Comunidad de Madrid durante el año 2006</i>	3
DEL PINO CARAZO, ANA: <i>Las elecciones a la Asamblea de Madrid de 27 de mayo de 2007 y los inicios de la VIII Legislatura</i>	51
RUBIO NÚÑEZ, RAFAEL: <i>La guerra de las democracias</i>	79
MARTÍNEZ GARCÍA, CLARA: <i>El acceso a la función pública española de ciudadanos comunitarios</i>	109
DOMÍNGUEZ PERALS, CARIDAD: <i>Iusnaturalismo versus iuspositivismo</i>	133
AUZMENDI DEL SOLAR, MONTSERRAT: <i>¿Reconocimiento a los Grupos Parlamentarios como tales del derecho fundamental ex artículo 23.2 CE?</i>	187
II. NOTAS Y DICTÁMENES	
FERNÁNDEZ CARNICERO, CLARO J.: <i>El informe del Letrado en el procedimiento legislativo</i>	203
BRAVO LOZANO, PABLO: <i>La imagen exterior de España</i>	211
REY PÉREZ, JOSÉ LUIS: <i>La presencia de las rentas mínimas de inserción en los nuevos Estatutos de Autonomía, ¿el camino adecuado para lograr la integración social?</i> .	219
GARCÍA PRESAS, I.: <i>La Ley de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.</i>	241
III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	
MARTÍ SÁNCHEZ, SYLVIA; CID VILLAGRASA, BLANCA; GRECIET GARCÍA, ESTEBAN, y RECODER VALLINA, TATIANA: <i>Obligación de respetar los derechos humanos. Derecho a la vida. Interdicción de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado. Derecho a la libertad y a la seguridad. Derecho al proceso equitativo. Principio de legalidad penal. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. Libertad de pensamiento, conciencia y religión. Libertad de expresión. Libertad de reunión y asociación. Derecho a contraer matrimonio. Derecho a un recurso efectivo. Prohibición de discriminación</i>	263
IV. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA	
NIETO LOZANO, ÁNGELES; PRADA BARRIO, MARÍA ISABEL, y GARCÍA ÁLVAREZ, MANUEL JOSÉ: <i>La Actividad Parlamentaria de julio a diciembre de 2006 (VII Legislatura)</i>	345
	VII

V. RECENSIONES

SANZ PÉREZ, ÁNGEL L.: <i>El problema de la vertebración del Estado en España</i> , de S. Muñoz Machado	373
DE ALBA BASTARRECHEA, ESTHER: <i>El gigante dormido. El poder hispano en los Estados Unidos</i> , de Tomás Calvo Buezas	389
GRECIET GARCÍA, ESTEBAN: <i>Para leer a Habermas</i> , de Juan Carlos Velasco ..	399
CID VILLAGRASA, BLANCA: <i>Las transformaciones de la Justicia Administrativa: de excepción singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?</i> , de Eduardo García de Enterría	415
CARRETERO SÁNCHEZ, SANTIAGO: <i>La crítica de los derechos</i> , de Wendy Brown y Patricia Williams	421

I
ESTUDIOS

Germán Fernández Farreres y Alfonso Arévalo Gutiérrez *

La actividad de la Comunidad de Madrid durante el año 2006 **

Sumario: I. INTRODUCCIÓN GENERAL.—II. PRODUCCIÓN LEGISLATIVA.—2.1. Rasgos generales de la actividad legislativa.—2.2. Las previsiones económico-financieras: los Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2007.—2.3. Las medidas fiscales y administrativas de acompañamiento a los Presupuestos de la Comunidad.—2.4. Otras disposiciones legales aprobadas por la Comunidad de Madrid.—2.4.1. La Universidad Privada a Distancia de Madrid (UDIMA).—2.4.2. La supresión del Consejo Audiovisual de la Comunidad de Madrid.—III. EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.—3.1. Líneas generales de su ejercicio por el Gobierno de la Comunidad.—3.2. Reglamentos de carácter general en desarrollo de prescripciones legales.—3.3. Regulación de sectores de actividad administrativa específicos.—3.4. Disposiciones administrativas.—3.5. Regulación de órganos administrativos.—IV. DINÁMICA POLÍTICA.—4.1. La estabilidad del marco político e institucional.—4.2. El «Debate sobre el estado de la Región».—4.3. La no celebración de debates monográficos sobre asuntos de interés general.—4.4. El reconocimiento de los municipios de Fuenlabrada, Parla y Leganés como Municipios de Gran Población, a efectos del establecimiento del régimen de organización introducido por la Ley de Medidas de Modernización del Gobierno Local.—4.5. La reestructuración del Ejecutivo autonómico.—V. ACTIVIDAD INSTITUCIONAL.—5.1. Composición de la Asamblea de Madrid.—5.2. Estructura del Gobierno.—VI. ACTIVIDAD PARLAMENTARIA.—6.1. Sesiones celebradas.—6.2. Comisiones constituidas.—6.3. Ponencias constituidas.—6.4. Iniciativas legislativas. 6.5. Iniciativas parlamentarias no legislativas.—6.6. Debates generales y resoluciones parlamentarias más importantes.—6.7. Reformas del Reglamento de la Asamblea de Madrid.—6.8. Normas interpretativas y supletorias del Reglamento de la Asamblea de Madrid.—6.9. Instituciones similares al Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo.

* Germán Fernández Farreres, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Alfonso Arévalo Gutiérrez, Letrado de la Asamblea de Madrid y Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

** Lo que sigue, revisado y sustancialmente ampliado, tuvo una primera versión en el *Informe Comunidades Autónomas 2006*, dirigido por Joaquín Tornos Más y publicado por el Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2007, pp. 505-532.

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

Durante los años 2004 y 2005, frente a los avatares y quebrantos que protagonizaron el año 2003, la dinámica política autonómica se caracterizó por la estabilidad institucional y la concreción de las líneas políticas, gubernamental y de oposición, que habrán de cerrarse a la conclusión de la VII Legislatura de la Comunidad de Madrid (2003-2007).

Esta misma característica define la dinámica del año 2006, cuya conclusión, transcurridos mil días de gobierno, anuncia la recta final de la Legislatura en curso y la apertura de la campaña electoral para la celebración de los próximos comicios autonómicos el cuarto domingo de mayo de 2007.

En efecto, la estabilidad institucional ha presidido el funcionamiento de las instituciones de autogobierno de la Comunidad de Madrid.

En este marco, el Ejecutivo regional encabezado por Esperanza Aguirre Gil de Biedma ha procedido a culminar la ejecución del Programa de Gobierno con el que la Presidenta obtuvo la confianza parlamentaria de la Asamblea de Madrid en noviembre de 2003. Es preciso recordar los principales compromisos del mismo, luego reiterados en los sucesivos debates anuales sobre la orientación política general del Gobierno, pues, conforme destacó la propia Presidenta en su intervención durante el debate del presente año, último de la Legislatura, es el momento de hacer balance. Dicho con sus propias palabras, «*como éste es el último, quiero aprovechar este debate para presentar ya ante todos los ciudadanos madrileños un balance de lo que ha sido nuestra gestión, para que la conozcan mejor y puedan juzgarla; que puedan juzgar con todos los elementos de juicio necesarios nuestra gestión no solamente durante los últimos doce meses, sino durante los casi tres años que llevamos de Legislatura*» —*fr., Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid*, núm. 758, de 19 y 20 de septiembre, p. 22.124—. Los referidos compromisos gubernamentales se articularon en torno a cuatro grandes ejes: *a) reformas institucionales, relativas tanto al ámbito parlamentario como al sistema de circunscripciones electorales; b) economía, con reducción de impuestos, creación de un Tribunal de Defensa de la Competencia y revisión del sector público en orden a su adelgazamiento; c) cuidado de las personas, en el que se incluyen las políticas de seguridad, de sanidad y de protección de la familia, y d) modernización en el ámbito urbanístico y de la vivienda, del medio ambiente, de las infraestructuras y de la educación.*

Por su parte, la oposición al «Gobierno Aguirre» ha asumido decididamente su rol institucional en un sistema de gobierno parlamentario, centrándose su actuación en la crítica de la actividad del Ejecutivo y en la formulación de alternativas gubernamentales. De forma sintética, puede constatarse que han sido tres los sectores de actuación sobre los que la oposición ha incidido especialmente, con una notable proyección en los medios de comunicación social: en primer lugar, la cuestionada «privatización y desmantelamiento del sector público», tanto por lo que respecta al ámbito de la sanidad como al de la educación; segundo, la imputación al Gobierno regional de permitir un «urbanismo depredador y especulativo», con la consecuente carestía de la

vivienda; y, en tercer lugar, la criticada «rebaja selectiva de impuestos», germen de desigualdad fiscal. Otros asuntos, de diversa naturaleza, han sido objeto de crítica por la oposición a lo largo del año. Puede así recordarse, por su consideración en sede parlamentaria y su repercusión en los medios de comunicación, la puesta en cuestión de: el cumplimiento real de la promesa de reducir las listas de espera; la situación del «Hospital Severo Ochoa de Leganés»; la «Prueba de Conocimientos y Destrezas Imprescindibles» realizada a los alumnos de educación primaria; la politización de «Telemadrid»; la precariedad en el trabajo; el nivel de siniestralidad laboral; la deslocalización industrial; la respuesta de los poderes públicos al sustancial aumento de la inmigración en la Comunidad; la omisión de declaración de impacto ambiental en relación con la reforma de la M-30 y la conocida como «Carretera de los Pantanos»; el cese, a petición propia, del Director General de Urbanismo y Planificación Regional; o la situación del «Teatro Albéniz».

De otro lado, la próxima celebración de los comicios electorales y el hecho de que las distintas fuerzas políticas culminaran en el año 2004 sus respectivos congresos han comportado que la «cuestión interna», en el seno de las tres formaciones con representación parlamentaria, haya pasado a un segundo plano, pendiente del siempre complejo momento de elaboración de las listas electorales. Lo que sí puede anticiparse en este sentido es que se ha anunciado que repetirán las respectivas cabezas de lista de los dos partidos con mayor representación parlamentaria: de un lado, por el Partido Popular, su Presidenta Regional y Presidenta de la Comunidad de Madrid, Esperanza Aguirre Gil de Biedma; de otro, por el Partido Socialista Obrero Español, el Secretario General del Partido Socialista de Madrid, Rafael Simancas Simancas. De igual modo, el Consejo Político Regional de Izquierda Unida ha despejado la incógnita del cabeza de lista de su formación: no repetirá el número uno de las elecciones de 2003, Fausto Fernández Díaz, y tampoco concurrirá el actual Coordinador General de Izquierda Unida-Comunidad de Madrid y Portavoz de su Grupo Parlamentario en la Cámara, José Guillermo Marín Calvo; la lista electoral estará encabezada por Inés Sabanés Nadal—consecuencia de un acuerdo de última hora que desplaza a Gregorio Gordo al segundo puesto de la lista electoral—, quien hasta la fecha no ha formado parte del Parlamento autonómico.

La referida estabilidad institucional, no obstante, ha estado condicionada por diversos acontecimientos, de muy distinto carácter y naturaleza, que han marcado la dinámica de la Comunidad durante el año 2006.

Así, respecto de la vida cotidiana del ciudadano, en una Comunidad cuyo tráfico rodado se encuentra sensiblemente condicionado por las obras acometidas por el Ayuntamiento de Madrid, noticia feliz ha sido la puesta en funcionamiento de nuevas infraestructuras de transporte, así como la inauguración de los primeros tramos de la ambiciosa, y no exenta de polémica, reforma de la autovía M-30.

No puede omitirse, desde otra perspectiva, la aprobación por las Cortes Generales de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid, que viene a cumplimentar, siquiera formalmente, la exigen-

cia establecida por el artículo 6 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad. La Ley, dejando sin efecto las prescripciones que permanecían vigentes del Texto articulado de la Ley Especial para el Municipio de Madrid, aprobado por Decreto 1.674/1963, de 11 de julio, ofrece, en los términos afirmados por su Preámbulo, un tratamiento integrado de los distintos factores que singularizan a Madrid, tanto los que derivan de su condición de capital del Estado, de acuerdo con el artículo 5 de la Constitución, como los que son consecuencia de su condición de gran ciudad.

Desde una consideración de la realidad política, nos limitamos a dejar constancia del mantenimiento de la tensión entre el Ejecutivo autonómico y el Gobierno central. Al margen de su reiterada proyección en prensa, radio y televisión, la tensión incluso ha centrado en muy diversas ocasiones el debate parlamentario en la Asamblea de Madrid: de la constante consideración popular de que el Gobierno de la Nación pretende «asfixiar» a la Comunidad, confiriéndole un trato desigual y torpedeando las iniciativas del Ejecutivo autonómico; a la reiterada afirmación de la oposición de que la Presidenta de la Comunidad prepara su «asalto» al Ejecutivo central, diseñando su campaña para ser la alternativa de su Partido al «Gobierno Zapatero».

Desgraciadamente, tampoco puede ignorarse, un año más, que el azote terrorista ha golpeado de nuevo a la Comunidad de Madrid. Así es, la banda criminal ETA dejó sentir el hedor de su presencia en el aparcamiento de la Terminal 4 (T-4) del Aeropuerto de Barajas. El vil atentado, al margen de daños materiales de elevadísima factura que deberá soportar la ciudadanía, ha implicado segar, de forma injustificada y completamente indiscriminada, dos vidas humanas, en este caso de dos ciudadanos de nacionalidad ecuatoriana. Dos nuevas víctimas mortales que se acumulan al cruel y absurdo elenco de quienes pretenden imponer sus pretensiones, cualquiera que sea el precio que los demás hayan de soportar para su satisfacción.

Por último, en este apartado de consideraciones introductorias, ha de recordarse que durante el año 2005 no alcanzó su objetivo la candidatura de Madrid como Ciudad sede de los Juegos Olímpicos de 2012. Pues bien, en 2006 se ha formalizado la candidatura de Madrid para ostentar dicha condición en los Juegos Olímpicos de 2016, con el unánime respaldo de las fuerzas parlamentarias representadas en la Asamblea de Madrid.

II. PRODUCCIÓN LEGISLATIVA

2.1. **Rasgos generales de la actividad legislativa**

Siguiendo una línea de tendencia consolidada durante el transcurso de la Legislatura en curso, la producción legislativa de la Comunidad de Madrid ha sido muy reducida en el año 2006. Para acreditar lo afirmado sirva recordar que tan sólo se han aprobado cuatro normas con rango, valor y fuerza de ley.

Presupuesta la referida cifra y anticipando un balance provisional de la Legislatura, ha de concluirse que el dato cuantitativo implica una sustancial

reducción del volumen de actividad legislativa del Parlamento madrileño. La Asamblea de Madrid, en efecto, se había situado en el año 2002 al frente de los Parlamentos autonómicos, tan sólo superada en número de leyes aprobadas por el Parlamento de Navarra y el Parlamento de Cataluña, constituidos con anterioridad e, inicialmente, con un nivel competencial sensiblemente superior. Frente a dicha tendencia, habiéndose aprobado una única ley en el año 2003, por las peculiares circunstancias concurrentes, en 2004 se aprobaron siete leyes y en 2005 ocho. Sumadas a las anteriores, las cuatro aprobadas en 2006 ofrecen un total de veinte leyes en el transcurso de la vigente Legislatura, lo que —obviamente con exclusión de la efímera y singular VI Legislatura (mayo-septiembre 2003)— constituye el número más bajo desde la constitución de la Comunidad en 1983.

Apuntado lo anterior, las normas incorporadas al ordenamiento autonómico han tenido por objeto, de un lado, el establecimiento de las prescripciones anuales que conformarán el ámbito económico-financiero de la Comunidad para el año 2007, cuyo presupuesto supera ya los 18.000 millones de euros, y, de otro, dos determinaciones puntuales: la primera, resultado de una cuestión que generó una abierta polémica política, la supresión del Consejo Audiovisual de la Comunidad de Madrid; la segunda, la creación de una nueva Universidad privada, la primera cuyas enseñanzas se impartirán a distancia.

El resultado es que, además de la ley presupuestaria —Ley 3/2006— y de su, ya consolidada, «ley de acompañamiento» —Ley 4/2006—, la actividad legislativa en 2006 se ha circunscrito a la aprobación de tan sólo dos leyes, ambas en el período de sesiones febrero-junio.

Antes de analizar el contenido sustantivo de las anunciadas disposiciones legales, casi ocioso resulta destacar el absoluto protagonismo del Ejecutivo regional en el ejercicio de la iniciativa legislativa, confirmando una realidad asentada en la Comunidad de Madrid.

Sirva recordar al respecto que desde el inicio de la VII Legislatura autonómica sólo se había formalizado en la Asamblea de Madrid una iniciativa extragubernamental, vía proposición de ley, a instancias de los Diputados, los Grupos Parlamentarios, los ciudadanos o los Ayuntamientos. Se trata de la Proposición de Ley 1/2005, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida, tendente a la «*Modificación de los artículos 3 (Título I, “Objeto y ámbito de aplicación de la Ley”) y 32 (Título II, Capítulo II, Sección 1.º, “Accesibilidad en los transportes públicos”) de la Ley 8/1993, de 22 de junio, de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas*». Habiéndose presentado en el Registro de Entrada del Parlamento regional el día 12 de diciembre de 2005, la Mesa de la Cámara, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 151.2 del Reglamento de la Asamblea, procedió a su calificación y admisión a trámite, ordenando su publicación oficial —que se materializó en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 134, de 21 de diciembre de 2005, pp. 15.133-15.135—, así como a su remisión al Gobierno para que manifestara su criterio respecto de su toma en consideración y su conformidad si supusiera aumento de créditos o disminución de ingresos presupues-

tarios. Obvio resulta, por la fecha de su publicación oficial, que su tramitación quedó pendiente para el año 2006, en el cual, sin embargo, no se ha registrado ulterior trámite, al margen de la publicación de una corrección de errores en el texto de la Proposición de Ley, insertada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 138, de 26 de enero, p. 15.509. La Proposición de Ley, consecuentemente, queda pendiente de su eventual tramitación en el año 2007.

Durante el año 2006 han sido dos las iniciativas parlamentarias del género que se han presentado.

En primer lugar, la Proposición de Ley 1/2006, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, de «*Modificación del apartado 1 del artículo 122 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid*». Formalizada con fecha de 24 de febrero, la Mesa de la Cámara, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 151.2 del Reglamento de la Asamblea, procedió a su calificación y admisión a trámite, ordenando su publicación oficial —que se materializó en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 145, de 2 de marzo, pp. 16.073-16.074—, así como a su remisión al Gobierno para que manifestara su criterio respecto de su toma en consideración y su conformidad si supusiera aumento de créditos o disminución de ingresos presupuestarios. No obstante, con fecha de 4 de mayo el Grupo autor solicitó la retirada de la iniciativa, que fue acordada definitivamente por la Mesa en su sesión del siguiente día 9, archivándola sin ulterior trámite —*Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 155, de 11 de mayo, p. 16.696—.

La segunda iniciativa es la Proposición de Ley 2/2006, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida, de «*Protección de los Animales Domésticos de la Comunidad de Madrid*». Presentada con fecha de 26 de octubre, la Mesa de la Cámara procedió a su calificación y admisión a trámite, ordenando su publicación oficial —editándose en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 182, de 10 de noviembre, pp. 20.324-20.350—, así como a su remisión al Gobierno para que manifestara su criterio respecto de su toma en consideración y su conformidad si supusiera aumento de créditos o disminución de ingresos presupuestarios. No se ha registrado ulterior trámite en el transcurso del año, quedando pendiente para el ejercicio 2007.

El Gobierno de la Comunidad, por su parte, ha formalizado durante el año 2006 cuatro iniciativas legislativas, dos de ellas de carácter económico-financiero, en orden a establecer las previsiones para el próximo año 2007. Al margen de las anteriores, ha de tenerse presente el Proyecto de Ley 8/2005, registrado en la Cámara con fecha de 1 de diciembre, y que finalmente se ha convertido en la Ley 1/2006.

De los cuatro proyectos presentados en 2006, tres han sido definitivamente aprobados, convirtiéndose en las Leyes 2, 3 y 4/2006, quedando pendiente el Proyecto de Ley 3/2006, de «*Mediación de la Comunidad de Madrid*». Con registro de entrada en la Cámara de 3 de noviembre, la Mesa de la Asamblea procedió a su calificación y admisión a trámite en sesión de 6 de noviembre, acordando la apertura del plazo de presentación de enmiendas y su oportuna

publicación oficial. La publicación se materializó en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 182, de 10 de noviembre, pp. 20.313-20.324. Sirva especificar al respecto que no se han presentado enmiendas a la totalidad tanto por el Grupo Parlamentario Socialista como por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, formaciones que sí han procedido a formalizar enmiendas parciales. Por su parte, la Comisión de Familia y Asuntos Sociales, competente en la materia, ha designado Ponencia, habiéndose habilitado la celebración de sesiones de la misma en el mes de enero de 2007 a efectos de la elaboración del pertinente Informe a elevar al pleno de la Comisión.

En consecuencia, tres de los cuatro proyectos de ley formalizados en sede parlamentaria durante el año han culminado el procedimiento legislativo, integrándose finalmente en el ordenamiento jurídico de la Comunidad, además del Proyecto de Ley 8/2005, presentado a finales del año 2005 y que recibió la conformidad de la Asamblea de Madrid en junio de 2006.

Conviene, asimismo, destacar, desde el punto de vista de la técnica legislativa, que todos los proyectos de ley presentados durante el año 2006 se han sustanciado conforme al procedimiento legislativo ordinario, sin recurrir a la tramitación en «lectura única» prevista por los artículos 167 a 170 del Reglamento de la Asamblea. Los cuatro proyectos de ley definitivamente aprobados, en efecto, han surcado el trámite parlamentario de acuerdo con las previsiones del procedimiento ordinario establecidas al efecto por el Reglamento —sin perjuicio de las especialidades del Proyecto de Ley de Presupuestos—, lo que, al margen de la eventual declaración de su urgencia, facilita el debate y la consideración en sede parlamentaria de las distintas opciones políticas. La VII Legislatura, en consecuencia, puede decirse que ha huido de la lectura única, expeditivo procedimiento legislativo especial desnaturalizado en Legislaturas precedentes, acudiéndose al mismo con excesiva frecuencia para canalizar urgencias político-normativas del Ejecutivo.

Buena prueba de lo que acaba de afirmarse la constituyen los respectivos debates parlamentarios sustanciados como consecuencia de la presentación de enmiendas a la totalidad a las iniciativas legislativas gubernamentales, con petición de devolución al Gobierno. Así ha ocurrido durante el año 2006 en el caso de las cuatro leyes, aprobadas finalmente con los votos de la mayoría del Grupo Popular.

Un último dato general de la producción normativa autonómica merece ser destacado. Durante el año 2006 no se ha recurrido a la vía de la delegación legislativa prevista por el artículo 15.3 del Estatuto de Autonomía. Se consolida lapidariamente, de este modo, una línea legislativa afirmada en el ámbito de la Comunidad de Madrid desde su constitución en 1983. De hecho, tan sólo en una ocasión el Parlamento autonómico procedió a delegar en el Gobierno, concretándose la delegación en la aprobación por el Gobierno de la Comunidad del Decreto Legislativo 1/2000, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid. Un Texto Refundido, por lo demás, cuyas prescripciones han sido objeto de reforma por sucesivas leyes parlamentarias todos los años, sin excepción.

2.2. Las previsiones económico-financieras: los Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2007

La estabilidad institucional de la Comunidad ha permitido la aprobación en sede parlamentaria, antes del comienzo del ejercicio, de las previsiones presupuestarias para el próximo año 2007, esto es, el esqueleto de la política gubernamental desprovisto de toda ideología embellecedora.

De este modo, el Pleno de la Asamblea de Madrid, en su sesión de 20 y 21 de diciembre, otorgó su aprobación definitiva al Proyecto de Ley 2/2006, convertido en la Ley 3/2006, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2007 —publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 309, de 29 de diciembre, pp. 2 y ss.—.

La Ley 3/2006, cuyo articulado responde a la misma estructura que la Ley de Presupuestos para 2006 —comprendiendo un artículo menos—, está conformada por un Preámbulo y un texto articulado de sesenta y cuatro preceptos, divididos en seis títulos —Título I, «*De los créditos presupuestarios*», arts. 1 a 16; Título II, «*De los gastos de personal*», arts. 17 a 33; Título III, «*De las operaciones financieras*», arts. 34 a 41; Título IV, «*Procedimientos de gestión presupuestaria*», arts. 42 a 58; Título V, «*Disposiciones sobre el sector público de la Comunidad de Madrid*», arts. 59 a 63; y Título VI, «*De las tasas*», art. 64—. Complementan el texto articulado once disposiciones adicionales, una Transitoria Única y dos finales, en mérito de la Segunda de las cuales se determinó la entrada en vigor de la Ley el día 1 de enero de 2007.

De su contenido sustantivo, basado en el mantenimiento de la estabilidad presupuestaria como eje central, ha de destacarse, sumariamente, lo que sigue.

La parte principal del contenido esencial de la Ley la conforma su Título I, en la medida en que su Capítulo I incluye la totalidad de los gastos e ingresos que conforman los Presupuestos Generales de la Comunidad, integrados por los Presupuestos de las Instituciones y de la Administración de la Comunidad, de sus Organismos Autónomos, de sus Empresas Públicas y Entes Públicos. De igual modo, en este Capítulo se recogen los importes de los beneficios fiscales que afectan a los tributos de la Comunidad. El Capítulo II contiene normas sobre el carácter limitativo y vinculante de los créditos y sobre su régimen de modificación, estableciendo limitaciones específicas para las transferencias de créditos destinados a Planes Especiales de Actuaciones e Inversiones, gastos asociados a ingresos, o al Programa Regional de Inversiones y Servicios de Madrid (PRISMA). De igual forma, se regulan determinadas excepciones a las limitaciones para las transferencias de crédito previstas en la Ley reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid.

El Título II regula en su Capítulo I el régimen de retribuciones del personal al servicio del sector público de la Comunidad, distinguiendo según la relación sea laboral, funcionarial o estatutaria, con un incremento del 2 por 100. Asimismo, se regula la oferta de empleo público, estableciendo restricciones a la contratación de personal laboral temporal y al nombramiento

de funcionarios interinos. Su Capítulo II concreta las retribuciones del personal laboral y no funcionario, la prohibición de cláusulas indemnizatorias y los requisitos para la contratación de personal laboral con cargo a los créditos para inversiones.

En el Título III, su Capítulo I recoge los límites y la autorización para el endeudamiento anual de la Comunidad, los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas, las Empresas Públicas y demás Entes Públicos que se clasifiquen en el Sector de Administraciones Públicas de acuerdo con el Reglamento (CE) 2.223/96 del Consejo, de 25 de junio, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad (SEC95). Por su parte, el Capítulo II establece una serie de medidas para garantizar una correcta ejecución de las funciones de tesorería.

En cinco capítulos se divide el Título IV. El Capítulo I establece la cuantía de los gastos reservados al Gobierno de la Comunidad para su autorización. En el II se fijan los módulos económicos para la financiación de centros docentes privados sostenidos con fondos públicos. El régimen presupuestario de las Universidades Públicas y la liquidación de las transferencias a sus Presupuestos se recogen en el Capítulo III. Por su parte, el Capítulo IV regula determinadas especialidades del régimen de gestión económica y presupuestaria del Servicio Madrileño de Salud. Por último, el Capítulo V establece otras normas de gestión presupuestaria y especialidades en el ejercicio de la función interventora y en el pago de determinadas subvenciones, además de las cuantías de la prestación de la Renta Mínima de Inserción.

Las disposiciones generales sobre la reordenación del sector público se establecen en el Título V, autorizándose la formalización de convenios de colaboración en materia de infraestructuras.

Por último, la actualización de la tarifa de las tasas de cuantía fija vigentes en la Comunidad de Madrid es el objeto del Título VI.

Por su parte, las disposiciones adicionales complementan el marco jurídico presupuestario, recogiendo preceptos de índole muy diversa. Nos limitamos a destacar que, en materia de personal, se establece la previsión de armonización de incrementos salariales con las disposiciones del Estado, la suspensión de determinados artículos de la Ley de la Función Pública de la Comunidad de Madrid —en línea con los ejercicios precedentes—, la no utilización de empresas de trabajo temporal para resolver las necesidades laborales y ciertas previsiones respecto del personal que resulte transferido durante 2007.

Desde estas premisas, cabe concluir que, conforme declara el Preámbulo de la Ley, los Presupuestos para 2007 apuestan por la formación bruta de capital, con especial intensidad en infraestructuras del transporte, educación, vivienda, medio ambiente y cultura. Con dicho objeto se destinan importantes inversiones para la construcción de carreteras, accesos, enlaces, duplicaciones de calzadas, variantes de poblaciones, así como para el acondicionamiento de las infraestructuras ya existentes; se continúa la ejecución del Plan de Vivienda 2005-2008; y se dedica especial atención al Plan Forestal y a la prevención y lucha contra los incendios.

2.3. Las medidas fiscales y administrativas de acompañamiento a los Presupuestos de la Comunidad

Presupuesta la disciplina presupuestaria, su aprobación, como viene siendo costumbre consolidada, estuvo acompañada, a iniciativa gubernamental —Proyecto de Ley 4/2006—, de la paralela tramitación y aprobación de otra disposición legal de contenido económico-financiero, tendente a establecer un conjunto de medidas normativas dispersas, fundamentalmente de carácter tributario, cuyo único punto de conexión radica en estar ligadas a los objetivos fijados en la Ley de Presupuestos.

Las mismas se concretaron en la aprobación por el Pleno de la Asamblea de Madrid, en la propia sesión de 20 y 21 de diciembre, de la Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas —publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 309, de 29 de diciembre, pp. 623 y ss.—. Su contenido es el típico de las denominadas «leyes de acompañamiento», comprendiendo un conjunto de medidas normativas vinculadas a los objetivos establecidos para 2007 en la Ley de Presupuestos; medidas de naturaleza tributaria, aunque también se incorporan otras de carácter administrativo que afectan, fundamentalmente, al régimen jurídico de las subvenciones y del patrimonio, a la gestión de recursos humanos y a la organización administrativa.

La Ley 4/2006, tras un prolífico y detallado Preámbulo, se estructura en seis Capítulos, dos menos que los de su predecesora para 2006 —Ley 7/2005—. En concreto, el articulado está conformado del siguiente modo: Capítulo I, «*Tributos*», artículos 1 a 6; Capítulo II, «*Subvenciones*», artículos 7 y 8; Capítulo III, «*Patrimonio*», artículo 9; Capítulo IV, «*Recursos humanos*», artículos 10 y 11; Capítulo V, «*Organismos públicos*», artículos 12 a 15; y Capítulo VI, «*Procedimientos administrativos*», artículos 16 a 21. Complementan el texto articulado tres disposiciones adicionales, una Transitoria única, una Disposición Derogatoria Única —que procede a la derogación expresa de los arts. 1 a 5 y la Disposición Transitoria Primera de la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas; dejando sin efecto en el ámbito de la Comunidad de Madrid los arts. 16.1 y 29 a 34 del Real Decreto Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre Selección de Personal Estatutario y Provisión de Plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social— y tres disposiciones finales, la última de las cuales dispone la entrada en vigor de la Ley el día 1 de enero de 2007.

Su impacto en el ordenamiento autonómico y su trascendencia práctica compelen a considerar, de forma sumaria, su contenido, a cuyo efecto han de diferenciarse los dos grandes bloques temáticos que expresa su propia rúbrica.

De un lado, las medidas de orden fiscal y tributario, que constituyen el núcleo esencial de la Ley y se recogen en el Capítulo I, concreción del ejercicio de las competencias normativas que otorga a la Comunidad, en relación con los tributos estatales cedidos, la Ley 21/2001, de 27 de diciembre,

por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía. Respecto del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se reduce la escala autonómica en un punto, se regulan las deducciones aplicables sobre la cuota íntegra autonómica, se mantienen las deducciones vigentes durante 2005 y 2006 y se amplían los límites de nivel de renta para su aplicación. En el Impuesto sobre el Patrimonio se conservan los mínimos exentos establecidos por la precedente Ley 7/2005. En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se regulan las reducciones de la base imponible aplicables a las adquisiciones *mortis causa*, la tarifa y los coeficientes correctores de la cuota, así como las bonificaciones en la misma. Ha de destacarse que la Ley comporta la vigencia de las prescripciones de su predecesora, con una novedad destacable: se amplía la bonificación en la cuota para las adquisiciones *mortis causa*, que ya resultaba de aplicación a los descendientes del causante menores de veintiún años, a todos los descendientes, así como a los ascendientes y al cónyuge del mismo. En el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados se conservan las disposiciones vigentes durante el año 2006. Por último, en la tributación sobre el juego se regulan la base imponible y el tipo tributario aplicable a la nueva modalidad del bingo electrónico. Además, se suprime una tasa establecida por la Ley de Tasas y Precios Públicos, realizándose modificaciones de carácter técnico en otras seis, sin impacto recaudatorio.

De otro, las medidas de orden administrativo, caracterizadas por su heterogeneidad, afectando al régimen jurídico de las subvenciones y del patrimonio, a la gestión de recursos humanos y a la organización administrativa.

Así, el Capítulo II contiene diversas modificaciones del texto de la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de Subvenciones de la Comunidad de Madrid. El Capítulo III opera diversas modificaciones en la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid. El Capítulo IV, en materia de recursos humanos, introduce dos modificaciones puntuales que afectan al personal sanitario. En el Capítulo V se contienen algunas medidas específicas relativas a organismos públicos de la Comunidad de Madrid, especialmente destinadas a contemplar la gestión de los nuevos hospitales construidos en el marco del Plan de Infraestructuras Sanitarias 2004-2007, así como a la creación del Instituto de Nutrición y Trastornos Alimentarios de la Comunidad, la adaptación de la composición del Consejo de Administración de la Academia de Policía Local y a la afectación del rendimiento del recurso camerí permanente a la Cámara Oficial de Comercio e Industria, en consonancia con la Sentencia del Tribunal Constitucional 206/2001, de 22 de octubre. El Capítulo VI se destina a la modificación de aspectos concretos en relación con determinados procedimientos administrativos de la Comunidad, reformando la Ley 6/2001, de 3 de julio, del Juego de la Comunidad de Madrid, la Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se Establece la Duración Máxima y el Régimen de Silencio Administrativo de Determinados Procedimientos, la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los

Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, la Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos, la Ley 16/1999, de 29 de abril, de Comercio Interior de la Comunidad de Madrid, y la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

No puede cerrarse este apartado sin destacar que, frente al singular planteamiento de la Ley 2/2004, la Ley 4/2006, en línea con sus predecesoras —Ley 5/2004 y Ley 7/2005—, aunque de forma matizada, se orienta en la línea en virtud de la cual las «leyes de acompañamiento» han de incidir de una forma moderada en el ordenamiento de la Comunidad. No puede olvidarse que la propia naturaleza de este tipo de disposiciones y la heterogeneidad de su contenido normativo generan una cierta inseguridad jurídica, obligando a sus destinatarios y a los operadores jurídicos en general a un seguimiento exhaustivo de las múltiples y puntuales reformas que anualmente se introducen.

2.4. Otras disposiciones legales aprobadas por la Comunidad de Madrid

La Asamblea de Madrid, en el período de sesiones febrero-junio, sexto de su VII Legislatura, procedió a la aprobación de dos normas con rango de ley: la primera derivada del Proyecto de Ley 8/2005, de Reconocimiento de la Universidad Privada «Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)» —Ley 1/2006—; y la segunda a consecuencia del Proyecto de Ley 1/2006, de Supresión del Consejo Audiovisual de la Comunidad de Madrid —Ley 2/2006—.

Conforme se ha anticipado, en el sucesivo período de sesiones, el séptimo de la Legislatura —septiembre-diciembre de 2006—, la Cámara no ha aprobado ninguna otra norma legal, al margen de las dos de contenido económico-financiero de las que se ha hecho mérito, quedando pendiente para el ejercicio 2007 la sustanciación del Proyecto de Ley 3/2006, de Mediación de la Comunidad de Madrid.

De acuerdo con su respectivo número de orden, la estructura y contenido de las dos disposiciones legales referidas puede sintetizarse en los siguientes términos.

2.4.1. *La Universidad Privada a Distancia de Madrid (UDIMA)*

En su sesión de 8 de junio, el Pleno de la Asamblea de Madrid procedió a la consideración del Dictamen de su Comisión de Educación y consecuente aprobación de la Ley por la que se reconoce la Universidad Privada «Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)», primera que, referida a una universidad no presencial sino a distancia, se tramita en la Comunidad de Madrid desde la asunción de las competencias en materia de educación universitaria.

La Ley, formalizada tras su promulgación como Ley 1/2006, de 14 de junio, fue publicada, con efectos de publicidad formal, en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 152, de 28 de junio, p. 5.

La Ley está conformada por ocho artículos, sin división en títulos, capítulos o secciones. Su contenido se limita al reconocimiento de la nueva Universidad —art. 1—, así como a disciplinar, de forma genérica, aspectos tales como la estructura de la Universidad —art. 2—, la necesidad de recabar autorización expresa del Gobierno de la Comunidad para su puesta en funcionamiento —art. 3—, los requisitos de acceso de los alumnos —art. 4—, el plazo mínimo en que debe mantenerse en funcionamiento la Universidad y sus centros —art. 5—, la posibilidad de la Administración autonómica de establecer garantías —art. 6— o realizar inspecciones que aseguren el cumplimiento por la Universidad de los requisitos que establece la legislación vigente o los compromisos adquiridos con su reconocimiento —art. 7— y la exigencia de elaboración de una memoria anual detallada de las actividades realizadas —art. 8—.

Complementan el texto articulado tres disposiciones adicionales —que, sucesivamente, llevan por rúbrica «*Titulaciones oficiales*», «*Caducidad del reconocimiento legal*» y «*Transmisión o cesión de titularidad*»—, y dos disposiciones finales —que tienen como finalidad habilitar al Consejero de Educación para dictar las disposiciones precisas para la aplicación y desarrollo de lo dispuesto en la Ley y determinar su entrada en vigor el día siguiente al de su publicación oficial, es decir, desde el 29 de junio—.

Interesa destacar, por último, que, a tenor de su Anexo, «*Centros y enseñanzas iniciales de la Universidad*», la Universidad se conformará por dos facultades. En la primera, Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y Humanidades, se podrán cursar y expedir los siguientes ocho títulos: Licenciado en Derecho; Licenciado en Administración y Dirección de Empresas; Licenciado en Psicología; Licenciado en Periodismo; Licenciado en Historia; Licenciado en Ciencias del Trabajo; Diplomado en Turismo; y Diplomado en Ciencias Empresariales. En la segunda, Facultad de Enseñanza Técnica, se impartirán las enseñanzas correspondientes a los siguientes tres títulos: Ingeniero en Informática; Ingeniero Técnico en Informática de Sistemas; e Ingeniero Técnico en Informática de Gestión.

2.4.2. La supresión del Consejo Audiovisual de la Comunidad de Madrid

Consecuencia de una polémica política previa respecto de la actuación del Consejo Audiovisual de otra Comunidad Autónoma, la segunda ley aprobada por la Asamblea de Madrid, en sesión plenaria de 15 de junio, tiene por objeto la modificación puntual de la precedente Ley 2/2001, de 18 de abril de 2001, de Contenidos Audiovisuales y Servicios Adicionales, en orden a suprimir tanto el Consejo Audiovisual como la Comisión Técnica Audiovisual de la Comunidad de Madrid establecidos por la misma.

La Ley, formalizada tras su promulgación como Ley 2/2006, de 21 de junio, fue publicada, con efectos de publicidad formal, en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 166, de 14 de julio, p. 9.

La Ley está conformada por un artículo Único, cuya rúbrica —«*Supresión del Consejo Audiovisual y de la Comisión Técnica Audiovisual de la Comunidad de Madrid*»— expresa el objeto de la Ley. El aludido precepto se complementa con una Disposición Derogatoria —sin rúbrica, en virtud de la cual, de forma específica, se procede a derogar el Decreto 42/2002, de 7 de marzo, por el que se regula la Comisión Técnica Audiovisual, y el art. 4.2, el Capítulo IV, salvo el art. 28, y la Disposición Adicional Segunda de la Ley 2/2001, de 18 de abril, de Contenidos Audiovisuales y Servicios Adicionales de la Comunidad de Madrid— y dos disposiciones finales —la primera en orden a precisar las «*Referencias normativas al Consejo Audiovisual y a la Comisión Técnica Audiovisual*» y la segunda a determinar la entrada en vigor de la Ley al día siguiente al de su publicación oficial, esto es, desde el día 15 de julio—.

III. EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

3.1. Líneas generales de su ejercicio por el Gobierno de la Comunidad

De forma semejante a lo sucedido con la producción legislativa, el Ejecutivo regional ha mantenido la tendencia a la reducción en el ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuyen los vigentes artículos 22.1 y 40.2 del Estatuto de Autonomía. En concreto, el número de Decretos aprobados por el Consejo de Gobierno que durante el año 2006 han accedido al *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* es de ciento diecinueve.

A los mismos han de sumarse los puntuales y variados Decretos dictados por la Presidencia de la Comunidad, especialmente el número 1/2006, de 26 de enero, por el que se nombra al Defensor del Paciente en el Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 27 de enero), y los números 3 y 4/2006, de 12 de junio, relativos al cese y nombramiento de la Consejera de Transportes e Infraestructuras (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 13 de junio).

Constatado el dato numérico, resulta necesario realizar dos precisiones.

En primer lugar, que el volumen cuantitativo de la producción reglamentaria constituye una constante en la dinámica de la Administración autonómica durante la VII Legislatura en curso. De hecho, si en 2004 el Consejo de Gobierno aprobó ciento cincuenta y seis Decretos, en 2005 la cifra se redujo a ciento treinta y tres, registrándose ciento doce en 2005 y ciento diecinueve en 2006. Frente a dichos datos, sirva recordar que en el año 2002 el número de Decretos acordados por el Presidente de la Comunidad y su Consejo de Gobierno rebasó la cifra de cuatrocientos.

Segundo, que la gran mayoría de los Decretos referidos carece de contenido normativo sustantivo en sentido estricto, tratándose de disposiciones

organizativas y domésticas, especialmente relativas al nombramiento y cese de distintos cargos y miembros de organismos dependientes de la Comunidad —hasta un total de cuarenta y ocho Decretos, de los ciento diecinueve aprobados—, al margen de las modificaciones operadas en la estructura orgánica de cuatro de sus Consejerías y de la creación, disciplina, modificación o extinción de otros organismos integrantes de la Administración autonómica y de su sector público.

Presupuesto lo anterior, cabe destacar lo que sigue.

3.2. Reglamentos de carácter general en desarrollo de prescripciones legales

En desarrollo de las determinaciones legalmente establecidas, configurando un reglamento de carácter general o procediendo a su modificación, se han dictado distintas disposiciones.

De las mismas, sin perjuicio del detalle que, sumariamente y de acuerdo con su número de orden, se realiza a continuación, han de destacarse las relativas al proceso de adjudicación de viviendas del Instituto de la Vivienda de Madrid, a la aplicación al Metro Ligero del Reglamento de Viajeros del Ferrocarril Metropolitano, a las medidas sanitarias frente al tabaquismo y al establecimiento del régimen jurídico tanto de los Casinos de Juego como de las Apuestas en la Comunidad de Madrid.

- a) El Decreto 6/2006, de 19 de enero, aprobó las medidas para la mejora de la prestación farmacéutica a los pacientes crónicos (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 25, de 30 de enero, pp. 58 y ss.).

Los cuatro artículos del Decreto tienen por objeto definir las actuaciones necesarias para optimizar la prestación farmacéutica que reciben los pacientes que padecen enfermedades crónicas y adaptar a sus necesidades específicas los procedimientos encaminados a mejorar y agilizar la prestación. Complementan el articulado una Disposición Transitoria y tres finales, la última de las cuales determinó la entrada en vigor del Decreto a los diez días de su publicación oficial.

- b) La regulación del proceso de adjudicación de viviendas de la Comunidad de Madrid ha sido objeto de sucesivas reformas, desde su originario establecimiento mediante el Decreto 23/1987, de 26 de marzo. Desde dicho momento, se han sucedido el Decreto 5/1994, de 20 de enero, el Decreto 114/1996, de 25 de julio, el Decreto 31/1998, de 20 de febrero, y el Decreto 195/2000, de 31 de agosto.

Procediendo a la derogación de este último, el Decreto 19/2006, de 9 de febrero (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 45, de 22 de febrero, pp. 6 y ss.), introduce una nueva disciplina del proceso de adjudicación de viviendas del Instituto de la Vivienda de Madrid. Sus veintiséis artículos, agrupados en seis capítulos, introducen un sistema de adjudicaciones más sencillo y flexible, que dificul-

ta el fraude y está más atento a la problemática social de los adjudicatarios, estableciendo unos estándares económicos adecuados a la actual situación. Al efecto se introducen diversas modificaciones, destacando la fijación de nuevos ingresos ponderados máximos para las viviendas en arrendamiento y arrendamiento con opción de compra, pasándose de 15.025,30 euros a 3,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Además, se establecen como sistemas de adjudicación los de sorteo, situaciones de especial necesidad y emergencia social. Se regula un sistema de acceso por especial necesidad mucho más sencillo en su planteamiento y con cierta flexibilidad en cuanto a su baremación, de forma que permita a la Administración atender situaciones que el precedente Decreto no contemplaba. El sistema denominado de emergencia social está previsto para acontecimientos extraordinarios que requieran la intervención pública a fin de procurar alojamiento temporal o permanente a colectivos o individuos. La apreciación de la emergencia social y la adjudicación se realizará mediante acuerdo de Consejo de Gobierno. Complementan el texto articulado siete disposiciones adicionales, contemplando la Cuarta la posibilidad de que el Instituto de la Vivienda de Madrid adopte medidas para favorecer la integración vecinal mediante la intervención de asistentes y educadores sociales en el ámbito de sus promociones, dos disposiciones transitorias, una Deregulación Única y dos finales, la segunda de las cuales determina la entrada en vigor del Decreto al día siguiente de su publicación oficial. El Decreto, por último, incorpora un Anexo, comprensivo de los criterios de baremación.

- c) El Reglamento de Organización y Funcionamiento del Observatorio Regional sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos de la Comunidad de Madrid ha sido aprobado por el Decreto 25/2006, de 2 de marzo (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 69, de 22 de marzo, pp. 5 y ss.).

El Observatorio Regional es un órgano asesor y técnico de apoyo científico permanente, cuya creación preveía el artículo 43 de la Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos. Los doce artículos que conforman el Reglamento proceden a delimitar la adscripción orgánica del Observatorio a la Agencia Antidroga de la Comunidad, en orden a hacer factible la participación activa tanto de las Administraciones Públicas como de las Instituciones y Organizaciones Sociales. En el mismo, por lo demás, se fijan sus funciones, composición y normas de actuación.

- d) Como consecuencia de la próxima puesta en funcionamiento de las nuevas Líneas de Metro Ligero de «Colonia Jardín» a Boadilla del Monte y Pozuelo de Alarcón, de Pinar de Chamartín a Sanchinarro y Las Tablas, así como de Parla, el Decreto 57/2006, de 29 de junio, procede a la extensión de la aplicación del Reglamento de Viajeros del Ferrocarril Metropolitano al Metro Ligero en la Comunidad de

Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 157, de 4 de julio, pp. 6 y ss.).

Este es el objeto de su artículo único, que extiende la aplicación del Reglamento de Viajeros del Ferrocarril Metropolitano de Madrid, aprobado por Decreto 49/1987, de 8 de mayo. Complementan el texto del Decreto una Disposición Adicional y dos finales, la segunda de las cuales determinó su entrada en vigor al día siguiente al de su publicación oficial.

- e) El Decreto 58/2006, de 6 de julio, aprueba el Reglamento de Casinos de Juego en la Comunidad de Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 178, de 28 de julio, pp. 4 y ss.).

Su finalidad radica en refundir la totalidad de la normativa aplicable en materia de casinos de juego. Al margen de lo anterior, sus prescripciones introducen importantes novedades, especialmente por lo que respecta a la liberalización de aspectos de la gestión interna y del funcionamiento de estos establecimientos de juego, sin merma de las garantías de los jugadores.

El Reglamento se estructura en tres títulos, precedidos de un Título Preliminar, «*Disposiciones generales*», en el que se regula su objeto y ámbito de aplicación, artículos 1 y 2. El Título I, denominado «*Régimen de autorizaciones*», artículos 3 a 11, incorpora la regulación que se contenía en el Decreto 123/2001, de 1 de agosto, si bien con modificaciones de carácter técnico o de redacción de algunos preceptos. Por su parte, el Título II, «*Régimen interior de los casinos de juego*», artículos 12 a 42, establece una nueva regulación de los aspectos de personal y de admisión y funcionamiento de las salas que constituyen el régimen interior de los casinos de juego. En este sentido, se permite una mayor libertad de autoorganización, regulando únicamente aquellos aspectos que, por afectar al correcto desarrollo de los juegos que se practican, se consideran objeto de regulación reglamentaria. Por último, el Título III, «*Juegos exclusivos de casinos de juego*», artículos 43 a 153, desarrolla el contenido básico establecido en el Catálogo de Juegos y Apuestas de la Comunidad de Madrid, incorporando todo el contenido que, en relación con los mismos, se encontraba disperso en la normativa precedente. El Reglamento, a tenor de la Derogatoria Única del Decreto 58/2006, procede a la derogación de las siguientes cuatro disposiciones: la Orden 2.071/1995, de 24 de octubre, del Consejero de Hacienda, por la que se modifica parcialmente la Orden del Ministerio del Interior de 9 de enero de 1979, que aprobó la versión definitiva del Catálogo de Juegos; la Orden 2.247/1999, de 9 de julio, del Consejero de Hacienda, por la que se establecen las normas sobre los naipes destinados a ser utilizados en casinos, para los juegos de «*black jack*», treinta y cuarenta, punto y banca y «*bacará*»; el Decreto 123/2001, de 1 de agosto, por el que se establece el Procedimiento para la Concesión de Autorizaciones de Casinos de Juego; y

el Decreto 151/2002, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Póquer en los Casinos de Juegos en la Comunidad de Madrid. Su entrada en vigor, en los términos de la Disposición Final Séptima del Decreto 58/2006, se produjo a los veinte días de su publicación oficial.

- f) El Decreto 59/2006, de 20 de julio, estableció el Plan de Protección Civil de Emergencia por Incendios Forestales en la Comunidad de Madrid (INFOMA) (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 172, de 21 de julio, pp. 8 y ss.), que entró en vigor el mismo día de su publicación oficial.
- g) En desarrollo de lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid, la ordenación de los establecimientos hoteleros de la Comunidad se estableció por el Decreto 159/2003, de 10 de julio.

Sus prescripciones han sido objeto de modificación puntual por el Decreto 77/2006, de 28 de septiembre (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 241, de 10 de octubre, pp. 5 y ss.). Sus tres artículos tienen por objeto, a efectos de adecuar el sector al cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 159/2003, modificar el período transitorio previsto en dicho Decreto, ampliando a diez años el plazo de cinco años inicialmente previsto. Asimismo, se ha considerado necesario la modificación de su artículo 17, con el fin de homogeneizar el tratamiento jurídico establecido en relación con el régimen de precios y cómputo de jornada de los alojamientos turísticos objeto de regulación, derogando, en consecuencia, la Orden 6.576/2003, de 24 de julio, por la que se desarrollaba el artículo 17.2 del Decreto. Por último, se modifica el artículo 24, relativo a hoteles de 4 estrellas, con la finalidad de proporcionar una mayor libertad empresarial en lo referente al equipamiento de los servicios en las habitaciones. En virtud de su Disposición Final, el Decreto 77/2006 entró en vigor el día siguiente al de su publicación oficial.

- h) El Decreto 92/2006, de 2 de noviembre, modifica la regulación de las condiciones materiales y aquellos otros aspectos necesarios para la celebración de elecciones a la Asamblea de Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 264, de 6 de noviembre, p. 3).

El objeto de su artículo único es sustituir las referencias contenidas en la normativa vigente al Consejero de Presidencia, entendiéndose efectuadas al Vicepresidente Primero y Portavoz del Gobierno, de conformidad con la vigente estructura departamental de la Comunidad.

- i) Al amparo de la Disposición Final Primera de la Ley aprobada por las Cortes Generales, y oído el parecer contrario del Consejo de Estado, el Decreto 93/2006, de 2 de noviembre, contiene el desarrollo y ejecución en la Comunidad de Madrid de la Ley 28/2005, de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo y reguladora de la Venta, el

Suministro, el Consumo y la Publicidad de los Productos del Tabaco (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 265, de 7 de noviembre, pp. 6 y ss.).

El Decreto está conformado por diecisiete artículos, divididos en tres Capítulos, «*Disposiciones generales*» —arts. 1 a 8—, «*Señalización*» —arts. 9 a 14— y «*Régimen sancionador*» —arts. 15 a 17—. Complementan sus prescripciones, origen de una abierta polémica con el Ministerio de Sanidad, dos disposiciones adicionales, una Transitoria Única y tres finales, en virtud de la última de las cuales el Decreto entró en vigor al día siguiente de su publicación oficial. El texto se cierra con seis Anexos.

- j) La utilización de la firma electrónica en las relaciones con la Administración de la Comunidad de Madrid por medios electrónicos, informáticos y telemáticos se reguló por el Decreto 94/2006, de 8 de noviembre (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 268, de 10 de noviembre, pp. 5 y ss.).

El Decreto procede a la adaptación de la legislación de la Administración autonómica a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, afirmando el régimen de libre competencia en la prestación de los servicios de certificación, al margen de atribuir a la firma electrónica reconocida el mismo valor que a la firma manuscrita. Por lo demás, el objetivo del Decreto, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 4.1 y 2 de la Ley, no es otro que el desarrollo de las condiciones adicionales a la utilización de la firma, mediante la regulación de las características específicas de la aplicación existente en la Administración de la Comunidad de Madrid y los trámites necesarios para que todos los prestadores de servicios de certificación que emitan certificados electrónicos reconocidos puedan comunicar a la Administración de la Comunidad su intención de relacionarse con ella a través de medios informáticos, electrónicos y telemáticos, adaptándose a las condiciones tecnológicas que se desarrollan en el Decreto. La Administración de la Comunidad de Madrid verificará que dichos certificados se ajustan a lo establecido en el artículo 11 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre. Este es el contenido sustantivo de los trece artículos que integran el Decreto, sin división interna, además de una Disposición Adicional, una Disposición Derogatoria y dos disposiciones finales, la segunda de las cuales determina su entrada en vigor el día siguiente al de su publicación oficial.

- k) En desarrollo de la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el Registro correspondiente, el Decreto 101/2006, de 16 de noviembre, regula el Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 283, de 28 de noviembre, pp. 37 y ss.).

A tenor de lo dispuesto en el artículo 12.3 de la Ley 3/2005, el Decreto procede a su desarrollo, poniendo en funcionamiento un

Registro que contribuirá a facilitar que los ciudadanos puedan dejar constancia de sus instrucciones previas y, al mismo tiempo, facilitará que los profesionales sanitarios presten asistencia, respetando todos los derechos que corresponden a los pacientes en relación con las mismas. Las finalidades del Registro son: de un lado, recopilar y custodiar las instrucciones previas registradas, así como su modificación, sustitución o revocación, en su caso; y, de otro, hacer posible la consulta ágil y rápida de la voluntad de la persona otorgante, facilitando la aplicabilidad de la misma, en aquellos supuestos que prevé la Ley. Con dicha finalidad se crea un fichero automatizado de datos de carácter personal, que garantizará la confidencialidad, la seguridad y la integridad de los datos. Así lo concretan los diez artículos que integran el Decreto, estructurados en cuatro capítulos: Capítulo I, «*Disposiciones Generales*», artículos 1 y 2; Capítulo II, «*Del Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid*», artículos 3 a 5; Capítulo 3, «*Del procedimiento de inscripción*», artículos 6 a 9; y Capítulo IV, «*Entrega del documento de instrucciones previas*», artículo 10. Complementan el articulado dos disposiciones adicionales, una Derogatoria Única y dos finales, la segunda de las cuales determinó la entrada en vigor del Decreto a los quince días de su publicación oficial.

- l) Por último, el Decreto 106/2006, de 30 de noviembre, aprueba el Reglamento de Apuestas en la Comunidad de Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 300, de 18 de diciembre, pp. 14 y ss.).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 26.1.29 de su Estatuto de Autonomía, la Comunidad de Madrid tiene la competencia exclusiva en materia de casinos, juegos y apuestas, con exclusión de las apuestas mutuas deportivo-benéficas. En ejercicio de esta competencia se aprobó la Ley 6/2001, de 3 de julio, del Juego en la Comunidad de Madrid, en cuyo artículo 3.2.g) se establece que se incluirán en el Catálogo de Juegos y Apuestas, instrumento básico de ordenación de los juegos, las apuestas sobre acontecimientos deportivos o sobre aquellos de otro carácter previamente determinados. El Reglamento que aprueba el considerado Decreto tiene por objeto la regulación de las apuestas, llenando el vacío normativo existente en la materia y estableciendo la prohibición expresa de apuestas que atenten contra los derechos y libertades o que se fundamenten en la comisión de ilícitos penales o administrativos, eventos prohibidos o acontecimientos de carácter político o religioso.

El Reglamento está estructurado en seis títulos y comprende siete Anexos, en los que se establecen modelos normalizados de documentos. El Título Preliminar, «*Disposiciones generales*», artículos 1 a 7, disciplina el objeto y ámbito de aplicación, las apuestas prohibidas, las definiciones necesarias para una mejor comprensión de los términos propios de la materia regulada, la tipología de las apuestas, el régimen jurídico aplicable, las atribuciones del órgano competente en materia de ordenación y gestión del juego y las limitaciones a la participación

en las apuestas. El Título I, *«Del régimen de organización y comercialización de las apuestas»*, artículos 8 a 21, prevé la necesidad de autorización previa para la explotación de la actividad de apuestas, estableciendo los requisitos que han de cumplir los solicitantes de la misma, así como la documentación que habrán de acompañar a la correspondiente solicitud. En dicho Título, asimismo, se regula el régimen propio de la autorización y la homologación del material de apuestas. El Título II, *«De las apuestas»*, artículos 22 a 33, regula los procedimientos y condiciones de formalización de las apuestas, destacando su realización a través de medios de comunicación a distancia o interactivos, la publicidad de aquéllas y el reparto de premios. El Título III, *«De los locales de apuestas e instalaciones auxiliares»*, artículos 34 a 42, establece los locales específicos donde pueden realizarse las apuestas, así como aquellos otros establecimientos donde se desarrollan otras actividades de juego, que también tienen la consideración de locales de apuestas. En este título se contienen los requisitos y condiciones que han de reunir dichos locales y el régimen aplicable a la instalación de máquinas de apuestas. El Título IV, *«De los usuarios»*, artículos 43 a 46, regula el derecho de información de los usuarios sobre las normas de funcionamiento de las apuestas, el derecho de admisión, la formulación de reclamaciones de los usuarios y la prohibición de concesión de préstamos o cualquier modalidad de crédito a los apostantes. Por último, el Título V, *«De la inspección de las apuestas y del régimen sancionador»*, artículos 47 y 48, regula el control e inspección de la actividad de apuestas y de las empresas autorizadas, así como el régimen de infracciones y sanciones mediante remisión a lo establecido en la Ley 6/2001, de 3 de julio. Por lo demás, cabe señalar que el Decreto modifica el Catálogo Parcial de Juegos y Apuestas de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 32/2004, de 19 de febrero, incorporando las apuestas objeto de regulación, su concepto, reglas básicas, modalidades y límites. Modifica, igualmente, el Reglamento de Explotación e Instalación de Máquinas Recreativas, Recreativas con Premio Programado y de Azar en la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 97/1998, de 4 de junio, para añadir la posibilidad de instalación de máquinas recreativas con premio programado, o de tipo B, en los locales de apuestas. El Decreto contempla también la opción de la explotación de los juegos y apuestas incluidos en el Catálogo de Juegos y Apuestas de la Comunidad de Madrid a través de medios o sistemas informáticos, interactivos o de comunicación a distancia por las empresas autorizadas para el desarrollo de actividades de juego, al amparo de la previsión contenida en el artículo 4.3 de la Ley 6/2001. Finalmente, se flexibiliza el régimen de la publicidad de las actividades de los juegos incluidos en el mencionado catálogo, protegiendo especialmente al público infantil.

3.3. Regulación de sectores de actividad administrativa específicos

En el apartado anterior se han considerado algunos reglamentos generales con una nítida influencia sectorial. Al margen de lo ya indicado, ha de dejarse constancia, de forma sistemática y agrupándolas por ámbitos sectoriales, de las siguientes disposiciones.

En materia de vivienda, el analizado Decreto 19/2006, de 9 de febrero, por el que se regula el proceso de adjudicación de viviendas del Instituto de la Vivienda de Madrid.

Respecto de los transportes y las infraestructuras, además del, antes analizado, Decreto 57/2006, de 29 de junio, por el que se extiende la aplicación del Reglamento de Viajeros del Ferrocarril Metropolitano al Metro Ligero en la Comunidad de Madrid, se ha dictado el Decreto 16/2006, de 2 de febrero, que estableció las compensaciones y declaró la prevalencia del interés general en la ejecución del proyecto de «Remodelación de la intersección de las carreteras M-614 y M-622, en el término municipal de Navacerrada» (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 7 de febrero). Por su parte, el Decreto 18/2006, de 9 de febrero, modificó la composición de las Juntas Arbitrales del Transporte de Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 13 de febrero). Por último, el Decreto 114/2006, de 21 de diciembre, modificó determinados términos del contrato de concesión de obra pública para la redacción del proyecto, construcción, conservación y gestión del servicio público de la nueva carretera M-45, tramo N-II Eje O'Donnell (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 27 de diciembre).

En el ámbito sanitario: el Decreto 6/2006, por el que se aprueban medidas para la mejora de la prestación farmacéutica a los pacientes crónicos (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 30 de enero); el Decreto 22/2006, de 9 de febrero, por el que se regula el proceso de integración voluntaria del personal laboral y funcionario que presta servicios en el Hospital «Carlos III» (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 17 de febrero); el Decreto 28/2006, de 23 de marzo, por el que se regula la constitución y régimen de funcionamiento de los depósitos de sangre procedente de cordón umbilical (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 28 de marzo, con corrección de errores en el posterior ejemplar de 3 de abril); y el Decreto 51/2006, de 15 de junio, regulador del Régimen Jurídico y Procedimiento de Autorización y Registro de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios de la Comunidad de Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 26 de junio).

Específicamente en el sector comercial, el Decreto 133/2006, de 21 de diciembre, por el que se establece el calendario comercial de apertura de establecimientos en domingos y festivos durante el año 2007 (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 27 de diciembre).

En relación con el turismo, tanto el considerado Decreto 77/2006, de 28 de septiembre, por el que se modifica la ordenación de establecimientos hoteleros de la Comunidad de Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de*

Madrid de 10 de octubre), como el Decreto 84/2006, de 26 de octubre, por el que se modifica el Decreto 47/1996, de 28 de marzo, por el que se regula la habilitación y actividad de guía de turismo en la Comunidad de Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 8 de noviembre, con corrección de errores en el posterior ejemplar de 7 de diciembre).

Respecto de la protección forestal, el citado Decreto 59/2006, de 20 de julio, por el que se aprueba el Plan de Protección Civil de Emergencia por Incendios Forestales en la Comunidad de Madrid (INFOMA) (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 21 de julio), y el Decreto 74/2006, de 14 de septiembre, por el que se declaran de utilidad pública 31 montes para su urgente reforestación (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 27 de septiembre).

Por lo que respecta al abastecimiento de agua, cuatro Decretos han tenido por objeto la aprobación de una cuota suplementaria en la tarifa de distribución de agua, con destino a la financiación de las obras de renovación de su red de distribución. Se trata del Decreto 10/2006, de 26 de enero, para el municipio de Las Rozas de Puerto Real (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 8 de febrero), del Decreto 11/2006, de 26 de enero, para el municipio de Villar del Olmo (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 8 de febrero), del Decreto 42/2006, para el municipio de Colmenar de Oreja (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 31 de mayo) y del Decreto 43/2006, para el municipio de Sevilla la Nueva (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 31 de mayo). Por su parte, por medio del Decreto 17/2006, de 2 de febrero, se aprueba una medida excepcional para la regulación del abastecimiento de agua en tres municipios de la Comunidad de Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 7 de febrero), mientras que por el Decreto 46/2006, de 18 de mayo, se dejan sin efecto parcialmente determinadas medidas para la regulación del abastecimiento de agua en la Comunidad de Madrid, aprobadas por Decreto 97/2005, de 29 de septiembre (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 22 de mayo). Finalmente, el posterior Decreto 107/2006, de 30 de noviembre, deja sin efecto las medidas excepcionales para la regulación del abastecimiento de agua en la Comunidad de Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 1 de diciembre).

En materia cultural, el Decreto 45/2006, de 18 de mayo, por el que se declara Bien de Interés Cultural, en la categoría de zona arqueológica, «Las Salinas Espartinas», en el término municipal de Ciempozuelos (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 24 de mayo); el Decreto 52/2006, de 15 de junio, por el que se declara Bien de Interés Cultural, en la categoría de territorio histórico, el Real Sitio de San Lorenzo de El Escorial constituido por el ámbito delimitado por la Cerca Histórica de Felipe II (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 21 de junio, con corrección de errores en el ejemplar de 7 de enero de 2006); y el Decreto 80/2006, de 19 de octubre, por el que se declara Bien de Interés Cultural, en la categoría de Monumento, la Real Fábrica de Tapices (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 24 de octubre).

Con todo, el bloque normativo más numeroso se ha centrado, de nuevo, en el ámbito de la educación. Refiriéndonos exclusivamente a su número de orden, han de recordarse los numerosos Decretos tendentes a la creación de escuelas infantiles de primer ciclo y de institutos de educación secundaria —Decretos 1, 56, 61, 62 y 68/2006—, de centros de educación de personas adultas —Decreto 95/2006—, de centros de formación profesional —Decreto 65/2006—, de centros de enseñanzas integradas —Decretos 66 y 72/2006—, de escuelas oficiales de idiomas —Decreto 69/2006— o de Conservatorios —Decreto 73/2006—. Por lo demás, han de tenerse presentes, de un lado, el Decreto 21/2006, de 9 de febrero, por el que se modifica el artículo 11 del Reglamento de Régimen Interior del Consejo Social de la Universidad Rey Juan Carlos, aprobado por Decreto 145/2004, de 9 de diciembre (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 22 de febrero), y, de otro, el Decreto 60/2006, de 20 de julio, por el que se fijan los precios públicos por estudios universitarios conducentes a títulos oficiales y servicios de naturaleza académica en las Universidades Públicas de Madrid para el curso académico 2006-2007 (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 21 de julio).

3.4. Disposiciones administrativas

En el ámbito administrativo, además del ya analizado Decreto 94/2006, sobre utilización de la firma electrónica en las relaciones con la Administración de la Comunidad de Madrid, así como del Decreto 85/2006, de 26 de octubre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 2006 (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 27 de octubre, con corrección de errores en el posterior ejemplar de 14 de noviembre), es preciso ponderar tanto el general Decreto 78/2006, de 28 de septiembre, en cuya virtud se establecen las fiestas laborales para el año 2007 en la Comunidad de Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 29 de septiembre), como el específico Decreto 119/2006, de 28 de diciembre, por el que se fija el calendario para el año 2007 de días inhábiles a efectos del cómputo de plazos administrativos en la Comunidad de Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 29 de diciembre).

Destaca, asimismo, el Decreto 67/2006, de 2 de agosto, por el que se aprueba la alteración de los términos municipales de Madrid y de Rivas-Vaciamadrid, consistente en la segregación de «Covibar Madrid» del término municipal de Madrid para agregarla al municipio de Rivas-Vaciamadrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 4 de agosto).

De igual modo, no puede omitirse el Decreto 54/2006, de 22 de junio, por el que se regula el acceso de personas con discapacidad a la Administración de la Comunidad de Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 26 de junio).

3.5. Regulación de órganos administrativos

En primer lugar y sin perjuicio de su ulterior detalle, debe dejarse constancia aquí de las distintas reformas operadas en la estructura orgánica de los departamentos que integran el Consejo de Gobierno de la Comunidad. Han sido cuatro las Consejerías que han visto modificada su organización. En efecto, a través del Decreto 5/2006, de 19 de enero, la Consejería de Inmigración (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 20 de enero), habiéndose complementado posteriormente la reforma a través de los Decretos 20/2006, de 9 de febrero, y 29/2006, de 30 de marzo (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 10 de febrero y 5 de abril, respectivamente). En segundo lugar, la Consejería de Justicia e Interior, por medio del Decreto 38/2006, de 4 de mayo (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 8 de mayo). Con posterioridad, la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, a través del Decreto 63/2006, de 29 de julio (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 24 de julio). Por último, la Consejería de Sanidad y Consumo, mediante el Decreto 97/2006, de 8 de noviembre (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 10 de noviembre).

El grupo más nutrido de Decretos aprobados por el Consejo de Gobierno en 2006 está constituido por los cuarenta y cinco Decretos cuyo objeto lo constituye el nombramiento o cese de altos cargos y miembros de organismos dependientes de la Comunidad. En concreto, limitándonos a indicar su número de orden, sin especificar los datos relativos a su fecha y publicación, los Decretos 2, 3, 4, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 23, 24, 26, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 39, 40, 41, 47, 48, 49, 53, 64, 71, 79, 82, 83, 87, 88, 89, 90, 98, 99, 100, 103, 104, 105, 109, 111, 112, 116, 117 y 118/2006.

Exceptuados los anteriores, el bloque más numeroso de las disposiciones aprobadas por el Ejecutivo regional está conformado por los Decretos relativos a la creación, disciplina, modificación o extinción de los referidos organismos de la Comunidad y de las entidades de su sector público, así como por los Decretos que proceden a autorizar la participación de la Comunidad en Fundaciones de diverso género.

El Consejo de Gobierno ha procedido a la creación de los siguientes órganos durante el año 2006: el Observatorio Regional sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos de la Comunidad de Madrid, cuyo Reglamento se establece por el Decreto 25/2006, de 2 de marzo (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 22 de marzo); el Consejo Consultivo de la Industria de la Comunidad de Madrid, por Decreto 27/2006, de 16 de marzo (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 27 de marzo); el Instituto de Medicina Legal de la Comunidad de Madrid, establecido por Decreto 37/2006, de 4 de mayo, que aprueba su Reglamento (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 9 de mayo); el Instituto Regional de Cualificaciones, creado por Decreto 55/2006, de 22 de junio (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 30 de junio, con corrección de errores en el posterior *Boletín* de 6 de julio); y el Observatorio para la Prevención de Riesgos Laborales

de la Comunidad de Madrid, por Decreto 81/2006, de 19 de octubre (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 8 de noviembre).

Respecto de la modificación de organismos, ha de recordarse el, antes citado, Decreto 18/2006, de 9 de febrero, que reformó la composición de las Juntas Arbitrales del Transporte de Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 13 de febrero).

Por último, en relación con la autorización de la participación de la Comunidad de Madrid en fundaciones: el Decreto 50/2006, de 8 de junio, respecto de la Fundación de la Energía de la Comunidad de Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 15 de junio, con corrección de errores en el posterior ejemplar de 21 de junio); el Decreto 86/2006, en relación con la Fundación Instituto de Música de Cámara de Madrid (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 13 de noviembre); el Decreto 102/2006, de 16 de noviembre, respecto de la Fundación «Centro de Poesía José Hierro» (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 24 de noviembre); así como la autorización de constitución de la Fundación ARPEGIO por la empresa pública ARPEGIO, Áreas de Promoción Empresarial, Sociedad Anónima, establecida por Decreto 110/2006, de 7 de diciembre (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 18 de diciembre).

IV. DINÁMICA POLÍTICA

4.1. La estabilidad del marco político e institucional

La dinámica política de la Comunidad de Madrid ha estado presidida durante el año 2006, conforme se ha anticipado, por la estabilidad, lo que ha permitido un funcionamiento regular de sus instituciones de autogobierno.

En consecuencia, de acuerdo con la lógica propia de un sistema de gobierno parlamentario, la actividad política se ha centrado en los debates celebrados en la Asamblea de Madrid, órgano representativo y legislativo del pueblo de Madrid en el que están representadas las tres fuerzas políticas que han consolidado su implantación en el ámbito de la Comunidad de Madrid —Partido Popular, Partido Socialista Obrero Español e Izquierda Unida—.

Desde esta premisa, lo más significativo del año 2006 ha sido, especialmente si se pondera la ausencia de otros debates monográficos, la celebración del anual «Debate sobre la Orientación de la Política General del Consejo de Gobierno», tercero y último de la VII Legislatura.

4.2. El «Debate sobre el estado de la Región»

El conocido como «Debate sobre el estado de la Región» —establecido por el Título XVI del Reglamento de la Asamblea de Madrid, arts. 218 y 219—, se sustanció en la sesión plenaria que abrió el periodo de sesiones

septiembre-diciembre, la celebrada con fecha de 19 y 20 de septiembre, reproducida en el *Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid*, núm. 758.

Antes de considerar, de forma sumaria, las distintas posiciones políticas y los acuerdos adoptados, ha de destacarse que se trata del último debate del género de la Legislatura, lo que determinó que tanto el Gobierno como la oposición aprovecharan la ocasión para efectuar un «balance» no sólo del año 2006, sino de los tres años del «Gobierno Aguirre».

En su exposición inicial, la Presidenta de la Comunidad, tras afirmar que *«he comprobado que nuestro Gobierno se presenta con los deberes razonablemente bien hechos»*, hizo un repaso de la acción gubernamental en los distintos sectores de actividad, destacando el grado de cumplimiento de los compromisos asumidos para la Legislatura, al margen de concretar los proyectos más importantes pendientes de ejecución en los siguientes ocho meses y, en su caso, tras las elecciones del 27 de mayo de 2007. Sin poder detenernos en su consideración detallada, cabe destacar que la Presidenta centró su intervención, de un lado, en acreditar el elevado nivel de ejecución del programa electoral del Partido Popular de Madrid y, de otro, en criticar la actitud del Gobierno del señor Rodríguez Zapatero respecto de la Comunidad de Madrid. No obstante lo anterior, la propia Presidenta reconoció, de manera expresa, el incumplimiento tanto del compromiso de abrir el Metro durante las noches de los fines de semana —paliado, a su juicio, con la puesta en marcha de los «buhometros»; once líneas nuevas de autobuses— como de la aprobación de una nueva Ley del Suelo —como consecuencia de la tramitación en las Cortes Generales de una reforma legislativa de la normativa estatal básica y de la ausencia de apoyo por las fuerzas de oposición en la Asamblea—. Asimismo, conviene destacar el anuncio de que la Comunidad solicitará al Gobierno de la Nación participar en la gestión del aeropuerto de Barajas y la transferencia de la red de Cercanías ferroviarias, así como la adopción de dos medidas novedosas para garantizar el suministro de agua a la ciudadanía: la recarga de los acuíferos y el riego de zonas agrícolas con agua procedente de las estaciones depuradoras. Por último, en su intervención la Presidenta anunció la inmediata remisión a la Asamblea de Madrid de un Proyecto de Ley de Garantía del Suministro Eléctrico.

La oposición, por el contrario y como es obvio, criticó frontalmente la gestión del «Gobierno Aguirre».

En primer lugar, el Sr. Marín Calvo, Portavoz de Izquierda Unida, definió severamente la política gubernamental afirmando que *«el origen de su filosofía política, señora Presidenta, está en la idea del privilegio, la falsa argucia de los poderosos de toda la vida, esa añagaza según la cual si a los ricos les va bien a los que no lo son les llegarán las migajas del crecimiento»*; añadiendo, seguidamente, que *«hoy nuestra Comunidad es económica, social y territorialmente más desigual que hace cuatro años. Usted ha profundizado aún más la ruptura entre el norte y el sur, ha ampliado la distancia en renta disponible entre los madrileños. Ha ampliado las áreas sociales excluidas, en una palabra: ha ignorado a las personas para pensar en el cemento, los negocios y el “ideologismo” radical en el que se ha embarcado su partido»*. Culminó su intervención el Sr. Marín Calvo sintetizando que *«La precariedad laboral, la*

privatización de la sanidad y la educación y la falta de acceso a la vivienda son los problemas de nuestra Comunidad».

Por su parte, el Sr. Simancas Simancas, Portavoz del Grupo Socialista, tras afirmar que «*Los ciudadanos de Madrid van a valorar su gestión y nuestra alternativa de futuro y, tras hacerlo, estoy convencido de que también apostarán por el cambio*», definió la actuación gubernamental como «*Tres años de populismo y de propaganda también, tres años de sustituir las respuestas por los gestos y las soluciones por el autobombo*». Prosiguió, en línea con los debates precedentes, cuestionando la oposición de la Presidenta de la Comunidad a todo lo que haga el Gobierno de España, desde una actitud de deslealtad institucional y de servir a intereses privados. Cerró su turno de palabra el Sr. Simancas Simancas pidiendo a la Presidenta que asumiera cinco compromisos puntuales, a efectos de su ejecución en los ocho meses restantes de Legislatura: primero, elevar el gasto educativo en un 25 por 100; segundo, revisar los contratos relativos a la construcción de los ocho nuevos hospitales; tercero, encargar a las Universidades públicas la redacción del Plan Regional de Estrategia Territorial; cuarto, un plan de movilidad sostenible y un plan para la coordinación de la obra pública que incluya la congelación de las tarifas del transporte público; y, quinto, el impulso de un gran acuerdo social e institucional en materia de inmigración.

Opinión bien distinta, como es lógico, mantuvo el Portavoz del Grupo Popular, Sr. Beteta Barreda. Presupuesto, en su opinión, que «*Aquí han venido los portavoces del Partido Socialista e Izquierda Unida a soltar un mitin, ¡un mitin para su electorado menguante porque parten de la falsedad de los datos!*», calificó la actuación de la Presidenta como «*el trienio más fecundo en la historia de la Comunidad gracias a su liderazgo*».

Cerrado el debate con los pertinentes turnos de réplica y dúplica, las propuestas de resolución de los Grupos Parlamentarios fueron presentadas por los Diputados Srs. García Castaño, de Izquierda Unida, Fernández Sanz, del Grupo Socialista, y Pérez García, del Grupo Popular.

En la ulterior votación, por el procedimiento ordinario a mano alzada, el Pleno de la Cámara autonómica procedió a la aprobación de su Resolución número 25/2006, de 20 de septiembre, publicada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 173, de 21 de septiembre, pp. 18.095-18.098, comprensiva de ocho resoluciones plenarias.

Previamente a la sintética consideración del contenido de las ocho resoluciones que la conforman —decisivo por delimitar el tramo final de la VII Legislatura—, han de destacarse dos cuestiones. En primer lugar que, como resulta obvio, ponderando la mayoría absoluta que sustenta al Ejecutivo regional, las resoluciones aprobadas constituyen expresión del Programa Político con el que la Presidenta de la Comunidad obtuvo su investidura en noviembre de 2003, hasta tal punto que, de las ocho resoluciones, siete responden a la propuesta del Grupo Popular —habiéndose aprobado exclusivamente con sus votos a favor, salvo la Quinta, que sumó los votos del Grupo Socialista— y una se aprobó, por unanimidad, a iniciativa del Grupo Izquierda Unida —su originaria propuesta de resolución núm. 7, en relación con el

desarrollo de un reglamento de accesibilidad y el acceso de los carritos de niños en los autobuses—; las otras seis resoluciones de este último, así como las siete presentadas por el Grupo Socialista fueron rechazadas. En segundo lugar y en los términos inicialmente referidos, que la tensión política con el Gobierno de la Nación se plasma en el tenor de las resoluciones plenarias; en efecto, reiterando en distintos aspectos lo acordado en los debates del Estado de la Región de 2004 y 2005, su contenido está plagado de reivindicaciones al Ejecutivo presidido por Rodríguez Zapatero.

La primera Resolución plenaria, en materia de justicia e interior, de un lado, insta al Ejecutivo autonómico a culminar el Proyecto BESCAM, hasta alcanzar los 2.500 nuevos agentes en las plantillas de las Policías Locales de 50 municipios de la Comunidad de Madrid, y, de otro, contiene diversas exigencias al Gobierno de la Nación, como la ampliación de la planta judicial en la Comunidad de Madrid con 76 nuevas unidades judiciales, la incorporación de 3.000 nuevos agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o la transferencia de las competencias en materia de control y vigilancia del Tráfico.

La Resolución número 2, en materia de política fiscal y financiación autonómica, insta al Gobierno de la Comunidad a promover la reducción de un punto en el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, exigiendo del Gobierno de la Nación: primero, que corrija la carencia de inversiones estatales que la Región ha experimentado en los dos últimos años; segundo, que aporte los créditos necesarios para acometer de inmediato el cierre de la M-50, la solución adecuada para la Radial 1, la ampliación de capacidad de la M-40 y el resto de infraestructuras demandadas por nuestra Región; y, tercero, que destine los recursos contenidos en el anexo de inversiones territorializadas para 2007 en función de las necesidades de infraestructuras de cada región, atendiendo a variables como los incrementos de población o las deficiencias en infraestructuras, al margen de criterios políticos.

En materia de infraestructuras, la Asamblea, en su Resolución número 3, insta al Gobierno de la Comunidad para que continúe con las políticas de fomento de la accesibilidad de las personas con movilidad reducida a la red de transporte público de la Comunidad de Madrid y se dirija al Gobierno de la Nación instándole a: 1.º Transferir al Consorcio Regional de Transportes sus competencias sobre la red de Cercanías ferroviarias, al objeto de poder realizar una planificación y explotación coordinada de todos los modos de transporte colectivo; 2.º Realizar la conexión del aeropuerto internacional de Barajas con la red de Cercanías-RENFE; 3.º Ejecutar los proyectos en materia de carreteras R-1, cierre norte M-50, el carril-bus de la A-1 y el resto de las infraestructuras demandadas por nuestra Comunidad, y 4.º Revisar el Plan Técnico de radio FM, con el fin de ampliar el número de emisoras planificadas. Asimismo, se insta al Ejecutivo autonómico para que: de un lado, inicie los trámites para ejecutar la M-33, desde Arganda hasta Fuentidueña de Tajo, ante el incumplimiento del Ministerio de Fomento de ampliar el recorrido de la R-3; de otro, preste su apoyo institucional a la candidatura olímpica de Madrid.

pica «Madrid 2016»; y, finalmente, respalde a Telemadrid en sus actuaciones encaminadas a conseguir que el servicio público de televisión regional garantice que todos los madrileños puedan ver las retransmisiones en directo de los partidos de fútbol de la Liga de Primera División en abierto y gratuitamente.

En materia de educación, la Resolución número 4 insta al Gobierno a reclamar del Gobierno de la Nación la transferencia de 150 millones de euros, comprometidos por el Presidente del Gobierno en su programa electoral, para la creación de plazas escolares de 0 a 3 años. Asimismo, se insta la implantación de un reconocimiento médico escolar en los Colegios Públicos de Infantil y Primaria a partir del próximo curso escolar, la culminación del Plan de Infraestructuras educativas, hasta alcanzar 161 nuevos centros en esta Legislatura, y el impulso de la apertura de 20 nuevas bibliotecas en la Región, en el marco del Plan de Fomento de la Lectura.

En materia de sanidad, uno de los compromisos principales con la ciudadanía asumidos por la Presidenta de la Comunidad, la Resolución número 5 insta al Gobierno de la Región a implantar de forma progresiva la libre elección de médico y centro hospitalario, a continuar con el Plan de Mejora de las Urgencias y las infraestructuras sanitarias y a impulsar un gran Pacto Social para luchar contra la anorexia y la bulimia.

La Resolución número 6, por lo que respecta a los asuntos sociales, insta al Gobierno a impulsar la construcción de 10 nuevas residencias de ancianos, a publicar la lista de las empresas sancionadas por infracciones graves y muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo, a difundir y fomentar la utilización de la contratación indefinida y a contribuir a la instalación de ascensores en los edificios antiguos que técnicamente lo permitan, llegando a subvencionar hasta el 70 por 100 del coste de su instalación. Al margen de lo anterior, la Asamblea de Madrid, en materia de inmigración, insta al Gobierno para que se dirija al Gobierno de la Nación a efectos de que amplíe el plazo para que los inmigrantes puedan renovar su inscripción en los padrones municipales y se apliquen los mismos criterios de contabilización en cuanto a documentos acreditativos de la residencia que se utilizaron en el último proceso de regularización masiva para acreditar la residencia. Asimismo, se insta del Gobierno central que con carácter previo se informe y consulte de los trasladados de inmigrantes y se incremente el Fondo de Acogida e Integración de Inmigrantes, hasta alcanzar los 2.300 millones de euros aprobados por el Senado.

En materia de protección del medio ambiente, mediante la Resolución número 7 la Asamblea de Madrid insta al Gobierno a: 1.º solicitar al Gobierno de la Nación la cesión de los terrenos correspondientes al aeródromo de Cuatro Vientos para el desarrollo de un Parque Forestal que se incorpore a Bosque Sur; 2.º dotar a 30 municipios de menos de 20.000 habitantes de un vehículo de primera intervención contra el fuego; 3.º adoptar las medidas necesarias para la recarga de los acuíferos como garantía de aprovechamiento de los excedentes de agua y previsión de las etapas de escasez; 4.º impulsar la sustitución del riego agrícola con agua susceptible de ser destinada al

abastecimiento humano, por el riego con agua depurada reutilizable; 5.º instar al Gobierno de la Nación a que garantice el abastecimiento de agua a nuestra Comunidad de acuerdo al compromiso asumido por el Presidente del Gobierno, y 6.º presentar en la Asamblea un Proyecto de Ley de Garantía del Suministro Eléctrico.

Por último, la Resolución número 8, a propuesta de Izquierda Unida y, según su tenor literal, «*Ante el incumplimiento del compromiso de la Presidenta sobre el acceso de los carritos de bebés al autobús*», insta al Gobierno a desarrollar el Reglamento de la Ley 8/1993, de Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas, a considerar los carritos de bebés vehículos de movilidad reducida a todos los efectos para su acceso al transporte público, así como a efectuar las modificaciones necesarias en el Reglamento de Viajeros al Consorcio Regional de Transportes para que dicho acceso sea efectivo desde el 1 de enero de 2007.

4.3. La no celebración de debates monográficos sobre asuntos de interés general

La celebración de debates monográficos sobre asuntos de interés general de la Comunidad de Madrid ha sido una característica específica de su Asamblea Legislativa. En efecto, la profusión con la que se han celebrado en otras Legislaturas determinó incluso que el Reglamento de 1997 procediera a su regulación expresa, dedicándole un Título específico, el XV, artículos 216 y 217.

La VII Legislatura, sin embargo, ha quebrado esta tendencia. Hasta tal punto que el primer debate del género se celebró transcurridos dos años del inicio de la Legislatura —el «*Pleno monográfico sobre la ruptura del consenso constitucional*», sustanciado el 3 de noviembre de 2005—.

El año 2006 es expresión paradigmática de la ausencia de sesiones del género, no habiéndose celebrado ningún debate monográfico.

4.4. El reconocimiento de los municipios de Fuenlabrada, Parla y Leganés como Municipios de Gran Población, a efectos del establecimiento del régimen de organización introducido por la Ley de Medidas de Modernización del Gobierno Local

Al margen de lo hasta aquí destacado, singular relevancia, por su incidencia en la vida municipal, tiene el reconocimiento por el Pleno de la Asamblea de Madrid de la condición de Municipios de Gran Población, a efectos del establecimiento del régimen de organización establecido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local.

Como es sabido, el referido sistema de organización municipal se aplicará, entre otros supuestos, a tenor de lo dispuesto por el vigente artículo 121.1.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, a los municipios cuya población

supere los 75.000 habitantes y presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales, siempre que así lo decidan las Asambleas Legislativas correspondientes, a iniciativa de los Ayuntamientos.

En este sentido, en orden a concretar el cauce procedural, ha de considerarse la Resolución de la Presidencia de la Asamblea, de fecha 8 de junio, sobre «inclusión en el ámbito de aplicación del Título X (Régimen de Organización de los Municipios de Gran Población) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local», publicada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 40, de 10 de junio, pp. 3.580-3.583. De acuerdo con los términos de la citada Resolución de la Presidencia, se precisa la documentación a requerir a los Ayuntamientos y el procedimiento parlamentario oportuno, primero ante la Comisión de Presidencia y, ulteriormente, ante el Pleno.

Cumplimentados pertinenteamente los trámites establecidos por la misma, el Pleno de la Asamblea de Madrid, durante el año 2004 había procedido a la inclusión de los municipios de Alcalá de Henares y Móstoles en el ámbito de aplicación del régimen de organización de los Municipios de Gran Población, accediendo a dicha condición en 2005 los municipios de Alcorcón y de Getafe. En el año 2006 han alcanzado idéntico reconocimiento otros tres municipios. En concreto, Fuenlabrada, por Acuerdo del Pleno de fecha 6 de abril —Resolución 10/2006—, Parla, por Acuerdo plenario de 6 de abril —Resolución 11/2006—, y Leganés, por Acuerdo del Pleno de fecha 22 de junio —Resolución 24/2006—. Las citadas Resoluciones plenarias están publicadas en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núms. 92, de 28 de abril, y 127, de 10 de noviembre, respectivamente.

En consecuencia, son siete los municipios madrileños que gozan de la condición jurídica de «Municipios de Gran Población»: Alcalá de Henares, Móstoles, Alcorcón, Getafe, Fuenlabrada, Parla y Leganés.

4.5. La reestructuración del Ejecutivo autonómico

Diseccionada así la dinámica de la Comunidad durante 2006, sin perjuicio de lo que detalladamente se indica al considerar la «Actividad institucional» en el siguiente epígrafe, por cuanto respecta al Ejecutivo autonómico han de destacarse dos circunstancias: de un lado, las puntuales reformas de la estructura orgánica de cuatro de sus trece Consejerías; y, de otro, el cambio de titularidad producido en una de ellas.

Respecto de este último extremo, María Dolores Cospedal García, designada para encabezar la lista electoral del Partido Popular a las Cortes de Castilla-La Mancha en los comicios electorales autonómicos que se celebrarán el próximo 27 de mayo de 2007, fue sustituida por María Elvira Rodríguez Herrero al frente de la Consejería de Transportes e Infraestructuras. El cese y paralelo nombramiento se efectuaron por los decretos de la Presidenta de la

Comunidad 3 y 4/2006, de 12 de junio —publicados ambos en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 13 de junio—.

Los departamentos que han visto afectada su organización interna son el de Inmigración, Justicia e Interior, Familia y Asuntos Sociales y Sanidad y Consumo.

La estructura orgánica básica de la Consejería de Inmigración fue reformada por el Decreto 5/2006, de 19 de enero —*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 17, de 20 de enero, p. 4—, por el que se modifica el Decreto 85/2005, de 15 de septiembre, por el que se establecen las bases para la creación de la Agencia para la Inmigración. A tenor de su artículo único, en primer lugar y en los términos de la Ley 4/2005, de 14 de diciembre, de la Agencia Regional para la Inmigración y la Cooperación, se crea la figura del Viceconsejero de Inmigración, atribuyéndole las competencias pertinentes. De otro lado, se contempla que para el ejercicio de las competencias de la Secretaría General Técnica de Inmigración, ésta dispondrá del apoyo de la Subdirección General de Régimen Jurídico y Gestión Administrativa, dependiente del Gerente de la Agencia Regional. Finalmente, se determinan en la Disposición Adicional Única las unidades con rango de Subdirección General que pasan a formar parte de la Agencia Regional para la Inmigración, suprimiéndose las existentes en la Consejería. El texto del Decreto está conformado por el artículo único, una Adicional única, una Derogatoria única y cuatro disposiciones finales, la última de las cuales determinó su entrada en vigor al día siguiente de su publicación oficial. La reforma departamental fue ulteriormente complementada con otras dos disposiciones. De un lado, el Decreto 20/2006, de 9 de febrero, por el que se adapta la composición de los órganos colegiados adscritos a la Consejería de Inmigración a lo dispuesto en el Decreto 5/2006, de 19 de enero (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 10 de febrero). De otro, por el Decreto 29/2006, de 30 de marzo, por el que se establece la Intervención Delegada en la Consejería de Inmigración (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 5 de abril).

Por lo que respecta a la Consejería de Justicia e Interior, su estructura orgánica básica fue establecida por el Decreto 113/2004, de 29 de julio, posteriormente modificado por el Decreto 149/2004, de 21 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Presidencia. La nueva modificación, operada por el Decreto 38/2006, de 4 de mayo —*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 108, de 8 de mayo, p. 6—, tiene por objeto el establecimiento de una unidad administrativa con rango de dirección general, en concreto, la Dirección General de Seguridad, que asume las competencias en materia de seguridad ciudadana y de la que dependen la Subdirección General de Gestión Administrativa y la Jefatura del Cuerpo de Bomberos. El texto del Decreto está conformado por dos artículos, una Disposición Adicional Única, una Disposición Derogatoria Única y tres disposiciones finales, la Tercera de las cuales determinó su entrada en vigor al día siguiente de su publicación oficial.

Por su parte, la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, cuya estructura la establece el Decreto 126/2004, de 29 de julio, ha sido afectada por el

Decreto 63/2006, de 20 de julio, con la finalidad de adicionar un nuevo Capítulo, por el que se introduce una Dirección General de Coordinación de la Dependencia —*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 174, de 24 de julio, p. 5—. En concreto, el artículo único del Decreto 63/2006 modifica los artículos 1.1 y 2.1 y adiciona un nuevo Capítulo 9 al Decreto 126/2004, cumplimentando su texto una Disposición Derogatoria y dos finales, en virtud de la última de las cuales se determina la entrada en vigor de la disposición el día siguiente de su publicación oficial.

Por último, la modificación en la Consejería de Sanidad y Consumo tuvo lugar por medio del Decreto 97/2006, de 8 de noviembre —*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 268, de 10 de noviembre, p. 8—. El Decreto modifica el precedente Decreto 100/2005, de 29 de septiembre, configurando una única Viceconsejería, a la que compete asumir las atribuciones y funciones de las Viceconsejerías que previamente articulaban de forma básica la estructura del departamento. A dicho objeto responde su artículo único, complementado por una Disposición Derogatoria Única y dos disposiciones finales, la Segunda de las cuales determinó la entrada en vigor del Decreto el día siguiente al de su publicación oficial.

V. ACTIVIDAD INSTITUCIONAL

5.1. Composición de la Asamblea de Madrid

De forma esquemática ha de dejarse constancia de los siguientes datos:

Composición a 31 de diciembre de 2006, de acuerdo con los resultados de los comicios electorales celebrados el día 26 de octubre de 2003, no modificada durante el transcurso del año.

Total Diputados: 111.

Grupo Parlamentario Popular (GPP): 57.

Grupo Parlamentario Socialista (GPS): 45.

Grupo Parlamentario Izquierda Unida (GPIU): 9.

Mesa de la Asamblea de Madrid: 7 miembros.

Composición a 31 de diciembre de 2006, de conformidad con la renovación parcial producida en octubre de 2005, no habiéndose modificado durante el transcurso del año 2006.

Presidenta: Concepción Dancausa Treviño (GPP).

Vicepresidenta Primera: Cristina Cifuentes Cuencas (GPP).

Vicepresidente Segundo: Francisco Cabaco López (GPS).

Vicepresidenta Tercera: María de los Reyes Montiel Mesa (GPIU).

Secretaria Primera: María Paloma Adrados Gautier (GPP).

Secretaria Segunda: María Helena Almazán Vicario (GPS).

Secretaria Tercera: Jacobo Ramón Beltrán Pedreira (GPP).

5.2. Estructura del Gobierno

Han de destacarse, de forma sumaria, los siguientes extremos:

Composición a 1 de enero de 2006, de acuerdo con la organización establecida, tras su investidura en la sesión plenaria de la Asamblea de Madrid celebrada el 19 y 20 de noviembre de 2003, por sucesivos Decretos de la Presidencia de la Comunidad del siguiente día 21 de noviembre —62/2003 a 72/2003—, en los términos resultantes de la ulterior modificación operada por los Decretos de la Presidencia de la Comunidad 23/2004 y 24/2004, ambos de 20 de diciembre, así como de la ampliación del Ejecutivo regional determinada por el Decreto 85/2005 y el Decreto de la Presidencia de la Comunidad 19/2005, los dos de 15 de septiembre.

Presidencia: Esperanza Aguirre Gil de Biedma.

Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno: Ignacio González González.

Vicepresidencia Segunda: Alfredo Prada Presa (Consejero de Justicia e Interior).

Consejerías: doce, además de la Portavocía del Gobierno, a la que el Decreto 148/2004 atribuye rango de Consejería.

Presidencia: Francisco Granados Lerena.

Justicia e Interior: Alfredo Prada Presa.

Hacienda: Engracia Hidalgo Tena.

Economía e Innovación Técnologica: Fernando Merry del Val y Díez de Rivera.

Transportes e Infraestructuras: María Dolores Cospedal García.

Educación: Luis Peral Guerra.

Medio Ambiente y Ordenación del Territorio: Mariano Zabía Lasala.

Sanidad y Consumo: Manuel Lamela Fernández.

Cultura y Deportes: Santiago Fisas Ayxelà.

Familia y Asuntos Sociales: María Beatriz Elorriaga Pisarik.

Empleo y Mujer: Juan José Güemes Barrios.

Inmigración: Lucía Figar de Lacalle.

Composición a 31 de diciembre de 2006, a tenor de la modificación en la Consejería de Transportes e Infraestructuras determinada por los Decretos de la Presidenta de la Comunidad 3 y 4/2006, ambos de 12 de junio, por los que se procedió al cese de la anterior Consejera, María Dolores Cospedal García, y paralelo nombramiento de la actual titular de la Consejería, María Elvira Rodríguez Herrer.

Presidencia: Esperanza Aguirre Gil de Biedma.

Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno: Ignacio González González.

Vicepresidencia Segunda: Alfredo Prada Presa (Consejero de Justicia e Interior).

Consejerías: 12, además de la Portavocía del Gobierno.

Presidencia: Francisco Granados Lerena.

Justicia e Interior: Alfredo Prada Presa.

Hacienda: Engracia Hidalgo Tena.

Economía e Innovación Tecnológica: Fernando Merry del Val y Díez de Rivera.

Transportes e Infraestructuras: María Elvira Rodríguez Herrer.

Educación: Luis Peral Guerra.

Medio Ambiente y Ordenación del Territorio: Mariano Zabía Lasala.

Sanidad y Consumo: Manuel Lamela Fernández.

Cultura y Deportes: Santiago Fisas Ayxelà.

Familia y Asuntos Sociales: María Beatriz Elorriaga Pisarik.

Empleo y Mujer: Juan José Güemes Barrios.

Immigración: Lucía Figar de Lacalle.

Tipo de Gobierno.

Por apoyo parlamentario: mayoritario.

Partidos y número de Diputados que le apoyan: Partido Popular; 57.

Composición del Gobierno: homogéneo; Partido Popular.

Cambios en el Gobierno.

A finales del primer semestre del año, en los términos anticipados, se produjo un cambio puntual en el equipo gubernamental, concretamente en la titular de una de sus Consejerías.

En efecto, María Dolores Cospedal García fue sustituida por María Elvira Rodríguez Herrer al frente de la Consejería de Transportes e Infraestructuras, conforme al cese y paralelo nombramiento efectuado por los Decretos de la Presidenta de la Comunidad 3 y 4/2006, de 12 de junio.

No habiéndose producido, en consecuencia, alteración en la estructura departamental, el número total de Consejerías de la Comunidad asciende a doce, además de la Portavocía del Gobierno, a la que atribuye rango de Consejería —en los términos que tuvimos ocasión de especificar en el Informe correspondiente al año 2004; a los que nos remitimos— el Decreto 148/2004, de 21 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno.

Por último, ha de destacarse que, no ostentando la nueva Consejera la condición de Diputada autonómica, al igual que en la configuración originaria del Gobierno Aguirre, el número de Consejeros que ostentan la condición de Diputados de la Asamblea de Madrid es de cuatro; en concreto: María Beatriz Elorriaga Pisarik; Francisco Granados Lerena; Juan José Güemes Barrios; y Luis Peral Guerra.

Investidura, moción de censura y cuestión de confianza.

Ninguna.

Mociones de reprobación.

Se ha formalizado durante el año 2006 una iniciativa de reprobación de un miembro del Consejo de Gobierno, el Consejero de Educación.

No estando prevista, de forma expresa, la tramitación de este tipo de iniciativas parlamentarias por el Reglamento de la Asamblea, el Grupo Parlamentario Socialista la canalizó por medio de una Proposición No de Ley, en los términos del artículo 205 del Reglamento. Así es, la Proposición No de Ley 45/2006, con entrada en el Registro de la Cámara el día 18 de mayo, tenía por objeto la reprobación de la actuación política del Consejero de Educación, exigiendo su dimisión o cese inmediato. Su texto se publicó en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 158, de 25 de mayo, pp. 16749-16750.

Admitida a trámite por la Mesa en su reunión de 22 de mayo, resultó rechazada por el Pleno de la Asamblea en su sesión de 1 de junio. El debate se reproduce en el *Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid*, núm. 724, de 1 de junio, pp. 21.246-21.256, habiéndose publicado el Acuerdo del Pleno en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 160, de 8 de junio, p. 16.893.

VI. ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

Como consideración general, puede afirmarse que la actividad parlamentaria registrada durante el año 2006 ha sido, en términos cuantitativos, ligeramente inferior a la correspondiente al año 2005. Así lo acreditan los siguientes datos.

6.1. Sesiones celebradas

De Pleno: 27.

De Comisión: 216.

De Diputación Permanente: 2.

De Mesa: 43.

De Junta de Portavoces: 36.

6.2. Comisiones constituidas

Permanentes Legislativas: en los términos establecidos por el artículo 72.2.a) del Reglamento de la Asamblea de Madrid, las Comisiones del género se constituyen de acuerdo con la estructura orgánica departamental del Consejo de Gobierno, sin perjuicio del establecimiento de 4 órganos específicos: Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado; Presupuestos; Mujer; y Juventud. En consecuencia, a tenor de su constitución originaria al inicio de la VII Legislatura, en las respectivas sesiones celebradas

con fecha de 3 y 4 de diciembre de 2003, y con la única modificación determinada por la creación de una Comisión de Inmigración en octubre de 2005, consecuencia del establecimiento de una nueva Consejería, el número de órganos funcionales del género es de quince.

Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado.

Presidencia.

Justicia e Interior.

Presupuestos y Hacienda.

Economía e Innovación Tecnológica.

Transportes e Infraestructuras.

Educación.

Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

Sanidad y Consumo.

Cultura y Deportes.

Familia y Asuntos Sociales.

Empleo.

Mujer.

Juventud.

Inmigración.

Permanentes No Legislativas: de acuerdo con el artículo 72.2.b) del Reglamento de la Asamblea y a tenor de su constitución originaria al inicio de la VII Legislatura, en las respectivas sesiones celebradas con fecha de 3 y 4 de diciembre de 2003, no modificada posteriormente, son dos los órganos funcionales del género:

Vigilancia de las Contrataciones.

Control del Ente Público Radio Televisión Madrid.

No Permanentes de Investigación: no se ha constituido ninguna Comisión de Investigación, en los términos previstos por los artículos 74 y 75 del Reglamento de la Asamblea.

No Permanentes de Estudio: en los términos establecidos por los artículos 74 y 76 del Reglamento de la Asamblea, han concurrido dos Comisiones de Estudio durante el año 2006.

- *Para la Reducción de la Lista de Espera Diagnóstica.* Creada por Acuerdo del Pleno de fecha 10 de junio de 2004, en el año 2006 ha culminado sus trabajos, concretados en el pertinente Dictamen aprobado por la Comisión en su sesión de 16 de febrero. Elevado a la Mesa de la Asamblea, el Dictamen fue definitivamente asumido por el Pleno de la Cámara en su sesión ordinaria celebrada con fecha de 2 de marzo.
- *Para el Desarrollo de la Sociedad de la Información y el Conocimiento.* Creada por Acuerdo del Pleno de fecha 17 de junio de 2004, ha continuado sus trabajos durante los años 2005 y 2006.

6.3. Ponencias constituidas

Además de las Ponencias constituidas en las respectivas Comisiones Permanentes Legislativas, con ocasión del procedimiento legislativo de tramitación de los cuatro proyectos de Ley finalmente aprobados por la Cámara durante el año 2006 —de los que se ha hecho detallado análisis anteriormente—, debe dejarse constancia de la existencia formal de una Ponencia específica:

- *Ponencia de Estudio sobre la Inmigración en la Comunidad de Madrid.* Constituida en el seno de la Comisión Permanente Legislativa de Inmigración por Acuerdo de la Mesa de la Asamblea de 19 de diciembre de 2005, publicado en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 134, de 21 de diciembre, la Ponencia tan sólo celebró una reunión de trabajo, extinguiéndose, por caducidad, sin haber elaborado el Informe encomendado. Así se colige del plazo establecido para la finalización de sus trabajos —marzo de 2006— por la Norma Sexta de las Reglas Básicas sobre su composición, organización y funcionamiento establecidas por el referido Acuerdo de la Mesa de la Asamblea de 19 de diciembre de 2005.

6.4. Iniciativas legislativas

Proyectos de Ley (PL):

Presentados: 4.

Aprobados: 4, uno presentado en 2005, quedando pendiente uno de los presentados en 2006.

Proposiciones de Ley (PropL):

Presentadas: 2, de las cuales una fue retirada por el Grupo autor de la misma.

Aprobadas: 0.

6.5. Iniciativas parlamentarias no legislativas

Peticiones de Información (PI): presentadas 5.165; tramitadas 4.869.

Preguntas:

De Contestación Oral en Pleno (PCOP): presentadas 421 y tramitadas 342, según el siguiente detalle.

Al Presidente de la Comunidad: presentadas 78; tramitadas 69.

Al Gobierno: presentadas 343; tramitadas 273.

De Contestación Oral en Comisión (PCOC): presentadas 555; tramitadas 174.

Escritas (PE): presentadas 1.999; tramitadas 1.550.

Interpelaciones (I): presentadas 29; tramitadas 14.

Mociones (M): presentadas 14; tramitadas 14, de las cuales sólo una fue aprobada, resultando las otras 13 rechazadas.

Proposiciones No de Ley (PNL): presentadas 71 y tramitadas 49, según el siguiente detalle.

De debate en Pleno: presentadas 54; tramitadas 41.

De debate en Comisión: presentadas 17; tramitadas 8.

Comparecencias (C): presentadas 535 y tramitadas 188, según el siguiente detalle.

En Pleno: presentadas 90; tramitadas 42.

En Comisión: presentadas 445; tramitadas 146.

Comunicaciones del Gobierno (CG): presentadas 80; tramitadas 78.

6.6. Debates generales y resoluciones parlamentarias más importantes

Debates monográficos. Hemos destacado con anterioridad que, a diferencia de las precedentes, la VII Legislatura no está siendo proclive a la celebración de «Debates monográficos» sobre asuntos de interés general de la Comunidad de Madrid, en los términos previstos por el Título XV del Reglamento de la Asamblea. La máxima expresión de este dato se encuentra en el año aquí considerado, durante el que no se ha celebrado ningún debate del género. No obstante, téngase presente que el Grupo Parlamentario Socialista presentó, con fecha de 5 de octubre, una solicitud con objeto de debatir la «Política urbanística de la Comunidad de Madrid», pendiente de tramitación.

Debate sobre la Orientación Política General del Consejo de Gobierno. De acuerdo con lo establecido por el Título XVI del Reglamento y conforme a una tradición ya consolidada, el anual «Debate sobre el estado de la Región» abrió el período de sesiones septiembre-diciembre, celebrándose en sesión plenaria de 19 y 20 de septiembre —se reproduce en el *Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid*, núm. 758—. Su consecuencia fue la aprobación por el Pleno de la Asamblea de Madrid de la Resolución 25/2006, de 19 y 20 de septiembre, publicada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 173, de 21 de septiembre, pp. 18.095-18.098.

Declaraciones institucionales. En los términos establecidos por el Título XXI del Reglamento, frente a las tres Declaraciones aprobadas en 2004 y a las nueve aprobadas en 2005, la Cámara ha procedido durante el año 2006 a la aprobación de cuatro declaraciones institucionales, todas ellas en sesión plenaria, resultando aprobadas por unanimidad:

- 1/2006, aprobada por el Pleno en su sesión de fecha 2 de febrero: «*Contra la violencia de género*». El debate plenario se recoge en el *Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid* núm. 606, p. 17.893; la Declaración está publicada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 141, de 9 de febrero, pp. 15.796 y 15.797.
- 2/2006, aprobada por el Pleno en su reunión de 2 de marzo: «*8 de marzo, Día Internacional de la Mujer Trabajadora*». El debate plenario se reproduce en el *Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid*, núm. 637, p. 18.769; la Declaración se inserta en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 146, de 9 de marzo, pp. 16.165 y 16.166.
- 3/2006, aprobada por el Pleno en su sesión de fecha 9 de marzo: «*Segundo aniversario de los Atentados del 11 de marzo*». El trámite plenario se reproduce en el *Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid*, núm. 645, pp. 19.039 y 19.040; la Declaración está publicada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 147, de 16 de marzo, p. 16.241.
- 4/2006, aprobada por el Pleno en su sesión de fecha 20 de abril: «*Celebración del 28 de abril como Día Internacional de la Seguridad y Salud en el Trabajo*». El debate se recoge en el *Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid*, núm. 690, pp. 20.301 y 20.302; la Declaración se publica en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 153, de 27 de abril, pp. 16.589 y 16.590.

Resoluciones parlamentarias. Además de las declaraciones institucionales inmediatamente referidas, el Pleno de la Cámara ha aprobado durante el año 2006 un total de treinta Resoluciones, veinticuatro en el período de sesiones febrero-junio y seis en el subsiguiente período ordinario septiembre-diciembre.

De las mismas, cabe destacar la, ya analizada, núm. 25/2006, en la que se recogen los acuerdos adoptados por el Pleno tras la celebración del Debate sobre el estado de la Región. Las restantes —respecto de las que nos limitamos a dejar constancia de sus datos de identificación—, son consecuencia del debate y votación de Proposiciones de Ley, salvo en un supuesto —la 4/2006—, consecuencia de una Moción.

- 1/2006, aprobada por el Pleno en su sesión de 2 de febrero, consecuencia de la sustanciación de la Proposición No de Ley 99/2005. Su texto se recoge en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 141, de 9 de febrero.
- 2/2006, acordada en el Pleno de 9 de febrero, consecuencia de la tramitación de la Proposición No de Ley 20/2005. Se publicó en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 143, de 16 de febrero.
- 3/2006, aprobada en sesión 16 de febrero, tras el debate de la Proposición No de Ley 4/2006 y de la Proposición No de Ley 11/2006; publicada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 144, de 23 de febrero.

- 4/2006, aprobada en sesión plenaria de 16 de febrero, consecuencia de la tramitación de la Moción 2/2005. Editada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 144, de 23 de febrero.
- 5/2006, aprobada por el Pleno con fecha de 2 de marzo, consecuencia de la Proposición No de Ley 97/2005. Se publicó en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 146, de 9 de marzo.
- 6/2006, aprobada en Pleno de 2 de marzo, tras el debate de la Proposición No de Ley 12/2006; editada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 146, de 9 de marzo.
- 7/2006, aprobada en la sesión plenaria de 9 de marzo. La Resolución, consecuencia de la Proposición No de Ley 23/2005, está publicada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 147, de 16 de marzo.
- 8/2006, aprobada en Pleno de 9 de marzo, tras el debate de la Proposición No de Ley 15/2006; editada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 147, de 16 de marzo.
- 9/2006, aprobada en sesión plenaria de 16 de marzo, consecuencia del debate de la Proposición No de Ley 18/2006; editada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 148, de 23 de marzo.
- 10/2006. La Resolución considerada encuentra su fundamento en la previa Resolución de la Presidencia de la Asamblea, de fecha 8 de junio de 2004, sobre «inclusión en el ámbito de aplicación del Título X (Régimen de Organización de los Municipios de Gran Población) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local». De acuerdo con los términos de la citada Resolución de la Presidencia, y con el precedente de las Resoluciones relativas a los municipios de Alcalá de Henares, Móstoles, Alcorcón y Getafe, el Pleno de la Asamblea de Madrid, en su sesión de 6 de abril, procedió a la inclusión del municipio de Fuenlabrada en el ámbito de aplicación del régimen de organización de los Municipios de Gran Población establecido por el Título X de la Ley de Bases de Régimen Local, en los términos introducidos por la Ley de Medidas de Modernización del Gobierno Local. La Resolución 10/2006 está publicada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 151, de 12 de abril.
- 11/2006, aprobada por el Pleno en su sesión de 6 de abril, al igual que la anterior, tiene por objeto la inclusión de Parla en el ámbito de aplicación del régimen de organización de los Municipios de Gran Población establecido por el Título X de la Ley de Bases de Régimen Local, en los términos introducidos por la Ley de Medidas de Modernización del Gobierno Local. La Resolución 11/2006 está publicada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 151, de 12 de abril.
- 12/2006, aprobada en Pleno de 6 de abril, tras el debate de la Proposición No de Ley 22/2006; editada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 151, de 12 de abril.

- 13/2006, aprobada en Pleno de 6 de abril, tras el debate de la Proposición No de Ley 23/2006; editada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 151, de 12 de abril.
- 14/2006, aprobada en sesión plenaria de 20 de abril, consecuencia del debate de la Proposición No de Ley 24/2006; editada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 153, de 27 de abril.
- 15/2006, aprobada en sesión del Pleno de 20 de abril, a raíz del debate de la Proposición No de Ley 34/2006; se publicó en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 153, de 27 de abril.
- 16/2006, aprobada en Pleno de 4 de mayo, tras el debate de la Proposición No de Ley 21/2006; editada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 155, de 11 de mayo.
- 17/2006, aprobada en Pleno de 11 de mayo, tras el debate de la Proposición No de Ley 38/2006; editada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 157, de 18 de mayo.
- 18/2006, aprobada en Pleno de 18 de mayo, consecuencia del debate de la Proposición No de Ley 29/2006; se editó en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 158, de 25 de mayo.
- 19/2006, aprobada en Pleno de 1 de junio, previo debate de la Proposición No de Ley 42/2006 y de la Proposición No de Ley 43/2006; editada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 160, de 8 de junio.
- 20/2006, aprobada por el Pleno de 1 de junio, previo debate de la Proposición No de Ley 44/2006; editada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 160, de 8 de junio.
- 21/2006, aprobada en Pleno de 15 de junio, tras el debate de la Proposición No de Ley 47/2006; editada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 163, de 15 de junio.
- 22/2006, aprobada por el Pleno de 22 de junio, previo debate de la Proposición No de Ley 52/2006; editada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 164, de 29 de junio.
- 23/2006, aprobada en Pleno de 22 de junio, tras el debate de la Proposición No de Ley 54/2006; publicada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 164, de 29 de junio.
- 24/2006, aprobada por el Pleno con fecha de 22 de junio, en el marco de las previas Resoluciones 10 y 11/2006. Por medio de la misma, se procedió a la inclusión del municipio de Leganés en el ámbito de aplicación del régimen de organización de los Municipios de Gran Población establecido por el Título X de la Ley de Bases de Régimen Local, en los términos introducidos por la Ley de Medidas de Modernización del Gobierno Local. La Resolución 24/2006 está publicada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 164, de 29 de junio.
- 25/2006, aprobada en la sesión plenaria de 19 y 20 de septiembre. La Resolución considerada recoge las ocho propuestas de resolución aprobadas por el Pleno tras la celebración del Debate sobre el estado

de la Región. Su publicación se efectuó en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 173, de 21 de septiembre.

- 26/2006, aprobada en la sesión plenaria celebrada el día 11 de octubre, una vez cerrado el debate de la Proposición No de Ley 41/2006; editada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 178, de 19 de octubre.
- 27/2006, aprobada por el Pleno en la sesión celebrada con fecha de 8 de noviembre, es consecuencia del debate de la Proposición No de Ley 64/2006. Su texto se recoge oficialmente en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 183, de 16 de noviembre.
- 28/2006, aprobada por el Pleno de 16 de noviembre, tras el debate de la Proposición No de Ley 65/2006; editada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 185, de 23 de noviembre.
- 29/2006, aprobada en Pleno de 7 de diciembre, consecuencia de debate de la Proposición No de Ley 68/2008; editada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 188, de 14 de diciembre.
- 30/2006, aprobada en la sesión plenaria de 14 de diciembre, en el marco de la sustanciación de la Proposición No de Ley 69/2006; editada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 191, de 21 de diciembre.

6.7. Reformas del Reglamento de la Asamblea de Madrid

Los *interna corporis acta* no han sido objeto de modificación durante el año 2006, manteniendo su plena vigencia el Reglamento de la Asamblea de Madrid aprobado por el Pleno de la Cámara en sesión extraordinaria de 30 de enero de 1997 —editado en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid* del siguiente día 31, núm. 82—.

6.8. Normas interpretativas y supletorias del Reglamento de la Asamblea de Madrid

En el año 2006 no se ha aprobado ninguna norma complementaria del Reglamento de la Cámara, vía Acuerdo de la Mesa o Resolución de la Presidencia de la Asamblea.

6.9. Instituciones similares al Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo

Órgano consultivo. A diferencia de otras Comunidades Autónomas, la Comunidad de Madrid ha optado por no crear una institución consultiva similar al Consejo de Estado en su ámbito territorial. En consecuencia, en los supuestos en que se precisa legalmente su intervención, la función corres-

pondiente la asume el Alto Cuerpo Consultivo establecido por el artículo 107 de la Constitución, en los términos establecidos por la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, modificada por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre.

Cámara de Cuentas. Respecto del ámbito de la fiscalización económico-financiera, sin perjuicio de la competencia propia del Tribunal de Cuentas del Reino —a tenor de lo dispuesto por los arts. 136.1 y 153.d) de la Constitución y, en su desarrollo, por la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y por la Ley 7/1988, de 5 de abril—, la Comunidad de Madrid, al amparo de su autonomía financiera, creó un órgano propio de fiscalización externa de sus cuentas, la Cámara de Cuentas, establecida por la Ley 11/1999, de 29 de abril.

En el ejercicio de sus funciones, el Consejo de la Cámara, en sesión de 26 de enero de 2006, aprobó el «*Programa de Fiscalizaciones del año 2006*». Remitido a la Asamblea el siguiente día 27, su Mesa, en reunión de 6 de febrero, tomó conocimiento y procedió a su traslado a la Comisión de Presupuestos y Hacienda de la Asamblea, a los efectos previstos en el artículo 25.g) de la Ley 11/1999.

Asimismo, en cumplimiento del artículo 44.2 de la Ley 11/1999, el Presidente de la Cámara de Cuentas remitió a la Asamblea de Madrid la «*Memoria Anual de Actuaciones correspondientes al ejercicio 2005*» y la «*Liquidación de Presupuestos correspondiente al ejercicio 2005*». Con entrada en el Registro de la Asamblea el día 29 de marzo, la Mesa de la Cámara, en su reunión de 3 de abril, procedió a su traslado a la Comisión de Presupuestos y Hacienda a los efectos oportunos.

Por lo que se refiere a otros informes aprobados por la Cámara durante el ejercicio 2006, la relación es la siguiente, con detalle, en su caso, de los datos de su tramitación en la Asamblea de Madrid:

- «*Informe Anual de Fiscalización de las Cuentas de las Corporaciones Locales. Ejercicio 2003*», aprobado por el Consejo de la Cámara con fecha de 28 de marzo. Recibido en la Asamblea de Madrid el siguiente día 29, la Mesa de la Cámara, en reunión de 3 de abril, procedió a su traslado a los Grupos Parlamentarios y a la Comisión de Presupuestos y Hacienda, a los efectos previstos por el artículo 8 de la Ley 11/1999.
- «*Informe de fiscalización sobre la gestión económico-presupuestaria de prestación de servicios sanitarios por los hospitales de la Comunidad de Madrid a pacientes desplazados, ejercicios 2003-2004*». Con entrada en el Registro de la Asamblea el día 5 de junio, la Mesa de la Cámara, en su reunión de 12 de junio, procedió a su traslado a la Comisión de Presupuestos y Hacienda, conforme a lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley 11/1999.
- «*Informe sobre convenio para el equilibrio presupuestario y contenciones del endeudamiento suscrito entre la Administración General del Estado, la Comunidad de Madrid y las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid*». Los datos de su tramitación son idénticos a los del anterior Informe, por lo que omitimos su reiteración.

- «*Informe de fiscalización de la actividad económica del Consejo de la Juventud de la Comunidad de Madrid. Ejercicio 2004*». Remitido el día 4 de octubre, la Mesa de la Asamblea, en su reunión del siguiente día 9, procedió a su traslado a la Comisión de Presupuestos y Hacienda, a tenor del artículo 8 de la Ley 11/1999.
- «*Informe de fiscalización de la Cuenta General de la Comunidad de Madrid. Ejercicio 2005*». Aprobado por el Consejo de la Cámara de Cuentas el día 28 de diciembre, la Mesa de la Diputación Permanente de la Asamblea, en su reunión de 8 de enero de 2007, procedió a su traslado a la Comisión de Presupuestos y Hacienda, a tenor del artículo 8 de la Ley 11/1999.

Por último, no puede dejar de indicarse que, conforme a lo dispuesto por el artículo 32 y siguientes de la Ley 11/1999, así como por el artículo 234 del Reglamento de la Asamblea, por vencimiento en el cargo, el Pleno de la Asamblea, en su sesión de 14 de diciembre y a propuesta de los Grupos Parlamentarios, procedió a la designación de Consejeros de la Cámara de Cuentas, conforme refleja el *Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid*, núm. 838, de 14 de diciembre.

Defensor del Menor. Presupuestas las funciones que son propias del Defensor del Pueblo, a tenor de lo dispuesto por el artículo 54 de la Constitución y, en su desarrollo, por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que regula la institución, la Comunidad de Madrid, como complemento especializado para el impulso y el reconocimiento de los derechos de las personas menores de edad, creó un Alto Comisionado de la Asamblea de Madrid, el Defensor del Menor, establecido por la Ley 5/1996, de 8 de julio. El Defensor del Menor, de oficio o a instancia de parte, puede supervisar la actividad de todas las Administraciones de la Comunidad, así como de todas las entidades, personas físicas, empresas, asociaciones, fundaciones o cualesquiera otras personas jurídicas que presten servicios a los menores, de manera continua u ocasional, aunque no sea ésta su función esencial.

Lo primero que ha de destacarse es el cambio que se ha producido durante el año 2006 en el titular de la Institución. En efecto, en los términos establecidos por los artículos 4 y 6 de la Ley 5/1996, a la conclusión de su mandato, Pedro Núñez Morgades cesó en el cargo. El Pleno de la Cámara procedió al nombramiento como nuevo Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid de quien ostentaba la Viceconsejería de Asistencia e Infraestructuras Sanitarias, Arturo Canalda González, que cesó en su anterior cargo por Decreto 98/2006, de 8 de noviembre (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, de 10 de noviembre). El nombramiento tuvo lugar en la sesión ordinaria de 8 de noviembre, que se reproduce en el *Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid*, núm. 182, pp. 20.387; insertándose el Acuerdo en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 803, de 8 de noviembre, pp. 23.537-23.539.

Por lo que respecta a la actividad de la Institución durante el año considerado, destaca, en los términos establecidos por los artículos 35 y 37 de su Ley reguladora, en relación con el artículo 3 de su Reglamento de Organi-

zación y Funcionamiento, el «*Informe anual del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid correspondiente al año 2005*», publicado en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 162, de 21 de junio, pp. 16.983-17.520. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 237 del Reglamento de la Asamblea, el Informe anual fue objeto de consideración por el Pleno de la Cámara en su sesión del siguiente día 22 de junio, reproduciéndose el debate parlamentario en el *Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid*, núm. 753, pp. 22.037-22.052.

Por último, han de tenerse presentes otros tres informes evacuados por la Institución:

- Informe comprensivo de «*Propuesta de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con la intención de que la misma sirva para clarificar la cuestión de la responsabilidad de los menores derivada de infracciones administrativas*- La Mesa de la Asamblea tomó conocimiento del mismo en su sesión de 23 de enero, dando traslado a los Grupos Parlamentarios.
- «*Informe sobre la intervención del agente encubierto en la lucha contra la pornografía infantil*».
- La Mesa de la Asamblea tomó conocimiento en reunión de 5 de junio, dando traslado a los Grupos Parlamentarios, así como a la Comisión de Familia y Asuntos Sociales.
- «*Informe referido a la participación de menores en espectáculos públicos*».
- La Mesa de la Asamblea tomó conocimiento del Informe en su sesión de 19 de junio, dando traslado a los Grupos Parlamentarios y a la Comisión de Familia y Asuntos Sociales.

Ana del Pino Carazo *

Las elecciones a la Asamblea de Madrid de 27 de mayo de 2007 y los inicios de la VIII Legislatura

*«Una nación sin elecciones libres
es una nación sin voz, sin ojos y sin brazos».*

Octavio PAZ

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CONVOCATORIA ELECTORAL.—III. EL NÚMERO DE ESCAÑOS A ELEGIR.—IV. LAS CANDIDATURAS PRESENTADAS. LA EXIGENCIA DE EQUILIBRIO NUMÉRICO ENTRE MUJERES Y HOMBRES.—V. LOS RESULTADOS ELECTORALES Y LA COMPOSICIÓN DE LA CÁMARA.—5.1. Los resultados electorales.—5.2. La composición de la Asamblea de Madrid: Relación de diputados.—VI. LOS INICIOS DE LA VIDA PARLAMENTARIA.—6.1. La constitución de la Asamblea de Madrid.—6.2. La formación de los Grupos Parlamentarios.—6.3. La investidura de la Presidenta de la Comunidad de Madrid y la formación del gobierno autonómico.—6.4. La designación de miembros de la Diputación Permanente.—6.5. La designación de Senadores en representación de la Comunidad de Madrid y otras designaciones.—6.6. La constitución de las Comisiones.—ANEXO. NORMATIVA APLICABLE A LAS ELECCIONES A LA ASAMBLEA DE MADRID DE 27 DE MAYO DE 2007.—1. General.—2. Candidaturas.—3. Campaña electoral.—4. Gastos electorales.—5. Votación.

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de las democracias representativas, como es la nuestra, alcanza su culmen en el momento electoral, en el que los ciudadanos, jueces del comportamiento político, dictan su sentencia en forma de voto. El veredicto de las urnas es, sin duda, el más implacable de cuantos pudieran existir en el ámbito político. Por eso, su estudio es de la máxima relevancia y su reflejo mediático también.

* Letrada de la Asamblea de Madrid.

Pocas fechas antes de la conmemoración del treinta aniversario de las primeras elecciones democráticas —las de 15 de junio de 1977— los ciudadanos hemos sido llamados a las urnas el 27 de mayo de 2007 para ejercer nuestro derecho de sufragio en las elecciones municipales, a Cabildos Insulares Canarios, a Consejos Insulares de Mallorca, Menorca e Ibiza, a Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa, al Consejo General de Arán, a las Asambleas de Ceuta y Melilla y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, excepto las de Andalucía, Cataluña, Galicia y País Vasco.

A pesar de la multiplicidad de estos procesos electorales, con este trabajo no se pretende sino cubrir el modesto objetivo de dejar constancia de uno concreto, el de la elección de los miembros de la Asamblea de Madrid y los primeros pasos de la andadura de la legislatura que comienza en la Cámara autonómica, la octava, con el fin de ofrecer al lector una panorámica rápida y sistemática de los resultados electorales y su reflejo parlamentario.

II. LA CONVOCATORIA ELECTORAL

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y en el artículo 8 de la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid, corresponde a la Presidencia de la Comunidad convocar las elecciones mediante Decreto expedido el quincuagésimo quinto día anterior a la fecha de celebración de las elecciones, lo que elimina toda discrecionalidad de la Presidencia para la elección de la fecha de la convocatoria electoral. El plazo de cincuenta y cinco días, combinado con la exigencia legal *ex artículo 8.2* de la Ley Electoral de la Comunidad de Madrid, de que las elecciones, con carácter general, han de celebrarse el cuarto domingo de mayo, predeterminan el marco temporal en que ha de expedirse el Decreto de convocatoria.

La consulta electoral que nos ocupa, las elecciones a la Asamblea de Madrid del día 27 de mayo de 2007 —cuarto domingo de mayo—, se convocó por el Decreto 3/2007, de 2 de abril, publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 79, de 3 de abril (p. 8), fecha en la que entró en vigor. Asimismo, el meritado Decreto recibió publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 80, de 3 de abril (p. 14499).

El Decreto —que consta de cinco artículos y una Disposición Final Única— cumple las exigencias del artículo 8 de la Ley Electoral de la Comunidad de Madrid al establecer en su contenido la fecha en que han de celebrarse las elecciones, el 27 de mayo de 2007 (art. 1); el número de Diputados a elegir —ciento veinte— (art. 2); el día de la sesión constitutiva de la Asamblea electa dentro de los veinticinco días siguientes a la proclamación de los resultados electorales, en concreto el día 12 de junio

de 2007, a las diez horas (art. 4). A lo anterior se añade la indicación de la duración de la campaña electoral, desde las cero horas del viernes once de mayo hasta las cero horas del sábado veintiséis de mayo (art. 3); así como la indicación del régimen jurídico aplicable al proceso electoral (art. 5). El Decreto se cierra con la Disposición Final, relativa a la publicación y entrada en vigor del mismo.

III. EL NÚMERO DE ESCAÑOS A ELEGIR

Separándose de la regla común seguida por la mayoría de los Estatutos de Autonomía, el de Madrid condiciona el número de escaños a elegir a la población existente en la Comunidad Autónoma, lo que tiene como efecto que el número de diputados pueda variar de una legislatura a otra, puesto que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 10.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid,

La Asamblea estará compuesta por un Diputado por cada 50.000 habitantes o fracción superior a 25.000, de acuerdo con los datos actualizados del censo de población. (...).

Sin embargo, esta norma no es la seguida en los Estatutos de Autonomía vigentes, la mayoría de los cuales establece un mínimo y un máximo de representantes, siendo la ley electoral autonómica la que concreta el número exacto dentro de dicha franja¹. Algunos, como el de la Comunidad Valenciana, Andalucía o el de Extremadura, establecen un mínimo (noventa y nueve o ciento nueve) o un máximo (sesenta y cinco), respectivamente; y otros, los Estatutos del País Vasco y de las Islas Baleares, no establecen ninguna indicación numérica. Tan sólo el Estatuto de Castilla y León contiene una previsión similar, aunque no idéntica, a la del Estatuto de Madrid, en la medida en que combina el criterio de un número fijo de tres procuradores por provincia con el criterio poblacional (un procurador más por cada cuarenta y cinco mil habitantes o fracción superior a veintidós mil quinientos). Por tanto, en Castilla y León y en Madrid el número de diputados puede fluctuar en las diversas legislaturas en atención a la población. Esta variación, en lo que a Madrid se refiere, se refleja en el siguiente cuadro:

¹ Esta circunstancia acontece en los Estatutos de Autonomía de Aragón, que establece una franja entre sesenta y cinco y ochenta diputados, Asturias (entre treinta y cinco y cuarenta y cinco) Canarias (entre cincuenta y setenta), de Cantabria (entre treinta y cinco y cuarenta y cinco), Castilla- La Mancha (entre cuarenta y siete y cincuenta y nueve), Cataluña (de cien a ciento cincuenta), Galicia (de sesenta a ochenta), La Rioja (de treinta y dos a cuarenta), Murcia (de cuarenta y cinco a cincuenta y cinco) y Navarra (de cuarenta a sesenta).

Legislatura	Diputados
I (1983-1987)	94
II (1987-1991)	96
III (1991-1995)	101
IV (1995-1999)	103
V (1999-2003)	102
VI (2003-2007)	111
VII (2003-2007)	111
VIII (2007-)	120

Para fijar el número de diputados que corresponde elegir en las elecciones de 2007 se han tenido en cuenta las cifras oficiales de población según la revisión del Padrón municipal referida a fecha 1 de enero de 2006, establecidas en el Real Decreto 1627/2006, de 29 de diciembre, publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 312, de 30 de diciembre, cifrándose la población de la provincia de Madrid en seis millones ocho mil ciento ochenta y tres habitantes.

Una simple operación aritmética consistente en dividir los seis millones ocho mil ciento ochenta y tres habitantes entre cincuenta mil da como cociente entero ciento veinte y un resto de ocho mil ciento ochenta y tres. Como este resto no es superior a veinticinco mil, el número de Diputados a elegir es de ciento veinte; si hubiera sido superior a dicha cifra serían ciento veintiuno los escaños a ocupar.

Repárese que la VIII Legislatura es la que cuenta con el mayor número de Diputados de toda la historia autonómica madrileña y ha supuesto un incremento de algo más de un ocho por ciento con relación a los ciento once escaños de la VII Legislatura y más de un veintisiete por ciento respecto de la I, que contó con el menor número de Diputados de todas las Legislaturas que ha vivido la Asamblea de Madrid.

IV. LAS CANDIDATURAS PRESENTADAS. LA EXIGENCIA DE EQUILIBRIO NUMÉRICO ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Son los procesos electorales autonómicos y locales de mayo de 2007 los primeros que se celebran bajo la vigencia de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 94, de 19 de abril), que ha supuesto algunas modificaciones en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante LOREG). En materia electoral la igualdad entre hombres y mujeres ha sido traducida en la obligatoriedad, impuesta por el nuevo artículo 44

bis de la LOREG, de que las candidaturas tengan una composición equilibrada, de forma que *en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento*, manteniéndose esa misma proporción mínima en cada tramo de cinco puestos. Si el número de puestos a cubrir o el último tramo de la lista es inferior a cinco la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico. Las mismas reglas se aplican a las listas de suplentes.

No obstante, quedan a salvo de la aplicación de estas normas las candidaturas que se presenten en los municipios o en las islas que tengan un número de residentes igual o inferior a tres mil o cinco mil habitantes, respectivamente. Además, se prevé un régimen transitorio, de manera que en las elecciones que se celebren con anterioridad al 2011, la norma sólo será exigible para las candidaturas de los municipios con un número de residentes superior a cinco mil habitantes.

Esta modificación normativa ha planteado algunas dudas interpretativas. De un lado, y dado que el artículo 46.3 de la LOREG, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, establece como facultativa la inclusión de suplentes en las listas electorales, hasta un máximo de diez, se suscita el problema de si las reglas sobre composición equilibrada del artículo 44 bis deben aplicarse a la lista en su conjunto, incluidos los suplentes, si los hay, o, por el contrario, debe aplicarse separadamente a los candidatos y a los suplentes. Asimismo, se cuestiona la aplicabilidad del artículo 44 bis en el caso de que exista legislación autonómica específica que regule el equilibrio de géneros en las listas electorales. Por último, se cuestiona también si es posible emplear el trámite de subsanación de irregularidades previsto en el artículo 48.1 de la LOREG en el supuesto de inadmisión de una candidatura por incumplimiento de los requisitos de composición paritaria.

Tales dudas han sido despejadas por la Junta Electoral Central, a través de sendas Instrucciones.

- Por una parte, la Instrucción 5/2007, de 12 de abril, sobre aplicación de los artículos 44 bis y 187.2 de la LOREG, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha establecido que:
 - El criterio sobre composición equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas a presentar en los diversos procesos electorales debe aplicarse de forma independiente a la lista de candidatos y a la de los eventuales suplentes, según se deriva de una interpretación sistemática de los diversos apartados del artículo 44 bis, así como la interpretación teleológica del meritado precepto.
 - Las reglas introducidas por el artículo 44 bis de la LOREG no son aplicables a las elecciones para las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa, que se rigen por su propia normativa al respecto; así como tampoco a las elecciones a las Asambleas Legislativas de aquéllas Comunidades Autónomas cuya legislación establezca una mayor presencia de mujeres en las candidaturas.

daturas electorales, como sucede para las Cortes de Castilla-La Mancha y para el Parlamento de las Islas Baleares.

- Con el fin de que las Juntas Electorales puedan comprobar con facilidad el cumplimiento de las exigencias legales sobre composición de las candidaturas, se impone la obligación de incluir junto al nombre y apellidos del candidato la referencia de si es hombre o mujer, mediante la indicación «Doña» o «Don».
- Por otra, la Instrucción 8/2007, de 19 de abril, sobre interpretación del trámite de subsanación de irregularidades previsto en el artículo 48.1 de la LOREG por incumplimiento de los requisitos de los artículos 44 bis y 187.2 de la LOREG, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, amparándose en la interpretación flexible realizada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 84/2003, de 8 de mayo, según la cual «la presentación de una candidatura de manera incompleta es un requisito subsanable, sin que por ello quepa hablar de una nueva candidatura», admite la posibilidad, durante el plazo de subsanación de irregularidades en las candidaturas, de modificar el orden de los candidatos, incluir o excluir algún candidato, siempre que se trate de subsanar la irregularidad relativa al equilibrio numérico entre mujeres y hombres.

Se presentaron y fueron admitidas por la Junta Electoral Provincial de Madrid veinte candidaturas, que recibieron cumplida publicación en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 97, de 25 de abril (pp. 79-99), siendo proclamadas, tras algunas subsanaciones, por la Junta Electoral Provincial el 30 de abril (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 102, de 1 de mayo, pp. 92-112). Tales candidaturas son, por su orden, las siguientes:

1. Izquierda Unida de la Comunidad de Madrid.
2. Unión Centrista Liberal.
3. Primero Madrid.
4. La Falange.
5. Partido Salvemos Telemadrid.
6. Alternativa Española.
7. Partido Humanista.
8. Partido Antitaurino contra el Maltrato Animal.
9. Unión por Leganés.
10. Partido Comunista de los Pueblos de España.
11. Partido Socialista Obrero Español.
12. Los Verdes.
13. Unidad Ciudadana.
14. Por un Mundo Más Justo.
15. Partido Popular.
16. Madrid es Castilla.
17. Innovación Democrática.
18. Falange Española de las J.O.N.S.

19. Democracia Nacional.
20. Centro Democrático Español.

No obstante, pocos días antes de la jornada electoral del 27 de mayo se retiró la candidatura «Salvemos Telemadrid», de lo que tomó razón la Junta Electoral Provincial de Madrid el día 24 de mayo y se publicó en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 123, de 25 de mayo, tan solo dos días antes de la jornada electoral. Dicha Junta exhortaba a las Juntas Electorales de Zona para que adoptaran las medidas oportunas en orden a la no distribución de las papeletas correspondientes a la meritada candidatura en los colegios electorales, a la vez que se decidió que los votos por correo recibidos por tal candidatura se considerasen como votos en blanco.

El número de candidaturas se inserta en la tendencia de las últimas legislaturas. Tras el progresivo aumento en las primeras legislaturas (nueve candidaturas en la I, doce en la II y dieciocho en la III), y una pequeña disminución en la IV, en la que se presentaron dieciséis, a partir de la V se ha estabilizado en veinte candidaturas, con la excepción de la VII legislatura en que se presentaron veintiuna como consecuencia de la aparición de un nuevo partido —Nuevo Socialismo—, fundado tras los incidentes acaecidos durante la VI legislatura y para presentarse en los comicios de octubre de 2003.

V. LOS RESULTADOS ELECTORALES Y LA COMPOSICIÓN DE LA CÁMARA

5.1. Los resultados electorales

La jornada electoral del 27 de mayo de 2007 ha arrojado el siguiente resultado:

Censo electoral: 4.458.989.
Votantes: 3.001.200.
Abstención: 1.457.789.
Votos válidos: 2.987.746.
Votos en blanco: 51.665.
Votos nulos: 13.454.
Votos a candidaturas: 2.936.081.

Los niveles de abstención en el 2007 no han sido elevados, cifrándose en un treinta y dos con sesenta y nueve por ciento, lo que se aproxima a los valores más bajos de abstencionismo que ha conocido la historia autonómica madrileña en la I, II, IV y VI Legislaturas con el treinta con treinta, treinta con cincuenta y seis, veintinueve con sesenta y uno, y treinta con setenta y tres por ciento, respectivamente, frente a aquellas otras legislaturas con valores más próximos a los cuarenta puntos (en la III Legislatura la abstención alcanzó las cotas máximas de la Comunidad de Madrid con el cuarenta y uno con cin-

cuenta y siete por ciento, seguida de la V Legislatura con el treinta y nueve con doce y la VII con el treinta y siete con cuarenta y ocho por ciento de abstención).

Una visión histórica de los resultados electorales a lo largo de las diferentes legislaturas ofrece los siguientes datos:

	1983	1987	1991	1995	1999	2003	2003	2007*
Electores	3.381.610	3.537.579	3.853.497	4.129.852	4.281.075	4.443.533	4.460.349	4.458.989
Votantes	2.356.924	2.456.467	2.251.613	2.907.141	2.606.325	3.078.052	2.788.495	3.001.200
Abstención	1.024.686	1.081.112	1.601.884	1.222.711	1.674.750	1.365.481	1.671.854	1.457.789
Votos válidos	—	2.426.472	2.246.803	2.896.177	2.593.495	3.064.080	2.777.622	2.987.746
En blanco	—	42.196	33.331	38.763	54.341	60.942	48.433	51.665
Nulos	—	29.995	4.810	10.964	12.830	13.972	10.873	13.454
A candidaturas	—	2.384.276	2.213.472	2.857.354	2.539.154	3.003.138	2.729.189	2.936.081

Fuente: Informática de la Comunidad de Madrid (ICM).

* Los datos del 2007 proceden del acta de proclamación de la Junta Electoral Provincial de Madrid (BOCM núm. 141, de 15 de junio de 2007).

Los dos millones novecientos treinta y seis mil ochenta y un votos a candidaturas se han repartido entre las formaciones políticas presentadas del modo en que figura en el siguiente cuadro:

<i>Candidaturas 2007</i>	<i>Votos</i>	<i>Porcentaje</i>
Partido Popular	1.592.162	54,23 %
Partido Socialista Obrero Español	1.002.862	34,16 %
Izquierda Unida de la Comunidad de Madrid	264.782	9,02 %
Los Verdes	33.044	1,12 %
Partido Antitaurino contra el Maltrato Animal	6.877	0,23 %
Alternativa Española	5.039	0,17 %
Por un Mundo Más Justo	5.024	0,17 %
Partido Comunista de los Pueblos de España	4.231	0,14 %
Democracia Nacional	3.518	0,12 %
Falange Española de las J.O.N.S.	3.123	0,11 %
La Falange	2.675	0,09 %
Unidad Ciudadana	2.099	0,07 %
Madrid es Castilla	2.074	0,07 %
Centro Democrático Español	1.816	0,06 %
Partido Humanista	1.757	0,06 %
Primero Madrid	1.667	0,06 %

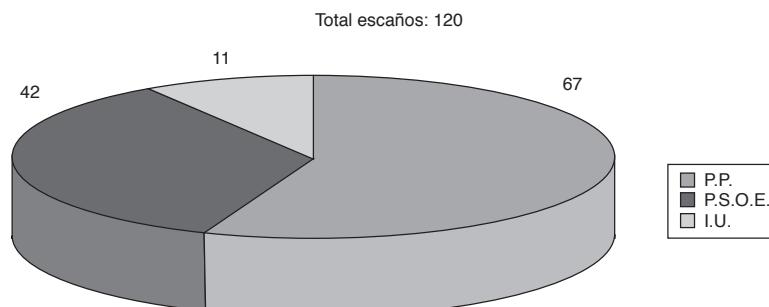
Candidaturas 2007	Votos	Porcentaje
Unión por Leganés	1.422	0,05 %
Unión Centrista Liberal	1.335	0,04 %
Innovación Democrática	574	0,02 %
Partido Salvemos Telemadrid	0	0,00 %

Fuente: Acta de proclamación de la Junta Electoral Provincial de Madrid (BOCM núm. 141, de 15 de junio de 2007).

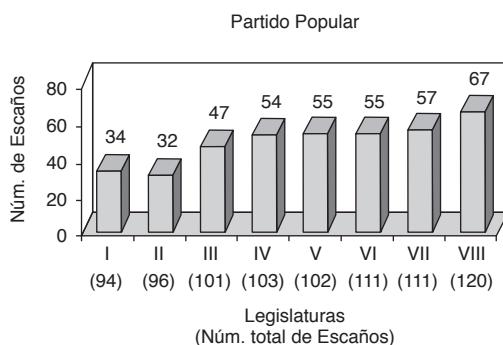
Como se aprecia en los datos expuestos, sólo tres candidaturas superan la llamada barrera electoral que el artículo 18.2 de la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid cifra en el cinco por ciento de los votos válidamente emitidos, en este caso concreto ciento cuarenta y nueve mil trescientos ochenta y siete votos. En particular son el Partido Popular, con el cincuenta y cuatro con veintitrés por ciento de los votos, el Partido Socialista Obrero Español, que ha obtenido el treinta y cuatro con dieciséis por ciento e Izquierda Unida de la Comunidad de Madrid, cuyo porcentaje de votos es del nueve con dos. Consecuentemente, sólo estas tres formaciones políticas tienen acceso al reparto de los escaños parlamentarios. Con ello se confirma la estructura parlamentaria ya consolidada en la Comunidad de Madrid, integrada únicamente por estas tres fuerzas políticas que asumen la representación de los ciudadanos madrileños; estructura que sólo ha conocido una excepción, durante la II Legislatura (de 1987 a 1991), en la que tuvo entrada al arco parlamentario una cuarta fuerza política, el Centro Democrático y Social.

El resto de formaciones presentadas a las elecciones tienen un apoyo electoral muy marginal. La suma de los votos obtenidos por estas otras candidaturas no alcanza en su conjunto ni siquiera el cinco por ciento de los votos. Individualmente consideradas sólo la candidatura «Los Verdes» ha superado escasamente el uno por ciento de los votos; las demás no han alcanzado ni el cuarto de punto. Todo ello no es sino reflejo de la tendencia del pueblo madrileño a respaldar en las urnas a las tres grandes fuerzas políticas.

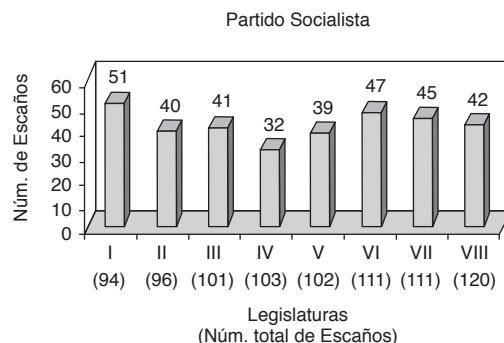
La aplicación de la fórmula D'Hont para la atribución de escaños, aplicable según lo previsto en el artículo 18.3 de la Ley Electoral de la Comunidad de Madrid, por remisión a lo estipulado en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General para la elección al Congreso de los Diputados, conforma la siguiente distribución:



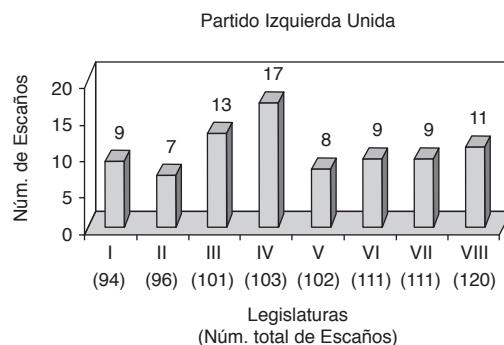
Siendo ciento veinte los escaños a repartir la mayoría absoluta se cifra en sesenta y un escaños, por lo que el Partido Popular, con sesenta y siete escaños, obtiene una holgada mayoría absoluta —la máxima obtenida por una fuerza política en la historia de la autonomía madrileña—, que le permite formar un fuerte gobierno en solitario. Con ello refuerza su posición respecto a las legislaturas anteriores, con diez Diputados más que en la VII Legislatura. De esta forma revalida la mayoría absoluta, la cuarta del Partido Popular y, en consecuencia, el cuarto gobierno de esta fuerza política en la Comunidad de Madrid. En efecto, tras tres legislaturas en la oposición (la I, II y III; a pesar de que en la III era el partido con más escaños, no logró el Gobierno de la Comunidad, que quedó en manos de los socialistas con ocasión de un pacto entre las fuerzas de la izquierda) desde la Legislatura que comenzó en mil novecientos noventa y cinco y dejando a salvo la breve VI Legislatura que transcurrió de junio a octubre de 2003, el gobierno autonómico de Madrid ha recaído sobre el Partido Popular.



Por su parte, el Partido Socialista permanece en la oposición como segunda fuerza política de la Cámara, pero con una situación más debilitada como consecuencia de la pérdida de tres escaños respecto de la Legislatura anterior, y con veinticinco escaños menos que el Partido Popular. Sus mejores resultados se remontan a la I Legislatura, en la que obtuvo cincuenta y un escaños, lo que le permitió constituir un gobierno con mayoría absoluta, permaneciendo en el gobierno durante la II y III Legislaturas, aunque ya no con mayoría absoluta. En la IV pasó a la oposición, en la que permanece desde entonces. No obstante, en la VI Legislatura se produjo un repunte en sus resultados electorales, pero los conocidos acontecimientos de junio de 2003, en que dos Diputados de las filas socialistas se ausentaron en la sesión constitutiva de la Asamblea, abortaron el previsible acceso —consecuencia de un pacto entre socialistas e Izquierda Unida— del candidato del Partido Socialista a la Presidencia de la Comunidad de Madrid, propiciándose la celebración de unas nuevas elecciones en octubre de 2003 que dieron la mayoría absoluta al Partido Popular.



Con once escaños, Izquierda Unida permanece como tercera fuerza política de la Cámara, incrementando en dos los escaños que poseía en la Legislatura anterior, aunque todavía lejos de sus mejores resultados, en la IV Legislatura con diecisiete escaños de un total de ciento tres.



5.2. La composición de la Asamblea de Madrid: Relación de diputados

Los Diputados proclamados electos por la Junta Electoral Provincial de Madrid son los que se reflejan en el siguiente cuadro con expresión de la formación política en cuyas listas fue elegido, sin que se hayan presentado recursos contencioso-electorales que afecten a la proclamación de ninguno de ellos:

1	Aboín Aboín, Sonsoles Trinidad	Popular
2	Adrados Gautier, María Paloma	Popular
3	Aguirre Gil De Biedma, Esperanza	Popular
4	Alcalá Chacón, Rosa María	Socialista
5	Almazán Vicario, María Helena	Socialista

6	Álvarez Padilla, María Nadia	Popular
7	Álvarez-Arenas Cisneros, María Carmen	Popular
8	Amat Ruiz, María Josefa	I. Unida
9	Arribas Del Barrio, José María	Popular
10	Astudillo López, José Gabriel	Popular
11	Bajo Prieto, María Luz	Popular
12	Barreiro Fernández, María Isabel	Popular
13	Beltrán Pedreira, Jacobo Ramón	Popular
14	Beteta Barreda, Antonio Germán	Popular
15	Blanco Hortet, Óscar	Socialista
16	Bosch Tejedor, Alfonso	Popular
17	Busó Borús, Pilar	Popular
18	Cabaco López, Francisco	Socialista
19	Cabrera Orellana, José	Popular
20	Camaño Gómez, Fernando	I. Unida
21	Camins Martínez, Ana	Popular
22	Carabante Muntada, Francisco De Borja	Popular
23	Casado Blanco, Pablo	Popular
24	Castillo Pascual, Livia	Socialista
25	Cepeda García, José Carmelo	Socialista
26	Cifuentes Cuencas, María Cristina	Popular
27	Clemente Aguado, Carlos	Popular
28	Contreras Lorenzo, Francisco	Socialista
29	Díaz Martínez, José Antonio	Socialista
30	Díaz Masso, María Mercedes	Socialista
31	Echegoyen Vera, Enrique	Socialista
32	Echeverría Echániz, José Ignacio	Popular
33	Elorriaga Pisarik, María Beatriz	Popular
34	Escudero Díaz-Tejeiro, Marta	Popular
35	Federico Corral, José María	Popular
36	Fermosel Díaz, Jesús	Popular
37	Fernández Díaz, Fausto	I. Unida
38	Fernández Gordillo, Antonio	Socialista
39	Fernández Martín, Alejandro	Socialista
40	Fernández Rubio, José Ignacio	Popular

41	Fernández Sanz, Matilde	Socialista
42	Figar De Lacalle, Lucía	Popular
43	Franco Pardo, José Manuel	Socialista
44	García Álvarez, María Caridad	I. Unida
45	García Fernández, María Antonia	Socialista
46	García Nieto, María Nieves Margarita	Popular
47	García Pontes, Joaquín	Socialista
48	García Rojas, Carmen	Socialista
49	García Yustos, Iván	Socialista
50	García-Badell Arias, Regino	Popular
51	Giner Parreño, César Augusto	Socialista
52	Gómez Gómez, Francisco Javier	Socialista
53	Gómez Moreno, Jorge	Socialista
54	Gómez-Limón Amador, María Teresa	Popular
55	González González, Jaime Ignacio	Popular
56	González González, Isabel Gema	Popular
57	González Taboada, Jaime	Popular
58	González Velayos, Ignacio	Popular
59	Gordo Pradel, Gregorio	I. Unida
60	Granados Lerena, Francisco José	Popular
61	Güemes Barrios, Juan José	Popular
62	Hernández Ballesteros, Francisco	Socialista
63	Herráiz Romero, Raimundo	Popular
64	Hidalgo Tena, Engracia	Popular
65	Jiménez De Parga Maseda, Federico	Popular
66	Lezcano Pastor, Pilar Mercedes	Socialista
67	Liébana Montijano, María Pilar	Popular
68	López Viejo, Alberto	Popular
69	Mariño Ortega, Ana Isabel	Popular
70	Martín Irañeta, María Del Carmen	Popular
71	Martín Martín, Paloma	Popular
72	Martín Vasco, Benjamín	Popular
73	Martínez Herrando, María Ángeles	Socialista
74	Menéndez González-Palenzuela, Carmen	Socialista
75	Montiel Mesa, María De Los Reyes	I. Unida

76	Moraga Valiente, Álvaro	Popular
77	Morillo Casals, Pablo	Popular
78	Moya Nieto, María Encarnación	Socialista
79	Muñoz Abrines, Pedro	Popular
80	Navarro Muñoz, Adolfo	Socialista
81	Nolla Estrada, Modesto	Socialista
82	Núñez Morgades, Pedro	Popular
83	Oficialdegui Alonso De Celada, Eduardo	Popular
84	Olmo Flórez, Luis Del	Popular
85	Ongil Cores, María Gádor	Popular
86	Pardo Ortiz, Josefina Dolores	Socialista
87	Peinado Villegas, Fátima	Socialista
88	Peral Guerra, Luis	Popular
89	Pérez García, David	Popular
90	Pérez Ráez, José Luis	Socialista
91	Piñedo Simal, Adolfo	Socialista
92	Plaño De Lacalle, Regina María	Popular
93	Porta Cantoni, Ruth	Socialista
94	Posada Chapado, Rosa María	Popular
95	Prada Presa, Alfredo	Popular
96	Quintana Viar, José	Socialista
97	Redondo Alcaide, María Isabel	Popular
98	Reneses González-Solares, Miguel Ángel	I. Unida
99	Rodríguez Flores, María Carmen	Popular
100	Rodríguez Gabucio, María Dolores	Socialista
101	Rodríguez Herrer, María Elvira	Popular
102	Rodríguez Rodríguez, Francisco Javier	Popular
103	Rojo Cubero, Andrés	Socialista
104	Rozas Piña, Esperanza	Socialista
105	Ruiz Castillo, Juan Antonio	Socialista
106	Ruiz Escudero, Enrique	Popular
107	Ruiz López, Antero	I. Unida
108	Sabando Suárez, Pedro Feliciano	Socialista
109	Sabanés Nadal, Inés	I. Unida
110	Sánchez Acera, Pilar	Socialista

111	Sanz Arranz, Juan Antonio	I. Unida
112	Sarasola Jáudenes, Francisco De Borja	Popular
113	Simancas Simancas, Rafael	Socialista
114	Soler-Espiauba Gallo, Juan	Popular
115	Trabado Pérez, Colomán	Popular
116	Utrilla Palombi, Elena De	Popular
117	Valverde Bocanegra, Jesús Adriano	Popular
118	Van-Halen Acedo, Juan	Popular
119	Vaquero Gómez, Eulalia	I. Unida
120	Villavicencio Mapy, Rosa Yolanda	Socialista

Con posterioridad a la sesión constitutiva y hasta el 10 de septiembre de 2007 se han producido las siguientes bajas y sus respectivas altas, todas ellas en el Grupo Popular: han renunciado a su condición de Diputado los Ilmos. Sres. D. Raimundo Herraiz Romero (*Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid* núm. 7, de 12 de julio de 2007), D. Luis del Olmo Flórez (*Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid* núm. 8, de 19 de julio de 2007), D.^a Paloma Martín Martín (*Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid* núm. 8, de 19 de julio de 2007), D. Jaime González Taboada (*Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid* núm. 8, de 19 de julio de 2007), D. Francisco de Borja Sarasola Jaúdenes (*Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid* núm. 13, de 2 de agosto de 2007) y D. Antonio Pablo González Terol (*Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid* núm. 13, de 2 de agosto de 2007). Los mencionados Diputados han sido sustituidos respectivamente por D.^a Ana María Abella Álava, D. Álvaro González López, D.^a Alicia Delibes Liniers, D. Antonio Pablo González Terol, D.^a María Begoña García Martín, que prestaron promesa o juramento de acatamiento a la Constitución y al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid en la sesión plenaria de 19 de julio de 2007 (*Diario de Sesiones* núm. 23; *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid* núm. 11, de 26 de julio de 2007): D. José Luis Fernández-Quejo del Pozo y D.^a Eva Piera Rojo.

VI. LOS INICIOS DE LA VIDA PARLAMENTARIA

6.1. La constitución de la Asamblea de Madrid

De acuerdo con el Decreto 3/2007, de 2 de abril, de convocatoria electoral, la sesión constitutiva de la Asamblea tiene lugar el día 12 de junio de 2007 a las diez horas, y conforme a lo establecido en el artículo 10 del Reglamento de la Asamblea de Madrid es presidida por el Diputado electo

de mayor edad, el Ilmo. Sr. D. José María de Federico Corral, asistido en calidad de Secretarios por los dos Diputados más jóvenes, el Ilmo. Sr. D Pablo Casado Blanco y la Ilma. Sra. D.^a Ana Camins Martínez, constituyendo los tres la denominada Mesa de Edad.

En la sesión constitutiva, recogida en el *Diario de Sesiones*, núm. 1, de 12 de junio, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 11.2, 51.2 y 52 del Reglamento de la Cámara, se procede a la elección de la Mesa de la Asamblea, resultando la siguiente composición, plasmada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 1, de 14 de junio de 2007, p. 5:

Cargo	Diputado/a	Grupo Parlamentario
Presidenta	D. ^a Elvira Rodríguez Herrer	Popular
Vicepresidenta Primera	D. ^a M. ^a Cristina Cifuentes Cuencas	Popular
Vicepresidente Segundo	D. Francisco Cabaco López	Socialista
Vicepresidente Tercero	D. Antero Ruiz López	Izquierda Unida
Secretaria Primera	D. ^a Rosa María Posada Chapado	Popular
Secretaria Segunda	D. ^a María Helena Almazán Vicario	Socialista
Secretario Tercero	D. Jacobo Ramón Beltrán Pedreira	Popular

Así pues la Presidencia recae de nuevo en una mujer. Se trata de la tercera Presidenta de la Cámara y de la cuarta legislatura presidida por una fémina. En efecto, desde la II Legislatura, presidida por la Excm. Sra. D.^a Rosa Posada Chapado, del Centro Democrático y Social, la Asamblea no había vuelto a tener otra Presidenta hasta la efímera VI Legislatura, en que fue presidida por la Excm. Sra. D.^a Concepción Dancausa Treviño, del Grupo Popular, Presidenta, asimismo, durante la VII Legislatura. Por el contrario la I, III, IV y V Legislaturas han sido presididas por hombres, en concreto, respectivamente, por los Excmos. Sres. D. Ramón Espinar Gallego, del Grupo Socialista, D. Pedro Díez Olazábal, del Grupo de Izquierda Unida, D. Juan Van-Halen Acedo, del Grupo Popular, y D. Jesús Pedroche Nieto, también del Grupo Popular.

El cuadro anterior evidencia el reparto de puestos en la Mesa entre las distintas fuerzas parlamentarias, reteniendo cuatro puestos el Grupo Popular —la Presidencia, la Vicepresidencia Primera y las Secretarías Primera y Tercera—, dos el Grupo Socialista —la Vicepresidencia Segunda y la Secretaría Segunda— y uno el Grupo Izquierda Unida —la Vicepresidencia Tercera—, con lo que se consigue la representación de todos los grupos en el órgano rector de la Cámara, a la vez que se reproduce la composición, en cuanto al reparto de puestos se refiere, de la Mesa de la IV, V y VII Legislaturas.

En idéntica sesión, la constitutiva, todos los Diputados electos relacionados en páginas anteriores procedieron a prestar promesa o juramento de acatamiento de la Constitución y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, declarándose constituida la Asamblea de la VIII Legislatura (*Bole-*

tín Oficial de la Asamblea de Madrid, núm. 1, de 14 de junio de 2007, p. 3; relación de diputados en el mismo Boletín, pp. 3-5).

6.2. La formación de los Grupos Parlamentarios de la Asamblea de Madrid

Ya que son actores indiscutibles de la escena parlamentaria, el artículo 39 del Reglamento ha previsto un breve plazo —cinco días desde la sesión constitutiva—, para la constitución de los Grupos Parlamentarios, siendo declarada formalmente por la Mesa, con fecha 15 de junio de 2007 la constitución de tres Grupos Parlamentarios, a saber:

- «Grupo Parlamentario Popular de la Asamblea de Madrid», integrado por sesenta y siete Diputados, representado por el Ilmo. Sr. D. Antonio Germán Beteta Barreda en calidad de Portavoz y por los Ilmos. Sres. D. Juan Soler-Espiauba Gallo y D. David Pérez García, como Portavoces Adjuntos (*Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 2, de 21 de junio de 2007, pp. 11 y 12).
- «Grupo Parlamentario Socialista de la Asamblea de Madrid», compuesto por cuarenta y dos Diputados y representado por la Ilma. Sra. D.^a Matilde Fernández Sanz como Portavoz y los Ilmos. Sres. D. Andrés Rojo Cubero y D. Enrique Echegoyen Vera como Portavoces Adjuntos (*Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 2, de 21 de junio de 2007, pp. 13 y 14)².
- «Grupo Parlamentario de Izquierda Unida de la Asamblea de Madrid», constituido por once Diputados, actuando como Portavoz la Ilma. Sra. D.^a Inés Sabanés Nadal y los Ilmos. Sres. D. Miguel Ángel Reneses González-Solares y D.^a Caridad García Álvarez, en calidad de Portavoces Adjuntos (*Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 2, de 21 de junio de 2007, pp. 12 y 13).

En consecuencia, los Grupos Parlamentarios constituidos son trasunto de las fuerzas políticas que han obtenido representación parlamentaria, en el sentido de que ninguno de los Diputados ha pasado a constituir el Grupo Mixto.

6.3. La investidura de la Presidenta de la Comunidad de Madrid y la formación del gobierno autonómico

El sistema político de la Comunidad de Madrid, diseñado por su Estatuto de Autonomía, es el parlamentario, en el que el Gobierno requiere de la con-

² Durante el proceso de pruebas del presente artículo se han producido cambios en la portavocía del Grupo Socialista, designándose a la Ilma. Sra. D.^a Carmen Menéndez González-Palenzuela como nueva Portavoz y el Ilmo. Sr. D. Adolfo Navarro Muñoz en sustitución de D. Enrique Echegoyen Vera, como Portavoz Adjunto, junto con D. Andrés Rojo Cubero.

fianza del Parlamento para su formación y para su mantenimiento en el poder, pudiendo exigirle responsabilidad política y retirarle la confianza mediante los instrumentos de la moción de censura y la cuestión de confianza. Por ello, al inicio de la legislatura, la Cámara otorga su confianza a uno de sus miembros para investirle Presidente de la Comunidad, asumiendo el mandato de formar el Gobierno autonómico, según los trámites regulados en los artículos 18 del Estatuto de Autonomía y 181 a 184 del Reglamento de la Asamblea.

Tras la consulta con los representantes de los grupos políticos con representación en la Asamblea, la Presidenta de la Cámara, de acuerdo con lo previsto en el artículo 182 del Reglamento propuso a la Excma. Sra. D.^a Esperanza Aguirre Gil de Biedma como candidata a la Presidencia de la Comunidad de Madrid, quien recibió la confianza de la Cámara tras el debate de investidura que tuvo lugar los días 18 y 19 de junio de 2007 y la votación que se celebró este último día, reflejado todo ello en el *Diario de Sesiones*, núm. 2. En dicha votación la candidata a la Presidencia obtuvo el respaldo de los sesenta y siete escaños de los bancos populares y el voto en contra de los cincuenta y tres escaños de la oposición, por lo que quedó investida Presidenta de la Comunidad en primera votación por la mayoría absoluta de la Cámara, tomando posesión de su cargo al día siguiente (*Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 4, de 28 de junio de 2007, p. 50).

Por el Decreto 7/2007, de 20 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid quedó fijada la composición del Gobierno con dos Vicepresidencias, catorce Consejerías y la Portavocía del Gobierno —a lo que obviamente se añade la Presidencia de la Comunidad—, con la siguiente denominación:

Consejería	Titular
Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno	D. Ignacio González González ³
Vicepresidencia Segunda y Consejería de Justicia y Administraciones Públicas	D. Alfredo Prada Presa ⁴
Consejería de Presidencia e Interior	D. Francisco Granados Lerena ⁵
Consejería de Hacienda	D. ^a Engracia Hidalgo Tena ⁶
Consejería de Economía y Consumo	D. Fernando Merry del Val Díez de Rivera ⁷

³ Nombramiento por el Decreto 8/2007, de 20 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

⁴ Nombramiento por el Decreto 9/2007, de 20 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

⁵ Nombramiento por el Decreto 10/2007, de 20 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

⁶ Nombramiento por el Decreto 11/2007, de 20 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

⁷ Nombramiento por el Decreto 12/2007, de 20 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

<i>Consejería</i>	<i>Titular</i>
Consejería de Transportes e Infraestructuras	D. Manuel Lamela Fernández ⁸
Consejería de Educación	D. ^a Lucía Figar de Lacalle ⁹
Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio	D. ^a Beatriz Elorriaga Pisarik ¹⁰
Consejería de Sanidad	D. Juan José Güemes Barrios ¹¹
Consejería de Cultura y Turismo	D. Santiago Fisas Ayxelá ¹²
Consejería de Familia y Asuntos Sociales	D. ^a María Gádor Ongil Cores ¹³
Consejería de Empleo y Mujer	D. ^a María Paloma Adrados Gautier ¹⁴
Consejería de Inmigración y Cooperación	D. Javier Fernández-Lasketty y Blanc ¹⁵
Consejería de Deportes	D. Alberto López Viejo ¹⁶
Consejería de Vivienda	D. ^a Ana Isabel Mariño Ortega ¹⁷

En relación a la legislatura anterior los cambios más significativos radican en la creación de dos nuevas Consejerías, la de Vivienda, desgajándose de la anterior Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio; y la de Deportes, que se «independiza» de la Consejería de Cultura y Deportes y asume, además, las competencias de la Dirección General de Juventud, que hasta entonces dependía de la Consejería de Educación.

Por otra parte, la Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno asume las competencias relativas a espectáculos taurinos, que tenía atribuida la anterior Consejería de Justicia e Interior, y las competencias en materia de sociedad de la información y del conocimiento, que residían en las Conseje-

⁸ Nombramiento por el Decreto 13/2007, de 20 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

⁹ Nombramiento por el Decreto 14/2007, de 20 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

¹⁰ Nombramiento por el Decreto 15/2007, de 20 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

¹¹ Nombramiento por el Decreto 16/2007, de 20 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

¹² Nombramiento por el Decreto 17/2007, de 20 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

¹³ Nombramiento por el Decreto 18/2007, de 20 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

¹⁴ Nombramiento por el Decreto 19/2007, de 20 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

¹⁵ Nombramiento por el Decreto 20/2007, de 20 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

¹⁶ Nombramiento por el Decreto 21/2007, de 20 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

¹⁷ Nombramiento por el Decreto 22/2007, de 20 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

rías de Presidencia y de Economía e Innovación Tecnológica. La Consejería de Justicia y Administraciones Públicas mantiene las competencias de justicia, gana las que hasta entonces poseía la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano, salvo las relativas a la sociedad de la información y la administración electrónica; las de la Dirección General de la Función Pública; y las de la Dirección General de Cooperación con el Estado y Asuntos Europeos, excepto lo relativo a cooperación con el Estado (que permanecen en la Consejería de Presidencia) y a las ayudas y fondos europeos (que pasan a la Consejería de Hacienda); y pierde las competencias de interior a favor de la Consejería de Presidencia, que ahora pasa a denominarse Presidencia e Interior.

Las competencias en materia de consumo, que correspondían a la Consejería de Sanidad, se atribuyen ahora a la Consejería de Economía y Consumo, que, a su vez, pierde las competencias en materia de turismo en favor de la Consejería de Cultura y Turismo.

En cuanto a los titulares de las Consejerías, repiten diez en su cargo de Consejero, aunque la mitad de ellos —salvo los titulares de las Vicepresidencias y de las Consejerías de Presidencia, de Hacienda y de Cultura y Turismo—, cambian de cartera departamental. No obstante, se produce la incorporación al Ejecutivo de cinco Consejeros nuevos, concretamente, los titulares de las Consejerías de Familia y Asuntos Sociales, de Empleo y Mujer, de Inmigración y Cooperación, de Deportes y de Vivienda.

6.4. La designación de miembros de la Diputación Permanente

Para velar por los poderes de la Cámara en los supuestos de extinción del mandato parlamentario y entre los períodos de sesiones ordinarias la Diputación Permanente es el órgano que garantiza la continuidad del Parlamento, por lo que su composición debe determinarse al inicio de la legislatura.

De acuerdo con las previsiones del artículo 80 del Reglamento de la Asamblea, la Mesa de la Asamblea determinó que la Diputación Permanente se integre por cuarenta y un miembros, distribuidos entre los Grupos Parlamentarios en proporción a su importancia numérica en la Cámara del siguiente modo: veintitrés miembros a propuesta del Grupo Popular, catorce a propuesta del Grupo Socialista y cuatro a propuesta del Grupo de Izquierda Unida, tomando en consideración que por exigencia del artículo 80.2 del Reglamento los miembros de la Mesa lo han de ser también de la Diputación Permanente. Formalizadas las propuestas por los Grupos, con sus respectivos suplentes, la Mesa, oída la Junta de Portavoces las elevó al Pleno, donde fueron sometidas a una votación de conjunto en su sesión de 28 de junio de 2007 (*Diario de Sesiones*, núm. 3) y declarada formalmente la integración de la Diputación por la Mesa en su sesión de 2 de julio de 2007.

La composición de la Diputación Permanente, según consta en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 5, de 4 de julio de 2007, pp. 68 y 69, queda como se relaciona¹⁸:

<i>Titulares</i>	<i>Suplentes</i>	<i>Grupo *</i>
D. ^a Elvira Rodríguez Herrer	D. Luis Peral Guerra	GP
D. ^a María Cristina Cifuentes Cuencas	D. Juan Van-Halen Acedo	GP
D. ^a Rosa María Posada Chapado	D. José Ignacio Echeverría Echaniz	GP
D. Jacobo Ramón Beltrán Pedreira	D. Regino García-Badell Arias	GP
D. ^a Esperanza Aguirre Gil de Biedma	D. ^a María del Carmen Álvarez-Arenas Cisneros	GP
D. Jaime Ignacio González González	D. ^a María Carmen Rodríguez Flores	GP
D. Alfredo Prada Presa	D. Luis del Olmo Flórez	GP
D. Francisco José Granados Lerena	D. ^a Paloma Martín Martín	GP
D. ^a Engracia Hidalgo Tena	D. ^a Elena de Utrilla Palombi	GP
D. ^a Lucía Figar de Lacalle	D. Pedro Núñez Morgades	GP
D. ^a Beatriz Elorriaga Pisarik	D. José María de Federico Corral	GP
D. ^a María Gádor Ongil Cores	D. Francisco Javier Rodríguez Rodríguez	GP
D. ^a María Paloma Adrados Gautier	D. ^a Isabel Gema González González	GP
D. Juan José Güemes Barrios	D. Enrique Ruiz Escudero	GP
D. ^a Ana Isabel Mariño Ortega	D. ^a María Luz Bajo Prieto	GP
D. Alberto López Viejo	D. Francisco de Borja Sarasola Jádenes	GP
D. Antonio Germán Beteta Barreda	D. ^a María Pilar Liébana Montijano	GP
D. Juan Soler-Espiauba Gallo	D. ^a Sonsoles Trinidad Aboín Aboín	GP
D. David Pérez García	D. Pablo Casado Blanco	GP
D. Benjamín Martín Vasco	D. ^a María Nieves Margarita García Nieto	GP
D. Pedro Muñoz Abrines	D. Álvaro Moraga Valiente	GP
D. Jesús Fermosel Díaz	D. ^a María Nadia Álvarez Padilla	GP
D. Francisco de Borja Carabante Muntada	D. Jesús Adriano Valverde Bocanegra	GP

¹⁸ A la fecha de cierre del presente artículo se han producido cambios en algunos miembros de la Diputación Permanente, en concreto en cuatro suplentes del Grupo Popular, materializados en la sesión plenaria de 25 de julio de 2007 (*Diario de Sesiones* núm. 28; *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid* núm. 13, de 2 de agosto de 2007). Asimismo, está pendiente de materializarse cambios por parte del Grupo Socialista.

<i>Titulares</i>	<i>Suplentes</i>	<i>Grupo *</i>
D. Francisco Cabaco López	D.ª María Ángeles Martínez Herrando	GS
D.ª María Helena Almazán Vicario	D. Francisco Contreras Lorenzo	GS
D.ª Matilde Fernández Sanz	D. Francisco Javier Gómez Gómez	GS
D. Andrés Rojo cubero	D.ª Pilar Sánchez Acera	GS
D. Enrique Echegoyen Vera	D. César Augusto Giner Parreño	GS
D.ª Carmen Menéndez González-Palenzuela	D. José Antonio Díaz Martínez	GS
D. Pedro Feliciano Sabando Suárez	D.ª Carmen García Rojas	GS
D. José Luis Pérez Ráez	D. Antonio Fernández Gordillo	GS
D. José Manuel Franco Pardo	D. Alejandro Lucas Fernández Martín	GS
D. José Quintana Viar	D. Óscar Blanco Hortet	GS
D. Modesto Nolla Estrada	D. Adolfo Piñedo Simal	GS
D. Adolfo Navarro Muñoz	D.ª María Encarnación Moya Nieto	GS
D.ª Josefa Dolores Pardo Ortiz	D. Jorge Gómez Moreno	GS
D. José Carmelo Cepeda García	D.ª Pilar Mercedes Lezcano Pastor	GS
D. Antero Ruiz López	D.ª María Josefa Amat Ruiz	GIU
D.ª Inés Sabanés Nadal	D. Gregorio Gordo Pradel	GIU
D.ª María Caridad García Álvarez	D. Fausto Fernández Díaz	GIU
D. Miguel Ángel Reneses González-Solares	D.ª Eulalia Vaquero Gómez	GIU

* GP: Grupo Popular; GS: Grupo Socialista; GIU: Grupo de Izquierda Unida.

6.5. La designación de Senadores en representación de la Comunidad de Madrid y otras designaciones

Por *mor* de lo estipulado en los artículos 4 de la Ley 13/1984, de 30 de junio, de Creación, Organización y Control Parlamentario del Ente Público «Radio Televisión Madrid» y 6 de la Ley 5/1984, de 7 de marzo, reguladora del Consejo Asesor de Radio Televisión Española en la Comunidad de Madrid, y de los artículos 230 y 231 del Reglamento de la Asamblea, al comienzo de la legislatura debe procederse a la designación de los miembros del Consejo de Administración del ente público «Radio Televisión Madrid» y del Consejo Asesor de Radio Televisión Española en la Comunidad de Madrid.

En la misma sesión plenaria de veintiocho de junio se procedió a su designación (*Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 5, de 4 de julio de 2007,

pp. 70-71), según sendas propuestas formuladas por la Mesa. Previamente ésta, de acuerdo con las estipulaciones de los artículos 230 y 231 del Reglamento de la Asamblea, fijó en veinte la composición de cada uno de los mencionados Consejos, determinando que once miembros sean propuestos por el Grupo Parlamentario Popular, siete por el Grupo Socialista y dos por Izquierda Unida, de acuerdo con el criterio proporcional de restos mayores que contemplan los meritados preceptos reglamentarios.

Asimismo, dado que el mandato de los Senadores designados por la Asamblea en representación de la Comunidad de Madrid está ligado al mandato autonómico, se hace preciso designar Senadores al inicio de la legislatura. Teniendo en cuenta la certificación de la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid, acreditativa del censo de población de derecho vigente en el momento de celebrarse las últimas elecciones generales al Senado, es decir, en marzo de 2004, y ya que, a tenor del artículo 69.5 de la Constitución, cada Comunidad Autónoma designará un Senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio, a la Comunidad de Madrid le corresponde designar seis Senadores. Por acuerdo de la Mesa y la Junta de Portavoces de 25 de junio de 2007 se determinó, mediante la aplicación del método D'Hont, que cuatro de ellos fueran propuestos por el Grupo Popular y dos por el Grupo Socialista. Dichas propuestas se concretaron en las personas de D. Antonio Germán Beteta Barreda, D. Luis Peral Guerra, D. Juan Van-Halen Acedo y D. José Ignacio Echeverría Echaniz, por parte del Grupo Popular; y D. Rafael Simancas Simancas y D.ª Ruth Porta Cantoni, por el Grupo Socialista; propuestas que fueron elevadas al Pleno y aprobadas por éste en su sesión de veintiocho de junio, y plasmadas en el *Diario de Sesiones*, núm. 3 y en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 5, de 4 de julio de 2007, p. 70.

La aplicación del método D'Hont para el reparto de Senadores entre los distintos Grupos ha supuesto la pérdida de un Senador que el Grupo de Izquierda Unida poseía en la VII Legislatura. No obstante, no en todas las Legislaturas todos los Grupos Parlamentarios han tenido representación senatorial. En efecto, durante las Legislaturas I, II y V el Grupo minoritario de la oposición no participó en el reparto de los senadores de designación autonómica, en tanto que en la III, IV, VI y VII todos los Grupos contaron, al menos, con un representante en el Senado.

6.6. La constitución de las Comisiones

Siguiendo la estructura departamental del Gobierno y las prescripciones del artículo 72 del Reglamento, la Mesa, previo parecer favorable de la Junta de Portavoces, en su reunión del día 10 de julio de 2007 acordó la constitución de diecisiete Comisiones Permanentes Legislativas y dos No Legislativas, con la atribución de sus respectivas competencias, lo que recibió cumplida publicación en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 7, de 12 de julio de 2007, pp. 105-107.

a) *Comisiones Permanente Legislativas*

- Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado.
- Comisión de Presidencia e Interior.
- Comisión de Presupuestos y Hacienda.
- Comisión de Justicia y Administraciones Públicas.
- Comisión de Economía y Consumo.
- Comisión de Transportes e Infraestructuras.
- Comisión de Educación.
- Comisión de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.
- Comisión de Sanidad.
- Comisión de Cultura y Turismo.
- Comisión de Familia y Asuntos Sociales.
- Comisión de Empleo.
- Comisión de Inmigración y Cooperación.
- Comisión de Deportes.
- Comisión de Vivienda.
- Comisión de Mujer.
- Comisión de Juventud.

b) *Comisiones Permanentes No Legislativas*

- Comisión de Vigilancia de las Contrataciones.
- Comisión de Control del Ente Público Radio Televisión Madrid.

Este esquema responde a las prescripciones reglamentarias, que obligan a distinguir entre Comisiones Permanentes y No Permanentes, pudiendo ser las primeras Legislativas y No legislativas, y las segundas de Estudio y de Investigación. En todo caso, por imperativo del artículo 72.2.b) del Reglamento es Comisión Permanente No Legislativa la de Vigilancia de las Contrataciones y aquellas otras que se constituyan en virtud de disposición legal, lo que sucede con la Comisión de Control del Ente Público Radio Televisión Madrid, prevista en el artículo 19 de la Ley 13/1984, de 30 de junio, de Creación, Organización y Control Parlamentario del Ente Público «Radio Televisión Madrid», en su redacción dada por la Ley 2/2000, de 11 de febrero.

Entre la Comisiones Permanentes No Legislativas el Reglamento obliga a la constitución de las Comisiones de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado, de Mujer, de Juventud y de Presupuestos, si bien esta última acomoda su denominación y competencias al ámbito funcional propio de la Consejería competente en materia presupuestaria. El resto de Comisiones son reflejo de la estructura orgánica departamental del Gobierno reseñado en páginas anteriores. No obstante, debe hacerse notar que los asuntos relacionados con las materias de competencia de la Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno no se asignan a una Comisión propia sino que se atribuyen a la Comisión de Presidencia e Interior.

Las Comisiones, según el acuerdo de la Mesa de 10 de julio de 2007, *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid*, núm. 7, de 12 de julio de 2007,

pp. 107-108, se componen de dieciocho miembros —uno más que en la Legislatura anterior— distribuidos de la siguiente forma entre los tres Grupos: diez Diputados del Grupo Popular (incrementando en uno los nueve que tenía en la VII Legislatura), seis del Grupo Socialista y dos de Izquierda Unida. De esta regla general se excepciona la Comisión de Vigilancia de las Contrataciones, compuesta por nueve miembros distribuidos a partes iguales entre los tres Grupos, es decir, con tres Diputados cada uno, adoptando sus acuerdos en función del criterio de voto ponderado, según el número de Diputados con que cada Grupo Parlamentario cuente en el Pleno, siempre que sea idéntico el sentido en que hubieren votado todos los miembros de la Comisión pertenecientes a un mismo Grupo.

La sesión constitutiva de las Comisiones, en la que se procedió a la designación de sus respectivas Mesas, tuvo lugar el día 13 de julio de 2007, la de la Comisión de Presidencia e Interior, y el dieciséis del mismo mes y año la de las demás Comisiones.

ANEXO

NORMATIVA APLICABLE A LAS ELECCIONES A LA ASAMBLEA DE MADRID DE 27 DE MAYO DE 2007

1. General

1. Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General.
2. Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.
3. Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid.
4. Decreto 17/1987, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid por el que se regulan las condiciones materiales para la celebración de elecciones a la Asamblea de Madrid (*BOCM*, núm. 85, de 10 de abril de 1987; corrección de errores en *BOCM*, núm. 92, de 20 de abril de 1987).
5. Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, por el que se establece la regulación complementaria de los procesos electorales (*BOE*, núm. 92, de 17 de abril de 1999).
6. Decreto 3/2007, de 2 de abril, de la Presidenta de la Comunidad por la que se convocan elecciones a la Asamblea de Madrid (*BOCM*, núm. 79, de 3 de abril, p. 8; *BOE*, núm. 80, de 3 de abril de 2007, p. 14499).

2. Candidaturas

1. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (*BOE*, núm. 94, de 19 de abril de 2007, pp. 12611-12645).
2. Instrucción 2/2007, de 22 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre el procedimiento de nombramiento de los interventores de las candidaturas previsto en el artículo 78 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (*BOE*, núm. 76, de 29 de marzo de 2007, p. 13623).
3. Instrucción 5/2007, de 12 de abril, de la Junta Electoral Central, sobre aplicación de los artículos 44 bis y 187.2 de la LOREG, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (*BOE*, núm. 94, de 19 de abril de 2007, pp. 17197 y 17198).
4. Instrucción 8/2007, de 19 de abril, de la Junta Electoral Central, sobre interpretación del trámite de subsanación de irregularidades previsto en el artículo 48.1 de la LOREG por incumplimiento de los requisitos de los artículos 44 bis y 187.2 de la LOREG, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (*BOE*, núm. 95, de 20 de abril de 2007, p. 17421).

3. Campaña electoral

1. Instrucción 4/2007, de 12 de abril, de la Junta Electoral Central, sobre la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación electrónicas como instrumento de propaganda electoral (*BOE*, núm. 94, de 19 de abril de 2007, p. 17197).
2. Instrucción 6/2007, de 12 de abril, de la Junta Electoral Central, sobre distribución de espacios gratuitos de propaganda electoral en medios de comunicación de titularidad pública y delegación de competencias en las Juntas Electorales Provinciales (*BOE*, núm. 94, de 19 de abril de 2007, pp. 17198 y 17199).
3. Acuerdo de 8 de mayo de 2007, de la Junta Electoral Central, por la que se hace pública la distribución de espacios gratuitos de propaganda electoral en los medios de comunicación de titularidad pública en relación con las elecciones de 27 de mayo de 2007, distribución aprobada por la Junta Electoral Central en sesión del día de la fecha, vista la propuesta formulada por la Comisión de Radio y Televisión, según establece el artículo 65 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (*BOE*, núm. 112, de 10 de mayo de 2007, p. 20308).
4. Acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Madrid, de 10 de mayo de 2007, sobre distribución de espacios gratuitos en los medios de comunicación de titularidad pública (*BOCM*, núm. 111, de 11 de mayo de 2007, p. 57).

4. Gastos electorales

1. Instrucción 3/2007, de 22 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre el límite de gastos electorales en el caso de coincidencia de elecciones locales y de elecciones a las Asambleas Legislativas de determinadas Comunidades Autónomas (*BOE*, núm. 76, de 29 de marzo de 2007).
2. Resolución de 30 de marzo de 2007, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se hace público el Acuerdo del Pleno, de 29 de marzo de 2007, que aprueba la Instrucción relativa a la fiscalización de las contabilidades electorales de las elecciones que se van a celebrar el 27 de mayo de 2007 (*BOE*, núm. 90, de 14 de abril de 2007, pp. 16463-16470).
3. Orden de 3 de abril de 2007, de la Consejería de Hacienda, por la que se fijan las cantidades actualizadas del límite de gastos electorales y de las subvenciones a los gastos electorales de las elecciones a la Asamblea de Madrid del 27 de mayo de 2007 (*BOCM*, núm. 82, de 7 de abril de 2007, p. 4).

5. Votación

1. Orden del Ministerio de Fomento 870/2007, de 4 de abril, por la que se dictan normas sobre la colaboración del servicio de correos en las elecciones autonómicas, locales y a las Asambleas de Ceuta y Melilla y otros procesos electorales (*BOE*, núm. 82, de 5 de abril de 2007; corrección de errores en *BOE*, núm. 97, de 23 de abril de 2007, p. 17846).
2. Instrucción 7/2007, de 12 de abril, de la Junta Electoral Central, sobre la certificación censal específica prevista en el artículo 85.1 de la LOREG (*BOE*, núm. 94, de 19 de abril de 2007, pp. 17199 y 17200).
3. Acuerdo de 12 de abril de 2007, de la Junta Electoral Central, por el que se aprueban los modelos de actas a utilizar por la Junta Electoral Provincial y las Mesas Electorales en las elecciones a la Asamblea de Madrid de 2007 (*BOE*, núm. 112, de 10 de mayo de 2007, pp. 20253-20262).
4. Orden 107/2007, de 18 de abril, del Vicepresidente Primero y Portavoz del Gobierno, por la que se dispone la utilización y publicación de los modelos de papeletas, sobres e impresos correspondientes a las elecciones a la Asamblea de Madrid de 27 de mayo de 2007 (*BOCM*, núm. 95, de 23 de abril de 2007, pp. 4-40; corrección de errores *BOCM*, núm. 101, de 30 de abril de 2007, pp. 6 y 7).

Rafael Rubio Núñez *

La guerra de las democracias

«La mayoría de la gente corriente cometerá cada día menos errores al gobernarse a sí misma de los que cualquier cuerpo más reducido cometería al intentar gobernarla».

F. D. ROOSVELT

«El pueblo es admirable para elegir a aquellos a quienes debe confiar una parte de su autoridad... ¿Pero sabrá conducir un asunto, conocer los lugares, las ocasiones, los momentos, y aprovecharse de ellos? No, no lo sabrá».

MONTESQUIEU

Sumario: I. CIUDADANÍA Y SOCIEDAD CIVIL.—II. LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA ¿UNA NUEVA FORMA DE DEMOCRACIA?.—III. UNA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA PARTICIPACIÓN.—IV. LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN ESPAÑA.—V. LA PRÁCTICA DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN ESPAÑA.—VI. CONCLUSIONES. LOS RETOS DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN ESPAÑA.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

La IV Cumbre de Jefes de Estado de Europa, Latinoamérica y el Caribe celebrada en mayo de 2006 en Viena terminó con una declaración conjunta, como suelen terminar las cumbres, pero sin grandes acuerdos. Una frase de esta declaración final no pasó desapercibida: «No existe un solo tipo de democracia y esta no es exclusiva de ningún país o región»¹, para algunos no era más que una frase protocolaria, para otros era prácticamente una declaración de guerra: la guerra de las democracias.

La guerra de las democracias se plantea entre los partidarios de la democracia representativa y los que presentan la participación como un tipo de democracia diferente, contrapuesta y, en ocasiones, negadora de la democracia tal y como hasta ahora la entendemos. Desde que Fukuyama anunciara el triunfo de la democracia representativa como uno de los componentes más

* Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.

¹ Declaración final de la IV Cumbre de Jefes de Estado de Europa, Latinoamérica y el Caribe, mayo 2006.

claros del «fin de la historia» son muchos los que se preguntan si este triunfo se ha producido de verdad proponiendo cambios radicales en su ejercicio. La ruptura de las hostilidades viene de la mano de la «profundización» en el sistema democrático para llegar a una sociedad democrática avanzada. Bajo la bandera de la participación política, entendida como el objetivo final al que deben aspirar los distintos sistemas políticos, sus partidarios llevan años predicando el rescate de la sociedad civil, el consenso de los afectados, la superación de la crisis de los partidos y la utilización de las vías de participación directa establecidas para los ciudadanos². Su consigna: una democracia formada por hombres más libre y más iguales que, en consecuencia, participen de forma plena en las decisiones y en la dirección política y económica de la sociedad, la «democratización de la democracia», utilizando las palabras de Laski³, que Anthonny Giddens había tomado prestadas en sus últimos libros⁴.

Aunque no se trata de algo nuevo, algo similar ocurrió a finales de la década de los 50, sorprende ver como frente al modelo de democracia representativa, que en la actualidad está legitimado por niveles suficientes de participación electoral y por la opinión pública que la considera mayoritariamente como la forma de gobierno preferible a cualquier otra, renacen con cierta fuerza voces críticas contra esta forma de gobierno que reclaman la búsqueda de formas alternativas de legitimación⁵.

Hasta ahora la toma de decisiones se viene resolviendo en torno al concepto de representación territorial. De ahí que el parlamento se configure como un órgano representativo de la sociedad, su forma de integración en el Estado, con lo que se convierte en el elemento clave, la pieza medular de la vida política, su fundamento último de legitimación. El problema es que para muchos en los últimos tiempos la democracia representativa ha ido arrinconando a la ciudadanía como un elemento marginal, mera fuerza electoral y no política, cuya presencia se requerirá única y exclusivamente en el período electoral, reducida en expresión de Lippmann a «espectador que vota»⁶. El proceso político se centraliza en los partidos políticos, que ejercerían su labor en las distintas instituciones de manera independiente y con la responsabilidad electoral como único límite de sus decisiones, a través de un proceso de representación que se va haciendo cada día más opaco, generando una creciente desconfianza entre los ciudadanos.

² Durante, Fernández Suárez y Del Pino, *Dinámica política*, Galeón Editorial, Buenos Aires, 1996.

³ H. Laski, *Los Sindicatos en la Nueva Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

⁴ A. Giddens, *La tercera vía*, Taurus, Madrid, 1998. pp. 86-95.

⁵ En el año 1977 dos autores norteamericanos, Neuhaus y Berger, comenzaron una línea de trabajo en su libro *To empower people*, que en poco más de quince años, se convertiría en preponderante en la doctrina política. Estos autores defienden como soluciones a la crisis del Estado Moderno que denuncian desde sus páginas, la idea de las instituciones intermedias, de las que sostienen «que no sólo han de existir en la sociedad porque el individuo abstracto que genera el estado Moderno necesita vivir en comunidades, sino porque no es posible que exista un gobierno legítimo que se halle privado del fundamento moral de los valores que se crea en el seno de la sociedad misma».

⁶ W. Lippmann, *Public Opinion*, Nueva York, 1922.

Los defensores de la democracia participativa denuncian que los actuales sistemas políticos —cada vez más homogéneos— parecen haber entrado en una situación inercial. En los últimos años el sistema representativo ha sufrido un desajuste con la realidad política. El protagonismo de los partidos políticos y el incremento del papel legislativo del poder ejecutivo han provocado la discordancia entre el sistema institucional, establecido sobre los principios del Estado Liberal del siglo XIX que tiene al Parlamento como protagonista, y la realidad constitucional en la que, frente a las carencias de un sistema disfuncional, se trata de reconstruir el edificio democrático sin alterar sus valores fundamentales que siguen estando plenamente vigentes. Estas fallas en el sistema de la representación, unidas a las circunstancias sociopolíticas, y quizás con más fuerza las socioeconómicas, frente a los que han pretendido presentar la democracia como la garantía de resolución de los problemas cotidianos de la sociedad⁷, han provocado un desencanto político que ha ido reduciendo el papel de la sociedad en la política, provocando un debilitamiento de la legitimidad del sistema, que se articulaba en torno al concepto de soberanía nacional, radicada en los Parlamentos a través de la representación política. La Comisión Europea en su *Libro Blanco sobre la Gobernanza*⁸ señalaba tres indicadores de esta caída de los niveles de confianza:

- La participación en las elecciones es cada vez más baja.
- El nivel de afiliación a los partidos políticos decrece continuamente.
- Las encuestas reflejan una falta de interés, menos confianza y descontento general de los ciudadanos con la clase política y las Instituciones.

Esto ha provocado un cambio radical en la legitimación del poder, planteada en términos que se alejan cada vez más de la representación, para derivar hacia elementos como la eficacia o la imagen, que crean una confusión absoluta del concepto de la opinión pública como sustento último de toda legitimidad democrática. Lentamente se ha comenzado a cuestionar abiertamente el concepto de representación como pilar fundamental del principio democrático; cuestionando si los sistemas representativos son democráticos, y si lo son suficientemente.

El sistema representativo se presenta insuficiente. Como señala Sartori, su problema es la debilidad de la elección, convertida en el único elemento legitimador. La sociedad reclama una mayor relación con sus gobernantes y la doctrina se ha fijado, en los últimos años, en el concepto de participación política. Se buscan formas alternativas, o complementarias, a la representación. Se busca desarrollar plenamente el concepto de «representación» frente a interpretaciones erróneas que lo asimilan con conceptos como «cesión» o «concesión». Surge así un complejo entramado de entidades (conocidas

⁷ A esta errónea «gestión de expectativas» se refería G. Sartori, «En defensa de la representación», Conferencia pronunciada en el Congreso de los Diputados, Madrid, 1998, p. 9.

⁸ Comisión Europea, *Libro Blanco sobre la Gobernanza*, 25 de julio de 2001.

como sociedad civil) que, aunque puede adaptarse a las estructuras tradicionales, reclama vías alternativas para participar en la toma de decisiones. Vías que rompen el sistema tradicional de la representación y permanecen ajenas al control político dentro de un sistema en el que el protagonismo se traslada a las personas reales y concretas, miembros activos y responsables de la sociedad, que procuran participar activamente en su configuración política. Sartori se refiere a ellos como elementos, la minoría intensa, que pueden optimizar la participación, señalando que ésta «sólo es real en ámbitos reducidos, los pequeños grupos pueden ser igual de intensos y duraderos ante un conjunto global de problemas, frente a lo ocasional de las mayorías, que no son más que agregados efímeros o movilizados por minorías»⁹. Su punto de partida es la capacidad de los ciudadanos de distinguir lo bueno de lo malo en la vida pública, a través de una discusión racional. Su método, el diálogo social, un diálogo que a través de las nuevas tecnologías puede volver a convertirse en el método propio de la razón política en una sociedad democrática.

En estos términos se plantea la necesidad de una reforma, especialmente a nivel local e internacional, exigiendo la necesidad de dar una traducción institucional a los complejos procesos de toma de decisiones entre una pluralidad de actores, poniendo la toma de decisiones al alcance de todos y evitando la exclusión de personas afectadas. Se busca modelo político, un modelo capaz de articular políticamente estas nuevas realidades sociales y «devolver» el poder al pueblo, en manos de un ente omniabarcante, el Estado, que va sumiendo a los ciudadanos en la más profunda indiferencia. Si una sociedad democráticamente configurada no facilita y fomenta la activa intervención de los ciudadanos en proyectos con relevancia pública, la frustración que provoca es inmediata y continua.

Los daños colaterales de esta batalla son considerables. El más importante se produce cuando, con el objetivo de «profundizar» en la democracia, quienes defienden la democracia participativa socavan el consenso básico alcanzado en torno a la definición de la democracia, utilizando para la democracia vigente nuevos apellidos peyorativos (neoliberal) y argumentos críticos sobre su agotamiento, sus carencias o sus límites¹⁰.

I. CIUDADANÍA Y SOCIEDAD CIVIL

Desde esta concepción surge con nueva fuerza el concepto de ciudadanía, considerada como el vínculo político por excelencia. La ciudadanía consistiría en la relación social que vincula entre sí a los miembros de una comunidad política y se ejerce mediante la participación en el proceso de decisión sobre los asuntos de la comunidad de la que se forma parte.

⁹ G. Sartori, «Gruppi di pressione o gruppi di interesse?», en *Il Mulino*, núm. 87, p. 9.

¹⁰ L. López Nieto, «Los nuevos apellidos de la democracia: retos de la participación dirigida o mediatisada en España», *Cuadernos de Pensamiento Político*, núm. 109, enero-marzo de 2007.

El resurgir de la ciudadanía, incide directamente en la separación entre el Estado y la Sociedad, entendida esta como la separación entre lo natural (la sociedad) y lo artificial (el Estado). Podemos decir que la democracia participativa retoma de formas diversas el pensamiento «republicano» de Maquiavelo para el que *vivere civile* y *vivere libero* son dos categorías que tienen que ir inexorablemente unidas.

Como advierte de Vega en el momento en que se separa la Sociedad, ámbito de la libertad, y el Estado, ámbito de la Democracia, nos vamos a encontrar con que la libertad termina convirtiéndose en una forma de esclavitud¹¹. En la misma línea se manifestaba Smith cuando criticaba la «atmósfera espiritual del parlamentarismo»¹²: cuando la libertad se convierte en una categoría social desvinculada de las leyes, cuando la vida privada (el *vivere libero*) se plantea como desvinculado de la vida pública (*vivere civile*), la democracia se convierte en una institución caduca y desvinculada de la realidad, de los ciudadanos.

De ahí la reivindicación principal de afirmar la soberanía de los ciudadanos. Son las personas las que, independientemente de su ideología, se unen poniendo en común diversos intereses o desafecciones, lo que suele ser más común. Los lazos que les unen son en general personales, un círculo de estrechas afinidades que se convierte en una red. Los ciudadanos se asocian con otros ciudadanos para defender con más eficacia un interés específico: la industria textil, el cultivo del café, o la transparencia en el tráfico de armas, pero esto no impide que un ciudadano pueda estar asociado a distintas asociaciones, en defensa de intereses dispares que no guardan relación entre si. Los ciudadanos reivindican su papel a través de la participación en distintas asociaciones, que forman la sociedad civil; son muchos los que, como señala Held, reclaman «una nueva distribución del poder»¹³.

Desde que en septiembre de 1980, en Gdansk, un grupo de trabajadores fundaran en la Polonia comunista el sindicato Solidaridad, la sociedad civil es un concepto en auge. Durante toda la década de los ochenta y los noventa, el protagonismo de los ciudadanos se fue extendiendo por el mundo, pero principalmente por Europa del Este y América Latina. En 1989 la caída del Muro de Berlín, empujado por millones de ciudadanos, que no querían seguir viviendo bajo regímenes dictatoriales, extendió por todo el mundo, el protagonismo ciudadano. Los movimientos sociales están tomando en los últimos años un protagonismo básico en la democracia. Si lo que Vaclav Havel había denominado «el poder de los sin poder» se reveló como un vendaval imparable a la hora de luchar contra estados totalitarios, desde hace unos años los ciudadanos de la sociedad occidental, en su doble papel de votantes o consumidores, están adquiriendo un protagonismo especial en democracia. Son los herederos de otros grupos cívicos, los que a mediados del siglo XVIII comenzaron a luchar contra la esclavitud en Inglaterra o aquellos que hace 30 años,

¹¹ P. de Vega, *Legitimación y representación en la crisis de la democracia actual*, Barcelona, 1998.

¹² C. Smith, *Sobre el Parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 1990.

¹³ D. Held, *Un pacto global*, Taurus, Madrid, 2005.

en el sur de los Estados Unidos, comenzaron un movimiento por la igualdad racial, a través de una serie de acciones de boicot, autobuses, restaurantes... la estrategia se resumía en una tres palabras «*spread the Word*» («pásalo»).

En la última década las nuevas tecnologías de la información han servido para impulsar la expansión de estas redes ciudadanas, lideradas por empresas, sindicatos, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales... que aspiran a compartir parcelas de poder con los gobiernos. Quizás el elemento más innovador de entre los que definen la estructura de la sociedad civil es su estructura de red. Castells señala que las redes son «la nueva morfología social»¹⁴ de la era contemporánea. Las relaciones en la sociedad civil son formas de relación basadas en el intercambio de información y en la confianza. Son flexibles y fluidas, permitiendo su adaptación a un modelo social y político cambiante, globalizado. Y, además, permiten la multipertenencia, cualquier ciudadano puede participar en distintas organizaciones y hacerlo de muy diversas maneras, tantas como intereses, tiempo y ganas de involucrarse disponga. Esto hace que la sociedad civil no pueda regirse exclusivamente siguiendo los criterios de la representación política, sino que tenga que tener en cuenta otros elementos. Se trata de una política de múltiples niveles y estratos, por lo que la gobernanza deberá actuar cada vez en más niveles, institucionalizándose de manera intrincada y espacialmente dispersa, «mientras que la representación, la lealtad y la identidad siguen tozudamente enraizadas en las tradicionales comunidades étnicas, regionales y nacionales»¹⁵.

Gracias a estas nuevas estructuras los grupos que forman la sociedad civil se configuran como un auténtico poder político y social, que muestran una gran capacidad para conectar con la ciudadanía y enfrentarse tanto a políticas del Estado como a los de los grandes intereses comerciales de las grandes empresas. La sociedad civil se erige como condición *sine qua non* para la realización de la participación política. Una sociedad civil que «se sustenta en una ciudadanía con mayor nivel de formación y en la libre circulación que proporcionan las nuevas tecnologías y los medios de comunicación», y que como advierte Tony Blair, «demanda de mayor capacidad de autogobierno democrático»¹⁶.

El concepto de sociedad civil se ha vinculado a los nuevos movimientos sociales que, al margen de los partidos políticos, extienden por todo el mundo reivindicaciones de democracia y participación ciudadana, unida a una conciencia global creciente. Son muchos los que recurren a sus estructuras y métodos para lograr unos objetivos, estableciendo estructuras estables, procurando fuentes de financiación... Desde el entendimiento de la vida política como un espacio de diálogo ciudadano y articulados fundamentalmente en torno a grupos y organizaciones, los individuos tratan de influir en los centros de autoridad política y económica. Sus reivindicaciones tratan de acercar la política a la gente, ofrecer la posibilidad de que los ciudadanos puedan

¹⁴ M. Castells, *La Sociedad Red. La era de la información*, vol. 1, Alianza, 1996.

¹⁵ D. Held, *Un pacto global*. Taurus, Madrid, 2005.

¹⁶ A. Blair, *La tercera vía*, El País-Aguilar, Madrid, 1999.

participar en los debates públicos, que sus voces puedan ser escuchadas y tomadas en cuenta por los distintos poderes públicos.

Como señala Mary Kaldor este fenómeno «pudiera definirse como una especie de organizaciones intermedias, una expresión de los límites difuminados entre lo estatal y no estatal, lo público y lo privado»¹⁷. Sería como si estas instituciones «institucionalizaran» la respuesta social dentro del marco de las «esferas públicas organizadas» —en expresión Habermasiana— y lo harían en nombre de valores como la confianza, según Fukuyama o el capital Social en la versión de Robert Putnam. Hoy Estado, mercado y sociedad civil, son los actores principales de la nueva gobernanza, y están construyendo nuevas estructuras de poder distintas del modelo tradicional.

Se trata de nuevos actores políticos que actúan dentro del sistema parlamentario y que deberán dirigir su acción hacia y desde el Parlamento. Un Parlamento al que, como reclama Cascajo, se le exige «una mayor apertura del procedimiento Legislativo a los diferentes sectores interesados junto al suficiente grado de flexibilidad... mejoraría la funcionalidad de la institución parlamentaria»¹⁸. Una manera de adaptarse a la creación de un Estado flexible, más adaptable a los cambios sociales que el modelo burocrático tradicional.

Lo que hemos observado hasta el momento, es el cambio de determinados paradigmas firmemente arraigados en las teorías políticas de otros tiempos y la progresiva consolidación de una serie de principios que se presentan como pilares necesarios de la «nueva democracia». Una «nueva democracia» que tendrá que ser acorde con las nuevas realidades como la abigarrada gama de iniciativas solidarias y subjetividades sociales que hoy es posible encontrar entre el Estado-nación y la familia nuclear y que, para algunos, brindan hoy el campo de acción más prometedor para una regeneración de la democracia liberal. El problema principal es si esta sociedad civil, supone una vía legítima de participación en las decisiones del poder público o si por el contrario puede convertirse con facilidad en un elemento distorsionador de la misma. En síntesis el problema real es si esta propuesta tiene validez democrática. Si es posible combinar o sustituir la representación con la participación en el camino hacia una democracia «sin apellidos».

II. LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA ¿UNA NUEVA FORMA DE DEMOCRACIA?¹⁹

La participación política es un valor democrático en alza. Parte de su éxito procede, tal vez, de los tremendos márgenes de indefinición en los que se

¹⁷ M. Kaldor, *La sociedad civil global, una respuesta a la guerra*, Kriterion, Tusquets Editores.

¹⁸ J. L. Cascajo, «El Congreso de los Diputados y la forma de Gobierno en España», en A. Martínez (ed.), *El Congreso de los Diputados en España: funciones y rendimiento*, Tecnos, Madrid, 2000.

¹⁹ Un tratamiento más a fondo de la cuestión se puede encontrar en R. Rubio, *Los grupos de presión*, CEPC, Madrid, 2003.

maneja, lo que posibilita su apelación casi sin compromiso. La participación política, las acciones que ejercen los ciudadanos en la toma de las decisiones políticas que les conciernen, no es más que un concepto general que adquiere su contenido en cada uno de los sistemas políticos del país en los que se puede llevar a cabo, en el marco de su cultura política. La participación cubre, por tanto, un amplio abanico de posibilidades, lo que nos permite acudir a la tipología clásica que distingue entre participación institucionalizada, organizada y contestataria. Conviene aclarar que no nos encontramos ante una tipología cerrada, más bien al contrario, ya que es frecuente encontrar fenómenos de participación política que desarrollan sus actividades en los tres campos.

Con independencia del tipo de participación se proponen distintas vías para incrementar la participación política de los ciudadanos dentro de un modelo que se ha venido en llamar de democracia participativa o de consenso. Es difícil encontrar un modelo unificado dentro de esta denominación, más allá de un extenso número de propuestas que van desde la democracia directa hasta la abolición de los partidos políticos, pasando por el uso frecuente y preceptivo del referéndum. Todas coinciden en la reducción de la delegación y el aumento de la participación²⁰, una democracia cívica para que los ciudadanos deliberen y participen políticamente y asuman los asuntos públicos como cuestión propia. Podríamos definir la democracia participativa como la resolución de conflictos mediante un proceso participativo de autolegislación próxima y continua y la creación de una comunidad política capaz de transformar a individuos privados dependientes en ciudadanos libres y los intereses parciales y privados en intereses públicos. Su bandera es el autogobierno de los ciudadanos, no siempre ni en todo, como propondría la democracia directa sino «cuando hay que decidir las políticas básicas y cuando se despliega un poder relevante»²¹. Su argumento principal es la confianza ilimitada en la capacidad de los individuos para gobernarse a sí mismos, en lugar de buscar una base independiente, prepolítica o racional, se apoya en la participación en una comunidad de resolución dinámica de problemas, que crea fines públicos donde antes no existían. Son literalmente forjados mediante el acto de participación pública, creados mediante la deliberación común, la acción común y el efecto de esta acción y esta deliberación. En resumen, el gobierno, no del pueblo, ni de las masas, de los ciudadanos, como personas educadas y formadas por la propia deliberación, por sus contribuciones mutuas. El problema se produce al tratar de insertar de estos nuevos actores en la vida política del Estado. Las personas y los grupos demandan localizaciones estructuradas del espacio social para orientar sus acciones, para obtener una representación de la práctica social; de sus derechos sociales reconocidos generalmente en el constitucionalismo moderno y cuyo ejercicio precisa de nuevas instituciones.

²⁰ Documento marco «un partido para la España del siglo XXI» aprobado por la Conferencia Política del PSOE (junio de 2001), p. 4.

²¹ Idem.

Esta «nueva democracia» se viene planteando desde hace tiempo de manera programática. La democracia participativa se presenta como paradigma democrático, ya sea en instituciones internacionales como el Consejo de Europa (1978), la declaración de Bremen (mayo de 1983), la Carta Europea de la Autonomía Local, proclamada en Estrasburgo en 1985, que establece el principio de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos reconocido y fomentado por los propios gobiernos locales, o la OCDE en su documento *Citizens as Partners* (2001), en el que señala que «implicar a los ciudadanos en el proceso de elaboración de políticas públicas es una buena inversión y un elemento clave de la buena gobernanza»²². En todas ellas se subraya la conveniencia de que la práctica política y ciudadana se localice a efectos de que se genere la participación activa de los grupos. Paralelamente se ha comenzado a institucionalizar esta práctica, ya sea en organismos internacionales²³ o en administraciones públicas, habitualmente municipales²⁴.

El problema de fondo a la hora de configurar las características de este nuevo sistema es determinar si las relaciones entre el Estado y la sociedad civil se plantean como una alternativa a la representación o como un complemento funcional que en circunstancias resultará preponderante mientras que en otras representará un papel secundario. En un principio el sistema se articula en torno a mecanismos complementarios a la representación política. No cabe considerar como intrínsecamente perversas, y esencialmente disfuncionales, para la democracia representativa, a las instituciones de democracia directa. Su disfuncionalidad comienza cuando dejan de ser instrumentos correctores de hipotéticos defectos en el funcionamiento de la democracia representativa, para convertirse en medios, a cuyo través, al sistema de legitimidad del estado constitucional, se opone un sistema de legitimidad diferente, alternativo. El foco de la legitimidad se desplazaría, como señala Bernard Manin «de la voluntad predeterminada de los individuos, al proceso de su formación, es decir, la deliberación misma»²⁵.

En esta línea avanzan las reivindicaciones de algunos movimientos sociales, como el popularmente conocido como movimiento antiglobalización, que plantean como objetivo «establecer el control de la sociedad sobre sus instituciones tras el fallo de los controles democráticos tradicionales». Ese es el gran peligro de la democracia participativa la sustitución de la representación por otros criterios de decisión que como señala Sartori se convierten en «alternativa más que en complemento de la representación (cuando no enmascaran la bien distinta realidad de una manipulación orquestada e impuesta desde lo alto)».

²² También en 2001 el Consejo de Europa aprobó la Recomendación 19 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la participación de los ciudadanos en la vida pública en el nivel local.

²³ C. Teijo, *Organizaciones Internacionales No Gubernamentales y Derecho Internacional*, Diles, 2005; D. Held, *Un pacto global*, Taurus, Madrid, 2005; M. Kaldor, *La sociedad civil global, una respuesta a la guerra*, Kriterio, Tusquets Editores, y R. Rubio, «Los ciudadanos ¿protagonistas de la globalización?», en *El derecho en el contexto de la globalización*, Universidad del Externado, Colombia, 2007.

²⁴ En España ha sido Cataluña la pionera en la institucionalización de estas prácticas.

²⁵ B. Manin, «On Legitimacy and Political Deliberation», *Political Theory*, vol. 15, 1987.

Así lo señalan sus detractores que emplean todo tipo de argumentos, desde los de Pedro de Vega que define certeramente la democracia participativa como «el resultado inconsiguiente y procaz de dos grandes frustraciones históricas, la pérdida de legitimidad de la democracia representativa y la incapacidad del mercado para crear por sí solo unos niveles mínimos de integración social»²⁶ e identifica participación con la consolidación del orden económico y social existente para recordar con Touret la necesidad de que todos no sean más que ciudadanos como único modo de que el poder legislativo pueda desarrollar y expresar una voluntad común, con lo que se condena irremisiblemente el concepto de interés general, hasta los de Huntington que nos presenta el ciclo siguiente: a. El incremento de la participación política lleva hacia una mayor polarización en la sociedad; b. el aumento de la polarización produce desconfianza en las instituciones y la sensación entre los individuos de una creciente ineficacia política; c. esta sensación conduce a su vez a una baja en la participación.

Sin llegar a ese grado de crítica Sartori adopta una postura ambivalente respecto a la democracia participativa. En primer lugar, analiza los modos en los que cabe hablar de democracia participativa: *a)* participación en términos de interés, atención, información y competencia; *b)* participación en apoyo de la voz, la democracia de las manifestaciones; *c)* participación efectiva y real en la adopción de decisiones, y *d)* participación equivalente a una democracia directa verdadera. Sobre el primero nos alertará, con Darnstädt²⁷, sobre la inmovilidad que puede causar la participación permanente de todos en todo que llevaría a la inmovilidad total, a causa de la mezcla de debate teórico permanente y la falta de acción práctica, también permanente. La sobrecarga en la que se sumerge el ciudadano, le crea unas condiciones que inutilizarían el mismo principio que pretende establecer. Sobre el segundo pasa de puntillas, del tercero advierte sobre la costumbre de identificar la participación con el gobierno de comités, lo que demorará el iter decisional y provocará la descoordinación, perdiéndose en eficacia y eficiencia. Además no puede dejar de denunciar, para referirse a la verdadera democracia directa, la ingenua creencia de que el hombre por ser hombre es portador de ideas políticas, este nuevo naturalismo que ensalza lo espontáneo, lo natural, lo original por el hecho de serlo, y admite como igualmente validas las opiniones del sabio y el loco por el sólo hecho de ser suyas, y que como apunta con gracia Sartori, supone una licencia universal de conducción, sin necesidad de un test de capacidad, que sin duda produciría consecuencias funestas para la circulación, el tráfico y las vidas de miles de personas.

Más allá de estos ataques doctrinales que denuncian el cambio de paradigma democrático que supone el establecimiento de la democracia participativa, es preciso señalar los principales obstáculos con los que se encuentra en la actualidad la aplicación práctica de la democracia participativa:

²⁶ P. de Vega, *Legitimación y representación en la crisis de la democracia actual*, Barcelona, 1998.

²⁷ T. Darnstädt, *La trampa del consenso*, Trotta, 2005.

En primer lugar «el carácter todavía precario y no claramente definido de la acción de estos nuevos actores no estatales»²⁸.

En segundo lugar, la falta de representatividad, o la sobrerepresentación que estos detentan al margen de la legitimidad representativa. Aquí el problema deriva de la dificultad de ponderar el peso ciudadano, de la existencia de infinidad de organizaciones cuya razón de ser no pasa por contar con una amplia base social y del anonimato en el que suelen trabajar estos grupos, que impide el control de la opinión pública. Hoy la base social de las organizaciones no es *conditio sine qua non*, para actuar en los mecanismos democráticos participativos, con lo que el peligro de utilización de la sociedad civil a través de la creación de grupos ficticios, incluso falsos, es bastante real. Además al otorgar una representación paralela a los grupos sociales de composición indefinida se corre el peligro de consagrar el derecho a voto suplementario de ciertas personas, muchas veces meramente jurídicas, a las que se consideraría portadores de valores o rasgos de superioridad respecto a los demás²⁹. Quizás en este renacer de la sociedad civil, al que estamos asistiendo en los últimos años, sea necesario plantearse hasta qué punto es necesaria una base social para ejercer como actor político en los nuevos esquemas de gobernanza. Esta base social no sería imprescindible, en el entendimiento de que la base social viene representada por las estructuras representativas, pero de lo que no hay duda es que de una forma u otra necesitan de la ciudadanía, ya que ésta contribuye notablemente en la consecución de los objetivos por los que trabajan, ya sea como forma de mantener su *auctoritas* ya para garantizar su supervivencia.

En tercer lugar lo que algunos autores denominan la trampa del consenso. La existencia de un buen número de sujetos implicados en cualquier toma de decisión, que hace imposible buscar responsables, y provocan la creación de nuevos mecanismos de tomas de decisiones que se basan en rebajar las propuestas, imposibilitando la realización de reformas, en algunos momentos necesarias.

En cuarto lugar es necesario señalar el problema de las minorías, que corren el riesgo de ser silenciadas por grupos más numerosos, o más poderosos, y no hacer llegar sus reivindicaciones a las instituciones. Es frecuente en este tipo de sistemas el mecanismo llamado control de entrada, que usa de técnicas como la de elevar el umbral organizativo requerido, proponiendo acciones o niveles de negociación inalcanzables para los recién llegados al juego político. Según los críticos esto facilitaría la actuación de los grandes poderes económicos, favorecidos por la ausencia de un orden claramente establecido, y en clara situación de ventaja frente a otros agentes de la sociedad civil. La ruptura del principio de igualdad, al hacer depender la defensa de los propios intereses de los medios de los que se disponga, daría lugar a la exclusión de un buen número de grupos, que no podrían hacer oír su voz.

²⁸ FVallespín, «Estado, globalización y política», en *Ciudadanía y política*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 35.

²⁹ L. López Nieto, «Los nuevos apellidos de la democracia: retos de la participación dirigida o mediatisada en España», *Cuadernos de Pensamiento Político*, núm. 109, enero-marzo de 2007, p. 116.

Otro peligro serían la politización de estos movimientos hasta su conversión en plataformas partidistas, que sirvan para alcanzar el poder, como ha ocurrido o está ocurriendo en países como Perú, Brasil, Bolivia o México, o para colaborar de manera directa con un partido político determinado, convirtiéndose en su «brazo civil»³⁰.

Por último deberíamos referirnos a los peligros de estatalización y privatización que en determinadas circunstancias pueden producir en estos grupos. La estatalización sería consecuencia directa de la especial dependencia que muchas de estas organizaciones tienen del Estado en determinados sistemas, esto hace que de una forma u otra las organizaciones corran el peligro de convertirse en altavoces gubernamentales en su actuación, procurando ganarse la simpatía del gobierno de turno para conservar la financiación necesaria para continuar desarrollando su labor. Por otro lado la privatización que provocaría el hecho de que la producción del derecho abandone sus centros tradicionales, los del poder legislativo. Se produce así una privatización de la producción del derecho que exigiría redoblar la atención hacia los derechos fundamentales.

III. UNA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA PARTICIPACIÓN

Una de las causas de la reiterada apelación a la democracia participativa es su indefinición a la hora de construir o insertarse en el sistema político. A pesar de las continuas reivindicaciones de democracia participativa el derecho parece caminar ajeno a estos planteamientos y tarda en hacerse eco de estas propuestas. Es difícil negar las reivindicaciones a los que claman por una mayor participación de los ciudadanos en la vida pública, el problema lo encontramos en la traducción institucional de los principios, al tratar de insertar esta «estructura polisinodal paralela»³¹ dentro de las estructuras del sistema democrático. De ahí que el elemento clave a la hora de analizar la democracia participativa no sea el concepto de participación política sino sus distintas formas de institucionalización dentro del sistema político. Desde esta perspectiva son varias las dificultades a las que se enfrenta esta institucionalización de la soberanía popular. El mismo Habermas se apresura en alertar que su modelo es un «modelo puramente normativo que todavía necesita una sobria confrontación con las estructuras y los mecanismos de las complejas sociedades en las que vivimos»³². Rawls que también se manifiesta partidario de este modelo insistiendo en la necesidad de crear y defender foros públicos en los que la ciudadanía pueda debatir y ponerse de acuerdo acerca

³⁰ Algo así le ocurrió al movimiento zapatista en 1996, tras una consulta popular en la que participaron más de 2 millones de personas que decidieron la incorporación del movimiento en la lucha partidista.

³¹ L. López Nieto, «Los nuevos apellidos de la democracia: retos de la participación dirigida o mediatisada en España», *Cuadernos de Pensamiento Político*, núm. 109, enero-marzo de 2007, p. 118.

³² J. Habermas, «Derechos humanos y soberanía popular; Las versiones liberal y republicana», *Ratio Juris*, núm. 7, Blackwell Publishers Ltd., 1994.

de cómo resolver los conflictos centrales que se presentan en su comunidad³³, tampoco ofrece una propuesta institucional con el que llevarlo a la práctica.

El problema viene de lejos. El primero en diseñar instituciones de participación complementarias al sistema representativo fue Rousseau, que partiendo de la imposibilidad material de la democracia directa, admite la elección de representantes como un mal necesario, estableciendo dos condiciones inexcusables para la actuación de los representantes para proteger la parcela irrenunciable de soberanía de cada ciudadano: que los elegidos por el pueblo como representantes no tengan un poder propio, de suerte que sólo puedan actuar en los términos de un mandato imperativo y en segundo lugar, que lo que los elegidos decidan debe ser siempre ratificado por el pueblo. De estas condiciones derivarán las principales manifestaciones constitucionales de la participación política.

En la actualidad las instituciones de participación política efectiva de los ciudadanos más habituales son el referéndum y la iniciativa legislativa popular, y en determinados países el derecho de petición. Como señala De Vega «el referéndum y la iniciativa popular son consideradas con razón como las dos instituciones más expresivas del ejercicio de la democracia directa en el marco del Estado constitucional y representativo moderno. No obstante, conviene indicar que desempeñan papeles y cumplen objetivos radicalmente diferentes. Si el referéndum, en cuanto instrumento de control, tiene como finalidad evitar que las Asambleas representativas puedan hacerse portadoras de un falso poder constituyente, la iniciativa popular lo que procura, ante todo, es dinamizar la instancia legislativa, para impedir que el sistema constitucional quede secuestrado por ella. Si el referéndum actúa de freno a las pretensiones expansivas de las Asambleas, la iniciativa popular, por el contrario, aparece como acicate»³⁴. Aunque salvo contadísimas excepciones estas instituciones se ven reducidas a meros instrumentos de consulta que sirven a las instituciones representativas para legitimar sus decisiones.

Al margen de estos instrumentos, en los que se cuestiona el elemento participativo, hoy la creciente demanda de democracia participativa tropieza con la dificultad de establecer una normatividad para enlazar las acciones de la sociedad civil con las decisiones públicas, sin cuyo concurso las iniciativas sociales están condenadas al narcisismo y a la ineficacia. Unos y otros apuestan por la participación más activa de los ciudadanos pero sin llegar a plantearse con profundidad los posibles retos y efectos de estos novedosos modelos, ni siquiera sus formas de aplicación.

Si atendemos, por ejemplo, al programa electoral del PSOE en las elecciones municipales de 2003, no resulta suficiente que el ciudadano proponga, decida o ejecute sino que dialogue, congestione, codecida hasta lograr que las instituciones públicas y las organizaciones asociativas construyan y man-

³³ J. Rawls, «The Idea of Public Reason Revisited», *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, núm. 3, 1997.

³⁴ P. de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Técnos, Madrid, 1985.

tengan la democracia desde el día a día. Estos principios pueden aplicarse en distintos momentos de la vida política: la información, la elaboración de las políticas, la decisión y su control. Sería necesario diseñar instituciones para facilitar una continua participación cívica en la fijación de la agenda, la deliberación, la legislación y la ejecución de las políticas. «Debemos satisfacer esta demanda mediante la devolución del poder y procurando que la gestión sea más transparente y responsable... lo que importa es instaurar un debate democrático abierto, vibrante y diverso que sea un laboratorio de ideas sobre cómo afrontar las necesidades y demandas sociales»³⁵.

Para que su acción sea estable y pueda engarzar con las grandes estructuras —por más que aligeradas, descentralizadas y flexibilizadas— del Estado de bienestar, resulta necesario, como ha insistido Donati, ir creando una nueva normatividad que confiera un cierto carácter estatutario a tales iniciativas sociales, para que no se desvíen de su finalidad y estén en condiciones de conseguir los medios imprescindibles para la realización de sus tareas específicas³⁶. No se trata, a estas alturas, de que la burocracia llegue hasta los patios de vecindad: los estatutos habrán de ser autónomos, pero amparados y protegidos por la Administración pública, cuya misión no es sustituir a las autonomías sociales, sino ordenar los marcos generales de la convivencia, según la función arquitectónica que le compete.

Hoy en día esto corresponde a la función estructuradora de la sociedad que debe asumir el derecho, constatando una realidad como es que un montón importantísimo del Producto Interior Bruto de países avanzados como Alemania y Estados Unidos se vincula al ámbito de las asociaciones sin ánimo de lucro (*non-profit*), a instituciones, agrupaciones o asociaciones cuya declarada finalidad no es el lucro económico, sino la cultura, la ciencia, la enseñanza, el deporte, la religión, la defensa del medio ambiente o la atención a los pobres y marginados. Como dice Herrera, este ámbito: «es el lugar donde la sociedad va más allá de sí misma. Es decir, estamos ante esferas relationales que no son ni comunitarias, ni societarias, ni públicas, ni privadas, en el sentido que estos términos han tenido para la modernidad. Más explícitamente, es aquí donde la sociedad moderna, caracterizada por la emergencia de fenómenos asociativos, amplía su propia complejidad»³⁷.

La realidad nos dice que, a pesar de las brillantes construcciones teóricas, que hemos ido presentando, el problema real de la participación lo encontramos siempre a la hora de proponer una configuración jurídica para la democracia participativa. A la hora de afrontar los principios generales que debería recoger esta institucionalización de procesos para conciliar intereses, Offe nos da la primera nota «una combinación que deje a salvo la democracia representativa

³⁵ A. Blair, *La tercera vía*, El País-Aguilar, Madrid, 1999.

³⁶ P. P. Donati, *La cittadinanza societaria*, Laterza, Roma, 1993. En esta obra se refiere al agotamiento del proyecto político moderno con sus notas características de universalismo, representación y emancipación y la emergencia progresiva de tres dimensiones opuestas, un creciente pluralismo, un nuevo sentido de la privacidad y un fuerte sentido de dependencia.

³⁷ M. Herrera, *El Tercer Sector en los sistemas de bienestar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

sobre la base del individuo autónomo, pero que al mismo tiempo refleje la real complejidad del pluralismo social»³⁸; Habermas aporta una segunda nota determinante, al apuntar que esta «no tendrá lugar bajo la forma (de ningún modo deseable) de un Estado universal. Deberá contar con la propia independencia, la propia voluntad y la cohesión de los antiguos Estados nacionales»³⁹.

El desarrollo institucional de esta participación implica:

- Adecuar las instituciones y procedimientos democráticos vigentes a las nuevas realidades sociales.
- Crear nuevas estructuras políticas que permitan una participación más activa de los ciudadanos.
- Promover una sociedad civil fuerte y vertebrada en las que las organizaciones y colectivos sociales, desde diferentes expresiones y propuestas, contribuyan con un necesario protagonismo a la democracia y a la transformación de la sociedad.

Como hemos ido viendo a lo largo de la exposición, con las crecientes dificultades del sistema representativo, han proliferado nuevos cauces, como consecuencia de las reivindicaciones de una sociedad con mayores grados de pluralismo político y social. Las soluciones se articulan en diversas líneas, por un lado las que surgen de las discusiones entre las distintas escuelas, comunitaristas, pluralistas... La clave de uno u otro sistema es ver en quién radica el ejercicio último de la soberanía.

Los pluralistas, por lo general, plantean dos ámbitos de poder simultáneos y paralelos en los que el ejercicio último correspondería al Estado y a los grupos, respectivamente. En esta línea Zampetti nos habla de Estado de estructura mixta, «en parte dualista (poderes del Estado, por un lado, e individuos, por otro, protegidos por aquél), que comprende los órganos funcionarios, o sea, los órganos no electivos, que son órganos representativos (de la nación), y, en parte, monista, en la que el pueblo ejerce los poderes participando en ellos, y no ya delegando el ejercicio de los mismos y limitándose al ejercicio del derecho de voto»⁴⁰. Este podría considerarse el esquema básico, el punto de partida para la configuración pluralista.

Otra alternativa nos la ofrece la propuesta neocorporativista, un sistema cuyas bases serían un marco de decisión política que incluyera no sólo a los órganos legislativos y ejecutivos del Estado sino también a las organizaciones sindicales y empresariales, actuando ambas, y esto es lo característico del modelo neocorporativo, con un cierto status público reconocido por el Estado, en el que el método de decisión sería la negociación y el consenso. Así se plantean propuestas como «un sistema bicameral en el cual una institución es expresión del individuo como ciudadano titular de los derechos personales, mientras que la segunda es la expresión del individuo como ciudadano titu-

³⁸ C. Offe, *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Sistema, Madrid, 1988.

³⁹ J. Habermas, «Derechos humanos y soberanía popular; Las versiones liberal y republicana», *Ratio Juris*, núm. 7, Blackwell Publishers Ltd., 1994.

⁴⁰ P. L. Zampetti, *La participación en el mundo político*, Unión Editorial, Madrid, 1970.

lar de los derechos sociales»⁴¹. Desarrollando esta propuesta bicameral Mendes France, aboga por la institucionalización de los grupos sindicales y socio-profesionales en el ámbito de una segunda Asamblea política nacional, una asamblea económica, cuya constitución se revise a intervalos reducidos para evitar la cristalización de los intereses y cuya participación sea preceptiva en todas las leyes. En este marco de la representación de intereses, y en ámbitos más reducidos, se va más allá al plantear vías mucho más consistente y participativas de institucionalización de los grupos de intereses a nivel local...

Dentro de la doctrina neocorporativa se plantean también otras fórmulas alternativas. En el ordenamiento laboral encontramos una figura que puede resultar tremadamente orientativa en el estudio de esta materia, la legislación negociada, «un corpus de reglas acordadas, bien entre el poder público y las organizaciones de representación de intereses de trabajadores y empresarios, bien entre estas últimas, en el marco de un proceso de negociación colectiva que cuenta con el compromiso del poder público de transferir su resultado a una norma estatal».

Otra de las ideas claves para ir perfilando la participación en un marco de complementariedad funcional al sistema representativo, es la de la participación en el diseño del programa político de los representantes. Rokkan presenta las elecciones como el elemento que determina quienes van a ser los miembros de los organismos representativos, mientras que los grupos son los que proporcionan un *input* más importante a las decisiones políticas, determinando así, en gran medida, cuál va a ser el contenido de la política⁴². Aquí radica uno de los puntos fuertes de la configuración del sistema participativo, el control sobre los temas que forman parte de la agenda, incidiendo en la inclusión o exclusión de determinadas materias.

A lo largo del tiempo se han ido consolidando en el ámbito parlamentario y administrativo algunos modelos de integración de la sociedad civil en la vida pública, aunque donde más se ha consolidado este sistema es en las instituciones internacionales. Es interesante un repaso a las acciones emprendidas por estos organismos para escuchar las opiniones de las ONGs y poder sopesar sus consejos y reivindicaciones, ya que este es uno de los campos en el que las vías de participación están más desarrolladas. La creación de órganos y mecanismos de consulta; de departamentos y comités destinados a estos fines; y la inclusión de estas organizaciones no gubernamentales en los foros mundiales de debate son los más significativos, en los que se han adoptado algunos de los principios planteados por las mismas.

Ejemplos como los de las *policy network*, en las que el poder se ejerce de forma colaborativa entre los actores afectados en materias como la sanidad o la educación, sirven como primeros test del sistema. Esto plantea la necesidad de crear, o integrar, estructuras multinivel. Algunos como Rischard al hablar de soluciones proponen la constitución de redes sobre problemas globales

⁴¹ P. Mendes France, *La república moderna*, Barcelona, Andorra, 1968.

⁴² S. Rokkan, «Numerical Democracy and Corporate Pluralism», en R. Dahl (ed.), *Political Oppositions in Western Democracies*, Yale University Press, New Haven, 1966.

(RPG), que englobaría representantes gubernamentales, ONGs y personas del ámbito empresarial⁴³. Estas redes, tras su formación, se encargarían de la producción de normas y posteriormente de su aplicación. Algo que Held compara con el «método de coordinación abierto» de la UE.

Held apunta a los criterios de inclusión y subsidiariedad, como determinantes a la hora de decidir quienes deben intervenir en los distintos asuntos señalando que aquellos afectados de manera importante por decisiones públicas deben tener las mismas oportunidades de influir en ellas y conformarlas⁴⁴. Este concepto, según Held, sólo resulta convincente cuando se asocia con la idea de comunidad política, como lugar en el que se reúnen los que toman decisiones con los que las reciben. Así se replantea el principio de inclusión, «todos aquellos cuyas esperanzas de vida y opciones vitales se vean afectadas de manera importante por fuerzas sociales y procesos deberían poder opinar sobre sus condiciones y regulación». En este sentido se propone ponderar el impacto en tres categorías: enorme, cuando afecta a necesidades o intereses vitales, moderados, que ponen en cuestión la capacidad de las personas para participar en su comunidad y ligero, que tenga impacto en formas de vida o opciones de consumo.

El principal reto al que se enfrenta la sociedad civil en este campo apelea a su legitimidad. La autoridad que estas instituciones tienen reside tanto en la representación de la sociedad civil que afirman ostentar, cuestionada por muchos, como en su labor. Las organizaciones de la sociedad civil suelen conocer de primera mano las necesidades, las pretensiones y las consecuencias de adoptar una u otra decisión. Su poder no es un poder de decisión; es su capacidad de discutir, proponer, experimentar, denunciar y servir de ejemplo.

Dentro del concepto de inclusión, aparece el problema de la aceptación de los resultados. Cuando las negociaciones se realizan entre miembros no representativos es más fácil que aquellos que no comparten las decisiones adoptadas puedan oponerse a las mismas. Algo así ocurrió en Chiapas donde los zapatistas tras la negociación con el gobierno en la que las comunidades participaron plenamente, imponía la decisión a toda la comunidad que tenía que seguirla hasta el punto de que vecinos que se negaron a participar en el levantamiento fueron expulsados.

Concluimos, por tanto, con la misma idea con la que comenzamos este estudio de la configuración jurídica de la participación, la necesidad de estudiar, comprender y aplicar las figuras de democracia directa dentro del sistema representativo, como figuras que no pretenden suplantar los mecanismos de los poderes constituidos. Sólo desde ahí será posible la configuración de la participación como una complementación del sistema de los *checks and balances*, de los frenos y contrapesos que más genuinamente define y caracterizan al Estado Constitucional.

⁴³ J. F. Rischard, *High noon: Twenty global issues, twenty years to solve them*, Basis Books, 2002.

⁴⁴ D. Held, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge: Polity Press, 1995.

Como conclusión de este punto podemos señalar que sólo un reforzamiento del sistema de representación podrá permitir que la participación se convierta en algo saludable, complementario, para la legitimidad democrática. Rechazando la falsa antítesis entre democracia representativa y otras formas de participación sustantiva de los ciudadanos en la vida pública, no podemos olvidar la necesidad de fortalecer el impulso democrático para encontrar nuevas formas de participación de los ciudadanos en las decisiones que les afectan. Y esto sólo es posible hacerlo a través de una configuración jurídica distinta que, respetando los principios del sistema representativos como principios básicos del sistema, dé entrada a formas de realización de la participación política.

IV. LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN ESPAÑA

En España las formas de democracia participativa han sido objeto de discusión desde el período constituyente. Mientras que algunos como Oscar Alzaga, veían en estas fórmulas la consagración de instituciones de clara inspiración fascista, otros, como Manuel Fraga, defendieron desde un principio la institucionalización constitucional de la participación política. Estos debates se concretaron finalmente en un régimen mixto en el que se incluían determinadas figuras propias de la democracia participativa (derecho de petición, referéndum consultivo, iniciativa legislativa popular) pendientes de un desarrollo legislativo que, en algunos casos, tardó décadas en realizarse.

Como en el resto del mundo en España también se ha ido introduciendo el discurso de la democracia participativa que el propio constituyente en nuestro país consagró como principio constitucional al establecer que corresponde a los poderes públicos «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»⁴⁵. De un tiempo a esta parte el legislador resalta con frecuencia en sus leyes (especialmente en la exposición de motivos) el elemento participativo como obligación del moderno Estado de Derecho que «debe incorporar a su ordenamiento jurídico la regulación de las actuaciones de los ciudadanos que se agrupan para satisfacer los intereses generales, asumiendo que la satisfacción de los mismos ha dejado de ser considerada como una responsabilidad exclusiva del Estado para convertirse en una tarea compartida entre Estado y sociedad» para continuar diciendo «el Estado necesita de la responsabilidad de sus ciudadanos y estos reclaman un papel cada vez más activo en la solución de los problemas que les afectan».

La participación en España es por lo general escasa, son pocos los que participan mucho y muchos los que apenas participan en algo o nada. Desde el punto de vista de la cultura participativa, en España apenas el 22 por 100 de los españoles dice estar asociado a algo, y sólo un 12 por 100

⁴⁵ Constitución Española, artículo 9.2.

reconoce tener un papel realmente activo en la entidad a la que pertenece. En otras palabras, el 78 por 100 de españoles no entra en la dinámica de la participación activa. Además suele estar restringida al ámbito cultural entendidas de modo amplio (artísticas, deportivas, literarias, científicas, costumbristas, etc.) asistencial y del voluntariado, y es difícil encontrar su traducción en la participación política. Se trata además de una participación delegada. La ciudadanía está acostumbrada a quejarse, a reivindicar, pero no a participar y cuando lo hace, prefiere hacerlo a través de asociaciones como las de consumidores. Esto hace que existan muchas asociaciones, sin que esto suponga la participación de la gente, ni siquiera en sus asuntos más cercanos: la asociación de padres de alumnos, la comunidad o asociación de vecinos o las juntas de distrito.

Podemos deducir que la democracia participativa en España es fundamentalmente asociativa, ofreciendo escasos espacios a la participación individual, salvo en el caso de los expertos. Como hemos visto, desde esta perspectiva el punto de partida de la democracia participativa en España no puede ser más desolador, sólo una cuarta parte de los ciudadanos está asociado y participa de alguna forma en alguna actividad. La mayoría de estos lo hacen en asociaciones deportivas y culturales (26 por 100), y en aquellas relacionadas con el ámbito público la participación no supera nunca el 5 por 100. Al tratar de profundizar en los porqués crece aun más el desaliento al comprobar que en su inmensa mayoría, un 65 por 100, el motivo es sencillamente la falta de interés⁴⁶.

En España el modelo más institucionalizado de participación lo encontramos en el ámbito laboral. El modelo podría clasificarse, según la clasificación de Lehmbruch, como oscilante entre un neocorporatismo medio y débil (teniendo en cuenta como criterios valorativos no sólo el número de normas que provienen de esta fórmula sino, sobre todo, su ámbito material). Se puede afirmar, como ha hecho notar Pérez Díaz, que la legislación laboral en España avanzó con un «mesogobierno funcional» con capacidad de control sobre las decisiones más importantes de contenido social y económico acordadas entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas. Para esto el sistema se apoyó fundamentalmente en los sindicatos, logrando un doble objetivo, el de los poderes públicos de recabar el apoyo social de unas organizaciones públicas bien implantadas y capaces de garantizar el cumplimiento de los pactos sociales y el de los sindicatos que lograban así su legitimación como agentes políticos. La ley 11/1994 de reforma laboral ha supuesto la conclusión lógica de un giro paulatino hacia formas de corporatismo débil, más asimiladas a las teorías pluralistas, que se venía produciendo en España desde mediados de los años ochenta, con la promoción de la descentralización contractual y la incentivación de la negociación colectiva en el seno de la empresa.

⁴⁶ A pesar de esto en encuestas como las realizadas por la Diputación de Barcelona se descubre que el 85 por 100 de los entrevistados estaría dispuesto a participar en un proceso que decidiera algún aspecto municipal que le afectara directamente.

En los últimos tiempos el movimiento asociativo español ha adquirido mayor protagonismo, en torno a la participación política, aunque dando siempre mayor relevancia al contenido de las reivindicaciones que al proceso o a la institución en si. El asociacionismo español aun adolece de falta de organización, de representatividad, sufre de exceso de liderazgo, y carece de fuentes de financiación propias por lo que termina siendo absolutamente dependiente de la administración pública, que corre el peligro de crear instituciones satélites de afinidad ideológica más que órganos de participación. Así en grandes movilizaciones sociales como la del No a la guerra, la que se oponía al matrimonio entre personas del mismo sexo o la que reivindicaba la calidad de la educación, se producía el conflicto entre los que presentaban estos movimientos sociales como una emanación real y representativa de la sociedad frente a los que los planteaban como monigotes de los partidos políticos de turno, poniendo en duda su legitimidad y fiabilidad.

Desde el punto de vista institucional la experiencia constitucional de estos casi treinta años nos muestra que las instituciones de participación política se han convertido en figuras simbólicas cuya aplicación es prácticamente nula. El caso español no es más que el fruto de unos preceptos erráticos, elaborados en un clima de oposición a las formas de participación a las que se consideraba herederas del régimen franquista. El resultado son unos preceptos en los que las instituciones participativas, el referéndum, el derecho de petición y la iniciativa legislativa popular, aparecen como instituciones jurídicas vacías, sin ningún tipo de obligación de desarrollo y por tanto condenadas al olvido.

De todos modos últimamente se pueden observar tendencias a facilitar desde los distintos poderes la participación política de los ciudadanos⁴⁷; ya sea a través de los Consejos Consultivos, instituciones mixtas con estructura pluralista en las que el poder ejecutivo se reserva el control, o de las cada vez más utilizadas comisiones de estudio, alrededor del Congreso y del Senado.

La participación ciudadana se recoge en los nuevos Estatutos. Por ejemplo en el Estatuto de Cataluña desde el preámbulo se habla del deseo de Cataluña de avanzar en democracia basada en la participación ciudadana. En el artículo 4.2 y recogiendo el espíritu constitucional se habla de facilitar la participación de todas las personas en la vida política. Es el artículo 29 el que, referido al Derecho de participación, más se extiende sobre la materia refiriéndose a la participación en las elecciones, en la actividad parlamentaria y en las políticas locales y autonómicas, haciendo referencia también a la posibilidad de promover convocatorias de consulta popular. El estatuto se refiere también como un principio rector que ha de guiar la acción de los poderes públicos (art. 43), al fomento de la participación, el desarrollo de

⁴⁷ Cotino realiza un completo análisis de la situación legal en «El débil compromiso normativo por la transparencia y la participación electrónicas. Situación actual y posibilidades de futuro», en L. Cotino (coord.), *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías*, Comares, Granada, 2007.

políticas participativas y el compromiso por facilitar y ayudar a promover una participación ciudadana efectiva y de calidad. A la vez que concede a la Generalitat la competencia exclusiva en la realización de consultas populares (art. 122).

El Estatuto de Castilla y León, el de Andalucía o el de la Comunidad Valenciana también se refieren a la democracia participativa al permitir a los ciudadanos presentar iniciativas legislativas y participar en la elaboración de leyes, promover la convocatoria de referéndum y ejercer el derecho de petición (art. 30, Estatuto Andalucía), o estableciendo la obligación de los poderes públicos de «promover la participación social en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y asociativa en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político, con pleno respeto a los principios de pluralismo, libre y autonomía» (art. 43 del Estatuto de la Comunidad Valenciana).

Pero es sobre todo en el nivel local donde la democracia participativa se ha convertido en un elemento recurrente, y no sólo en reglamentos, discursos y programas electorales.

V. LA PRÁCTICA DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN ESPAÑA

Algunas instituciones autonómicas ya están tratando de poner en práctica medidas en este sentido. En Galicia encontramos este tipo de prácticas en el Parlamento que en su página *web*, promueve la participación ciudadana en una sección titulada «Legisla con Nosotros»: «En esta sección podrá opinar sobre los proyectos de ley que se encuentran en tramitación en el Parlamento de Galicia, así como de otros temas de interés». Hoy, mayo de 2007, existen tres debates abiertos con cinco opiniones en uno de ellos, los otros dos no contienen participación.

En Cataluña la Dirección General de Participación Ciudadana también ha realizado procesos de participación para la elaboración de leyes como el Statut, la Llei de serveis socials, la Llei d'infància o el Pla de Presons, aunque no ha hecho públicos datos sobre la participación y la incidencia de estos procesos.

Aún así es en el ámbito local donde más se está trabajando para incorporar instrumentos participativos. La descentralización se revela como elemento imprescindible en la formulación del modelo participativo a través del Municipio, espacio idóneo para articular la democracia participativa, puede acercar al ciudadano al conjunto de actividades y servicios que más incidan en sus condiciones de vida; son los ámbitos más apropiados para ese impulso político y social para transmitir información, para investigar, actuar y participar.

En los últimos años en muchas ciudades españolas se han venido configurando instrumentos de participación ciudadana, que han tenido como base y referencia en la mayoría de los casos los reglamentos y normas de partici-

pación⁴⁸. Aunque por lo general su aplicación práctica sigue siendo aún más bien escasa, e incluso en lugares donde han comenzado proyectos en esta línea se hayan visto obligados a dar marcha atrás ante las dificultades encontradas. Las instituciones proyectadas han sido víctimas de una excesiva burocratización, con órganos de participación que paulatinamente han ido perdiendo interés para los ciudadanos, pero también existen prácticas positivas especialmente en Cataluña y el País Vasco.

El marco en el que se establecen estos procesos de participación ciudadana es el de derechos como audiencia pública, iniciativa y propuesta ciudadana, iniciativa popular, consulta ciudadana, información, petición, participación de los vecinos y entidades ciudadanas en los órganos del Ayuntamiento.

Estos derechos se plasman en instrumentos como Carta de derechos y deberes de los ciudadanos, una Carta Municipal de Ciudadanía, una guía de participación, o un Pacto Cívico. Para facilitar su ejercicio se crean instituciones como el Registro de entidades de participación ciudadana (Bilbao) o la Comisión de sugerencias y reclamaciones y se fomenta la participación a través del Plan director de participación ciudadana (San Sebastián).

Desde el punto de vista de la inserción de estos mecanismos de participación en las instituciones municipales destacan la **Concejalía de Participación Ciudadana**, cuyas funciones son:

- Facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida local.
- Impulsar la participación en la gestión de las Corporaciones a las Asociaciones para la defensa de los intereses generales o sectoriales de los vecinos.
- Regular el reglamento orgánico, los órganos y procedimientos adecuados, para la efectiva participación de los vecinos, tanto en el conjunto del municipio como en los distritos.
- Gestionar una Comisión Especial de Sugerencias y Reclamaciones, cuyo objeto es la defensa de los derechos de los vecinos ante la administración municipal y que se regula por su propio Reglamento Orgánico.
- Impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación y comunicación vecinal.

Dependiente de este órgano van apareciendo los órganos participativos en los que nos encontramos con dos grandes limitaciones, la primera establecida en el artículo 69 de la Ley 7/1985 reguladora de las Bases del régimen local, que impide al municipio crear un órgano de participación ciudadana cuyas decisiones sean vinculantes para el gobierno local y la segunda la imposibilidad de exigir la presencia en estos consejos de responsables de otras administraciones.

Por lo general nos encontramos con los siguientes órganos:

⁴⁸ La Ley de Bases de Régimen Local establece estos reglamentos de participación ciudadana como estandar mínimo.

El **Consejo de Ciudad**, que adopta distintos nombres: Consejo director en Madrid, Consejo Social en ciudades como Oviedo o Vitoria... Se configura como un órgano consultivo y de Gobierno, integrado por representantes de las organizaciones económicas, sociales, profesionales y vecinales, cuya misión fundamental es la de ofrecer un espacio de pensamiento estratégico que oriente y sirva de soporte a la gestión de los principales temas y asuntos públicos de la ciudad. Se constituye como un órgano de participación amplio y plural de discusión sobre la ciudad y su futuro, tiene entre sus competencias promover la participación ciudadana y la mejora de la calidad de la democracia local, la emisión de informes, estudios y propuestas en materia de desarrollo social, cultural y económico local, la planificación estratégica de la ciudad y los grandes proyectos urbanos.

Los **Consejos Sectoriales** son los órganos de participación en las grandes áreas de actuación municipal, de los ciudadanos y las Entidades más representativas. Como órganos complementarios de carácter consultivo su finalidad esencial es la de facilitar asesoramiento y consulta a los responsables de las Áreas, desarrollando funciones de información, estudio y propuesta en relación con los asuntos propios de las mismas. Las materias son de lo más diversas como cooperación al desarrollo, consumo, voluntariado, salud, accesibilidad, medio ambiente, igualdad, tercera edad, promoción del comercio o la sostenibilidad de la ciudad.

Forman parte de los mismos los responsables de las Áreas de Gobierno, los representantes de las organizaciones sociales más representativas y de las instituciones directamente relacionadas con el sector de actividad de que se trate y expertos de reconocido prestigio en las áreas de conocimiento propias del Consejo en cuestión.

Consejos territoriales. Órganos colegiados de gobierno del distrito, de carácter representativo, que tienen como objeto facilitar la participación vecinal en el gobierno de la villa y consejos sectoriales. Son los órganos de participación por excelencia que tienen como prioridad la búsqueda del consenso entre ciudadanos, asociaciones y Ayuntamiento para la gestión dentro del ámbito territorial del Distrito.

Se reúnen una media de tres o cuatro veces al año en sesión pública y su composición incluye al Concejal del Distrito; representantes de las asociaciones inscritas en el distrito (tales como asociaciones de vecinos, asociaciones de padres y madres de alumnos, juveniles, deportivas, medioambientales, culturales, de mayores, etc.); vocales vecinos de la Junta Municipal del distrito, pertenecientes a los grupos políticos; vecinos elegidos de forma aleatoria entre los inscritos en el censo electoral del distrito; y un representante de los Consejos sectoriales, con voz y sin voto.

Su principal función será fomentar la participación directa de los ciudadanos y sus entidades, así como potenciar el diálogo y el consenso entre éstos y las instituciones municipales. Pero, además, tendrá otras funciones, entre las que destacan: recabar propuestas ciudadanas relativas a la mejora del funcionamiento de los servicios y actuaciones municipales en el distrito, informar anualmente al Ayuntamiento de las necesidades del distrito, indicando las

prioridades para su posible inclusión en los Planes de actuación municipal y en los Presupuestos municipales, exponer y defender los acuerdos que se adopten en el Consejo Territorial ante el Pleno de la Junta Municipal del distrito.

En algunos lugares se están empezando a crear **Mesas de diálogo** que se configuran como espacios territoriales de participación vecinal para estudiar, debatir y proponer iniciativas que propicien la convivencia social e intercultural y fortalezcan el asociacionismo en los barrios. Reconocen el sufragio activo y pasivo a todos los vecinos mayores de 16 años empadronados, con independencia de cuál sea su origen o nacionalidad. Sus representantes serán elegidos a través de un proceso electoral de votación directa. Cada distrito cuenta con una mesa compuesta por vecinos a título individual, en representación de las organizaciones sociales, las administraciones y los centros de atención social a inmigrantes.

En la misma línea se plantean los **presupuestos participativos** (Albacete, Sevilla, Archidona, Cabezas de San Juan, Sabadell, Rubí) que permiten a los ciudadanos seleccionar el destino de los gastos en determinadas partidas como educación, juventud, vivienda o empleo. La experiencia de momento deja mucho que desear. En Sevilla, por ejemplo, y según los cálculos dados por la misma organización, la participación ha sido del 0,3 por 100 de la población. Albacete también nos sirve de ejemplo al haber puesto en práctica el modelo en 1999. En un principio los vecinos podían presentar propuestas sobre proyectos y servicios a través de una asamblea abierta a todos los ciudadanos, el consejo del Foro, integrado por representantes de asociaciones de diversos ámbitos (vecinos, cultura, educación, ecología, inmigrantes, etc.) y ciudadanos no organizados, que después de estudiar las propuestas negociaba con el ayuntamiento los proyectos de inversión que se iban a realizar, teniendo en cuenta los recursos del presupuesto y la viabilidad técnica y legal para realizar, posteriormente, un seguimiento de la ejecución de los proyectos aprobados. Además, el Foro amplió su ámbito de actuación al pasar a discutir otros gastos e ingresos municipales como tasas y precios públicos. Dadas las dificultades de adaptar este mecanismo de participación abierta a los plazos administrativos, en los últimos años se han elaborado y aprobado unos criterios de priorización que tienen en cuenta cuestiones como la necesidad de equipamientos urbanos, la población beneficiada, etc.⁴⁹

Destaca también como determinados ayuntamientos están apostando por la formación y la profesionalización de la materia. En muchos municipios tienen técnicos en la materia que realizan este trabajo, un equipo independiente dedicado exclusivamente a la tarea de gestionar el proceso de participación ciudadana.

Hay algunos como el Ayuntamiento de Zaragoza, que junto a la Universidad han creado la Escuela de Asociacionismo y Participación Ciudadana. Esta Escuela imparte un Diploma Universitario de «Técnicas de Participa-

⁴⁹ Para próximas convocatorias se plantea cuantificar las propuestas para conocer mejor cuánto vale lo que se pide. De esta forma el proceso ganará en credibilidad.

ción Ciudadana» que este año llega ya a su tercera edición. La Universidad Autónoma de Barcelona, la de Girona y la del País Vasco imparten también posgrados sobre la materia.

En algunas instituciones se ha llegado a crear incluso una metodología de los talleres de grupo para elaboración de leyes con participación ciudadana. Tras una breve exposición inicial sobre el contenido de la ley se divide a los asistentes en grupos de no más de cinco personas que trabajaran durante dos horas para elaborar unas propuestas. Una vez que los asistentes expongan sus ideas el moderador realizará una recapitulación de todas ellas, señalando las aplicaciones concretas y las ideas fuerza que se obtienen de ella. A continuación se abrirá un debate entre los asistentes para decidir las propuestas que el moderador expondrá al resto de los grupos. De cada sesión de trabajo se realizará un informe parcial que dará lugar, una vez realizadas todas las sesiones, a un informe final que se pondrá a disposición del público en internet y se entregará a los órganos implicados en la toma de decisiones sobre el asunto concreto que ha dado lugar al proceso.

Además de estas instituciones los ayuntamientos abren las puertas de sus órganos de trabajo para que los ciudadanos de manera individual formulando, previa petición o sin ella, ruegos y preguntas en las sesiones plenarias de su ayuntamiento o Junta Municipal o a través de asociaciones que podrán solicitar la inclusión de proposiciones en el orden del día de los plenos de los distritos; mientras que las federaciones, confederaciones o uniones de asociaciones lo harán en el Pleno del Ayuntamiento, a través de los consejos territoriales o sectoriales.

Algunos ayuntamientos establecen la **consulta popular** para recabar la opinión de los vecinos de un municipio, distrito, barrio o varios, sobre asuntos de competencia municipal propia y de carácter local que resulten de especial relevancia para los intereses de los vecinos del municipio, con excepción de los relativos a la Hacienda Local. Cuando la consulta popular responda a una iniciativa de dos tercios de los miembros del Consejo Social de la Ciudad o del Consejo de Participación vecinal, o a una iniciativa ciudadana avalada por las firmas de personas inscritas en el Censo Electoral en número igual o superior al 10 por 100 de vecinos que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales, aunque para acordar la realización del referéndum aún «será necesario el acuerdo mayoritario del Pleno Municipal».

Otras iniciativas son el Pleno Infantil (Mérida, Cuenca...), que puede ser interesante desde el punto de vista lúdico y didáctico. Se trata de Consejos Sectoriales de Niños y Niñas con características singulares. Su función primordial es incorporar las vivencias de la población infantil y favorecer la intervención de los chicos y chicas en los debates, propuestas, sugerencias y quejas respecto de cualquier actuación municipal, así como ser informados y opinar sobre todas las actuaciones de otras administraciones públicas que actúan en la ciudad.

Se suele incluir en el mismo saco las herramientas para facilitar los trámites administrativos como la firma electrónica y de las nuevas tecnologías

en las administraciones públicas. También es frecuente encontrar dentro de este apartado todo tipo de iniciativas destinadas a recabar información como buzones abiertos o carpetas ciudadanas con escasa interactividad y más dirigidos a recoger quejas, reclamaciones y sugerencias que a convertirse en verdaderas herramientas de participación política de los ciudadanos. A éstos se añaden otras vías de participación: Consultas, encuestas, sondeos de opinión, foros temáticos, jurados ciudadanos y medios de comunicación interactiva.

Por último cabe señalar el papel de la iniciativa privada a través de la iniciativa Ciudadanos.net, promovida por Europapress, en el que a través de Internet los habitantes de una localidad podrían manifestar sus ideas y propuestas de mejora, así como valorar las iniciativas que propusiesen los demás y a la que se han incorporado en forma de proyectos autonómicos (Castilla-La Mancha, Extremadura, Castilla-León) un buen número de municipios de toda España. En este proyecto, tanto los ciudadanos como sus representantes políticos y civiles exponen públicamente aquellas propuestas que consideran de interés para la comunidad y las someten a debate y deliberación del conjunto de los participantes. Aquellas propuestas con un mayor respaldo ciudadano son susceptibles de ser votadas por el Ayuntamiento en el pleno municipal y puestas en marcha con la implicación de los ciudadanos y las asociaciones que han participado en el proceso de deliberación. Aún así actualmente y como consecuencia de la poca receptividad de los ayuntamientos el foro no recibe apenas visitas ni propuestas.

VI. CONCLUSIONES. LOS RETOS DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN ESPAÑA

De lo visto en el punto anterior podemos concluir que en España, salvo contadas excepciones, los municipios carecen de vías efectivas de participación ciudadana y la eficacia de la sociedad civil, carente de vías de participación en los asuntos relacionados con el gobierno, sigue dependiendo de su labor en los medios de comunicación. Aunque por lo general los municipios cuentan con una Concejalía de participación y/o un Reglamento de Participación ciudadana, la concejalía, en la mayor parte de los casos, apenas ha tenido presupuestos ni equipos técnicos, convirtiéndose en una concejalía desvalorizada y los Reglamentos se han convertido en un colchón amortiguador de las tensiones entre dirigentes ciudadanos y Ayuntamientos, a veces favorecidas por la militancia en un mismo partido. De ahí que las únicas políticas efectivas de promoción de la participación generalizadas sean las medidas de fomento del asociacionismo y la ampliación de los centros cívicos u otros espacios que sirvan como punto de encuentro ciudadano.

La participación se ha desarrollado, como una relación administrativa entre los Ayuntamientos y las asociaciones de vecinos del municipio, dejando poco espacio a la participación activa de los ciudadanos individualmente considerados.

Los escasos órganos existentes carecen de visibilidad suficiente, tanto su existencia, como sus actividades y conclusiones. Todos ellos, consejos sociales, sectoriales o territoriales funcionan con una estructura piramidal construida por los representantes políticos o técnicos del municipio, el número de participantes es muy pequeño y en su mayoría de base puramente asociativa.

Por lo general las instituciones participativas están copadas por personas nombradas por los grupos políticos, los únicos con derecho al voto, y por los movimientos asociativos. Serán los «grupos motores», elegidos en la primera asamblea, los que establezca el funcionamiento de las siguientes, la priorización de las propuestas y la valoración de las mismas. Estos grupos, que suelen estar en manos de representantes o afines de partidos políticos, utilizan de técnicas asamblearias para lograr sus objetivos. Como ellos eligen el orden de discusión de las propuestas; el método más usado para que no se aprueben las que no les interesan es convocar las asambleas tarde, empezar por lo que les interesa y cuando la gente prácticamente ha abandonado por cansancio, y por que tienen otras cosas que hacer, plantean las otras que nunca serán aprobadas. Al final los dirigentes ciudadanos se convierte en profesionales de la participación que comienzan a hablar el lenguaje de los técnicos y los concejales, y muy poco o nada en los términos en que se expresan en la calle. Encontramos un ejemplo de esto en Sevilla donde, ante la solicitud de 243 vecinos de abrir un tramo de calle de apenas 10 metros que facilitaría la salida de una calle que era fondo de saco, se llevó a una asamblea y fue rechazada por 17 a 6 votos. Naturalmente los 17 no eran ni vecinos de la plaza ni de la calle afectadas.

En los lugares en que se han puesto en práctica estos mecanismos, las principales dificultades se han producido a la hora de coordinar de manera efectiva el eje técnico, que comprende las áreas del ayuntamiento; el eje político y el eje participativo, tanto en sus acciones en los tiempos de presentación de propuestas y los plazos que marca la ley para la elaboración de los presupuestos municipales.

Las experiencias de mayor éxito las encontramos en temas relacionados con el urbanismo en ciudades como Pamplona donde se ha desarrollado el proyecto URBAN o Bilbao. La experiencia muestra que los ciudadanos actúan cuando cuentan con información suficiente y siempre sobre propuestas concretas en las que pueden expresar su opinión, y manifestar su apoyo o las mejoras que consideran más convenientes. En lo que podríamos llamar labores de control, aunque sea un control constructivo.

Donde más abundan las promesas de democracia participativa es en el período electoral, donde se pueden encontrar infinidad de ofertas para participar en la elaboración de los programas de los distintos candidatos (programas abiertos)⁵⁰ y las propuestas de participación ciudadana. Es en los programas electorales donde encontramos reivindicaciones constantes de la democracia participativa: «La acción política no es sólo lo que se hace desde

⁵⁰ Los ejemplos son infinitos, por su originalidad podríamos destacar el del candidato del P.P. de Sevilla, habla Sevilla, o el del Partido Popular de la Comunidad Valenciana, imagina más comunidad.

las instituciones; los ciudadanos y ciudadanas y sus asociaciones tienen mucho que decir. Juntos hemos de encontrar los medios que permitan la máxima implicación del máximo número de personas en aras del interés general. La participación ciudadana en la sociedad actual abarca diversos aspectos de vida de la ciudad, desde la información hasta la gestión concreta de servicios municipales»⁵¹. Todas coinciden en la falta de concreción y cuando lo hacen las medidas propuestas se limitan en la creación/ampliación de centros cívicos o al fortalecimiento del asociacionismo local a través de subvenciones, introduciendo la creación de Consejos participativos en aquellos lugares donde todavía no existen.

La agenda local para la participación, aprobada por la F.E.M.P., es un buen ejemplo de la falta de perspectivas en esta materia. Sus aportaciones para el futuro son: *a) organización municipal de líneas de actuación relacionadas con la mejora e innovación de la organización municipal para dotar de más eficacia las políticas de participación; b) el fortalecimiento de las asociaciones del municipio y su capacidad de intervención social; c) la capacitación de la ciudadanía para su incorporación individual en la construcción de la ciudad y/o su implicación en asociaciones ciudadanas; d) El reforzamiento el papel estructurador de la comunidad a través de los equipamientos y servicios de proximidad; e) la evaluación para la mejora de la calidad democrática, y f) La coordinación con el gobierno autonómico y el gobierno central para el fomento del derecho a la participación y el desarrollo de procesos participativos.* Todas estas medidas genéricas que inciden en el discurso legitimador de la democracia participativa sin establecer de ninguna forma vías para su ejercicio.

Con esta mirada al futuro, podemos concluir este trabajo no sin antes advertir del peligro que subyace en este planteamiento, como en otros muchos de los estudiados, que, aunque institucionalmente plantean la participación como complementaria al sistema representativo, se presenta ante la opinión pública como exponentes de la teoría de la soberanía compartida entre representantes y entidades asociativas, como ponen de relieve instrumentos como los presupuestos participativos. Es esencial para la estabilidad democrática que la democracia participativa entienda la participación como refuerzo del sistema de representación, sólo de esta manera la participación supondrá algo saludable, complementario, para la legitimidad democrática.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BLAIR, A., *La tercera vía*, El País-Aguilar, Madrid, 1999.
- CASCAJO, J. L., «El Congreso de los Diputados y la forma de Gobierno en España», en A. MARTÍNEZ (ed.), *El Congreso de los Diputados en España: funciones y rendimiento*, Tecnos, Madrid, 2000.
- COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre la Gobernanza*, 25 de julio de 2001.
- DARNSTÄDT, T., *La trampa del consenso*, Trotta, 2005.

⁵¹ Programa electoral del candidato del P.P. a la alcaldía de Santander.

- Declaración final de la IV Cumbre de Jefes de Estado de Europa, Latinoamérica y el Caribe, mayo de 2006.
- DURANTE, FERNÁNDEZ SUÁREZ y DEL PINO, *Dinámica política*, Galeón Editorial, Buenos Aires, 1996.
- DONATI, P. P., *La cittadinanza societaria*, Laterza, Roma, 1993.
- GIDDENS, A., *La tercera vía*, Taurus, Madrid, 1998.
- HABÉRMAS, J., «Derechos humanos y soberanía popular; Las versiones liberal y republicana», *Ratio Juris*, núm. 7, Blackwell Publishers Ltd., 1994.
- HELD, D., *Un pacto global*, Taurus, Madrid, 2005.
- *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge: Polity Press, 1995.
- HERRERA, M., *El Tercer Sector en los sistemas de bienestar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- KALDOR, M., *La sociedad civil global, una respuesta a la guerra*, Kriterio, Tusquets Editores.
- LASKI, H., *Los Sindicatos en la Nueva Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.
- LÓPEZ NIETO, L., «Los nuevos apellidos de la democracia: retos de la participación dirigida o mediatisada en España», *Cuadernos de Pensamiento Político*, núm. 109, enero-marzo de 2007.
- MANIN, B., «On Legitimacy and Political Deliberation», *Political Theory*, vol. 15, 1987.
- MENDES FRANCE, P., *La república moderna*, Barcelona, Andorra, 1968.
- OFFE, C., *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Sistema, Madrid, 1988.
- RAWLS, J., «The Idea of Public Reason Revisited», *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, núm. 3, 1997.
- RISCHARD, J. F., *High noon: Twenty global issues, twenty years to solve them*, Basis Books, 2002.
- ROKKAN, S., «Numerical Democracy and Corporate Pluralism», en R. DAHL (ed.), *Political Oppositions in Western Democracies*, Yale University Press, New Haven, 1966.
- RUBIO, R., «Los ciudadanos ¿protagonistas de la globalización?», en *El derecho en el contexto de la globalización*, Universidad del Externado, Colombia, 2007.
- *Los grupos de presión*, CEPC, 2003.
- SARTORI, G., «En defensa de la representación», Conferencia pronunciada en el Congreso de los Diputados, Madrid, 1998.
- «Gruppi di pressione o gruppi di interesse?», en *Il Mulino*, núm. 87.
- TEJO, C., *Organizaciones Internacionales No Gubernamentales y Derecho Internacional*, Diles, 2005.
- VALLESPÍN, F., «Estado, globalización y política», en *Ciudadanía y política*, Tecnos, Madrid, 2004.
- VEGA, P. de., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.
- ZAMPETTI, P. L., *La participación en el mundo político*, Unión Editorial, Madrid, 1970.

El acceso a la función pública española de ciudadanos comunitarios

Sumario: I. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL REQUISITO DE LA NACIONALIDAD COMO CONDICIÓN PARA ACCEDER A LA FUNCIÓN PÚBLICA.—1.1. La extensión de la libre circulación de trabajadores al ámbito de la Administración Pública.—1.2. La normativa española sobre acceso de ciudadanos comunitarios a la función pública: de la determinación de los concretos sectores en los que rige la libre circulación de trabajadores al reconocimiento general del principio.—II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ALCANCE DE LA EXIGENCIA DE NACIONALIDAD COMO REQUISITO PARA ACCEDER A LA FUNCIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA.—2.1. Los puestos de capitán y primer oficial de buque.—2.2. Puestos en el ámbito de la protección civil y atención de emergencias.—III. EL RECONOCIMIENTO DE DIPLOMAS Y EL RECONOCIMIENTO DE LA EXPERIENCIA PROFESIONAL Y DE LA ANTIGÜEDAD ADQUIRIDAS EN OTROS ESTADOS MIEMBROS PARA ACCEDER A LA FUNCIÓN PÚBLICA.—3.1. Reconocimiento y homologación de títulos obtenidos en otros Estados miembros.—3.1.1. El Caso Burbaud.—3.1.2. La Jurisprudencia nacional sobre reconocimiento y homologación de títulos.—3.2. Reconocimiento en los procesos selectivos de la experiencia profesional y de la antigüedad adquirida en la Administración pública de otros Estados miembros. Especial referencia al ámbito sanitario.—IV. LA REGULACIÓN DEL ACCESO DE CIUDADANOS COMUNITARIOS A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.

I. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL REQUISITO DE LA NACIONALIDAD COMO CONDICIÓN PARA ACCEDER A LA FUNCIÓN PÚBLICA

1.1. **La extensión de la libre circulación de trabajadores al ámbito de la Administración pública**

La condición de nacional español para acceder a la función pública, establecida en la legislación general¹, constituye un requisito asumido pacífica-

* Profesora Propia Adjunta de Derecho administrativo. Universidad Pontificia Comillas.

¹ El artículo 30.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Texto articulado aprobado por

mente con inusual naturalidad, quizá por los relativamente escasos supuestos en los que plantea problemas en la práctica. Sin embargo, la interrelación y movilidad crecientes de ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea, tanto porque numéricamente aumentan como por el impulso que en distintos órdenes vienen ejerciendo las instituciones europeas para facilitar y aumentar la libre circulación de personas (también de trabajadores y también en la función pública), inducen a pensar que esta calma es más aparente que real, a la vista de la evolución que en los últimos años ha experimentado esta cuestión en la legislación nacional y comunitaria, así como en la respectiva Jurisprudencia.

La libre circulación de trabajadores constituye uno de los pilares de la Unión Europea y de su Derecho. Inicial y principalmente se pensaba en los trabajadores que integran el mercado laboral, pero también se han venido acometiendo distintas acciones a nivel comunitario en relación con la extensión de dicha libertad al ámbito de la función pública, traslación no exenta de dificultades dado el sistema esencialmente dispar de acceso a la función pública (sea como funcionario o como personal laboral al servicio de la misma), respecto del acceso al mercado de trabajo, sobre la base de las funciones teóricamente distintas que asumirán unos y otros.

Efectivamente, los textos de los Tratados no dejan lugar a dudas al excluir de la aplicación de esta libertad a los empleos en la Administración pública²:

- «1. La libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad quedará asegurada, a más tardar, al final del período transitorio.
2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.
3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:
 - a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;
 - b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;
 - c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables a los trabajadores nacionales;
 - d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión.

Decreto 315/1964, de 7 de febrero) dispone que «para ser admitido a las pruebas selectivas previas al ingreso en la Administración, será necesario: a) ser español». Hoy la exigencia del requisito de nacionalidad se recoge en el apartado 1 del artículo 56 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007), como se indica más adelante en este trabajo.

² Artículo 48 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (25 de marzo de 1957).

4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la Administración pública».

De manera coherente con lo dispuesto en el precepto trascrito, se promulgó el Reglamento 1612/68, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de trabajadores³, en el que se especifica el alcance de este «derecho fundamental para los trabajadores y su familia», cuya realización supone «la abolición, entre los trabajadores de los Estados miembros, de toda discriminación por razón de la nacionalidad con respecto al empleo, retribución y demás condiciones de trabajo, así como el derecho de estos trabajadores a desplazarse libremente dentro de la Comunidad para ejercer una actividad asalariada, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas»⁴. Sin embargo, esta norma no se refiere en ningún momento a los empleados de la Administración pública, a los que, por tanto, no se extiende esta libertad.

El evolutivo y cambiante Derecho comunitario, sin embargo, introdujo algunos avances esenciales en esta cuestión, quizás una vez concretada algo más la libre circulación de trabajadores, al reconsiderar en su documento sobre *La libre circulación de trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración pública de los Estados miembros* (1988)⁵ la posibilidad de extender ésta, siquiera limitadamente, a algunos sectores concretos y, en todo caso, como complemento para otras políticas impulsadas por la Comunidad Europea (por ejemplo, en materia de movilidad de los investigadores europeos, movilidad de los estudiantes, liberalización de transportes e instituciones financieras, reconocimiento de títulos de enseñanza superior). Todos estos esfuerzos iban encaminados a permitir que se aplicara la libre circulación de trabajadores a los empleos que forman parte de la Administración pública de los Estados miembros y no se beneficien de la excepción contenida en el artículo 48.4 del Tratado⁶.

En línea con la interpretación restrictiva o material que propugnó el Tribunal de Justicia⁷, la Comisión, en este mismo documento, apunta varios sectores tradicionalmente vinculados a la actividad pública que, sin embargo, no

³ Reglamento (CEE) núm. 1612/68, del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DOCE L, núm. 257, de 19 de octubre de 1968).

⁴ Considerando primero del Reglamento 1612/68.

⁵ «La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración pública de los Estados miembros. La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del tratado CEE» (DOCE C, núm. 72, de 18 de marzo de 1988).

⁶ Como en muchas otras ocasiones, la Comisión comienza por poner de manifiesto el obstáculo que supondría para lograr este objetivo que fueran los Estados miembros los que tuvieran libertad para imponer el requisito de la nacionalidad, y, por tanto, la oportunidad de que se adopten medidas a nivel comunitario («La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración pública de los Estados miembros», *op. cit.*, Introducción, octavo párrafo).

⁷ Por ejemplo, al comienzo, en el *caso Sotgiu* (TJCE de 12 de febrero de 1974, G. M. Sotgiu contra la Deutsche Bundespost). Demanda de decisión prejudicial formulada por el Bundesarbeitsgericht, 172-73, Rec. 1974, pp. 153-174. A este pronunciamiento han seguido otros muchos intensificando el criterio de restringir estrictamente la noción de empleo en la función pública a *aquellos que impliquen participación en el ejercicio del poder público y en la salvaguarda de los intereses generales del Estado*: TJCE, 17 de diciembre de 1980, 149/79, rec. 1980, pp. 3881-3919; TJCE, 26 de mayo de 1982, 149/79, Rec. 1982,

considera actividades *específicas* de la Administración pública⁸, pues no se diferencian material u objetivamente de las mismas actividades cuando tienen lugar en el seno de una organización privada⁹: gestión de algunos servicios comerciales, salud pública, centros de enseñanza públicos e investigación civil en las instituciones públicas, sectores en la órbita de lo público en los que va a comenzar la aplicación de la libre circulación de trabajadores, tarea que pasa a corresponder a los Estados miembros¹⁰, al margen, pues, de la definición de Administración pública que cada uno de ellos tenga; y también de la de trabajador, concepto que a juicio del Tribunal de Justicia es (debe ser) de alcance comunitario y no estatal¹¹.

1.2. La normativa española sobre acceso de ciudadanos comunitarios a la función pública: de la determinación de los concretos sectores en los que rige la libre circulación de trabajadores al reconocimiento general del principio

Fruto de la acción comunitaria emprendida (tanto por el Tribunal como por la Comisión) y dado que la libre circulación de trabajadores era plenamente aplicable en España a partir de 1 de enero de 1993, resultaba ineludible adoptar las modificaciones normativas encaminadas a acoger dicha línea de intervención¹².

pp. 1845-1854; TJCE, 3 de junio de 1986, 307/84, Rec. 1986, pp. 1725-1740; TJCE 3 julio de 1986, 66/85, Rec. 1986, pp. 2121-2148; TJCE, 16 de junio de 1987, 225/85, rec. 1987, pp. 2625-2641; TJCE, 30 de mayo de 1989, 33/88, Rec. 1989, pp. 1591-1613, etc. Sobre esta evolución, véanse M. Pulido Quecedo, *El acceso a los cargos y funciones públicas*, Madrid, 1992, pp. 391 y ss.; D. Gratal Pérez y J. Mondragón Ruiz de Lezana, «El empleo público y la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea», *Cuadernos Europeos Deusto*, 1994; J. Bengoetxea, «Problemas jurídicos y prácticos de la inserción de ciudadanos comunitarios en la función pública de otros Estados miembros», *Revista Vásca de Administración Pública*, núm. 50, 1998, pp. 13 y ss.; M. F. Massó Garrote, «Excursus conceptual de función pública en el derecho comunitario: sobre la necesidad de manejar un concepto material y funcional de función pública», *Noticias de la Unión Europea*, 1999, pp. 33 y ss., y J. B. Lorenzo de Membrieta, *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública. Manual práctico de la Función Pública*, Pamplona, 2005.

⁸ Se consideran tales los casos en los que la Administración aparece investida del ejercicio del poder público y de la responsabilidad de salvaguardar los intereses generales del Estado. Así, se señalan las fuerzas armadas, policía y otras fuerzas de orden público; la magistratura, la administración fiscal y la diplomacia; empleos de los ministerios, de los gobiernos regionales y locales, de otros organismos asimilados, de los bancos centrales, en la medida en que realicen las actividades organizadas en torno a un poder jurídico público. Todo ello queda, en ese momento, fuera del ámbito en el que la Comisión pretende intervenir.

⁹ TJCE, 17 de diciembre de 1980, 149/79, rec. 1980, párrafo 4. *Vid.* S. González-Varas Ibáñez, «El derecho a acceder a la función pública de otro Estado miembro de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, año 20, enero-abril de 2000, pp. 139 y ss.

¹⁰ Con la explícita advertencia de que, de no hacerlo, la Comisión iniciaría los correspondientes procedimientos contenciosos al amparo del artículo 169 del Tratado CEE. Y además de la posibilidad de que los ciudadanos ejercitaran este derecho directamente ante los tribunales.

¹¹ TJCE 3 julio de 1986, 66/85, Rec. 1986, pp. 2121-2148, Fundamentos de Derecho 16 y 17.

¹² En este sentido, A. Palomar Olmeda, «La noción comunitaria de empleo público y sus consecuencias en el ordenamiento interno», *Noticias de la Unión Europea*, 1992, pp. 101 y ss.

Efectivamente, la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, por la que se regula el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea¹³ declaró la supresión de toda discriminación por razón de nacionalidad respecto de los ciudadanos de los demás Estados miembros en el acceso a «la función pública investigadora, docente, de correos, sanitaria de carácter asistencial y a los demás sectores de la función pública a los que, según el Derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores» (art. 1.1, en su redacción original).

Los sectores a los que se aplicaría en España venían a coincidir, pues, con los apuntados por la Comisión en el documento *La libre circulación de trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración pública de los Estados miembros* (1988) y en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Ahora bien, de forma prudente, dichos sectores no se recogen con carácter de *numeris clausis*, sino que, teniendo en cuenta la tendencia declarada por el Tribunal de Justicia a estrechar cada vez más el alcance de la excepción del artículo 48.4 del Tratado de la CEE, el legislador español contempló de manera explícita la posibilidad de ir incorporando nuevos sectores excluidos de dicha excepción conforme lo fuera marcando el Derecho comunitario, o lo que es lo mismo, de ir extendiendo la aplicación de la libre circulación de trabajadores de manera progresiva a nuevos ámbitos de la función pública.

No obstante, la exclusión de la excepción no era total, puesto que cuando en esos sectores existieran puestos de trabajo concretos «que impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas» éstos podrían quedar reservados a los nacionales españoles, es decir, que a estos concretos puestos sí les era aplicable la excepción del 48.4 del Tratado CEE (hoy 39.4, tras la redacción dada en Ámsterdam).

Posiblemente una evolución del Derecho comunitario más profunda y acelerada de lo que inicialmente se pudo pensar determinó que en 1999 se llevara a cabo una reforma de la Ley 17/1993 para ampliar tanto el ámbito objetivo como subjetivo de la misma¹⁴.

Así, en primer lugar, se sustituye la mención a sectores concretos por una cláusula general de sentido inverso al seguido hasta entonces en cuanto a la aplicación de la libre circulación de trabajadores¹⁵, pues se declara con carácter general la posibilidad de que cualquier nacional de otro Estado miembro acceda a un puesto en la función pública, quedando excluidos únicamente (y siguiendo el criterio mantenido desde el comienzo por el Tribunal de Justicia)

¹³ BOE, núm. 307, de 24 de diciembre de 1993.

¹⁴ Artículo 37 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE, núm. 312, de 30 de diciembre).

¹⁵ Resultó, pues, insuficiente la cláusula contenida en la redacción originaria de la ley, ya que no se trataba tanto de seguir ampliando la lista de sectores de la función pública sujetos a la libre circulación de trabajadores como de sentar el criterio opuesto: la regla general es la no discriminación por razón de la nacionalidad en el acceso a la función pública y la excepción los sectores o incluso los puestos que, singularmente, podrían justificadamente permanecer fuera de la misma.

aquellos empleos «que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y se trate de funciones que tengan por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones públicas»¹⁶.

En el aspecto subjetivo, la previsión anterior se hace extensiva al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, así como a sus descendientes¹⁷, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas, puesto que de no hacerlo se podría ver comprometida la propia realización de esta libertad comunitaria.

En ese sentido, dada la consideración de las disposiciones de la Ley 17/1993 como bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos¹⁸, se prevé que el Gobierno¹⁹ o los órganos equivalentes de las demás Administraciones territoriales determinen, por un lado, los Cuerpos, Escalas, plazas o empleos a los que pueden acceder los nacionales comunitarios²⁰ y, por otro, los puestos concretos a los que no podrán hacerlo, siempre bajo el criterio general de la presencia del ejercicio del poder público y la salvaguarda de los intereses generales²¹.

En el ámbito estatal, estas previsiones han sido desarrolladas por el Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo²², en cuyo Anexo se contiene la relación de Cuerpos y Escalas para acceder a los cuales se exige la nacionalidad española, quedando en todo caso reservados a los empleados públicos de nacionalidad española los puestos de trabajo que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las demás Administraciones públicas, las cuales podrán disponer en similares términos dentro de sus competencias. Así, el ámbito objetivo de aplicación de esta norma se extiende a la Administración General del Estado y sus Organismos públicos, las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, la Administración de Instituciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, excluyéndose las Fuerzas Armadas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los Órganos constitucionales, el Consejo de Estado y el Banco de España y el Centro Superior de Información de la Defensa²³.

¹⁶ Nueva redacción del artículo 1.1.

¹⁷ Nuevo artículo 1.2.

¹⁸ Al amparo del artículo 149.1.18.^a de la Constitución (Disposición Final Única de la Ley).

¹⁹ Actualmente, tras la reforma de 1999, «corresponde al Ministro para las Administraciones Públicas, en el ámbito de la Administración General del Estado, determinar el sistema de acreditación de los requisitos exigidos en el apartado 2».

²⁰ Éstos deberán acreditar únicamente su nacionalidad (así como no estar sometidos a sanción disciplinaria o condena penal que impida el acceso a la función pública de su Estado) y cumplir los requisitos exigidos en idénticos términos que los aspirantes españoles. La pérdida de la nacionalidad implicaría la pérdida de la condición de funcionario, salvo que adquiriese la de otro Estado miembro (art. 2).

²¹ Apartados 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 17/1993.

²² Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, del MAP, que regula el acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores (BOE, núm. 130, de 31 de mayo).

²³ Artículo 1 del Real Decreto 543/2001.

Serán los órganos competentes de cada Administración pública los que determinen en las relaciones de puestos de trabajo aquellos en los que se exija la nacionalidad española²⁴. Es decir, que los sectores contemplados genéricamente no quedan excluidos de manera absoluta, pues dentro de los mismos podrán encontrarse puestos que no aparezcan tan intensamente vinculados al ejercicio de potestades públicas o a la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones públicas.

Dicha determinación exige una correcta interpretación del alcance de la libre circulación de trabajadores en relación con el acceso a la función pública, interpretación que ha de ser necesariamente restrictiva, como corresponde a toda excepción y, en todo caso, conforme a la línea marcada desde las instituciones comunitarias, que continúan haciendo esfuerzos por ampliar el ámbito de aplicación de este principio.

II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ALCANCE DE LA EXIGENCIA DE NACIONALIDAD COMO REQUISITO PARA ACCEDER A LA FUNCIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

Pese a que, de manera gradual, se ha ido avanzando a nivel normativo en relación con la reducción y clarificación de los puestos que, dentro de los que podríamos llamar sectores excluidos, se reservan a los nacionales españoles, la determinación concreta de algunos de ellos han generado algún conflicto que finalmente ha quedado resuelto por la jurisdicción contencioso-administrativa.

2.1. Los puestos de capitán y primer oficial de buque

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2003²⁵ es un claro exponente de esta evolución, en este caso en relación con algunos puestos de la Marina Mercante. El objeto de aquélla es la impugnación presentada por el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española con la pretensión de que se declare la nulidad de determinados preceptos del Real Decreto 2062/1999, de 30 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de formación de algunas profesiones marítimas²⁶, y, en lo que singularmente interesa a nuestros efectos, los artículos 7 y 8 del mismo.

²⁴ Artículo 5.2 del Real Decreto 543/2001.

²⁵ STS 4 de diciembre de 2003, recurso contencioso-administrativo núm. 424/2000 (**todas las referencias de la jurisprudencia nacional citadas son de la Base de Westlaw*).

²⁶ Este Real Decreto responde a la necesidad de incorporar a nuestro derecho las normas aprobadas en 1995 por la Organización Marítima Internacional como enmiendas al anexo del Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente del Mar, de 7 de julio de 1978 (conocido como Convenio STCW) y las contenidas en la Directiva 98/35 del Consejo, de 25 de mayo, por la que se modifica la Directiva 94/58/CE, relativa al nivel mínimo de formación en profesiones marítimas, las cuales, a su vez, tienen su fundamento en las citadas enmiendas al Convenido STCW.

El artículo 7 del Real Decreto 2062/1999, que lleva por enunciado «normas generales sobre reconocimiento de títulos profesionales expedidos por otros Estados», dispone que «se podrán reconocer títulos profesionales de capitán, patrón, oficial o radio-operador expedidos por otros Estados siempre y cuando sean parte del Convenio de puente STCW» (apartado 1). Y, además, «el reconocimiento de títulos profesionales que proporcionen habilitaciones para ejercer de capitán o de primer oficial exigirá la superación de una prueba sobre conocimiento de la legislación marítima española, relativa al ejercicio de funciones como capitán o primer oficial de puente». Pues bien, el Colegio Oficial recurrente entiende que esta previsión es contraria a lo dispuesto en el artículo 77.2 de la Ley de 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que, a su juicio, reserva a los ciudadanos españoles aquellos empleos en las dotaciones de buques que impliquen el ejercicio, aunque sólo sea ocasional, de funciones públicas²⁷, como es el caso de los capitanes y primeros oficiales. En consecuencia, la norma reglamentaria vulneraría de este modo lo dispuesto en la propia Ley de 1992.

El Tribunal Supremo, sin embargo, discrepa de esta interpretación en atención a dos razones. En primer lugar, porque nada impide que los títulos «reconocibles» expedidos en el extranjero lo hayan sido a favor de ciudadanos españoles que hayan adquirido la formación y las demás condiciones profesionales en otros países. Y, en segundo lugar, porque el reconocimiento y referendo del título extranjero no excluye la reserva a favor de nacionales españoles de determinados puestos que impliquen el ejercicio de funciones públicas. Es decir, que el hecho de obtener uno y otro no implica que quien no sea español pueda ejercer de inmediato aquellos puestos, aunque, eso sí, permiten a su beneficiario desempeñar otros que no lleven aparejadas las funciones públicas reservadas a los ciudadanos españoles²⁸.

Algo más complejo resulta el análisis de la impugnación del artículo 8 del mismo Real Decreto, que lleva por rúbrica «Normas específicas sobre reconocimiento de títulos profesionales de ciudadanos de la Unión Europea con titulaciones expedidas por uno de estos Estados»²⁹.

El artículo 8 mantiene el principio de reserva a favor de los nacionales de las funciones de capitán y primer oficial de los buques de la marina mercante al establecer en su apartado 2 que el reconocimiento a los ciudadanos de la Unión Europea de los títulos profesionales o certificados de especialidad expe-

²⁷ Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. El artículo 77 dispone lo siguiente: «1. El número de miembros de la dotación de los buques y sus condiciones de capacitación profesional deben ser las adecuadas para garantizar en todo momento la seguridad de la navegación y del buque, teniendo en cuenta sus características técnicas y de explotación, en los términos que reglamentariamente se establezcan. 2. Asimismo, se determinarán reglamentariamente las condiciones de nacionalidad de las dotaciones de los buques, si bien los ciudadanos de Estados miembros de la Comunidad Económica Europea podrán acceder a partir del momento de entrada en vigor de esta Ley a los empleos en las dotaciones de los buques que no impliquen el ejercicio, aunque sólo sea de manera ocasional, de funciones públicas, que quedarán reservado a funcionarios españoles».

²⁸ Fundamento de Derecho Tercero.

²⁹ Fundamento de Derecho Séptimo.

didos por uno de los Estados miembros, conforme a las disposiciones nacionales de aplicación, formalizados a través de la expedición de una tarjeta profesional de Marina Mercante, se precisará para acceder directamente a los empleos de las dotaciones de los buques mercantes españoles, excepto en el ejercicio de puestos que impliquen o puedan implicar ejercicio de actividades públicas atribuidas legalmente a españoles, como el de capitán, patrón o primer oficial de puente, que quedarán reservados a ciudadanos españoles. Sin embargo, el apartado 3 del mismo artículo contempla la siguiente excepción: «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los ciudadanos de la Unión Europea que posean un título expedido por un Estado miembro, podrán ejercer el mando de buques mercantes de arqueo bruto inferior a 100 GT, que transporten carga o menos de 100 pasajeros, que operen exclusivamente entre puertos o puntos situados en zonas en que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción y cuando se acredite por el interesado la existencia del derecho de reciprocidad del Estado de su nacionalidad respecto a ciudadanos españoles».

Para alcanzar la correcta delimitación de la solución a esta cuestión, el Tribunal Supremo planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas³⁰, resuelta por Sentencia de 30 de septiembre de 2003³¹, cuya parte dispositiva señala que:

«1) El artículo 39.4 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que únicamente autoriza a un Estado miembro a reservar a sus nacionales los empleos de capitán y primer oficial de los buques mercantes que enarbolan su pabellón *si las prerrogativas de poder público atribuidas a los capitanes y a los primeros oficiales se ejercen efectivamente de forma habitual y no representan una parte muy reducida de sus actividades.*

2) El artículo debe interpretarse en el sentido de que *se opone a que un Estado miembro someta a una condición de reciprocidad el acceso de nacionales de los otros Estados miembros* a los empleos de capitán y primer oficial de buques mercantes que enarbolan su pabellón, como los contemplados en el artículo 8.3 del citado Real Decreto».

Para evitar calificar la Ley de 1992 contraria al Derecho comunitario —y, por tanto, inaplicable—, el Tribunal Supremo opta por interpretar la exigencia

³⁰ Se plantea a la vista de los fallos jurisprudenciales comunitarios europeos. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de abril de 1974 (asunto 167/1974) declaró la aplicabilidad de las normas del Tratado a los transportes marítimos y que la reserva a los nacionales de un Estado de *todos* los puestos de trabajo de las dotaciones de buques era contraria al artículo. En varias ocasiones posteriores se planteó si dicha reserva era extensible también a los puestos de Capitán y primer oficial de a bordo, sin que en las reiteradas sentencias en que se planteó quedara definitivamente resuelta la cuestión (los fallos del TJCE se relacionan en el Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2003).

³¹ Da cuenta de la relevancia de esta sentencia O. Fotinoupoulou Basurko, «La ocasionalidad en el ejercicio de la función pública como criterio para descartar la excepción a la libertad de circulación de trabajadores del art. 39.4 TUE. La centralización en el nivel comunitario de las políticas en materia de contratación de trabajadores del mar», *Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 52, 2004, pp. 165 y ss.

cia tradicional de nacionalidad para estos cargos de manera que se evite el conflicto con el Derecho comunitario, «entendiendo que aquella reserva, pese a su tenor literal, no es plena y permite determinadas excepciones. Una de las cuales sería la que configura el artículo 8, apartado 3, del Real Decreto».

Este fallo jurisprudencial, de acuerdo con la interpretación de las instituciones comunitarias, consolida así una primera reducción de la reserva a nacionales españoles de determinados puestos o, correlativamente si se quiere, una ampliación de aquellos puestos que, pese a integrarse en sectores tradicionalmente herméticos para los no nacionales de los Estados miembros pueden ser, siquiera parcialmente, abiertos ellos. Como se ve, dicha «apertura» no es absoluta, sino que se limita a «reconocer que en determinados supuestos de navegación caracterizados por la escasa entidad del buque y su menor alejamiento de la costa (y, por consiguiente, del ámbito territorial de ejercicio efectivo de las funciones asignadas a las autoridades públicas ordinarias) las prerrogativas del capitán quedan, en cierto modo, relativizadas y no son frecuentes las ocasiones de ejercer las funciones públicas que, por delegación, le están comúnmente asignadas».

En este sentido interpreta el Tribunal Supremo el apartado 3 del artículo 8 del Real Decreto impugnado. A su juicio, el Estado limita la reserva del puesto de capitán a favor de nacionales españoles y permite su desempeño por ciudadanos comunitarios, pero amplía las posibilidades de que nacionales comunitarios desempeñen puestos de trabajo en España en paridad con los españoles en casos en los que difícilmente se ejercitarán con habitualidad las prerrogativas de poder público atribuidas a los capitanes y a los primeros oficiales, prerrogativas que, por lo demás, representan en estos casos una parte muy reducida de sus actividades³².

2.2. Puestos en el ámbito de la protección civil y atención de emergencias

El otro ámbito en el que se ha detectado una tendencia similar a la comentada anteriormente en relación con determinados puestos en la Marina Mercante es el de la protección civil y la atención de emergencias, (y, más concretamente, con determinados puestos de bomberos), ámbitos que constituyen objeto de competencias autonómicas. Así, la legislación de Islas Baleares³³, la de Andalucía³⁴ y también la de Navarra³⁵, por citar las de más

³² De manera congruente con la opción interpretativa escogida por el Tribunal Supremo en este fallo, aconseja expresamente al legislador a modificar el tenor literal del artículo 77 de la Ley 27/1992 para atemperar su contenido al Derecho comunitario. Y, por otro lado, anula el último inciso del apartado 3 del artículo 8 por la inequívoca imposibilidad de someter a reciprocidad la apertura de dichos puestos a nacionales comunitarios.

³³ Ley de las Islas Baleares 3/2006, de 30 de marzo, de Gestión de Emergencias de Illes Balears (BOIB, núm. 50, de 6 de abril de 2006).

³⁴ Decreto de la Junta de Andalucía 160/2006, de 29 de agosto, por el que se regulan los procedimientos selectivos extraordinarios de acceso a la condición de personal funcionario de carrera de los Servicios de prevención y extinción de Incendios y Salvamento (BOJA, núm. 179, de 14 de septiembre).

reciente fecha de publicación, han establecido la reserva de los puestos integrados en esos ámbitos a favor de nacionales españoles, sobre la consideración de sus titulares de *agentes de la autoridad*, con la consiguiente exclusión de los nacionales comunitarios en el acceso a dichos puestos³⁵.

Como ocurría en el caso analizado en la Sentencia del Tribunal Supremo esta calificación genérica de los servidores que accedan a dichos puestos como agentes de autoridad y la consiguiente exigencia de nacionalidad española puede, sin embargo, resultar excesiva teniendo en cuenta la Jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como la del Tribunal Supremo, que propugnan una interpretación restrictiva de dicha reserva, para lo cual es preciso atender a las funciones públicas que en cada caso se van a ejercer —o no— para comprobar si la exclusión de los nacionales comunitarios queda, en consecuencia, justificada válidamente conforme al Derecho comunitario.

A nuestro juicio, el ámbito de la protección civil, vinculado estrechamente al ejercicio de funciones públicas, es susceptible de experimentar una reducción en el mismo sentido antes señalado para los capitanes de buque, es decir, permitiendo el acceso a determinados puestos a ciudadanos comunitarios, so pena de incurrir en un injustificado trato discriminatorio. Y es que si parece lógico que las tareas de responsabilidad o dirección se exija la nacionalidad española, no parece tan clara la justificación de dicha exigencia cuando se trata de un bombero, al que conforme, por ejemplo, a la Ley Foral de Navarra de 1985 «le corresponden funciones de intervención operativa y ejecución bajo la dirección de los mandos superiores» (art. 53).

Así parece haberlo entendido el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en su sentencia de 31 de enero de 2006³⁶, que tiene por objeto la impugnación de las bases que han de regir las convocatorias para la provisión de 35 plazas de bomberos, entre otras. En concreto, el Comité Ejecutivo del Consorcio de prevención y extinción de incendios de la Isla de Tenerife, que actúa como recurrente, objeta que en dichas plazas se permite el acceso a otros nacionales miembros pertenecientes a la Unión Europea, con lo que se conculca el artículo 1.3 de la Ley 17/1993 de acceso de nacionales comunitarios a determinados sectores de la función pública.

El TSJ sin embargo, no comparte dicha afirmación, pues «el desempeño de la labor de bomberos puede conllevar una actividad de responsabilidad o de potestad pero siempre de tipo auxiliar y vinculada estrechamente a la labor de salvamento de un evento concreto, pero que nunca va a interferir en la salvaguarda de los intereses de la Administración pública española»³⁸, por lo

³⁵ Decreto Foral de Navarra 82/2006, de 20 de noviembre (BON, núm. 145, de 4 de diciembre), de desarrollo de la Ley Foral 8/1985, de 1 de julio, de Protección Civil y Atención de Emergencias de Navarra (BON, núm. 81, de 8 de julio de 2005).

³⁶ El artículo 43.2 de la Ley 3/2006 de Islas Baleares, artículo 4.1.a) del Decreto andaluz 160/2006, antes citado, y artículo 50 de la Ley Foral 8/1985.

³⁷ Sentencia del TSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, núm. 66/2006, de 31 de enero de 2006.

³⁸ Fundamento Jurídico Tercero de la STSJ de Canarias de 31 de enero de 2006.

que es perfectamente legal que dichos puestos puedan ser ocupados por nacionales comunitarios en idénticas condiciones que las exigidas por los nacionales.

Nos parece que este pronunciamiento va encaminado en la misma línea de entendimiento correcto del Derecho comunitario en relación con la aplicación del principio de libre circulación de trabajadores a la función pública (estatal o autonómica), lo que quizás debiera llevar a una reconsideración de los requisitos sobre nacionalidad establecidos en la legislación autonómica citada (y en las que contienen prescripciones en el mismo sentido).

III. EL RECONOCIMIENTO DE DIPLOMAS Y EL RECONOCIMIENTO DE LA EXPERIENCIA PROFESIONAL Y DE LA ANTIGÜEDAD ADQUIRIDAS EN OTROS ESTADOS MIEMBROS PARA ACCEDER A LA FUNCIÓN PÚBLICA

Dos cuestiones que derivan directamente de la aplicación del principio de libre circulación de trabajadores al ámbito de la función pública se refieren a la necesidad de reconocer los títulos obtenidos en otros Estados miembros, así como la experiencia profesional adquirida en el desempeño de puestos en la Administración Pública de dichos Estados.

3.1. Reconocimiento y homologación de títulos obtenidos en otros Estados miembros

Para que la libre circulación de trabajadores sea realmente efectiva es imprescindible que no quede en manos exclusivamente de los distintos Estados miembros la voluntad de reconocer y valorar los títulos profesionales obtenidos por los ciudadanos comunitarios en otros países, sino que debe facilitarse, en la medida de lo posible, el reconocimiento de los estudios y formación adquiridos en otros Estados miembros con el fin de ejercer una profesión en otro, también en el seno de una Administración Pública. En cualquier caso, éste puede ser uno de los requisitos que, junto con el de la nacionalidad, se exijan para acceder a un determinado puesto o para concurrir en algún proceso. De ahí que la Comisión y el Tribunal de Justicia hayan tenido que resolver numerosos conflictos acerca de esta cuestión, dada la heterogeneidad de los títulos a nivel europeo en cuanto a denominación, duración, contenidos y modalidades de evaluación de los mismos. Y, a la vista de la posición de éstos, también nuestros tribunales internos.

3.1.1. *El Caso Burbaud*

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2003³⁹, conocida como *Caso Burbaud*, sentó un importante criterio acerca de los efectos del reconocimiento de títulos obtenidos en otros Estados miembros en relación con el concepto de profesión regulada, fallo conforme al cual también la Jurisprudencia nacional habrá de interpretar la normativa comunitaria y nacional en esta materia.

Se trataba, en síntesis, de resolver dos cuestiones prejudiciales planteadas por la *Cour d'appel de Douai* en relación con el recurso presentado y desestimado previamente por el Ministro de Sanidad francés para que aquélla se incorporase al cuerpo de directores de hospital de la función pública francesa, fundamentalmente porque la incorporación a dicho cuerpo exigía haber superado previamente las pruebas de acceso a la *École Nationale de la Santé Publique*, mientras que la recurrente, de nacionalidad originariamente portuguesa, licenciada en Derecho por la Universidad de Lisboa, obtuvo el título de técnico en la *Escola Nacional de Saúde Pública* de Lisboa, ejerciendo las funciones de técnico en hospitales en la Administración pública portuguesa durante varios años. Posteriormente se doctoró en Francia y obtuvo nacionalidad francesa.

Pues bien, las cuestiones que la corte francesa plantea son las dos siguientes.

- a) Si un ciclo de formación impartido en una escuela de formación de funcionarios como la ENSP, que culmina con el nombramiento definitivo del funcionario, puede equipararse a un título en el sentido de lo dispuesto en la Directiva 98/48/CE del Consejo⁴⁰. En caso afirmativo, ¿cómo debe apreciarse si el título de la ENSP de Lisboa y el de la francesa son equiparables?
- b) En caso de respuesta afirmativa, ¿puede la autoridad competente supeditar el ingreso en la función pública de funcionarios de otro Estado miembro que acrediten estar en posesión de un título equivalente a determinados requisitos, en particular, a que superen las pruebas de acceso a la *École* si dichos funcionarios ya han superado un procedimiento similar en su país de origen?

Respecto de la primera cuestión, el Tribunal de Justicia comienza por afirmar que el empleo de director de un hospital, solicitado por la Sra. *Burbaud*, no implica participación directa ni indirecta en el ejercicio de poder público ni en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas⁴¹, criterio, como diji-

³⁹ Asunto C-285/01, *I. Burbaud vs. Ministère de l'Emploi et de la Solidarité de Francia*.

⁴⁰ Directiva 89/48/CE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (*DO L*, núm. 19, 1989, p. 16).

⁴¹ No sólo se incluyen los empleos en las administraciones públicas de base territorial sino también

mos, que justificaba la no aplicación de la excepción del artículo 39.4 del Tratado, es decir, que le era aplicable la libre circulación de trabajadores. A juicio del Tribunal de Justicia, corresponde al Tribunal nacional comprobar si un diploma obtenido en otro Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro que aspira a ejercer una profesión regulada en el Estado de acogida, como es el caso, puede calificarse de título, en el sentido de la Directiva citada, y, en su caso, examinar en qué medida las formaciones sancionadas por dichos títulos son equiparables por lo que se refiere tanto a su duración como a las materias que abordan. Si se aprecian equiparables, entonces el Estado de acogida no podría supeditar el acceso de la Sra. *Burbaud* a la profesión de director de un hospital público al requisito de que curse la formación impartida en la ENSP y se someta al examen final de dicha formación⁴².

En consecuencia, y en respuesta ya a la segunda cuestión, el reconocimiento de la equiparación del título de la Sra. *Burbaud* implica que debe ser dispensada de la formación en la ENSP y del examen final de la formación, aunque no puede justificar que se le exima de la realización de las pruebas de acceso a dicha escuela, en tanto las mismas desempeñan un papel esencial en el procedimiento de selección y de incorporación a los hospitales públicos. Se trata de un obstáculo a la libre circulación de trabajadores que ha de aparecer justificado y que no puede ir más allá de lo necesario para conseguir el objetivo que se persigue (selección de los mejores candidatos). Lo cual, a juicio del TJ, no ocurre, pues los candidatos como la recurrente ya han adquirido dicha capacitación en otro Estado miembro, por lo que dicha exigencia no es una medida adecuada para lograr el objetivo que se persigue⁴³.

Por tanto, «cuando un nacional de un Estado miembro está en posesión de un título, obtenido en un Estado miembro, equiparable al exigido en otro Estado miembro para acceder a un empleo en un hospital público, el Derecho comunitario se opone a que las autoridades del último Estado miembro supediten la incorporación de dicho nacional al citado empleo a la superación de un procedimiento de selección como las pruebas de acceso a la ENSP»⁴⁴.

3.1.2. *Jurisprudencia nacional sobre homologación y reconocimiento de títulos*

El reconocimiento de la equivalencia de títulos reconocido en la Directiva 89/48/CE fue incorporado a nuestro Derecho interno en virtud del Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre⁴⁵, a propósito de cuya aplicación

en los organismos públicos de ellas dependientes, y tampoco se tiene en cuenta a estos efectos si el empleo tiene naturaleza funcional o se trata de una vinculación de carácter laboral.

⁴² Considerando 19 a 58 de la Sentencia *Burbaud*.

⁴³ Habría de buscarse, pues, otro cauce para que los candidatos procedentes de otros Estados miembros acrediten su capacitación (concurso de méritos, oposición, pero no uno tan restrictivo como el consistente en dichas pruebas de acceso).

⁴⁴ Considerando 112 de la Sentencia *Burbaud*.

⁴⁵ BOE, núm. 280, de 22 de noviembre de 1991, sobre reconocimiento de títulos de enseñanza superior de nacionales de Estados miembros que exijan una formación superior mínima de tres años.

se han dictado numerosos fallos jurisprudenciales. Del análisis de los mismos cabe hacer las siguientes consideraciones relativas a la necesaria precisión conceptual y a la apreciación de la equivalencia entre titulaciones diversas, respectivamente.

En primer lugar, resulta imprescindible establecer la distinción conceptual entre homologación, convalidación y reconocimiento de los títulos.

La *homologación* otorga al título extranjero los mismos efectos del título o grado académico español con el cual se homologa, en todo el territorio nacional, de acuerdo con la normativa vigente, y corresponde al Ministro de Educación. La habilitación para el ejercicio de la actividad profesional otorgada al amparo del Real Decreto 1665/1991 no supone una homologación académica del título⁴⁶.

El Tribunal Supremo ha reiterado que «al homologar un título extranjero el Estado, en principio, ha de contrastar sus características y compararlo con el oficial nacional en cuanto a contenido cuantitativo y cualitativo para decidir, finalmente, si lo equipara al título existente en España. Se trata, pues, de decidir si la formación acreditada a través de la posesión del título extranjero guarda equivalencia con la que proporciona el título español correspondiente. En cambio, en el reconocimiento profesional de los títulos, a diferencia de la homologación académica, no se comparan ya programas de formación, sino actividades profesionales. Se trata ahora de reconocer un título extranjero a efectos de ejercer, en el país de acogida, una actividad profesional concreta. Por ello, lo determinante es la comprobación de la identidad entre la actividad profesional que el interesado está facultado a ejercer en el país que ha expedido el título y aquella que desea ejercer en el Estado de acogida. Puede entonces la Administración, sobre la base del análisis del contenido de la formación adquirida en otro país —al margen, por tanto, de la homologación académica del título en sí mismo— resolver, sin más, que el interesado está ya cualificado para ejercer en España una determinada profesión o puede, en otros casos, imponer condiciones adicionales a modo de mecanismos correctores o de compensación (como, por ejemplo, pruebas de aptitud) para apreciar aquella cualificación profesional».

«Esta distinción opera también para marcar un régimen diferente entre la homologación y el reconocimiento en el ámbito del Derecho Comunitario Europeo. Cuando se trata de títulos académicos obtenidos en un país de la Unión Europea las atribuciones estatales en orden a su homologación en el país de acogida se rigen por el derecho interno de este último. Los ciudadanos comunitarios también están sujetos a dicho procedimiento, de suerte tal que no tienen, en virtud del Derecho comunitario, un derecho objetivo a

Su Exposición de Motivos da cuenta de los objetivos que se persiguen con esta disposición general, que no son sino «suprimir los obstáculos que existían para la libre circulación en el ámbito comunitario de los ciudadanos de los países que estén en posesión de títulos y favorecer su movilidad, de acuerdo con lo previsto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea».

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2006 (RJ 2142/2006), Fundamento Jurídico Segundo.

obtener la homologación de su título. En cambio, el reconocimiento profesional de los títulos expedidos en la Unión Europea tiene un régimen diferente, derivado del derecho que las disposiciones del Tratado CE relativas a la libertad de establecimiento, a la libre prestación de servicios y a la libre circulación de trabajadores confieren a los ciudadanos comunitarios para ejercer su profesión en otro Estado... La actuación administrativa a este respecto va encaminada a verificar no ya que la titulación obtenida en otro Estado miembro corresponda con los títulos que en España permiten el acceso a las profesiones reguladas, sino a examinar cada solicitud individualmente, según las condiciones establecidas en la Directiva —89/48/CE— y en función de la actividad profesional concreta que el interesado desee ejercer»⁴⁷.

Por último, la *convalidación* tiene los efectos que correspondan a la superación de los estudios parciales por los que se conceda en el sistema educativo español y corresponde a la Universidad española en la que el interesado desee proseguir los estudios. En este sentido, es importante tener en cuenta que la estructura de las enseñanzas universitarias han cambiado sustancialmente y viene determinada por el Real Decreto 55/2005 y comprenden las de Grado y Postgrado (éstas últimas comprenden: segundo ciclo —máster— y tercer ciclo —doctorado—)⁴⁸.

Incluso se ha llegado a sostener que el hecho de que mecanismo de obtención de una determinada especialización por la vía de la convalidación fuese solamente aplicable a las titulaciones de extranjeros albergaba en realidad un trato discriminatorio en perjuicio de los españoles. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que no hay tal discriminación por tratarse de soluciones distintas para situaciones también distintas. Así, «a quienes hayan cursado su formación en España —sean o no de nacionalidad española— se les posibilita el acceso directo a la especialización, mientras que si la formación fuera cursada en el extranjero no operarían las vías de acceso directo a la especialización, sino la convalidación. Estos últimos están sujetos, de un lado, a la normativa del país en el que cursaron sus estudios y, de otro, a la convalidación y demás requerimientos establecidos por la normativa del país de destino, exigencias que obviamente no rigen para quienes han cursado su formación en nuestro país»⁴⁹.

En segundo lugar, «en aquellos supuestos en los que el título expedido por la autoridad competente del país de origen comprenda *materias sustancial-*

⁴⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2000 y 14 de diciembre de 2000, citadas por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2006, Fundamento Jurídico Segundo (198114/2006) y reiteradas en abundante Jurisprudencia: Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2006 (2142/2006), Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2006 (2436/2006), Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2006 (256909/2006).

⁴⁸ El problema es que la homologación al grado académico correspondiente a los nuevos estudios de Grado y Máster no entrará en vigor hasta la fecha en que se haya completado el proceso de renovación del catálogo de títulos universitarios oficiales, proceso que deberá completarse antes del 1 de octubre de 2007, por lo que hasta esa fecha la referencia la constituyen los grados académicos de Diplomado y Licenciado. Así lo ha a firmado la Audiencia Nacional en Sentencia de 8 de noviembre de 2006 (277518/2006).

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2006, Fundamento Jurídico Tercero (2161/2006).

mente diferentes de las cubiertas por el título español o cuando la correspondiente profesión abarque en España una o varias actividades que no existan en esa misma profesión en el país de origen y esa diferencia se caracterice por una formación específica exigida en las disposiciones españolas aplicables y se refiera a materias sustancialmente diferentes, en tal caso, para el reconocimiento de dichos títulos se puede exigir el sometimiento a una prueba de aptitud o la realización de un período de prácticas». Y es que no se trata tanto de comparar la duración en años de cada título o de ver el número de asignaturas que comprenden respectivamente, como de comprobar si coinciden sustancialmente las materias sobre las que han recibido formación y las actividades que con el título correspondiente podrían realizarse en cada uno de los países⁵⁰.

Tampoco la diferencia en cuanto a las modalidades de evaluación debe llevar a no considerar el carácter equiparable de los estudios cursados en Estados distintos⁵¹.

Sin embargo, en relación con este tipo de titulaciones, en 2006, se produjo un cambio importante de criterio⁵². Varias Sentencias del Tribunal Supremo, todas ellas de 3 de octubre de 2006⁵³ introducen un cambio de criterio jurisprudencial a partir de la resolución al planteamiento de una cuestión prejudicial interpuesta por el Tribunal Supremo⁵⁴ y resuelta por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia de 19 de enero de 2006 (C-330/03).

La sentencia que es objeto del recurso de casación fue dictada por la Audiencia Nacional el 1 de abril de 1998, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio de Ingenieros de

⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de marzo de 2004 (2004/190668) sobre equivalencia, en su caso, del título de *Gradué Geometre-expert immobilier*, expedido por el *Institut Reine Astrid* de Bélgica con el de Ingeniero Técnico en Topografía, aquél de cuatro años de duración y habiendo realizado el recurrente prácticas en topografía. El problema adquiere caracteres singulares en relación con los traductores e intérpretes, al no existir una regulación unitaria del ejercicio profesional titulado de las funciones atribuidas a éstos, ni existir reciprocidad en las titulaciones y profesiones en otros Estados miembros. *Vid.* al respecto y en extenso, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004 (3948/2004).

⁵¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 2 de octubre de 2006 (257248/2006): ocurre que, por más que las bases de una convocatoria intenten abarcar todas las formas posibles de acreditar la nota media, dada la amplitud de posibilidades de estudios que se ofrecen a los ciudadanos de la Unión Europea es muy fácil que el sistema de valoración de alguna Universidad no se acomode a las denominaciones empleadas por la Orden para calificar el expediente académico. Sin embargo, «la no equivalencia perfecta entre un título obtenido en una Universidad Europea —en este caso la de *Aberdeen*— y el contenido de una concreta convocatoria no puede llevar a excluir sin más la valoración de aquél como mérito», sino que, como hace el propio tribunal, se intenta establecer dicha equivalencia y deja fijado el dato para su valoración como mérito en la convocatoria pública (Fundamento Jurídico Tercero).

⁵² Anteriormente se han dictado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2005 (8151/2005) sobre impugnación de los artículos 4 y 5 del Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, en relación con el Real Decreto 1425/1991, de 30 de agosto, por el que se establece el Título Universitario de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.

⁵³ Referencias 7586, 7589 y 7596, respectivamente.

⁵⁴ Auto de 21 de julio de 2003.

Caminos, Canales y Puertos contra la resolución administrativa que reconoció a un nacional español para el ejercicio en España de la profesión de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos el título de «*Laurea in Ingegneria Civile*» obtenido en Italia. El Tribunal Supremo declara que el recurso de casación debe ser estimado.

A su juicio, la Audiencia Nacional no procede a analizar, como debiera, las disposiciones reglamentarias aplicables para comprobar el alcance de las diferencias entre ambas titulaciones. De dicho análisis se concluye que, por un lado, hay diferencias sustanciales entre las materias cubiertas por el título italiano y las exigidas de modo necesario en España para acceder al título de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos y, de otro lado, que las atribuciones de estos ingenieros en España abarcan sectores para los que el título de ingeniería Hidráulica en Italia no proporciona la previa «formación específica» que las normas españolas imponen de modo obligatorio al efecto. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia ha admitido que «el contenido de la formación que corresponde, respectivamente, a la profesión de ingeniero civil hidráulico en Italia y la profesión de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos en España adolece de diferencias hasta tal punto fundamentales que la aplicación de una medida compensatoria o de adaptación equivaldría, en la práctica, a obligar al interesado a adquirir una nueva formación profesional»⁵⁵.

Es decir, que las medidas compensatorias sólo procederán cuando, ante diferencias apreciadas, no haya otra alternativa que la denegación del reconocimiento integral solicitado.

Pues bien, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo que ahora citamos, «es en este punto, una vez estimado el recurso de casación, donde se produce la inflexión resultante de la sentencia del Tribunal de Justicia. Pues si se interpreta la norma nacional de transposición (el art. 5 del Real Decreto 1665/1991) a la luz de la norma comunitaria transpuesta (la Directiva 89/48/CE) según la interpretación que de esta última ha hecho aquél Tribunal, será preciso concluir que la *Administración española debió acceder sólo de modo parcial al reconocimiento* solicitado por el ingeniero con título italiano. El TJCE reconoce que las medidas compensatorias han de ser proporcionadas a la finalidad perseguida, por un lado, y que pueden tener un efecto disuasorio contrario a la finalidad de la Directiva, por otro. Si, además, la actividad que se pretende ejercer en el Estado de acogida es objetivamente disociable del conjunto de las actividades que abarca la correspondiente profesión en dicho Estado, dicho factor puede ser uno de los criterios decisivos para obtener el reconocimiento parcial sin sujeción a las medidas compensatorias».

Como consecuencia directa de todo ello (dejando al margen la previsible necesaria reforma de la normativa española que en buena lógica habrá que realizar, según el Tribunal Supremo, para su adaptación a la nueva interpretación de la Directiva 89/48/CE), el Tribunal Supremo, en el caso concreto que

⁵⁵ Apartado 36 de la Sentencia del TJCE de 19 de febrero de 2006.

le ocupa, no ve inconveniente en considerar «objetivamente disociable» la actividad de ingeniero tan sólo en el sector correspondiente (hidráulico) del resto de las que integran la profesión, más general, de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos regulada en España. Ello permitirá acceder al reconocimiento parcial sin someter al solicitante a las exigencias adicionales previstas en la letra *b*) del artículo 4, apartado uno, de la Directiva 89/48/CE, esto es, a las requeridas por el artículo 5.*b*) del Real Decreto 1665/1991, exigencias que no dudamos en calificar, en este caso, de desproporcionadamente restrictivas u obstaculizadoras de las libertades de circulación de las personas y de establecimiento cuando, como aquí ocurre, el reconocimiento parcial se revela más adecuado para garantizar éstas»⁵⁶.

Este importantísimo fallo jurisprudencial basado en la STJCE de 19 de febrero de 2006 ha sido íntegramente acogido en dos fallos de igual fecha y del mismo órgano, que concluyeron: uno, con el reconocimiento del derecho del nacional italiano que había obtenido el título de «*Laurea in Ingegneria Civile Sezione Trasporti*» expedido por la Universidad de los Estudios de Génova (Italia) a ejercer la profesión de ingeniero tan solo en el sector transportes de la profesión de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, sin someterle a las exigencias adicionales previstas en la letra *b*) del artículo 5 del Real Decreto 1665/1991⁵⁷; y otro, con el mismo reconocimiento parcial del título de «*Laurea in Ingegneria Civile, Sez. Edile*» expedido por la Universidad de los Estudios de Bari (Italia) a una española tan solo en el sector correspondiente («*Edile*», «construcción»), sin someterla a las anteriormente referidas exigencias adicionales⁵⁸.

3.2. Reconocimiento en los procesos selectivos de la experiencia profesional y de la antigüedad adquirida en la Administración pública de otros Estados miembros. Especial referencia al ámbito sanitario

Tal como dispone la normativa general⁵⁹, los requisitos que deben cumplir los candidatos o aspirantes a los distintos puestos son los que establezcan las bases de la convocatoria, en cada caso. En el momento de presentar la solicitud de participación en los procesos selectivos deberá acreditarse la nacionalidad de acuerdo con lo que establezca al respecto el órgano competente⁶⁰.

Ocurre que, en algunos de esos procesos, es importante acreditar una experiencia profesional previa en el seno de la Administración para poder acceder a determinados puestos o para obtener una mayor puntuación en

⁵⁶ Fundamento Jurídico Séptimo de la STS de 3 de octubre de 2006 (7586).

⁵⁷ STS de 3 de octubre de 2006 (RJ 7596/2006).

⁵⁸ STS de 3 de octubre de 2006 (RJ 7589/2006).

⁵⁹ Ley 17/1993, reformada en 1999.

⁶⁰ Artículo 2.1 de la Ley 17/1993. A nivel estatal, el Ministro para las Administraciones Públicas (art. 8 del Real Decreto 543/2001).

algún proceso competitivo. En este sentido, sería contrario al principio de libre circulación de trabajadores dejar de reconocer la experiencia adquirida por un ciudadano de algún Estado miembro en otra Administración pública distinta de la española. O dicho de otro modo, y como ha sido más frecuente en la práctica, no puede dejar de valorarse dicha experiencia profesional cuando se ha adquirido en la Administración pública de otro Estado miembro.

Han sido frecuentes estos casos en el ámbito sanitario⁶¹. Así, cuando en alguna convocatoria se exige haber prestado servicios en el servicio público de salud, no puede entenderse que se refiera necesariamente al español, pues dicha interpretación «sería contraria al principio de libre circulación de trabajadores consagrado en el artículo 48 del Tratado de la Unión Europea, ya que dicho principio prohíbe no sólo las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca al mismo resultado»⁶². Tal interpretación y la subsiguiente actuación encubriría un trato discriminatorio de un ciudadano comunitario (también español) por el mero hecho de realizar parte de su formación profesional en una institución sanitaria no española⁶³ aunque sí perteneciente a otro Estado miembro, pues si se tratara de un título obtenido en un tercer Estado y homologado en España, aquél, por más que pudiera permitir el ejercicio de la profesión en España (en el caso de autos, la de médico), no podría tener la consideración de título obtenido en un Estado miembro⁶⁴.

La posterior jurisprudencia reitera esta posición, sobre la base, además, de algunas Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: «la

⁶¹ C. Cuesta Sanz, «Libre circulación de profesionales médicos en la UE/EEE», *Noticias de la Unión Europea*, pp. 17 y ss.

⁶² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, núm. 812/2003 (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.^a), de 1 de diciembre de 2003. En este caso, los servicios prestados por un ciudadano español en el Instituto Portugués de Oncología perteneciente al Servicio de Salud de Portugal debieron ser baremados como servicios prestados en el servicio público de salud, como si lo hubieran sido en el español. En idéntico sentido, STSJ de Andalucía-Granada, de 1 de diciembre de 2003, que estimó contraria al principio de no discriminación de los trabajadores comunitarios el otorgar una valoración distinta (e inferior) a los servicios prestados en otro país de la Unión Europea, al incluirlos en el apartado de servicios prestados «en otras Administraciones públicas».

⁶³ En este caso, alemana. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Málaga, de 21 de diciembre de 2000 (2001/482).

⁶⁴ Así, Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2004. En dicho caso, un ciudadano cubano obtuvo del Ministerio español la homologación de su título en medicina por la Universidad Central Las Villas (Cuba), pese a lo cual dicho título no podía considerarse expedido por un Estado miembro y no tenía por qué ser así reconocido por los demás Estados miembros, conforme a la Directiva 93/16/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos (DO, núm. 165, de 7 de julio de 1993), traducido internamente en Real Decreto 931/1995, de 9 de junio, y Real Decreto 1735/1998, de 11 de julio, sobre acceso excepcional al título de Médico especialista en medicina familiar y comunitaria y sobre el ejercicio de la medicina de familia en el Sistema Nacional de Salud). Con similar contenido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de julio de 2006 (202457/2006), sobre el no necesario reconocimiento de la homologación en Uruguay de un título español en Medicina. Dicha homologación no supone necesariamente efectos en países comunitarios respecto a la validez del título, de acuerdo con las Directivas del Consejo Europeo.

aplicación de un sistema de puntuación de méritos claramente contrario a las normas constitutivas de la Unión Europea como forma de discriminación indirecta que sin justificación prima la experiencia profesional española a pesar de la similitud de sistemas y ordenamientos entre los países que conforman la Unión y que se opone como barrera al principio de libre circulación en el Espacio Común Europeo»⁶⁵.

Siguiendo en el ámbito sanitario, también se ha considerado que constituye una conducta discriminatoria el otorgamiento de una puntuación notoriamente mayor al título MIR frente a la experiencia y otros méritos (como pudiera ser, el que puede haberse adquirido en otros Estados miembros), sin que haya una razón legal para consagrar tal diferencia respecto de los titulados españoles o de otros países comunitarios que acceden al título de Médico especialista en Medicina Familiar y Comunitaria por otra vía (que puede ser incluso más exigente) ⁶⁶.

Para concluir, es preciso dejar constancia de una previsión legal acerca del reconocimiento de la experiencia profesional en las Administraciones Públicas de otros Estados miembros en virtud de la introducción de la previsión legal correspondiente en la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública (Disposición Adicional Vigésima Sexta), que regula los efectos del reconocimiento de servicios prestados en las Administraciones Públicas de cualesquiera Estados miembros de la Unión Europea⁶⁷. Pero también de la condena al reino de España por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 39 del Tratado y 7 del Reglamento número 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad⁶⁸, al comprobar que,

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 14 de junio de 2006 (773/2006), en la que se citan la STJCE de 12 de mayo de 2005 (asunto C-278/2003, Comisión/Italia) y STJCE de 23 de febrero de 1994, Caso *Scholz*, cuestión prejudicial, C-419/1992.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2005/350). En idéntico sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 27 de febrero de 2006 (277/2006).

⁶⁷ Dicha modificación se llevó a cabo por la *Disposición Adicional Quincuagésima de la Ley de Presupuestos para 2005*, que dispone: «Uno. Con efectos de 1 de enero de 2005 y vigencia indefinida se añade una disposición adicional, la vigésima sexta, a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, con la siguiente redacción: 1. Se computará a efectos de trienios, el período de prestación de servicios en las Administraciones públicas de los Estados miembros de la Unión Europea, previos al ingreso o reingreso en los correspondientes cuerpos y escalas, clases o categorías de cualesquiera Administraciones Públicas, excepto aquellos servicios que tuvieran el carácter de prestaciones obligatorias.

El cómputo establecido en el párrafo anterior será asimismo de aplicación a los servicios prestados en la Administración Pública de aquellos Estados en los que, en virtud de Tratados internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores en los términos en que ésta se halla definida en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. 2. Los servicios que se reconozcan al amparo de lo dispuesto en el apartado anterior no serán computables a efectos de derechos pasivos, que se regirán por las previsiones contenidas en los reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social. 3. La presente disposición tendrá la consideración de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos en los términos del artículo 149.1.18^a de la Constitución». En virtud de esta última previsión, el contenido del precepto resultará igualmente vinculante para las Administraciones autonómicas en relación con sus desarrollos normativos sobre función pública.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 23 de febrero de 2006, asunto C-205/04.

tras reiterados requerimientos, el Gobierno español no había promovido una modificación legislativa para permitir que se tengan efectivamente en cuenta, en la función pública española, los períodos de servicio cubiertos anteriormente por los ciudadanos comunitarios en la función pública de otros Estados miembros, cuestión que queda, pues, sin recogerse en el Derecho español.

IV. LA REGULACIÓN DEL ACCESO DE CIUDADANOS COMUNITARIOS A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Hacer un diagnóstico sobre el actual estado de la cuestión resulta ciertamente complejo, dada la disparidad normativa existente y los constantes cambios a que está sujeta, tanto a nivel comunitario como estatal. En este sentido, la promulgación del Estatuto Básico del Empleado Público⁶⁹ constituiría una buena ocasión para intentar poner orden en tan complicado y disperso escenario haciéndolo, además, de manera conforme a las exigencias derivadas del Derecho comunitario (en todas sus manifestaciones: Tratado Constitutivo, Comisión y Tribunal de Justicia, fundamentalmente).

La regulación contenida en el mismo acerca de estas cuestiones clarifica el principio general de extensión al ámbito de la función pública la libre circulación de trabajadores⁷⁰, mantiene el alcance subjetivo de esta norma y añade alguna previsión singular más, en la línea de avance hacia la extensión del principio pero sin introducir cambios radicales⁷¹.

Así, el artículo 56.1 del EBEP dispone con carácter general que entre los requisitos para poder participar en los procesos selectivos será necesario «tener la nacionalidad española, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente», que lleva por rúbrica «Acceso al empleo público de nacionales de otros Estados», no sólo de los demás Estados miembros de la Unión Europea.

El precepto ahora comentado parte de una distinción básica en atención al modo laboral o funcionarial de vinculación con la Administración correspondiente. Así, parte del reconocimiento del principio general, con los límites comentados, conforme al cual «los nacionales de los Estados miembros de

⁶⁹ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE, núm. 89, de 13 de abril).

⁷⁰ La Comisión de Expertos que elaboró el Libro Blanco del Estatuto básico del Empleado Público, documento que precedió a la elaboración del texto definitivamente presentado como proyecto de ley, indicaba la conveniencia de contemplar la posibilidad de admitir por ley a ciudadanos comunitarios para funciones que hasta ese momento les estaban vedadas (pues el acceso a los puestos reservados a contratados laborales es una posibilidad ya contemplada en la legislación española). Pone como ejemplo de la incongruencia que puede producirse el hecho de que, conforme al artículo 13.2 de la Constitución los ciudadanos comunitarios pueden llegar a ser Alcaldes de un Municipio y, sin embargo, no podrían acceder a un puesto de policía municipal.

⁷¹ Pese a que la intención declarada en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007 es introducir «mayores posibilidades de apertura de nuestro empleo público a ciudadanos que carezcan de la nacionalidad española, en aplicación del Derecho comunitario o por razones de interés general».

la Unión Europea podrán acceder, *como personal funcionario*, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas», correspondiendo al órgano competente en cada Administración pública respectiva la determinación de las agrupaciones de funcionarios⁷² a las que no puedan acceder ciudadanos de otros Estados miembros o, lo que es lo mismo, que queden reservadas a nacionales españoles.

En cuanto al ámbito subjetivo permanece como hasta el momento tras la redacción incorporada en 1999 a la Ley 17/1993 (art. 57.2 EBEP), haciendo extensiva la posibilidad de incorporación al empleo público como personal funcionario a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, en los términos establecidos en el apartado 1».

La condición de personal laboral conlleva que las dificultades para vincularse de esta otra forma a las Administraciones Públicas sean menores. Así, el apartado 4 del artículo 57 dispone que «Los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España, podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles».

Por último se establece reserva de Ley de las Cortes Generales o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas «para eximirse del requisito de nacionalidad por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario». Se trata de una novedad incorporada a sugerencia de la Comisión de Expertos que elaboró el Libro Blanco. Son de destacar dos aspectos: el primero, que se refiere a ciudadanos extracomunitarios, y el segundo, que no se exige reciprocidad para la admisión de dichos ciudadanos a esos puestos (con carácter de funcionario)⁷³.

El ejemplo más claro de esta previsión se contiene hoy en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería⁷⁴, que viene a sustituir a la que hasta entonces ha estado vigente aprobada en el año 2002 para cumplir el objetivo de lograr la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas.

Creemos necesario llamar la atención sobre el requisito relativo a la nacionalidad del aspirante que contiene el artículo 3.1 de la Ley 8/2006 para

⁷² Artículo 76 del EBEP.

⁷³ Según la Comisión de Expertos, «esta novedad tiene en cuenta, por un lado, las eventuales necesidades de nuestras Administraciones Públicas de contar con este tipo de personal en ausencia de nacionales o comunitarios (...). Por otra parte, tiene en cuenta nuestra actual realidad demográfica, caracterizada por un avanzado proceso de integración de inmigrantes que cuentan con una situación suficientemente estable en nuestra sociedad». En último extremo, y habida cuenta de la fungibilidad que hoy tiene la condición de laboral y de funcionario para muchas tareas, no es explicable que ciudadanos puedan desempeñar como contratados en unas Administraciones algunas funciones y no en otras por haber quedado reservadas a funcionarios públicos.

⁷⁴ BOE, núm. 98, de 25 de abril de 2006.

acceder a militar profesional de tropa y marinería, pues se exige la nacionalidad española (lo que es coherente con las exclusiones de nacionales comunitarios respecto de sectores que supongan ejercicio de autoridad, y paradigmáticamente las Fuerzas Armadas es uno de ellos); pero también, alternativamente, para acceder a aquella condición se puede «ser nacional de los países que reglamentariamente se determinen de entre aquellos que mantienen con España especiales vínculos históricos, culturales y lingüísticos». Al no haberse promulgado el reglamento de desarrollo de la Ley de Tropa y Marinería de 2006 entendemos que continúa en vigor el Real Decreto 1224/2002, de 29 de noviembre, que regula el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería, en cuyo Anexo I se contienen los países de nacionalidad de los extranjeros: Argentina, Bolivia, Costa Rica, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guinea Ecuatorial, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Como se aprecia, en la lista no se encuentran los Estados que integran la Unión Europea, pese a que, insistimos, el legislador se refiere a «Estados con los que España mantiene especiales vínculos históricos, culturales y lingüísticos», condiciones que los ciudadanos de los Estados miembros pueden satisfacer plenamente.

En este sentido, el Proyecto de Ley de la Carrera Militar⁷⁵ incide en su Exposición de Motivos en la diferencia de funciones que desempeñan los militares de carrera y los militares de tropa y marinería. «Los de carrera, oficiales y suboficiales, mantienen una relación de servicios de carácter permanente; los de tropa y marinería, cuyo régimen está regulado en la Ley 8/2006, de 24 de abril, podrán adquirir la condición de militares de carrera cuando accedan a una relación de servicios de carácter permanente». La regulación de esta futura ley en su Disposición Adicional 5.^a otorga el carácter de agente de la autoridad a «los miembros de las Fuerzas Armadas que presten sus servicios en la Unidad Militar de Emergencias o como policía militar, naval o aérea en el ejercicio de sus funciones. También tendrán dicho carácter los miembros de las Fuerzas Armadas que, en el ejercicio de sus funciones, presten apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional».

Habrá que redefinir el alcance del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en algunos de estos puestos para resolver la (aparente) incongruencia que supone aducir el carácter de agente de la autoridad y el consustancial ejercicio de funciones de soberanía que corresponde a las Fuerzas Armadas para reservar estos puestos a españoles y, simultáneamente, permitir el acceso con condiciones de ciudadanos de algunos terceros Estados e impedir el de ciudadanos comunitarios.

⁷⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 114-1, Serie A, de 1 de diciembre de 2006.

Iusnaturalismo *versus* iuspositivismo

A mis ahijados, Jaime y Jorge, y a mis sobrinos, Tomás, Rocío y Fernando, con el deseo de un futuro mejor donde la norma sea la expresión de los justos.

*«Una cosa no es justa por el hecho de ser ley.
Debe ser ley porque es justa».*

MONTESQUIEU (1689-1755)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. IUSNATURALISMO.—III. IUSPOSITIVISMO.—IV. LA IMPORTANCIA DE CASAR EL PENSAMIENTO IUSNATURALISTA CON EL POSITIVISMO JURÍDICO PREDOMINANTE EN LA ACTUALIDAD.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La corriente filosófica que ha insistido siempre, como núcleo fundamental de sus argumentos, en la vinculación entre el derecho y la valoración moral de su contenido ha sido el iusnaturalismo. La más antigua de las concepciones del derecho.

Como indica Bobbio¹, el iusnaturalismo es una doctrina filosófica tan antigua como la disputa que tenían Sócrates y los sofistas por distinguir aquello que estaba dictado por la naturaleza (*physis*) de lo que era establecido y convenido por los hombres (*thesis*); pero a su vez es tan moderna como las teorías políticas de los siglos XVII y XVIII que explican el origen y el fundamento del poder político con base en la existencia de derechos naturales, anteriores a la conformación del Estado. Y aunque los representantes del iusnaturalismo han desarrollado diferentes interpretaciones, comparten una tesis básica: el derecho natural no sólo se distingue del derecho positivo, sino que además es superior a éste porque emana de una naturaleza divina o racional (según los diferentes autores) que determina lo justo

* Letrada de la Asamblea de Extremadura.

¹ N. Bobbio, *El carácter del iusnaturalismo*.

y lo válido en términos universales, esto es, con independencia de los dictados particulares de cada Estado.

Se entiende por Iusnaturalismo, por lo tanto, a un conjunto de doctrinas muy variadas pero que tienen como denominador común la creencia de que el derecho positivo debe ser objeto de una valoración con arreglo a un sistema de normas o principios que se denominan Derecho Natural.

Frente a esta corriente del pensamiento, la ciencia jurídica que tiene por objeto el conocimiento del conjunto de normas que constituye el derecho vigente o positivo es denominado positivismo. Para este conocimiento, precisa Ángel Latorre², el jurista ha de usar y desarrollar el sistema de conceptos y la ordenación sistemática de los datos que encuentre en la ley, pero su análisis debe limitarse al derecho tal y como está dado y debe abstenerse de valoraciones éticas o de tener en cuenta las implicaciones de las normas en la realidad social, es el derecho entendido como un sistema de normas y sólo eso es el objeto de su estudio.

Si el terreno estrictamente positivista es el de la ciencia, hay otros dominios de la realidad y del saber en los que la preocupación del pensamiento no queda estrictamente circunscrita a unos determinados datos normativos, así ocurre en la filosofía, en la moral social, en la política, en la legislación y en la aplicación del derecho, donde es indispensable una mirada más allá del ordenamiento jurídico dado, en busca de sus fundamentos, de sus quiebras y de sus posibles correcciones. La multiplicidad heterogénea de las leyes y de las normas exige preguntarse por las estructuras básicas que subyacen a tanta movilidad histórica e inquirir unos principios esenciales. Las normas responden a unos valores sobre los que ha de versar el conocimiento. Toda actitud axiológica no es iusnaturalista pero apunta hacia ella. Estas valoraciones forman parte de la tarea del jurista que se ha de plantear el aspecto ético del derecho. Es el viejo grito que desde Sófocles resuena en la conciencia occidental, oponiendo a la ley humana injusta, las Leyes naturales de la conciencia.

De Grecia hasta nuestros días se han multiplicado los intentos para encontrar el derecho natural, es decir el sistema de principios y normas superiores al derecho positivo y por tanto a la voluntad de los hombres, aquellos derechos humanos que en todo caso debían respetarse.

Ya desde la crisis de la polis ateniense, los Sofistas contraponen a las leyes creadas por los hombres, otras leyes no escritas de validez intemporal que están revestidas de sanción inmanente, donde el punto de partida es siempre la existencia de un orden universal del ser de estructura permanente e inviolable.

La multiplicidad de doctrinas, las épocas de práctico abandono de estos intentos, como ocurrió en el siglo XIX, su resurrección tras la segunda Guerra Mundial, es la historia del iusnaturalismo, movimiento espiritual del hombre occidental, pero es también, como afirma Ángel Latorre³, la historia de uno de sus mayores fracasos; pero a pesar de esto, la humanidad no renuncia

² Á. Latorre, *Introducción del derecho*, Ariel.

³ Á. Latorre, *Introducción del derecho*, Ariel.

a buscar un ideal superior de justicia que la defienda contra la arbitrariedad de las leyes humanas. Incluso se ha dicho por Hernández Gil⁴, que la fe positiva del siglo XIX y principios del XX no era sino un derecho natural oculto por la dificultad de descartar totalmente la referencia a la justicia como uno de sus fines.

Históricamente el Derecho Natural ha cumplido funciones diversas y aún opuestas, en ocasiones ha sido conservadora de la estructura social y de la política existente, en otras, ha actuado como lema revolucionario, así ocurrió en el siglo XVIII y su última consecuencia fue la Revolución Francesa; en estos últimos casos el derecho natural sirvió para elevarse en nombre de un derecho o leyes superiores contra las leyes positivas, argumentando que la actitud revolucionaria no era opuesta al derecho si no que, por el contrario, se hacía en su nombre.

En este orden universal del ser, González Vicén⁵ distingue cuatro modelos: La *physis* en los sofistas, el *logos* universal en los estoicos, la *lex aeterna* en el pensamiento cristiano o la naturaleza en los sistemas del racionalismo moderno; en ellos se contienen por definición, los principios últimos del obrar humano en la convivencia, principios que el hombre conoce, bien directamente, como *lex incordinabus scripta* o por medio del discurso racional.

Como afirma A. Truyol⁶, la historia no nos enseña sólo que el derecho natural es una constante filosófica, sino también que la idea del mismo se ha plasmado en sistemas muy diversos formal y materialmente, y a veces opuestos entre sí en sus resultados; pero también muestra que la diversidad de las escuelas iusnaturalistas no logra ocultar una indiscutible continuidad fundamental entre algunas de ellas. Recoge Legaz y Lacambra⁷ la ya clásica tipología que hace J. Sauter (*Die philosophische Grundlagen des Naturrechts*, Viena, 1932) de los sistemas doctrinales que tratan de aprehender y explicar la idea del Derecho natural:

- a) el Derecho natural platónico-aristotélico, que incluye a Heráclito, Pitágoras, Anaxágoras, Sócrates, Platón y Aristóteles;
- b) el Derecho natural estoico, con representantes en Grecia y Roma y que renace modernamente con Spinoza;
- c) el Derecho natural trascendente, o sea, el iusnaturalismo católico-escolástico, que se inicia con S. Agustín, sigue con Alejandro de Hales, S. Buenaventura, S. Alberto Magno, S. Tomás de Aquino y Duns Scotto, y se continúa en la escolástica española y en los sistemas de Grotio y Leibniz, hasta el idealismo tardío alemán de Krause, Ahrens y Trendelenburg y el neoescolasticismo actual;

⁴ A. Hernández Gil, «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en Persona y derecho.

⁵ F. González Vicén, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979. Sobre el Positivismo Jurídico, pp. 141-170.

⁶ A. Truyol y Serra, «Fundamentos de Derecho natural», *Nueva Encyclopedie Jurídica*, Barcelona, 1949.

⁷ L. Legaz y Lacambra, «Ley, derecho y moral», *Gran Encyclopedie Rialp*, Rialp, 1991.

- d) el Derecho natural racionalista, iniciado por Pufendorf y continuado por Tomasio y Wolff (que, sin embargo, tiene entronques con la línea del iusnaturalismo trascendente);
- e) el Derecho natural individualista, representado por los sofistas, los cínicos y los cirenaicos, por Epicuro y la Academia y, modernamente, por Hobbes y Rousseau;
- f) el Derecho natural en el idealismo alemán de Kant (que continúa la línea ruso-alemana), Fichte, Schelling y Hegel (que representa, metódicamente, un retorno al Derecho natural trascendente, pero en un sentido que implica la inversión de todo iusnaturalismo y el tránsito al positivismo). Esta casi exhaustiva tipología fue incrementada aún por el prof. E. Galán Gutiérrez con la referencia
- g) al Derecho natural metafísico-historicista de Vico, la escuela histórica, Hegel y Blinder;
- h) al Derecho natural neokantiano de Stammler, Del Vecchio, Lask, Radbruch, etc.;
- i) al Derecho natural axiológico de Max Scheler y Nicolai Hartmann («El Derecho natural y su incesante retorno», *Rev. crítica de Derecho inmobiliario*, Madrid, marzo de 1945).

Antonio Truyol⁸, ampliará la tipología siguiendo a Sauter y a Galan y hablará del iusnaturalismo platónico-aristotélico, iusnaturalismo estoico, iusnaturalismo trascendente, que Peçes Barba⁹ ha llamado iusnaturalismo teológico, iusnaturalismo racionalista, iusnaturalismo individualista del idealismo alemán, iusnaturalismo metafísico histórico, iusnaturalismo neokantiano e iusnaturalismo axiológico, renacimiento del que habla Latorre.¹⁰

Elías Díaz¹¹ dirá hoy que se puede añadir nuevas formas iusnaturalistas, aquellas que en derivación existencialista afirman la posibilidad y necesidad de un derecho natural concreto, que como indica W. Maihofer parten de la naturaleza de las cosas.

Erenest Bloch desde una posición marxista habla del derecho natural como utopía Jurídica.

Con todo, los dos grandes modelos históricos son: el teológico y el mecanicista, es decir el iusnaturalismo clásico-cristiano o aristotélico tomista que es un iusnaturalismo trascendente de raíz teológica y el iusnaturalismo racionalista protestante que surgió a partir de los siglos XVI y XVII.

En Europa tras la Revolución Francesa y debido a ella, el iusnaturalismo racionalista de la burguesía, del que hablaremos más adelante, encontrará su posibilidad de realización, controlando el poder político, transformando así el derecho natural en derecho positivo y con este acontecimiento, Elías Díaz puntualiza una serie de consecuencias:

⁸ Truyol y Serra Antonio: Fundamentos de Derecho natural, en Nueva Enciclopedia jurídica, Barcelona 1949.

⁹ Peçes Barba Martínez Gregorio: Introducción a la filosofía del derecho Ed. Debate.

¹⁰ Á. Latorre, *Introducción del derecho*, Ariel.

¹¹ E. Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus Humanidades.

La más importante y más progresiva consiste en que a través de la realización positiva del ideario iusnaturalista los derechos naturales, libertades públicas y civiles van a dejar exigencias y aspiraciones de carácter exclusivamente ético para irse progresiva y paulatinamente integrando en el derecho constitucional moderno como derecho positivo en los sistemas políticos democráticos y liberales con toda la posibilidad de efectiva y coactiva protección que de dicha integración derivan.

Una vez positivizado dicho derecho natural, la burguesía sacraliza el derecho positivo centrando todas sus fuerzas económicas, físicas e intelectuales en la conservación del mismo. La clase en otro tiempo revolucionaria se hace conservadora, González Vicén¹² resume en dos fases esta evolución, primariamente la burguesía revolucionaria cuyo destino y cuyas exigencias se hallaban en contradicción con las instituciones tradicionales se enfrentaría negativamente con esa realidad dada, pero con el acceso al poder, la perspectiva se desplaza radicalmente. La burguesía conservadora de la restauración no querrá aniquilar el presente para edificarlo según cánones racionales abstractos, si no que sus esfuerzos se dirigirán a revestir esos valores abstractos y prestar una justificación inmanente a ese presente del que es protagonista tanto política como económica y socialmente.

En este contexto histórico y sociológico, apunta el autor anteriormente citado, surgirá precisamente el positivismo jurídico, cuando la legitimidad iusnaturalista ya no se considera necesaria o fundamental y el derecho positivo aparece tan perfectamente justificado en sí mismo que incluso alegar razones de esa justificación se considere igualmente innecesario.

Entre los siglos XVI a XIX se va a producir una secularización, historificación y positivación del pensamiento jurídico.

La separación y autonomía del derecho con respecto de la teología se produce en el marco de la reforma protestante y de la posterior escuela racionalista del derecho natural, seguida en esto por la escuela anglosajona de Bentham y Austin que establecen las bases de una suficiente diferencia entre derecho y moral.

Frente a ese racionalismo iusnaturalista y su afirmación en un derecho universal, racional, válido en todas las circunstancias, las posiciones históricas reivindicarán el carácter mutable, cambiante y contingente individualizado de un derecho que se concibe como producto de las concretas circunstancias históricas. A partir de ahí, afirma González Vicén¹³ el positivismo continuará y consumará el proceso con menores riesgos irracionalistas, dejando claramente afirmada la idea del derecho como referida exclusivamente el derecho positivo.

El positivismo jurídico se constituye en la confluencia de un doble y en un principio contradictoria herencia: recibe del historicismo los postulados

¹² F. González Vicén, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979. *Sobre el Positivismo Jurídico*, pp. 141-170.

¹³ F. González Vicén, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979. *Sobre el Positivismo Jurídico*, pp. 141-170.

anti-iusnaturalistas en cuanto al concepto del derecho, pero toma del iusnaturalismo racionalista la metodología deductiva así como el sistema de valores liberales que cobran un sentido conservador y acrítico.

En Alemania la moderna ciencia y metodología jurídica nace con la escuela histórica del derecho, así como en Francia había surgido con la escuela exegética. A pesar de los ulteriores puntos de coincidencia una y otra responden a diferentes motivaciones generales. La escuela exegética se construyó en torno al Código de Napoleón y es expresión del racionalismo, mientras que la escuela histórica se muestra en decidida lucha contra la codificación y es de carácter romántico antirracionalista.

La escuela histórica alemana, cuyo núcleo central es Savigny¹⁴, entiende que el derecho es la expresión del espíritu del pueblo y se muestra en oposición al iusnaturalismo y a la codificación; la escuela histórica vino a constituirse como precedente y a la par como vehículo intelectual, afirma Elías Díaz¹⁵, para la difusión del positivismo.

El derecho Romano se constituyó en el derecho típicamente Alemán, iba a dar lugar a un riguroso trabajo de exégesis sobre él, desde una metodología paralela a la utilizada por los juristas franceses en relación al Código Napoleónico. De la escuela histórica habría de surgir aquella hipertrfia de la dogmática vuelta de espaldas a la realidad y a la historia que es lo que se conoce con el nombre de jurisprudencia conceptualista que fue el blanco de las ironías de Ihering como pone de relieve Legaz y Lacambra¹⁶

La transformación del derecho natural, universal y absoluto en derecho positivo crea un vacío valorativo, el ideal desaparece, dice Elías Díaz¹⁷, y se convierte en realidad, y acto seguido se transforma en ideología, con ello se está ya en el contexto del positivismo, todo se centra en el derecho positivo excluyéndose las especulaciones sobre los ideales, es decir sobre el deber ser, excluyéndose la filosofía que ha sido definitivamente superada por el nuevo espíritu positivo.

Este positivismo se opone a plantear problemas de legitimidad y de justicia, negando la posibilidad de un discurso racional sobre valores; a este positivismo es al que se le ha dirigido la crítica de conservadurismo e incluso de inmovilismo en virtud de su incondicional aceptación de lo dado, siendo su principal riesgo, como indica Elías Díaz, el fraccionamiento y la ruptura de la totalización a través de la cual se configura la realidad. Junto a esto, la edificación constante e inevitable de lo positivo, en el mejor de los casos, ha venido a sustituir la metafísica del iusnaturalismo por la metafísica del científicismo.

Para Latorre¹⁸, esa posición objetiva frente a un sistema legal no supone necesariamente que al jurista le sean indiferentes las motivaciones éticas o los juicios de valor sobre las leyes, ni que practique un relativismo moral, ni que

¹⁴ F. C. Von Savigny, *Sistema de Derecho Romano Actual*.

¹⁵ E. Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus Humanidades.

¹⁶ L. Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, Bosch.

¹⁷ E. Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus Humanidades.

¹⁸ Á. Latorre, *Introducción del derecho*, Ariel.

defienda la obligación en conciencia de obedecer la ley sea ésta como sea. El jurista puede y debe realizar la crítica del derecho positivo e intentar una reforma cuando la estime oportuna, pero ese horizonte lo considera fuera de su campo de acción como científico del derecho. En la misma línea Bobbio¹⁹ pone de manifiesto que la actividad positivista no tiene por qué suponer una negación de los estudios de sociología jurídica, de las indagaciones sobre la actuación del derecho en la realidad social, si no que aparta este tipo de consideraciones de la ciencia jurídica y del análisis de las normas.

El positivismo representa una típica actividad mental de asilamiento del derecho para estudiarlo al margen de otros aspectos de la misma realidad en la que se encuentra inmerso. Cuando el positivista afirma que el derecho tal y como es y nada más, constituye el objeto de sus afanes, entiende que el derecho puede ser realmente estudiado como algo separado de la consideración global de los fenómenos sociales. Tal mentalidad se desarrolla en la mayor parte de las ciencias del mundo moderno y especialmente en el siglo XIX que es precisamente el momento de mayor auge del positivismo.

Desde otro punto de vista el positivismo representa la inserción del jurista en el marco del estado moderno puesto que el derecho es un medio de control social que maneja el estado, el jurista, en cuanto interprete vinculado a este derecho, se convierte en un colaborador de la voluntad estatal. Esta perspectiva política del positivismo es uno de los rasgos que le ha acarreado las más críticas opiniones que afirman que el jurista puede convertirse, cuando el estado revista una forma de gobierno tiránica e injusta, en un servidor de la tiranía.

Para Latorre²⁰ esta acusación de amoralidad es un tanto ingenua ya que depende más del jurista como ciudadano que en lo que se proclame como derecho positivo; pero a lo que realmente conduce el positivismo es a considerar que un sistema político, por la vinculación que tiene con el estado por ser uno de los medios de acción, obliga al jurista a tomar conciencia de que su quehacer tiene, en último análisis, un sentido político de ayuda a la construcción del estado, por lo que se enfrentará con un problema de opción política, de aceptar o no el sistema jurídico en que está inserto, de decidirse o no a cooperar en la construcción del Estado tal y como es concebido en el momento y en el país en que vive.

En relación a la metodología, los juristas positivistas, no sólo en momento iniciales con la escuela de la exégesis y la jurisprudencia conceptual, sino también mucho después, la ciencia del derecho público alemán y de la teoría pura del derecho, se valdrán predominantemente de una metodología deductivo-racionalista aplicada ahora al derecho positivo.

González Vicén²¹ indica que a la idea del derecho como manifestación de un orden metafísico universal descubrible y precisable por discurso racio-

¹⁹ N. Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Milán, 1965.

²⁰ Á. Latorre, *Introducción del derecho*, Ariel.

²¹ F. González Vicén, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979. *Sobre el Positivismo Jurídico*, pp. 141-170.

nal, sucederá la del derecho como orden vivo de las comunidades históricas, como conformación efectiva de las relaciones humanas en la convivencia; la ciencia del derecho deja de ser constructiva para hacerse reflexiva, para constituirse como conocimiento de algo —los derechos históricos— que le es dado desde fuera como punto de partida absoluto. De modo que la ciencia del derecho en el sentido del positivismo no tiene como objeto una construcción racional sino una realidad histórica concreta, un orden normativo con vigencia real, en cuya existencia se entrecruzan tensiones y corrientes sociales, luchas ideológicas, tradiciones, situaciones económicas y de poder, valoraciones éticas...

Pero como indica Solozabal Echavarría²², la conexión entre el orden histórico y el positivismo no debe subrayarse más allá de intentar explicar la ruptura positivismo—naturalismo. La exigencia del conocimiento científico implicaba hallar lo permanente en lo variable, encontrar las estructuras constantes de los ordenamientos contingentes y concretos. El positivismo resolverá este problema mediante el formalismo, reconociendo que el estudio del derecho tiene dos niveles: el del conocimiento de las prescripciones y disposiciones jurídicas positivas y el hallazgo de las formas constantes, alcanzables mediante la utilización de procedimientos lógicos.

González Vicén²³ resume el proceso de fraccionamiento y reducción formalista que se ve obligado a adoptar el positivismo: «todo el proceso está dirigido a encontrar en el derecho positivo elementos permanentes que permitan convertirlo en objeto de conocimiento, es decir, elementos que sean susceptibles de una conceptualización abstracta». Para llegar a ello, la ciencia jurídica positivismo abandona lo más original y fecundo de su punto de partida, la noción del derecho como realidad histórica concreta, y pasa a entenderlo como un *«compositum»*, como una yuxtaposición de dos elementos dispares: un elemento variable y contingente por los contenidos normativo y otro permanente e idéntico, constituido por la estructura formal de la norma. Sólo este último, predicado en sí de toda la realidad jurídica, es susceptible de un conocimiento de carácter general, mientras que la materia jurídica queda como un resto irreducible, al margen del conocimiento jurídico en sentido estricto. Surge así, como concluye González Vicén²⁴, una ciencia formal del derecho, una ciencia del derecho sin derecho, una ciencia que haciendo profesión de fe del positivismo jurídico elimina de su objeto todo aquello que preste al derecho concreción e individualidad histórica, es decir, la positividad, reduciendo la realidad jurídica en tanto objeto posible de conocimiento a una mera suma de determinaciones abstractas.

La contraposición entre la doctrina iusnaturalista y la positivista se da principalmente en lo que cada uno entiende por lo que es el derecho y

²² J.J. Solozábal Echevarría, «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991, pp. 87-109.

²³ *Ibid.*

²⁴ F. González Vicén, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979. *Sobre el Positivismo Jurídico*, pp. 141-170.

mucho menos por el tratamiento a que le someten. El Positivismo aportará la inducción, que si bien no estuvo siempre ausente en el racionalismo, su papel fue secundario en el reinado de la deducción a partir de principios universales colocados al frente del sistema. Ahora bien el positivismo obtiene inductivamente a partir de los datos positivos unos conceptos generales que cumplen la función de dogmas y también utiliza en abundancia la operatividad deductiva.

Para Julieta Marcone²⁵, el iuspositivismo tiene más ventajas explicativas que el iusnaturalismo, ya que apelar a un orden natural y trascendente, como justificación última de la validez de las leyes civiles, es metafísicamente más difícil que reconocer la validez de las mismas únicamente por la fuente de su poder. Para los iuspositivistas, el motivo por el cual los sujetos evitan cometer actos ilícitos no es el temor al hipotético castigo que pudiera infligirles una supuesta «voluntad divina», «moral» o «racional» (que, en última instancia, no es más que un asunto del fuero interno), sino el temor al castigo, al que podría condenarles efectivamente el Estado.

Y para la autora citada ambos sistemas tienen los mismos peligros, ya que, si es cierto que el enunciado positivista «detrás de la ley sólo está el poder» puede dar origen y justificación a regímenes autoritarios, también es cierto que el apelar a un orden trascendente puede derivar, asimismo, en un régimen autoritario aunque éste justifique su poder mediante criterios y argumentos universales y trascendentales.

Para evitarlo, será necesario que el poder soberano, legítimo según las normas democráticas, establezca un sistema normativo que respete tanto el principio de seguridad como los procedimientos pre establecidos para la elaboración de las normas y que teniendo el poder de coacción para imponerlas, respete los principios y valores consolidados en los sistemas políticos de las democracias constitucionales así como los derechos humanos y de las libertades fundamentales, tema central del derecho constitucional.

II. IUSNATURALISMO

Como hemos apuntado ya, el iusnaturalismo supone la existencia de un derecho trascendente y anterior al derecho positivo. Derecho que bajo la sombra de la razón, de la naturaleza, o de Dios, es asumido como el único orden regulador de validez universal, al que los hombres, guiados por la «recta razón», pueden aspirar. Independientemente de las diferencias que plantean los distintos representantes del iusnaturalismo en torno a la fuente de la legitimidad o al contenido concreto del derecho natural al que apelan, todos ellos coinciden en que el derecho natural es la única manifestación universalmente válida y necesaria de lo que debe ser un orden justo y racional; por ende, el derecho positivo no debe hacer otra cosa más que guardar celosa-

²⁵ J. Marcone, *Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo*.

mente el cumplimiento y el respeto de este derecho natural. El derecho positivo nunca debe contradecir al derecho natural y, llegado el caso, siempre debe prevalecer el derecho natural sobre el positivo pues, se debe suponer que pueden equivocarse los hombres pero no la naturaleza (divina o racional) en que se funda el derecho natural.

Indica Julieta Marcone²⁶ que para el iusnaturalismo la naturaleza es algo que existe *per se*, independientemente de nuestra voluntad y de nuestra fuerza. Por eso, este derecho natural, que se supone supremo y trascendente, no depende en lo más mínimo de las consideraciones ni de las formulaciones humanas o estatales. Los derechos naturales existen por sí mismos porque provienen de la propia naturaleza humana. Esta naturaleza (divina o racional) es lo que determina la existencia y el contenido de esos derechos, los cuales, independientemente del reconocimiento que tengan en el derecho positivo (estatal), existen y resultan universalmente válidos y necesarios.

El iusnaturalismo, apunta García Maynez²⁷, sostiene que el derecho vale y, por ende, obliga, no porque lo haya creado un legislador soberano o porque tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino «por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido». Su validez universal deriva del supuesto de que cualquiera que hiciera uso de su propia razón podría distinguir lo bueno de lo malo, y lo justo de lo injusto, conforme a un hipotético orden justo, racional, universal y necesario (que en ocasiones también es denominado orden divino). Los seres racionales pueden y deben conocer ciertos principios normativos de la conducta humana que, dado que están en su propia naturaleza, deben constituir el fundamento de sus acciones.

Estas normas no se fundan en las determinaciones positivas de un Estado o en las consideraciones particulares de un sujeto sino en «la naturaleza», en un orden anterior y superior a la contingencia humana. Orden que, podría decirse que «desde siempre», ha determinado lo justo y lo bueno con independencia del tiempo y del espacio.

Desde otro punto de vista, el iusnaturalismo puede ser considerado —siguiendo a Bobbio²⁸— como ideología, como teoría general del Derecho y como método:

- a) Como ideología radical, el iusnaturalismo afirma que las leyes deben ser obedecidas sólo en cuanto son justas, y por eso en el ciudadano hay siempre un derecho a la desobediencia o a la resistencia; en cuanto ideología moderada, admite que, en caso extremo, también las leyes injustas deben ser obedecidas.
- b) Como teoría general del Derecho, el iusnaturalismo es una teoría de la moral, según la cual el fundamento de las reglas de la conducta humana no es la voluntad del legislador (divino o humano), entidad esencialmente mutable, sino la constante, uniforme y sempiterna

²⁶ J. Marcone, *Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo*.

²⁷ E. García Maynez, *Positivismo Jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*, UNAM, México, 1997; *Id., Introducción al Estudio del Derecho*, 48thdf; Porrúa, México, 1996.

²⁸ N. Bobbio, *El carácter del iusnaturalismo*.

naturaleza humana; el iusnaturalismo no es un sistema de valores o de prescripciones, sino un conjunto de consideraciones sobre la naturaleza humana destinadas a fundar objetivamente un sistema de valores, cualquiera que sea éste. De aquí deriva la consideración de las leyes de la conducta no como mandatos, sino como *dictamina rationis*; el ver en la naturaleza de las cosas y no en la legislación la fuente principal de producción científica; la consideración del ordenamiento jurídico como intrínsecamente incompleto y necesitado de la acción integradora del juez y de la libre investigación del Derecho, etc.

- c) Por último, en cuanto método, el iusnaturalismo se caracteriza por la exigencia de una definición valorativa del Derecho, o sea, de una definición que, considerando a éste no como mero hecho sino como algo que tiene o realiza valores, limita el uso del término Derecho al Derecho justo. Se trata, pues, de introducir en la definición del Derecho la referencia al fin (bien común, justicia, paz, etc.) que debe realizar. La consecuencia para la ciencia jurídica es que ésta debe orientarse fundamentalmente a la crítica de las leyes; el iusnaturalismo contiene, pues, una invitación a los juristas a tener en cuenta el hecho de que ante el Derecho, como ante todo fenómeno del mundo humano, no sólo debe y puede adoptarse la actitud del investigador escrupuloso, imparcial y metódico, sino también la actitud valorativa del crítico, y que de esta actividad dependen la mutación, la transformación y la evolución del Derecho. Los iusnaturalistas sostienen, por primera vez con tanto ímpetu en la historia de la jurisprudencia, al reducir la ciencia del derecho a ciencia demostrativa, que la tarea del jurista no es la de interpretar reglas ya dadas, que como tales no pueden dejar de resentir las condiciones históricas en las que fueron emitidas, sino aquella mucho más notable de descubrir las reglas universales de la conducta por medio del estudio de la naturaleza del hombre, de igual manera que el científico de la naturaleza que finalmente ha dejado de leer a Aristóteles y se ha puesto a escudriñar el cielo. Para el iusnaturalista, la fuente del derecho no es el *Corpus iuris*, sino la «naturaleza de las cosas». «La razón —dice Pufendorf— aun en el estado de naturaleza posee un criterio de evaluación común, seguro y constante, esto es la naturaleza de las cosas, que se presenta de la manera más fácil y accesible para indicar los preceptos generales de la vida y la ley natural». (Pufendorf, *De iure naturae et gentium*). En suma, lo que los iusnaturalistas eliminan de su horizonte, según Bobbio es la *interpretatio*: que continúen los juristas comentando las leyes, el iusnaturalismo no es un intérprete sino un descubridor. Si bien con una cierta simplificación, es válido sostener que el iusnaturalismo fue la primera (y también la última) tentativa de romper el nexo entre el estudio del derecho y la retórica como teoría de la argumentación, y de abrirlo a las reglas de la demostración.

El problema del iusnaturalismo, para Kelsen y otros juristas contemporáneos, es que se basa en un artificio lógico que consiste en inferir el «deber

ser» (lo axiológico) del «ser» (lo ontológico). Apelan a un orden trascendente pero nunca señalan quién establece y determina los contenidos de esos supuestos dictados de la naturaleza o de la razón. Por eso la pretensión de deducir el derecho natural a partir de un supuesto orden justo y bueno, universal y trascendente, conlleva el riesgo de justificar, en nombre de ese mismo orden, leyes que a todas luces podrían resultar más peligrosas para la sociedad que las que dicta un Estado legal y legítimamente constituido. Aunque algunas vertientes del iusnaturalismo en ocasiones han estimulado o acelerado «la consecución de los ideales humanistas de autonomía, libertad o igualdad, otras veces han ayudado a mantener las injusticias del presente histórico convirtiendo “lo natural” en cómplice de los intereses de los poderosos».

El problema es determinar qué es lo justo y lo injusto cuando seres racionales contraponen conceptos excluyentes de justicia.

Entrando en el estudio de la historia de esta corriente filosófica, decimos de nuevo, que es encuentran en Grecia las raíces de las distintas doctrinas del Derecho Natural; en la Grecia del siglo v a.C. los Sofistas sometieron a crítica al *nomos*, las leyes y las costumbres. Su reflexión les llevó a cuestionar la obediencia y la sumisión del individuo. Como dice Truyol²⁹ a la mudanza y la contingencia del *nomos* opusieron un principio permanente e inmutable a cuya luz enjuiciaron las instituciones concretas; este principio fue la naturaleza la *physis* y así surgió en la sofística la contraposición entre *physis* y *nomos*, entre la naturaleza y la ley, entre lo que está sustraído al arbitrio humano y lo que depende de él.

De esta dialéctica entre *physis* y *nomos*, que es en opinión de Peces Barba³⁰ un precedente de la contraposición entre derecho positivo y derecho natural entre «validez» y «justicia» surgirá el núcleo central de reflexión permanente del modelo iusnaturalista.

Aristóteles, en *Ética a Nicómaco* diferencia entre Justicia Legal y justicia Natural, dice Aristóteles: «La justicia política se divide en natural y legal; la natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza independientemente de lo que parezca o no y la legal la de aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera pero una vez establecido ya no da lo mismo. Para nosotros hay una justicia natural y sin embargo toda justicia es variable, con todo hay una justicia natural y otra no natural, pero es claro cual de entre las cosas que pueden ser de otra manera es natural y cual no es natural sino legal o convencional aunque ambas sean igualmente mutables». Para Aristóteles en el conocimiento de lo justo y de lo injusto no es posible alcanzar la misma certeza que logra el razonamiento matemático y resulta necesario conformarse con un conocimiento probable: «Sería igualmente inconveniente —había afirmado— exigir demostraciones de un orador, que contentarse con la probabilidad en los razonamientos de un matemático».

²⁹ A. Truyol y Serra, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, Alianza Universidad, dos volúmenes.

³⁰ G. Peces Barba Martínez, *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate.

Una importante oscilación en este campo de ideas se manifiesta en los estoicos, para esta tendencia filosófica la clave de la concepción del mundo es la razón como principio general que gobierna el universo y por tanto también al hombre que de él forma parte. Vivir según la naturaleza, es vivir con arreglo a los dictados de la razón que rige aquella; el derecho natural se transforma en derecho ideal.

La jurisprudencia romana acoge estas ideas y así se refleja en los textos de Ulpiano, que acogió la pura concepción naturalista. La opinión dominante realizó un sincretismo entre la idea estoica del derecho natural establecido por la razón natural y un hecho positivo del sistema jurídico romano: el desarrollo del *«ius gentium»* nacido de las necesidades prácticas ante la situación de aplicar el derecho genuino romano al ciudadano romano y el derecho extranjero para los que no lo eran. Los pretores construyeron empíricamente un sistema de normas y buscaron su fundamento en lo que a su juicio debía ser en virtud exigible a todo hombre, fueran o no romanos: la «*la fides*» que en principio era cumplir la palabra dada, después se amplió siendo el deber general de comportarse correctamente con los demás, «*la buena fe*». El *ius gentium* nació así en los siglos II y III a.C. como sistema de derecho positivo libre de trabas, flexible y práctico preferente en las relaciones entre los ciudadanos romanos al derecho quiritorio formalista incómodo e inadecuado a las nuevas necesidades sociales. Los juristas romanos creyeron ver en el *ius gentium* en la idea de un derecho basado en la razón natural de los estoicos; se identifica *ius gentium* y derecho natural. Cicerón dirá: la verdadera ley es la recta razón en armonía con la naturaleza, es de aplicación universal, inmutable y sempiterna; incita al cumplimiento del deber por medio de sus ordenes y aparta a las obras injustas por medio de sus prohibiciones, una ley eterna e inmutable que será válida para todas las naciones y todos los tiempos. Dios es el autor de esta ley su promulgación y su juez sancionador, no necesitamos mirar fuera de nosotros mismos en busca de quien nos la explique e interprete.

Legaz y Lacambra³¹ realiza una síntesis histórica de esta corriente de pensamiento, en la que afirma que en la voz *iusnaturalismo* se sustantiviza la afirmación de la idea del *ius naturale*, expresión usada por vez primera por los juristas romanos, pero recogiendo una tradición intelectual que proviene de la filosofía helénica (singularmente Sócrates, Platón y Aristóteles, con su distinción del *nomoi dikaios*, lo justo legal, y el *fysei dikaios*, lo justo por naturaleza) y, concretamente, de la filosofía estoica. Ulpiano habla de un *ius naturale* que es «*quod natura omnia animaba docuit*» (El derecho natural es «lo que la naturaleza enseñó a todos los vivientes...»). Gayo hace referencia a los «*naturalia iura quae apud omnes gentes peraeque servantur*», los cuales «*semper firma atque inmutabilia permanent*» («Los derechos naturales son guardados por todas las gentes» y «permanecen siempre firmes e inmutables»); y Paulo alude a un *ius naturale* que se dice de aquél que siempre es bueno y jus-

³¹ L. Legaz y Lacambra, «Ley, derecho y moral», *Gran Enciclopedia Rialp*, Rialp, 1991.

to. Cicerón recurre a la idea de la Ley natural y habla de que la naturaleza del Derecho ha de repetirse de la naturaleza del hombre.

Fue quizá, como afirma Latorre³², la influencia cristiana la que decidió la separación entre los dos conceptos. El *ius naturale* se convierte en ideal superior e inmutable de justicia, el *ius gentium* queda reducido a las normas que se encuentran de hecho en la mayoría de los pueblos y que pueden coincidir o no con el derecho natural. Surge la famosa tricotomía que pasará al pensamiento medieval y moderno: *ius naturale*, *ius gentium*, *ius civile*.

El modelo iusnaturalista que culmina el mundo antiguo y medieval es el modelo teológico y dentro de él el tomista que integra la tradición del pensamiento clásico griego y romano con la aportación cristiana.

Afirma Legaz y Lacambra³³ que a través de S. Isidoro de Sevilla la clasificación romana tripartita del Derecho en *ius naturale*, *ius gentium* y *ius civile* se convierte en bien común de canonistas y legistas medievales, como doctrina que subyace a la corriente especulativa que arranca de S. Pablo y tiene su primera manifestación sistemática en S. Agustín, con su división trimembre de la Ley en *lex aeterna*, *lex naturalis* y *lex humana*. La escolástica medieval emplea indistintamente los términos *lex naturales* y *ius naturale*, aun cuando existe la noción fundamental de que el derecho natural es aquella parte de la ley natural que hace referencia a la virtud de la justicia. El mérito de haber llevado a cabo una precisión en estos conceptos corresponde fundamentalmente a S. Tomás de Aquino: «Se da el nombre de justo a aquello que, realizando la rectitud de la justicia, es el término del acto de ésta, aun sin tener en cuenta cómo lo ejecute el agente, mientras que en las demás virtudes no se califica algo de recto sino en atención a como el agente lo hace. De ahí que especialmente, y en diferencia de las demás virtudes, el objeto de la justicia, que se denomina lo justo, es determinado en sí mismo —*secundum se obiectum*—. Y esto es el Derecho. De donde resulta que el Derecho es el objeto de la justicia».

Y es Santo Tomás el máximo representante de la filosofía medieval y pensador más constructivo y sistemático de su tiempo que a diferencia de la filosofía agustiniana que expresaba una visión pesimista de la vida del hombre en sociedad con la corrupción de la naturaleza humana por el pecado, S. Tomás representa una visión más radical y más positiva, su reflexión sobre el orden natural de las cosas está vinculado al orden que Dios establece formando parte de él.

El núcleo central del modelo tomista se sitúa en la *Suma teológica*, allí describe la división tripartita: ley eterna, ley natural y ley positiva. S. Tomás armonizó las diversas tendencias del modelo ideológico que le tocó vivir, fue el que más sólido respaldo dio al pensamiento católico. Fiel a la visión teocéntrica del mundo, dominante en aquella época, su punto de partida es que el mundo es gobernado por la divina providencia, es decir, por la voluntad de Dios, la razón divina establece el orden general del universo, sus reglas cons-

³² Á. Latorre, *Introducción del Derecho*, Ariel.

³³ *Ibid.*

tituyen la suprema ley. De este orden divino una parte es conocida por el hombre por que Dios ha querido manifestarlo a través de las sagradas escrituras y la tradición.

La ley divina es superior a todas y su único interprete autorizado es la Iglesia, lo que la coloca en supremo poder moral en el mundo.

Otra parte importante de ese ordenamiento general del mundo establecido por Dios es asequible a la razón humana, sin necesidad de revelación y forma el Derecho Natural. El Derecho Natural es descubierto por la razón y no puede en ningún momento ser opuesto a lo que Dios ha revelado.

Después de la ley divina y de la ley natural para S. Tomás viene la ley humana, que es la dictada por el hombre con vistas al bien común, no es una decisión voluntarista del que ostenta el poder, sino que ha de ser racional, la ley humana no puede ser contraria a la ley natural ni a la divina. La ley injusta no obliga por que las leyes divinas y naturales han de obedecerse antes que las humanas. El legislador, el gobernante está vinculado por el derecho natural y divino. Así S. Tomás traza los grandes rasgos de una concepción a la vez jerárquica y armoniosa de la sociedad humana.

Aunque Tomás de Aquino representa la cúspide del pensamiento cristiano medieval, merece mencionar a dos grandes representantes de la escolástica tardía Duns Scoto y Guillermo de Occam, la importancia de estos filósofos está en el énfasis que ponen en la voluntad más que en la razón como fuente del derecho, en esto se separan de S. Tomás que insistió siempre en el carácter racional de la ley confundiéndose en Dios voluntad y razón, no pudiendo haber contradicción entre la voluntad de Dios y la razón; para Scoto y Occam esa confusión no existe, siendo la voluntad de Dios la fuente de la ley divina que si es racional no es por que exista identidad entre ambas sino por que Dios que es suma bondad no iba a querer nada injusto.

El interés práctico de estas teorías está en que preludian las direcciones voluntaristas, la idea central de que el derecho deriva de la voluntad del legislador, de la decisión del estado sin referencia a la racionalidad o moralidad de su contenido.

Para Hernández Gil³⁴ es entre los teólogos españoles de los siglos XVI y XVII: Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Gabriel Vázquez, S. Tomás, los jesuitas Francisco Suárez, Luis de Molina Fernández, Vázquez de Menchada en donde se muestra cierta influencia del voluntarismo y nominalismo de Occam, siendo el eslabón entre el nominalismo en sentido propio y el posterior derecho natural profano de Grocio y Pufendorf. Frente a una idea de derecho natural omnímodo, capaz de apoderarse de la totalidad del ordenamiento jurídico por vía de la deducción sin límites, la escuela del derecho natural española sustenta la existencia de un conjunto de principios y normas superiores que sirven de fundamento al orden jurídico y le marcan unas directrices sin ser suficientes para regir todas las relaciones humanas; entienden que se requiere el consenso como exigencia de la propia razón natural

³⁴ A. Hernández Gil, «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en Persona y derecho.

como en otras normas de derecho positivo. El derecho natural cumple, pues, una función orientadora, crítica y resolutiva, pero en ningún caso tiene pretensiones de exclusividad. La escolástica española, significó una creciente juridicalización del pensamiento iusnaturalista.

Con Hugo Grocio y, más estrictamente, con Pufendorf, se inicia la llamada escuela racionalista del Derecho natural, en la cual se le considera como el Derecho que corresponde al estado de naturaleza, interpretando la naturaleza en función de principios diferentes, que pueden ser, para unos, el de socialidad; para otros, el instinto de conservación; para otros, la idea de perfeccionamiento, etc. Es, como dice el prof. G. Ambrossetti³⁵, un complejo verdaderamente imponente de doctrinas, basadas en supuestos filosóficos muy afines y, sobre todo, en unos postulados metódicos que vienen a ser coincidentes, que se desarrolla en un periodo de tiempo que va del *De iure belli ac pacis* de Grocio (1625), a los *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho* de Kant (1797). Los autores pertenecientes a esta corriente intelectual se consideraron a sí mismos como los representantes del Derecho natural por autonomía, olvidando, los estudios y tradición que les han precedido. A esta escuela del *ius naturae et gentium* se la llama escuela clásica y, también, iusnaturalismo pura y simplemente; y afirma Legaz y Lacambra³⁶ que todo el pensamiento jurídico moderno se ha acostumbrado a hablar del Derecho natural, para hacerle objeto de su crítica, por referencia exclusiva a ese sistema normativo abstracto de explicación de la sociedad y de la historia, que no es más que una forma histórica de manifestarse el iusnaturalismo.

El iusnaturalismo racionalista, supondrá un cambio radical en la forma de pensar del derecho en relación con el iusnaturalismo medieval, será la ruptura del monopolio y de la uniformidad religiosa llevada a cabo por la reforma protestante, con la pluralidad religiosa se constituyen también una pluralidad de interpretaciones de la ley eterna. Contraviniendo su propia exigencia de unidad, diferentes leyes naturales podrían hipotéticamente derivar de diferentes interpretaciones de la ley eterna; como indica Elías Díaz³⁷ esto supuso que si se quiere encontrar un concepto unitario de derecho natural aceptado por todos los hombres, sean cuales fuesen sus ideas religiosas, se hace preciso independizar el derecho natural de las ideas religiosas.

Los principios del mundo moderno supusieron el fin de la hegemonía eclesiástica, el Renacimiento proclamó los fueros de la razón independiente; un nuevo concepto de Estado con una la nueva organización económica con una nueva clase burguesa comerciante que la impulsaba hasta nuevas formas de poder político, el cambio cultural, el racionalismo, el individualismo, la afirmación de la autonomía e independencia de la razón humana se imponen frente a la razón teológica, se piensa que la base y fundamento de ese derecho natural no puede ser ya la Ley eterna, sino la misma naturaleza racional del hombre, que pertenece por igual a todo el género humano.

³⁵ G. Ambrossetti, *Derecho natural cristiano*, Roma, 1964.

³⁶ L. Legaz y Lacambra, «Ley, derecho y moral», *Gran Enciclopedia Rialp*, Rialp, 1991.

³⁷ E. Díaz, *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus Humanidades.

Consecuencias de la secularización y del pluralismo religioso será la autonomía de la ciencia y el impulso de ciencias como la astronomía, la física, la matemática respecto de la teología; afirma Bobbio³⁸ que podemos hablar con mayor fundamento del origen del pensamiento moderno cuando en la segunda mitad del siglo XVI este espíritu de apasionada búsqueda de la realidad exterior, de la naturaleza, se difunde. Será Galileo en su polémica antiaristotélica en su defensa del modelo experimental donde hunde sus raíces el pensamiento moderno. El método deductivo de las matemáticas será el que utilice el iusnaturalismo racionalista. Dios, que no desaparece de la escena del mundo, será garante externo de un sistema autosuficiente donde el hombre será protagonista. El antropocentrismo marcará el paso del derecho natural objetivo a los derechos naturales subjetivos. El sistema de valores naturales, al parecer de Elías Díaz³⁹, no era sino el sistema de valores de la nueva clase dominante, la burguesía, clase en continuo ascenso desde hacía siglos. Del mismo modo que el derecho natural medieval había sido la traslación de los valores e interés de los estamentos del clero y la nobleza dominantes en el mundo feudal, este nuevo derecho racionalista se apoya en la nueva ideología de la burguesía, en las ideas de libertad de comercio, libertad de propiedad, en la tolerancia, en la libertad de pensamiento y opinión; nos encontramos en el contexto general de la filosofía política del liberalismo que progresivamente irá acentuando su actitud de defensa de los derechos humanos.

Hugo Grocio con su obra *Iure belli ac pacis* va a tener una significación crucial en la historia del pensamiento jurídico, su obra fue publicada en el siglo XVII, se lanza la idea de que existe realmente un derecho Natural pero que su único fundamento es la razón. Esta razón en el pensamiento de Grocio es independiente de toda fe religiosa, El derecho Natural es tan inmutable que no puede ser cambiado por Dios mismo y existiría aunque Dios no existiese. No pone en duda la existencia de Dios sino que libera el fundamento del derecho natural de su implícito respaldo religioso, tal actitud tenía también la importante consecuencia de situar el derecho natural fuera del ámbito del poder eclesiástico, eliminando la posición decisiva que había tenido la iglesia medieval en su conceptualización.

Grocio ve en el derecho natural un conjunto de principios y reglas concretos deducibles por la razón y por la experiencia de los usos normales en los pueblos civilizados que son superiores al derecho positivo. Traza así unas reglas generales que deben regir las relaciones entre estados en paz y en guerra, a demás de dar fundamento al derecho internacional y al derecho general tomando la mayor parte de su doctrina del derecho romano.

Con Grocio se inicia la tendencia del derecho natural racionalista. Que el mundo sea racional significa que se concibe un conjunto de objetos y de fenómenos vinculados entre ellos por leyes universales y necesarias que existen y valen independientemente del hombre y que el hombre tiene la tarea

³⁸ N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*.

³⁹ E. Díaz, *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus Humanidades.

y la posibilidad de descubrir a través de la libre investigación científica. Así el mundo, explica Bobbio⁴⁰, asume la configuración de una gigantesca máquina en la cual todas las partes singulares tienen una precisa función en el movimiento del todo, cuyo movimiento está regulado por un ente superior que ha construido esta máquina y la ha regulado para que no se detenga. La naturaleza humana forma también parte de esa máquina y por eso es adecuada la denominación de *ius mecanicista*.

Peces Barba⁴¹ descubre tres rasgos comunes en el derecho natural que arranca de Grotius y llega hasta Kant, que tendrá múltiples versiones pero que coinciden en su secularización, ya que la justicia se descubre en la propia naturaleza humana, al divinizar al hombre por su razón; en su carácter subjetivista por que del derecho natural se pasa a los derechos naturales expresión del individualismo característico de la cultura del mundo moderno a partir del renacimiento y que explica el nacimiento de los derechos fundamentales como derecho natural, y por último las teorías de este periodo coinciden en su vinculación con el contractualismo ya que el contrato social está en la justificación del origen del Estado moderno, de la doctrina de los derechos del hombre y del positivismo jurídico.

Thomas Hobbes estaba convencido de que el desorden de la vida social, las sediciones, el tiranicidio, la aparición de las facciones en la guerra civil, dependían de las doctrinas erróneas de las que habían sido autores los escritores antiguos de las cosas políticas, y del espíritu sectario alimentado por malos teólogos. Apunta Bobbio⁴² que poniendo en comparación la concordia que reinaba en el campo de las disciplinas matemáticas, con el reino de la discordia sin tregua donde se agitaban las opiniones de los teólogos, de los juristas y de los escritores políticos, Hobbes sostiene que las peores calamidades que sufre la humanidad serían eliminadas «si se conociesen con igual certeza las reglas de las acciones humanas como se conocen las de las dimensiones en las figuras». «Aquellas que llamamos leyes de naturaleza —precisa después de haberlas enumerado— no son otra cosa que una especie de conclusión derivada de la razón con respecto a lo que se debe hacer o evitar». Si es verdad que la geometría es «la única ciencia que hasta ahora le haya gustado a Dios para regalársela al género humano», la única ciencia «cuyas conclusiones ahora ya se han vuelto indiscutibles», al filósofo moral compete imitarla; pero precisamente a causa de la falta de un método riguroso, la ciencia moral ha sido hasta ahora la más maltratada. Una renovación de los estudios sobre la conducta humana no puede pasar sino a través de una renovación del método.

En Hobbes se encuentra el enfoque del carácter subjetivista cuando dice que la naturaleza dio a cada uno derecho a todas las cosas, ahora, el derecho de todos a todas las cosas es insostenible, porque la primera ley fundamental es que se debe buscar la paz. A partir de aquí y hasta llegar al Estado, socie-

⁴⁰ N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*.

⁴¹ G. Peces Barba Martínez, *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate.

⁴² N. Bobbio, *El carácter del iusnaturalismo*.

dad a través del pacto, toda argumentación de Hobbes será desde los derechos naturales, para Hobbes el derecho natural es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder. A través de la diferenciación entre *ius* y *lex* Hobbes perfilará más ese sentido subjetivo del derecho natural: el derecho consiste en la libertad de hacer o no hacer, mientras que la ley determina y ata a uno de los dos.

El iusnaturalismo de Hobbes será una justificación del poder del Estado y del derecho positivo «Autorizo y abandoño el derecho a gobernarme a mi mismo, a ese hombre o a esa asamblea de hombres con la condición de que tú abandones tu derecho a ello y autorices todas sus acciones de manera semejante». Hecho esto, la multitud así unida se llama República. Esta es la generación de ese gran Leviatán o bien de ese Dios mortal a quien debemos bajo el Dios inmortal, nuestra paz y defensa.

El modo hobbesiano afirma, como pone de relieve Bobbio⁴³, que el Derecho Natural tiene como único contenido convalidar los mandatos del soberano; su precepto es exigir de los súbditos una exigencia incondicional.

Woff se inclina por esta interpretación subjetiva del derecho natural, no entiende por derecho natural la ley natural sino más bien el derecho que pertenece al hombre en virtud de esa ley natural.

La línea de inspiración iusnaturalista que, aunque con precedentes muy anteriores, alcanza su apogeo en la misma época y al amparo de las mismas tendencias racionalistas, es la de los Derechos Naturales del hombre frente al Estado. Representa esta idea el contrapeso histórico al principio del poder absoluto del Estado que caracteriza el mundo moderno. El hombre tiene unos derechos naturales inalienables, es decir que no pueden ser trasferidos permanentemente a ningún gobernante.

Tanto Locke como Pufendorf trataron las teorías contractualistas vinculadas al derecho natural, tras los cuales vendrá el positivismo y el sociologismo con el fracaso del iusnaturalismo.

El filósofo inglés John Locke centra estos derechos en la vida, la libertad y la propiedad. Para asegurarlos, Locke recurre a una vieja idea que habían utilizado otros pensadores con los más diversos fines: La del contrato social. El más famoso representante de esta tendencia es el filósofo ginebrino Rousseau dará toda la fuerza explosiva a estas ideas en su célebre obra *El Contrato Social* que se publicó en 1762: «El hombre ha nacido libre y en todas partes está encadenado. El gran problema Político es conciliar la libertad natural del hombre con la necesidad de la vida en un Estado». La respuesta es el contrato Social «encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno uniéndose a todos, no obedezca sin embargo, más que a sí mismo y siga tan libre como antes».

El contrato social es un modelo ideal de organización política. La Revolución Francesa hará estallar en la práctica todo este caudal de ideas. En Euro-

⁴³ N. Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Milán, 1965.

pa, gracias a ella ese iusnaturalismo de la burguesía, que llega a controlar el poder político, va a encontrar al fin su posibilidad efectiva de realización, transformándose en derecho positivo, el ideal se realizará pero concebido como un sistema cerrado de deducciones racionales obtenidas y establecidas de una vez para siempre; realizado el ideal, el ideal desaparece. El derecho natural se transforma en derecho positivo y con ello como remarca Elías Díaz⁴⁴, se producen importantes consecuencias, una de las más importantes y más progresivas consiste en que a través de esa realización histórica y positiva del ideario iusnaturalista, los derechos naturales y las libertades públicas y civiles van a dejar de ser exigencias y aspiraciones de carácter exclusivamente ético para irse progresiva y paulatinamente integrando en el derecho constitucional moderno, como derecho positivo de los sistemas políticos liberales y democráticos con todas las posibilidades de efectiva y coactiva protección que de dicha integración derivan y que hoy sigue siendo una realidad.

A pesar de las indudables insuficiencias subyacentes desde el principio en el ideario liberal burgués, centrado en una rígida y absoluta defensa de la propiedad privada, y a pesar de que una vez posibilitado dicho derecho natural, la burguesía sacraliza el derecho positivo por ella de ese modo creado, centrando todas sus energías económicas, físicas e intelectuales en la conservación del mismo, tales restricciones e insuficiencias se dan dentro de un contexto general de libertad y tolerancia que van a posibilitar también importantes evoluciones internas del sistema hacia posiciones más realmente democráticas.

La clase en otro tiempo revolucionaria se hace mucho más conservadora González Vicén⁴⁵ resume dos fases de esa evolución «La burguesía revolucionaria cuyo destino y cuyas exigencias se hallaban en contradicción con las instituciones tradicionales se enfrenta negativamente con esta realidad dada y convierte su superación en un postulado ético universal. Con el acceso al poder de esa burguesía la perspectiva se desplaza radicalmente. La burguesía conservadora y la restauración no quieren ya aniquilar el presente para edificarlo según cánones racionales abstractos; sus esfuerzos están dirigidos a revestir de valor absoluto y a presentar una justificación inmanente a ese presente en el que ella detenta el poder político, económico y social».

En este contexto histórico y sociológico surgirá precisamente el positivismo jurídico, cuando la legitimidad iusnaturalista ya no se considere necesaria o funcional por la burguesía y el derecho positivo aparezca tan perfectamente justificado en si mismo que incluso alegar razones de esa justificación se considere igualmente innecesario. Con esa transformación del derecho natural revolucionario en derecho positivo liberal, el ideal en opinión de Elías Díaz⁴⁶ se hace perfectamente inútil y desaparece dejando un hueco valorativo que es característico del positivismo.

⁴⁴ E. Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus Humanidades.

⁴⁵ F. González Vicén, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979. *Sobre el Positivismo Jurídico*, pp. 141-170.

⁴⁶ E. Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus Humanidades.

Ángel Latorre⁴⁷ entiende que son tres los factores que pueden señalarse en el eclipse del iusnaturalismo en el siglo XIX.

De una parte la filosofía crítica de Kant el cual se cuestionaba como era posible dar valor general a lo que solo podía proceder de un conocimiento *a posteriori*, cuando el único conocimiento general válido que la razón pura podía dar, tenía que fundarse con independencia de la experiencia *a priori*. Ciertamente Kant reconstruye la posibilidad de encontrar una norma general de conducta sobre la base de la razón práctica pero esta no llegó, como es sabido, a la trascendencia de la razón pura. La filosofía crítica hizo desaparecer la metafísica y la ética, capaces de expresar con validez general los contenidos a la vez universales y materiales del derecho natural; el debilitamiento que provoca Kant en la doctrina del derecho natural procede también del peculiar subjetivismo con que entiende la moral.

En una dirección diferente la Escuela Histórica representada por Savigny, al poner el fundamento del derecho en la expresión espontánea del espíritu popular negaba la existencia de un Derecho Natural superior. Cada pueblo produce su derecho como su lenguaje y no cabía someter esa evolución natural a los marcos de un sistema racional de reglas no nacidas de ningún *Volksgeist*; aunque para autores como Radbruch fue la teoría del cocimiento y no la historia del derecho, la filosofía crítica de Kant y no la escuela histórica de Savigny la que asentó el golpe definitivo contra el derecho natural.

El auge general de las codificaciones produjo, aunque éstas estuvieran inspiradas en las ideas iusnaturalistas, que se engendrara una mentalidad y una ciencia jurídica eminentemente positiva, el derecho natural al pasar de la razón a los códigos se convirtió en enemigo de sí mismo. El trío programático —Vida, Libertad, Propiedad— absorbido en los códigos, encarna la mentalidad y los intereses de una burguesía pujante para la que tal ideología era el gran arma contra la ya fallecientes estructuras feudales. Triunfante esta clase social, el viejo espíritu revolucionario se convierte en serenidad conservadora para lo cual nada mejor que un positivismo que pusiera el centro del derecho en el Estado que era predominantemente burgués.

En este clima positivista las invocaciones que se hacen al iusnaturalismo en los siglos XIX y XX se mostrarán con mucha frecuencia conectadas a las actitudes político-sociales reaccionarias contra la burguesía; si la ecuación era orden Natural-orden Liberal, las reacciones contra la burguesía se harán en su propio terreno, intentando utilizar el antiguo concepto del derecho natural y del orden natural que será sinónimo de orden antiliberal.

Como afirma Hernández Gil⁴⁸ el derecho natural es una constante histórica en el ámbito de la cultura occidental. En ningún momento ha sido totalmente eliminada del horizonte jurídico. Han sido diversos los modos de entenderlo y han conocido fases de esplendor y de crisis, pero un total desarrigo no ha llegado a producirse. Por tanto, el fenómeno del resurgimien-

⁴⁷ Á. Latorre, *Introducción del derecho*, Ariel.

⁴⁸ A. Hernández Gil, «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en *Persona y derecho*.

to no significa que vuelva un derecho natural desaparecido sino más bien que se reafirma con más fuerza lo que de algún modo al menos latente siempre ha subsistido.

En España la nota de continuidad del derecho natural fue tan acusada que casi no dio lugar a hablar de renacimiento.

Durante el siglo XIX se mantuvo con vida propia el derecho natural cristiano y especialmente católico de base teológica. En Francia la fundación de una teoría de este signo se debe a De Maistre que resistiéndose a las ideologías propagadas por la Revolución Francesa propugnó un retorno al derecho natural de base teológica conforme a la tradición cristiana. En la tradición Neoescolástica alemana destacan los nombres de los juristas Meyes y Cathreum quienes reducían el derecho natural a tres preceptos «vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo, no dañar al otro». En Italia son figuras de relieve Taparelli, Rosmini y Prisco.

Durante la ascensión positivista del siglo XIX, la situación en España ofrece características peculiares ya que la dialéctica iusnaturalista iuspositivismo, no alcanzó en ningún momento de alto grado de tensión que tuvo en otros países. En España tardó mucho tiempo en recibirse el modelo de la ciencia jurídica dogmática. Falta en nuestros autores una adhesión al positivismo, el positivismo no llegó a ser ideología aunque a veces si se utilizó su método. La profesión de fe iusnaturalista ha sido la predominante, del iusnaturalismo podemos decir que en España ha sido ideología, filosofía y teoría del derecho, aun que el método fuera iuspositivista.

En el siglo dominado por el pensamiento positivo la pervivencia del derecho natural tiene como causas determinantes, aparte del poco fervor positivista, el neoclasicismo tomista y el krausismo. El influjo de estas dos directrices fue mayor por que la doctrina universitaria se ejerció bajo sus postulados.

El neoescolasticismo del siglo XIX de Ceferino González, Ortí y Lara, Mendive, Rodríguez de Cepeda y Marqués de Vadillo ha sido tachada de falta de rigor en la utilización de las fuentes y de escasa originalidad. Mayor importancia tendrá el Krausismo, introducido en España por Julián Sanz del Río movimiento cultural que se consolidó en la creación en 1876 de la institución libre de enseñanza. Krause tomó sus fuentes de inspiración de Santo Tomás, Spinoza y Leibniz, y diferencia entre derecho posible, objeto de la filosofía jurídica, que estudia los ideales y los arquetipos de las instituciones, del derecho real, objeto de la ciencia referida a los diferentes ordenamientos. La relación entre ambos y la elaboración de un modelo incumbe a la política jurídica que es donde desemboca su especulación iusnaturalista. Seguidores suyos, además de Sanz del Río, fueron Romero Girón, Clemente Fernández Elías, Giner de los Ríos, Azcarate, Joaquín Costa, Leopoldo Alas, Posada y Fernando de los Ríos.

Giner de los Ríos introdujo algunas rectificaciones y sostuvo la unidad perfecta entre filosofía y ciencia, acercó la filosofía a la historia y rechazó el carácter estático del iusnaturalismo racionalista, llegando a decir que cada época histórica tiene su derecho natural lo que llevó a un acercamiento del derecho natural al positivismo.

Debe mencionarse la influencia que el Krausismo ejerció a través de Ahrens para quien aunque el derecho actúa siempre por un acto de voluntad, no tiene en éste su origen, por que designa una regla permanente de comportamiento a la que debe ajustarse la voluntad. El derecho natural desempeña una función cognoscitiva, interpretativa y crítica que tiene por objeto determinar como se realiza y si se realiza en el derecho positivo la idea general del derecho.

En el pensamiento protestante Emill Brunner suscitó el interés por el derecho Natural, si bien la doctrina protestante se ha situado siempre del lado del derecho positivo y a favor de la validez jurídica exclusiva de las normas del estado, considerando el derecho natural no como otra cosa que una idea crítico-normativa, sin embargo, Emill Brunner afirmaba su significación política directa y entendió el derecho natural como un derecho de resistencia frente a la tiranía del moderno estado totalitario.

Si a finales del siglo XIX se llegó a decir que el iusnaturalismo había muerto, en el siglo XX y tras la segunda Guerra Mundial ha experimentado un renacimiento espectacular, es lo que Legaz y Lacambra⁴⁹ denomina el eterno retorno del derecho natural aunque como afirma Latorre no sin importantes variantes respecto de modelos anteriores, con ello no se quiere decir que el científicismo positivista haya entrado en vía muerta sino que disminuyó la tensión y se buscaron las compatibilidades. Por su parte el derecho natural ha reconocido también sus limitaciones, la variedad ha dejado de ser una necesaria negación de la universalidad, en el siglo XX asistimos a la reconstrucción o resurgimiento de un pensamiento iusnaturalista con cierta inclinación al eclecticismo. En 1910 Charmont publicó un libro titulado *Renaissance du droit natural*; la expresión se generalizó. En 1950 Elías de Tejada⁵⁰ eligió los términos del «Eterno Retorno» se trata de un resurgimiento de la idea, no una vuelta plena y determinada.

Para Hernández Gil⁵¹ uno de los países y momentos en los que más claramente se produjo el renacimiento fue en Alemania. Las modernas doctrinas iusnaturalistas insisten en la existencia de una justicia material, con contenidos concretos, pero a diferencia de las antiguas teorías iusnaturalistas, los modernos defensores de estas tendencias no piensan en un sistema detallado de normas, sino más bien en un conjunto de principios generales y flexibles. Tampoco la mayoría de los iusnaturalistas modernos establecen una clara prioridad del derecho natural sobre el derecho positivo, limitándose a señalar aquellos principios como puntos de referencia que ha de tener en cuenta el legislador y a los que ha de ajustarse las normas, separándose de esta manera del iusnaturalismo mecanicista.

Coing, en Alemania fue otro de los primeros en desplegar abiertamente la bandera del derecho natural, para este autor el derecho natural es una

⁴⁹ L. Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, Bosch.

⁵⁰ F. Elías de Tejada, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Universidad de Sevilla, 1974.

⁵¹ A. Hernández Gil, «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en *Persona y derecho*.

suma de principios jurídicos supremos que constituyen el fundamento del derecho cultural positivo; estos principios derivan del contenido ético de la idea del derecho con referencia a determinadas situaciones y estructuras fundamentales de la vida social, apriorístico en sus fundamentos éticos, contiene ciertos elementos empíricos en cuanto que se refiere a situaciones determinadas que proceden de la naturaleza humana o de la naturaleza de las cosas. En Coing el concepto de naturaleza de las cosas se integra ante todo con el de la naturaleza del hombre para luego informar el mundo de las relaciones sociales.

Para Wolf, perteneciente al iusnaturalismo protestante, el concepto del derecho natural es variable pero su función es permanente e indestructible actuando como principio de legitimación de todo el derecho positivo y como medida regulativa de todo derecho empírico histórico. El derecho natural tiene que ser una realidad que fundamente y delimita en el orden ético-práctico todo el derecho.

Geny abordó la crítica del método de la escuela de la exégesis y reconstruyó la ciencia jurídica sobre el fondo de una filosofía tradicional de raíz católica que llevó a diferenciar entre lo dado, derecho natural, y lo construido, derecho positivo

A la restauración y revaloración del derecho natural en la moderna filosofía del derecho fuera del campo escolástico ha contribuido decisivamente Del Vecchio en Italia, postulando una noción lógica y universal del derecho positivo que implica una concepción contractualista del Estado construido sobre los derechos fundamentales de la persona y de acuerdo con los postulados del derecho natural cristiano. Para esta corriente la realidad empírica no se conforma siempre con los principios del derecho natural y no por eso dicha realidad queda fuera del ámbito jurídico formalmente considerado, el universal lógico del derecho comprende tanto el derecho que respeta el derecho natural como el que se aparta de él, pero el derecho natural se mantiene siempre como exigencia deontológico y conserva todo su significado y su valor por que éste es el orden metafísico y no de índole física.

Como subraya Truyol y Serra⁵² en el ámbito del derecho internacional, Verdross que comenzó en el positivismo jurídico, pasó posteriormente a acoger las tesis kelsenianas de las normas fundamentales, para pasar a apoyar la primacía del derecho internacional, lo que le colocó a un paso del derecho natural, en el que finalmente se adentró al ver en él el conjunto de principios que resultan necesariamente de la naturaleza de los grupos humanos. Verdross justifica la necesidad de buscar el fundamento más allá de las normas fundamentales formalmente consideradas y admite la obra de la escuela española del derecho de gentes que trasciende el concepto del moderno derecho internacional al perfilar la idea de la comunidad internacional universal.

Castán procede del modelo de la ciencia dogmática, aliado en el método al positivismo, sin embargo no profesó una teoría positivista del ordenamiento.

⁵² A. Truyol y Serra, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, Alianza Universidad, dos volúmenes.

to jurídico ya que consideró indispensable y como pieza básica el derecho natural, afirmando que el derecho injusto no es derecho.

En Francia el neotomismo tradicional será la manifestación del renacimiento del iusnaturalismo de Maritain, Le Fur, Renard que insistían en el bien común como idea rectora del orden social, político y jurídico.

Representantes del iusnaturalismo católico en Alemania son Messner, Von Hippel, Kuchenhof y Von Der Heydte.

En España entre 1939 y 1975, existieron dos tendencias: el raciovitalismo de Ortega de fondo historicista de inspiración alemana y el neoescolasticismo, entre los iusnaturalistas neoescolásticos plenos podemos citar a Corts Grau, a Elías de Tejada, a Galán Gutiérrez y a Ruiz Giménez, posteriormente a Francisco Puy, a Antonio Fernández Galindo, a Manuel Fernández Escalante y a Pérez Luño. Entre los menos plenos a Luís Recasens Siches y a Luís Legués y Lacambra, corrientes que tienen en común el considerarse inspirados en su formación y en sus orientaciones por el racionalismo de Ortega, el haber partido de Kelsen y el haber evolucionado hacia una mayor aproximación al derecho natural.

Y siguiendo con el estudio del renacimiento del derecho natural, la teoría de la naturaleza de las cosas se ha incorporado en este proceso de resurgimiento. El pensamiento de Radbruch se considera dividido en dos períodos, el primero dominado por el relativismo y el segundo caracterizado por el pleno conocimiento de un derecho supralegal racional o natural, donde la justicia ya no se relativiza, donde la injusticia no deja de serlo aunque aparezca moldeada por la Ley. Se acude a la naturaleza de las cosas como un primer principio de la doctrina jurídica. La naturaleza de las cosas es un medio de interpretación y para colmar lagunas, una última ratio de la interpretación y complementación de la ley, no es fuente del derecho, válida por sí misma, si está en oposición con el espíritu de la ley.

La expresión «naturaleza de las cosas» es ambigua y susceptible de interpretaciones diferentes. En términos generales puede decirse que supone un llamamiento a la realidad, a algo que es de suyo o *per se* y por tanto, corrige y modera el idealismo de la razón y el voluntarismo de la ley. Bobbio⁵³ que reconoce la presencia en esta teoría de la concepción iusnaturalista dice «Representa la transformación que la doctrina del derecho natural sufre al pasar de manos de los filósofos a manos de los juristas, es lo que queda de la teoría clásica del derecho natural en el paso de la filosofía racionalista de la sociedad a la sociología».

Toma contacto con las cosas que existen como tales dotadas de una realidad y de unas propiedades que se dan necesariamente. Proporciona sus respuestas sobre bases tan seguras como son los datos biológicos, desvaneciéndose el fondo religioso; el sentido trascendentalista es sustituido por el inmanentismo objetivo. Es inmanente a un ser lo que está comprendido en ellos y no resulta de una acción exterior. Esta doctrina tiene una explicación

⁵³ N. Bobbio, *El carácter del iusnaturalismo*.

fenomenológica de determinados datos jurídicos pero difícilmente resuelve el problema axiológico del deber ser y de la fundamentación del ordenamiento positivo. Lo designado por la naturaleza de las cosas, derivado de ella, antes que en derecho supralegal que inspira y legitima el conjunto de los derechos positivos es más bien un derecho prelegal que condiciona el alcance ordenador de las normas positivas sin llegar a determinarlo plenamente. Un mismo dato procedente de la naturaleza puede recibir interpretaciones diferentes.

Indica Hernández Gil⁵⁴ que esta idea no era radicalmente original, existe en la doctrina griega, en la jurisprudencia romana, en la escolástica medieval y en la escolástica tardía. Afirma el derecho natural concreto, diferenciándose de las teorías que consideran el derecho natural de forma abstracta.

Fechner entiende que el concepto de naturaleza de las cosas ofrece dos aspectos, uno el referente a las conexiones reales dadas con relaciones sociales y otro que afecte al contenido de sentido insito en ellas y del que se afirma que constituye algo objetivo. Para Maihofer es fuente extralegal del derecho, medida extrapositiva de la rectitud objetiva y de la justicia humana de todo derecho positivo vinculante para el legislador y para el juez. No se crea un mundo jurídico más allá del derecho positivo sino que en la vida misma se inserta una forma nueva de derecho respecto del derecho contenido en la ley. Para esta autor existen dos formas de derecho natural, el existencial, el ser auténtico de la pertenencia como persona individual y el institucional, el ser, no menos auténtico, de la persona en su dimensión social. Welzel habla de objetividades lógicas y estructuras objetivas. El legislador no solo se encuentra vinculado a las leyes de la naturaleza física sino también a determinadas estructuras lógicas, en el objeto de su regulación, la cual si no las tiene en cuenta ha de ser necesariamente falsa en las verdades eternas; en esa objetividad tiene la ciencia del derecho el objeto permanente que le hace independiente de toda arbitrariedad legislativa.

Si Maihofer, Welzel y Fechner han podido sustentar una tesis iusnaturalista desplazándose de los dominios de la razón y el idealismo, a los dominios de la existencia, es porque aún inspirándose en algunos postulados del existencialismo no lo han seguido en sus posiciones externas, dedicadas a exaltar como existencia auténtica la singularidad individual, la libertad absoluta y la nada que son formas de negación de la vida social.

La tendencia hacia la historificación, surgida como expresión del resurgimiento iusnaturalista, ha hecho surgir la idea del derecho natural variable, progresivo, dinámico e histórico. Lumia⁵⁵ afirma que los principios en sí, dotados de validez absoluta, se determinan históricamente asumiendo formas diferentes en las diferentes situaciones históricas.

También se aprecia un mayor fondo axiológico, lo que ha supuesto una nueva toma de contacto del derecho con la moral y la justicia, ejemplo de ello es la teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale y de Carlos Cossío,

⁵⁴ A. Hernández Gil, «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en *Persona y derecho*.

⁵⁵ G. Lumia, *Principios de la teoría e ideología del derecho*.

de la realidad que es el derecho forma parte la realización de unos valores. Para Paniagua los valores están llamados a incorporarse en la realidad y Recasens Siches entiende que los valores pertenecen al mundo del deber ser.

Un matiz peculiar y muy interesante dentro del iusnaturalismo tomista está representado por la obra del profesor de París Michel Villey el cual desde una interpretación del pensamiento de Santo Tomás afirma frente al iusnaturalismo escolástico usual la inexistencia de reglas de derecho natural ya que el derecho no participa de la naturaleza de la regla sino que corresponde a la naturaleza de la cosa justa. En segundo lugar por ser lo justo un predicado de la situación y no de la persona hay que diferenciar entre lo justo moral y lo justo jurídico. Al no expresarse lo justo en reglas, sino que se constituye en situaciones concretas no puede desarrollarse en forma de sistema. Las reglas son normas humanas en cuanto humanas no pueden recibir el epíteto de naturales. El derecho está más allá de las reglas, es una corrección de las mismas y se encuentra adoptada a cada situación concreta y tiene que variar con su objeto.

Dentro de la escuela escolástica tomista norteamericana, Hernández Gil⁵⁶ cita como autores más característicos: Mortimer, Adler, Hutchins, Lucey, Morris Cohen, Fuller, Jerome Hall, Levy y Chroust.

Y por terminar con este recorrido histórico de las escuelas iusnaturalistas, en el siglo XX, un importante sector de la doctrina española García de Enterría y Fernández Rodríguez, Lalinde Abadía, Gil Cremades han señalado la filiación iusnaturalista del constituyente español en el título I de la Carta Magna. Garrido Falla afirma que ésta se adhiere a una metafísica personalista, ya que apoya la tabla de derechos en la dignidad de la persona humana. El artículo 1 proclama como valores superiores la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político. Por su parte, el artículo 10 dice que: «la dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social». Se interpreta por este sector doctrinal que tales principios son pre y supraconstitucionales, el constituyente se limita simplemente a recogerlos y a fundar sobre los mismos todo el sistema de los derechos fundamentales.

Galindo Ayuda considera que el iusnaturalismo profesado por la Constitución aparece matizado por el voluntarismo político que se deriva de que es la nación española la que, en el uso de su soberanía, se dota de la Constitución, careciendo la dignidad de la persona humana, que es un concepto jurídico indeterminado, de traducción efectiva, si no es a través de los derechos concretos que la propia constitución propone.

Peces Barba⁵⁷ afirma que la constitución incorpora el modelo dualista, destacando su doble condición de valores y de derechos. Este doble carácter de los derechos fundamentales fue proclamado por el Tribunal Constitucio-

⁵⁶ A. Hernández Gil, «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en *Persona y derecho*.

⁵⁷ G. Peces Barba Martínez, *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate.

nal en la Sentencia de 14 de julio de 1981: «Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o de libertad de un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales del ordenamiento jurídico objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en un Estado de Derecho y, más tarde, en un Estado social y democrático de Derecho».

Esta concepción dualista es defendida también por Esteban Alonso, Álvarez Conde y López Guerra.

Pérez Luño⁵⁸ opina que la Constitución española no se alinea con la posición iusnaturalista, la positiva o la del uso alternativo del Derecho, aunque hay en ella elementos para apoyar cualquiera de ellas. Este autor propone una fundamentación basada en el iusnaturalismo crítico que permite conjugar la unidad de sentido de los valores constitucionales con su dinamismo y apertura a la experiencia social e histórica, a través de su conexión con el principio de soberanía popular.

Como afirma Cazorla Prieto⁵⁹, la Constitución Española tras señalar unos postulados de justicia anteriores y superiores al derecho positivo que encuentra en ellos su justificación, considera la positivación de los derechos fundamentales como consagración normativa de tales exigencias previas que corresponden al hombre por mero hecho de serlo. Postula esta tesis la existencia de derechos naturales inherentes al ser humano, anteriores y superiores al derecho positivo, derechos que no son otorgados por éste, sino simplemente declarados, reconocidos y sancionados.

Autores como Carlos Ignacio Massini Correas⁶⁰ hablan de una crisis del positivismo jurídico de estricta observancia, y en especial del positivismo analítico, y afirman que dicha crisis no ha implicado que la corriente predominante en la filosofía jurídica actual haya retornado lisa y llanamente al iusnaturalismo clásico; Por el contrario, una buena cantidad de los pensadores no-positivistas o antipositivistas se encuentran empeñados hoy en día en una persistente búsqueda de una nueva vía que, sin recaer en el temido iusnaturalismo, provea al derecho de ciertos elementos que aparecen como racionalmente indispensables: ante todo, de una justificación racional de la obligación jurídica, mas allá del mero *factum* del poder coactivo, sea éste estatal o social; y en segundo lugar, de una instancia de apelación ética, desde la cual sea posible juzgar crítica o valorativamente los contenidos del derecho positivo. Este autor habla del surgimiento de una nueva concepción explícita o implícitamente constructivista de la normatividad ética, es decir, una perspectiva según la cual los principios eticourídicos son de algún modo «construidos», «inventados», «consensuados» o «elaborados» por los sujetos a través

⁵⁸ A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

⁵⁹ L. M.^a Cazorla Prieto, *Temas de derecho Constitucional y Derecho Administrativo*, Marcial Pons.

⁶⁰ C. I. Massini Correas, «Los dilemas del constructivismo ético», en *Persona y Derecho*, vol. 36, Pamplona, 1997, pp. 167-219.

de un determinado procedimiento de la racionalidad práctica, entendida en sentido radicalmente constructivo. De este modo, la razón práctica, establece sólo los puntos de partida formales y las reglas del procedimiento racional necesarios para alcanzar ciertos principios éticos que sean el resultado de una mera construcción mental-social, para este autor la división central de las corrientes iusfilosóficas contemporáneas no pasa ya por la tradicional alternativa iusnaturalismo-iuspositivismo, sino antes bien por una división tripartita entre el positivismo jurídico remanente, el iusnaturalismo y las diferentes versiones constructivistas. las teorías que no realizan una remisión al conocimiento de las realidades humanas como fuente de objetividad ética y se limitan a proponer algún tipo de construcción racional de los principios éticos, a las que denominaremos genéricamente «constructivistas».

Pero para Massini el iusnaturalismo tiene en nuestros días una relevante e impostergable tarea que cumplir, a raíz, fundamentalmente, del agotamiento o insuficiencia de las propuestas alternativas de fundamentación del derecho. Efectivamente, a la crisis terminal del positivismo jurídico, motivada principalmente por su incapacidad para dar respuestas aceptables a los más exigentes problemas éticojurídicos de la sociedad, se le suma la radical insuficiencia metaética de las respuestas elaboradas para esos mismos problemas por las diferentes versiones del constructivismo. Estas insuficiencias pueden reducirse fundamentalmente a dos: la primera, la que hemos llamado «fálsica proceduralista», y que consiste en la pretensión —químérica e ilusoria— de extraer los contenidos de la eticidad —en especial de la juridicidad— del mero procedimiento formal del razonamiento práctico. «De hecho —ha escrito Arthur Kaufmann— este pensamiento de que la pura forma, el deber ser puro, podría producir contenidos y reglas de conducta concretas; pero, es imposible llegar a contenidos materiales partiendo únicamente de la forma o del procedimiento, o por lo menos contando únicamente con éste». La segunda de las insuficiencias radica en que la objetividad deontica que pretenden una objetividad que no alcanza su fundamento más allá de la conciencia y de la voluntad humana, sea ésta subjetiva o intersubjetiva, resulta radicalmente insuficiente para justificar razonablemente exigencias que se plantean de modo absoluto o sin excepción. Lo más que puede pretenderse, a partir de un fundamento de este tipo, es arribar a un acuerdo, siempre provisorio y revocable, acerca de ciertos parámetros de la convivencia, pero jamás a fundamentar rigurosamente normas de derecho inexcepcionables, como lo son fundamentalmente las de orden público o las de carácter penal; «ciertamente —escribe Georges Kalinowski— podemos darnos reglas de comportamiento pero, viiniendo de nosotros, su fuerza obligatoria, en la medida en que pueden poseerla, depende enteramente sólo de nosotros: somos capaces de abandonarlas o cambiarlas en todo momento». ¿Podemos hablar en este caso de validez objetiva de normas instituidas para nosotros por nosotros mismos? Si la respuesta ha de ser aquí negativa, como es evidente, con mayor razón no podemos hablar de validez objetiva en el caso de normas que un hombre pretendiera establecer para otros.

Pese a las diferencias que existen entre las distintas corrientes doctrinales, el iusnaturalismo tiene un denominador común. Toda concepción del derecho natural tiende a sustraer del puro arbitrio individual o convencional los criterios básicos reguladores de las relaciones de convivencia entre los hombres, buscando la justicia como expresión ontológico-metáfísica del ser, como expresión lógica de la razón o como expresión ética del bien.

El problema del derecho natural no es el meramente teórico de que los juristas y los filósofos no se pongan de acuerdo respecto de los modos de afirmarle, ni tampoco su negación, sino el problema profundamente antropológico y social de que habiendo un derecho preconfigurado por la naturaleza humana o encarnado en el hombre su realización en la práctica es irremisiblemente una cuestión pendiente.

El pensamiento del derecho natural con todas sus dificultades encierra el valor de posibilitar la adopción de una posición crítica respecto de los derechos positivos, el mantener la esperanza abierta hacia un derecho justo y erigir en centro de la protección jurídica a la persona.

III. IUSPOSITIVISMO

Comenzamos, antes de centrarnos en el desarrollo histórico del iuspositivismo, por dar una serie de definiciones de lo que se ha entendido y se entiende por esta corriente del pensamiento: El iuspositivismo parte del supuesto de que el derecho no es más que la expresión positiva de un conjunto de normas dictadas por el poder soberano. Estas normas, que constituyen el derecho positivo, son válidas por el simple hecho de que emanen del soberano, no por su eventual correspondencia con un orden justo, trascendental, como pretendía el iusnaturalismo. Según García Maynez⁶¹ «el derecho positivo, por el simple hecho de su positividad, esto es, de emanar de una voluntad soberana, es justo». Para el iuspositivismo las normas que emanen de un Estado fundan su validez en este hecho y no en valores éticos trascendentales o en fines «socialmente valiosos».

El Positivismo jurídico se considera una doctrina libre de valores que establece lo justo y lo injusto con base, única y exclusivamente, en los dictados del poder soberano, y no en un derecho superior por fundarse en la naturaleza, en la razón, o en Dios. Para el positivismo jurídico, el derecho, que no es otro más que el derecho positivo, no persigue ningún fin inmanente, ni está sujeto a ningún contenido preestablecido. El derecho emana de un procedimiento formal, está históricamente determinado por el tiempo y el espacio de cada formación estatal, o sea, es contingente.

En palabras de García Maynez, el iuspositivismo, no incluye en la definición del derecho cuestiones de tipo teleológico, como la de que éste, para ser tal, deba realizar la justicia, la libertad o el bien común. Precisamente por ello

⁶¹ E. García Maynez, *Positivismo Jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*, UNAM, México, 1997; *Id., Introducción al Estudio del Derecho*, 48thdf, Porrúa, México, 1996.

no escatima el calificativo de jurídicos a preceptos que habiendo sido creados por órganos competentes, en la forma legalmente prescrita, no realizan, empero, tales o cuales ideales de justicia, de libertad o de común beneficio.

El derecho positivo funda su validez únicamente en las reglas y procedimientos establecidos por el Estado. Por eso para el iuspositivismo, el derecho positivo es *formal*, porque no se define ni por las acciones que regula, ni por el contenido de tal regulación, ni por los fines que esta acción persigue; se define únicamente con relación a la autoridad que establece las normas, o sea, con respecto al poder soberano, para el iuspositivismo, detrás de la ley no hay nada más que la voluntad soberana: *autoritas non veritas facit legem*. Por esta razón, se dice que otra de las características básicas del iuspositivismo (además del *formalismo*) es el *imperativismo*.

Para el positivismo jurídico, el derecho es el conjunto de normas con las que el soberano ordena o prohíbe determinados comportamientos a sus súbditos; es un mandato y todos los individuos deben acatar los dictados del derecho positivo: saben que, de no hacerlo, tendrían que enfrentarse a la pena y a la coacción que impone el Estado (monopolio de la violencia), bajo el amparo del derecho (fuente de su legitimidad), a quienes cometan actos ilícitos.

Pasamos a continuación a contemplar las diferentes corrientes positivistas que se han dado a lo largo de la historia.

Como Precisa Latorre la actitud positivista va unida al desarrollo del Estado moderno y no considera el citado autor aventurado calificar de positivistas a los legistas que ya en la Edad Media pusieron las bases jurídicas del Estado moderno en la Francia de Felipe el Hermoso o a los juristas que constituyeron a partir del Renacimiento uno de los más firmes puentes de los reyes de las monarquías occidentales europeas en su labor de acabar con el feudalismo y de configurar una monarquía absoluta.

Pero de una manera consciente el positivismo surge como doctrina en el siglo XIX. El fenómeno es general en una mayoría de países aunque en cada uno de ellos reviste peculiaridades propias debidas a su tradición cultural y no faltan diferencias importantes de ideas entre los múltiples autores que han defendido una concepción positivista del derecho. Podemos enumerar como más características:

- La escuela de la exégesis francesa.
- El formalismo de la ciencia del derecho público alemán.
- La jurisprudencia analítica del positivismo de Austing.

Como ya hemos apuntado, en España existió poco fervor positivista. El positivismo Español en su grado máximo está sin duda representado por Pedro Dorado Montero penalista que se opuso totalmente al derecho natural por considerarlo como mera expresión del ideal jurídico de cada uno, carente de dimensión social y no susceptible de ser impuesto coactivamente.

A lo largo del siglo XIX se desarrollaron varias manifestaciones del llamado positivismo jurídico que en ningún caso hay que confundir con el positivismo filosófico que se impone en Europa en el segundo tercio del siglo XIX;

si bien ésta es una de las bases de donde surge y se nutre el positivismo jurídico. Entiende Paniagua⁶² que el positivismo filosófico se caracteriza por el rechazo de las cuestiones fundamentales y abstractas que constituyen el objeto de la metafísica y de los conceptos generales y abstractos con que se pretende darles solución; se limita al estudio de los hechos, de lo que acontece y se conforma con formular leyes que expresen la regularidad con que acontecen esos fenómenos. Toma por modelo las ciencias naturales, su finalidad en último término según Comte, es saber para prever y prever para poder.

Bajo el predominio en Europa de este movimiento filosófico no existe un clima apropiado para contemplar el derecho desde el punto de vista del derecho natural, sino más bien bajo los moldes de su posición contrapuesta: El positivismo jurídico.

El positivismo filosófico lleva a fijarse en los fenómenos o manifestaciones de la sociedad que puedan identificarse y manejarse con seguridad y facilidad, que puedan servir para orientar en la práctica los textos legales, que no sólo eran fácilmente identificables y manejables sino que además en virtud de su generalidad y del apoyo que recibían de la autoridad y fuerza del Estado, podían servir asimismo como expresión de lo que verdaderamente iba a ocurrir.

Con Kant y Hegel se había planteado el problema de su propia rectificación a base de prescindir de la metafísica y unir la razón y la historia. Se, terminó por ceder el paso al conocimiento científico dotado de una capacidad resolutiva de problemas de la que carece la filosofía. En el plano de la práctica política es un hecho evidente que el Estado se apodera del derecho mediante la ley que va a cumplir la doble función de legitimarle y de proyectar la acción del Estado en la sociedad.

La paternidad más significativa del positivismo le corresponde a Comte negación de la metafísica y afirmación de la experiencia como punto de partida y elemento de constatación del conocimiento científico. Para Comte el derecho natural era una metafísica intolerable.

El positivismo comtiano tardó en penetrar en el derecho. No accedió por vía de la ciencia jurídica dogmática, sino por la sociología. Cuando el saber jurídico tomó contacto con la sociología, ésta, como indica Hernández Gil⁶³, aporta un conocimiento positivista de espectro mucho más amplio: el de los hechos, mientras que el positivismo jurídico quedaba circunscrito a la norma. Sin embargo, el positivismo jurídico y el sociológico no forman un frente común contra el derecho natural. El positivismo sociológico en algunos aspectos era todavía más intolerante con el positivismo de las normas.

El positivismo jurídico se encontró con otra base de sustentación: la codificación. Esta adquirió su máxima significación en Francia, sobre todo a partir de la promulgación del Código de Napoleón en 1804 que como indica Legaz⁶⁴, usufructuó el prestigio al *habeas Iuris Justinianeo*; Por esto en Francia

⁶² J. M.^a Rodríguez Paniagua, *El concepto y la validez del derecho*.

⁶³ A. Hernández Gil, «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en *Persona y derecho*.

⁶⁴ L. Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, Bosch.

el positivismo jurídico reviste ante todo la forma que se conoce con el nombre de escuela de la exégesis que domina el panorama del pensamiento jurídico francés a lo largo de todo el siglo XIX; Dice Elías Díaz⁶⁵ que el Código de Napoleón considerado traslación de ese ideario iusnaturalista triunfante en la revolución, viene a apoderarse del prestigio de éste como código racional perfecto: «Napoleón ha dado un Código a Francia, escribe Legal, y el espíritu racionalista celebra en él su triunfo». Los juristas se encuentran ante una nueva tarea: estudiar y exponer ese Código y así surge en Francia una escuela jurídica que desde hace años ha pasado a la historia con el nombre de escuela de la Exégesis.

Señala Bonnecase tres fases en esta tendencia exegética francesa:

- La fase de fundación 1804-1830 con Toullier, Delvincourt.
- La fase de apogeo 1830-1880 con Duraton Laurent, Bugnet Aubry y Rau.
- La fase de decadencia 1880-1900 con Baudry-Lacantinerie y Guillouard.

Según el autor anteriormente citado los caracteres de la escuela de la exégesis los podemos reunir y resumir en cinco puntos:

El primer rasgo distintivo, el fundamental, según, Bonnecase, sería el de tributar una especie de culto al texto legal, es decir, el de mirar con el máximo respeto al texto de la ley, en cuanto se le considera como expresión o manifestación del derecho. Un resumen de esta actitud puede verse en la frase de Bugnet «Yo no conozco el derecho civil, yo conozco el código de Napoleón» todo el derecho se encierra en la Ley y la ley debe ser la única preocupación del jurista.

El segundo rasgo de la escuela de la Exégesis es la orientación a la interpretación subjetiva del derecho. En la distinción entre letra y espíritu de la Ley identifican como espíritu de la Ley, el espíritu del legislador, es decir su intención, su voluntad, lo que hay que buscar es la voluntad del legislador. Cuando se sepa esta voluntad vale como voluntad real y cuando no se pueda averiguar o no haya existido propiamente ninguna voluntad, habrá que buscar la voluntad supuesta o presunta, es decir la que habría tenido el legislador de habersele presentado ese caso. Para conocer la voluntad real se podía acudir a la historia de la redacción de la ley y a los preámbulos en la que se explica la finalidad de la misma. Pero averiguar la voluntad presunta no es tarea tan fácil, hay quien se remite para ello a la jurisprudencia, como Demolombe, y quienes la buscan en los precedentes históricos como Audry y Rau.

Toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una voluntad extraña, debe ser rechazada. La voluntad del legislador es lo que constituye la ley y debe considerarse contrario a ley no solo lo que se hicieire a su espíritu y letra sino también lo que solo atenta a su espíritu pareciendo mantener la letra.

⁶⁵ E. Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus Humanidades.

En tercer lugar hay que señalar el rasgo de la estatalización del derecho, es decir la reducción de éste a un producto del Estado. Puesto que todo derecho se contiene en una ley, y ésta es creación del Estado, todo el derecho procede del Estado. Aun en los casos en que los jueces resuelven de acuerdo a otros criterios, por ejemplo, la equidad, lo hacen por delegación de la propia ley estatal.

Blondeau afirma que si la Ley es oscura o insuficiente no hay posibilidad de solución; sin embargo, no faltó algún autor de la escuela que protestó contra el absorbente legalismo y negó la identificación absoluta de derecho y ley.

En cuarto lugar existe un claro predominio del derecho positivo sobre el derecho natural, la escuela de la exégesis no se atreve a negarlo directamente, pero marginó su importancia, deja a un lado la aplicación del derecho natural por que considera que sus principios son demasiado generales y abstractos, que son difíciles de aplicar en la práctica y que difícilmente pueden dar la solución; lo que hay que aplicar es la concreción de estos principios y del modo que de hecho se han concretado en armonía con las necesidades sociales, las aspiraciones y enfermedades humanas como afirma Taulier, lo que hay que aplicar es el derecho positivo. Si bien autores como Andry y Ray reconocen igualmente principios absolutos e inmutables anteriores superiores a toda legislación positiva como la personalidad del individuo, la construcción de la familia, la libertad...

Hernández Gil⁶⁶ explica esta conjugación del positivismo legalista y el iusnaturalismo desde el punto de vista de los ideales del Iluminismo para el que existe una especie de armonía preestablecida entre el derecho de la razón y el Estado según la razón. «El estado del iluminismo, dice Hernández Gil, no quería ser sino un Estado según la razón y por lo tanto el carácter estatal del derecho se afirmaba no en función de todo Estado, no en función de un Estado absolutista, sino sólo para el Estado apoyado en los denominados principios inmortales».

Y por último otra característica es el gran valor atribuido al criterio de autoridad, referida no ya al legislador sino incluso a los interpretes de la ley y en especial a los grandes comentaristas del Código de Napoleón. Pothier había hecho el Código y Toullier fue su comentarista cuyas opiniones quedaron por encima de toda crítica posible.

La superioridad del legislador como creador del derecho frente al juez aplicador del mismo, fue entendida por la escuela de la exégesis en el sentido de considerar que la función del juez se limita a una labor casi mecánica de aplicación-repetición de la norma a través de un procedimiento lógico de simple deducción. Se trataría de una tarea casi exclusivamente reducida a la resolución de un elemental silogismo, en el que la norma general actúa como premisa mayor, siendo el caso real de la vida que se plantea, la premisa menor y la sentencia o resolución adoptada valdría como conclusión del silogismo.

⁶⁶ A. Hernández Gil, «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en *Persona y derecho*.

Este movimiento ha suministrado indudable utilidad para la ciencia jurídica, a pesar de su excesivo formalismo o legalismo, la función del juez se reduce a mero aplicador del derecho.

Se comprende que una doctrina edificada sobre estos principios, dice Legaz y Lacambra tenía que inmovilizar al derecho positivo y a la larga impedirle realizar su fin. Esta escuela aferrada a los textos se ha vuelto de espaldas a la vida, a la realidad jurídica con lo que ha perdido de vista su propia índole científica, se ha abstenido de realizar la labor científica de poner en relación la Ley con el medio social de que emana.

La publicación de la obra de Geny 1899 sobre el método de interpretación y fuentes de derecho privado marca el definitivo fin del método exegético y la entrada en Francia de los nuevos métodos finalistas presociológicos que en Alemania se venían fraguando ya desde Ihering.

Geny critica duramente lo que califica como fetichismo de la ley, frente a ello apoya la necesidad de una libre investigación científica por la que se haga valer los datos irreductibles del derecho natural que ayuden al juez a colmar las lagunas que todo derecho positivo deja necesariamente vacías.

La visión del derecho positivo en un origen más social que estatal va a ser fructífera para la sociología jurídica, ejemplo de ello serán Diguit y Hauriou.

Geny también niega la primacía de la ley en el orden jerárquico de fuentes y su postergación ante la decisión judicial que pasa así a un primer plano.

Esta línea judicialista será después formulada en toda su amplitud y máximo alcance por la escuela del derecho libre, será Charmont afirmando la fuerza obligatoria de la costumbre contra la ley, junto con Lamber los que se situarán en el movimiento del derecho libre.

En Alemania el positivismo triunfa primero como positivismo dogmático, como el intento de construir sistemas de conceptos basados en el derecho romano tal y como entonces se entendía y se aplicaba, conceptos a los que se daba una cierta entidad metafísica, como si se tratara de seres reales cuya esencia descubría el jurista. Con el final de la vigencia del derecho romano en Alemania y la entrada en vigor del Código Civil Alemán de 1900, los juristas aplican a la nueva ley métodos análogos, pero pierden la sensación de estar trabajando sobre una materia estable, como era el derecho de Pandectas, consagrado por los siglos, comenzando a sentirse meros intérpretes de la voluntad variable de un legislador.

Las decisiones lógicas y formalistas de la escuela histórica serían las que dieron lugar a la llamada escuela Pandectista a la que pertenecieron autores como Regelberger, Brinz, Bekker y Windscheid, esta escuela estaba orientada hacia una metodología sistemático-dogmática que pretendía la construcción de conceptos jurídicos de carácter formal tomando como punto de partida la norma positiva, el derecho es para este movimiento de jurisprudencia conceptual, de modo fundamental, un sistema conceptual construido sobre el análisis de las normas positivas y sobre la creencia de la logicidad inmanente del ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia conceptualista, a pesar de las críticas que por su relativo distanciamiento de la realidad puede merecer, ha supuesto una válida con-

tribución a la moderna formalización científica de los conocimientos jurídicos. Como expresión y exigencia del Estado liberal, dichas tendencias han contribuido igualmente a una mayor seguridad en la protección jurídica de los derechos fundamentales del individuo. No es extraño, dice Elías Díaz⁶⁷ que las reacciones antiformalistas y antinormativistas hayan sido con frecuencia reacciones al mismo tiempo antiliberales.

Podría mencionarse dentro de la dirección formalista-normativista, el formalismo de la ciencia del derecho público alemán, donde se deben señalar las aportaciones hechas a la ciencia del derecho público alemán por Gerber, Laband, Jellinek, así como la filosofía jurídica de Stammler y la teoría pura del derecho de Kelsen.

Para Solozabal Echevarría⁶⁸ el protagonismo del estado no solo debe ser atribuido a la importante función encomendada al mismo, sino a la propia debilidad de la sociedad civil alemana estructurada todavía según el modelo del antiguo régimen y donde el débil peso de la burguesía no le permite asumir ningún rol hegemónico. Esta posición subordinada de la burguesía no fue enmendada en los años de la industrialización, que coinciden con la consecución de la unión nacional, liderada por Prusia, vertebrada políticamente a partir de la alianza de la burocracia, aristocracia y el ejercito, y en cuyas instituciones estatales sólo encontrará un hueco muy modesto la burguesía. El logro de la unidad nacional, consecuencia del ímpetu militar prusiano, no hizo sino reforzar el prestigio del Estado colocando por encima de los contrastes ideológicos y sociales, en una esfera de autonomía y objetividad, a cuya esencia y actividad le convenía un tratamiento sólo jurídico que fue el atribuido por la escuela del derecho público.

La ciencia jurídica había sido hasta la segunda mitad del siglo XIX, una ciencia privatista. Especialmente en las ramas constitucional y administrativa apenas se había construido el derecho como objeto susceptible de consideración jurídica, por que las ciencias respectivas se hallaban dominadas más bien por puntos de vista ético político y filosófico; más que una ciencia jurídica del derecho público se cultivaba la política y más que la ciencia jurídica del derecho administrativo, se cultivaba una ciencia de la administración; en el ámbito penal se combatía con la antropología sociología y política criminal.

La necesidad de garantizar la pureza del método jurídico parecía imponer la necesidad de desviar la mirada y precaver la mente de toda irrupción de elementos valorativos, éticos, sociológicos, políticos, antropológicos e históricos. La escuela clásica del derecho penal y sobre todo la escuela alemana del derecho público simbolizan esta dirección.

Gerber y Laband queriendo dar rigor científico al derecho público posterior a 1870, intentan la aplicación de los esquemas y conceptos construidos hasta entonces para el derecho privado; no pretenden ser logicistas, pero lo que sí reclaman es rigor formal para el derecho público.

⁶⁷ E. Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus Humanidades.

⁶⁸ J.J. Solozábal Echevarría, «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991, pp. 87-109.

Laband, que es el ejecutor testamentario de Gerber, que era a su vez prolongación en el derecho público, de la labor que la pandectística había realizado en el derecho privado siguiendo el ejemplo de Savigny, reconoce, como indica Legaz⁶⁹, que en el dominio del derecho público se presentan a veces ciertos principios de derecho privado que no merecen amoldarse a la naturaleza de aquél; pero en realidad, dice el autor citado, no son principios de derecho privado sino principios generales del derecho incorporados al derecho privado y que es preciso mantener, despojándolos naturalmente de su trabañón tradicional con el derecho privado. Ciertamente no se puede tratar el derecho público con criterio civilista, pero muy a menudo, dice Laband, la concepción del método civilista es una máscara que oculta la aversión a tratar el derecho público de un modo jurídico, alegándose rechazar los principios privatistas y lo que se hace realmente es eliminar todo principio de derecho para reemplazarlos por consideraciones filosóficas y políticas.

Hay pues que reconocer que la ciencia del derecho privado se ha puesto a la cabeza de las ciencias jurídicas, por eso, en último término, el derecho público no debe tener inconveniente en imitarla y seguirla, siendo preferible que imite al derecho civil a que pierda todo carácter jurídico y caiga al nivel de la literatura política de periódico.

La lógica es el único medio de cumplir aquella función en la que ningún otro medio puede reemplazarla; todas las consideraciones históricas, política y filosóficas, por precisas que sean en sí misma, carecen de importancia para la dogmática de un derecho concreto y a menudo no sirven más que para disimular la falta de un trabajo sistemático.

Esas han sido las motivaciones del formalismo y del nominalismo, el buscar un mayor rigor lógico, si bien no todas las tendencias, ya que han existido algunas que no se han negado a la posibilidad de una perspectiva sociológica o filosófica, si la mayoría han tratado de absolutizar y exclusivizar esa metodología lógico-formal y conceptual-normativa descuidando poner el derecho en referencia a una realidad social y a unos determinados sistemas de valores e intereses.

Los autores de las construcciones teóricas que se desarrollan a finales del siglo XIX insisten sobre todo en la necesidad de diferenciar el ser, del deber ser, lo que debe ser según el derecho, de lo que es en la realidad social o lo que debe ser según la moral. Destacan entre estos juristas Georg Jellinek que centró su atención en la teoría del Estado.

A Jellinek no se le ocultó uno de los problemas que planteaba el positivismo jurídico a la concepción liberal del Estado y del derecho dominante en su época. Si el derecho es una pura creación del poder del Estado y el jurista se ha de limitar al estudio de sus normas sin entrar a formular juicios de valor ético o político ¿cómo se concilia esta opinión con el principio fundamental del Estado, clave del pensamiento liberal, según el cual el Estado ha de estar sometido al derecho? ¿En qué se puede basar esa sumisión, si el dere-

⁶⁹ L. Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, Bosch.

cho es libre creación suya?. Jellinek creyó haber resuelto la dificultad con su teoría de la autolimitación. El Estado crea el derecho pero al crearlo queda él mismo limitado por las normas que produce y subordinado a ellas. Jellinek se convierte así en uno de los principales teorizantes del estado liberal de derecho y representa con gran transparencia las preocupaciones ideológicas de la sociedad europea de finales de siglo. Como indica Solozabal Ecavarría⁷⁰ de un Estado contemplado como persona jurídica limitada por el derecho, organizada utilizando el derecho y cuya actuación fundamental consiste en la producción del derecho.

El descrédito de la teoría de los derechos naturales en la ciencia jurídica alemana de finales del siglo XIX y principios del XX, motivado en gran medida por la crítica del positivismo jurídico, determinó la aparición de una nueva categoría, la de los derechos públicos subjetivos. No se trata de una simple mutación terminológica, sino de un cambio radical en cuanto a la concepción de la naturaleza de estos derechos, cambio llevado a cabo por Gerber, Jellinek y Mayer entre otros. Como escribió Santi Romano, se trata de una reacción contra el iusnaturalismo, afirmando que los derechos no corresponden de forma innata al individuo, sino por su pertenencia al Estado. Para ello, la ciencia jurídica Alemana construyó la teoría de la personalidad jurídica del Estado, de manera que fuera posible establecer e instar relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares. Sobre esta base, los derechos públicos subjetivos, presupuesto esencial del derecho público, son aquellos por los que el individuo puede exigir del Estado una acción o una omisión ya que con anterioridad a su reconocimiento positivo, consideran, que no hay sino expectativas de derecho o postulados de justicia

En Italia la corriente formalista en el campo del derecho público está representada principalmente por Orlando y en Francia por Carré de Malberg.

La culminación del positivismo en el siglo XX se debe al jurista austriaco Hans Kelsen, creador de la teoría pura del derecho. El propósito de Kelsen fue establecer las condiciones previas a todo análisis jurídico concreto; La teoría pura del derecho es una teoría general que parte del mismo punto que los positivistas tradicionales, analizar el derecho con independencia de todo juicio de valor ético-político y toda referencia a la realidad social. Kelsen quiere purificar la ciencia jurídica de todo elemento extraño para fijar como único objeto el conocimiento de lo que es el derecho sin justificarlo ni atacarlo. Es la llamada geometría kelseniana de las formas jurídicas. Todo derecho es para Kelsen un sistema de normas, la primera tarea de la ciencia jurídica es reducir este conjunto de normas, a reglas. El deber ser no se confunde con lo que eso será en la práctica, tampoco se identifica con el deber ser ético-político.

Una vez despojada la norma jurídica de toda infiltración meta jurídica queda el problema de explicar su existencia. Kelsen no entiende el Estado como entidad diferente al derecho, el Estado para Kelsen, no es más que la personación de un orden jurídico, todo acto del estado es un acto jurídico.

⁷⁰ J.J. Solozábal Echevarría, «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991, pp. 87-109.

Las normas jurídicas forman una pirámide apoyada en un vértice; el juez dicta sentencia, norma particular creadas por él, autorizadas por una ley general que a su vez esta ley general está autorizada por una autoridad que estaba autorizada para hacerlo por otra norma anterior; estas normas se han de apoyar a su vez en otras normas pues sino no serían normas jurídicas, pero la norma final que constituye el vértice de la pirámide, clave de todo el sistema, no puede ser otra norma jurídica, pues entonces necesitaría otra norma jurídica en la que apoyarse, para romper el círculo vicioso Kelsen considera la norma fundamental como una hipótesis que hay que presuponer para la validez del ordenamiento jurídico.

La doctrinas de Kelsen fueron aceptadas e incluso materializadas y modificadas por el importante grupo de juristas de la escuela de Viena.

En Inglaterra el positivismo se desarrolla con J. Austin máximo teórico positivista del siglo XIX, fundador de lo que los juristas anglosajones llaman la jurisprudencia analítica. Jeremias Benthan, uno de los más representativos exponentes de esta tesis, entendió como incongruencia jurídica el concebir la existencia de derechos previos o anteriores al estado y como falacia la concepción que recurría a la ley escrita para definir y sancionar tales derechos naturales. Benthan concluía que no hay ningún derecho fuera del Estado y de la Ley.

A Austin se le reconoce como principal mérito el haber dado una formulación rigurosa de las tesis principales del positivismo. Austin considera en primer término que hay que diferenciar el derecho positivo de otro tipo de normas como los usos sociales u otros preceptos independientes de aquel, que él considera que es el único derecho verdadero. Consistente este en reglas establecidas para la guía de un ser inteligente por otro ser inteligente que tiene poder sobre él. Este poder en último término es el del soberano, entendiendo por él la persona o conjunto de personas, para Austin Parlamento Británico, que no obedecen habitualmente a un superior y que son obedecidas habitualmente por una sociedad dada. Esas reglas son órdenes respaldadas por la amenaza de sanción. Puede haber casos en las que tales órdenes no sean emanadas directamente del soberano pero que en último término se apoyan en su autorización. Tales normas actúan y son jurídicas con independencia de la valoración ética que nos merezcan y son libremente dictadas por el Estado, que no está sometido a limitación superior alguna, ni siquiera por sus propias leyes, afirmación en la que se diferencia Austin de Jellinek, ya que éste afirmaba que el Estado está limitado por el derecho que él mismo crea.

La ciencia Jurídica o ciencia de la jurisprudencia, como es costumbre llamarla en los países anglosajones, mantiene que ella debe ocuparse sólo de las leyes positivas sin preocuparse de si son buenas o malas. El mismo Austin dio el impulso para centrar la ciencia jurídica en la elaboración y sistematización de conceptos de acuerdo en esto con las corrientes doctrinales dominantes en el continente.

Y llegados a este punto podemos hablar del eterno retorno del derecho natural, según el título de la obra de Rommen, favorecido por la decadencia

de las circunstancias sociológico-intelectuales de mediados del siglo XX. El llamado argumento *reductio ad Hitlerum*, consistente en señalar las atrocidades de la época nazi como una consecuencia de la mentalidad positivista en que estaban formados los juristas incapaces de reaccionar en nombre de principios superiores a las exigencias de la Ley, lo que favorecería el triunfo posterior del iusnaturalismo. La importancia del iusnaturalismo en la Ley Fundamental de Bonn y en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, incluso llegó a anular una ley legal por anti- iusnaturalista.

Apunta Rodríguez Paniagua⁷¹ que a mediados del siglo XX se hizo difícil, a una buena mayoría de las personas interesadas por la problemática ética, o simplemente dotadas de una mínima sensibilidad moral, considerar como derecho, al menos en su significación central, a sistemas de normas intrínsecamente opresivos, excluyentes y aun criminales. Esta convicción generalizada alcanzó carácter institucional cuando los tribunales alemanes negaron condición jurídica a normas y resoluciones adoptadas por los organismos nazis de gobierno que implicaban graves violaciones de principios éticos en materia de justicia. En estos casos, la solución jurídica de las cuestiones planteadas se alcanzó recurriendo a la normatividad de principios transpositivos, considerados intrínsecamente justos con independencia de su establecimiento o reconocimiento por la legislación positiva.

Parece claro que en este contexto moral resultara difícil sostener la independencia a ultranza de la legislación positiva respecto de pautas o criterios éticos, por otra parte, en el ámbito estrictamente jurídico-institucional, numerosos juristas pusieron en evidencia que, en los hechos, de modo habitual y más allá de los casos a que hicimos referencia en el párrafo precedente, los tribunales de justicia tomaban en consideración pautas o estándares éticos en el momento de decidir las controversias que se llevaban ante los jueces; en este punto merecen ser destacados los trabajos de Ronald Dworkin, *Is Law a System of Rules?* y *The Philosophy of Law*, quien estudió el uso que se hacía en los tribunales norteamericanos de principios de carácter ético, en especial en los que denominó «casos difíciles».

Además, la universalización del discurso acerca de los «derechos humanos» y su paulatina incorporación como fuente de soluciones jurídicas en el marco de los diferentes derechos nacionales, hizo necesario concebir a esas facultades como estricto derecho, a pesar de su «positividad» menguada o inexistente y de su carácter inexcusamente ético.

Frente a esto y sobre todo en Italia, muchos positivistas se han presentado como víctimas del régimen totalitario y han señalado que las disposiciones más inicuas del régimen nazi nunca fueron ley en el sentido positivo del término, sino decisiones adoptadas por ciertos funcionarios, carentes de la más elemental forma jurídica que permitiera reconocer su validez al respecto del principio positivo de la ley es la ley, por lo que consideran que hubieran podido impedir su ejecución al carecer de obligatoriedad.

⁷¹ J. M.ª Rodríguez Paniagua, *Derecho injusto y derecho nulo*, Aguilar, 1971.

Afirma Julieta Marcone⁷² que el iuspositivismo sostiene que el único derecho válido es aquel que dicta el Estado. Por eso en primera instancia genera reacciones encontradas; a diferencia del iusnaturalismo, que en seguida se gana la aceptación de todos aquellos que lo consideran superior por apelar a una moral que trasciende la contingencia del derecho positivo (pues este último se supone en muchas ocasiones injusto), pero para esta autora, en nombre de la razón, de Dios y de los derechos naturales muchos han cometido las peores atrocidades vistas en la historia y sostiene que también el iusnaturalismo puede tener un efecto bumerán: el iusnaturalismo puede llegar a ser mucho más peligroso que el iuspositivismo en caso de que ambos constituyan el fundamento de un orden injusto; si el fundamento de ese pacto estatal es iuspositivista, los individuos sabrán que de ellos, y de nadie más, depende que este orden persista, por lo que, si les resulta insopportable, no tendrán ningún impedimento moral para intentar cambiarlo; en cambio, si el fundamento del pacto estatal es iusnaturalista, los individuos que pretendan modificar ese orden no sólo se encontrarán con los impedimentos legales, sino sobre todo con un gran impedimento moral (que son los supuestos dictados de la naturaleza, de la razón, de la historia o de Dios).

Una tendencia nueva en el campo del derecho que aunque presenta características muy peculiares puede englobarse en el campo de las doctrinas positivas es la de los juristas que han centrado su atención en el análisis del lenguaje jurídico a la luz del moderno desarrollo de la lingüística y de las corrientes filosóficas que se conocen bajo el nombre de positivismo lógico. Los estudios hasta ahora hechos se han centrado sobre todo en el problema del significado de los términos jurídicos. Mientras que tradicionalmente se buscaba el significado exacto o verdadero de los términos, estos análisis han puesto de relieve que las palabras tienen una gama de significados según su uso y contexto. El concepto de definición ha cambiado considerablemente al poner de relieve que muchas definiciones no se refieren a cosas sino que son determinaciones del sentido de las palabras.

Aunque los partidarios de esta tendencia no han intentado construir ninguna teoría general del derecho sería un error, afirma Latorre⁷³ el creer que los problemas que debaten son meros problemas de palabras. El análisis del lenguaje es una puerta abierta a una concepción de la realidad, por que como indica Wittgenstein «un lenguaje es una forma de vida».

En nuestros días, el positivismo jurídico sigue siendo la filosofía del derecho dominante, pese a los duros ataques de que viene siendo objeto. Tratamos a continuación estas críticas y los intentos de conciliación con el iusnaturalismo.

⁷² J. Marcone, *Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo*.

⁷³ Á. Latorre, *Introducción del Derecho*, Ariel.

IV. LA IMPORTANCIA DE CASAR EL PENSAMIENTO IUSNATURALISTA CON EL POSITIVISMO JURÍDICO PREDOMINANTE EN LA ACTUALIDAD

Comenzamos por analizar la posición del positivismo jurídico ante la doctrina de los derechos humanos.

José Antonio Ramos Pascua⁷⁴ repasa en su artículo «Derechos humanos y positivismo moderado» las principales críticas de las que ha sido objeto la doctrina de los derechos humanos por parte de los autores positivistas más radicales y estudia la actitud más matizada de algunos positivistas moderados, como el italiano Norberto Bobbio o el español Gregorio Peces-Barba, y apunta las dificultades con las que tropiezan sus propuestas teóricas.

Para los padres del positivismo, los derechos humanos no son verdaderos derechos, sino sólo buenos deseos o simples exigencias, siendo verdaderos derechos sólo aquellas exigencias que el ordenamiento jurídico positivo reconoce, satisface y protege.

Para Bentham los derechos deben su existencia al poder político que los concede, los derechos son simples reflejos de los deberes. Nadie puede tener derechos si los otros no tienen la obligación de respetárselos, las obligaciones jurídicas las imponen las leyes, luego, no puede haber derechos previos o anteriores a las leyes; Bentham, descarta rotundamente la posibilidad de que exista algo así como una ley natural de la que emanen los correspondientes deberes y derechos naturales. Para él no hay más Derecho que el Derecho positivo, ni más ley que la ley positiva, no hay ni puede haber más derechos subjetivos que los reconocidos como tales por el Derecho positivo, valorando por encima de todo el orden y la seguridad jurídica. Valores que se ven amenazados, en opinión de Bentham, por las declaraciones de los derechos humanos, que esparcen las semillas de la anarquía.

Para otro padre del positivismo, Comte, los derechos humanos, contemplados desde el punto de vista teórico, son pura metafísica, postulados acientíficos. En ese nuevo orden social positivo los ciudadanos no tendrían derechos sino sólo deberes, en correspondencia con las funciones sociales que desempeñara cada uno. Quiere ello decir que, en opinión de Comte, la noción de derecho subjetivo debe desaparecer del ámbito jurídico-político. El positivismo comtiano sólo admite deberes de todos y hacia todos.

En contraste con el abierto rechazo manifestado por los autores antes citados, los más destacados positivistas del siglo XX, aun sin apartarse de los planteamientos apuntados por sus predecesores, parecen eludir el choque directo con la doctrina de los derechos humanos.

Kelsen no critica expresamente la idea de los derechos del hombre, pero no tiene cabida en su teoría de la justicia, entendida como algo subjetivo y,

⁷⁴ J. A. Ramos Pascua, *Derechos humanos y positivismo moderado*, Departamento de Historia del Derecho y Filosofía jurídica, moral y política, Facultad de Derecho Universidad de Salamanca.

por tanto, relativo. las exigencias de justicia, y obviamente los derechos humanos, son exigencias de justicia, expresan meros intereses subjetivos.

Una actitud similar a la de Kelsen es la de Ross, que comparte con su antiguo maestro el agnosticismo ético más fervoroso, negando la viabilidad de la razón práctica, es decir, negando toda posibilidad de alcanzar algún conocimiento objetivo sobre el bien y el mal, lo justo y lo injusto, y en consecuencia rechazando todo Derecho natural como pura especulación metafísica, no verificable y por tanto a científica. los supuestos derechos naturales se superponen a los verdaderos derechos subjetivos jurídico-positivos y los deforman, dado que éstos se apoyan en las normas que imponen sanciones a ciertas conductas, mientras que aquéllos se presentan como exigencias directas de cierto misticismo espiritual, los derechos humanos serían para Ross expresiones emocionales.

José Antonio Ramos Pascua⁷⁵ sintetiza la crítica central del positivismo jurídico en los siguientes términos: sólo son auténticos derechos los concebidos por las normas jurídicas positivas, las normas procedentes de las fuentes sociales en las que tiene su origen todo el Derecho y que vienen a coincidir con los diversos órganos u organizaciones del Estado. Toda ley, norma o pretendido derecho que no proceda de la legislación del Estado, bien sea la llamada ley natural, o la moral, o sus derivados, los derechos naturales o morales, carece de validez jurídica. No existe para el mundo del Derecho.

Actualmente se encuentra considerablemente desprestigiada esa visión positivista de la ciencia como saber perfectamente verificable. Hoy tienden a prevalecer modelos menos reduccionistas y menos pretenciosos de la racionalidad científica.

Autores positivistas que adoptan posturas más flexibles, A. Hart, iusfilósofo inglés y positivista moderado que ya en uno de sus primeros artículos sostiene la tesis de que, si existen derechos en el campo moral, de allí se sigue que hay al menos un derecho natural, el derecho igual de todos los hombres a ser libres. Se trata de un derecho, según explica Hart, que todos los hombres tienen en tanto que hombres y no únicamente si son miembros de cierta sociedad. No es un derecho atribuido por la acción voluntaria de alguien, como el legislador, pero matiza, sin embargo, que su tesis «no es tan ambiciosa como las teorías clásicas de los derechos naturales; porque si bien, a todos los hombres les corresponde en igualdad el derecho a ser libres en el sentido expuesto, ninguno tiene un derecho absoluto o incondicional a hacer o no hacer alguna cosa en particular, o a ser tratado de algún modo particular».

Los iuspositivistas ingleses, no niegan que sea posible determinar racionalmente lo bueno y lo malo. Pese a ello, también esta corriente es poco favorable a la doctrina de los derechos naturales del hombre, en parte por la escasa afición de los pensadores ingleses hacia las abstracciones del iusnaturalismo y, sobre todo, porque desde sus comienzos la Jurisprudencia analítica se entremezcla con el utilitarismo como filosofía moral o teoría de la jus-

⁷⁵ J. A. Ramos Pascua, *Derechos humanos y positivismo moderado*, Departamento de Historia del Derecho y Filosofía jurídica, moral y política, Facultad de Derecho Universidad de Salamanca.

ticia. Y el utilitarismo es una teoría de la justicia incompatible con la doctrina de los derechos humanos, porque su objetivo es el aumento de la suma total de bienestar social (la mayor felicidad del mayor número), y esa mayor felicidad global podría requerir en ciertos casos el sacrificio de los derechos individuales de algunos.

Hay, sin embargo, diversos autores positivistas, entre los que destaca Norberto Bobbio, o en España Gregorio Pérez Barba, que se declaran defensores de los derechos humanos, aunque, como pone de relieve el autor anteriormente citado, la adhesión les plantea serios problemas a la hora de justificar su posición tratando de fundamentar teóricamente esos derechos sin abandonar sus presupuestos positivistas.

Las proclamaciones de los derechos del hombre y del ciudadano no sólo no han disminuido en la era del positivismo jurídico, sino que se han enriquecido cada vez más con nuevas exigencias. A los iniciales derechos o exigencias de libertad y de participación política les han seguido los derechos sociales, económicos y culturales, y a éstos, los llamados derechos de tercera generación, que normalmente son derechos colectivos, como el derecho al medio ambiente, a la paz, al patrimonio común de la humanidad, al desarrollo de los pueblos, o derechos de grupos específicos, como los derechos de la mujer, del niño o de los consumidores.

Los derechos humanos conforman, según reconoce Bobbio⁷⁶, el más vivo y eficaz patrimonio ideológico del mundo occidental, por otra parte la actitud relativamente abierta de ciertos autores positivistas hacia los derechos humanos estriba precisamente en su fuerte connotación ideológica progresista.

Los positivistas modernos tienden a considerar los derechos humanos como valores clave de las democracias modernas, sin los cuales no podría avanzar el proceso de democratización del mundo, condición necesaria para el logro de la paz y del progreso de la humanidad.

La adhesión valorativa a la doctrina de los derechos humanos plantea para José Antonio Ramos Pascua⁷⁷, sin embargo, serios problemas a los autores positivistas, que no pueden aceptar el trasfondo iusnaturalista o antipositivista implícito en la idea de que algunos supuestos derechos pretendan gozar de cierta validez jurídica por sí mismos, al margen de la legislación positiva del Estado. El dilema lo resuelve Bobbio afirmando que los llamados derechos humanos, mientras no hayan sido reconocidos por la legislación positiva del Estado, no son en realidad verdaderos derechos en sentido estricto o técnico-jurídico, sino simples exigencias más o menos justificadas que reciben el nombre de derechos para subrayar su importancia y fortalecer su respeto.

El inconveniente que presenta esta solución es que cuando se descubre que los pretendidos derechos naturales del hombre no son más que aspiraciones bienintencionadas, la doctrina de los derechos humanos pierde casi todo su vigor.

⁷⁶ N. Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Milán, 1965.

⁷⁷ J.A. Ramos Pascua, *Derechos humanos y positivismo moderado*, Departamento de Historia del Derecho y Filosofía jurídica, moral y política, Facultad de Derecho Universidad de Salamanca.

Para Peces-Barba⁷⁸, que siempre que puede evita hablar de «derechos humanos» y prefiere la expresión «derechos fundamentales», son derechos históricos, y siendo los derechos humanos conquistas históricas relativas a una época y a una civilización determinada, sería erróneo buscarles un fundamento absoluto, puramente objetivo o racional ya que no tienen un concepto preciso y está en constante mutación. Por otra parte si se afirmara, el fundamento absoluto y el carácter sagrado, se dificultaría cualquier recorte de las mismas con fines sociales. Para este autor, la construcción iusnaturalista, que fundamenta los derechos humanos en su racionalidad objetiva como ideales o exigencias de justicia emanados de la propia naturaleza humana o que los concibe como derechos morales, parte, «de una gran ilusión, de un intento imposible, de un desconocimiento de la evolución histórica de los valores fundamentales de la convivencia y de la influencia de la evolución técnica, económica, social, cultural y política, e incluso de la evolución de ciertos valores morales».

Para estos autores lo importante en relación con los derechos humanos no es tanto fundamentarlos cuanto protegerlos, garantizar su realización efectiva.

Pero el necesario respeto a los derechos humanos sólo puede nacer de la convicción de que están fundados, de que existen razones que los justifican, razones que demuestran su necesidad.

Para la doctrina positivista la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 prueba la existencia de un consenso muy general sobre la validez de esos derechos, una especie de *consensus humani generis*. Y ésta es, en su opinión, la única forma aceptable de fundamentar o justificar valores: demostrar que se apoyan en el común acuerdo. Y la Declaración Universal representa la certidumbre histórica de que la humanidad comparte ciertos valores comunes, que adquieren así la categoría de universales, no en el sentido de objetivamente válidos, sino en el de «subjetivamente acogidos por el universo de los hombres».

Tendríamos aquí, por tanto, una fundamentación que no es absoluta, no es objetiva, sino intersubjetiva; una fundamentación que es relativa históricamente, lo cual concuerda perfectamente con el origen histórico y relativo de los derechos humanos, su carácter fáctico que permite la verificación empírica, el origen histórico y relativo de los derechos humanos.

Sin embargo, una cosa puede tener orígenes muy concretos y sin embargo vocación de validez universal; los conocimientos matemáticos o las leyes físicas han sido descubiertos por individuos concretos en circunstancias y épocas históricas muy determinadas, pero eso no les resta ni un ápice de validez objetiva. El dato de que los derechos humanos hayan tenido un origen histórico muy determinado no es prueba suficiente de que su validez o fundamento haya de ser también por necesidad histórico y relativo. Si tales derechos no contaran con un fundamento objetivo o racio-

⁷⁸ G. Peces Barba Martínez, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

nal suficiente, el reconocimiento de su valor sería sólo la confesión de una inclinación personal, y por tanto no tendría justificación sólida. Sin poder alegar nada frente a quien no sintiera esa misma inclinación. Los derechos humanos habrían perdido su razón de ser, de hecho muchos países, por ejemplo en el mundo islámico o en los países del antiguo bloque comunista, se adhirieron a la Declaración por razones de oportunidad política, sin haber tenido nunca verdadera intención de tomársela en serio, como demuestra su escasa voluntad de aplicarla. Si no existe ninguna fuerza para la reivindicación de los derechos humanos en aquellos países que los vulneran, los infractores podrían argumentar que esos derechos sólo tienen sentido y validez en los países cuyas circunstancias históricas los han producido, pero no en sus propios países, cuya cultura, religión y nivel de desarrollo socioeconómico es completamente diferente.

Para J. A. Ramos Pascua⁷⁹, en esta visión dialéctica, derechos naturales y derechos positivos se unifican como momentos distintos de una misma realidad, evitando la fractura radical del positivismo jurídico clásico, que simplemente rechaza el Derecho Natural, negándole toda relevancia. Los derechos humanos tienen desde el comienzo un cierto peso en el orden jurídico por esa tendencia inequívoca a la positividad. Los derechos humanos, como principales exigencias de justicia de nuestro tiempo, constituyen el núcleo de la moral que sirve de base al sistema jurídico en cuanto que lo explica o da sentido y lo justifica.

Esa relación estrecha y necesaria entre el Derecho y la moral es lo que explica en último término el valor jurídico de los derechos humanos antes incluso de que el legislador los haya consagrado como derechos fundamentales al incluirlos en la Constitución del Estado.

Si los derechos humanos han de ser exigencias de justicia universalmente válidas, no pueden apoyarse en algo tan mudable y circunstancial como la evolución de los acontecimientos históricos, parece más lógico pensar que habrán de apoyarse en los grandes valores de la libertad, igualdad, solidaridad y, en general, dignidad humana, valores morales objetiva, universal o racionalmente válidos que los derechos humanos intentan realizar, aunque para ello hayan de adoptar modalidades diferentes o variables, ajustadas a las circunstancias de cada época y de cada pueblo. El aspecto de la exigencia moral es suficiente para configurar y dar pleno sentido a la idea de los derechos humanos. El reconocimiento de esos derechos o exigencias de justicia por parte del Derecho positivo ayuda a comprender o a explicar las condiciones reales de su aparición, y ciertamente incrementa su eficacia al poder alegarse ante los tribunales como Derecho válido, pero no añade nada esencial a la idea. Para la existencia de los derechos humanos como exigencias de justicia es indiferente que el Derecho positivo los reconozca o no. Los derechos humanos no son esencialmente Derecho positivo, aunque pueden y deben llegar a serlo, el concepto de derechos fundamentales, aunque de enorme

⁷⁹ J. A. Ramos Pascua, *Derechos humanos y positivismo moderado*, Departamento de Historia del Derecho y Filosofía jurídica, moral y política, Facultad de Derecho Universidad de Salamanca.

trascendencia para el Derecho positivo, no puede suplantar el concepto, lógicamente previo y más radical, de derechos humanos.

Lo más característico de los derechos es su pretensión de valer con independencia de o incluso frente a lo que disponga el poder político y el Derecho positivo. Los derechos humanos son exigencias morales que, sólo por serlo y dada la relación necesaria que media entre moral y Derecho, «deben» ser reconocidos y tutelados por el Derecho positivo, aunque de hecho puedan no serlo. Si ocurre esto último, si el Derecho positivo no los reconoce, entonces habrá de considerarse como Derecho injusto o moralmente defectuoso, y en consecuencia, aunque pueda seguir considerándose verdadero Derecho, aunque mal Derecho, su fuerza obligatoria será escasa.

«El mundo occidental actual, imbuido en la ideología de la ilustración y del laicismo, que arrastra a colocar al hombre en el centro de todo y a considerar que sólo sería racionalmente válido lo experimentable y mensurable, o lo susceptible de ser construido por el ser humano, donde se hace de la libertad individual un valor absoluto, al que todos los demás valores han de someterse, donde la ética queda reducida a algo relativo y mudable, sin fundamento suficiente, ni consecuencias personales y sociales determinantes, ha llevado a la Conferencia Episcopal Española⁸⁰ a realizar una crítica del positivismo jurídico, más amplia que la circunscrita a los derechos humanos, y en relación con la concreta situación española. Afirma la referencia a una moral objetiva, anterior y superior a las instituciones democráticas, compatible con una organización democrática de la sociedad y de la convivencia, ya que considera que en una verdadera democracia no son las instituciones políticas las que configuran las convicciones personales de los ciudadanos, sino que es exactamente al contrario: son los ciudadanos quienes han de conformar las instituciones políticas y actuar en ellas según sus propias convicciones morales, de acuerdo con su conciencia, siempre en favor del bien común. Entiende que si las instituciones democráticas, pudieran llegar a ser el referente último de la conciencia de los ciudadanos, el bien y el mal, la conciencia personal y la colectiva quedarían determinadas por las decisiones de unas pocas personas, por los intereses de los grupos que en cada momento ejercieran el poder real, político y económico. Nada más contrario a la verdadera democracia ya que los criterios operantes en las decisiones políticas no pueden ser arbitrarios ni oportunistas, sino que tienen que ser criterios objetivos, fundados en la recta razón y en el patrimonio espiritual de cada pueblo o nación. Si los parlamentarios, y más en concreto, los dirigentes de un grupo político que está en el poder, pueden legislar según su propio criterio, sin someterse a ningún principio moral socialmente vigente y vinculante, la sociedad entera queda a merced de las opiniones y deseos de una o de unas pocas personas que se arrogan unos poderes quasi absolutos yendo más allá de su competencia. Una sociedad en la cual la dimensión moral de las leyes y del gobierno no es te-

⁸⁰ Conferencia Episcopal Española, *Orientaciones morales ante la situación actual de España instrucción pastoral de la LXXXVIII asamblea plenaria de la Conferencia Episcopal Española*.

nida suficientemente en cuenta, es una sociedad desvertebrada, literalmente desorientada, fácil víctima de la manipulación, de la corrupción y del autoritarismo».

Hoy en día, en el ámbito del pensamiento y la enseñanza jurídica, es una realidad la postergación de los conceptos clásicos de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, la construcción teórica de unos fundamentos jurídicos sobre los que valorar, con carácter inmutable, universal e indeleble, de raíz sobrenatural, la adecuación de la actuación del Legislador, y sus derivaciones en el Poder Ejecutivo y Judicial.

Ello nos lleva en opinión de Rafael Belmonte Gómez⁸¹, a una proliferación de escuelas, que basadas en presupuestos más o menos filosóficos o empíricos, propugnan sus postulados o cimientos jurídicos sobre presupuestos puramente formales, concepciones jurídicas voluntaristas (supuestos herederos de la tradición romana y pandectística), historicistas, reductoras del fenómeno jurídico a una mera sociología del interés, etc.

Actualmente, para Francisco Elías de Tejada⁸², el positivismo jurídico, resultante de una hipervaloración del saber técnico del derecho, es decir, de sus aspectos formales y sus consecuencias prácticas, está plenamente implantado dentro de la concepción actual, la mera eficiencia técnica de la norma basta para su supervivencia y eficacia. Así no se puede penetrar, por definición, en la estructura moral de la norma, ni en su ética propia, solo resulta válido el análisis *«ad extra»* de sus planteamientos normativos (procedimiento de elaboración, mayoría necesaria para su aprobación, consecuencias en las normas afectadas por la misma, etc.).

Se echa en falta una contemplación del saber científico del derecho sobre el fondo, que como indicara Von Savigny⁸³, fuera más importante que el técnico, sobre la forma.

Su necesidad se refleja en la pobreza de los debates sobre las propuestas normativas actuales, referidas principalmente a temas de oportunidad y de temática político-partidista.

El Derecho Natural, no sólo es un orden normativo, sino también una referencia vital, la apelación al iusnaturalismo como criterio discriminador de lo justo y lo injusto es ya muy antigua, pero es en los tiempos modernos cuando, merced a los acontecimientos actuales donde la realidad del hombre está siendo atacada, ha adquirido una mayor fuerza, la tesis iusnaturalista que ha demostrado a lo largo de la historia su fuerza «revolucionaria», entendida como la actitud inconformista frente a los abusos del poder, puesto que ha prestado un punto de apoyo dialéctico para rechazar las leyes injustas o los actos arbitrarios de aquél; en nombre del Derecho Natural o los Derechos Naturales del hombre se señalan al gobernante los límites de su actividad y se denuncian como injustas las transgresiones de los mismos.

⁸¹ R. Belmonte Gómez, *Hacia una recuperación del Iusnaturalismo. Para que la sociedad no se base solo sobre lo legal sino sobre lo legítimo*.

⁸² F. Elías de Tejada, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Universidad de Sevilla, 1974.

⁸³ F. C. Von Savigny *Sistema de Derecho Romano Actual*.

Desde la perspectiva de esta ideología iusnaturalista cobra pleno sentido para Recasens⁸⁴ la distinción entre legalidad y legitimidad. La legalidad es la conformidad de un acto con la normatividad vigente, con lo que resulta ser un acto puramente formal: un acto es legal cuando se produce de acuerdo con lo que las normas positivas prescriben. Mas tal adecuación al derecho positivo, precisamente por ser formal, no hace referencia alguna a la posible justicia o injusticia del acto en cuestión, es decir, no tiene en absoluto carácter valorativo. La valoración le viene por su relación con el Derecho Natural, de la que se desprenderá la calificación como justo o injusto, apareciendo entonces la noción de legitimidad, que consistirá en la conformidad del comportamiento con las normas superiores del Derecho Natural.

Claro que este planteamiento tiene muchísimos problemas en el terreno de la práctica, por razón del subjetivismo inherente, que da lugar al tema de la Ley injusta.

Rafael Belmonte Gómez⁸⁵ sintetiza tres líneas fundamentales en el pensamiento iusnaturalista actual, que concretan tres modos de presentar la necesaria reformulación de la teoría del derecho natural; la primera de ellas, que podemos denominar «integrista», se caracteriza por su rechazo de principio de todas las aportaciones de la filosofía y la metodología modernas y contemporáneas, así como por su pretensión de conservar sin adiciones o matizaciones, la doctrina tomista acerca del derecho natural, aún en los menores detalles formales y de presentación. Pero, como indica G. Kalinowski en su obra *La logique déductive*, no sólo los problemas han cambiado, sino que también han progresado notablemente ciertas áreas de la Filosofía, fundamentalmente la Lógica y la Metodología; en ese sentido, resulta irrazonable cerrarse a priori a la mayor precisión lograda por la lógica formal contemporánea, así como rechazar los nuevos modos de análisis filosófico desarrollados por la Semiótica, la Hermenéutica, la Fenomenología o la Filosofía Analítica.

La segunda de las corrientes del pensamiento iusnaturalista es la que conviene llamar «progresista», en razón de su intento de dejar de lado varias de las notas constitutivas del iusnaturalismo en aras de una mayor aceptación o difusión de esa doctrina. En esta corriente se integra, entre otros, el pensamiento del profesor de Princeton, Jeffrey Stout, quien sostiene en su obra *Truth, Natural Law, and Ethical Theory*, *Natural Law Theory, Contemporary Essays*, y en un sentido similar, J. T. C. Arntz, en *Concepto de derecho natural dentro del tomismo y El derecho natural*, que para que una postura iusnaturalista no resulte «crecientemente nostálgica en su tono y quijotesca en su desempeño», o aparezca como «una antigua reliquia de una época precientífica», es necesario dejar de lado la doctrina de la verdad como correspondencia con la realidad, además de todo «complicado esquema metafísico», y adoptar una teoría «minimalista» del derecho natural, que aparezca como concordante con las afirmaciones de la contemporánea filosofía de la ciencia. Sólo de este

⁸⁴ Recasens Siches, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1965.

⁸⁵ R. Belmonte Gómez, *Hacia una recuperación del Iusnaturalismo. Para que la sociedad no se base solo sobre lo legal sino sobre lo legítimo*.

modo, concluye Stout, será posible salvaguardar la noción de «verdad de las proposiciones morales», que es el núcleo remanente y válido de la teoría del derecho natural.

Para, el autor anteriormente citado, si se niega la posibilidad de toda visión metafísica de la realidad y se replantea la noción de verdad de un modo meramente constructivista, coherentista o consensualista, no será posible alcanzar la objetividad «fuerte» que requiere el derecho, y la ética en general, para su justificabilidad deóntica; tampoco será posible que ese derecho natural «construido» de un modo «mínimo», pueda servir de instancia de apelación ética para la valoración de la praxis jurídica, ya que una instancia de ese tipo no puede ser sino «máxima», es decir, dotada de la suficiente capacidad de contricción racional como para hacer posible la crítica y el discernimiento valorativo del derecho socialmente «puesto».

La tercera vía que apunta Belmonte Gómez, es aquella que a la vez que se enmarca en la rica tradición de la teoría realista del derecho natural, intenta repensar sus doctrinas centrales y dar una respuesta adecuada y operante a los nuevos problemas que presenta la sociedad postindustrial y posmoderna, son la llevada a cabo por Georges Kalinowski, o Sergio Cotta quien ha explorado la ayuda que puede prestar la utilización matizada del método fenomenológico para la aprehensión de la experiencia ética, punto de partida imprescindible de toda doctrina realista del derecho natural. Asimismo, resulta de gran interés la consideración de los ensayos de reformulación de las tesis iusnaturalistas a partir del marco nocional de la filosofía hermenéutica, tal como los realizados por Francesco Viola, Mauricio Beuchot y Francesco D'Agostino. Por otra parte, cabe precisar que esta utilización de instrumentos nacionales provenientes de la semiótica, la lógica formal, la hermenéutica o la fenomenología, puede contribuir positivamente a otorgar al pensamiento iusnaturalista un rigor, una precisión y una sistematicidad de la que a veces ha carecido.

Y en lo que respecta a las nuevas problemáticas éticas y a la exigencia de una respuesta por parte del iusnaturalismo, hay que tener en cuenta los trabajos llevados a cabo por los autores anglosajones agrupados en la que ha sido llamada «Nueva Escuela de Derecho Natural», en la que se destacan notablemente los numerosos trabajos del profesor de Oxford, John Finnis. Ellos no sólo han debatido, precisado y desarrollado numerosos puntos de la metaética iusnaturalista, sino que han abordado temas concretos de la ética normativa y la filosofía del derecho, desarrollándolos con gran rigor y extensión. Entre estos temas se encuentran el del aborto, las conductas homosexuales, el de la contracepción y el de la disuasión nuclear. En sus trabajos es posible percibir la importancia que tiene, para la solución de los problemas éticos contemporáneos, la adopción coherente de un punto de vista iusnaturalista.

Es necesaria, pues, una nueva validez y recuperación de los conceptos y escuelas básicas del iusnaturalismo dentro de la formación de los juristas, una fundamentación adecuada a sus saberes que no nos convierta en meros acatadores de las normas y de las decisiones arbitrarias, que puedan justificar la desobediencia a una norma sin acudir a la violencia, que puedan fundamen-

tar un sistema jurídico de garantía de derechos individuales, un mismo status jurídico para todos los hombres de toda condición, sexo, creencia y raza basado en la raíz aristotélico-tomista y en la tradición iusnaturalista católica.

Puede que el camino a recuperar sea difícil, pero se hace necesaria en respuesta a la educación en la idea de que hay dentro de nosotros una ley natural que es preciso encontrar y obedecer, que el poder del Estado no es ilimitado y que hay que saber imponer entre los hombres el respeto de la igualdad, de la tolerancia y de la libertad.

Está pendiente la tarea de proveer un fundamento suficiente y, por lo tanto, no meramente procedural o constructivo, a la normatividad jurídica; como lo expone Francesco D'Agostino, ya que el mero proceduralismo aboca necesariamente al nihilismo y a la negación consecuente de los derechos humanos, inclusive del más fundamental: el derecho a la vida.

Por otra parte, para Antonio Millán Puelles⁸⁶, resulta necesario procurar una instancia de apelación ética objetiva para los contenidos del derecho, ya que, de lo contrario, se termina reduciéndolo al mero arbitrio del gobernante de turno, por tiránico e irracional que aparezca; Las doctrinas iusnaturalistas tienen una insustituible tarea por delante: fundamentalmente la de reproponer una instancia de fundamentación y crítica de las estructuras jurídicas que exhiba la necesaria solidez argumentativa y la suficiente fuerza racional.

La teoría del derecho natural tiene como responsabilidad la prestación de un servicio a la convivencia entre las personas, que haga posible desentrañar y superar la tiranía del economicismo, la esterilidad del cientificismo y la crueldad del antihumanismo posmoderno; todas estas vertientes de la cultura contemporánea suponen una negación de las notas fundamentales de la naturaleza humana y de su dignidad, sólo con un laborioso rescate del saber acerca del hombre, sus bienes y sus derechos, será posible que la verdad acerca del hombre nos lleve a una praxis justa, una libertad razonable y una convivencia acogedora.

Apunta Massini Correas⁸⁷ que otra de las problemáticas que requieren ineludiblemente una respuesta de parte del iusnaturalismo, es la que corresponde a la actual exigencia de una ética ambiental, surgida de la presencia acuciante de la crisis ecológica. La existencia misma de una ética ecológica supone la aceptación de un orden en la naturaleza, independiente de la razón y del querer humanos, y que ese orden es, en algún sentido al menos, éticamente normativo para el hombre. Por otra parte, los desafíos de la biotecnología y de la biomedicina que han dado origen a la contemporánea Bioética, implican también una inevitable remisión a los datos de la naturaleza biológica humana a los efectos de conformar una normatividad de carácter ético.; así, por ejemplo, resulta indiscutible que los datos aportados por la biología de la reproducción, han de ser tomados en cuenta decisivamente en el momento de formular las normas éticas referidas al aborto provocado al que

⁸⁶ A. Millán Puelles, «Positivismo jurídico y dignidad humana», *Humanitas*, núm. 34, Santiago de Chile, 2004.

⁸⁷ C. I. Massini Correas, *Dignidad Humana y Derecho Ambiental*.

se refiere Sgreccia, en su manual de Bioética, donde resulta necesario aceptar que existe un cierto orden objetivo en la naturaleza, y que ese orden determina de algún modo la normatividad del obrar humano en el ámbito de la biomedicina; afirmaciones innegablemente iusnaturalistas. Pero además, esta responsabilidad se acrecienta en razón de la existencia de toda una serie de nuevas problemáticas eticojurídicas que requieren, para su solución integral y coherente, la adopción de un punto de partida iusnaturalista.

Es necesario iniciar la búsqueda de una fórmula intelectual, una reformulación de la teoría del derecho natural, que haga posible a las doctrinas iusnaturalistas dar respuesta satisfactoria a los más relevantes desafíos de la contemporaneidad con una respuesta ética, una elaboración racional de carácter práctico, ético-jurídico, que convenza a los hombres de los inicios del siglo XXI de la necesidad y virtualidad de las mismas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AMBROSSETTI, G., *Derecho natural cristiano*, Roma, 1964.
- BELMONTE GÓMEZ, R., *Hacia una recuperación del Iusnaturalismo. Para que la sociedad no se base solo sobre lo legal sino sobre lo legítimo*.
- BOBBIO N., *Contribución a la teoría del derecho*.
- *El carácter del iusnaturalismo*.
- *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Milán, 1965.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del Hombre*, Reus.
- CAZORLA PRIETO, L. M.^a, *Temas de derecho Constitucional y Derecho Administrativo*, Marcial Pons.
- CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, *Orientaciones morales ante la situación actual de España instrucción pastoral de la LXXXVIII Asamblea plenaria de la Conferencia Episcopal Española*.
- DÍAS, E., *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus Humanidades.
- ELÍAS DE TEJADA, F., *Tratado de Filosofía del Derecho*, Universidad de Sevilla, 1974.
- GARCÍA MAYNEZ, E., *Positivismo Jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*, UNAM, México, 1997.
- *Introducción al Estudio del Derecho*, 48^odf., Porrúa, México, 1996.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979.
- *Sobre el Positivismo Jurídico*, pp. 141-170.
- HERNÁNDEZ GIL, A., «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en Persona y derecho.
- LATORRE, Á., *Introducción del Derecho*, Ariel.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, Bosch.
- «Ley, derecho y moral», *Gran Enciclopedia Rialp*, Rialp, 1991.
- LUMIA G., *Principios de la teoría e ideología del derecho*.
- MARCONE, J., *Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo*.
- MARTÍN BROOS FERNÁNDEZ, J., *Frutos de la Ilustración: los errores filosóficos y teológicos del Iuspositivismo*.
- MASSINI CORREAS, C. I., *Positivismo, ética y derecho. aportaciones al debate anual entre iuspositivismo e iusnaturalismo*.

- *Dignidad Humana y Derecho Ambiental*.
- «Los dilemas del constructivismo ético», *Persona y Derecho*, vol. 36, Pamplona, 1997.
- MILLÁN PUELLES, A., «Positivismo jurídico y dignidad humana», *Humanitas*, núm. 34, Santiago de Chile, 2004.
- PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Introducción a la filosofía del Derecho*, Debate.
- *Los valores superiores*, Técnos, Madrid, 1984.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Minerva, Sevilla 1982.
- *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Técnos, Madrid, 1984.
- *Derechos Fundamentales*.
- RAMOS PASCUA, J. A., *Derechos humanos y positivismo moderado*, Departamento de Historia del Derecho y Filosofía jurídica, moral y política, Facultad de Derecho Universidad de Salamanca.
- REALES, M., *Filosofía del Derecho*.
- RECASENS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1965.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., *El concepto y la validez del derecho*.
- *Derecho injusto y derecho nulo*, Aguilar, 1971.
- *Lecciones de derecho Natural como introducción al Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, 1983.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991, pp. 87-109.
- TRUYOL Y SERRA A., «Fundamentos de Derecho natural», *Nueva Enciclopedia jurídica*, Barcelona, 1949.
- *Historia de la filosofía del Derecho y del estado*, Alianza Universidad, dos volúmenes.
- VON SAVIGNY, F. C., *Sistema de Derecho Romano Actual*.

¿Reconocimiento a los Grupos Parlamentarios como tales del derecho fundamental ex artículo 23.2 CE?

(Acerca de la STC 361/2006 de 18 de diciembre)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. BASES JURISPRUDENCIALES DEL RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR EL TC.—III. DERECHO FUNDAMENTAL DEL 23.2 CE COMO DERECHO DE CONFIGURACIÓN LEGAL.—IV. DERECHO DEL GRUPO A EXPRESAR SU POSICIÓN COLECTIVA.—V. DERECHO A QUE LA POSICIÓN DEL GRUPO TENGA UNAS CONSECUENCIAS CLARAS, UNA EFECTIVIDAD DETERMINADA.—VI. DERECHO DEL GRUPO PARLAMENTARIO Y MANDATO REPRESENTATIVO.—VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

No es objeto de este artículo la realización de una crítica global del fallo recogido en la Sentencia del TC que se menciona en el título —con independencia de que se comparta o no el criterio jurídico que se contiene en la misma—, sino que el objeto de estas páginas es la reflexión sobre uno de los pronunciamientos que el Alto Tribunal vierte en la resolución. Para ello haré en primer lugar un breve resumen, a modo de introducción, de la cuestión al hilo de la cual se dicta esta sentencia.

En el transcurso de la sesión del pleno del Parlamento Vasco del día 28 de diciembre de 2004, en el que se debatía el dictamen del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el año 2005, se produjo un incidente durante la votación del voto particular presentado por los Grupos Parlamentarios Nacionalista Vasco, Eusko Alkartasuna, Mixto-Ezker Batua y Mixto-Unidad Alavesa. Efectivamente, el voto

* Letrada-Directora de Organización y Recursos Humanos del Parlamento Vasco.

correspondiente a una parlamentaria del Grupo Socialistas Vascos no apareció computado en el panel general electrónico dispuesto a tal fin, en el cual se plasmó el siguiente resultado: parlamentarios presentes, 73; votos a favor, 37; votos en contra, 36 y ninguna abstención. El voto particular quedó por lo tanto aprobado. Lo cierto es que de haberse computado el voto de la mencionada parlamentaria se habría producido un empate, puesto que su intención, al igual que la del resto de su grupo, era la de votar en contra. Sin embargo, el voto no quedó reflejado y el resultado fue el descrito. El portavoz del Grupo Parlamentario Socialistas Vascos solicitó la repetición de la votación aduciendo que, según su versión, la parlamentaria no había podido accionar el voto por un fallo del sistema. Sin embargo, la presidencia de la cámara decidió que no procedía tal repetición.

Así las cosas, el portavoz del grupo parlamentario presentó escrito de reconsideración ante la Mesa del Parlamento Vasco. Este órgano acordó que la Mesa no podía entrar a reconsiderar las decisiones tomadas por la presidencia en el curso de una sesión plenaria. Este acuerdo fue ratificado posteriormente como consecuencia de un nuevo escrito remitido por el portavoz al órgano rector de la cámara.

De esta manera, se planteó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando vulneración del derecho de la parlamentaria al desempeño en condiciones de igualdad de su cargo representativo, reconocido en el artículo 23 de la Constitución. Pero no solamente se alegaba esto, sino que también el propio portavoz del Grupo Socialistas Vascos invocaba para sí mismo y para su grupo la violación del mismo derecho fundamental, al entender que, de haber sido computado el voto de la parlamentaria, el voto particular no habría sido aprobado, ya que aquélla había tenido la intención de emitir su voto en el mismo sentido que el resto del grupo. Por tanto, de haber discurrido todo con normalidad, se habría producido un empate a 37 que habría impedido la aprobación de un proyecto de ley con el que el grupo parlamentario no estaba de acuerdo.

La representación y defensa del Parlamento Vasco, por su parte, en las correspondientes alegaciones, señalaba en primer lugar que, dado que el sistema de votación electrónica no tenía fallos, según las comprobaciones que habían sido realizadas en la propia cámara, el resultado de la votación fue fruto de la falta de diligencia de la parlamentaria, que introdujo de forma tardía la tarjeta necesaria para accionar el sistema. Y planteaba, asimismo, que lo que los demandantes de amparo reclamaban no era la vulneración del derecho al voto de la parlamentaria en cuestión, sino un supuesto «derecho a que se repita una votación» que acababa de celebrarse en las condiciones acordadas en la Junta de Portavoces, cumpliéndose los requisitos debidos y empleándose un sistema de voto previsto en el Reglamento del Parlamento Vasco, para el cual se habían seguido en todo momento las pautas habituales y por todos conocidas.

Planteados sus razonamientos por ambas partes, el Tribunal Constitucional concede el amparo demandado. Así, tras recordar la doctrina que el propio tribunal ha sentado en relación con el artículo 23 CE, realiza las siguientes consideraciones:

- 1) El derecho al voto de los parlamentarios es uno de los que se integran en el *ius in officium* de los mismos, ya que uno de los principales derechos/deberes de los diputados es la participación en las tareas de las cámaras, y la forma más habitual de concretar la misma es precisamente el ejercicio de su derecho al voto.
- 2) Entiende que, dado que resulta afectado el derecho fundamental de una parlamentaria, recaería sobre los órganos de la cámara, especialmente sobre su presidente, la carga de demostrar que la parlamentaria tuvo una conducta negligente. Entiende el TC que, salvo prueba indubitable en contrario, cosa que a juicio del tribunal no existió, ha de concluirse que la parlamentaria actuó correctamente.
- 3) Establece también el tribunal que, en esas circunstancias, la presidencia debía haber repetido la votación controvertida, de manera que al no permitirlo se vulneró el derecho de la parlamentaria al ejercicio de sus funciones en condiciones de igualdad, reconocido en el artículo 23.2 CE.
- 4) Reconoce también el TC que se vulneró asimismo el derecho del grupo parlamentario a hacer valer su posición en relación con el Proyecto de Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma, de manera que, a juicio del tribunal, el derecho fundamental recogido en el artículo 23 CE fue conculado al grupo como tal. Según el Tribunal Constitucional «...se ha lesionado en este caso el derecho, tanto de los parlamentarios como del Grupo, a expresar su rechazo colectivo a una medida legislativa, y a que dicho rechazo tuviera unas consecuencias claras, consistentes en la no aprobación de la misma».
- 5) Dado que la vigencia anual de la ley de Presupuestos para el año 2005 había concluido y, por otra parte, se habían celebrado nuevas elecciones al Parlamento Vasco que tuvieron, entre otras consecuencias, la de la renovación de sus órganos directivos y de sus miembros, procedía que la sentencia tuviera un contenido exclusivamente declarativo, de reconocimiento de derechos.

Expuesto resumidamente el relato de lo acontecido, las alegaciones de las partes en lid así como las conclusiones a las que llegó el Tribunal Constitucional a la hora de dictar sentencia, voy a centrarme a partir de ahora, como queda adelantado por otra parte en el título de este breve trabajo, en una de las consideraciones o declaraciones que se establecen en el fallo del tribunal:

El reconocimiento de vulneración del artículo 23.2 al propio grupo parlamentario en sí mismo considerado, en el sentido de que se le ha privado de la efectividad de su voto colectivo que, en unión del de la parlamentaria cuyo voto no fue computado, habría supuesto un determinado resultado. Entiende el TC que esta vulneración se despliega dos vertientes:

- 1) Vulneración del derecho del grupo a expresar su posición colectiva (en este caso, de rechazo).

- 2) Vulneración del derecho a que la posición concreta del grupo tenga unas consecuencias claras, una determinada efectividad (ambas vertientes contenidas en el FJ 5.º párrafo 5 de la sentencia).

II. BASES JURISPRUDENCIALES DEL RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR EL TC

El Tribunal Constitucional, en la sentencia de la que me ocupo, basa tal declaración del derecho del grupo, en cuanto al aspecto de la titularidad, en unos fundamentos que, siendo aparentemente correctos, tras un mínimo análisis se desprende que son totalmente insuficientes cuando no, dicho sea con todos los respetos, un tanto engañosos o al menos susceptibles de inducir a cierta confusión de conceptos:

- a) En primer lugar, el FJ 5.º de la Sentencia establece como punto de arranque la consolidada doctrina del propio Tribunal según la cual los grupos parlamentarios ostentan una representación institucional de sus miembros integrantes, lo cual les otorga capacidad procesal ante el TC para la defensa de las eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales de dichos miembros que tengan relación con el ejercicio de su cargo representativo, incluyendo, claro está, las vulneraciones del ejercicio del derecho al voto de los parlamentarios. No hay duda de que esto es así, pero cosa bien diferente es la consideración de que la capacidad procesal que el TC atribuye a los grupos para la defensa de los derechos individuales que cada parlamentario ostenta —sea el derecho de voto o cualquier otro derecho personal integrado en el derecho al ejercicio de las funciones del parlamentario en condiciones de igualdad— suponga que esos mismos derechos, como digo de carácter personal e integrantes del status del parlamentario, tengan por sujeto no sólo al representante individual en sí mismo considerado, sino también al grupo parlamentario como tal. Es decir, una cosa es hablar de legitimación procesal y otra bien diferente hablar de titularidad de los derechos.

La cuestión de la legitimación ha quedado ya fijada a través de la doctrina sentada por el propio TC, como he comentado. Y no porque éste sea un tema *ab initio* incontrovertido. El artículo 162.1.b) CE establece que para la interposición del recurso de amparo está legitimada toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo¹. Sin embargo, el artículo 46.1.a) LOTC, con relación a la vía procesal prevista en el artículo 42, legitima a la persona «directamente afectada». Esta contradicción, como se ha indicado, ha sido supera-

¹ Concepto éste de interés legítimo que no puede equipararse al de derecho. Con él se designa una especial relación de afectación con el objeto del proceso. A este respecto, el ATC 13/1989 señala: «es diferente y más amplio que el de interés directo y, más aún, que el concepto de derecho subjetivo, aunque no puede dejar de entenderse como un interés en sentido propio, cualificado o específico, ya sea de carácter individual o colectivo».

da por la jurisprudencia del Alto Tribunal a lo largo de no pocas sentencias que, en lo que nos ocupa —la legitimación de los grupos parlamentarios—, atribuye a éstos un interés legítimo para la defensa de los derechos de los miembros de las cámaras.

En concreto, la STC 177/2002, en su FJ 1.º, y reiterando doctrina expuesta en la STC 81/1991, señala que «*los Grupos Parlamentarios ostentan una representación institucional de los miembros que los integran que les otorga capacidad procesal ante este Tribunal para defender las eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales de dichos miembros que tengan relación con el ejercicio de su cargo representativo*». Es decir, los Grupos representan a los «miembros» para defender los «derechos de los miembros». En el mismo fundamento jurídico recalca esta idea cuando señala «... entra dentro de la flexibilidad procesal con que este Tribunal ha interpretado en todo momento la legitimación para interponer recurso de amparo, en el sentido de entender que no sólo la posee la persona directamente afectada, sino también aquellos entes que representan intereses legítimos de personas que por sí mismas ostentan tal legitimación, entre los que se encuentran los referidos Grupos». Por lo tanto, lo que viene a legitimar el TC en esta sentencia, así como en la citada de 1991, es la posición del Grupo como reclamante del amparo de la «persona» afectada, la cual también, por supuesto, podría reclamar por sí misma. Lo que el TC no reconoce es que los derechos individuales susceptibles de amparo constitucional tengan también un sujeto colectivo como es el grupo parlamentario.

No es sólo que estas sentencias mencionadas, y otras, no equiparen legitimación a titularidad, sino que el TC en su momento (STC 32/1985) ha negado radicalmente que los grupos parlamentarios pudieran ostentar la titularidad de los derechos dimanantes del artículo 23.2 CE².

- b)* Por otra parte, el tribunal encuentra otra base en la cual sustentar la idea de que se vulnera el derecho del grupo parlamentario: entiende de que la jurisprudencia antes mencionada supone la asunción jurídica de la importancia que la actividad de los grupos tiene en las cámaras legislativas. No vamos a negar, por supuesto, la relevancia que los grupos parlamentarios tienen en los parlamentos de nuestros días. Es cierto que la mayor parte de las actuaciones que los parlamentarios pueden llevar a cabo en las cámaras son vehiculadas a través de los grupos, dado que, con la salvedad de las preguntas y las solicitudes de información documentada (art. 12 del Reglamento del Parlamento Vasco), todas las iniciativas deben llevar la firma del portavoz del grupo concernido. En definitiva, el trabajo de los par-

² La STC 32/1985 señala: «... tales derechos los ostentan sólo las personas físicas o jurídicas, no los grupos políticos carentes de personalidad, como son las fracciones políticas presentes en un órgano colegiado, y que, en consecuencia, la minoría de uno de tales órganos no puede, en cuanto tal, invocar su infracción, ni acudir para remediarla, ante la jurisdicción ordinaria y en consecuencia tampoco ante nosotros en la vía del amparo».

lamentarios se ordena a través de los grupos a los cuales pertenecen. Y, efectivamente, esta idea puede servir de sustento para la doctrina jurisprudencial que atribuye a estos entes legitimidad para solicitar el amparo constitucional si el derecho de los representantes individuales se ve vulnerado.

Pero, por más que el grupo sea fundamental en el día a día de un parlamento, esto no puede servir de base para considerar que los derechos individuales sean invocables por un ente colectivo.

- c) Quisiera también poner el acento en otra cuestión que marca la diferencia de este pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto de otros anteriores en los que los derechos de los componentes de los grupos parlamentarios estaban en juego. Es el hecho de que, en sentencias anteriores, el tribunal ha llegado a conceder el amparo a la pluralidad de miembros componentes de un grupo, en tanto en cuanto se vulneró el derecho contenido en el 23.2 CE en su vertiente de presentación de iniciativas, enmiendas, etc. Pero el pronunciamiento recogía la declaración de amparo a favor de personas individualmente consideradas, por más que conformaran un grupo. Así, el caso de la ya mencionada STC 177/2002 en que se reconoce el «*derecho de los parlamentarios integrantes del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados a ejercer sus cargos públicos en los términos que dimanan del artículo 23.2 CE*», anulando acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados por los que se inadmitieron a trámite determinadas solicitudes de comparecencia; del mismo modo, el fallo de la STC 40/2003 declara el «*derecho de los parlamentarios integrantes del Grupo Parlamentario Popular en el Parlamento Vasco...*», en relación con la inadmisión a trámite por parte de la Mesa del Parlamento Vasco de una proposición no de ley; asimismo, la STC 208/2003 declara el «*derecho de los parlamentarios integrantes del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados...*», en relación en esta ocasión con la inadmisión por parte de la Mesa del Congreso de los Diputados de una solicitud de comparecencia.

Lo peculiar del caso que nos ocupa, la STC 361/2006 es que se plantea la vulneración del derecho fundamental «**de los miembros del grupo y del grupo como tal...**», haciendo una diferenciación entre los componentes del grupo y la entidad grupo parlamentario. De esta forma, el fallo reconoce el derecho de la parlamentaria y «*del Grupo Parlamentario Socialistas Vascos del Parlamento Vasco al ejercicio de sus funciones como parlamentarios en condiciones de igualdad, reconocido en el artículo 23.2 CE*».

III. DERECHO FUNDAMENTAL DEL 23.2 CE COMO DERECHO DE CONFIGURACIÓN LEGAL

No vamos a reiterar la consolidadísima jurisprudencia constitucional que establece que el derecho recogido en el artículo 23.2 CE es un derecho de configuración legal, lo cual se desprende, por otra parte, de la propia dicción

literal del precepto: «*Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.*»

El significado de la expresión «derecho de configuración legal» no ha sido plasmado por la jurisprudencia constitucional de un modo uniforme, puesto que, si bien en la mayoría de las ocasiones la expresión designa aquellos derechos cuya delimitación y perfiles concretos quedan referidos al legislador, en otros supuestos esa naturaleza explica el hecho de que a través de la intervención legislativa se procede a la regulación del ejercicio del derecho. Pero, en todo caso, lo que se quiere expresar es que es precisa una intervención normativa de mayor trascendencia que la que tiene lugar con relación a la generalidad de los derechos.

Por otra parte, e independientemente de lo anterior, lo cierto es que cuando el artículo 23 de la CE nos habla del acceso a funciones y cargos públicos, se refiere a los ciudadanos, a los individuos, con lo cual difícilmente podremos apelar a este precepto constitucional para ampararnos en el mismo con el fin de declarar un derecho de acceso a los cargos públicos en favor de un ente colectivo como son los grupos parlamentarios, sea cual sea la importancia de éstos en la vida parlamentaria.

De todos modos, incluso si se pensara que la realidad colectiva del grupo parlamentario, como vehículo a través del cual se sustancia en cierto modo la actividad de las cámaras, pudiera ser considerada como sujeto del derecho contenido en el 23.2, habríamos de remitirnos al Reglamento parlamentario —constitucionalmente llamado a ordenar la vida interna de las cámaras— teniendo en cuenta que, tal como el juez constitucional recuerda, dentro del término «Ley» debe incluirse esta norma.

Así pues, a continuación indico —sin ánimo de exhaustividad— los derechos que el Reglamento del Parlamento Vasco reconoce a los grupos parlamentarios:

- Derecho a contar con un miembro, como mínimo, en todas las comisiones permanentes que se creen [art. 31.1.b)].
- Derecho a presentar iniciativas legislativas (art. 100).
- Derecho a presentar enmiendas a los proyectos de ley; por otra parte, es preceptiva la firma del portavoz del grupo al que pertenezca el parlamentario para que una enmienda individual pueda ser admitida a trámite (art. 102.1).
- Los representantes de los grupos tienen derecho a intervenir en el debate sobre la moción de censura (art. 155.2), en las comunicaciones del Gobierno (art. 165), entre otros.
- Derecho a locales y medios materiales, así como a una subvención (art. 21).
- Derecho a presentar propuestas de candidatos a la designación del lehendakari (art. 128).
- Derecho a presentar proposiciones no de ley (art. 159).

Por una parte, son estos derechos, y no otros, los que el Reglamento parlamentario reconoce a los grupos. Y, por otra parte, cuando, al menos hasta la

fecha, el Tribunal Constitucional ha entrado a dilucidar si se había producido la conculcación de alguna de estas facultades con relevancia constitucional, por formar parte de lo que se denomina el *ius in officium* de los parlamentarios (como puede ser el derecho a presentar iniciativas), el Alto Tribunal nunca ha reconocido que haya sido el grupo, como entidad, quien ha sufrido la vulneración, y por tanto quien merezca el amparo. Siempre ha entendido que los receptores del amparo son cada uno de los diputados recurrentes, y miembros del grupo de que se trate. Y esto tiene perfecta lógica por cuanto los titulares de los derechos con relevancia constitucional son los miembros de las cámaras individualmente considerados, siendo el grupo un modo de organización interna, un instrumento a través del cual se racionaliza el trabajo parlamentario.

Analicemos a continuación el alcance de los derechos que el Tribunal Constitucional reconoce a un grupo parlamentario —como englobados en el derecho de acceso a los cargos públicos— en la sentencia de la que me ocupo.

IV. DERECHO DEL GRUPO A EXPRESAR SU POSICIÓN COLECTIVA

A primera vista, puede dar la impresión de ser un reconocimiento lógico. Pero si lo analizamos detenidamente, nos damos cuenta de que no lo es tanto. O, al menos, la lógica se reduciría al plano político, pero no desde luego al plano jurídico-constitucional. En realidad, el «derecho del grupo a expresar su posición colectiva» es algo que está íntimamente vinculado al derecho al voto. Efectivamente, la traducción del derecho a expresar la posición colectiva no puede ser otra más que el derecho a que todos los miembros del grupo voten en el sentido esperado por el propio grupo, es decir, el sentido marcado por su portavoz. Es decir, se pretende, al parecer, dar un carácter colectivo al derecho al voto, que es indubitablemente un derecho de carácter personal e indelegable del parlamentario, en tanto que titular del escaño.

No cabe ninguna duda, tal como lo expresa el Alto Tribunal, de que el derecho al voto de los parlamentarios es parte del *ius in officium* de los mismos, e integrante del derecho de acceso a los cargos públicos del artículo 23.2 CE, puesto que es una de sus facultades básicas y mínimas a la hora de ejercer sus funciones más señeras, como son la función de control y la función legislativa. Pero, como derecho de configuración legal que es, hemos de examinar lo que las normas nos dicen al respecto. El artículo 79.3 CE, al declarar la personalidad e indelegabilidad del voto, se muestra taxativo. Y, como no podía ser de otro modo, los reglamentos parlamentarios, el Reglamento del Parlamento Vasco entre ellos, recogen la idea de voto personal e indelegable que no abre resquicio a una extrapolación de tal derecho a una realidad colectiva. Así, el artículo 11 del Reglamento de la cámara vasca establece que los parlamentarios tienen el derecho y el deber de asistir a las sesiones plenarias del Parlamento y a las de las Comisiones de las que formen parte, así como a desempeñar las funciones a que reglamentariamente vengan obliga-

dos, y el artículo 70 indica que los acuerdos se adoptarán bien por asentimiento a la propuesta presidencial o bien por alguno de los sistemas de votación previstos. Por lo tanto, no cabe duda de que el voto es uno de los derechos personales que hacen posible el cumplimiento del derecho/deber de carácter personal que es la asistencia a las sesiones y el desempeño de las funciones propias del parlamentario.

Pero es más, la doctrina sostiene que hay un límite infranqueable en el caso de que se pretendiera una flexibilización en la regulación del voto, en concreto, en lo referente a la indelegabilidad del mismo. Este límite vendría dado por la prohibición del mandato imperativo (cuestión en la que entrará más adelante), garantía que podría quedar sin contenido si se regulara la delegación del voto de manera que supusiera, de un modo u otro, la reducción del ámbito de autonomía del parlamentario respecto de su formación política, habilitando dicha regulación vías que facilitaran la dependencia del representante individual³.

Pues bien, sentado este límite que debe presidir la configuración de un derecho esencial como el derecho de voto, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional reconociendo que el grupo tiene un derecho a expresar colectivamente el voto en un sentido determinado supone cercenar la capacidad individual a favor de una facultad de dirección grupal que, con el peso de que se le dota en esta ocasión, limita, indudablemente, la autonomía de cada miembro.

Por otra parte, incluso si se deseara hacer una interpretación del fallo del tribunal acorde con las bases constitucionales de los derechos en juego, entendiendo que lo que se ha apreciado es la vulneración del derecho de voto de todos los miembros del grupo, individualmente considerados, lo cierto es que no cabría realizar tal afirmación. En el caso que nos ocupa, todos los miembros del Grupo Socialistas Vascos —con la salvedad, evidentemente, de la parlamentaria cuyo voto no quedó activado— llegaron a votar, su voto quedó plasmado en el panel electrónico y se plasmó en el sentido en que cada uno de ellos deseó. Por lo tanto, en todo caso, quedó vulnerado el derecho de una parlamentaria. El resto ejerció su derecho con todas las garantías y, por lo tanto, y conforme a lo señalado anteriormente, no puede establecerse una vulneración del derecho del grupo, ni tan siquiera de los miembros del mismo.

V. DERECHO A QUE LA POSICIÓN DEL GRUPO TENGA UNAS CONSECUENCIAS CLARAS, UNA EFECTIVIDAD DETERMINADA

Este segundo derecho que el TC entiende dimanante del derecho de acceso a los cargos públicos ex artículo 23.2 CE tiene una íntima conexión

³ C. Ortega Santiago, *El mandato representativo de los diputados y senadores*, p. 203, Madrid, Congreso de los Diputados, 2005.

con el supuesto derecho comentado anteriormente. Pero no sólo esto, sino que supone un paso más en el poder que se atribuye a los grupos parlamentarios en este reciente pronunciamiento.

Si nos circunscribimos a los hechos que dieron lugar a esta sentencia, el portavoz del Grupo Socialistas Vascos del Parlamento Vasco pretendía que, tal como había resultado la votación, el hecho de no haberse computado el voto de uno de los miembros del grupo había producido en consecuencia la aprobación de un texto con el que ellos no estaban de acuerdo. Es decir, si el voto de ese miembro se hubiera computado, el resultado de la votación habría sido el apetecido por el grupo. El TC, a su vez, recoge esta forma de argumentar para resolver que se había producido una vulneración del derecho a que la posición del grupo tuviera una consecuencia clara, una efectividad que, en este caso, se concretaba en el rechazo del texto. Se pueden hacer una serie de reflexiones al respecto:

1. En primer lugar, y reiterando una idea anterior, tal derecho (que en realidad no es más que una expectativa, o mejor dicho, *desideratum*, y esto únicamente en el plano puramente político) no aparece reflejado en ningún texto normativo, por lo que podemos afirmar que carece de base legal alguna para que el tribunal pueda elevarlo nada menos que a la categoría de derecho fundamental.
2. Por otra parte, y reconduciendo la cuestión al derecho al voto, derecho que, en realidad, es el centro de lo que se dilucida, no podemos imaginar que, insito en este derecho, también se circunscribiera el «derecho a que el voto tenga una determinada consecuencia». Esto es algo que no tiene sentido jurídico alguno. El derecho al voto debe ser individualmente ejercido, libremente, conforme a los procedimientos reglamentariamente establecidos, y se agota con su ejercicio. Asimismo podemos entender, por afinar más aún, que dentro del derecho al voto estaría el derecho a que el voto emitido sea computado y sea considerado junto al voto de los demás para que, una vez realizado el recuento, tenga las consecuencias que haya de tener, pero que no tienen por qué coincidir con las consecuencias deseadas por quien emite el voto.
3. En tercer lugar, al pretender un derecho en el sentido señalado, incluso se está elevando a la categoría de derecho lo que podría ser una expectativa sobre lo que los parlamentarios del resto de los grupos votarán. Es decir, la consecuencia clara o la efectividad concreta de un conjunto de votos, entendida como un concreto resultado deseado (por ejemplo, como en este caso, el rechazo de una iniciativa legislativa), sólo se puede contemplar teniendo en cuenta no sólo los votos de un grupo parlamentario, sino los votos del resto. El rechazo o aprobación de un texto se produce por la confluencia de los votos de todos los componentes de la cámara. Por más que un grupo tenga control sobre el voto de sus miembros, no tiene ninguna expectativa sobre el voto de los demás, con lo cual se puede entender que resul-

ta ocioso reconocer un derecho a que los votos del grupo tengan una efectividad concreta, más allá de que sean computados para que surtan los efectos que hayan de surtir.

VI. DERECHO DEL GRUPO PARLAMENTARIO Y MANDATO REPRESENTATIVO

El reconocimiento llevado a cabo por el Tribunal Constitucional a los grupos parlamentarios se desliza también, sin duda, en un punto que es esencial en nuestro sistema parlamentario, con expreso reconocimiento constitucional, como es el mandato representativo, o, lo que es lo mismo, la prohibición de mandato imperativo.

La tangencialidad con esta cuestión es evidente desde el momento en que se supone un derecho al voto colectivo en un sentido concreto, manteniéndose una posición común, siguiendo unas directrices concretas. Ahora bien, no pretendo decir con esto que el hecho de que los grupos parlamentarios marquen normas y directrices sea contrario a la prohibición del mandato imperativo. Todos sabemos que los grupos tienen sus normas y su disciplina. Lo que sí puede llegar a transgredir la prohibición es que el grupo tenga un amparo constitucional reconocido porque alguien escape a la pauta señalada.

Bien es cierto que el caso del que trae causa la sentencia que se comenta no es un caso de objeción de un parlamentario ante la directriz marcada por su grupo. Pero, extrapolando el fallo de la sentencia a un caso de «rebeldía» de un miembro de un grupo parlamentario, y dado que se ha reconocido el derecho a expresar una posición colectiva, ¿cabría la posibilidad de reclamar el amparo por parte del grupo concernido?

Hagamos, en primer lugar, un breve recorrido de la significación del mandato imperativo. Históricamente, la declaración constitucional que excluía la vinculación de diputados y senadores entrañaba la prohibición de que recibieran instrucciones de sus electores en orden al contenido y orientación de los actos a realizar en el ejercicio de su función y de que pudieran ser revocados por tales electores antes de concluir la legislatura para la que fueron elegidos. De esta manera se evidenciaba el corte radical entre las viejas Asambleas estamentales de la Baja Edad Media y del Antiguo Régimen, en las que el diputado era, respecto de quienes le habían elegido, un auténtico mandatario, y los Parlamentos modernos.

La formulación doctrinal y constitucional del mandato representativo, en oposición al mandato imperativo, por otra parte, es obra de la Revolución francesa y está estrechamente conectada con la teoría de la soberanía nacional. Se proclama que la nación está constituida por individuos libres e iguales, pero la soberanía no corresponde a los individuos, sino a la nación misma, concebida como una entidad diversa de los individuos que la integran. Así, la prohibición del mandato imperativo es el corolario lógico de esta concepción: el diputado no puede recibir instrucciones de sus electores porque no los representa; representa a la nación en su conjunto.

De esta manera, en atención a su origen histórico y doctrinal, la no sujeción a mandato imperativo de los miembros de los parlamentos habría de entenderse establecida por el constituyente respecto de los electores. Sin embargo, hoy en día, este concepto de prohibición de mandato imperativo, en su vertiente de no recepción de instrucciones de los electores, resulta claramente anacrónica. Éstos, en el proceso de designación de los elegidos, se limitan a la emisión del voto, con lo cual no están en condiciones de impartir instrucción alguna.

Hoy en día tenemos una figura interpuesta entre el electorado y el representante, que es el partido político. Por lo tanto, se da necesariamente un cambio de óptica desde el que debe tratar de interpretarse la prohibición del artículo 67.2 CE, tal como anunció Manzella⁴ en su momento respecto de la cláusula análoga de la Constitución italiana. Esta prohibición ya no se plantea como una garantía de libre gestión política en la confrontación del parlamentario con el pueblo, con el cuerpo electoral que lo eligió, sino que se contempla como la posibilidad de votar contra las directrices trazadas por el partido al que dicho parlamentario pertenece.

Esto no significa, por otra parte, que no quepa la sujeción del parlamentario a la disciplina del partido (o a la disciplina de grupo), lo cual, tal como acertadamente interpreta Biscaretti⁵, no vulnera la interdicción del artículo 67.2 desde el momento en que el parlamentario está en su grupo de forma libre, y desde el momento en que puede orientar siempre su voluntad de modo diferente a las directrices partidistas recibidas. En resumen, la interdicción del mandato imperativo no significa tanto que en la vía *de facto* el parlamentario no pueda vincularse a una determinada formación política, cuanto que es inadmisible una sanción jurídica que afectara al status del parlamentario en caso de que se quebraran los compromisos políticos por él asumidos en el ejercicio de sus atribuciones parlamentarias.

A este respecto, y tras esta breve panorámica acerca de la evolución del concepto de prohibición de mandato imperativo, hay que señalar que la consideración de la expectativa del grupo parlamentario a expresar la «posición colectiva» como derecho merecedor de amparo constitucional entraña, sin lugar a dudas, la idea de que quien se apartara de esa posición colectiva del grupo tendría la sanción que va aparejada a la consideración de que el grupo en su conjunto tendría vulnerado su derecho constitucional dimanante del artículo 23.2 CE. Es decir, se entendería que el apartarse de la directriz política del grupo parlamentario supondría una lesión de un derecho fundamental del grupo, que es prácticamente lo mismo que declarar el fin de la prohibición del mandato imperativo.

⁴ A. Manzella, *Il Parlamento*, p. 13, Il Mulino, Bologna, 1977.

⁵ P. Biscaretti, *Derecho constitucional*, p. 295, Tecnos, Madrid, 1965.

VII. CONCLUSIONES

De todo lo vertido anteriormente no se puede sino concluir que el fallo de la STC 361/2006 en lo relativo a la declaración de amparo a favor de un grupo parlamentario por entender vulnerado su derecho a expresar su posición colectiva así como su derecho a que la posición concreta del grupo tenga una determinada efectividad, derechos ambos que el Tribunal Constitucional entiende insitios en el derecho de acceso a los cargos públicos del artículo 23.2 CE, es un fallo que, además de no tener precedente, resulta inadecuado o, en todo caso, insuficientemente razonado por los siguientes motivos:

- a) A la hora de apelar a la jurisprudencia previa del propio Tribunal se mezclan los conceptos de legitimidad procesal y titularidad de derechos, pese a que el mismo Tribunal ha hecho una diferenciación clara de los mismos en sentencias precedentes.
- b) El derecho reconocido en el artículo 23.2 CE es un derecho cuya titularidad tiene un carácter netamente individual.
- c) Los derechos que se reconocen al grupo parlamentario no tienen un basamento legal. El reglamento parlamentario no los recoge. Y ha de tenerse en cuenta que el derecho señalado en el 23.2 CE es un derecho de configuración legal.
- d) Las declaraciones vertidas por el TC en esta sentencia ponen en cierto modo en peligro la prohibición de mandato imperativo, por cuanto declaran el derecho del grupo (susceptible de amparo constitucional) a plasmar una posición colectiva uniforme conforme a las directrices marcadas por su portavoz.

Cosa diferente es que el Tribunal Constitucional pretenda dar un vuelco en su jurisprudencia para remozar la teoría constitucional en aras a adaptarla a la realidad de la práctica parlamentaria. Tal como sostienen algunos autores⁶, en la vida de los Parlamentos el parlamentario es absorbido por el grupo al que pertenece. Y esto es así porque los partidos tienen un papel hegemónico tanto durante el proceso electoral como en el interior de las cámaras. Todos somos conscientes de ello. Sin embargo, y precisamente para que esta realidad imperante del gobierno de los partidos sobre la vida parlamentaria no ahogue al titular del escaño, titular a su vez de los derechos constitucionales, es preciso que el juez constitucional mantenga una medida y una prudencia en sus pronunciamientos.

⁶ I. Méndez de Vigo y Montojo, «Mandato imperativo y Constitución de 1978», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, pp. 1041 y ss., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.

II

NOTAS Y DICTÁMENES

Claro J. Fernández-Carnicero *

El informe del Letrado en el procedimiento legislativo

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. ASESORAMIENTO JURÍDICO Y AUTONOMÍA PARLAMENTARIA.—III. EL INFORME DEL LETRADO SOBRE LA INICIATIVA LEGISLATIVA.—IV. DERECHO COMPARADO.—V. POLÍTICOS Y JURISTAS, AL SERVICIO DEL ESTADO.

I. INTRODUCCIÓN

En la configuración y consolidación del Estado moderno no cabe ignorar la presencia y el auxilio del profesional del Derecho, llámese jurista o letrado. Porque la Ley, que es el lenguaje oficial del poder legítimo constituido, cumple también la función de garantizar la eficacia de los actos de ese poder y, por coherencia instrumental, debe pretender también la eficacia de sus propios mandatos normativos. Al servicio de esa *eficacia de la legalidad* está el jurista del Estado, cualquiera que sea el poder u órgano constitucional al que sirva.

Valga como testimonio de esa función la manifestación que, hace más ya de cuatro siglos, encontramos en el gran Castillo de Bovadilla (*Política para Corregidores y Señores de Vasallos*, Libro II, Capítulo X, núm. 8.1597), gran legista que sirvió a las Cortes como letrado entre 1592 y 1602. Estas son sus palabras:

«Dévese guardar la ley a la letra, no de manera que con tenacidad sea reducida a los términos de estatuto; pero en fin digo, que se guarde a la letra, porque no es razón que se disimule ni pase en olvido lo que con grandes trabajos y heroyco zelo se estableció. De aquí es, que sólo el Jurista entre todos los hombres de letras se llama letrado, y es por ser a letrado, que quiere decir hombre que no tiene libertad de opinar conforme a su entendimiento, sino que por fuerza ha de

* Letrado de las Cortes Generales.

seguir la composición de la letra, y regular conforme a ella el sentido, porque en unas ciencias tiene más fuerza la experiencia, que la razón; y en otras la razón más que la autoridad; pero en las leyes su autoridad y lo que ellas decretan, es de más fuerza y rigor que todas las razones que se puedan traer en contrario».

No cabe más clara afirmación de lealtad a la Ley y al Derecho, dualidad indissociable, que conlleva siempre el rechazo más rotundo de toda ocurrencia arbitrista o abuso manipulador de leguleyos disponibles, prototipos de esa cínica actitud de quien confunde la relación profesional de servicio con la más dócil mayordomía.

La presencia histórica del letrado parlamentario se reafirma en nuestro actual Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), cuya consolidación se cifra en asegurar «el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular» (Preámbulo CE). De ese imperio de la Ley son manifestación los principios constitucionales de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

II. ASESORAMIENTO JURÍDICO Y AUTONOMÍA PARLAMENTARIA

El margen de autonomía plena que la Constitución española reconoce a las Cámaras (art. 72.1) para regular, de común acuerdo, el Estatuto del Personal de las Cortes Generales, debe interpretarse, a mi juicio, como respuesta a una doble exigencia, de singular relevancia en un país de reciente parlamentarismo democrático:

- La de garantizar, al órgano constitucional que encarna la representación del pueblo soberano, una autonomía efectiva de medios propios.
- La de consolidar una administración parlamentaria que dé respuesta eficaz a las necesidades que derivan del ejercicio de las diversas funciones que la Constitución encomienda a las Cortes Generales (art. 66.2), principalmente la legislativa, la de aprobación de los Presupuestos del Estado y la de control de la acción del Gobierno.

Hablar de autonomía de medios supone, primaria y principalmente, reconocer la importancia de contar con medios humanos altamente cualificados y suficientemente motivados. La calidad de los servicios públicos es, al fin y al cabo, el resultado de la capacidad y la actividad de los profesionales que los encarnan: los funcionarios públicos. La precisión en la definición del perfil profesional de un funcionario público y la determinación objetiva de su función o competencia (al igual que la determinación de la prestación laboral¹

¹ *Vid. La determinación de la prestación de trabajo*, de Miguel Cuenca Alarcón, CES, 2006.

en el Derecho del Trabajo) constituyen requisitos esenciales para garantizar la calidad y la efectividad de su trabajo y, en consecuencia, para objetivar sus méritos y hacer efectivo su derecho a una carrera administrativa.

Estos principios no se corresponden hoy con la tradición de polivalencia o improvisación administrativa que ha marcado la trayectoria histórica del Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales. Basta invocar el testimonio de su más ilustre miembro vivo, el centenario escritor Francisco Ayala, cuando refiriéndose a las Cortes de la II República² recuerda su experiencia de oficial letrado, reconociendo que: «el servicio era de índole flexible, y tan pronto se encomendaba a algunos de nosotros elaborar tal o cual informe acerca de tal o cual cuestión jurídica o investigar los antecedentes de tal o cual otra como se nos pedía estudiar una fórmula para resolver tal o cual problema». A lo que añade: «Por lo regular estábamos asignados en calidad de Secretarios técnicos a las varias Comisiones parlamentarias». Este era, más allá de la versatilidad reconocida, el servicio o función profesional que marcaba la identidad *in fieri* del Letrado parlamentario; las demás tareas eran, y deberían ser también hoy, accesorias y subordinadas.

Sin embargo, en la circunstancia presente, nos seguimos preguntando, como hace el ilustre colega Nicolás Pérez-Serrano³, por la función real del Letrado de las Cortes. Su respuesta desde la historia confirma el pasado y nos incita a pasar de la venerable orla al espacio abierto de la realidad presente, incierto y desmitificador. En este horizonte inevitable, comparto con este autor la preocupación, histórica también, de que compatibilizar la función de jurisconsulto, o asesor en Derecho, con las tareas de estricta administración (a la que se suman otras compatibilidades externas) ha convertido al Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales en un heterogéneo y «desestructurado» grupo. Conviene por tanto reflexionar, al menos, sobre su necesaria reestructuración y definición funcional que, en todo caso, deberá ajustarse a su cualificación o categoría profesional originaria. Ésta, al igual que en el ámbito laboral ordinario, debe vincularse a la capacidad o aptitud profesional acreditada en el correspondiente proceso de selección. Porque sería un fraude a los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE), que configuran un perfil profesional determinado, asignar a quienes han sido seleccionados, tras las correspondientes pruebas, funciones que no se ajustan a ese perfil con el que fueron convocados.

En respuesta a esa necesidad de definir una identidad profesional, el Estatuto del Personal de las Cortes Generales (aprobado por Acuerdo de 27 de marzo de 2006, adoptado conjuntamente por las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado), encomienda al Cuerpo de Letrados, principalmente, «las funciones de asesoramiento jurídico y técnico a la Presidencia y a la Mesa de cada Cámara, a las Comisiones y sus órganos, a las Subcomisiones y a las Ponencias» (art. 8.1 EPCG). Las demás funciones, incluida la más atípi-

² F. Ayala, *Recuerdos y olvidos (1906-2006)*, Alianza Literaria, 2006.

³ Pérez-Serrano, N., «El letrado de las Cortes», en L. M.ª Díez-Picazo, (coord.), *El oficio de jurista*, Siglo XXI.

ca de dirección de la Administración Parlamentaria, son consecuencia o complemento del asesoramiento jurídico.

III. EL INFORME DEL LETRADO SOBRE LA INICIATIVA LEGISLATIVA

Con ese mismo objetivo de determinación inequívoca de la prestación profesional del Letrado de las Cortes Generales, las Mesas de ambas Cámaras, por resolución conjunta de 17 de febrero de 1985, establecieron las Normas sobre régimen de asesoramiento técnico-jurídico a las Comisiones parlamentarias. En su apartado segundo se estableció la obligación de los Letrados de «redactar, con ocasión de cada Proposición o Proyecto de Ley encomendados a su asesoramiento, una sucinta nota sobre la normativa vigente y sobre la Jurisprudencia constitucional existente en la materia, en su caso. Además, cuando a juicio del Secretario General del Congreso o del Senado, la entidad de un proyecto lo requiera, deberá elaborarse un informe con el siguiente alcance:

- a) Normativa vigente en la materia, sentencias del Tribunal Constitucional y precedentes parlamentarios (iniciativas legislativas anteriores, preguntas, interpellaciones).
- b) Incidencia de la proposición o proyecto de ley sobre la normativa vigente (modificación y novedades que implica).
- c) Examen técnico del proyecto (estructura, lagunas, disposiciones transitorias, derogatorias, adicionales y finales)».

Hoy es de justicia reconocer que entonces, al hacerse normativamente explícita esa obligación se dio un paso relevante hacia la profesionalización de la labor de los Letrados como juristas parlamentarios. Pero es también evidente que, al reducir esa intervención formal a la redacción de «una sucinta nota», salvo superior criterio del Secretario General, se retrataba una dimensión tímida o restringida de la función del legista de las Cámaras.

Con posterioridad, las Mesas derogaron el anterior régimen, por Acuerdo de 26 de junio de 1989. En la norma cuarta, *a*), del nuevo texto se establece que «en apoyo del trabajo legislativo de las Comisiones, corresponderán a los Letrados las siguientes tareas:

- a) Redactar, con ocasión de cada Proposición o Proyecto de Ley encomendados a su asesoramiento, y antes de la iniciación de la fase de Ponencia, un informe con el siguiente contenido:
 - Incidencia de la nueva iniciativa legislativa en la normativa vigente en la materia, con indicación de los antecedentes normativos, doctrina jurisprudencial, legislación autonómica afectada, referentes de Derecho comunitario y previsiones de los ordenamientos

extranjeros que puedan resultar ilustrativas para la valoración del texto en tramitación.

- Análisis técnico-legislativo del Proyecto o Proposición, argumentando sobre la corrección de su estructura y la ordenación lógica de sus preceptos, sobre el rigor de los aspectos ortográficos, léxico y estilo, sobre la corrección de las concordancias y remisiones y la adecuación del título, el preámbulo o las disposiciones complementarias, sobre la suficiencia de las cláusulas derogatorias y de las tablas de vigencia y, en general, sobre la adaptación del texto a las directrices sobre calidad de las leyes que se establezcan en las Cámaras.
- Análisis jurídico del contenido del Proyecto o proposición, confrontando el texto con el conjunto del ordenamiento y, en particular, con los principios constitucionales y con la doctrina del Tribunal Constitucional».

A la vista del detalle del mandato, congruente con el perfil profesional comprometido, el jurista parlamentario asume, individual y corporativamente, la responsabilidad de una función de naturaleza consultiva con rasgos propios de un órgano consultivo de *staff* (con naturaleza próxima a la de las Secretaría Generales Técnicas de los Ministerios). Se trata de una función que debiera ajustarse, al servicio de la función legislativa de las Cámaras, a la estructura del dictamen propio del Consejo de Estado, salvada siempre la distancia entre este Alto órgano consultivo y la funcionalidad de una administración parlamentaria⁴. Ateniéndonos al ámbito de ésta, se debería estudiar la conveniencia de sustituir el asesoramiento individualizado del Letrado adscrito a una Comisión parlamentaria por una coordinación de esa labor por la respectiva Dirección de Comisiones, con el apoyo de la Dirección de Estudios y Documentación de cada Secretaría General; asumiendo siempre el correspondiente Letrado la obligación de redactar el informe (dirigido primariamente a la Ponencia, cualquiera que sea el contenido, reflexivo o decisario, del Informe de ésta) y sin perjuicio de desempeñar el asesoramiento *«in actu»* durante todo el procedimiento legislativo.

En lo que se refiere al contenido del preceptivo e ineludible informe, debe reconocerse que la norma transcrita incorpora, con un detalle enccomiable, el análisis de impacto de toda nueva iniciativa legislativa respecto del ordenamiento jurídico del Estado, en orden a garantizar su coherencia y unidad, integrando tanto el horizonte interno (con singular atención a la legislación autonómica) como el supranacional (Derecho Europeo).

No menor importancia tiene la prescripción referida al análisis técnico-legislativo, que obliga al Letrado a revisar la estructura y lenguaje del proyecto o proposición de ley. En esa labor, sin embargo, seguimos echando en fal-

⁴ Recordemos, entre otras, la STC 204/1992, de 26 de noviembre, que en su FJ 4 reconoce que tanto el Consejo de Estado como cualesquiera órganos de asesoramiento técnico-jurídico independiente, contribuyen con su intervención a «una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva».

ta las previstas directrices parlamentarias sobre la calidad legislativa, que deberían complementar la aplicación de las vigentes directrices gubernamentales de técnica normativa, de 22 de julio de 2005; éstas agotan su virtualidad en la redacción de las normas, por lo que las Cortes Generales deberían complementar ese primer filtro de calidad con un análisis técnico-jurídico del impacto de la iniciativa legislativa en el ordenamiento jurídico, con especial atención a la doctrina del Tribunal Constitucional. Es ese espíritu de complementariedad, y no el de conflicto, el que debiera, a mi juicio, presidir la fase de evaluación legislativa en el trámite parlamentario.

Sin embargo, la práctica general reduce el informe del Letrado a la mínima expresión (más acorde con la «nota sucinta» de las Normas de 1985). Salvo excepciones meritorias (así los recientes informes de Letrado elaborados con ocasión de la reforma de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas) se pone diariamente en evidencia la ausencia de pautas administrativas de control de calidad de esa labor, repito, ineludible (el tenor de la propia norma cuarta establece la obligación de informar siempre «con ocasión de cada Proposición o Proyecto de Ley»). Sería, en mi opinión, altamente recomendable, también como impulso del celo y la responsabilidad, consagrar como pauta o regla general, con las lógicas excepciones, la publicación del informe del Letrado, que no por dirigirse a las Ponencias se convierte en un documento reservado.

Valga finalmente una referencia a los Parlamentos de nuestras Comunidades Autónomas, en los que se ha normalizado la función asesora de los Letrados, aunque de modo genérico, sin el detalle de la referida norma interna aplicable a las Cortes Generales. Como excepción a esa regla, deben destacarse las «*Normas sobre asesoramiento técnico-jurídico a las Comisiones en el procedimiento legislativo*», aprobadas por Resolución de la Presidencia del Parlamento de Andalucía el 22 de mayo de 1996 (BOPA de 31 de mayo de 1996). Ya en su exposición de motivos se subraya que el asesoramiento técnico-jurídico se limita a instrumentar «mecanismos que, sin interferir en la dinámica del procedimiento legislativo, faciliten la tarea de quienes intervienen en él, y contribuyan a lograr una mayor calidad técnica de las leyes». A ello se suma el mandato explícito, en la Norma Segunda, de que los servicios jurídicos «se abstendrán de pronunciarse sobre aspectos de oportunidad o conveniencia de la iniciativa». No cabe más lúcida aproximación a la razón de ser de la presencia de juristas en el Parlamento. En cuanto al contenido del informe, este se ajusta en líneas generales al establecido en el ámbito del Parlamento del Estado.

IV. DERECHO COMPARADO

En cuanto a la presencia de juristas al servicio de las Cámaras debe reconocerse la singularidad del Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales ya que, si abrimos la ventada al Derecho Comparado, la mayoría de los Gobiernos suelen imponer a su favor el monopolio de la legística. Parece como si

los Parlamentos aceptaran resignadamente su «incompetencia» o dependencia técnico-legislativa de los criterios del ejecutivo (habitualmente articulados a través del correspondiente Ministerio de Justicia).

Otra explicación de esa práctica pudiera encontrarse en la contaminación de las Cámaras por la cultura tecnocrática o decisionista, hábilmente infiltrada en el argumentario del *parlamentarismo racionalizado* que, al exacerbar el culto a la eficacia y rapidez de los procedimientos, ha conducido a la paradoja del desprecio o recelo de una asamblea deliberante hacia la corrección jurídica de sus actos. Sin embargo, la situación está cambiando en la dirección de considerar necesaria la evaluación técnico-legislativa por las propias Cámaras.

Quizás la experiencia más relevante es, una vez más, la de la Oficina de Evaluación (*Scrutiny Unit*), dentro de el Servicio de Comisiones (*Committee Office*), de la Cámara de los Comunes británica. Esta Oficina o servicio, con una perspectiva multidisciplinar lleva a cabo la evaluación de los anteproyectos de ley, por tanto antes de su entrada formal en la Cámara, a iniciativa de los propios Departamentos Ministeriales. A ello se suma la labor de los eminentes juristas del Servicio Jurídico (*Legal Services Office*), dirigido por el Consejo del Speaker, que genéricamente asiste en Derecho a la Cámara, singularmente en el desarrollo legislativo o reglamentario interno, al igual que en la incorporación de la legislación europea.

Dentro del Parlamento Federal de Bélgica, en el Senado, existe un Servicio para la Evaluación Legislativa que, en general examina la conformidad a Derecho de las iniciativas legislativas sometidas a la aprobación de la Cámara. Los juristas adscritos a este Servicio suelen ser invitados, como en nuestro Consejo de Estado, a presentar y comentar oralmente sus informes ante la Comisión correspondiente. Por su parte, en la Cámara de Representantes de ese país hay también un Secretariado Legislativo con funciones similares, aunque con menor relevancia institucional y ajustando habitualmente su criterio a la opinión del Consejo de Estado.

La presencia de juristas parlamentarios ha crecido con la emergencia de las nuevas democracias del Este de Europa. Así, Rumanía, Hungría, Polonia, Estonia, Lituania, Eslovenia y la República Checa han creado departamentos legislativos y servicios de estudios para asistir en Derecho a los legisladores.

V. POLÍTICOS Y JURISTAS, AL SERVICIO DEL ESTADO

En el contexto interno e internacional expuesto, debe reconocerse que la presencia de juristas al servicio de las Cámaras suele ser fuente de algunos equívocos, que conviene desterrar definitivamente; sobre todo porque de esos equívocos se nutren intrigas espurias, a las que son ajenos los responsables políticos y que causan daño siempre a la calidad del servicio y al interés público.

El letrado parlamentario no es más que un funcionario que ofrece los servicios para los que, como jurista, ha sido seleccionado tras la correspondiente oposición o, en su caso, concurso de méritos. El asesoramiento jurídico que presta, o debiera prestar, obviamente no vinculante, no puede nunca enten-

derse como interferencia ajena al legítimo proceso de toma de decisiones de las Cámaras respectivas. Por igual razón, su criterio no puede confundirse con un control de legalidad de las mismas. Es sólo una opinión, un juicio que, desde su independencia y lealtad institucional, trata de informar al legislador sobre el impacto de sus actos en el preexistente ordenamiento jurídico del Estado. Como opinión, su naturaleza es la propia de la doctrina jurídica, nunca la de la decisión política. Por ello, esa opinión debe quedar siempre fuera, y nunca ser objeto de mención, en los pronunciamientos formales de los órganos parlamentarios, únicos responsables de esa decisión.

En un horizonte de inflación normativa o de «jungla legislativa», externa e interna, políticos y juristas sirven al Estado, cada cual con su propia dimensión, y en esa disposición o actitud de servicio deben siempre encontrarse. Si ese es el horizonte institucional compartido, no parece que a un Parlamento contemporáneo le sobre el criterio de sus propios expertos, seleccionados autónomamente por sus propios órganos de gobierno.

Sin embargo, el indiscutible protagonismo político de esos órganos puede entender, legítimamente, que ese criterio sobra, o que no se ajusta a pautas de modernidad funcional, conforme a las cuales bastaría con un *staff* administrativo o eventualmente con una consultoría jurídica externa. Esta decisión debería llevar aparejada, en estricta coherencia, la supresión del Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales y la adscripción de sus actuales miembros a los Cuerpos de juristas del Estado de similar cualificación. Y, acudiendo al lenguaje coloquial, que es el menos equívoco, aquí paz y después... lo que quepa. Lo que no debiera caber, en justicia y en estricta buena administración de los recursos humanos disponibles, es la degradación arbitraria de servidores de la representación popular, como son los Letrados, por ignorados o desviados de su función genuina: la de asesorar en Derecho a los órganos parlamentarios.

La imagen exterior de España

En el mundo actual en el que las fronteras se desdibujan y los intereses nacionales están presentes en diversos escenarios, la noción de imagen exterior de un país es una especie de disciplina nueva que a lo largo del último decenio está surgiendo a caballo entre la praxis y las consideraciones teóricas.

Junto a ella, ha aparecido más recientemente otro concepto. La denominada «*soft diplomacy*», que básicamente es la capacidad de estar presentes, influir, vender imagen propia por medios distintos y más sutiles que la diplomacia tradicional basada en la negociación, sobre todo cuando iba acompañada de presiones relacionadas directa o indirectamente con la capacidad militar de una gran potencia. Sería la seducción frente a la presión frontal y obvia. *Soft diplomacy* e imagen exterior son conceptos que van de la mano y que en principio cualquier país puede y debe combinar adecuadamente.

Previamente habría que fijar el concepto de imagen exterior. Una definición operativa sería que es aquella percepción global que desde fuera se tiene de un determinado país. Es decir, no responde a cómo es sino a cómo nos ven. Con lo que la terapia en teoría es relativamente sencilla: hay que corregir la visión distorsionada que pueda existir en el exterior y mejorarla con acciones específicas y concretas.

El problema respecto a España que se nos presenta es comprobar si existe algún tipo de percepción de nuestra propia realidad. Recuerdo a este respecto una anécdota que me ocurrió en Japón con motivo de la Exposición Internacional de Aichi 2005. Estábamos reunidos unos 60 comisarios representativos de diversos países y recuerdo que en mi intervención me quejaba del cierto cansancio que producía el atribuir a España una imagen basada en tópicos un tanto manidos (toros, sol, paella, etc.). Cuando acabé de hablar, el colega que tenía al lado, comisario de uno de estos países de la antigua Europa del Este me dijo: «Cómo le envidio, ya quisiera yo que en mi país tuviera algo así, aunque sólo fuera un tópico». Luego reflexionando llegué a la con-

* Embajador en Misión Especial para el Año de España en China.

clusión de que, en un mercado global, aquel país que al menos tenga unos referentes, podrá a partir de ahí, es decir, a partir del tópico depurado y dignificado, apoyarse en él y lanzar sus mensajes.

En este tipo de consideraciones he visto los esfuerzos que las nuevas Repúblicas Bálticas, Letonia, Estonia y Lituania vienen haciendo para afirmar su personalidad y hacer llegar una imagen de identidad propia. Lo tienen difícil. Me da la impresión de que algo parecido puede suceder en los foros y ferias internacionales la proliferación de presencias de nuestras comunidades autónomas, sobre todo cuando intentan aparecer con un perfil propio totalmente desvinculado del paraguas común que es la imagen de España.

Otro concepto fundamental en el mundo de la promoción de la imagen exterior, el marketing de la imagen, presupone, que sólo se puede lograr éxito cuando el producto que se intenta promocionar es de calidad. Puede haber alguna excepción concreta, pero siempre será efímera.

¿Es la imagen de España un producto de calidad y vendible en el exterior? Sinceramente sí, nuestro país tiene un índice de conocimiento amplio a nivel internacional y una aceptación bastante elevada. De otra forma sería imposible que fuéramos el segundo país del mundo que más visitantes recibe, unos 54 millones después de Francia, que llega a los 70 millones. Pero aquí habría que hacer una matización importante: mientras que en España los visitantes están bastantes repartidos (Cataluña, Canarias, Baleares, Andalucía, etc.) en Francia hay una concentración excesiva en París que acapara casi el 75 por 100 de esos 70 millones de visitantes.

Otro punto a tener en consideración es que España se viene manteniendo con unos índices de visitantes que tienden a estabilizarse en estos altos niveles. Aquí es fundamental la imagen exterior que sobre todo entre nuestra clientela europea, ofrece nuestro país como lugar agradable, con buen clima, buena gastronomía y otros atractivos que se están incorporando recientemente, básicamente cultura, naturaleza y congresos. Aún sigue siendo importante el componente de playa y sol, lo cual no es ningún desmerecimiento, pues la competencia que ha surgido a nivel internacional, pensemos en el Caribe o el Indico-Pacífico, no han supuesto una merma radical de nuestros visitantes de turismo clásico. De nuevo la imagen de playa y sol en un país atractivo y agradable, sigue siendo un componente importante para atraer visitantes masivamente.

Y hablando de turismo, nuestra primera industria nacional, la percepción que se siga teniendo de España como un lugar agradable seguirá siendo fundamental. Aquí hay que dar la bienvenida a las campañas de promoción de turismo que realizan tanto las entidades estatales como nuestras comunidades autónomas, encontrándose fórmulas integradoras de identificación dentro del paraguas común de España que ofrecen una imagen atractiva y atrayente y que hace que todos los años nos visiten 54 millones de turistas extranjeros.

En un país como España, la octava potencia económica mundial, hay otros aspectos importantes además del turismo que conforman la imagen externa que seamos capaces de vender. Me refiero al ámbito empresarial en su doble vertiente de capacidad de atraer inversiones a nuestro país y de ofre-

cer una imagen de economía avanzada. Aquí he de decir que se están haciendo esfuerzos importantes por dar a conocer nuestras potencialidades y los cauces empleados son numerosos.

El más obvio es la creciente presencia de grandes empresas en el exterior y que en ciertos sectores como servicios bancarios, grandes concesionarios de obras públicas y la hostelería, están contribuyendo a crear una imagen de nuestro país de líder en estos sectores, con algunas empresas punteras y que hoy son referencia a nivel internacional. Esto está produciendo, de hecho una mejora en la percepción de España como país de ocio y servicios, pero también con unas capacidades industrial y sobre todo empresarial propias de países potentes.

Entre los numerosos cauces de promoción de la imagen exterior de España quiero hoy fijarme en dos iniciativas que están teniendo una repercusión cada vez más consistente y amplia.

El primero de ellos corresponde a los esfuerzos conjuntos de las iniciativas públicas y privadas y que se agrupan bajo la denominación «Marca España».

La iniciativa del Proyecto Marca España responde a la necesidad de coordinar las distintas actuaciones públicas y privadas sobre la marca España, de transmitir a las empresas e instituciones la importancia a tener una buena imagen de país, y de informarles sobre cómo comunicar y «vender» la nueva realidad de España.

El Instituto Español de Comercio Exterior, el Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, el Foro de Marcas Renombradas Españolas y la Asociación de Directivos de Comunicación, contando con el apoyo institucional del Ministerio de Asuntos Exteriores están trabajando conjuntamente en la puesta en marcha de esta iniciativa a la que se han unido recientemente Turespaña, Instituto Cervantes y la Dirección General de Información Internacional del Ministerio de Presidencia.

El objetivo común consiste en no dispersar esfuerzos y mantener la coherencia en los mensajes para construir una nueva imagen de España que no sólo mejore la proyección económica del país, sino que transmita una nueva realidad política, social y cultural de España, con sus características de modernidad, creación artística, dinamismo y potencia económica y cultural. Este objetivo es de vital importancia en estos momentos, ya que la imagen de España, aunque está evolucionando positivamente, es en su mayor parte confusa, estereotipada e insuficiente y no ofrece fortaleza competitiva.

Entre sus organizadores iniciales figuran las siguientes entidades:

- La Asociación de Directivos de Comunicación (Dircom), es una entidad profesional sin ánimo de lucro que agrupa a los directivos de comunicación de las empresas e instituciones más importantes en España, así como a los máximos responsables de las consultoras de comunicación.

Tiene como objetivos principales consolidar la comunicación como herramienta estratégica para el desarrollo y la gestión de las

organizaciones, impulsar la formación permanente y la mejora profesional, promover un comportamiento ético en el ejercicio de la profesión y constituir un foro privilegiado para el intercambio de experiencias entre profesionales. Hoy, la Asociación está formada por 350 miembros.

- El Foro de Marcas Renombradas Españolas (FMRE) es la iniciativa de un grupo de destacadas empresas españolas con marcas líderes y amplia proyección internacional, que se unen para promover y defender las Marcas Renombradas y Notorias Españolas como activo estratégico de competitividad y progreso; y para difundir las experiencias de internacionalización de estas marcas como cauce para elevar la imagen de España.
- El Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX) es un organismo perteneciente a la Secretaría de Estado de Comercio y Turismo, del Ministerio de Economía. Presta activamente sus servicios a las empresas españolas con la finalidad de impulsar y facilitar su proyección internacional.
- El Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos es una fundación privada e independiente cuya tarea es estudiar los intereses de España y de los españoles en la sociedad internacional. El análisis de la imagen y la percepción de España en el exterior es uno de los principales objetivos fundacionales del Real Instituto.

Entre las consideraciones y conclusiones a que han llegado los promotores del Proyecto Marca España destacan la afirmación recurrente que se oye de que España tiene actualmente una imagen fuerte y definida, pero que en muchos aspectos no es tan brillante como la realidad de sus logros en los últimos 2 años.

La imagen actual de España en el extranjero no se corresponde con la realidad, y puesto que la realidad española es mejor que su imagen, hay margen para el optimismo y para la mejora. Claramente la imagen no se corresponde con los indicadores objetivos, de manera que las percepciones están penalizando a la economía de nuestro país.

Por otra parte y de acuerdo con los resultados de diversos estudios que se han realizado sobre la imagen de España en el interior, parecen estar aumentando las ambivalencias en la imagen que se tiene de España. Han aumentado los puntos positivos aunque, por otro lado, no han disminuido los negativos. España sale bien parada en los aspectos expresivos o cálidos, en el sentido de ser considerado como un «país bueno para vivir». Los españoles, frente a otros pueblos, destacan en los aspectos expresivos y «cálidos» de la vida (emoción, vitalidad, ocio), frente a los instrumentales o «fríos» (eficacia, disciplina, trabajo). Es un país «bueno para vivir, pero malo para trabajar», aunque no tanto como Italia u otros países latinos. Somos los «prusianos del sur». Partiendo de una imagen de país menos avanzado y desarrollado, se aprecia una notable mejoría, pero lastrada por el estereotipo fuertemente expresivo o «latino». Sin embargo, no todo es negativo en este estereotipo latino de lo

español. Se valoran muy positivamente otros rasgos del carácter español: sociabilidad, altruismo, calor humano, etc. De ahí que la valoración general que recibe España sea buena.

Y finalmente los resultados de los estudios antes citados hablan de percepción desiguales sobre España, según el ámbito geográfico de que se trate, de manera que parecen demostrar que la imagen de España no es la misma en Europa, en Latinoamérica y en Estados Unidos, las tres áreas geográficas más importantes para España. Así, lo que destaca como diferencia fundamental entre la imagen de España en América Latina y Europa es que en América Latina se nos percibe como menos diferentes que en Europa. También es mayor la asociación con innovación, originalidad y prestigio. En el aspecto negativo, en América Latina mucho más que en Europa se percibe a España como distante, arrogante, poco servicial, poco fiable, hostil y poco amistosa. En definitiva, proximidad cultural y distancia emocional: este sería el perfil diferencial de la imagen de España en América Latina, en comparación con Europa. Pero debe resaltarse que se ha aprovechado poco el papel de los emigrantes españoles, sobre todo en América Latina, como creadores de imagen de marca.

Capítulo aparte merece el análisis de los aspectos positivos y negativos de la Marca España. Entre los primeros se han destacado varios especialmente positivos relacionados con la imagen de España en el actualidad, como el cambio político de la Transición, la importancia del idioma español, el turismo, el papel de la Corona tanto en el interior como en el exterior, el ingreso de España en la Unión Europea, la incorporación al euro desde un principio, la internacionalización de las empresas españolas, la celebración de los Juegos Olímpicos en Barcelona en 1992, entre otros.

También es de subrayar la pujanza del idioma y la cultura en español, sobre todo en Estados Unidos, es una de las grandes oportunidades para España, si se sabe aprovechar bien. Así, puede afirmarse que la lengua española es «su más exquisita marca renombrada». La lengua es un activo formidable no sólo en términos culturales, sino también económicos. La presencia e importancia dada hoy a España en el mundo no es entendible sin su dimensión latinoamericana.

Por último parece que uno de los activos principales de la imagen de España es el *«Spanish way of life»*. Así, en Estados Unidos, América Latina o en Europa se asocia España a un país divertido y auténtico, pero también pasional.

En cuanto a los aspectos negativos la mayor parte de ellos parecen afirmar en la valoración de *made in Spain* y en general en la ausencia de poderes españoles.

Hay un profundo desconocimiento de los productos y marcas españolas y todavía es frecuente la asociación de España con atraso, baja calidad o falta de estilo. España se encuentra en el grupo de los países más avanzados, pero con algunas «lagunas» entre las que parecen sobresalir los siguientes: debilidad tecnológica, insuficiencia de capital comercial, insuficiencia de apoyo institucional, escaso conocimiento y excesivo apalancamiento en precios bajos, inexistencia de empresas locomotoras mundiales, de renombre mundial, que tiren de la imagen de España.

El otro ámbito en el que la imagen exterior de España tiene una presencia continuada son los foros constituidos por las exposiciones internacionales.

Voy a hacer referencia solamente al ámbito que viene regulado por la llamada Oficina de Exposiciones Internacionales BIE que es el organismo internacional que se ocupa de regular todo lo referente a las exposiciones de carácter no comercial ni cultural.

Se trata de una Organización Internacional con sede en París a la que pertenecen 102 países y en la que España juega un papel muy activo.

He tenido el honor de ser el Delegado de España de 1998 a 2006 y desde este privilegiado observatorio he tenido la ocasión de comprobar cómo los distintos países procuran llevar su mejor imagen a estos eventos.

Se trata de las exposiciones internacionales, de las que Sevilla 1992 todavía conserva un indudable eco muy positivo a nivel mundial, al margen de ciertos aspectos de orden interno que fueron objeto de polémica doméstica.

La organización la Expo de Sevilla 92, cuyo año fue también el marco para los Juegos Olímpicos de Barcelona, puede considerarse como la presentación en sociedad de la España moderna que surge y se consolida tras la transición de 1976. Que un país como España fuera capaz de organizar dos eventos de gran resonancia internacional como la Expo de Sevilla y los Juegos Olímpicos de Barcelona, causó un impacto muy positivo en la imagen de España como país capaz de gerenciar con seriedad grandes eventos, que además constituyeron unos éxitos por su carácter festivo.

Hasta ahora no se ha repetido en ningún país este doblete y debo decir que a partir de ahí se consolida la imagen de España como país atractivo y con capacidad organizativa. Todo el sector tan lucrativo del turismo de congresos y convenciones, está en deuda con lo sucedido en el año 1992.

Justamente el próximo año 2008 España ha vuelto a obtener, tras ardua competición, la sede para una exposición internacional que tendrá lugar en Zaragoza y que todo inclina a pensar que volverá a ser un éxito de organización y participación.

Sobre el tema de las Exposiciones internacionales, que actualmente tienen dos modalidades por su duración, 3 ó 6 meses y por la temática y extensión autorizadas, debo decir que han recuperado su atracción como escaparate para mostrar la realidad de un país.

Concretamente China va a ser el gran actor y esperamos beneficiario, en la próxima exposición de Shanghai 2010, precedida por los Juegos Olímpicos de Pekín 2008.

Me permito hacer una matización sobre estos dos tipos de eventos, los Juegos Olímpicos cuya duración no excede de 3 semanas suponen hoy en día sobre todo un acontecimiento mediático muy concentrado en esas pocas fechas y más pensadas para medios que para asistencia masiva de público. Las exposiciones, por el contrario, permiten a lo largo de 3 ó 6 meses una mayor afluencia doméstica e internacional y por tanto mayores contactos humanos.

Ambos eventos tienen en común la proyección internacional del país organizador y el gran avance sobre todo en infraestructuras que supone su montaje, en especial, para la sede principal.

He de decir que la presencia internacional y constante de España en las exposiciones internacionales ha sido, en mi opinión, un factor muy importante para mostrar la imagen actual y moderna de nuestro país en aquellos países en que tuvieron lugar y depurar ciertos tópicos no siempre positivos que nos atribuían desde fuera.

Quiero recordar los dos pabellones de España en las exposiciones en las que al frente de un espléndido equipo, tuve el honor de organizar. La primera fue en Hannover 2000 que bajo el lema «hombre, naturaleza y tecnología» acogió a más de 120 países; el pabellón de España estuvo entre los cinco más destacados tanto por su arquitectura, contenido y programa; el concurso lo ganaron los arquitectos Cruz y Ortiz que presentaron una originalísima fachada recubierta de corcho natural en consonancia con el lema de la Expo. Aunque se trataba de un pabellón efímero su originalidad y la solidez de su construcción lo salvaron de la destrucción y fue adquirido al final de la Expo por una empresa privada con la idea de explotarlo para encuentros y exposiciones comerciales.

Los contenidos del pabellón que se recogían a través de varios escenarios sucesivos con los aspectos que nos parecieron más relevantes de la España del 2000, atrajeron una cifra de 3 millones de visitantes. El pabellón fue considerado además como el que ofreció en su restaurante la mejor gastronomía de toda la Expo, cuya gestión asumió Paradores Nacionales, que tenían especial interés en el mercado alemán.

Pero tal vez el mayor eco que se logró para nuestra imagen fue el amplio programa que incluyó una presentación muy destacada de arte y cultura en las ciudades más importantes de Alemania. Es de resaltar la exposición Picasso y la naturaleza que se presentó en Berlín con una asistencia de más de 350.000 visitantes en dos meses.

La arquitectura, los encuentros, la lengua española y otros aspectos estuvieron presentes igualmente en otras ciudades alemanas.

En resumen esa presencia integral de la Expo en torno al grupo del pabellón en Hannover permitió un efecto expandido en un mercado tan interesante para los intereses españoles como es Alemania.

Con un esquema parecido pero adaptado a otro entorno distinto, Japón, se volvió a repetir un éxito incluso si cabe mayor, en la Expo de Aichi 2005. Japón, para algunos fortaleza económica inexpugnable, era un reto y había que aprovechar el compromiso del pabellón de España en la Expo de Aichi.

Se preparó minuciosamente la estrategia y se encargó al Instituto Elcano una investigación que se plasmó en el libro «La imagen de España en Japón» que nos permitió orientar el tiro.

Entre tanto se había creado la Sociedad Estatal para Exposiciones Internacionales (SEII) entidad de carácter permanente y cuya misión principal era diseñar y ejecutar los compromisos internacionales de España y sus pabellones. Hasta que se creó esta entidad, lo habitual era constituir una comisión con alguna infraestructura de carácter temporal, Comisaría general para cada Expo, que se agotaba y disolvía tras cada evento. Esto suponía perder la experiencia adquirida y estar continuamente formando equipos cada vez que surgía un compromiso.

Así pues, Japón 2005 se planteó como un reto ante un país y un mercado que nos interesaba especialmente.

De nuevo el pabellón de España, cuyo concurso ganó el arquitecto Alejandro Zaera, constituyó un éxito. Fue designado como el pabellón extranjero más atractivo; de hecho, su fachada figuraba en la propaganda institucional de la Expo 2005 como una de las imágenes publicitarias.

Los contenidos del pabellón, muy concebidos en función del público mayoritariamente japonés que nos visitaría y que alcanzó la cifra de 4 millones de visitantes, mostraban los aspectos más innovadores y atractivos de España dentro de la fidelidad al lema de la Expo «La sabiduría de la naturaleza».

La idea clara de aprovechar la presencia en la tercera ciudad de Japón Nagoya, sede de la Expo, y expandirla por el resto del archipiélago, (Tokio, Yokohama, Osaka, Kobe) con un programa absolutamente original, fue un exitoso aldabonazo en la opinión y medios japoneses.

Entre las diversas actividades programadas, cabe destacar el envío de nuestros 10 mejores Chefs encabezados por Ferrán Adriá, nuestros mejores grupos de flamenco, nuestras mejores exposiciones de arte y fotografía, diseño y un encuentro sobre la lengua española; incluso logramos que los mejores solistas españoles en los ballets de todo el mundo hicieran conjuntamente dos galas especiales en Japón.

En resumen nuestra presencia en Japón en términos de imagen y aunque no es fácil cuantificarla, ha mejorado sensiblemente: el turismo japonés hacia España ha crecido en un 50 por 100 y se han abierto nuevos restaurantes españoles en Japón y el interés por el conocimiento de nuestro país, en general, ha aumentado.

Esta línea de presencia española muy cuidada en las exposiciones influyó claramente en la votación para que Zaragoza acoja una Expo Internacional en 2008 cuyo tema «el agua y el desarrollo sostenible» fue además elemento decisivo para esta designación. Todo indica que será de nuevo un éxito de organización y participación.

A título de resumen, concluiré que hoy más que nunca, una buena imagen exterior es fundamental para la economía de cualquier país. Ser capaces de transmitir esa percepción sólida y atractiva de la propia realidad conlleva unos resultados en términos de visitantes del exterior, inversiones extranjeras, compra de productos nacionales, aprecio de nuestras empresas en su proyección externa, etc., perfectamente cuantificables.

España tiene que seguir y profundizar en esta línea de estar presente en todos los foros e iniciativas que nos permitan vender el excelente producto que somos: un país acogedor, alegre, sólido y a la vez divertido.

No me sustraigo a la tentación de mencionar como colofón final el esfuerzo público y privado que, coordinado desde el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, se está llevando en uno de los países y mercados más definitivos en este siglo XXI: China.

La iniciativa de «Año de España en China 2007» que ya ha iniciado muy positivamente su andadura y cuya coordinación tengo el honor de asumir, es una prueba más de la sensibilidad e importancia que toda la sociedad atribuye a una buena imagen exterior.

La presencia de las rentas mínimas de inserción en los nuevos Estatutos de Autonomía, ¿el camino adecuado para lograr la integración social?

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. ORIGEN DE LAS RENTAS MÍNIMAS DE INSERCIÓN.—III. LA LUCHA CONTRA LA EXCLUSIÓN SOCIAL.—IV. LA ÚLTIMA FASE DE LAS RMI: SU INCLUSIÓN COMO DERECHO EN LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.—4.1. ¿Tiene sentido consagrar un derecho a una renta de inserción?—4.2. La inadecuación del nuevo nombre de las RMI. La propuesta de la renta básica.—4.3. ¿RMI versus Renta Básica?

I. INTRODUCCIÓN

En 2009, las rentas mínimas de inserción (RMI) cumplirán veinte años de vida en España. Lo que comenzó siendo un novedoso diseño de lucha contra la pobreza extrema y la exclusión social, se ha convertido hoy en una prestación presente en todas las Comunidades Autónomas. No obstante, la disparidad con que los distintos gobiernos autonómicos han regulado esta prestación, hace que difícilmente podamos encontrar en España un modelo unitario y, de hecho, se dan diferencias en ocasiones muy llamativas en la cobertura de situaciones de necesidad en función de que se resida en una u otra Comunidad Autónoma.

En este artículo se pretende hacer un balance general de esta institución que, como se intentará argumentar, ha pasado por tres fases distintas en lo que al plano legislativo se refiere. Cuando a principios de la década de los noventa se pusieron en marcha las RMI se hizo a través de decretos; este modelo de regulación se corresponde con la primera fase de la vida de esta institución. Conforme se fue avanzando y ganando experiencia en su funcionamiento, las

* Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

Comunidades Autónomas desarrollaron leyes que regulaban las prestaciones de inserción y la lucha contra la exclusión social. Su regulación por medio de leyes parecía garantizar una mayor protección y pretendía dar un mayor protagonismo a las rentas de inserción. En los últimos tiempos parece que hemos entrado en una nueva fase en lo que se refiere al reconocimiento de las RMI porque éstas aparecen como derecho en los catálogos que los nuevos Estatutos de Autonomía, recientemente aprobados, han consagrado. En el presente trabajo se intentará reflexionar qué sentido y alcance tiene la introducción de las RMI como derecho y si el diseño actual de la prestación logra alcanzar el objetivo de la inserción social o habría que apostar por instituciones más novedosas que pudieran garantizar este propósito.

II. ORIGEN DE LAS RENTAS MÍNIMAS DE INSERCIÓN

En los años ochenta se comienza a tomar conciencia en algunos países europeos, especialmente en Francia y Bélgica, de un nuevo fenómeno de exclusión social. El modelo del Estado de bienestar que funcionó durante tres décadas, se había construido sobre la laboralidad como vínculo social central. Aunque no fuera dicho de esta manera en ningún texto legislativo, la plena ciudadanía se alcanzaba a través de la condición de trabajador que, o bien ostentaban todas las personas o, al menos, el cabeza de cada una de las familias. En un contexto en donde Europa estaba reconstruyéndose, en donde había un crecimiento económico sostenido, el pleno empleo era una realidad que aseguraba la cohesión de aquellas sociedades y estaba además completado con un esquema de ayudas y subsidios para los períodos de desempleo, que solían ser breves, y para aquellas personas que por circunstancias de diversa índole no podían incorporarse al mercado de trabajo a través de una serie de programas asistenciales¹. Como es de sobra conocido, a partir de los años setenta las sociedades de bienestar entran en crisis. Una crisis que, lejos de las pretensiones neoliberales, no ha reducido al Estado a su más mínima expresión, pero sí que nos ha dejado como legado la desmembración y la fractura del mundo laboral². En esta primera década del siglo XXI, más de treinta años después de la crisis de los años setenta, se puede decir que el Estado de bienestar ha resistido el envite porque lo cierto es que en Europa se han reformado muchas de sus instituciones y se han recortado prestaciones, pero los ciudadanos gozan de una cierta estabilidad y bienestar asegurado por los Estados que se traduce en servicios de

¹ Para una visión de conjunto sobre la aparición de los Estados de bienestar *vid.* D. E. Ashford, *La aparición de los Estados de bienestar*, B. Gimeno (trad.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.

² Existe una amplia bibliografía que da cuenta de las crisis del Estado de bienestar y sus múltiples causas: C. Offe, *Contradicciones en el Estado de bienestar*, 1988, J. Keane (ed.), A. Escrivá (trad.), Alianza Editorial, Madrid, 1990; J. O'Connor, *La crisis fiscal del Estado*, G. di Masso (trad.), Península, Barcelona, 1981; R. Mishra, *El Estado de bienestar en crisis. Pensamiento y cambio social*, R. Muñoz de Bustillo (trad.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, y D. Bell, *The Cultural Contradictions of Capitalism*, Heinemann, Londres, 1976.

sanidad, educación y pensiones tras la jubilación. No obstante, parece no haberse resuelto esa quiebra de la laboralidad como elemento central del vínculo social, quizás porque no ha habido valentía por parte de los líderes políticos para plantearse en serio esta crisis e idear maneras de solucionarla.

Cuando el mercado de trabajo entró en crisis, el vínculo social unido a la laboralidad también comenzó a presentar problemas. El desempleo dejó de ser un fenómeno meramente coyuntural para pasar a ser un elemento estructural³ de las economías, y las relaciones laborales comenzaron a deteriorarse quedando sin garantía muchos de los derechos que estaban presentes en la legislación. Lo que antes, el mercado laboral, servía para cohesionar a las sociedades y darles integración y estabilidad asegurando un mínimo nivel de bienestar para toda la ciudadanía, pasó a ser uno de los ejes por los que se fracturaba la sociedad. Hoy, algunas décadas después, esta situación parece haberse consolidado⁴. La precariedad laboral, los contratos temporales, el alargamiento de las jornadas sin ningún reconocimiento ni económico ni formal, la escasez de los salarios, son realidades con las que los ciudadanos nos hemos acostumbrado a vivir. Pero que nos hayamos acostumbrado no significa que no tengan efectos importantes en lo que a la organización social se refiere. Porque en la actualidad el mercado laboral crea fracturas en nuestras sociedades y ya no sirve como elemento de integración. La primera brecha se encuentra entre quienes están dentro y quienes están fuera de ese mercado; cada vez hay más personas que se van quedando fuera del mercado laboral, quizás no de forma permanente, pero sí prolongados momentos de su vida activa. Los economistas hablan de «desempleados desanimados» para referirse a aquéllos que, tras repetidas negativas, abandonan la búsqueda⁵. A veces, en esos momentos no tienen una cobertura a través de prestaciones por desempleo porque no se han mantenido en el mercado de trabajo el tiempo suficiente como para generar ese derecho. En este sentido se da una actividad en la economía sumergida bastante extensa; muchas de estas personas no llegan a acudir a los servicios de inserción ofrecidos por las Comunidades Autónomas porque consiguen sobrevivir, incluso con cierta holgura, cobrando trabajos informales en dinero negro⁶. Incluso entre los que están en el ámbito de la laboralidad se dan divisiones; por un lado, los que poseen un contrato estable, indefinido, con garantías, y por el otro quienes se mueven en el terreno de la precariedad con constantes entradas y salidas en el mercado de trabajo⁷. Para

³ C. Offe y K. Hinrichs, «Economía social del mercado de trabajo: los desequilibrios del poder primario y secundario», en C. Offe, *La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectivas de futuro*, 1984, J. Nicolás (trad.), Alianza, Madrid, 1992, pp. 52-100.

⁴ Una descripción de esta situación se puede encontrar en U. Beck, *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, B. Moreno (trad.), Paidós, Barcelona, 2000.

⁵ D. R. Cameron, *Unemployment in the New Europe: the Contours of the Problem*, European University Institute Working Paper RSC núm. 99/35, Robert Schumann Centre, Florencia, 1999, p. 14.

⁶ El colectivo que más se ve afectado por esta situación es el de los inmigrantes ilegales.

⁷ Señala R. Castel que «entre la zona de vulnerabilidad y la de integración hay también un intercambio, una desestabilización de los estables, trabajadores cualificados que pasan a ser precarios, ejecutivos bien considerados que se convierten en desempleados», *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, J. Piatigorsky (trad.), Paidós, Barcelona, 1997, p. 447.

estos últimos, la estabilidad laboral se presenta como una auténtica utopía casi imposible de alcanzar y es posible que algunos de ellos acaben descolgándose definitivamente del trabajo formal y pasen a ser el público objetivo al que las RMI se dirigen. Hoy la precariedad en el trabajo que hace unos años era considerada atípica, se ha convertido en la relación estándar⁸. Y entre los que poseen un contrato estable, la relación laboral también se ha deteriorado. Observamos lo que algunos sociólogos han denominado el *presentismo*, la necesidad de estar presente en el puesto de trabajo aún cuando la jornada haya terminado y no existan más tareas que realizar. Aunque en otros países europeos también se ha observado este fenómeno⁹, en España llama la atención este alargamiento de las jornadas que se vive como una exigencia normal del puesto de trabajo. Quizá del deterioro de la relación laboral sólo queden al margen los funcionarios, aunque también llama la atención como las Administraciones públicas recurren cada vez más a contratos temporales contribuyendo de esta manera a ese deterioro.

Flexibilidad y disponibilidad son los dos conceptos claves que caracterizan en la actualidad la relación laboral. Las jornadas, los modelos contractuales, los salarios, la protección social, se han convertido en conceptos flexibles, adaptables a una demanda fluctuante. Las empresas se fijan como objetivo abaratar el coste del trabajo y para ello intentan que no sea una partida fija, sino un gasto variable¹⁰. Los trabajadores si quieren seguir dentro de ese mercado han de mostrarse disponibles para adaptarse a todos estos cambios. La historia de la regulación laboral en Europa y en España ha ido dirigida precisamente a eliminar los obstáculos a esta flexibilidad. Y aún hoy se nos sigue exigiendo desde diversos organismos supraestatales que llevemos a cabo reformas que recorten todavía más el ya de por sí deteriorado mundo de las relaciones laborales como una exigencia en el contexto de la globalización económica si pretendemos mantener un ritmo de crecimiento aceptable. Porque este deterioro de lo laboral no puede entenderse hoy sin una referencia a la globalización, idea ésta muy manida que será preciso aclarar. Entiendo por globalización el proceso de internacionalización creciente de la dimensión económica que se traduce en la creación de grandes grupos empresariales presentes a lo largo y ancho del mundo que juegan y hacen cálculos a nivel supraestatal en un contexto marcado por los avances tecnológicos especialmente en el campo de las comunicaciones. El Estado nación tradicional, por tanto, no puede regular estos movimientos diseñados para ser llevados a cabo en un nivel superior al de las fronteras nacionales. Por eso lo

⁸ G. Schmid, «Towards a Theory of Transitional Labour Markets», en G. Schmid y B. Gazier (eds.), *The Dynamics of Full Employment. Social Integration Through Transitional Labour Market*, Edwar Elgar Publishing, Cheltenham, 2002, p. 152.

⁹ En el Reino Unido en 1996 los trabajadores a tiempo completo tenían jornadas laborales más largas que diez años antes, siendo su semana media de trabajo de 45,8 horas mientras que ésta no alcanzaba las 44,5 en 1978. En el mismo país se observó que la semana laboral de directivos y administrativos alcanzaba en media 48,5 horas en 1996. *Vid.* G. Standing, *Global Labour Flexibility. Seeking Distributive Justice*, MacMillan, Londres, 1999, pp. 188-189.

¹⁰ J. L. Millán Pereira, «Cambios en la organización del trabajo», *Sistema*, núm. 168-169, 2002, p. 28.

único que le queda es claudicar y aplicar recortes a lo que durante la época de desarrollo del Estado de bienestar se consideraron conquistas¹¹.

Precisamente las RMI se crearon en Francia para intentar luchar contra la exclusión social de aquellos que se caían por las grietas cada vez más amplias de un Estado de bienestar en crisis. El modelo francés es paradigmático porque en España las Comunidades Autónomas lo que han hecho, en gran parte, es reproducirlo. Se introdujo en la Ley 88-1088, de 1 de diciembre de 1988, y fue reformado cuatro años más tarde por la Ley 97-722 de 22 de julio de 1992. Recientemente ha conocido otra reforma con la Ley 2003-1200, de 18 de diciembre de 2003, que afecta sobre todo a su gestión, descentralizándola, y creando nuevos instrumentos para fomentar la inserción social de los excluidos¹².

En España las RMI fueron diseñadas y desarrolladas por los gobiernos autonómicos desde principios de los noventa manteniendo una polémica con el gobierno central que no se mostró partidario de este tipo de esquema institucional. El primer gobierno autonómico que lo llevó a cabo fue el del País Vasco después de que el Lehendakari anunciara solemnemente su intención de desarrollar un plan contra la pobreza en su discurso de 30 de septiembre de 1988. Unos meses más tarde, se aprobaba el Decreto 39/1989, de 28 de febrero, que regulaba el Ingreso Mínimo Familiar y se desplegaba una importante campaña mediática para darlo a conocer. Los argumentos que se expusieron entonces señalaban que se trataba de una ayuda tendente a lograr la superación de la marginación social no fomentando la pasividad, sino la reinserción del excluido en el mundo laboral. El ejemplo francés que se había puesto en marcha unos meses antes parecía avalar esta iniciativa del gobierno vasco que así venía a desarrollar el artículo 10.2 de la Carta Comunitaria de los Derechos sociales que señala que «las personas excluidas del mercado de trabajo, por no haber podido reinsertarse en el mismo y que estén desprovistas de medios de subsistencia, deben poder disfrutar de prestaciones y de recursos suficientes, adaptados a su situación personal». La idea gustó en otras Comunidades Autónomas y pronto todas copiaron el modelo si bien el vasco sigue siendo hoy el más avanzado y generoso¹³. En casi todas ellas la creación de estos programas de inserción fue a través de decretos y sólo después de un par de años de experiencia comenzaron a desarrollarse leyes que regulaban las RMI.

Como se ha indicado antes, el Gobierno central, ocupado entonces por el Partido Socialista, se opuso a las RMI. En ese momento el Gobierno se

¹¹ R. Mishra, *Globalization and the Welfare State*, Edwar Elgar, Cheltenham, 1999.

¹² L. Sazo González, «La introducción de la renta básica en España», *Cuaderno de Relaciones Laborales*, vol. 23, núm. 2, 2005, p. 124.

¹³ Ese mismo año Cantabria puso en marcha una institución similar, en 1990 se sumarían las Comunidades de Andalucía, Asturias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Valencia, Extremadura, Madrid, Navarra y La Rioja y en 1991 Canarias, Galicia y Murcia. Sólo quedaron rezagadas de este proceso Aragón que hasta 1993 no creó su sistema de RMI y Baleares que sería la última en introducirlo en 1995. *Vid.* S. Sarasa, E. Almeda y D. Obiols, «Estado, sociedad civil y rentas mínimas de inserción», Unidad de Políticas Comparadas del CSIC, Documento de Trabajo 00-09, disponible en www.iesam.csic.es/doctrab1/dt-0009.htm, consultado por última vez el 10 de abril de 2007.

encontraba realizando un esfuerzo de reforzamiento de las estructuras de bienestar que en España habían sido prácticamente inexistentes durante la dictadura franquista apostando por la expansión universalista y las pensiones no contributivas como prioridades en la política social. Desde el Gobierno central se consideraba que estos esquemas autonómicos eran insolidarios, ya que sólo las Comunidades con más recursos podrían desarrollar RMI fuertes. No obstante, el PSOE no mantuvo una posición unitaria respecto a las RMI porque a pesar de la oposición del gobierno central, en algunas Comunidades aprobaron su creación o gobiernos autonómicos socialistas impulsaron directamente su aparición¹⁴.

Este primer proceso de implantación de las RMI se puede dar por finalizado en 1995, cuando Baleares, la última Comunidad Autónoma en hacerlo, crea su renta de inserción. En ese momento se puede considerar que ya había empezado la segunda fase de la vida de las RMI. Habría, sin duda, que hacer una precisión previa. Cuando aquí se habla de fases en la vida de las RMI se está adoptando una perspectiva que atiende a la regulación formal y jurídica de estas instituciones y no al contenido, extensión o generosidad del programa en cuestión; de acuerdo con este último criterio, la disparidad es importante y podría establecerse otro tipo de clasificación. Sin embargo, aquí me interesa señalar un proceso en la vida de las RMI que atiende al instrumento jurídico en el que estos esquemas vienen regulados. Como se ha dicho antes, la regulación de las RMI se hizo en primer lugar a través de decretos de los diversos gobiernos autonómicos. La razón hay que encontrarla en la novedad de lo que se intentaba regular; pero comprobada su viabilidad y su eficacia, a partir de 1991 los gobiernos autonómicos comenzaron a preparar proyectos de ley que regulaban las RMI. Formalmente la lucha contra la exclusión había subido un escalón y tenía por tanto una mayor protección; ya no se trataba de una política creada por el gobierno de turno que un gobierno de otro color pudiera modificar a su antojo. Con la regulación en leyes autonómicas su revocación se hacía más difícil pues suponía llevar esta cuestión a los diversos parlamentos autonómicos. Esta segunda fase de reconocimiento legal de las RMI se ha extendido hasta 2006. Si bien en un primer momento algunos gobiernos autonómicos consideraron la necesidad de pasar a regular las RMI con rango de ley (el País Vasco lo hizo en 1990, Asturias en 1991, Galicia en 1991), la fase no se puede considerar en su plenitud hasta después de 1995 cuando casi todas las Comunidades Autónomas del Estado poseen esquemas similares. Por ello, quizás el comienzo de esta segunda fase se tenga que situar en 1995 porque además se van a hacer en este período nuevas leyes que regulen las RMI, tratando de mejorar los esquemas y de incorporar la experiencia acumulada tras varios años de funcionamiento. De este nuevo período son paradigmáticas la Ley 12/98 del País Vasco, o la Ley 15/2001 de las Rentas Mínimas de Inserción de la Comunidad de Madrid. Hay en estos nuevos ins-

¹⁴ Sobre la aparición de las RMI en las diversas Comunidades Autónomas, *vid.* A. Arriba, «Procesos de implantación de políticas de rentas mínimas de inserción en España», *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzueta-rako aldizkaria, Revista de Servicios Sociales*, núm. 39, 2001, pp. 67-89.

trumentos legislativos¹⁵, un cambio de planteamiento en lo que a la filosofía de las RMI se refiere. Si al principio el acento estaba puesto en la ayuda económica que intentaba paliar la situación de aquel que no tenía absolutamente nada para llevarse a la boca, en las nuevas regulaciones la importancia está puesta en la idea de exclusión social como un fenómeno complejo en el que la ausencia de recursos financieros es sólo un aspecto más. Se hace necesario entonces describir qué se entiende por exclusión social y ver de qué forma las rentas de inserción de esta segunda generación tratan de luchar contra ella, algo que se hará en el siguiente apartado.

En la tercera fase, a la que antes me he referido, acabamos de entrar: en los Estatutos de Autonomía se recogen alusiones a la RMI como un derecho social más de los ciudadanos. Esta inclusión en la norma de mayor rango dentro del ámbito autonómico parece tener una intencionalidad muy precisa: sacar de la futura discusión política las RMI y presentarlas como un derecho de ciudadanía; pero en un momento en el que en el discurso político cualquier contenido parece que puede convertirse en derecho humano, merece la pena detenerse para ver qué significación tiene esta inclusión y si detrás del reconocimiento de las RMI como derechos no se estará en el fondo reconociendo otra cosa y confundiendo dos planos institucionales que aunque cercanos, convendría diferenciar bien.

III. LA LUCHA CONTRA LA EXCLUSIÓN SOCIAL

Hoy en día no se puede identificar exclusión social con la simple ausencia de recursos financieros. La exclusión es un proceso mucho más complejo del que la ausencia de medios para sobrevivir es un aspecto más, quizás su síntoma más inmediato. Esto significa que cuando se trata de encarar el problema de la exclusión social no se puede considerar que únicamente se paliará dando una prestación económica¹⁶; es necesario hacer otras reflexiones de mayor complejidad. La exclusión es un proceso de alejamiento de la sociedad, un camino en el que la persona se queda fuera de la ciudadanía, aunque formalmente no deje de serlo. Señala gráficamente Joaquín García Roca que «excluidos son los que quedan fuera de las puertas de entrada, que conducen, en pleno derecho, a los dinamismos hegemónicos, que cohesionan la organización social. Fuera quedan los que no han podido traspasar las puertas de entrada de una sociedad de productores y de consumidores»¹⁷. El excluido

¹⁵ Hay que señalar que en esta fase hay Comunidades que reforman sus RMI a través de nuevos decretos, con lo que el proceso no se puede considerar uniforme en todo el territorio nacional.

¹⁶ Porque como señala V. Renes «es ya un acuerdo compartido que los conceptos de pobreza y exclusión no son intercambiables. Es decir, se puede ser pobre (situación de grave carencia y privación) sin por ello estar excluido y viceversa», «Sugerencias para un nuevo plan de inclusión», en F.Vidal Fernández (ed.), *La exclusión social y el Estado de bienestar en España. V Informe EUHEM de políticas sociales*, Icaria-FUHEM, Madrid, 2006, p. 132.

¹⁷ J. García Roca, «Relatos, metáforas y dilemas. Para transformar las exclusiones», en F.Vidal Fernández (ed.), *La exclusión social y el Estado de bienestar en España, op. cit.*, p. 10.

se ve expulsado de las instituciones y por ello se encuentra en una situación de profunda incapacidad para ejercer los derechos que le corresponderían. Creo que no hay que limitar esta negación de derechos simplemente a los derechos sociales como hacen algunos autores cuando caracterizan la exclusión como una situación de imposibilidad de ejercicio de los derechos sociales, como «todo proceso potencial o efectivamente conducente a una situación de imposibilidad o incapacidad de ejercer los derechos sociales que otorgan el *status activae civitatis* a un individuo, por carecer de los recursos personales, sociales o económicos necesarios y suficientes para su ejercicio»¹⁸; estar excluido significa ser transparente para tus conciudadanos, no contar, no ser visible, quedarse al margen de los procesos dinamizadores de la sociedad. Y eso afecta no sólo a la imposibilidad de ejercer los derechos sociales, sino también y quizás en mayor medida, a la imposibilidad de disfrutar los civiles y de participación política. Luchar contra la exclusión social, por tanto, no debe considerarse un acto de generosidad por parte de nuestros sistemas sociales y políticos. Se trata de un deber democrático; la democracia no puede construirse sobre la exclusión porque su propia definición demanda la presencia de todos los implicados, que su opinión cuente lo mismo, que sean todos partícipes reconocidos. De lo que se trata, en definitiva, es de hacer que todos los ciudadanos se encuentren en una situación de disfrute y ejercicio de sus derechos. Una sociedad que no se preocupa por luchar contra la exclusión es una sociedad que quiebra uno de los pilares de la democracia. La integración social es quizás el primer derecho en una comunidad política, porque sin él no hay posibilidad de disfrute del resto¹⁹.

Para luchar contra la exclusión hay que definir antes un modelo de integración social. Decidir sobre qué bases queremos que se construya la pertenencia a una sociedad. Probablemente desde la Revolución Industrial, la inclusión en Europa se ha construido sobre la actividad laboral. Esto se ha mantenido hasta el momento presente. De acuerdo con esta idea, por tanto, si queremos que alguien que está excluido se reinserте en los procesos sociales, vuelva a ser un ciudadano con capacidad para ejercer sus derechos, lo que hay que hacer es ganarlo para el terreno de lo laboral. La finalidad, pues, de todas las actividades de inserción estará en que esa persona consiga valerse por sí misma en el mercado de trabajo. Este esquema como ya se ha visto funcionó durante varias décadas. Hoy no estoy muy convencido de que pueda seguir haciéndolo pues como se vio páginas atrás el mercado laboral es creador de la exclusión, en muchas ocasiones es el que arroja a determinadas personas a la espiral de ausencia de integración. No obstante, en nuestras sociedades vivimos como si el trabajo siguiera siendo la garantía a la inserción social. Por eso también las RMI comparten esa inspiración y esa filosofía. ¿Cómo luchan frente a la exclusión?

¹⁸ J. L. Monereo Pérez y C. Molina Navarrete, *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 1999, p. 46.

¹⁹ *Vid.* J. L. Rey Pérez, «El derecho al trabajo, ¿forma de exclusión social? Las rentas mínimas de integración y la propuesta del ingreso básico», *Revista ICADE*, núm. 62, 2004, p. 253.

Lo primero que hay que decir es que quizá el nombre de rentas no es el más adecuado. Aunque originariamente se pensó en ellas como una ayuda económica destinada a aquellas personas que no tenían acceso al sistema de protección social ni derecho a ningún tipo de pensión o ayuda económica, hoy el protagonismo no lo tiene tanto la cantidad de dinero como otras actividades que acompañan tal prestación. Aunque existen diferencias entre las diversas Comunidades Autónomas en cuanto a su regulación, su extensión, la generosidad de los programas, en lo que sigue voy a generalizar a partir del modelo del País Vasco que, como ya se ha indicado, es el que posee una RMI más desarrollada.

C. Euzeby caracterizó en su momento la RMI francesa por cuatro rasgos: no es una prestación universal, tampoco es individual porque toma como base la familia o unidad de convivencia, se trata de una ayuda condicionada y, sobre todo, constituye una institución de gran complejidad²⁰. Es este último rasgo el que resulta más novedoso en comparación con otras instituciones conocidas en nuestros sistemas de protección social. Las RMI más desarrolladas en España tienen tres elementos: la prestación económica propiamente dicha, el convenio de inserción y las ayudas de emergencia social. En muchas Comunidades las RMI sólo tienen los dos primeros pero parece que su desarrollo en los próximos años debería ir acercando las RMI de todas las Comunidades Autónomas al modelo vasco. Las RMI se destinan a aquellas personas que carecen «de los recursos personales, sociales o económicos suficientes para desarrollar una vida independiente» (art. 1 Ley 12/98 del País Vasco). En esta definición, como puede comprobarse, se enfrenta la exclusión desde todas sus dimensiones y no sólo con la falta de recursos económicos.

No obstante, el elemento central para los beneficiarios de las RMI sigue siendo la prestación económica, entre otras cosas, porque los beneficiarios se acercan a las instituciones en busca de esa cantidad económica que necesitan para la mínima supervivencia. El ingreso es una prestación económica dirigida a cubrir las necesidades básicas de las personas que carecen de los recursos imprescindibles para lograr la supervivencia. Es un ingreso que tiene un carácter subsidiario: sólo se podrá ser beneficiario de las RMI si no se recibe ninguna otra ayuda, pensión o ingreso o recibiendo no alcanza las cuantías fijadas para el ingreso de inserción. Con la complementariedad lo que se pretende es evitar la trampa de la pobreza, es decir, que la gente rechace determinadas ocupaciones por las que percibe un dinero por no perder la seguridad que le dan las RMI. La cuantía del ingreso no es muy elevada y varía entre las diversas Comunidades Autónomas. El País Vasco y Madrid están entre las que cuentan con ingresos más altos, pero aún así tienen un carácter alimenticio, lo que persiguen es que las personas puedan hacer frente a los gastos de supervivencia, alimento e higiene y poco más. Además el ingreso no tiene un carácter individual sino que se otorga a lo que se deno-

²⁰ C. Euzeby, «Du revenu minimum d'insertion au revenu minimum d'existence», *Futuribles*, núm. 177, 1993, especialmente pp. 43-47.

minan como unidades de convivencia, esto es, familias o personas que conviven en una relación análoga a la familiar. Se suele establecer una cuantía para una unidad de convivencia individual a la que se va incrementando una cantidad según aumentan los miembros. Lo que ocurre es que en casi todas las Comunidades Autónomas el incremento no es lineal. Conforme van aumentando los miembros lo que se incrementa la prestación económica es menor y pasado un número determinado de miembros ya no se concede ninguna cantidad adicional. Esta manera de calcular la cuantía presupone la existencia de economías de escala en el consumo de alimentos, algo que sería cuanto menos discutible al menos en la dimensión de una economía familiar. Por ello algunos autores han querido ver tras este diseño un castigo a las familias más numerosas: «la cuantía asignada por cada miembro adicional es relativamente plana, es decir, que no crece lo que parece necesitar cada miembro adicional, donde no podemos dejar de leer un cierto intento de penalizar a minorías étnicas que tradicionalmente constituyen familias numerosas»²¹.

Lo que resulta realmente novedoso en el diseño de las RMI es que la cuantía monetaria se condiciona a la firma de un convenio o contrato de inserción por parte del beneficiario. Esto supone un esfuerzo por adaptar una política general a solucionar los problemas concretos de los beneficiarios porque en el convenio se pretenden introducir actividades que ayuden a la reincisión social del excluido. De esta forma hoy el elemento nuclear de las RMI es el convenio de inserción ya que la percepción de la renta puede suspenderse como señala, por ejemplo, el artículo 24.1.b) de la Ley 12/98 del País Vasco, si el beneficiario se niega a aceptar el acuerdo que el trabajador social le propone. Este novedoso instrumento presenta sus ventajas y sus inconvenientes. Entre las primeras cabe señalar un acercamiento al problema real sufrido por la persona que sufre la exclusión; es evidente que el proceso de apartamiento de la sociedad es un fenómeno complejo con muchos flancos que hay que atacar y que dar una renta de mera supervivencia no ayuda a solucionar la exclusión social. Por ello en el convenio se pretenden introducir un conjunto de acciones que ayuden al beneficiario a paliar las causas que le han llevado a la situación en la que se encuentra. Su contenido es por ello variado: desde actividades de formación o actualización profesional hasta la obligación de acudir a determinados tratamientos de desintoxicación pasando por el compromiso de escolarizar a los hijos en caso de que éstos estuvieran apartados de la formación. Para diseñar el contenido concreto del convenio de inserción se requiere un contacto cercano entre el trabajador social, que debe evaluar cada uno de los casos, y el beneficiario. Este acercamiento de una política pública a las necesidades reales del ciudadano es su mayor novedad y ventaja, pero en ocasiones juega también como inconveniente. Se ha señalado así que el trabajador social tiene un gran poder de decisión que incluso puede dar entrada a resoluciones arbitrarias que nadie está

²¹ R. Susín, *La regulación de la pobreza*, Universidad de La Rioja, Logroño, 2000, p. 326.

en posición de controlar. Por otra parte se ha querido ver en los convenios de inserción sofisticados instrumentos de control más que una verdadera institución destinada a paliar las causas de la exclusión²². De hecho, si fuera algo más que un instrumento para evitar la sensación de que se da un dinero a cambio de nada, requeriría una fuerte inversión en personal y medios técnicos que hoy por hoy no están presentes en ninguna Comunidad en la que este sistema de RMI está funcionando. El convenio en la práctica se ha quedado en la manifestación de un compromiso por parte del beneficiario de llevar a cabo una serie de tareas que le indica el trabajador social. En realidad no estamos ante un verdadero contrato o convenio donde hay igualdad entre las partes firmantes. Los beneficiarios que acuden a las instituciones con el objetivo de cobrar la prestación económica no están en condiciones de discutir el contenido que le marca el asistente social y firman lo que sea con tal de recibir la cuantía económica²³. Por ello su eficacia deja bastante que desear y responde, en la línea de la reforma de las políticas de bienestar iniciada en todos los países europeos en los años ochenta, a una lógica propia del *welfare*, esto es, la aplicación de un criterio de reciprocidad para recibir una prestación pública. Esta importancia de la reciprocidad se pone de manifiesto en el hecho de que si se constatan incumplimientos del compromiso manifestado en el convenio la sanción puede ser la desaparición de la ayuda económica. La cuestión reside entonces en si se están poniendo los medios necesarios para que personas que en muchos casos están apartadas del proceso de socialización, puedan cumplir con los compromisos contraídos. El fenómeno de la exclusión social debilita la voluntad de las personas y antes que obligarles a cumplir con un compromiso del que ni siquiera ellos están convencidos, habría que poner los medios psicológicos y terapéuticos necesarios para que puedan realmente adquirir y cumplir promesas. Por ello, algunos autores han visto más sombras que luces, más inconvenientes que ventajas, en las RMI. Para Susín, por ejemplo, pesan más los rasgos negativos que la individualización, continuidad de la ayuda, descentralización, cercanía al beneficiario, flexibilidad y cooperación, y entiende que este instrumento no se aleja de la lógica asistencial ejerciendo un control más directo sobre los beneficiarios, de ahí la sustitución de la objetividad y distancia de otras viejas ayudas de la sociedad de bienestar, por un seguimiento individualizado y una evaluación constante y permanente que delatan «la función latente de control-censura

²² R. Lafore, «Les tríos défis du RMI. A propos de la Loi du 1^{er} decembre 1988», *L'Actualité juridique*, núm. 20, 1989, pp. 563-585.

²³ R. Susín señala en este sentido que «con la vista puesta en fines de defensa social, los ingresos mínimos de inserción presentan un planteamiento deutilización de los mecanismos de control y dominación social. Se revisten, ciertamente, de la forma tradicional de una prestación económica en una línea que podíamos considerar dentro de un proceso de profundización del Estado de bienestar y que lleva a desarrollar un derecho con fines distributivos y de garantía de un mínimo vital. Sin embargo, no es cierto que la existencia de estos acuerdos, que algunas regulaciones no dudan en denominar contraprestación, traslucen que las políticas de inserción en que se enmarcan estos ingresos consisten en algo más que el aparente deseo por contribuir al acceso de todas las personas a una condición de ciudadanía social plena», *La regulación de la pobreza*, *op. cit.*, p. 341.

social llevada a cabo a través de los ingresos mínimos»²⁴. Susín va más allá y señala incluso que este tipo de instituciones suponen un auge del Estado penal vinculado a la idea del *workfare*. Más que solucionar el problema de la exclusión social, de lo que se trataría es de tenerlo bajo control.

El tercer y último elemento que conforman las RMI es lo que se denominan ayudas de emergencia o de inclusión social que no están presentes en todas las Comunidades Autónomas. La que más desarrollado lo tiene es el País Vasco. Estas ayudas son prestaciones de naturaleza económica no periódicas destinadas a hacer frente a otros gastos necesarios para la supervivencia, como puede ser la vivienda, el vestido, la educación o determinados gastos sanitarios. Se trata de un ingreso que tiene un carácter finalista, esto es, únicamente se pueden destinar para aquello para lo que fue concedido. Como digo, es en el País Vasco donde estos ingresos se han dado con mayor generosidad sobre todo para cubrir los costes de alojamiento de determinadas personas sin techo o en riesgo de perder la vivienda que ocupaban habitualmente. Ciertamente, la cuestión de la vivienda en nuestro país es hoy uno de los factores que ha de tenerse en cuenta cuando se estudia la exclusión social. Si ésta sobre todo está presente en las grandes ciudades es también aquí donde los precios del alojamiento se han incrementado alarmantemente en los últimos años; por mucho que se dé un ingreso alimenticio a una persona, si se ve obligada a no tener un alojamiento y ser lo que se conoce como un «sin techo», el proceso de la inserción de esa persona habrá fracasado. Por ello, si realmente se quiere recuperar al beneficiario para la vida social, la vivienda es uno de los requisitos previos, de los medios que se tienen que facilitar de alguna forma para estar en condiciones de exigir el cumplimiento del compromiso de inserción. Esto supone, obviamente, un gasto para los gobiernos autonómicos que no todos están en posición de realizar. Y quizás habría que pensar una manera de articular una política de inserción que fuera capaz de evaluar y atacar todos los flancos que ésta presenta, pues las ayudas de emergencia social son, como su propio nombre indica, de emergencia, un parche que se pone a una situación que reviste una especial gravedad²⁵.

IV. LA ÚLTIMA FASE DE LAS RMI: SU INCLUSIÓN COMO DERECHO EN LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Como es de sobra conocido en los últimos años algunas Comunidades Autónomas han iniciado la reforma de sus Estatutos de Autonomía asumiendo nuevas competencias y actualizando el marco legal que regula sus territorios. Al margen de otras consideraciones que pudieran hacerse sobre este proceso, en lo que se refiere a las RMI, la aprobación de una serie de

²⁴ R. Susín, *La regulación de la pobreza*, *op. cit.*, p. 345.

²⁵ *Vid.* P. Cabrera Cabrera, «Las personas sin hogar en España», en F. Vidal Fernández (ed.), *La exclusión social y el Estado de bienestar en España*, *op. cit.*, pp. 563-587.

nuevos Estatutos ha iniciado la que se puede considerar como tercera etapa de la vida de esta institución. Si comenzaron introduciéndose a través de decretos como políticas de los diversos gobiernos autonómicos para pasar a ser regulados por leyes, otorgándoles así mayores garantías, ahora algunas Comunidades Autónomas han optado por introducir las RMI en su catálogo de derechos. Así el nuevo Estatuto de Cataluña recoge en su artículo 16 que «todas las personas tienen derecho, de acuerdo con los requisitos establecidos por la ley, a recibir prestaciones sociales y ayudas públicas para atender las cargas familiares». La RMI podría entenderse como una institución derivada de este derecho, pues tiene como base la unidad de convivencia. Sin embargo, unos artículos más adelante este Estatuto configura la RMI como un derecho en sí mismo, cuando en el artículo 24 que enumera derechos en el ámbito de los servicios sociales, en su apartado tercero recoge que «las personas o las familias que se encuentran en situación de pobreza tienen derecho a acceder a una renta garantizada de ciudadanía que les asegure los mínimos de una vida digna, de acuerdo con las condiciones que legalmente se establezcan». La RMI o renta garantizada de ciudadanía, como pasa a denominarla no muy acertadamente el nuevo Estatuto, se configura así como un derecho social reconocido en la norma ordenadora del ámbito legal de la Comunidad Autónoma catalana. A continuación, el artículo 25.2 señala que «las personas excluidas del mercado de trabajo porque no han podido acceder o reintegrarse al mismo y no disponen de medios de subsistencia propios tienen derecho a percibir prestaciones y recursos no contributivos de carácter paliativo, en los términos establecidos por la Ley». No se sabe muy bien leyendo los diversos artículos, si las prestaciones paliativas se configuran como algo distinto de las RMI. Más bien cabría pensar que no, porque efectivamente la RMI tiene un carácter paliativo al estar destinada a aquellas personas que han sido apartadas del por ahora único medio de inserción social en nuestra sociedad, el laboral. No se entiende por tanto este desdoblamiento en el articulado donde parece que se diferencia la pobreza de la exclusión, la pobreza daría derecho a una RMI mientras que la exclusión a otras medidas paliativas que no se concretan, cuando, como se ha dicho ya en este trabajo, la pobreza es sólo una dimensión más de la exclusión, su cara más visible, sin duda, pero no se puede concebir como una realidad independiente. La lucha contra la pobreza es lucha contra la exclusión sin duda, pero luchando únicamente contra la ausencia de recursos financieros difícilmente lograremos acabar con el apartamiento de la sociedad que sufren algunas personas.

El nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía ha hecho algo similar que el de Cataluña. Dentro de los objetivos básicos que la Comunidad se marca, el 14 señala «la cohesión social, mediante un eficaz sistema de bienestar público, con especial atención a los colectivos y zonas más desfavorecidos social y económicamente, para facilitar su integración plena en la sociedad andaluza, propiciando así la superación de la exclusión social». Atendiendo a esto, el artículo 23.2 reconoce que «todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en caso de necesidad,

de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la Ley». Una vez más aquí el nombre, como luego se verá, no parece adecuado y debemos entender por renta básica las RMI.

Por último, como tercer y cuarto ejemplos, el nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias en su artículo 7.3.n) consagra «el derecho de todo ciudadano canario en estado de necesidad a la solidaridad y a una renta garantizada de ciudadanía, en el marco de una política activa de inserción social y erradicación de la pobreza»; y el de Valencia en su artículo 15 señala que «con el fin de combatir la pobreza y facilitar la inserción social, la Generalitat garantiza el derecho de los ciudadanos valencianos en estado de necesidad a la solidaridad y a una renta de ciudadanía en los términos previstos en la Ley».

4.1. ¿Tiene sentido consagrar un derecho a una renta de inserción?

El instrumento de las RMI tiene acreditada su necesidad por los años que lleva funcionando. Al margen de los errores que se pueden detectar en su funcionamiento, lo que parece que está fuera de toda discusión es que se requiere algún tipo de política pública para luchar contra la exclusión social. Ahora bien, ¿se puede justificar su articulación jurídica como derecho? Las cartas de derechos que incluyen los nuevos Estatutos de Autonomía funcionan a modo de catálogos que concretan los contenidos en el texto constitucional. En este sentido, pueden ser más extensos que los reconocidos en nuestra Carta Magna, pero no podrían recortar su contenido esencial. Al fin y al cabo, los Estatutos no dejan de ser leyes orgánicas sometidas al imperio de la Constitución. Pero cuando hablamos de extensión de derechos, es necesario, al menos desde la filosofía de los derechos humanos, concretar el sentido en el que hablamos de ellos y evitar la inflación que los derechos parecen sufrir en este tiempo donde cualquier pretensión tiende a ser calificada como derecho sin mayor reflexión. Así, por todos es sabido que existen tantas concepciones de derechos como visiones del Derecho hay. Los autores iusnaturalistas probablemente señalen que los derechos son anteriores al propio Estado, mientras que los positivistas los concebirán como una creación jurídica de la que sólo cabe hablar cuando están reconocidos en una norma positiva. Dejando a un lado esta polémica, creo que si intentamos dar una definición de derecho fundamental que tenga en cuenta el funcionamiento del Derecho, la visión más adecuada es el concepto dualista de derechos fundamentales que media entre posturas iusnaturalistas y positivistas. Así, un derecho sería una pretensión moral justificada que ha sido reconocida en una norma jurídica. Esta definición pone sobre la mesa que no cualquier pretensión puede considerarse sin más derecho; es necesario que supere un doble examen: el de su justificación moral que debe estudiarse desde el ámbito de la filosofía ética y el de la posibilidad de su articulación como derecho en sentido jurídico, por tanto, que su contenido se pueda incorporar a una norma como derecho generalizable. Peces-Barba ha añadido un tercer requisito a estos dos en lo

que él denomina visión integral de los derechos. Así la pretensión contenida en la norma tendría además que ser realizable, añadiendo a la moral y la validez la dimensión de la eficacia, de tal forma que los obstáculos o impedimentos para materializar esas pretensiones recogidas en las normas si no son salvables provocarían que no se pudiese hablar propiamente de un derecho fundamental²⁶. En mi opinión, no obstante, no creo que haya que incluir la realizabilidad dentro del concepto de derecho. Y no porque no sea importante plantearse la posibilidad real de poner en práctica el contenido de un derecho, sino porque más bien pertenece a una institución cercana a los derechos, pero distinta y a ellos supeditada. Éstas son las garantías, que son los medios a través de los cuales se hace efectivo el contenido de los derechos. Se trata de diferenciar entre el *objeto* de un derecho y las *formas* en que éste puede ser realizado. Esto significa, en primer lugar, que un derecho puede tener varias garantías y aquí la dimensión de la realizabilidad, de la economía, es importante: pues entre todas las formas de hacer real el contenido de un derecho habrá que optar por aquélla que supone un mejor aprovechamiento de recursos escasos, aquélla que resulte más eficiente en un sentido económico. Y, en segundo lugar, que las garantías son necesariamente más variables que los derechos pues han de estar adaptadas a los diversos contextos socioeconómicos donde esos derechos han de ponerse en práctica. Cuando hablo de garantías en este sentido me refiero no a las que Ferrajoli denomina secundarias, las jurisdiccionales, que únicamente entran en juego cuando el contenido de un derecho se ha vulnerado, sino a las primarias, a los medios institucionales que ponen en práctica un derecho²⁷. Esta distinción conceptual entre derechos y garantías creo que puede ser útil a la hora de plantearse si un determinado contenido es o no un derecho y para entender por ejemplo que el Estado de bienestar no sería más que un conjunto de garantías de los derechos sociales; por tanto, el Estado de bienestar es un sistema de garantías al Estado social y su crisis es únicamente la inadaptación de esas garantías a un nuevo contexto.

¿Cabe entonces hablar de un derecho a la RMI? Creo que el valor moral que está por detrás de la consagración como derecho que están haciendo los nuevos Estatutos de Autonomía es la inserción social, esto es, la pertenencia, el reconocimiento de un grupo. Las rentas de inserción no son más que un medio para hacer el contenido del derecho a la inserción real y efectivo. Un medio además no aislado, porque actúa, como ya se ha visto, cuando el mercado laboral no es capaz de integrar a una determinada persona. Por tanto, en nuestras sociedades, el derecho a la inserción se vale de la garantía de lo laboral, del trabajo y de las RMI cuando aquél falla. Sería por tanto más adecuado que en los Estatutos de Autonomía apareciese consagrado el derecho a la inserción social y en cambio no se hiciera mención a sus garantías porque si

²⁶ G. Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. de Asís, C. Fdez. Liesa y A. Llamas, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 110-113.

²⁷ L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, P. Andrés Ibáñez y A. Greppi (trads.), Trotta, Madrid, 1999.

bien hoy las RMI se han asentado como una institución adecuada, en los próximos tiempos eso podría variar y como vamos a ver existen otras propuestas para garantizar el derecho a la inserción.

4.2. La inadecuación del nuevo nombre de las RMI. La propuesta de la renta básica

Como se ha visto, la entrada en esta tercera etapa de la vida de las RMI, parece venir acompañada de un cambio de nombre. En efecto, los nuevos Estatutos de Autonomía que han incluido las tradicionales rentas mínimas de inserción en su articulado hablan de renta básica (art. 23.2 del Estatuto de Andalucía), de renta garantizada de ciudadanía (art. 7.3.n) del Estatuto de Canarias y art. 24.3 del Estatuto de Cataluña) o de renta de ciudadanía (art. 15 del Estatuto de Valencia). Sin embargo, esta denominación confunde lo que se ha venido denominando renta básica o renta básica de ciudadanía con las tradicionales RMI.

Desde hace ya varias décadas en la literatura política se ha introducido un debate acerca de lo que en español se ha traducido como renta básica (*basic income*). Una renta básica de acuerdo con las definiciones más extendidas entre nosotros, es «un ingreso pagado por el gobierno a cada miembro pleno de la sociedad *a) incluso si no quiere trabajar, b) sin tener en cuenta si es rico o pobre, c) sin importar con quien vive y d) con independencia de la parte del país en la que viva»²⁸. Como se puede apreciar los dos rasgos que hacen de esta idea algo totalmente novedoso en los Estados de bienestar es, en primer lugar, su incondicionalidad y, en segundo lugar, su universalidad. En efecto, la renta básica se atribuiría a todos los ciudadanos y residentes²⁹, pagada por el Estado sin exigir nada a cambio, esto es, independientemente de si se trabaja o no, si se ha hecho en el pasado o se tiene la intención de hacerlo en el futuro. La incondicionalidad es quizás el rasgo que más objeciones ha planteado, pero su radical novedad en el terreno de la inserción social implica que se atribuye una renta básica, o lo que es lo mismo, lo suficiente como para cubrir las necesidades básicas, sin hacer ningún tipo de test de recursos. Para*

²⁸ P. Van Parijs, *Libertad real para todos. Qué puede justificar al capitalismo (si hay algo que puede hacerlo)*, J. Francisco Álvarez (trad.), Paidós, Barcelona, 1996, p. 56.

²⁹ Existe un acuerdo más o menos generalizado entre los autores que se han ocupado de estudiar la cuestión de que la renta básica no sería únicamente de ciudadanía, sino que habría que extenderla a los residentes legales que hubieran acreditado una antigüedad en el territorio nacional de por lo menos un año para evitar discriminaciones. Se ha señalado el efecto llamada que esto podría tener. Obviamente hay que solucionar una serie de cuestiones si esta medida se quiere llevar a la práctica y dejar de ser una simple discusión académica o doctrinal. La renta básica desliza la percepción de ingresos de la laboralidad (y en esto reside su radical novedad); pero la residencia, salvo por razones de estudios u otras minoritarias como acompañamiento de familiares, motivos de refugio o asilo político, etc., viene siempre ligada a detentar el estatus laboral. La introducción de una renta básica en el fondo, como luego veremos, lo que hace es poner fin al reconocimiento o inserción social a través del trabajo, esto significaría que su introducción nos obligaría a replantearnos también el reconocimiento de la residencia vinculando a la laboralidad.

justificar este rasgo se han esgrimido argumentos de dos naturalezas: por un lado los que podríamos denominar argumentos de corte consecuencialista: una renta incondicional vendría a solucionar algunos de los fallos detectados en las tradicionales ayudas de los sistemas de bienestar como la trampa de la pobreza y del desempleo, sería más sencilla su administración eliminándose la burocracia, al ser individual estaría más adaptada a los nuevos modelos familiares, evitaría la estigmatización asociada a las ayudas condicionadas y tendría un efecto preventivo sobre la exclusión social. Entre las segundas se han construido diversas teorías de la justicia que incluyen la renta básica como una institución exigida por los principios de justicia. De éstas cabe señalar la teoría liberal igualitaria del filósofo belga Philippe Van Parijs que es quien más se ha ocupado de trabajar teóricamente esta cuestión desde hace años. Si bien él comenzó argumentando la renta básica como una institución que permitiría llegar a la sociedad comunista (aquella en la que no se dan relaciones de alienación) sin pasar por la etapa intermedia del socialismo (que supone la propiedad pública de todos los medios de producción)³⁰, la caída del muro de Berlín y el desmantelamiento de los sistemas de socialismo real le hizo reformular su propuesta en términos liberal igualitarios partiendo de la teoría de la justicia de Rawls. En efecto, en *Libertad real para todos*, Van Parijs señala que su objetivo es diseñar una sociedad justa entendiendo por ésta aquella que garantiza un mayor nivel de libertad real igual para todos sus miembros. Por libertad real no entiende una simple libertad negativa, como ausencia de obstáculos, o positiva, sino una libertad que alcanza también los medios para materializar los diversos planes de vida que pueden venir exigidos por esa libertad, así ser libre no consiste en no verse impedido de hacer lo que se quiere hacer sino en «no verse impedido de hacer cualquier cosa que uno pueda querer hacer»³¹. Como se puede apreciar, Van Parijs está en la línea de los autores liberales que han partido de Rawls para construir modelos ideales de sociedad en los que la libertad y la igualdad (la tensión siempre presente en el liberalismo), se puedan conciliar. De acuerdo con esta idea Van Parijs plantea los tres principios que deben ordenar una sociedad justa: la seguridad, la propiedad de sí y la ordenación lexicomín del conjunto de oportunidades (en una sociedad libre, la persona con menos oportunidades tiene unas oportunidades que no son menores que las disfrutadas por la persona con menos oportunidades bajo cualquier otra disposición realizable). La seguridad se concretaría en una estructura firme de derechos que, aunque el filósofo belga no los precisa, cabría entender como los derechos liberales clásicos, la propiedad de sí en la defensa de la autonomía y la ordenación lexicomín del conjunto de oportunidades en el pago de una renta básica a todos los miembros de la comunidad política que permitiera que pudieran hacer lo que puedan querer hacer en cada momento, esto es, que otorgase unos medios para poder realizar el plan de vida. Como Van Parijs se mueve en el

³⁰ R. van der Veen y P. Van Parijs, «Una vía capitalista al comunismo», 1986, N. G. Pardo (trad.), *Zona Abierta*, núm. 46-47, 1988, pp. 19-46.

³¹ P. Van Parijs, *Libertad real para todos*, op. cit., p. 39.

esquema liberal, el Estado ha de mantener la neutralidad sobre los planes de vida de sus ciudadanos. Por ello la renta básica no se da en especie, sino como dinero, para que cada uno la aplique a aquello que sean sus preferencias³². Por último, Van Parijs se preocupa de compensar las desigualdades naturales con un novedoso esquema que toma de Ackerman y que denomina *diversidad no dominada*³³. Las desigualdades genéticas habrían de compensarse económicamente únicamente cuando existiera un acuerdo unánime en la sociedad acerca de que esa atribución natural es desventajosa³⁴. La compensación de estas desigualdades genéticas tendría un carácter previo a la atribución de la renta básica, con lo que sólo si quedasen recursos suficientes se podría distribuir la renta básica. Al exigir la unanimidad en el fondo lo que Van Parijs está haciendo es asegurarse, sobre todo en sociedades plurales como son las liberales, que va a existir una renta básica.

El otro esfuerzo normativo para justificar la renta básica se ha hecho desde las filas del republicanismo. Como es sabido, esta doctrina política considera que el liberalismo, al primar por encima de todo la autonomía, es demasiado individualista y carece de una visión de la sociedad como conjunto cooperativo. El republicanismo subraya la importancia de los deberes ciudadanos entre los cuales quizás el más importante es el de la participación en los procedimientos deliberativos democráticos. Esto ha dado lugar a dos versiones de la renta básica; en un caso, ésta no es absolutamente incondicional, sino que se supedita al hecho de que en efecto se cumpla con tales deberes de participación. Este modelo lo han defendido autores como Atkinson³⁵ o Stuart White³⁶ que, con todo, asumen que la participación no tiene por qué ser laboral, esto es, el criterio de participación democrática no puede dejarse en manos de algo que no tiene un funcionamiento democrático como es el mercado. Trabajar siguiendo el esquema tradicional sería participar, pero también lo serían todas aquellas otras actividades que aportan un valor añadido a la sociedad en la que se realizan aunque el mercado no las valore, como el trabajo voluntario, en asociaciones de vecinos, cuidado de niños o ancianos, etc., lo que algún autor ha denominado el trabajo del tercer sector. No obstante, en la práctica se plantea el problema de cómo controlar estas participaciones. Por ello algunos autores como White aun defendiendo esto en la teoría han visto beneficios prácticos en introducir una renta absolutamente

³² *Ibid.*, pp. 41 y ss.

³³ B. Ackerman, *La justicia social en el Estado liberal*, C. Rosenkrantz (trad.), rev. L. Rodríguez Abascal, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

³⁴ Esto ha planteado diversos problemas porque la presencia de gustos excéntricos podrían hacer que no se compensasen determinadas desigualdades naturales; *vid.* R. J. Arneson, «Should Surfers Be Fed», en A. Reeve y A. Williams (eds.), *Real Libertarianism Assessed. Political Theory after Van Parijs*, MacMillan, Nueva York, 2003, pp. 102-105. Por ello Van Parijs propone que cuando un agente manifiesta sus preferencias debe conocer las consecuencias de las mismas, aunque no establece de qué manera se puede controlar eso en la práctica.

³⁵ A. B. Atkinson, «The Case for a Participation Income», *The Political Quarterly*, vol. 67, núm. 1, 1996, pp. 67-70.

³⁶ S. White, *The Civic Minimum: an Essay on the Rights and Obligations of Economic Citizenship*, Oxford University Press, Nueva York, 2003.

incondicional. El otro modelo de renta básica defendido desde el republicanismo entraña en mayor medida con la idea de inserción social. La renta básica se tendría que atribuir de manera incondicional como un requisito previo a la exigencia de participación, entre otras cosas porque sería el instrumento que permitiría a la ciudadanía disponer de más tiempo libre como para poderse ocupar de los asuntos colectivos. No estaríamos en condiciones de exigir el cumplimiento de los deberes ciudadanos si antes no atribuimos una renta que permita liberar parte del tiempo de esos miembros de la comunidad política. En el fondo lo que haría la renta básica es detraer del mercado la satisfacción de una serie de necesidades básicas que únicamente cuando están cubiertas se está en condiciones de participar en la toma de decisiones colectivas. La renta básica pondría en práctica la filosofía que subyace a los derechos sociales: la satisfacción de las necesidades básicas no puede ser dejada en manos del mercado. Y lo haría además conectándolo con una idea de participación democrática fuerte.

Unido a esta idea de incondicionalidad, el segundo rasgo novedoso de la renta básica es su universalidad. En los últimos tiempos, el recorte de los Estados de bienestar ha venido más que de la supresión de los sistemas de ayudas, de su conversión en sistemas selectivos. Quitando la sanidad y la educación que son las únicas prestaciones universales que parecen mantenerse, el resto se hacen selectivas para un mejor aprovechamiento de los recursos y que éstos se destinan únicamente a los colectivos que sean capaces de acreditar su situación de necesidad. El debate entre los defensores de políticas universalistas y selectivas es antiguo y nunca se ha cerrado. Los últimos argumentan que el universalismo en un contexto de recursos escasos es ineficiente y no es capaz de realizar una acción concreta en donde ésta se requiere. Los universalistas, por el contrario, han señalado la estigmatización que esquemas selectivos originan en sus beneficiarios y cómo provocan el desapego de amplios sectores de la sociedad, en especial, de las clases medias³⁷. La universalidad de la renta básica es un intento de recuperar la lógica universalista de determinadas prestaciones de bienestar que se dieron sobre todo en los países nórdicos. Como es una renta que se atribuye a todo el mundo, toda la ciudadanía se vería beneficiada por ella (aunque sólo fuera en una sensación de seguridad en caso de mala suerte), con lo que se prevé que podría tener el apoyo de al menos las clases medias y las más desfavorecidas.

Por lo dicho hasta el momento se puede comprobar que poco tiene que ver la renta básica con las RMI y de ahí que el nombre por el que han optado los nuevos Estatutos de Autonomía para denominar a los ingresos de inserción sólo induzca a la confusión y hacer todavía más difícil que la gente que no pertenece a los círculos académicos conozca los rasgos y la discusión que se ha originado en torno a la renta básica. En primer lugar, la RMI

³⁷ Sobre este debate, *vid.*, entre otros, R. Titmuss, «Universalism versus Selectivism», en C. Pierson y F. G. Castles (eds.), *The Welfare State: a Reader*, Polity Press, Cambridge, 2000, pp. 42-49, e I. Lodemel, *The Welfare Paradox. Income Maintenance and Personal Services in Norway and Britain 1946-1966*, Scandinavian University Press, Oslo, 1997.

es condicionada no sólo a demostrar que no se tienen recursos sino también al cumplimiento de los compromisos contraído en el convenio de inserción. En segundo lugar, no es una política universal pues sólo se concederá a aquellas personas que acrediten no tener otra forma de ganarse la vida. No obstante, existe una vinculación entre ellas y es que parece que ambas son diversas garantías, esto es, medios institucionales, al derecho a la inserción social. Porque, en efecto, atribuir una renta básica a todos los miembros de una comunidad política es una forma de otorgarles un reconocimiento de partida, garantizarles un lugar en esa organización social y en este sentido constituye una garantía al derecho a la inserción. Por ello también se ha visto que la introducción de las RMI puede ser un primer paso para acabar disfrutando de una renta básica.

4.3. ¿RMI *versus* Renta Básica?

Si efectivamente tanto la renta básica como las RMI son sistemas de garantías al derecho a la inserción social, como se ha intentado argumentar, debemos entonces evaluar qué garantía es más adecuada en el contexto socioeconómico actual. Precisamente lo que diferencia las garantías de los derechos es que éstas son variables y la manera que los derechos estén en todo momento efectivamente realizados es intentar adaptar de forma constante esas instituciones que los hacen efectivos a las circunstancias cambiantes del mundo en el que vivimos. En esta oposición entre RMI y renta básica en el fondo lo que se está enfrentando es una garantía laboral frente a una no laboral del derecho a la inserción. Las RMI no escapan a la lógica de condicionar la inserción y el reconocimiento social a la laboralidad; de hecho, surgen ante las quiebras de lo laboral cuando las relaciones laborales se han deteriorado considerablemente y el trabajo en vez de cohesionar a las sociedades lo que hace es fracturárlas. Por ello, el objetivo último de las RMI a través de la realización de convenios de inserción es lograr la reinserción de los excluidos en el mercado laboral. El problema que se nos plantea es que no parece que lo salarial sea la garantía más adecuada a la inserción social. Las relaciones laborales se han deteriorado con el recorte constante de derechos, se ha abierto una fractura entre la gente con ocupaciones precarias y las que poseen contratos indefinidos o estables. Sin embargo, como lo laboral ha sido el modelo de integración asentado históricamente en los Estados de bienestar, se hace difícil pensar en desvincularlo de la integración social. Esto no significa rechazar la idea del trabajo como forma de participación social, sino ampliar el sentido de la palabra trabajo para extenderla más allá de lo estrechamente laboral. Creo que por trabajo se podría entender toda aquella actividad en la que se combinan las aptitudes manuales e intelectuales y a través de la cual inmediata o mediadamente se interactúa con los demás. El empleo es un tipo de trabajo, aquel que el mercado valora y a cambio del cual otorga una contraprestación en forma de salario. Pero no es la única. En los últimos años se ha subrayado la importancia de actividades que se realizan al margen

del mercado pero que aportan mucho a las sociedades en las que se realizan: el trabajo de las amas de casa, de las personas que se hacen cargo de los mayores o de niños, actividades de voluntariado en muy diversas actividades, actividades artísticas, son ejemplos que cada vez están más presentes en nuestra sociedad. Lo que no parece muy adecuado es que por sostener una concepción estrecha y no amplia de trabajo, condenemos a estas personas a la exclusión social o a una falta de reconocimiento que no merecen. Habría por tanto que extender el sentido de la palabra trabajo para no limitarlo al empleo y desvincular la inserción social de lo salarial y unirlo a una concepción extensa de la palabra trabajo. Es decir, que lo que no funciona hoy es vincular la inserción social al empleo, pero sigue teniendo vigencia vincularla al trabajo, a un trabajo que puede ser o no valorado por el mercado³⁸.

Una de las acusaciones que se ha hecho a la propuesta de la renta básica es que vulnera el principio de reciprocidad porque como escribió ya hace años Jon Elster «la propuesta choca con una idea muy extendida de la justicia: es injusto que personas aptas para el trabajo vivan del trabajo de otros. La mayoría de los trabajadores vería la propuesta, correctamente en mi opinión, como una receta para la explotación de los industriales por los vagos»³⁹. Esta crítica se ha visto respaldada por el modelo de financiación que está presente en la argumentación de Van Parijs. Para el filósofo belga, los recursos naturales deben ser distribuidos igualitariamente entre todos los miembros de la comunidad política. Él incluye los empleos entre esos recursos a distribuir, sobre todo en un contexto en el que parece que ya no hay empleos para todos o, al menos, no los hay de igual calidad. De acuerdo con esta idea, sería justo que los que se hacen con un empleo pagaran en forma de impuesto el coste de la renta básica ya que se estarían apropiando de algo más de lo que les correspondería en un estricto reparto de los recursos⁴⁰. Esta idea es de gran novedad y originalidad. Lo que ocurre es que quizás los empleos no son análogos al resto de recursos externos a distribuir. Porque un empleo no admite más usos que su desempeño, esto es, que el trabajo, mientras que el resto de recursos admitirían otros usos no necesariamente productivistas. Sin embargo, la renta básica no tiene necesariamente que financiarse con impuestos sobre el trabajo. El único lugar del mundo donde existe algo parecido a una renta básica, el Estado de Alaska, el dinero que anualmente se reparte entre todos los residentes en aquel Estado que acrediten un año de antigüedad es el que proviene de los rendimientos financieros de la titularidad pública del petróleo⁴¹. En este caso lo que se está distribuyendo igualitariamente es un recurso natural, pero no en todos los Estados existe esta riqueza en

³⁸ Desarrollo este argumento en J. L. Rey Pérez, «The Right to Work, Way of Social exclusion? Basic Income as a Guarantee to the Right to Work», en K. Agartan y A. Bugra (eds.), *Market Economy as a Political Project. Reading Karl Polanyi for the 21st Century*, MacMillan, 2007.

³⁹ J. Elster, «Comentario sobre Van der Veen y Van Parijs», F. Aguiar (trad.), *Zona Abierta*, núm. 46-47, 1988, pág. 127.

⁴⁰ P. Van Parijs, *Libertad real para todos*, *op. cit.*, pp. 168 y ss.

⁴¹ J. P. O'Brien y D. O. Olson, «The Alaska Permanent Fund and Dividend Distribution Program», *Public Finance Quarterly*, vol. 18, núm. 2, 1990, pp. 139-156.

recursos naturales. Por eso se puede pensar en la introducción de una tasa como la Tobin que gravase las transacciones financieras y que daría dinero suficiente como para financiar la renta básica o incluso, como se está estudiando recientemente en Alemania, a través de impuestos indirectos sobre el consumo, pues así la gente pagaría en función de la cantidad de bienes que adquiere para su consumo personal del acervo común.

En definitiva, lo que la renta básica pone sobre la mesa es buscar un modelo de integración social que esté al margen de la laboralidad. Una garantía que esté adaptada a un mundo en el que lo salarial más que elemento de cohesión lo es de quiebra y de fractura. Las RMI han tenido en estos años efectos positivos porque han logrado evitar que muchas personas se cayeran por las grietas de nuestro sistema de protección social. Pese al excesivo sistema de control que implican, la inadaptación a los problemas reales de los convenios de inserción y otras carencias que ya se han señalado, su existencia es desde luego mucho mejor que su ausencia. La cuestión es que no dejan de abandonar un esquema de inserción social antiguo cuyas carencias ya se manifiestan y no dejarán de hacerlo en los próximos años. Por eso no tiene mucho sentido que se consagre un derecho a las RMI en los nuevos Estatutos de Autonomía. Porque se están confundiendo los derechos con sus garantías. Parecería mucho más correcto que en estos textos jurídicos se hubiera reconocido el derecho a la inserción social, derecho que es la base misma de la existencia de una sociedad democrática. De igual forma, si en algún momento se plantease la reforma de nuestro texto constitucional, tendría mucho sentido incluir este derecho que está implícito en otros que sí aparecen en nuestra Carta Magna. Las RMI son sólo una parte de la garantía laboral a la inserción social y parece que quizás sea el momento de plantearnos la viabilidad de otras garantías. Una de ellas puede ser la renta básica, un reconocimiento incondicionado pero no gratuito, pues sería la base para exigir contribuciones en forma de trabajo que podría ser empleo y podría no serlo. Es una pena que se haya perdido la oportunidad en estos nuevos textos legales de hacer un planteamiento más acorde con los tiempos que corren.

La Ley de la Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid **

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. SUS CONTENIDOS.—2.1. Del objeto de la Ley.—2.2. Las partes en la mediación.—2.3. El mediador. La formación de los mediadores.—2.3.1. El mediador.—2.3.2. La formación de los mediadores.—2.4. El Registro de Mediadores Familiares y La Comisión Autonómica de Mediación Familiar.—III. LA APLICACIÓN DE LA LEY.—3.1. La cuestión territorial.—3.2. La promoción de la mediación familiar.—3.3. El procedimiento de la mediación familiar.—3.4. Infracciones y sanciones.—IV. VALORACIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

La Asamblea de Madrid ha dispuesto la entrada en vigor de la Ley 1/2007, de 21 de febrero, relativa a la Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*¹. Esa inmediatez en la puesta en valor de sus contenidos supone que se dan unas circunstancias que aconsejan tal premura. Debe señalarse, en este orden de cuestiones, que cuando entró en vigor la primera ley de mediación familiar de una Comunidad Autónoma de España —la de Cataluña— se reguló al respecto, un plazo de nueve meses.

Y es que esta nueva ley madrileña ha de contextualizarse, en el conjunto de la legislación de carácter autonómico, como la octava que se presenta sobre mediación Familiar. Tras la de Cataluña², acordaron sus marcos legales al respecto, los parlamentos de Galicia³ y Comunidad Valen-

* Becaria Predoctoral. Universidad de Santiago de Compostela.

** Con el apoyo de la Dirección General de Ordenación y Calidad del Sistema Universitario de Galicia, de la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria-Xunta de Galicia y del Fondo Social Europeo. Universidad de Santiago de Compostela.

¹ *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 54, de 5 de marzo de 2007, pp. 3 y ss.

² Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña, *Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3355, de 26 de marzo de 2001, pp. 4380 y ss.

³ Ley 4/2001, de 31 de mayo, de Mediación Familiar, *Diario Oficial de Galicia*, núm. 117, de 18 de junio de 2001, pp. 8113 y ss.

ciana⁴ —las tres en el año 2001—. Después lo harían Canarias (2003⁵, con modificaciones en el 2005⁶) y Castilla-La Mancha (2005)⁷, y en el 2006, Castilla y León⁸ e Islas Baleares⁹.

El Principado de Asturias, con posterioridad a esta ley de la Comunidad de Madrid, ha aprobado La Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar¹⁰. El País Vasco cuenta ya con proyecto de ley sobre esta materia¹¹ y está previsto, asimismo, el de Andalucía¹².

En todo caso esta legislación autonómica está concretándose a partir de lo que se dispone en los respectivos marcos estatutarios en los que, de forma generalizada, se asumen competencias en una materia que el artículo 39 de la Constitución Española de 1978 señala obligaciones a los poderes públicos dado que ha de procurarse la protección social, económica y jurídica de la familia. El que, por otra parte, el mismo texto constitucional, en su artículo 148.20, posibilite que las Comunidades Autónomas asuman competencias en este sentido otorga el camino que explica el desarrollo de este conjunto de leyes que, de una manera general —y desde sus respectivas exposiciones de motivos—, se ponen en relación con lo que aporta la Recomendación de 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La contemplación de la Mediación Familiar¹³, a nivel de un texto legal que se refiera específicamente a esta temática, no ha sido objeto de tratamiento para el conjunto del Estado si bien se tiene en cuenta la posibilidad de su ejercicio, de una manera singular, en la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio por la que se introducen, en el artículo 770 de la Ley de enjuiciamiento civil, una nueva regla 7.^a por la que se señala que las partes pue-

⁴ Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Mediación Familiar, *Diario Oficial de la Generalitat Valenciana*, núm. 4138, de 29 de noviembre de 2001, pp. 25105 y ss.

⁵ Ley 15/2003, de 8 de abril de 2003, de Mediación Familiar, *Boletín Oficial de Canarias*, núm. 85, de 6 de mayo de 2003, pp. 7136 y ss.

⁶ Ley 3/2005, de 23 de junio, de Mediación Familiar, *Boletín Oficial de Canarias*, núm. 130, de 5 de julio de 2005, pp. 12259 y ss.

⁷ Ley 4/2005, de 24 de mayo, de Mediación Familiar, *Diario Oficial de Castilla-La Mancha*, núm. 111, de 2 de junio de 2005, pp. 115 y ss.

⁸ Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León, *Boletín Oficial de Castilla y León*, núm. 85, de 4 de mayo de 2006, pp. 8297 y ss.

⁹ Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar, *Boletín Oficial de las Islas Baleares*, de 30 de noviembre de 2006, pp. 32 y ss.

¹⁰ Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar, *Boletín Oficial del Principado de Asturias*, núm. 81, 9 de abril de 2007, pp. 6270 y ss.

¹¹ Proyecto de Ley de Mediación Familiar, *Boletín Oficial del País Vasco*, núm. 102, de 28 de mayo de 2007, pp. 16456 y ss.

¹² http://andaluciajunta.es/SP/AJ/CDA/Secciones/Portavoz/Secciones/AJ-VerImagen_Portavoz-00/0,20912,15436,00.html.

¹³ Los estudios monográficos sobre mediación familiar en España cuentan, últimamente, entre otras muchas referencias de interés, con las siguientes: M. J. Ruiz Marín (dir.), *Mediación y protección de menores en Derecho de Familia*, Cuadernos de Derecho Judicial, t.V, 2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005; T. Bernal Samper, *La Mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Colex, Madrid, 2006; L. García Villalueva, *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de Familia*, Reus, Madrid, 2006, y H. Soleto Muñoz y M. Otero Parga (coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.

den solicitar de común acuerdo la suspensión del proceso para someterse a la mediación familiar; y en el artículo 777, un nuevo apartado —el 2— en el que se contempla, en los procesos de separación o divorcio, que, entre los documentos a presentar, se considera que cabe incluir «en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar...».

En la Disposición Final 3.^a de la mencionada Ley 15/2005 se dispone que «El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas».

Por lo que se refiere a la Comunidad de Madrid, la propia existencia de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales y la Dirección General de Familia y de la Ley 11/2003, de 27 de marzo de Servicios Sociales —que contempla diversas medidas en apoyo de la familiar— suponen un adecuado marco para la promoción de la Mediación Familiar, por otra parte valorada ya en el Plan de apoyo a la familia 2005-2008, aprobado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, el 1 de diciembre de 2005. Tales cuestiones se señalan en la exposición de motivos que, a modo de preámbulo, principia el texto legal aquí comentado y que se estructura en 29 artículos que se reparten en cinco títulos —uno, preliminar; y cuatro más, el último de los cuales se divide en tres capítulos— y tres disposiciones: una adicional y dos finales.

II. SUS CONTENIDOS

2.1. **Del objeto de la Ley**

La práctica de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Madrid tiene por finalidad, «prevenir y minimizar los conflictos intrafamiliares». Se busca, además, «evitar los procedimientos judiciales de carácter conflictivo, poner fin a los ya iniciados o reducir sus consecuencias negativas», lo que sitúa a la mediación como una alternativa al litigio, valiendo, incluso, para «facilitar a las partes... el cumplimiento de sentencias judiciales que afecten a las relaciones familiares» (art. 3). Este modo de considerar la finalidad de la mediación familiar trata la cuestión de un modo amplio, dejando de considerar cuestiones que cabe entender como más concretas.

Se puede señalar que el modo de asumir la aplicación de la mediación familiar en los últimos años ha ido ampliando sus horizontes. Concretamente, en la primera ley acordada al respecto —la catalana—, se señala que «la mediación parcial se limita a tratar algunas de las materias relativas a la custodia de los hijos, al ejercicio de la potestad del padre y de la madre, al régimen de visitas, al uso de la vivienda familiar o a las económicas. Si abarca todas las materias mencionadas se trata de mediación total» (art. 10).

Por otra parte, en la Ley gallega se procura, concretamente, «regular, de común acuerdo, los efectos de la separación, divorcio o nulidad de matrimonio...» (art. 3). En tanto, en la ley valenciana, se alude al cuarto grado de consanguinidad o afinidad a la hora de delimitar hasta dónde deben de ser mediados los conflictos de índole familiar [art. 3.a)].

En este mismo extremo la Ley canaria entiende «cualquier conflicto familiar siempre que verse sobre materias respecto de las cuales el ordenamiento jurídico vigente reconozca a los interesados la libre disponibilidad o, en su caso, la posibilidad de ser homologados judicialmente...»; se incluye ahora, entre la casuística enumerada, la posible conflictividad entre abuelos y nietos, desde el contexto de la ley correspondiente (art. 2 Ley 3/2005).

Tanto en la Ley de Castilla-La Mancha (art. 3), como en la de Castilla y León (art. 3) se opta por una amplia tipificación que llega en el caso castellano-manchego a especificaciones tales como entender como susceptibles de mediación «las medidas personales y patrimoniales derivadas de la nulidad civil del matrimonio o del reconocimiento civil de una sentencia eclesiástica de nulidad o de una decisión pontificia de matrimonio rato y no consumado» [art. 3.1.b)].

Resulta especialmente aleccionador el marco que la correspondiente Ley de las Islas Baleares le otorga a la mediación familiar, dado que exige que las cuestiones sometidas a la mediación «... deben referirse siempre y necesariamente a materias de derecho civil de familia que sean disponibles por las partes de acuerdo con este derecho y sean susceptibles de ser planteadas judicialmente» (art. 8.2).

Es evidente que el sucesivo posicionamiento de los parlamentos autonómicos con respecto a la finalidad de la mediación discurre de una forma muy concreta, al principio, para, después, ir procurando incorporar una amplia casuística. La ley balear define lo que pudiera valorarse como una manera amplia de entender la aplicación de un marco legal de estas características, línea en la que se encuadra también la norma madrileña.

En la Comunidad Autónoma de Madrid se alude —a la hora de disponer de qué modo se ha de plantear la mediación familiar— a lo que se entiende como unos principios que arrancan de la Recomendación europea del 98 (art. 4). Dichos principios están presentes, de un modo más o menos nítido, en las normas autonómicas de Cataluña, Galicia y Valencia, citándose de una manera ya ordenada en Canarias, algo que asumirán, con formalizaciones diferentes, Castilla-La Mancha, Castilla y León e Islas Baleares.

Debe tenerse en cuenta —en lo que se refiere a esta vinculación expresa a los citados principios de la mediación familiar— que ésta es una cuestión especialmente considerada, como anteriormente se apuntaba, en la Disposición Final 3.^a de la Ley 15/2005, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, al señalar las bases en que ha de sustentarse el proyecto de ley de mediación familiar que el Gobierno de España ha de remitir a las Cortes.

2.2. Las partes en la mediación

La Ley madrileña valora sucesivamente, en el título que le dedica a las partes de la mediación, sus posibles sujetos (art. 8), así como los derechos (art. 9) y los deberes de las partes (art. 10).

Ha sido la Ley canaria la primera en considerar este tipo de cuestiones de forma específica refiriéndose, únicamente, a los deberes de las partes en litigio (art. 9), en tanto que el marco legal aprobado en Castilla y León trata ya, de forma diferenciada, de los derechos (art. 6) y deberes de las partes (art. 7).

Un caso bien diferente, en la consideración de quienes son partes, lo supone la Ley de Mediación Familiar de las Islas Baleares; al comprender el desarrollo de la Mediación Familiar desde la perspectiva de la materialización de un contrato se entiende aquí como una de las partes a quien media y, por la otra, a la llamada «parte familiar», en la que se cuenta con la existencia de una variedad de sujetos. Cada una de tales partes tienen unas determinadas obligaciones recogidas en la ley en artículos diferentes.

A la hora de valorar lo que aporta, pues, la Ley madrileña se debe de subrayar el adecuado modo de señalar tanto quienes son los potenciales sujetos de la mediación como quienes no deben de contar con tal tipo de solución; en este sentido ya la Ley catalana aludía a «las personas legitimadas para instar la mediación familiar» (art. 5).

En el caso madrileño se alude en el art. 8.1 a diferentes posibilidades que nos llevan desde lo más cotidiano —las personas unidas por vínculo matrimonial— hasta casos tales como el de «las personas con menores a cargo no incluidas en los apartados anteriores en los conflictos que surjan con respecto a los menores o para prevenir o simplificar un litigio judicial en el ámbito del derecho de familia».

Tiene, también, una especial importancia el hecho de que se excluyen de la mediación «... los conflictos que a juicio del mediador o profesional competente, deban ser abordados desde otras formas de intervención o tratamiento, ya sea psicológico, psiquiátrico o de cualquier otra índole» (art. 8.2).

2.3. El mediador. La formación de los mediadores

2.3.1. *El mediador*

Se entiende en la Ley de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid al mediador como «un profesional especializado, imparcial y neutral...» (art. 11). Ha de tener una determinada cualificación (art. 12) y cuenta con unos determinados derechos (art. 13) y deberes (art. 14), pudiéndose abs-tener si existiesen unas determinadas causas (art. 14).

Cabe valorar la figura del mediador en la Comunidad de Madrid como muy similar a la que previamente se regula en Cataluña (art. 7) y Galicia (art. 5)

dado que se canaliza, únicamente, la mediación familiar a través de un mediador, claramente individualizado, desde cada una de sus respectivas leyes.

En el caso valenciano se tienen en cuenta tanto las entidades de mediación familiar (art. 6) como a las personas mediadoras (art. 7). Esta misma fórmula se sigue en Canarias (arts. 5 y 6, modificados en los artículos 4 y 5 de la Ley de 2005). En Castilla-La Mancha, a la hora de considerar a las personas y entidades mediadoras, se reseña con anterioridad a las «Administraciones Públicas a través de las personas vinculadas a las mismas que presten servicios en puestos de trabajo entre cuyas funciones figure la mediación familiar...», y a «las entidades públicas o privadas que se inscriban en el Registro...», con relación a «las personas mediadoras en el libre ejercicio de la profesión...» (art. 6), lo que supone un entendimiento de la mediación familiar otorgándole formalmente prioridad a lo que tiene de servicio público. En todo caso, desde el criterio de esta Comunidad, es ésta una actividad que «podrá ser desarrollada por una o varias personas mediadoras...» (art. 16).

En Castilla y León se distingue entre los mediadores familiares —con sus derechos (art. 9), deberes (art. 10) y causas de abstención (art. 11)— y los equipos de personas mediadoras (art. 12), que se proponen, en el texto legal, «con el fin de fomentar la colaboración interdisciplinar entre los profesionales, sin perjuicio de la necesaria actuación individual de éstos en cada procedimiento concreto de mediación».

La Ley balear distingue, a los efectos del ejercicio de la mediación familiar, entre personas mediadoras (art. 29) y centros de mediación (art. 30) que tienen unas determinadas obligaciones estipuladas por ley (art. 31).

No obstante el hecho de que una ley como la de la Comunidad de Madrid centre exclusivamente la mediación en la persona mediadora no obsta para que quien medie lo pueda hacer desde su implicación en una determinada entidad de mediación familiar. Y es que el hecho de que no se concrete la existencia de la entidad mediadora en el texto de la ley no significa, en ningún caso, que se excluya la posibilidad de su existencia.

2.3.2. *La formación de los mediadores*

Esta ley de la Comunidad de Madrid no exige, en lo que a titulación se refiere, un perfil académico determinado para quien se dedique a la mediación familiar. Lo único que se requiere es «un título universitario de grado superior o medio con validez en territorio español» y que acrediten «las acciones formativas teórico-prácticas específicas de mediación, en los términos que reglamentariamente se determine» (art. 12).

En Cataluña se exige a nivel de perfil profesional que sea «una persona que ejerza de abogado, de psicólogo, de trabajador social, de educador social o de pedagogo y que esté colegiada en el colegio profesional respectivo» (art. 7.1).

La Ley gallega remite al reglamento correspondiente a la hora de especificar la experiencia profesional de quien pretenda mediar, señalándose, en este caso que «serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares» (art. 5).

La Ley valenciana contempla la posibilidad de que «se establezca la titulación específica que habilite para desempeñar tal actividad». Ante la falta de dicha titulación se considera que debe de tener «formación universitaria en las disciplinas de Derecho, Psicología o Trabajo Social, Educación Social o Graduado Social». Asimismo se considera la posibilidad de que se dediquen a la mediación «otros licenciados universitarios superiores, siempre que acrediten previamente el aprovechamiento de una formación universitaria específica de postgrado, mínima de especialista» (art. 7).

La Ley canaria, a la hora de establecer la formación del mediador familiar, parte del reconocimiento de la salvedad de «que otra disposición legal superior establezca lo contrario». De no ser así habrá de tener titulación universitaria «en las carreras de Derecho, Psicología, Trabajo Social u otras Ciencias Sociales» (art. 4 Ley 3/2005).

El ejercicio de la Mediación familiar en Castilla-La Mancha se contempla tanto incluido en el ámbito de aplicación de la ley correspondiente como fuera de la misma dado que se reconoce explícitamente la posibilidad de que exista una «mediación familiar realizada por las personas mediadoras en el libre ejercicio de su profesión y que no se hallen inscritas en el Registro de Personas y Entidades Mediadoras de Castilla-La Mancha» [art. 2.3.b)]. Asimismo, en Castilla-La Mancha, al igual que en la Comunidad Valenciana, se plantea la posibilidad de que pueda establecerse una titulación específica. En tanto la ley exige la posesión de un título de licenciatura «en Derecho, Pedagogía, Psicología, Psicopedagogía o Sociología, o de la Diplomatura en Trabajo Social o en Educación Social...» [art. 6.c)].

En Castilla y León se requiere tener un título universitario «en Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social, Educación Social, y en cualquier otra Licenciatura o Diplomatura de carácter social, educativo, psicológico, jurídico o sanitario» (art. 8).

En las Islas Baleares los mediadores han de ser «personas licenciadas o diplomadas en derecho, psicología, pedagogía, trabajo social o educación social...» (art. 29).

La adquisición de la condición de mediador se vincula en Cataluña a la formación específica que se acredite al respecto. En Cataluña se contempla en el art. 7.2, lo que se concretará por vía reglamentaria. Lo mismo sucede en Galicia (art. 5).

En Valencia asimismo se valora la posibilidad de que cuente, para poder inscribirse en el Registro de personas mediadoras familiares, con «una formación universitaria específica de postgrado en los distintos niveles de experto, especialista o máster». Lo mismo sucede en Canarias (art. 4 Ley 3/2005).

En Castilla La Mancha han de estar, «en su caso», incorporados «como ejercientes en el respectivo colegio profesional», siempre que lo exija la normativa reguladora y, estar inscritos en el Registro correspondiente. No se solicita, en este caso, pues, una formación específica complementaria a una titulación (art. 6).

En Castilla y León para ejercer como mediador familiar el interesado ha de tener las autorizaciones debidas y la acreditación de una formación espe-

cífica «por un mínimo de trescientas horas impartidas, organizadas o tuteladas por Instituciones Universitarias o Colegios profesionales» (art. 8).

Asimismo en las Islas Baleares se exige que se acredite «el aprovechamiento de una formación en materia de mediación familiar que establezca y homologue el Gobierno de las Illes Balears mediante el desarrollo reglamentario» (art. 29.1).

El tratamiento de la formación del mediador por vía reglamentaria se ha concretado tanto en Cataluña como en Galicia. En el caso catalán la formación específica ha de ser «impartida por los colegios profesionales o por centros universitarios debidamente homologada por el Centro consistente en cursos de una duración mínima de 200 horas y un requisito mínimo del 80 por 100 de asistencia. Estos cursos deben de tener el contenido que se apruebe por orden de la persona titular del Departamento de Justicia, y tienen que abarcar conocimientos jurídico-económicos, psicosociales y sobre técnicas de mediación y sobre mediación familiar» (art. 12.1)¹⁴. Dicha orden señalará «las materias de las que quedan exentas las personas solicitantes por razón de la titulación que las habilita para la respectiva profesión» (art. 12.2). La orden en cuestión propone un programa de mediación especializada estructurado en los bloques señalados reglamentariamente¹⁵.

La regulación de la figura del mediador familiar en Galicia fija los siguientes requisitos para la habilitación que permite la inscripción en el Registro de Mediadores Familiares. En primer lugar, una titulación «en derecho, psicología, pedagogía, psicopedagogía, trabajo social o en educación social». En segundo término, la acreditación de «al menos durante los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de habilitación para la inscripción, actividades profesionales en el campo psico-socio-familiar». Y, además, contar con las licencias pertinentes y, estar inscrito, en su caso, en el colegio profesional propio de su titulación¹⁶.

Se parte, de este modo, de opciones diferentes a la hora de reglamentar la formación. Se puede apostar, como en Cataluña, por una enseñanza reglada o dejar la formación del mediador familiar basada en la acumulación de experiencias a partir del criterio de la dedicación a tal tarea durante un tiempo determinado.

En cualquier caso la profesionalización de la mediación familiar ha de tender, con el paso del tiempo, a la concreción de un perfil profesional basado en una formación propia.

¹⁴ Departamento de Justicia. Reglamento de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, recogido como anexo en el Decreto 139/2002, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento... *Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3641, 23, 5, 2002, pp. 9143 y ss.

¹⁵ Departamento de Justicia. Orden 237/2002, de 3 de julio, por la que se regulan el contenido y el procedimiento de homologación de los cursos de formación específica en materia de mediación, *Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3673, 9 de julio de 2002, 9, pp. 12361 y ss.

¹⁶ Consellería de Familia, Juventud y Voluntariado. Decreto 159/2003, de 31 de enero, que regula la figura del mediador familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita, *Diario Oficial de Galicia*, núm. 34, de 18 de febrero del 2003, pp. 1819 y ss.

El hecho de que la Ley de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid proponga un perfil de mediador que pueda provenir de ámbitos de formación muy variados es consecuente, en cierto modo, con esa tendencia que existe, en general, en España a que la cuestión no está tanto en el punto de partida formativo de quien va a ejercer esta función como en que cuente, posteriormente, con una formación complementaria suficiente que tienda a garantizar el adecuado funcionamiento de la parte mediadora.

2.4. El Registro de Mediadores Familiares y la Comisión Autonómica de Mediación Familiar

Esta Ley de la Comunidad de Madrid —a través de la Consejería competente, en materia de familia— reserva, como es habitual, a la Administración Autonómica una serie de competencias en relación con la mediación familiar, con independencia de que se deje pendiente, a una disposición de carácter reglamentario, el órgano que ha de responsabilizarse de las funciones a asumir (art. 5), que ha de ser «la Dirección general competente en materia de familia...», según se manifiesta al tratar sobre el Registro de Mediadores Familiares (art. 6).

En el artículo 5, se señalan, entre otras competencias, la de «Gestionar el Registro de mediadores familiares» y la de «Presidir la Comisión Autonómica de Mediación Familiar».

Por lo que se refiere a la gestión del Registro de Mediadores en la Comunidad de Madrid Ley le otorga a los colegios profesionales que tienen que ver con la mediación familiar un papel de colaboradores en la gestión de dicho registro, concediéndoles la posibilidad de crear «registros auxiliares». Se sigue así una parecida línea de acción a la desarrollada en las Comunidades de Cataluña (art. 23) y Valencia (art. 12). En tanto en Galicia, Canarias, Castilla y León e Islas Baleares no se le ofrece, en las leyes correspondientes, papel alguno a los colegios profesionales, lo que supone que las distintas comunidades autónomas optan por un modelo de gestión exclusiva del registro en cuestión.

La cuestión no es menor. En un caso como el de Castilla-La Mancha, a la hora de referirse a quien ha de estar registrado, se alude a «personas y entidades públicas o privadas que deseen ejercer actividades de mediación familiar como servicio social especializado....» (art. 27), lo que supone la contemplación de una varia formulación de dicha mediación, más allá del modelo del mediador estrictamente individual,

También en Castilla y León se apuesta por la posibilidad de una manera de practicar la mediación en la que quepa el trabajo en equipo, lo que lleva a generar una determinada sección, en el registro correspondiente, al respecto (art. 18).

En las Islas Baleares, sin dejar de optar por una dependencia única del Servicio de Mediación de las Islas Baleares, se crean dos Registros distintos; por eso se alude en este caso, de forma diferenciada, a la creación del Registro de

Mediadores y del Registro de Centros de Mediación de Colegios Profesionales y de Entidades Públicas o Privadas (art. 32).

Lo que podemos entender como modelo de mediación familiar compartida, en el que cabe entender la posición elegida por la Comunidad de Madrid, supone apostar por la búsqueda de un cierto papel coordinador de la Administración Autonómica en el desarrollo de la mediación familiar. Ello se plasma, básicamente, en este caso, en la creación de la Comisión Autonómica de Mediación Familiar que vendrá a ser una especie de punto de encuentro en el que además de la deseable coordinación se asuma desde la misma el papel asesor pertinente, ensamblando en su seno a representantes de «la Administración, los colegios profesionales y otras instituciones implicadas en la mediación familiar» (art. 7).

Nada tiene que ver la existencia de esta Comisión con lo que supone, tanto en Cataluña (art. 3) como en la Comunidad de Valencia (art. 1), el Centro de Mediación Familiar, ya que se trata de órganos específicos para esta materia pero en clave exclusivamente de administración autonómica. Lo mismo puede decirse de las Islas Baleares, en donde se crea, mediante su Ley de Mediación Familiar, el Servicio de Mediación Familiar de las Islas Baleares (arts. 25-28).

En las demás Comunidades Autónomas que han legislado al respecto, no se define de un modo tan estricto lo que ha de entenderse como los servicios —y las funciones de los mismos— propios de la Administración en esta materia; se alude, en la Ley canaria a la Consejería competente (art. 22), y se señalan una serie de atribuciones al respecto en los casos de Castilla-La Mancha (art. 8) y Castilla y León (art. 5).

Así pues lo que nos aporta el texto madrileño en esta materia es la concreción de una Comisión de naturaleza sustancialmente distinta a la de los demás órganos hasta ahora existentes siendo, entre todas las opciones hasta ahora planteadas, la que ofrece un instrumento de carácter más dialogante entre lo que es la administración propiamente dicha y aquellas instancias de carácter público o privado que puedan hacer labores en materia de mediación familiar.

III. LA APLICACIÓN DE LA LEY

3.1. La cuestión territorial

La Ley madrileña «regula las actuaciones de mediación familiar profesional que se realicen en el ámbito de la Comunidad de Madrid por las personas mediadoras que reúnan los requisitos marcados por esta Ley», excluyéndose de su aplicación, «las actuaciones realizadas en condiciones distintas a las previstas en esta Ley» (art. 2).

En las primeras leyes de mediación familiar acordadas por parte de Comunidades Autónomas —concretamente, en Cataluña y Galicia— la cuestión del ámbito de aplicación no se trata expresamente en sus respecti-

vos articulados. En Cataluña, en el preámbulo, se dice al respecto que su finalidad es «institucionalizar, potenciar y extender a toda Cataluña la mediación, que encaja perfectamente en nuestro ordenamiento jurídico». En Galicia se considera, únicamente, en este sentido —y, también, desde la parte inicial de la Ley—, la conveniencia de regularla «en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia».

Esta cuestión ya se trata de forma expresa en un artículo de la Ley valenciana, incluyendo en el ámbito de aplicación, de la misma tanto «las actuaciones profesionales de mediación familiar que se desarrolle total o parcialmente en el ámbito de la Comunidad Valenciana», como «Las personas mediadoras familiares y las entidades públicas o privadas que actúen profesionalmente en el ámbito de la mediación familiar y cuyas actuaciones se realicen totalmente en el territorio de la Comunidad Valenciana» (art. 2).

En Canarias, la Ley considera «la regulación de la actividad de la mediación familiar, que se desarrolle total o parcialmente en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Canaria, por personas físicas o jurídicas, acreditadas conforme al procedimiento que en la misma se regula» (art. 1). En Castilla-La Mancha se asume, al igual que en Canarias, la mediación familiar total o parcialmente desarrollada en su territorio pero, además, se dispone que «podrán acogerse a la mediación familiar regulada en la presente Ley las personas que habiendo residido ambas en Castilla-La Mancha, se encuentren en una situación de conflicto familiar, siempre que, al menos, una de ellas esté empadronada o tenga su residencia habitual en la misma» (art. 2). La ley castellano-manchega es la única aprobada hasta la fecha que hace mención expresa a la mediación familiar internacional, «entendiendo por tal aquella que presenta un elemento personal de extranjería, se rige por las prescripciones de esta Ley» (art. 5).

La ley de Castilla y León trata esta cuestión de forma muy sucinta señalando que «Es objeto de la presente Ley regular la mediación familiar que se desarrolle en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León» (art. 1). En tanto en las Islas Baleares se señala que «El ámbito de esta ley es territorial y afecta a las actuaciones de mediación familiar que se lleven a cabo en las Illes Balears con la participación de un mediador inscrito en el Registro de Mediadores de las Illes Balears» (art. 3).

Es indudable que la cuestión territorial, a la hora de aplicar una ley de rango autonómico que se ocupe de una cuestión tal como la mediación familiar —en la que puede darse el caso de que las partes puedan residir en comunidades autónomas diferentes o incluso fuera de España—, se puede orientar de formas muy variadas, tal como cabe valorar a la hora de reconocer las posiciones de los distintos Parlamentos que han legislado en este sentido.

El vincular la aplicación de la Ley a las «actuaciones de mediación familiar profesional que se realicen en el ámbito de la Comunidad de Madrid» supone, en este caso, partir de que es la figura del mediador la que posiciona, en dicha Comunidad, tal actividad mediadora, con independencia del origen o residencia de las partes que quieran asumir lo que esta Ley les aporta, y que no excluye, por otra parte, la posible existencia de una actividad mediadora

familiar, en la propia Comunidad de Madrid, ajena a la aplicación de esta Ley, actividad que, en principio, se haría a espaldas de esa profesionalización que el tipo de actuación contemplada por dicha Ley supone.

3.2. La promoción de la mediación familiar

El hecho de que ya en el preámbulo de la Ley se reconozca que la Comunidad de Madrid tiene atribuida «la competencia exclusiva en materia de servicios sociales» conlleva el papel promotor que asume en una cuestión tal como la mediación familiar.

La creación de una Comisión de Mediación Familiar, desde la propia ley —art. 7—, en la que están integrados «la Administración, los colegios profesionales y otras instituciones implicadas en mediación familiar», conlleva, por otra parte, el reconocimiento de que estamos ante un ámbito de acción compartida, en el que es deseable coordinar líneas de acción.

Aún cuando la redacción del artículo correspondiente cite a la Administración, en general —lo cual supone que puede ser tanto del Gobierno Central, Autonómico o Local—, a la hora de especificar quienes formarán parte de la misma se alude, únicamente, a «representantes de la Consejería competente en materia de familia», siendo presidida la Comisión en cuestión, también, por un representante de dicha administración autonómica [art. 5.g)].

La Ley de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, al referirse a las competencias que tiene la administración autonómica en esta materia, señala, en primer lugar, el «promover la figura de la mediación como sistema positivo de resolución de conflictos familiares, así como la formación de mediadores» [art. 5.a)].

La aprobación de las acciones formativas de la persona mediadora y la acreditación de la validez de la formación precisa, así como la gestión del Registros de Mediadores, supone, igualmente, una implicación activa, por parte de la Administración autonómica, en la labor de los mediadores que se completa con el ejercicio de la potestad sancionadora sobre los mismos.

Por otra parte esta Ley fomenta facilitar a los interesados la mediación familiar, lo cual viene derivado de la propia ordenación de la materia que supone tanto esta ley como la reglamentación derivada de la misma.

No se contempla pues, en el caso madrileño, desde el texto de la Ley en cuestión, ni la organización de este ámbito social a través de un Centro de Mediación Familiar —como sucede en Cataluña (art. 2.1 y 2), Valencia (art. 1.2) e Islas Baleares (art. 25)— ni los supuestos de gratuidad de la mediación previstos en distintas Comunidades autónomas —Cataluña (art. 9), Galicia (art. 9), Valencia (art. 6.2), Canarias (art. 21), Castilla-La Mancha (art. 9), Castilla y León (art. 13) e Islas Baleares (art. 28)—.

La decisión de no incluir en el contexto de la Ley de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid aspectos de índole organizativa y de generación de servicios —en lo que a la administración autonómica se refiere—, ni cuestiones de estricto carácter asistencial —como es la posible gratuidad

en la mediación familiar—, no quiere decir que no sean tenidos en cuenta por parte de la Administración madrileña. Y es que el Plan de Apoyo a la familia 2005-2008, citado en el preámbulo de esta Ley, es el marco organizativo en el que caben todas estas líneas de acción no reguladas por esta Ley.

3.3. El Procedimiento de la Mediación Familiar

En la Comunidad de Madrid, como es mayoritario en la legislación autonómica anterior —Cataluña (art. 16), Galicia (art. 12), Canarias (art. 10), Castilla-La Mancha (art. 16.1), Castilla y León (art. 15), Islas Baleares (art. 4)¹⁷—, las partes han de estar de acuerdo para que se inicie el procedimiento (art. 16.1) y también han de designar, comúnmente —Cataluña (art. 16.2), Galicia (art. 12.1), Valencia (art. 14.1), Canarias (art. 11), Castilla-La Mancha (art. 16.2), Castilla y León (art. 15), Islas Baleares (art. 6)—, a la persona mediadora «entre los inscritos en el Registro de Mediadores Familiares» (art. 17), criterio igualmente semejante en la generalidad de la normativa autonómica anterior —Cataluña (arts. 3 y 4), Galicia (art. 12.2), Valencia (art. 12), Canarias (art. 23), Castilla-La Mancha [art. 10.g)], Castilla y León (art. 15), Islas Baleares (art. 29)—.

La primera entrevista que el mediador ha de hacer reuniendo a las partes —en lo que se refiere a la Comunidad de Madrid— tiene un carácter informativo y han de acordarse en ella los objetivos a acometer, señalándose cuales son los asuntos de la mediación y, «previsiblemente», el número de sesiones necesarias (art. 18.1).

No se especifica en la Ley madrileña en qué consiste la información que ha de dar el mediador a las partes en esta reunión inicial. La Ley catalana señala al respecto que se «les ha de explicitar el procedimiento y el alcance de la mediación; en especial les ha de informar del derecho de cualquiera de ellas de dar por acabada la mediación y del mismo derecho que tiene la persona mediadora... La persona mediadora ha de informar a las partes de la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico durante la mediación y de la necesidad de intervención letrada a fin de asesorar en la redacción del Convenio, si éste es procedente» (art. 17.1 y 2).

En la Ley valenciana se dispone, en este mismo sentido, que se han de explicar «los honorarios de la mediación»; además se acuerda que, «si por los presupuestos de partida no se ve viable la mediación, ésta no se iniciaría...» (art. 16). La Ley canaria también señala al mediador la obligación de informar, en esta reunión inicial, « a las partes de sus derechos y deberes, así como de los derechos y deberes del mediador... de las personas que van a intervenir como consultores» (art. 12).

Entre las cuestiones que ha de informar el mediador en Castilla-La Mancha figura «la necesidad de que las partes asistan personalmente a las

¹⁷ En Valencia «La mediación familiar se iniciará a solicitud de cualquiera o de ambas de las partes en conflicto» (art. 13).

sesiones de mediación» [art. 18.e)], cuestión en la que el texto castellano manchego se reitera dado que, en su art. 19, trata del carácter personalísimo de este procedimiento.

En la ley de Castilla-La Mancha se dedica un artículo —el 17— a la prohibición de inicio del procedimiento, señalándose que «el mediador no podrá iniciar el procedimiento de mediación familiar cuando tenga constancia de la existencia de malos tratos a los hijos menores o al otro miembro de la pareja».

Abundando en la oportunidad, o no, de acometer un procedimiento de mediación familiar, en Castilla y León, en la primera reunión, «se analizará la pertinencia o no de la mediación familiar, y si lo estima oportuno, enseñará a las partes el documento de compromiso de sometimiento a la mediación familiar... (art. 16.1).

Por lo que se refiere a la exigencia de la existencia de un acta inicial se dispone la misma en la totalidad de las leyes autonómicas acordadas hasta la fecha —Cataluña (art. 18), Galicia (art. 13.4), Valencia (art. 17), Canarias (art. 12), Castilla-La Mancha (art. 18.3), Castilla y León (art. 16), Islas Baleares (art. 9) (en este caso se le otorga forma de contrato), Comunidad de Madrid (art. 18.1) y Principado de Asturias (art. 12)—.

En la Ley catalana se exige que en ella «se expresa la fecha, la voluntariedad de la participación de las partes y la aceptación de los deberes de confidencialidad... En la medida en que sea posible, se identifica el objeto de la mediación y el número de sesiones previstas. El acta se firma por triplicado...» (art. 18).

En la Ley de Castilla y León, se le encarga al mediador, con respecto a esta acta inicial, que, «comprobada su plena capacidad de obrar, recabará de ellas la firma voluntaria del compromiso y, en caso afirmativo, se iniciará el correspondiente procedimiento de mediación» (art. 16.1).

En el caso balear esa acta inicial se concreta con la forma de un contrato que se atiene a unos contenidos fijados por la propia ley (art. 9.1).

La Ley madrileña estima que la duración de la mediación no debe de exceder de tres meses, a partir de la sesión inicial, que se pueden prorrogar otros tres, siempre y cuando lo estime pertinente el mediador (art. 18.2). Ya en Cataluña se plantea una duración de semejantes características (art. 20); lo mismo sucede en Galicia (art. 14.1), Canarias (art. 13), Castilla-La Mancha (art. 20) y Castilla y León (art. 16.2). En Valencia también se considera como tiempo máximo de duración tres meses pero, en este caso, la prórroga no puede superar los dos meses (art. 18). En tanto las Islas Baleares, si bien contemplan los tres meses como plazo máximo para realizar el procedimiento de mediación, acuerda, así mismo, que «La persona mediadora y las partes podrán acordar, si así lo consideran adecuado, la prórroga del citado plazo por el tiempo que la persona mediadora considere necesario en relación con la expectativa del acuerdo existente» (art. 10).

En el caso de la Ley de Mediación familiar de la Comunidad de Madrid, además de esta propia ley, se reconoce que se salvaguarda la confidencialidad tanto por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de

Datos de Carácter Personal como por la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal del la Comunidad de Madrid. No tienen la calificación de confidenciales ni los datos no personalizados ni los «indicios de comportamientos que supongan una amenaza para la integridad física o psíquica de una persona» [art. 18.3.b)].

No se expresa en la Ley de Mediación familiar de la Comunidad de Madrid el modo en que se han de desarrollar las reuniones siguientes. En la Ley gallega se contempla, en este sentido, como por desacuerdo de las partes con la persona mediadora, pueden cambiar de mediador y como «de cada una de las sesiones se elaborará un informe, haciendo mención del lugar y fecha de su celebración y de las circunstancias en que ha discurrido la misma, con indicación particular de las incidencias surgidas en su desarrollo» (art. 13.4). En Castilla y León también se exige que exista de cada sesión un justificante «en el que es hará constar la fecha, duración, lugar y personas participantes...» (art. 16.3).

Todas las leyes autonómicas de mediación familiar tienen, también, un punto común en el hecho de contemplar de forma específica la finalización del procedimiento —Cataluña (art. 21), Galicia (art. 15), Valencia (art. 19), Canarias (art. 14). Su párrafo primero es modificado en (art. 7, Ley 3/2005), Castilla-La Mancha (art. 22), Castilla y León (art. 17.2), Islas Baleares (arts. 19 y 20)—. A este respecto la Ley de Madrid dispone que «al finalizar el procedimiento, el mediador redactará el documento con los acuerdos alcanzados. En el caso de no existir acuerdos, se hará constar este extremo» (art. 19.1).

En lo que a la concreción de acuerdos se refiere es particularmente resaltable lo que se dispone en la ley balear para la que «si los sujetos de la parte en conflicto llegan a un acuerdo parcial, pueden formalizarlo en cualquier momento sin esperar la resolución de las demás cuestiones pendientes, siempre que sean divisibles jurídicamente» (art. 22).

El texto madrileño recoge, así mismo, que «La terminación del procedimiento de mediación puede producirse por decisión de cualquiera de las partes en conflicto o por el mediador...» (art. 19.2). Tal precisión tiene un antecedente concreto en el caso de Castilla y León (art. 17.1).

Así pues, como es habitual, la Ley madrileña —en el ámbito autonómico y en lo que se refiere al procedimiento—, opta por una redacción sucinta en relación con otros textos precedentes que aportan un mayor número de orientaciones. Debe de subrayarse, en todo caso, el especial énfasis con que se trata el principio de confidencialidad a la hora desarrollar la mediación familiar.

3.4. Infracciones y sanciones

La Ley madrileña de mediación familiar entiende que las infracciones a sancionar son las «cometidas por los mediadores familiares» (art. 21). Teniendo en cuenta esta circunstancia se sigue aquí un modo de operar semejante al contemplado anteriormente en Cataluña (art. 26), Galicia (art. 19), Canarias (art. 15) y Castilla y León (art. 21).

La Ley valenciana se había orientado en un camino diferente, en este sentido, al distinguir entre entidades de mediación familiar y personas mediadoras, pormenorizándose, en este caso, de forma diferenciada las infracciones. También Castilla-La Mancha entiende que son sancionables además de las personas mediadoras —entendidas como sujetos infractores (art. 29)— las entidades de mediación familiar (art. 28), pero, sin considerar a éstas específicamente en el marco propio de la ley en cuestión, sino que incluyendo tal cuestión en el marco de otra ley: la Ley 5/1997, que regula el sistema de servicios sociales en esta Comunidad. Igualmente en la Ley de las Islas Baleares se tratan de forma diferente, en lo que infracciones y sanciones se refiere, la persona mediadora y los centros de mediación familiar.

A la hora de tipificar las infracciones se sigue, en la Comunidad de Madrid, la ordenación creciente en relación con su relevancia —leve (art. 22), grave (art. 23), muy grave (art. 24)—, al igual que se hace en la ley catalana (art. 29), valenciana (art. 27), castellano-manchega (art. 31) y de las Islas Baleares (art. 35). Lo hacen, en cambio, de forma decreciente las leyes gallega (arts. 21, 22 y 23), canaria (arts. 17, 18 y 19), y de Castilla y León (arts. 23, 24 y 25).

Son, en la Ley de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, doce las cuestiones integradas, en este caso, como infracciones —tres, leves; tres, graves; seis, muy graves—; dos de éstas tienen que ver con la reincidencia. En el supuesto de que tal reincidencia sea de infracciones leves se estará ante una de carácter grave; si se trata de reincidencias tipificables como graves nos encontraremos ante una infracción muy grave.

Debe de tenerse en cuenta que existe una gran diversidad, entre las distintas Comunidades autónomas, a la hora de enumerar las infracciones. Se tiende, sin embargo —y en general—, a hacer un especial hincapié en las que se entienden como muy graves siendo, en este sentido, particularmente exhaustivo el texto de Castilla y León, en el que se reconocen trece supuestos.

No existe tampoco un criterio homogéneo en la valoración de la gravedad de las infracciones. Así, a modo de ejemplo, y en lo que tiene que ver con los honorarios a percibir por parte del mediador, tiene la tipificación de leve en Galicia, Canarias, Castilla-La Mancha, Islas Baleares; de grave, en Cataluña, Castilla y León —donde también puede considerarse muy grave—, y de muy grave, en Madrid.

La ley de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid es la única —hasta el momento de su publicación— que dedica, además, un artículo específico a la reincidencia, entendiendo como reincidente a quien «haya sido sancionado mediante resolución firme en vía administrativa por la comisión de otra infracción de las previstas en esta Ley en el plazo de dos años a contar desde el mismo día de su notificación» (art. 25). No obstante, en todas las demás leyes autonómicas de esta materia, se considera siempre la reiteración: en Cataluña se entiende como grave «la reiteración de una infracción leve en el plazo de un año»; y como muy grave, «la reiteración de una infracción grave en el plazo de dos años» (art. 28). En Galicia y Canarias se entiende como muy grave cometer tres faltas graves al año (arts. 21

y 17 respectivamente); y como grave, tres faltas leves, igualmente en el año (arts. 22 y 18 respectivamente).

En Valencia y Castilla y León se tiene en cuenta la reiteración entre las circunstancias que gradúan las sanciones (arts. 30 y 27 respectivamente). En Castilla-La Mancha se entiende como grave «la comisión de dos o más infracciones leves distintas, en un plazo de tres años, siempre que haya sido sancionado mediante resolución firme en vía administrativa» [art. 31.3.f)]. La valoración de muy graves, por vía de la reiteración, supone «la comisión de tres o más infracciones graves distintas, en un plazo de tres años, siempre que haya sido sancionado mediante resolución firme en vía administrativa» [art. 31.4.d)]. Así pues —y en lo que tiene que ver con la reincidencia—, el texto madrileño puede considerarse, entre los publicados hasta el momento, como el más exigente al respecto.

Los tipos de sanciones son, así mismo, objeto de tratamiento en las diferentes leyes autonómicas hasta ahora publicadas.

La infracción leve, en Madrid, puede sancionarse bien con amonestación por escrito, bien con suspensión temporal de hasta un mes [art. 26.1.a)]. En Cataluña solo se castiga con amonestación por escrito [art. 29.a)]; lo mismo sucede en Galicia [art. 24.c)]; en Valencia [art. 28.a)]; en Canarias [art. 20.c)]; en Castilla y León [art. 26.1.c)], y en Baleares [art. 36.a)]. En el caso castellano-manchego la infracción leve también puede ser sancionada o bien con una amonestación por escrito, o bien con «multa de hasta tres mil cinco euros con seis céntimos» [art. 32.1.a).b)].

La infracción grave se castiga en Madrid con suspensión temporal «por un período de un mes y un día, hasta un año» [art. 26.1.b)]. Es similar a lo que se acordó ya en Cataluña [art. 29.b)]. En tanto, en Galicia la suspensión es de un día a seis meses [art. 24.b)]; en Valencia, entre seis meses y un año [art. 28.b)]; en Canarias, de un día a un año [art. 20.b)], al igual que en Castilla y León [art. 26.1.b)] e Islas Baleares [art. 36.b)]; en Castilla La Mancha se puede sancionar con: «a) suspensión de financiación pública por un plazo máximo de tres años, b) suspensión temporal para ejercer como mediador por un período de un mes a un año, c) multa de tres mil cinco euros con siete céntimos hasta quince mil veinticinco euros con treinta céntimos, acumulada, en su caso, a la suspensión temporal» (art. 32.2).

La infracción muy grave tiene en Madrid una sanción que puede ser la suspensión temporal por un período de un año y un día a dos años, o la baja definitiva en el Registro de Mediadores Familiares [art. 26.1.c)]. Esa doble opción estaba ya prevista en la Ley catalana, pudiendo tener el período de suspensión hasta tres años [art. 29.c)]; lo mismo sucede en la Ley valenciana [art. 28.c)]. En Galicia se distingue entre una serie de supuestos que conllevan la baja definitiva en el Registro de mediadores y otros que derivan en suspensión temporal por un período de seis meses y un día a un año [art. 24.a)]. La Ley canaria castiga con la baja definitiva este tipo de falta (art. 20). En Castilla La Mancha la sanción puede ser de diverso tipo: «a) suspensión de la financiación pública por un plazo de tres años y un día a seis años; b) suspensión temporal para ejercer como mediador por un período de un año y un

día a tres años, *c)* baja definitiva en el Registro de Personas y Entidades Mediadoras de Castilla-La Mancha, y *d)* multa desde quince mil veinticinco euros con treinta y un céntimos a seiscientos un mil doce euros con diez céntimos, acumulada, en su caso, a la suspensión temporal o la baja definitiva» (art. 32.3). En Castilla y León la suspensión temporal puede llegar a quince años; la multa se reserva para un supuesto muy concreto: para quienes ejercen la mediación familiar sin estar inscritos en el pertinente registro [art. 26.1.*a*]).

La Ley madrileña obliga a que aquellas «sanciones que adquieran firmeza en vía administrativa se consignarán en el Registro de Mediadores familiares» (art. 26.2), al igual que se dispuso, anteriormente, en Castilla y León (art. 26.2). En la Ley canaria esta cuestión resulta todavía más estricta ya que todas las sanciones serán registradas «donde el infractor se encuentre inscrito, debiéndose igualmente a sus respectivos colegios profesionales» (art. 20). También se registran todas las sanciones en Castilla-La Mancha (art. 32.4).

La graduación de las sanciones se trata en el art. 27 de la Ley de Mediación familiar de la Comunidad de Madrid. También se considera una graduación de sanciones en las leyes valenciana (art. 30), y de Castilla-La Mancha (art. 33), Castilla y León (art. 27) e Islas Baleares (art. 37). El grado de intencionalidad, la gravedad del riesgo, el incumplimiento, el número de afectados, el perjuicio a menores y personas dependientes modulan, en líneas generales, dicha graduación.

En cuanto al procedimiento sancionador la ley de mediación familiar de la Comunidad de Madrid considera, de forma diferenciada, la competencia (art. 28) y el procedimiento, propiamente dicho (art. 29). En cuanto a la competencia se entiende que la instrucción del expediente correspondiente la puede acometer de forma indiferente la Administración autonómica o el colegio profesional correspondiente; sucede lo mismo en Valencia (art. 29). En tanto, en Cataluña el órgano sancionador es el colegio profesional al que pertenece la persona mediadora (art. 30). Por el contrario, en Galicia se ocupa de la cuestión la Administración autonómica; lo mismo acaece en Canarias (art. 22), Castilla-La Mancha (art. 30), Castilla y León (art. 30), y en las Islas Baleares (art. 33).

Dada la doble opción señalada, en lo que a la competencia se refiere, el procedimiento puede vincularse a los dictados propios de la Administración, o bien a las normas estatutarias del colegio profesional en cuestión. En el caso de la Comunidad de Madrid, y dependiendo de quien instruya el expediente en cuestión, se aplicará una u otra normativa (art. 29).

IV. VALORACIÓN FINAL

1. La Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid responde a la necesidad de organizar debidamente la aplicación de la misma, integrándose, en lo que tiene que ver con esta Comunidad Autónoma, como una medida más al Plan de apo-

- yo a la familia 2005-2008, aprobado por el Consejo de Gobierno el 1 de diciembre de 2005.
2. Sus antecedentes están —como en las demás leyes autonómicas sobre esta materia acordadas hasta la fecha— en la Recomendación de 21 de enero de 1998 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, en la que se delimitan los principios a partir de los cuales se orienta la Mediación Familiar. Dichos principios también orientarán el proyecto de Ley sobre mediación familiar que se contempla en la Disposición Final 3.^a de la Ley 15/2005, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio.
 3. La regulación de la figura del mediador profesional orienta el desarrollo de esta ley que tiene como ámbito de aplicación, precisamente, «las actuaciones de mediación profesional que se realicen en el ámbito de la Comunidad de Madrid por las personas mediadoras que reúnan los requisitos marcados por esta Ley».
 4. A diferencia de otras leyes de rango autonómico sobre esta materia no se consideran en la misma ni las cuestiones organizativas propias de la Comunidad Autónoma, en relación con este asunto, ni los supuestos de gratuidad a la hora de ser aplicada. Tampoco se valora, expresamente, el hecho de que el mediador pueda formar parte de un grupo interdisciplinar.
 5. La creación de la Comisión Autonómica de Mediación Familiar, contemplada en su artículo 7, ha de entenderse como un muy significativo exponente de la pretensión de generar un órgano de asesoramiento y coordinación que relacione a la Administración autonómica con «los colegios profesionales y otras instituciones implicadas en mediación familiar».
 6. La existencia, en la Comunidad de Madrid, del Plan de apoyo a la familia 2005-2008 y la futura reglamentación prevista por esta Ley han de entenderse, con el debido carácter de complementariedad, con respecto a la misma.

III

JURISPRUDENCIA

DEL TRIBUNAL EUROPEO

DE DERECHOS HUMANOS

Sylvia Martí Sánchez, Blanca Cid Villagrasa
Esteban Greciet García, y Tatiana Recoder Vallina *

Obligación de respetar los derechos humanos

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio de Roma.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Obligación de respetar los derechos humanos.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio de Roma

Artículo 1

Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

El ejercicio de jurisdicción es condición necesaria para que un Estado contratante pueda ser declarado responsable por la violación de los derechos y libertades contemplados en el Convenio.

De la jurisprudencia se infiere que el concepto de «jurisdicción» a que se refiere el artículo 1 del Convenio debe interpretarse a la luz de lo que por tal

* Sylvia Martí Sánchez, Secretaria General de la Asamblea de Madrid. Blanca Cid Villagrasa, Directora de Gestión Parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Esteban Greciet García y Tatiana Recoder Vallina, Letrados de la Asamblea de Madrid.

se entiende en el Derecho Internacional Público. En este sentido hay que entender que la jurisdicción es fundamentalmente territorial y que el ejercicio de la misma se presume tiene lugar normalmente sobre el territorio del Estado (Decisión de 12 de diciembre de 2001, *Bankovic y otros c. 17 Estados contratantes*). Ahora bien, la jurisdicción no siempre se extiende exclusivamente sobre el territorio nacional de las partes contratantes, ya que en circunstancias excepcionales los actos extraterritoriales también pueden tener encaje en el artículo 1 (*STEDH Loizidou c. Turquía*, de 18 de diciembre de 1996). Así sucede en los supuestos en los que, como consecuencia de una acción militar, el Estado ejerce un control efectivo sobre una zona situada fuera de un territorio nacional, de lo que deriva la obligación de asegurar el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos, con independencia de que el control se ejerza a través de sus fuerzas armadas o de una administración local subordinada. No es necesario determinar el grado de detalle del control sobre las políticas y acciones de las autoridades situadas fuera del territorio, basta que se demuestre, más allá de cualquier duda razonable, el control global del área *STEDH Issa y otros c. Turquía*, de 16 de noviembre de 2004).

También puede declararse la responsabilidad del Estado contratante en supuestos de ejercicio extraterritorial de competencias delimitadas por el Derecho Internacional Público, como los actos de agentes diplomáticos o consulares o los cometidos a bordo de aeronaves o buques que naveguen bajo su pabellón. Se trata de evitar que, al amparo del artículo 1, un Estado cometa fuera de su territorio actos o acciones que no puede realizar en el suyo propio, pero sin hacer una interpretación demasiado amplia del artículo 1, ya que de haber deseado lo contrario, los autores del Convenio habrían adoptado un texto idéntico o semejante al recogido en las Convenciones de Ginebra de 1949.

Derecho a la vida

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio europeo.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—3.2. Titulares.—3.3. Lesiones.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho a la vida.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio europeo

Artículo 2

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a)* En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.
- b)* Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.
- c)* Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

Protocolo núm 6, de 28 de abril de 1983

Artículo 1. Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado.

Artículo 2. Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma. Dicho Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de la legislación que se trate.

2.2. Constitución española

Artículo 15

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

2.3. Constitución europea

Artículo II-2

1. Toda persona tiene derecho a la vida.
2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.

Artículo II-3

1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y mental.
2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:
 - a) El consentimiento libre e informado de la persona que se trate, de acuerdo con la modalidades establecidas por la ley.
 - b) La prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas.
 - c) La prohibición del que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro.
 - d) La prohibición de clonación reproductora de seres humanos.

Artículo II-4

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

El artículo 2 consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa (*S. McCannan contra Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995). **Los poderes públicos tienen el deber de no lesionar por sí mismos la vida humana y el deber de protegerla efectivamente frente a agresiones de los particulares.** La obligación impuesta por el artículo 2 del Convenio va más allá del deber primordial de asegurar el derecho a la vida estableciendo una legislación penal concreta, disuadiendo de cometer ataques contra la persona y basándose en un mecanismo de aplicación concebido para prevenir, reprimir y sancionar las violaciones. Puede asimismo implicar, en algunas circunstancias bien definidas, la obligación positiva para las autoridades de tomar preventivamente medidas de orden práctico para proteger al individuo cuya vida está amenazada por las actuaciones criminales ajenas, siempre que no sea una carga desproporcionada (*S. Osman contra Reino Unido*, de 28 de octubre de 1998, y *S. Mastromatteo contra Rep. Italiana*, de 24 de octubre de 2002). También se aplica a la situación de un detenido que padecía una enfermedad mental con signos que indicaban que podía atentar contra su vida (*S. Keenan contra Reino Unido* 2001, 242, secc. 3.^a, núm. 27229/1995). **El Estado tiene la obligación de realizar una investigación pública con examen completo, imparcial y profundo de las circunstancias en la que se ha cometido el homicidio** (*S. McCannan contra Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995). En la Sentencia Estamirov y otros contra Rusia, de 12 de octubre de 2006, el TEDH insiste en la necesidad de que el Estado investigue imparcial y exhaustivamente las muertes acaecidas en su territorio, sin importar quién pueda haber sido el autor de los hechos, lo que tiene especial importancia en un caso en el que pueden estar implicadas los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. En relación con lo anterior, el Tribunal hace especial hincapié en la necesidad de que se tramite una investigación por menorizada de los hechos, la cual conviene, además, que se realice tan pronto como se tenga noticia de las muertes.

El artículo 2 del Convenio no tiene ninguna relación con las cuestiones relativas a la calidad de vida o a lo que una persona ha escogido hacer con ella. No se puede interpretar en sentido de que confiere un derecho diametralmente opuesto, a saber el derecho a morir; tampoco puede crear un derecho a la autodeterminación en el sentido de que conceda a todo individuo el derecho a escoger la muerte antes que la vida. **No es posible deducir del artículo 2 un derecho a morir, ni de la mano de un tercero ni con la ayuda de la autoridad pública** (*S. Diane P. contra Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, secc. 4.^a, núm. 2346/2000). **Las excepciones del apartado segundo han de interpretarse siempre de manera restrictiva**, porque en el mismo no se enuncian situaciones en las que es legítimo occasionar intencionadamente la muerte, sino circunstancias en las que cabe hacer legí-

timamente uso de la violencia, la cual puede desembocar, a su vez, en una muerte involuntaria; por ello se exige que el recurso a la fuerza sea absolutamente necesario, realizándose aquí no un juicio de proporcionalidad sino un «juicio de indispensabilidad» (*S. McCann contra Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995).

3.2. Titulares

En STEDH de 29 de octubre de 1992, el Tribunal no se pronuncia sobre si el derecho a la vida reconocido en el artículo 2 del Convenio es igualmente aplicable para el feto. Previamente el Informe de la Comisión núm. 1315/1980, en relación con el Asunto 8416/1979, había señalado que la expresión «todos» del artículo 2 se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al *nasciturus*.

3.3. Lesiones

Se declara la violación del artículo 2 del Convenio ante la ausencia de explicación de explicación razonable por las autoridades del Estado acerca de las heridas sufridas por la víctima durante su detención (*S. Güneş contra Turquía*, de 19 de junio de 2003). Se produce violación cuando existe falta de transparencia y efectividad en la investigación oficial sobre la muerte (STEDH de 4 de mayo de 2001 en asunto 37715/1997).

No se ha dictado recientemente ninguna sentencia destacable en relación con este artículo.

Interdicción de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Interdicción de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-4

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 3

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

2.3. Constitución española

Artículo 15

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

Aunque la redacción del artículo 3 omite el sujeto agente de la oración, la prohibición compromete la responsabilidad de los Estados parte, pudiendo afirmarse que surgen para ellos dos obligaciones genéricas que consisten en no cometer ninguno de los actos prohibidos y en no consentir que éstos se lleven acabo. Así, este derecho impone al Estado un deber de investigar las denuncias de tortura y de tratos inhumanos o degradantes, incluso cuando han sido infligidos por particulares (*STEDH Indelicato c. Italia*, de 18 de octubre de 2001). Desde un punto de vista territorial, bastará decir que el Tribunal ha afirmado que las obligaciones del Estado únicamente existen en relación con las acciones cometidas dentro de su jurisdicción (*Al-Ádsani c. Reino Unido*, de 21 de noviembre de 2001).

Con los términos «tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» no se hace referencia a fenómenos cualitativamente diferentes, sino que se trata de nociones graduadas dentro de una misma escala (*STEDH Irlanda c. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978). La conducta contemplada consiste, en todo caso, en infiligrir un sufrimiento físico o psíquico tendente bien a humillar a la víctima ante los demás o ante si misma (tratos degradantes), bien a doblegar su voluntad forzándola a actuar contra su conciencia (tratos inhumanos). Así, en esta perspectiva gradualista, la tortura no sería sino la forma agravada y más cruel de los tratos inhumanos o degradantes.

También se reputa tortura toda forma de expulsión, —incluidas la extradición, así como la denegación de asilo— a un país donde el expulsado corra el riesgo de ser condenado a la pena de muerte (*STEDH Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989).

No se estima prohibida en sí misma la cadena perpetua, salvo que provoque un grave deterioro del estado de salud del reo, ni se establecen límites para la tipificación interna de las penas privativas de libertad. En este sentido, se ha considerado compatible con el artículo 3 la tipificación de una pena de privación de libertad de duración indeterminada, durante el tiempo que plazca a Su Majestad (*during Her Majesty Pleasure*), así como el sistema de períodos punitivos que conlleva.

Los malos tratos policiales son injustificables en términos absolutos, por lo que no cabe hacer consideraciones de proporcionalidad ni ponderaciones con otros bienes jurídicos en juego, ni siquiera con intereses vitales del Estado como puede ocurrir en el contexto de la lucha antiterrorista (*STEDH Selmounic c. Turquía*, de 28 de julio de 1999). Cuando hay indicios de malos tratos policiales (heridas, contusiones...) pesa sobre la policía la carga de demostrar la corrección de su actuación (*STEDH Ribitsch c. Austria*, de 4 de diciembre de 1995).

El artículo 3 comprende el derecho de los detenidos a que las condiciones de la privación de libertad sean dignas, de manera que no se someta al interesado a una prueba que exceda del nivel inevitable de sufrimiento inherente a cualquier detención. En este contexto se enmarca la exigencia de cuidados médicos, con especial atención a las personas con problemas mentales (*STEDH Slimani c. Francia*, de 27 de julio de 2004).

El derecho del artículo 3 también puede ponerse en conexión con el artículo 2 del Convenio, que impone a los Estados contratantes no solamente la obligación de no matar, sino también la de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas en el ámbito de su jurisdicción (*LCB c. Reino Unido*, de 9 de junio de 1998). Esta obligación de los Estados contratantes adquiere una dimensión particular cuando se trata de personas detenidas que, por estar bajo el completo control de las autoridades, son especialmente vulnerables. De ahí que las autoridades tengan el deber de ofrecer explicaciones convincentes en cuanto al origen de las lesiones de los detenidos, obligación especialmente estricta cuando se trata del fallecimiento del detenido. El artículo 3 exige de los Estados la protección de la salud e integridad física de las personas privadas de libertad, especialmente en lo que a la obtención de cuidados médicos respecta. Por eso, el fallecimiento de un detenido en condiciones sospechosas exige la realización de una investigación efectiva. La efectividad requiere en primer lugar que las personas responsables de la investigación sean independientes de las implicadas en los hechos, lo que implica que aquéllas no estén subordinadas jerárquicamente a las últimas. En este sentido y en relación con España, el TEDH ha considerado que el médico forense es un funcionario de la Administración y por lo tanto no independiente (*STEDH Martínez Sala y otros c. España*, de 2 de noviembre de 2004). En segundo lugar, se contribuye a la efectividad cuando las autoridades toman todas las medidas razonables para la obtención de pruebas, ya se trate de testimonios testificales o informes periciales, incluso la realización de autopsias (*STEDH Slimani c. Francia*, de 27 de junio de 2004).

Al amparo de este precepto el TEDH también excluyó que los castigos corporales pudieran ser empleados como sanción penal (*STEDH Tyrer c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978).

Asimismo queda proscrita toda norma que permita el castigo físico en las escuelas (*STEDH Campbell c. Reino Unido*, de 25 de marzo de 1993).

Las conductas contempladas en este precepto no son exclusivamente castigos corporales, ya que el Tribunal también ha considerado trato inhumano prender fuego a la vivienda de una persona, en presencia de su familia y obli-

gándola a abandonar su hogar (*STEDH Altun c. Turquía*, de 1 de junio de 2004).

El Tribunal ha estimado que la desaparición de una persona, aun cuando en sí misma no llegue a constituir violación del artículo 3, puede considerarse trato inhumano y degradante en relación con su madre (*STEDH Kurt*, de 25 de mayo de 1998). Que un familiar de un desaparecido sea o no víctima de un tratamiento contrario al artículo 3 dependerá de factores específicos como la proximidad del parentesco, las circunstancias particulares de la relación, el grado de participación en los hechos y en la búsqueda de información y, sobre todo, la manera en que las autoridades reaccionan ante la angustia e incertidumbre del demandante (*STEDH Akdeniz y otros*, de 31 de mayo de 2001).

El enjuiciamiento de un civil ante un Tribunal militar no implica de por sí trato inhumano o degradante (*STEDH Martin c. Reino Unido*, de 24 de octubre de 2006).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Wieser c. Austria.

2293/03.

22 de febrero de 2007.

4.2. Antecedentes

El 9 de febrero de 1998 el Tribunal Regional de Feldkirch dictó a instancias de la esposa del demandante una orden de arresto y registro del domicilio del mismo. El demandante era sospechoso de haber violado a su esposa, haberla amenazado con arma de fuego, haber intentado violar a su hijastra menor y estar en posesión de videos de pornografía infantil. La orden de arresto contemplaba la posibilidad de que el demandante se resistiera o incluso intentara huir.

El mismo día en que se dicta la orden de arresto, alrededor de las 23:45, seis policías del grupo especial de la gendarmería entran en el domicilio del demandante protegidos con chalecos antibalas, escudo y máscaras. El demandante reconoce, después de haber visto a dos sospechosos merodeando por el *parking*, haber recibido a los policías armado con un cuchillo de cocina, si bien lo suelta inmediatamente. Según la descripción del demandante, parcialmente reconocida por los agentes, los hechos acaecidos con posterioridad fueron los siguientes: el demandante fue reducido, tumbado sobre el suelo y esposado; el demandante fue tumbado sobre una mesa y desnudado por si ocultara un arma de fuego; tras orinarse como consecuencia del *shock* no le fue permitido cambiarse de ropa; fue de nuevo tumbado sobre el suelo

durante al menos 15 minutos, según el demandado presionado por la rodilla de uno de los agentes, hecho que éstos niegan. Con posterioridad el demandante fue llevado a comisaría y liberado a las 3:40 del día siguiente.

El 3 de marzo de ese mismo año el demandante presenta una queja ante la Autoridad Administrativa Independiente de Vorarlberg (Unabhängiger Verwaltungs-senat) alegando haber sufrido trato inhumano y degradante, particularmente durante el arresto. Dicha Autoridad desestima la queja básicamente por entender que el arresto se efectúa bajo la cobertura de una orden judicial, la cual contemplaba además la condición violenta del demandado por lo que las medidas adoptadas durante el arresto (esposarle, reducirle contra el suelo, desnudarle para buscar un arma de fuego) no pueden ser consideradas trato inhumano o degradante.

A esta decisión siguen los recursos internos solo estimados parcialmente, por lo que el demandante interpuso su recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación del artículo 3 del Convenio.

4.3. Fallo

El Tribunal estima parcialmente el recurso por violación del artículo 3 del Convenio.

V. COMENTARIO

Si bien la sentencia que comentamos no introduce novedad relevante en la jurisprudencia sobre el artículo 3, la hemos seleccionado por considerar que la casuística siempre ilustra la interpretación general de un precepto y además por afectar a un país plenamente democrático como es Austria. Esto pone de relieve que las violaciones del artículo 3 no son solamente imputables a países como Turquía, lo que podría deducirse por el elevado número de sentencias que afectan al mismo, sino que también pueden tener lugar en nuestro entorno más inmediato.

Evidentemente en este tipo de sentencias el aspecto esencial es el análisis de las circunstancias del caso, pues el Tribunal ha entendido que la severidad de los malos tratos, para considerarlos violación del artículo 3, deben analizarse atendiendo a las circunstancias, como duración de los mismos, efectos físicos y morales e incluso, en algunos supuestos, edad, sexo y salud de la víctima.

Como ya se puso de relieve en las decisiones internas, en el supuesto que nos ocupa la policía tenía razones para pensar que iba a tratar con un individuo violento, peligroso, probablemente armado y, según manifestaciones de la esposa, entrenado para el combate. En este contexto, el hecho de que la detención se llevara a cabo por policías especializados y equipados con chaleco antibalas, escudo y máscara no contradice el artículo 3. Tampoco lo hace el hecho de que se esposara al demandante. En el hecho de que se le reduje-

ra contra el suelo, el Tribunal no entra, pues al no haber sido reconocido por los agentes, nos movemos en el terreno de la especulación.

Los aspectos procedimentales del artículo 3 también se salvaguardan en este caso, pues las autoridades domésticas han seguido los procedimientos necesarios para esclarecer el caso.

El problema se plantea con el hecho de haber desnudado al demandante por si ocultara armas de fuego. El Tribunal parte de que el hecho de hacer que un sospechoso se desnude no es *per se* contrario al convenio, pero se trata de un hecho que hay que analizarlo con especial cuidado, porque es evidente que introduce un elemento adicional de humillación. En este caso además el demandante fue desnudado por los propios policías, lo que unido a la consideración de que para buscar un arma de fuego no hace falta desnudar completamente, hace pensar al Tribunal que aquí sí que estamos ante una violación del artículo 3.

Vemos pues, que de nuevo el análisis lo es fundamentalmente de la proporcionalidad y justificación de las medidas adoptadas, atendiendo a las circunstancias del caso. Por lo tanto, un supuesto más para la amplia casuística del artículo 3 al que el TEDH aplica su doctrina general sobre la proporcionalidad y justificación de las medidas que se adoptan.

Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio de Roma.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio de Roma

Artículo 4

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
3. No se considerará como trabajo forzado u obligatorio en el sentido del presente artículo:
 - a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio o durante su libertad condicional.
 - b) Todo trabajo de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio.

- c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.
- d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

2.2. Constitución española

Artículo 25.2

Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

2.3. Constitución europea

Artículo II-5

- 1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
- 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
- 3. Se prohíbe la trata de seres humanos.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se ha ocupado con frecuencia del análisis detallado del artículo 4 del Convenio, por lo que no se ha generado una jurisprudencia que haya precisado los diferentes ámbitos de su contenido. No obstante, sí ha establecido al respecto que no es contraria al Convenio la exigencia impuesta a los abogados para prestar asistencia jurídica obligatoria o de oficio en los supuestos previstos en las leyes procesales nacionales (Sentencias de 26 y 27 de octubre de 1983 en el asunto *Van der Mussele contra Bélgica*) y, en la misma línea que tampoco es contraria al artículo 4 la exigencia de realización de trabajos a una persona privada legalmente de libertad siempre que las tareas no excedan de los límites «normales» en la materia y se orienten a facilitar la reinserción social del condenado y siempre que se cuente con base legal suficiente (Sentencia de 24 de junio de 1982 en el asunto *Van Droogenbroeck contra Bélgica*).

No se ha dictado recientemente ninguna sentencia destacable en relación con este artículo.

Derecho a la libertad y a la seguridad

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho a la libertad y a la seguridad.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-6

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 5

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

- a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;

- b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;
- c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o que huya después de haberla cometido;
- d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente;
- e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;
- f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de detención o de una privación de libertad contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

2.3. Constitución española

Artículo 17

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento

de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de «*habeas corpus*» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

El objetivo principal del artículo 5.1 es la protección frente a las privaciones arbitrarias de libertad en el sentido clásico de libertad física (*STEDH Engel c. Países Bajos*, de 8 de junio de 1976). La noción de seguridad que el mismo precepto contempla no ha sido objeto de una interpretación independiente, por lo que el Tribunal considera que la inseguridad generada en las circunstancias personales del demandante cuando no hay un supuesto de privación de libertad no cae dentro del ámbito de aplicación del artículo 5 (*STEDH Altun c. Turquía*, de 1 de junio de 2004 en relación con el incendio provocado de la vivienda del demandante).

El legislador debe fijar con suficiente precisión y accesibilidad los supuestos y la duración de la privación de libertad. De aquí se sigue que, aunque hayan sido autorizadas o ratificadas por un juez, son ilícitas las privaciones de libertad carentes de cobertura legal (*STEDH Riera Blume c. España*, de 14 de octubre de 1999).

El artículo 5.1 contiene una lista exhaustiva de motivos por los que una persona puede ser privada de su libertad. No obstante, nada impide que una detención no pueda encontrar justificación en más de un subapartado (*STEDH Eriksen c. Noruega*, de 27 de mayo de 1997). En relación con esto se plantea el problema de las condiciones de la privación de libertad. El TEDH ha venido manteniendo tradicionalmente que tiene que existir una relación entre los motivos de privación de libertad y las condiciones de dicha privación, por lo que en principio, una persona que ha sido considerada enferma mental al amparo del subapartado e) nada más podría ser detenida para ingresar en un hospital, clínica u otra institución apropiada (*STEDH Hutchison Reid c. Reino Unido*). Sin embargo, el Tribunal ha ido matizando al entender que la imposibilidad de ingresar al detenido en una clínica no convierte automáticamente su detención en ilegal, ya que no siempre las autoridades pueden garantizar la existencia de plazas en instituciones apropiadas. Habrá que valorar las circunstancias de cada caso y el equilibrio entre la gestión de los recursos

públicos y la necesidad de internamiento (*STEDH Morsink c. Países Bajos*, de 11 de mayo de 2004).

En relación con la detención preventiva [art. 5.c) CEDH], indicios racionales son aquéllos idóneos para persuadir a un observador objetivo de que la persona en cuestión puede haber cometido el delito (*STEDH Fox, Campbell y Hartley c. Reino Unido*, de 30 de agosto de 1990).

Por lo que respecta al artículo 5.1.e), la jurisprudencia del TEDH entiende que el término «alcohólico» no puede interpretarse en el sentido estricto y técnico del término, por lo que este precepto también ampara las detenciones de personas que, aunque no hayan sido diagnosticadas como «alcohólicas», con su conducta y comportamiento bajo la influencia del alcohol, pueden representar una amenaza para el orden público o para ellas mismas. Lo que no permite este precepto es la detención por la mera ingestión de alcohol, por lo que la conducta del detenido se constituye en el aspecto decisivo. Para que la detención se ajuste al Convenio no solamente es necesario que no sea arbitraria, sino que se requiere además que no haya sido posible la adopción de medidas menos severas (*STEDH Hilda Hofsteindottir c. Islandia*, de 8 de junio de 2004).

Por lo que respecta al internamiento por razones psiquiátricas, el TEDH exige que las órdenes de internamiento sean revisadas periódicamente (*STEDH Matter c. Eslovaquia*, de 5 de julio de 1999). Recuerda que el cumplimiento del artículo 5.1.e) del Convenio requiere que la enajenación del afectado se haya constatado previamente, salvo casos de urgencia, por un informe médico objetivo, sin que quepa prolongar la privación de libertad más allá de la subsistencia del problema (*STEDH Johnson c. Reino Unido*, de 24 de octubre de 1997). Solamente en supuestos en los que la detención se haya producido por un comportamiento violento resulta aceptable que la consulta médica se efectúe inmediatamente después de la detención. Asimismo se acepta que ante la negativa del interesado a presentarse al examen médico el informe se realice a partir de la información que conste en el expediente (*STEDH R.L. et M.-J.D. c. Francia*, de 19 de mayo de 2004).

La ausencia de datos registrados, tales como la fecha, la hora y el lugar de la detención, el nombre del detenido, así como los motivos de la privación de libertad y el nombre de la persona que la realizó muestran la naturaleza imprecisa y poco fiable de los registros de detención preventiva, lo que debe considerarse incompatible con el fin mismo del artículo 5 del Convenio (*STEDH Ipek c. Turquía*, de 17 de febrero de 2004).

La duración de la detención preventiva no puede durar más del tiempo estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos (*STEDH Günay c. Turquía*, de 27 de septiembre de 2001).

El párrafo tercero, garantiza el control judicial de la detención al señalar que la persona detenida «deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales». La «dilación» ha de valorarse en cada caso, a pesar de lo cual los Estados apenas tienen margen de interpretación. En algunos casos, como en materia terrorista, el Tribunal ha sido comprensivo con las dificultades que plantea la

investigación, pero siempre subrayando que los Estados no tienen carta blanca (*STEDH Murray c. Reino Unido*, de 28 de octubre de 1994).

Por otro lado, el TEDH señala que el hecho de que el detenido no sea conducido a disposición judicial no significa que se haya vulnerado el artículo 5.3, ya que no puede haber violación de dicho precepto si el detenido ha sido liberado con celeridad. El Tribunal ha considerado que la liberación después de tres días de detención sin control judicial no infringe el artículo 5.3 (*STEDH Ikincisoy c. Turquía*, de 24 de julio de 2004), mientras que cuatro días y seis horas de detención sin control judicial sí que supone la vulneración del artículo 5.3 (*STEDH Brogan y otros c. Reino Unido*, de 29 de noviembre de 1998). En general, lo razonable del período de detención no puede afirmarse in abstracto, ya que depende de las circunstancias del caso, de la motivación de las decisiones de las autoridades domésticas y de la prueba de los hechos alegados por el recurrente. La detención continuada únicamente puede justificarse por razones de interés público y buscando el equilibrio con el respeto de la libertad individual (*STEDH Cevizovic c. Alemania*, de 29 de julio de 2004).

En cuanto a la prisión provisional, cualquier opción legislativa en cuanto a su duración habrá de superar el principio de proporcionalidad y, en concreto, deberá tomar en consideración la gravedad del delito imputado y, probablemente, graduar la duración máxima según la gravedad de los distintos delitos (*STEDH Neumeister c. Austria*, de 27 de junio de 1968). La gravedad del delito debe ser por lo tanto un elemento modulador de la prisión provisional, pero no puede ser el factor determinante de la misma. En la Sentencia *Ilijkov c. Bulgaria*, de 26 de julio de 2001, el Tribunal declaró contrarias al Convenio la legislación y práctica forense estableciendo la necesidad de acordar la prisión provisional siempre que la pena superase una cierta gravedad, salvo circunstancias muy excepcionales cuya concurrencia había de ser probada por el reo. Así ha vuelto a apreciarlo el TEDH en la Sentencia *Nikolova c. Bulgaria*, de 30 de septiembre de 2004, en la que además el Tribunal subraya que el arresto domiciliario está sometido a las condiciones del artículo 5.3 del Convenio.

Aunque no siempre es necesario que el procedimiento a que se refiere el artículo 5.4 del Convenio vaya acompañado de las mismas garantías que el procedimiento enmarcable en el artículo 6, sí que es esencial que la persona afectada haya tenido la oportunidad de ser oída, ya sea ella misma o a través de representante, sin que la posibilidad de apelar sustituya la necesidad de dicha audiencia (*STEDH Frommelt c. Liechtenstein*, de 24 de junio de 2004), la cual es especialmente necesaria cuando el motivo de revisión es el mal estado de salud del detenido (*STEDH M.B. c. Polonia*, de 27 de abril de 2004). Además, el procedimiento en cuestión tiene que tener un carácter judicial, ser contradictorio y garantizar la igualdad de armas.

El artículo 5.4 ampara asimismo la revisión de condena (*Hill c. Reino Unido*, de 27 de abril de 2004).

Este precepto guarda además relación con el artículo 5.3, ya que si no se constata vulneración de este último por haber sido liberado el detenido en

un plazo razonable, tampoco será de aplicación el artículo 5.4 (*STEDH Ikin-cisoy c. Turquía*, de 27 de julio de 2004).

En general en cuanto a los supuestos de privación de libertad, el TEDH no sólo exige que se respete el *numerus clausus* del artículo 5 del CEDH, sino que exige, además, que en el caso concreto sea respetado el principio de proporcionalidad.

La reparación a que se refiere el artículo 5.5 únicamente procede en aquellos supuestos en los que se haya constatado una detención contraria a lo dispuesto en algunos de los restantes apartados del artículo 5 (*STEDH Benham c. Reino Unido*, de 10 de junio de 1996).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Baysayeva c. Rusia.
74237/01.
5 de abril de 2007.

4.2. Antecedentes

Los hechos de la sentencia que comentamos son propios de una triste película de acción y transcurren en lo que parece ser un lugar sin ley: Chechenia. El marido de la demandante, Shakhid Baysayev, trabajaba como mecánico en una empresa de transportes en el pueblo vecino al de su residencia. El 2 de marzo de 2000 parte hacia su trabajo. En la carretera hay un control militar ruso, el control núm. 53, muy cercano a una unidad militar también rusa. Ese mismo día la demandante oye disparos y explosiones provenientes de la zona donde se haya el control. Había tenido lugar una emboscada y una dura lucha con fuerzas rebeldes en la que fallecieron más de 20 soldados. Después, tuvo lugar una operación «de limpieza» por parte del ejército ruso. El marido de la demandante no volvió a casa esa noche. A partir de ese momento empieza la búsqueda desesperada de su esposo. Por testigos presenciales sabe que fue detenido por los soldados, pero no tiene más información. En la operación militar subsiguiente a la emboscada fueron detenidos muchos civiles, pero su marido no se hallaba entre ellos. La Señora Baysayeva acude a las autoridades, las cuales abren una investigación que se abre y se cierra durante los años subsiguientes al menos 12 veces. No obstante, entre medias empiezan a surgir algunas pistas preocupantes. En junio de 2000, el investigador de la fiscalía de Grozny constata que el esposo de la demandante había sido detenido por los militares el 2 de marzo de 2000 y llevado a la base de Podgornoye, informando a aquélla de la existencia de una cinta de video que prueba esta información. Unos meses después, en agosto de 2000, cuando la demandante está caminando hacia su domicilio se le acercan unos individuos que dicen tener pruebas de la deten-

ción de su marido, pruebas que le mostrarán a cambio de 5000 rublos. Al día siguiente y después de haber conseguido el dinero, otros individuos le muestran la cinta de video en la que aparece su marido siendo maltratado por unos hombres vestidos de uniforme militar. La demandante compra el video, que luego constata que es el mismo que se hallaba en posesión de la fiscalía. Más de un año después, en diciembre de 2001, la demandante se traslada con el investigador de la fiscalía a la zona que aparece en la cinta de video en la que encuentran restos de ropa que podrían ser de su esposo. Al día siguiente otros miembros de la fiscalía aparecen en su domicilio rogándole que les acompañe. La demandante pensaba que le iban a pedir que identificase el cuerpo de su marido, pero en lugar de eso le comunican que el investigador ha sido asesinado, ya que se ha hecho volar el coche en el que circulaba. Recomiendan a la demandante que cese su trato con las autoridades, tanto por su seguridad como por la de sus hijos. Así lo hace, pero en 2003 insta de nuevo la continuación de los procedimientos de investigación, sin éxito alguno, decidiendo finalmente acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4.3. Fallo

El Tribunal declara vulnerado el artículo 5 del Convenio.

V. COMENTARIO

Se trata de una sentencia muy extensa e interesante por el número de artículos aplicables: el 2, el 3, el 5, el 6 y el 13. En estos momentos nos centraremos exclusivamente en el artículo 5. La problemática de casos como este, es que las pruebas sobre el paradero del demandante aparecen de forma deslabazada y no van acompañadas de la clara identificación de los responsables. Pero aún así, con el transcurso del tiempo y en gran medida gracias a la perseverancia de los familiares, van surgiendo más que indicios, desde luego pruebas perfectamente válidas para una persona razonable sobre la atribución a miembros del ejército de la responsabilidad de la detención, todo ello rodeado de una investigación que deja mucho que desear y que algún funcionario responsable paga con su vida. Y esta es en esencia la conclusión a la que llega el Tribunal y que cualquier jurista con sentido común compartiría. Se reconoce que el esposo de la demandante desaparece el 2 de marzo de 2000 de la mano de las autoridades federales y no vuelve a saberse nada de él. Su detención no aparece recogida en ningún expediente sin que exista por lo tanto rastro oficial alguno. Simplemente esta carencia de procedimiento en una detención constituye una falta inadmisible desde el punto de vista del artículo 5. Además las autoridades debería haber mostrado una mayor diligencia a la hora de investigar. Por todo ello El Tribunal Europeo de Derechos Humanos constata la vulneración del artículo 5 del Convenio.

Derecho al proceso equitativo

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio europeo.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho al proceso equitativo.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio europeo

Artículo 6

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:
 - a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.
 - b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.
 - c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarla, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.
 - d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.
 - e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

2.2. Constitución española

Artículo 24

1. Todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

2.3. Constitución europea

Artículo II-47

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva en las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e impar-

cial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

Artículo II-48

1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente.
2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de defensa.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

I. Tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción: Todo derecho o interés legítimo debe poder hacerse valer, llegado el caso, en un proceso ante un verdadero tribunal que se caracteriza en el sentido material por su papel jurisdiccional: resolver, basándose en normas de derecho y al final de un procedimiento organizado, toda cuestión que dependa de su competencia (*S. de 27 de agosto de 1991*, asunto Demicoli contra Malta). De ello se deriva el principio *pro actione*, que establece el deber de interpretar y aplicar las leyes procesales de la manera más favorable para la efectiva iniciación del proceso, evitándose los formalismos enervantes (*S. de 15 de octubre de 2002*, asunto Cañete Goñi contra España). No obstante, el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, si bien exigen una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin contemplado (*S. de 28 de octubre de 1998*, en demanda 23452/1994 de varios ciudadanos británicos contra el Reino Unido).

Prohibición de indefensión: Sería contrario al derecho a un proceso equitativo que el Estado alterara las normas jurídicas aplicables a un proceso en curso, especialmente cuando él mismo es parte (*Sentencia Zielinski contra Francia*, de 28 de octubre de 1999). Pueden exigirse garantías procesales especiales para proteger a los que debido a sus trastornos mentales no son completamente capaces de obrar por cuenta propia (*Sentencia Vaudelle contra Francia*, de 30 de enero de 2001). Se produce indefensión cuando un primer abogado de oficio y luego un sustituto no realizaron una defensa concreta y efectiva; en el primer caso por inactividad, y en el segundo, por conocer su designación pocos días antes de la apertura de un proceso para un asunto grave y complejo (*Sentencia núm. 795/1998*, de 21 de abril, en asunto 22600/1993).

Derecho a la utilización de los recursos existentes en las leyes procesales: El Convenio no obliga a los Estados contratantes a crear tribunales de apelación o de casación: si existen, son aplicables las garantías del artículo

lo 6. El derecho de acceso a un tribunal no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, sobre todo en cuanto a las condiciones de admisibilidad de un recurso: exigen una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin contemplado. Se produce vulneración del artículo 6 cuando se exige consignación previa de la cantidad de la condena a quien había solicitado el beneficio de justicia gratuita, no otorgado en tiempo útil por negligencia judicial, inadmitiéndole el recurso (*Sentencia García Manibardo contra España*, de 15 de febrero de 2000). No se produce violación del Convenio cuando se deniega la asistencia jurídica para recurrir en casación debido a la ausencia de un motivo de casación serio (*Sentencia de 26 de febrero de 2002*, en asunto núm. 49384/1999). **Intangibilidad de las resoluciones judiciales:** La intangibilidad del fallo judicial es un elemento esencial de la preeminencia del derecho y exige que la solución dada de forma definitiva a todos los litigios por los Tribunales no sea puesta en discusión. Se produce violación del artículo 6 con la anulación de una sentencia con efecto de cosa juzgada que restituía la propiedad de una vivienda previamente nacionalizada (*Sentencia de 28 de octubre de 1999*, en asunto núm. 28342/1995 contra República de Rumanía).

II. Garantías genéricas de todo proceso. Imparcialidad del Tribunal: Un Tribunal se caracteriza en el sentido material por su papel jurisdiccional (...) y también debe de reunir otra serie de condiciones —independencia, concretamente respecto del ejecutivo, la imparcialidad, duración del mandato de los miembros, garantías del procedimiento— que muchas de ellas figuran en el propio texto del artículo 6.1 (*Sentencia de 27 de agosto de 1991*, asunto Demicoli contra Malta). Para establecer si un Tribunal puede ser considerado independiente, la *Sentencia Thaler contra Austria*, de 3 de febrero de 2005, establece que se deben tener en cuenta, entre otras cosas, la forma en que se designan sus miembros, la duración del cargo, la existencia de garantías contra presiones externas y la cuestión de si el organismo tiene una apariencia de independencia. Se produce violación del Convenio por falta de imparcialidad del Tribunal dado el importante papel jugado por un juez militar al juzgar a un civil por un delito de difusión de propaganda tendente a perjudicar la integridad del Estado (*Sentencia de 8 de julio de 1999*, en asunto núm. 26682/1995, en demanda de un ciudadano turco contra Turquía). La noción de imparcialidad tiene una doble vertiente: *subjetiva*, que trata de averiguar la relación personal de un juez concreto en una determinada circunstancia, y *objetiva*, tendente a asegurar que el Tribunal ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable (*Sentencia de 4 de abril de 2000*, asunto núm. 30342/1996, en demanda de empresa navieras griegas contra Grecia). En el supuesto de la existencia en la composición de un Tribunal de un juez militar en juicio por delito de difusión de propaganda tendente a perjudicar la integridad del Estado, se producen dudas razonables y objetivamente justificadas sobre la imparcialidad e independencia del Tribunal y, por lo tanto, existe violación del Convenio (*Sentencia de 7 de febrero de 2002*, en asunto núm. 28496/1995, en demanda de un ciudadana turca contra Turquía). El principio de preeminencia del derecho y la noción del proceso jus-

to impiden la injerencia del poder legislativo en la Administración de la justicia con el fin de influir en el desenlace de un litigio en el que el Estado es parte (*Sentencia de 28 de marzo de 2000, asunto Georgiadis contra Grecia*). La *teoría de las apariencias* ha de ser tenida en cuenta: al expresarse públicamente sobre el rechazo o admisión de los medios presentados por una de las partes, podría legítimamente considerarse que... (un juez)... ha tomado partido por una de las partes (*Sentencia de 21 de marzo de 2002, asunto APBP contra Francia*). No es imparcial el juez que participa en la elaboración de normas, incluso de rango reglamentario (*Sentencia Mc Gonnell contra Reino Unido*, de 8 de febrero de 2000). No es imparcial un juez que ha sido nombrado por una autoridad militar que puede rehusar su sentencia (*Sentencia Wilkinson y Allen contra Reino Unido*, de 6 de febrero de 2001). Se vulnera la imparcialidad e independencia cuando los miembros de un Consejo Regional eran nombrados por órganos a los que estaban estrechamente vinculados, órganos que habían llegado a un acuerdo sobre las orientaciones impugnadas en aquel asunto (*Sentencia Thaler contra Austria*). **Derecho a la publicidad del proceso:** El legislador sólo podrá permitir que ciertas actuaciones judiciales sean secretas en la medida en que así lo exijan otros derechos fundamentales o valores constitucionales relevantes (*Sentencia Guisset contra Francia*, de 26 de septiembre de 2000). La Sentencia de 18 de octubre de 2006 en el caso *Hermi v. Italia* recuerda que si bien la publicidad de las audiencias ante los Tribunales ha de ser la norma general, pueden establecerse excepciones justificadas a esta regla, siempre y cuando no mermen los derechos fundamentales de los implicados **Derecho a la asistencia de abogado:** El nombramiento de un abogado no garantiza, por sí mismo, la efectividad de la asistencia que puede proporcionar al acusado (*Sentencia de 21 de abril de 1998*, asunto núm. 22600/1993, en demanda de un ciudadano argentino contra Portugal). Cuando está en juego la privación de libertad, el interés de la justicia exige en principio la representación letrada (*Sentencia Beet y otros contra Reino Unido*, de 1 de marzo de 2005). Incluso los que se hallan en rebeldía tienen derecho a la asistencia letrada (*Sentencia Karatas y Sari contra Francia*, de 16 de mayo de 2002). No hay violación del artículo 6 cuando el demandante contribuyó en gran medida a crear la situación que le impidió comparecer ante el Tribunal que le condenó en rebeldía, estando representado por sus abogados (*Sentencia Medenica contra Suiza*, de 14 de julio de 2001). **Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas:** Sobre la apreciación de un plazo razonable en la duración del proceso es necesario tomar en consideración tres factores: complejidad del asunto, comportamiento del litigante y de los órganos judiciales (*Sentencia de 8 de febrero de 2000 contra República Eslovena*, en Demanda núm. 28400/1995). En materia penal, el período a considerar desde el punto de vista del «plazo razonable» del artículo 6.1 se inicia en el instante en que una persona es «acusada»; se puede tratar de una fecha anterior a la de la interposición de un asunto ante el tribunal sentenciador, principalmente la de arresto, la de la acusación o la de la apertura de diligencia previas. La «acusación» en el sentido del artículo 6.1 puede definirse «como la notificación oficial, que emana de una autoridad competente, del reproche

de haber llevado a cabo una infracción penal», idea que corresponde también a la noción de «repercusiones importantes sobre la situación» del sospecho (Sentencia de 27 de noviembre de 2003, en *asunto Slimane-Kaïd contra Francia*). Especial importancia tiene el retraso provocado por el Tribunal de Vigilancia Penitenciaria a la hora de resolver un recurso interpuesto por un sujeto que se encuentra en régimen de prisión especial, pues incide sobre los derechos del preso y afecta a la validez limitada en el tiempo de la decisión recurrida (*Sentencia Bifulco contra Italia*, de 8 de febrero de 2005). Los períodos de inactividad de las autoridades pueden repercutir de forma considerable en la duración del procedimiento y, por tanto, violar el artículo 6.1 (*Sentencia Beller contra Polonia*, de 1 de febrero de 2005). En todo caso, el derecho amparado por el artículo 6.1 del Convenio exige que los Estados introduzcan en su legislación un «recurso efectivo» frente a las dilaciones indebidas (Sentencia de 26 de octubre de 2000, en asunto Kudla contra Polonia). **Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa:** La admisibilidad de las pruebas depende, en primer lugar, de las reglas del derecho interno: la tarea del Tribunal consiste en averiguar si el procedimiento examinado en su conjunto, teniendo también en cuenta el modo de presentación de los medios de prueba, ha revestido un carácter equitativo (Sentencia núm. 828/1997, de 9 de junio, contra Portugal, en Demanda núm. 25829/1994). Existe violación del Convenio en una condena basada en declaraciones de la denunciante recogidas por la policía y no por el juez, que ni el acusado ni su abogado tuvieron ocasión de rebatir (Sentencia de 19 de diciembre de 1990, contra Francia, en demanda núm. 11444/1985). En cuanto al **idioma del procedimiento** el Tribunal considera esencial (Sentencia de 18 de octubre de 2006, en el *caso Hermi v. Italia*) que el acusado entienda los cargos y actuaciones que se realizan en todo proceso judicial, para lo cual bastará con que o bien entienda la lengua del procedimiento, o bien se le faciliten los medios para que sean traducidas dichas actuaciones si fuera solicitado.

III. Garantías específicas del proceso penal. Medios de prueba obtenidos ilícitamente: Mientras que el derecho a permanecer en silencio frente a la acusación está en principio destinado a proteger contra la coacción incorrecta por parte de las autoridades y la obtención de pruebas mediante métodos de coacción o de opresión en contra de la voluntad del acusado, el ámbito del derecho no está limitado a los casos en que se ha ejercido coacción contra sobre el acusado o en los que la voluntad del acusado no ha sido tenida en cuenta. El derecho, que el Tribunal ha señalado anteriormente que se encuentra en el núcleo de la noción de juicio equitativo, sirve en principio para proteger la libertad de un sospechoso a elegir si hablar o permanecer en silencio ante un interrogatorio de la policía. Dicha libertad de elección no es efectivamente respetada en el caso en que, habiendo el sospechoso optado por permanecer en silencio durante el interrogatorio las autoridades utilizan un subterfugio para provocar por parte del sospechoso confesiones u otras afirmaciones de naturaleza incriminatoria que no han podido obtener durante los interrogatorios y cuando las confesiones o afirmaciones así obte-

nidas son presentadas como pruebas en juicio (Sentencia de 5 de noviembre de 1999, en el *asunto Allan contra el Reino Unido*). Respecto a lo obtención e pruebas mediante «agentes infiltrados» ha de señalarse que el Convenio no impide apoyarse, en la fase de la instrucción preparatoria y siempre que la naturaleza de la infracción lo pueda justificar, sobre medios tales como confidentes ocultos, pero su posterior utilización por el Juez para justificar una condena representa un problema diferente; las exigencias generales de equidad consagradas en el artículo 6 se aplican a los procedimientos relativos a todos los tipos de infracción criminal, de la más simple a la más compleja: el interés público no podría justificar la utilización de elementos de prueba reunidos tras una provocación policial (Sentencia 828/1997, de 9 de junio, contra Portugal, en demanda núm. 25829/1994). **Pruebas de referencia:** El «testimonio del coimputado» sólo es admisible como prueba de cargo cuando existe algún otro medio de prueba que lo corrobore (Sentencia de 5 de diciembre de 2002, en asunto Craxi contra República Italiana). **Principio acusatorio:** El principio acusatorio impide condenar cuando el tribunal penal cambia la calificación que el acusador ha dado a los hechos sin informar previamente al acusado y, por tanto, sin darle la posibilidad de defenderse (Sentencia de 21 de marzo de 1999, en *asunto Pelissier contra Francia*).

No se ha dictado recientemente ninguna sentencia destacable en relación con este artículo.

Principio de legalidad penal

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Principio de legalidad penal.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-49

1. Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a la infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta.

2. El presente artículo se aplicará sin perjuicio de que se juzgue y castigue a una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.

3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 7

1. Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Protocolo núm. 7, artículo 4

«Nadie podrá ser perseguido o castigado penalmente por los tribunales del mismo Estado en razón de una infracción por la que hubiese sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado».

2.3. Constitución española

Artículo 25

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. (...)

3. (...)

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

La garantía que consagra el artículo 7, elemento esencial de la preeminencia del Derecho, ocupa un lugar primordial en el sistema de protección del Convenio, como atestigua el hecho de que el artículo 15 no autoriza ninguna derogación del mismo en tiempo de guerra u otro peligro público. Como se deriva de su objeto y de su finalidad, debe ser interpretado y aplicado de manera que se garantice una protección efectiva contra las diligencias, las condenas y las sanciones arbitrarias.

No se limita a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal con desventaja para el acusado, sino que consagra de manera más general el principio

de la legalidad de los delitos y las penas (» *nullum crimen, nulla poena sine lege*») y el que ordena no aplicar la Ley penal de manera extensiva en desventaja del acusado, principalmente por analogía. De ello resulta que un delito debe estar claramente definido por la Ley. Esta condición se encuentra cumplida cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y, si fuera necesario, con ayuda de su interpretación por parte de los Tribunales, qué actos u omisiones comprometen su responsabilidad penal. El tribunal ha indicado que la noción de «Derecho» (*law*) utilizada en el artículo 7 corresponde a la de «Ley» que figura en otros artículos del Convenio, noción que engloba el derecho escrito y el no escrito e implica condiciones cualitativas, entre otras las de accesibilidad y previsibilidad. Por otro lado, está sólidamente establecido en la tradición jurídica de los Estados partes del Convenio que la jurisprudencia, en tanto que fuente del Derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del Derecho penal, por lo que no se puede interpretar el artículo 7 del Convenio como proscribiendo la clarificación gradual de las normas de responsabilidad penal mediante la interpretación judicial de un asunto a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia de la infracción y razonablemente previsible. Esta noción se aplica en principio a la evolución progresiva de la jurisprudencia en un mismo Estado de Derecho y bajo un mismo régimen democrático, pero conserva todo su valor cuando hay sucesión de Estados. En este sentido el Tribunal considera que es legítimo para un estado iniciar diligencias penales contra personas que han sido culpables de crímenes bajo un régimen anterior; así mismo, no se podría reprochar a los tribunales del Estado que sucedieron a los existentes anteriormente, aplicar e interpretar las disposiciones legales existentes en la época de los hechos a la luz de los principios que rigen un Estado de derecho (*STEDH Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, de 22 de marzo de 2001).

Admitiendo que la jurisprudencia puede integrar las deficiencias de taxatividad de la ley penal, habrá que concluir que será exigible de los cambios jurisprudenciales idéntica irretroactividad que de la propia ley penal (*STEDH S.W c. Reino Unido*, de 22 de noviembre de 1995).

El principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 4 del Protocolo núm. 7, no excluye que hechos que ya han sido objeto de una sanción administrativa puedan ser perseguidos en vía penal (*STEDH W.F c. Austria*, de 30 de mayo de 2002, y *Saider c. Austria*, de 6 de junio de 2002). Según el Tribunal el texto del artículo 4 del Protocolo núm. 7 (» Nadie podrá ser perseguido o castigado penalmente por los tribunales del mismo Estado en razón de una infracción por la que hubiese sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado») no se refiere al «mismo delito», sino más bien a ser castigado y juzgado otra vez por un delito por el que el demandante ya había sido firmemente declarado inocente o culpable.

Desde el punto de vista de la reincidencia, el Tribunal considera que si se introducen nuevas reglas sobre la misma, es suficiente con que la segunda infracción haya sido cometida con posterioridad a la entrada en vigor de las mismas. No hay retroactividad de la ley penal, porque ésta se está aplicando a

la segunda infracción (**STEDH Achour c. Francia, 29 de marzo de 2006, Gran Sala**).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Custers, Deveaux y Turk c. Dinamarca.

11843/03; 11847/03 y 11849/03.

3 de mayo de 2007.

4.2. Antecedentes

En 1951 se estableció una base aérea americana en la península de Dundas, distrito de Thule en Groenlandia. Los demandantes, que son miembros de Greenpeace, tomaron parte en una acción alrededor de la base de Thule para llamar la atención internacional sobre el uso de radares, concretamente del conocido como Radar de Thule, para el Programa americano de misiles de defensa y sobre el impacto medioambiental de la base aérea. Antes de la acción en cuestión, el 25 de julio de 2001, dos miembros de Greenpeace mantuvieron una reunión con el Jefe de Policía de Groenlandia durante la cual éste les informó de la legislación existente sobre la base y de las consecuencias que tendría una infracción del sistema de permisos.

El 27 de julio de 2001 Greenpeace solicitó permiso para visitar la península de Dundas alrededor de la base aérea de Thule, solicitud que fue respondida en sentido negativo por el Ministerio de Asuntos Exteriores.

El 6 de agosto de ese mismo año los demandantes y otros miembros de Greenpeace desembarcaron al sur de la base a pesar de haber sido requeridos para abandonar el área. Caminaron aproximadamente 30 km hasta el refugio núm. 7, donde fueron detenidos el 7 de agosto. Hay dos datos importantes para los fundamentos que en el proceso van a invocar las partes. El primero de ellos es que la base aérea no estaba delimitada por verja o vallado alguno, aunque había carteles indicando la prohibición. El segundo, es que en el momento del arresto los demandantes estaban en posesión de un GPS, un mapa oficial sobre la zona, cámaras y notas en las que se recogían posiciones de radares. El 11 de septiembre fueron condenados por el Alto Tribunal de Groenlandia por acceder sin permiso a una zona restringida. La sentencia de apelación confirmó esta decisión.

4.3. Fallo

El Tribunal considera que no hay vulneración del artículo 7 del Convenio, al resultar la condena previsible desde la perspectiva de dicho precepto.

V. COMENTARIO

La sentencia que comentamos aplica el concepto de «previsibilidad» que según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, junto con la accesibilidad, requisito cualitativo del principio de legalidad penal. Los demandantes invocan en este sentido dos argumentos: el primero que la condena pecuniaria se impone de conformidad con el Reglamento núm. 39 de 22 de febrero de 1967 que tiene a su vez base legal en el artículo 117 del Código Penal de 1954, precepto que autoriza expresamente a que las penas se impongan de conformidad con la «práctica establecida»; el segundo es que la imposición de la sanción penal carecía de previsibilidad al no estar vallado el recinto de acceso restringido. El Tribunal va a desestimar ambos argumentos basándose en una interpretación muy razonable de la previsibilidad. Sabemos ya que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el concepto de «ley» re conducible al principio de legalidad ha de entenderse en sentido amplio y así lo ratifica en este caso. El Reglamento núm. 39 tiene base legal en el Código Penal y las disposiciones de ambos han sido concretadas a través de una práctica reiterada en el sentido de exigir un permiso especial para acceder a la base aérea. Por lo tanto, los demandantes podían ajustar su conducta a las citadas previsiones sin merma alguna para el principio de seguridad jurídica, sobre todo en este caso que habían sido específicamente informadas de las consecuencias de una infracción. Tampoco el segundo argumento tiene peso para el Tribunal y es que desde una posición del más elemental sentido común se aprecia que los demandantes sabían que estaban entrando en zona restringida. Primero porque fueron requeridos para abandonar el área y segundo, porque la propia configuración de la zona con sus radares, refugios y carteles advirtiendo del acceso prohibido indicaban claramente que se estaba en zona restringida, debiendo tener en cuenta además que los demandantes contaban con un mapa oficial.

Por lo tanto, mantiene el Tribunal una interpretación muy razonable, válida para todos los ordenamientos jurídicos del principio de legalidad en el sentido de que lo fundamental del mismo no es tanto la fuente, cuestión más propia del Derecho interno, como la accesibilidad al conocimiento y previsibilidad de las consecuencias que tiene la realización de una conducta prohibida.

Derecho al respeto a la vida privada y familiar

Sumario. I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LINEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido. IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fundamentos de derecho.—4.3.1. El Derecho interno.—4.3.2. Alegaciones de las partes.—4.3.3. Las consideraciones del Tribunal.—4.4. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II.7

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

Artículo II.8

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos personales que la conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y previo consentimiento de la persona de que se trate o en virtud de otro fundamento

to legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación.

3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 8

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

2.3. Constitución española

Artículo 18

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

I. Intimidad. El derecho a la intimidad comprende y ampara el derecho a la libre elección y práctica de la orientación sexual, resultando inadmisibles cualesquiera normas que la repriman (*STEDH Dudgeon contra Reino Unido*, de 23 de octubre de 1981). Así, se reputa contraria al derecho a la intimidad la exclusión de los homosexuales de las Fuerzas Armadas (*STEDH Smith y Grady contra Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1999). La protec-

ción del derecho a la intimidad obliga a los Estados a proteger específicamente a los menores e incapaces, sancionando las agresiones sexuales que puedan producirse contra los mismos (*STEDH X eY contra Países Bajos*, de 26 de marzo de 1985). Vulnera el derecho a la intimidad la prohibición de que los transexuales no puedan cambiar de nombre y de mención en el Registro Civil, así como la prohibición de que los mismos puedan contraer matrimonio (*STEDH B. contra Francia*, de 25 de marzo de 1992).

II. Vida familiar. La protección de la vida familiar garantizada en el artículo 8 del Convenio no puede limitarse a la familia basada en el matrimonio, sino que debe extenderse a un reconocimiento legal por parte del Estado de la relación familiar extramatrimonial, que incluirá no sólo la relación entre madre natural e hija, sino también entre ésta y la familia de aquélla (*STEDH Marchx contra Bélgica*, de 13 de junio de 1979). El Tribunal prima el interés del futuro niño sobre el deseo de los padres en los casos de peticiones de reproducción asistida (*STEDH Dickson v. Reino Unido*). Del derecho a la intimidad familiar se deriva el derecho de visita y contacto de los progenitores con sus hijos, aun cuando éstos sean extramatrimoniales (*STEDH E.P. contra Italia*, de 16 de noviembre de 1999, y *Sommerfeld contra Alemania*, de 11 de octubre de 2001). Del respeto al artículo 8 del Convenio, se deriva la exigencia de que los padres deban ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se ventila la privación de la patria potestad (*STEDH Venema contra Países Bajos*, de 17 de diciembre de 2002). El ETD reitera que el objeto esencial del artículo 8 es proteger al individuo frente injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, sin embargo, ello no quiere decir que el Estado deba abstenerse en todo caso. Existen muchas obligaciones positivas inherentes a los Estados para que se respete la vida privada y familiar. Los límites entre las obligaciones positivas y negativas del Estado no siempre permiten una definición precisa. Debe existir un equilibrio entre los intereses individuales y los de la comunidad y en este contexto ha de reconocerse al Estado algún margen de apreciación (*STDEH Paulik v. Eslovaquia*, de 10 de octubre de 2006). La protección de la familia, en cumplimiento del citado precepto, exige también a los Estados que hagan cumplir las decisiones de custodia, adoptadas en sus propios Tribunales sin demora alguna, por cuanto la demora en el tiempo no sólo rompe con la posibilidad de reunión de uno de los progenitores con sus hijos, sino que incluso como en el caso que nos ocupa, puede hacer imposible que se haga efectivo el derecho de reunión de padres e hijos violándose así la protección que todo gobierno debe hacer del derecho a la vida familiar. (*STEDH Agim Bajrami contra la República de Albania*, de 12 de diciembre de 2006).

III. Protección del domicilio. La protección de la morada se extiende a la protección de las personas que la habitan frente a molestias externas de extraordinaria necesidad que la hagan difícilmente habitable (*STEDH López Ostra contra España*, de 9 de diciembre de 1994), molestias entre las que cabe incluir a los ruidos excesivos (*STEDH Hatton contra Reino Unido*, de 2 de diciembre de 2001). En virtud del artículo 8 del Convenio, los Estados asumen la obligación positiva de proteger la forma de vida y asentamiento

tradicional de determinados colectivos raciales y culturales, sin que de ello pueda derivarse para éstos el derecho de establecer excepciones en las reglas urbanísticas y medioambientales generales (*STEDH Coster contra Reino Unido*, de 18 de enero de 2001). Por otra parte, el Tribunal ha establecido que las personas jurídicas no pueden oponer la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución del derecho comunitario (*STEDH Hoecsh contra Comisión*, de 21 de septiembre de 1989).

IV. Secreto de las comunicaciones. La interceptación de las comunicaciones por parte de las autoridades estatales exige, en aplicación del Convenio, además de que se realice con autorización judicial que ésta tenga suficiente cobertura legal (*STEDH Valenzuela Contreras contra España*, de 30 de julio de 1998). Es decir, el juez sólo podrá dar una autorización para interceptar una comunicación entre particulares en aplicación de una norma legal (*STEDH Rinzivillo contra Italia*, de 21 de diciembre de 2000), incluso de que las comunicaciones intervenidas se produzcan en el interior de dependencias policiales (*STEDH P.G. contra Reino Unido*, de 25 de septiembre de 2001). No obstante, la violación del derecho al secreto de las comunicaciones, no siempre supone una invalidación automática de las pruebas así obtenidas, manteniéndose por parte del Tribunal una posición flexible en los supuestos en que es objeto de investigación delitos graves (*SETDH Luidi contra Suiza*, de 15 de junio de 1992). Ha establecido también el Tribunal que el artículo 8 del Convenio protege no sólo la comunicación en sí misma, sino que también resultan protegidas por el secreto las circunstancias de la comunicación, tales como el momento, la duración o la identidad de los comunicantes (*STEDH Malone contra Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984).

V. Protección de datos personales. La limitación impuesta a los Estados sobre el tratamiento informatizado de datos de carácter personal tiene dos facetas: negativamente impone topes a la recogida de datos por parte de los poderes públicos; positivamente, permite que el interesado acceda a esos datos y, en su caso, se oponga a su utilización abusiva (*SETDH Rotaru contra Rumania*, de 4 de mayo de 2000); así, se reconoce expresamente el derecho de un individuo, que pasó su infancia en orfanatos, a acceder a aquellos registros que le permitan reconstruir su trayectoria vital y sus conexiones familiares (*STEDH M.G. contra Reino Unido*, de 24 de septiembre de 2002). En la misma línea, se afirma que no es lícita la pura conservación, sin finalidad concreta, de fichas personales por parte de los servicios secretos estatales (*STEDH Amman contra Suiza*, de 16 de febrero de 2000). Cabe, sin embargo, el tratamiento de datos médicos, como los relativos a los enfermos seropositivos, siempre que sea necesario para la adecuada gestión sanitaria y se garantice al máximo la intimidad de los afectados (*STEDH Z. contra Finlandia*, de 25 de febrero de 1997).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Sentencia de 3 de abril de 2007.

Copland contra el Reino Unido.

Demanda núm. 62617/00.

4.2. Antecedentes

En el presente supuesto el TEDH ha de hacer frente a un caso de violación de la intimidad personal de una empleada de una Universidad pública, por vulnerar dicha Universidad el deber de respetar su vida personal y familiar y el deber de guardar secreto de sus comunicaciones y datos de carácter personal.

En 1991, la demandante entró a trabajar en una Universidad pública, pasando en 1995 a ser asistente personal del Rectorado de dicha Universidad y requerida para trabajar exclusivamente a las órdenes del Rector.

En 1998, la demandante comenzó a trabajar en otro campus o Facultad de la Universidad con un Decano masculino, durante su empleo con este Decanato, su teléfono, correo electrónico e internet fueron objeto de investigación por la Universidad, a instancias del Rector.

El Gobierno del Reino Unido alegó ante el TEDH que, la investigación fue dirigida a averiguar si la demandante hacía excesivo uso privado de los medios materiales de la Universidad.

Respecto de las llamadas telefónicas, el Gobierno afirmó que la investigación de las mismas consistió exclusivamente en el análisis de las facturas telefónicas que llegaban a la Universidad, supervisando los números telefónicos, el día, la hora y coste de las llamadas de la demandante.

La demandante, alegó, que el análisis de la factura no había sido una mera supervisión, sino que había ido mucho más allá, porque los datos de sus llamadas e incluso los números privados de sus llamadas particulares no fueron protegidos, ya que al menos en una ocasión le constaba que el Rector estaba enterado del nombre de un individuo con el que ella había mantenido conversaciones entrantes y salientes.

Por los datos aportados por la demandante, el Gobierno se defendió diciendo que era imposible porque la investigación de sus llamadas telefónicas se llevó a cabo exclusivamente algunos meses y aproximadamente hasta noviembre de 1999. La demandante, sin embargo aporta pruebas que demuestran que la supervisión de su teléfono duró cerca de 18 meses más allá de noviembre de 1999.

El uso de internet por la demandante también fue objeto de investigación por parte de la Universidad a instancias del Rector, alegando que dicha supervisión tenía su razón de ser en el análisis de las páginas web visitadas, el día de su visita y la duración de la misma. Supervisión que duró de octubre a noviembre de 1999.

La demandante nada alegó respecto a la investigación que de su uso de internet se había llevado a cabo pero, sí en relación con el período de tiempo reconocido por el Gobierno, ya que fue mucho mayor.

En noviembre de 1999, se entera de que su correo electrónico también había sido investigado por la Universidad, cuando a su hija adoptiva le preguntaron por correos enviados a la Universidad. La demandante escribe al Decanato de la Universidad preguntando si existe en la Facultad o en la Universidad una política nueva de investigación o supervisión del uso del correo electrónico del personal a su servicio. El Decano le responde, en un escrito que, si bien es cierto que los correos de todo el personal se registran, sólo los tuyos son objeto de investigación a instancias del Rector.

El Gobierno admitió que estaba investigando su correo, pero exclusivamente para analizar el uso que del mismo se hacía, es decir el día, fecha y hora, así como la cuenta de correo al que iba dirigido no el contenido de los mismos. Análisis que sólo duró un par de meses. La demandante, sin embargo aporta pruebas que demuestran que dicha supervisión duró muchos más meses de los que alega el Gobierno.

A su vez, por un memorando, con fecha de 29 de noviembre de 1999, que se aporta como prueba el Decano escribe al Rector para confirmar una conversación que había mantenido con él, en los términos siguientes: que la demandante se ha enterado de que se le está investigando su correo y que, siguiendo la legislación aplicable es ilegal para cualquier organización el investigar el correo electrónico sin consentimiento de su titular. Solicita por ello al Rector no seguir con esta investigación y le ruega que no haga más preguntas sobre cualquier preocupación que tenga en relación con la información que tiene de la demandante. Así como le ruega que devuelva los datos que sobre la misma tenga. Recordándole que, en anteriores ocasiones indicó que accedería positivamente a ambas peticiones, mientras que en la actualidad sigue reafirmando su preocupación sobre la demandante.

Por otro lado, miembros del personal de la Universidad advierten a la demandante que, desde mediados de 1996 hasta finales de 1999 tienen conocimiento de que muchas de sus actividades habían sido investigadas por la Universidad a instancias del Rector.

La demandante provee al Tribunal de testimonios del personal de la Universidad en los que declaran la existencia de esa investigación y el conocimiento de una continua intromisión de la Universidad en sus actividades. La demandante aun sigue siendo empleada de la Universidad y que entiende que se ha suspendido al Rector.

4.3. Fundamentos de derecho

4.3.1. El Derecho interno

Ley de Derechos Humanos de octubre de 2000.

Ley reguladora del poder de investigación de 24 de octubre de 2000 Jurisprudencia aplicable al caso como: Malik v. Bank of Credit, Three Rivers D.C. v. Bank of England, o Ley de Protección de Datos de 1998.

4.3.2. *Alegaciones de las partes*

El Gobierno del Reino Unido aceptó ante el TEDH que al ser pública la Universidad era él el responsable de sus acciones y, alegó en su defensa lo que sigue: Que efectivamente la Universidad había investigado el uso que la demandante hacía de su teléfono, correo electrónico e internet hasta noviembre de 1999 no con la intención de interceptar esta información y violar la intimidad de la demandante, sino con la intención de velar por el uso que se hacía de los medios materiales de la Universidad, ya que provenían de fondos públicos. Esto es, la investigación fue dirigida a averiguar si los medios facilitados por la Universidad a la demandante se usaban para la finalidad por la que se le habían facilitado o por el contrario para un fin particular.

Considera el Gobierno que esta actuación fue necesaria para poder proteger los derechos y libertades de otras personas para conseguir que los medios materiales financiados con fondos públicos puestos al servicio de un empleado de una Universidad no se usen indebidamente o para fines particulares, por cuanto esto supondría un claro perjuicio para la Universidad, ya que los mismos podrían haber sido utilizados para elevar el nivel académico de la Universidad.

Finalmente alegó que, al no existir legislación en vigor sobre este tema en aquellas fechas, la investigación de esos datos tenía cabida legal en la legislación aplicable a las Universidades Públicas y en los Estatutos privados de la Universidad en cuestión.

La Demandante, por su parte, alegó que las actuaciones que había sufrido por parte de la Universidad suponían una clara violación del artículo 8 del Convenio y no aceptó que la intercepción de su correo, internet y teléfono fuese exclusivamente para la supervisión de la buena utilización de los fondos públicos de la Universidad, porque aportaba pruebas suficientes que demostraban que dicha investigación había supuesto una clara intromisión y vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones y de su intimidad tanto personal como familiar.

Apeló a la legislación existente en el momento de presentar la demanda del año 2000 y defendió que la conducta de la Universidad había sido innecesaria y desproporcionada, por cuanto hay medios menos intrusistas para tener conocimiento del uso que un individuo hace de sus comunicaciones. En su opinión había habido un acoso total a su intimidad que iba más allá de un mero análisis de la utilización adecuado o no de los medios materiales suministrados con fondos públicos. Acoso que le había generado graves trastornos psíquicos y físicos, así como profesionales.

4.3.3. *Las consideraciones del Tribunal*

Examinado el caso, el TEDH reitera que al ser la Universidad pública, es el Gobierno de su Majestad el responsable de hacer cumplir el Convenio de Roma. En el presente caso, considera el Tribunal que existe una clara vulneración del artículo 8, ya que es obligado para todos los Estados firmantes el no interferir en la vida privada y correspondencia de los individuos salvo excepciones debidamente justificadas.

El TEDH observa que las partes discrepan sobre la naturaleza de la investigación y el período de duración de la misma.

Para el TEDH de conformidad con su jurisprudencia las llamadas telefónicas y la correspondencia desde el trabajo también forman parte de la vida privada de una persona y por tanto entran de lleno en la protección que exige el artículo 8 del Convenio. En el caso que nos ocupa, se está hablando de correspondencia telemática que como tal correspondencia debe estar también protegida por dicho precepto. Es más, añade el TEDH que la obtención legal y legítima de estos datos por parte de la Universidad (por las facturas telefónicas), no exime a dicha Universidad de la obligación de guardar secreto de las comunicaciones, ni le permiten violar la intimidad, tanto personal como familiar de las personas.

A su vez, el almacenamiento de los datos personales referentes a la vida privada de una persona también cae bajo la protección del artículo citado, siendo inaceptable para este Tribunal que dichos datos puedan ser divulgados o utilizados por la Universidad contra la demandante en procedimientos disciplinarios u otros.

El TEDH recuerda al Gobierno del Reino Unido que existe reiterada jurisprudencia en donde se establece que sólo por causas tasadas por ley se permite a las autoridades públicas investigar la vida privada y familiar de una persona, su domicilio y correspondencia. Ley ésta que no sólo debe establecer las causas sino que además debe garantizar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 8 del Convenio. Para garantizar este derecho, la Ley debe ser clara en su formulación y permitir a las personas el saber en qué circunstancias y condiciones pueden las autoridades públicas investigar su vida privada sin su consentimiento y sin que suponga violación de su derecho a la intimidad personal y familiar.

El TEDH cree que, si bien es cierto que no existía legislación nacional aplicable al caso en el momento de los hechos, ello no puede entenderse como que hasta el año 2000, las autoridades públicas tenían libertad para interpretar de forma arbitraria la protección del derecho a la intimidad de las personas. No puede por ello tolerar el Gobierno que acciones como la de esta Universidad se lleven a cabo amparándose en una interpretación arbitraria y subjetiva de sus Estatutos.

4.4. Fallo

El TEDH concluye que ha habido una clara violación del artículo 8 del convenio Europeo de Derechos Humanos.

V. COMENTARIO

Poco cabe decir sobre las novedades que este caso puede aportar a la jurisprudencia del TEDH, porque es de sobra conocido que se produce una violación de la intimidad personal y familiar de las personas cuando se tiene acceso a sus llamadas telefónicas y su correo sin existir una causa tipificada por ley para ello o sin su consentimiento, aunque sea desde el puesto de trabajo. Sin embargo, por los hechos acaecidos cabe entender que lo sufrido por la demandante no sólo ha sido una flagrante e indebida violación de su derecho a la vida privada y una vulneración del secreto de sus comunicaciones, sino que cabría entender en este caso que la Universidad, a instancias de su Rector, acosó moralmente a la demandante, desarrollando actitudes de violencia psicológica de forma prolongada, causándole alteraciones psicosomáticas de ansiedad. Cabe recordar que el acoso moral de los trabajadores aun no tiene un perfil muy definido por los Tribunales, a pesar de ser uno de los fenómenos que mayor relación causal tiene con la depresión o ansiedad de los trabajadores. Por esta razón en el caso que nos ocupa la demandante alega daños morales por el abuso de autoridad, razón por la cual el TEDH condena al Gobierno del Reino Unido a pagar una cantidad de dinero por daños morales o no pecuniarios.

Libertad de pensamiento, conciencia y religión

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Libertad de pensamiento, conciencia y religión.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-11

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetarán la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 9

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

2.3. Constitución española

Artículo 16

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las Comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

Estas libertades tienen una manifestación interna que ha de respetarse. Así, no cabe privar de las facultades inherentes a la patria potestad sólo por ser miembro de una secta minoritaria, distinta de la religión originaria del hijo (STEDH Hoffmann c. Austria, de 23 de junio de 1993).

El artículo 9 de la Convención enumera diversas de la libertad religiosa y de creencias, como el culto, la enseñanza o las prácticas y la observancia de los ritos, pero no protege cualquier acto motivado o inspirado por una religión, creencia o convicción. Así, no se apreció vulneración del artículo 9 cuando un militar oficial fundamentalista fue apartado del servicio por quebrantamiento

de la disciplina (STEDH *Kalaç c. Turquía*, de 1 de julio de 1997) o cuando un empleado público fue despedido por incumplimiento del contrato al haberse ausentado del trabajo invocando respeto del Sabbath (Konttinen c. *Finlandia*, núm. 24949/94, Decisión de la Comisión de 3 de diciembre de 1996).

El Tribunal reconoce que los Estados disponen de la facultad de controlar si un movimiento o una asociación desarrolla, con fines pretendidamente religiosos, actividades perjudiciales para la población. La labor del Tribunal consiste en determinar si las medidas adoptadas a nivel nacional están justificadas y son proporcionadas, para lo cual ha de analizar el caso en su conjunto.

La prohibición del sacrificio privado de animales no vulnera la libertad religiosa de una determinada comunidad, ya que se trata de una limitación claramente respaldada por razones sanitarias, máxime cuando es posible adquirir dicho producto en establecimientos públicos que reúnen todas las condiciones exigidas por dicha confesión (STEDH *Tsedek c. Francia*, de 27 de abril de 2000).

También en relación con el sacrificio, el Tribunal ha considerado legítimo, en defensa del interés general, que el sacrificio ritual se reserve sólo a matarifes habilitados. Se estima así que al establecerse una excepción a la regla general del aturdimiento previo de los animales, el Derecho interno introduce un compromiso positivo del Estado para asegurar el respeto efectivo de la libertad de religión. Sobre esta cuestión el TEDH también ha destacado que el artículo 9 del Convenio no engloba el derecho de proceder personalmente al sacrificio ritual. Únicamente habría injerencia en la libertad de practicar su religión si la prohibición de llevar a cabo legalmente este sacrificio condujese a la imposibilidad para los creyentes ultra-ortodoxos de comer carne procedente de animales sacrificados según las prescripciones religiosas aplicables en la materia (STEDH *Cha?are Shalom Ve Tsedek c. Francia*, de 27 de junio de 2000).

En relación con la manifestación de ideas y creencias que repugnan a una amplia mayoría de la sociedad, la jurisprudencia ha tendido a considerar que pueden limitarse para proteger la tranquilidad moral de dicha mayoría (STEDH *Otto-Preminger Institut c. Austria*, de 20 de septiembre de 1994).

Es ilícito el proselitismo que ofrece ventajas materiales o sociales, o hace presión sobre personas en dificultad, o ejerce presiones psicológicas (STEDH *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993).

El derecho a la libertad de religión tal como lo entiende el Convenio excluye cualquier apreciación por parte del Estado sobre la legitimidad de las creencias religiosas o sobre las modalidades de expresión de éstas. Por tanto, el Tribunal estima que el sistema de autorización no encaja con el artículo 9 del Convenio más que en la medida en que se dirija a asegurar un control ministerial sobre la concurrencia de condiciones formales (STEDH *Manousakis y otros c. Grecia*, de 26 de septiembre de 1996). No estamos ante un sistema autorizatorio en los casos en los que el demandante exige la derogación de una norma neutra, como una norma urbanística, al amparo de la libertad religiosa. En estos supuestos la libertad religiosa ha de ser confrontada con el

interés público en la ordenación racional del territorio, a cuyo efecto el criterio cuantitativo es válido para verificar si efectivamente concurre la necesidad social de modificar el planeamiento (*STEDH Vergos c. Grecia*, de 24 de junio de 2004).

Desde el punto de vista del Convenio no se cuestiona la válida existencia de una religión oficial, pero lo que no es aceptable es establecer para su sustento un impuesto que grave a todos los ciudadanos (*STEDH Darby c. Suecia*, de 23 de octubre de 1990).

Cualquiera que sea el régimen de relación del Estado con las confesiones religiosas, el respeto por la libertad religiosa en sentido estricto excluye las intervenciones estatales desproporcionadas en la vida interna de las confesiones religiosas. Así, la *STEDH Serif c. Grecia*, de 14 de diciembre de 1999, consideró excesiva la pretensión de las autoridades griegas de utilizar sus potestades de participación en el nombramiento de dignatarios musulmanes a fin de lograr una dirección unificada de dicha confesión en territorio helénico. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en la Sentencia Alto Consejo Espiritual de la Comunidad Musulmana c. Bulgaria de 16 de diciembre de 2004).

Aunque el Convenio no impone la cooperación con las confesiones religiosas, el Estado que las prevea no puede discriminar entre ellas. En este sentido no procede la denegación de reconocimiento de una confesión religiosa basada en que favorece el secesionismo de una parte del territorio (*STEDH Iglesia Metropolitana de Bessarabia c. Moldavia*, de 13 de diciembre de 2001). No hay discriminación cuando la diferencia de trato tiene una justificación objetiva y razonable.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Kavaçi c. Turquía.

71907/01.

5 de abril de 2007.

4.2. Antecedentes

El 18 de abril de 1999 la demandante fue elegida diputada a la Asamblea Nacional como miembro del Partido de la Virtud (*Fazilet Partisi*). El 2 de mayo, en la sesión constitutiva de la Cámara, la demandante acudió con un foulard islámico. No pudo prestar juramento al tener que abandonar el Pleno por las protestas de una parte de los Diputados.

El 7 de mayo de 1999, la fiscalía presentó ante la Corte Constitucional una demanda para proceder a la disolución de *Fazilet* por entender que este partido era en realidad una continuación del disuelto *Refah Partisi* y, por lo

tanto, un refugio de activistas contrarios al principio de laicismo. A su vez solicita que la Diputada en cuestión sea privada del mandato parlamentario y que le sea prohibido formar parte de cualquier partido como miembro fundador, militante o dirigente durante cinco años.

El 12 de mayo de 1999, el Ministerio de Asuntos Exteriores informa al de Interior de que la demandante había adquirido la nacionalidad americana con fecha 5 de marzo de 1999. Como consecuencia de ello fue privada de su nacionalidad de origen al no haber comunicado a las autoridades turcas la adquisición de la americana. Según los órganos electorales este hecho implicaba la pérdida del mandato parlamentario y así lo entendió también el Consejo de Estado, a pesar de que la demandante recuperó posteriormente su nacionalidad al haber contraído en octubre de 1999 matrimonio con un ciudadano turco y a pesar de entender esta última que la cuestión afectaba a la inmunidad parlamentaria, argumento que el Consejo de Estado no entendió válido al afectar la inmunidad exclusivamente a las causas penales.

Así las cosas, el 14 de marzo de 2001 el Presidente de la Asamblea Nacional informó a la misma de que la demandante había sido privada del mandato parlamentario. El 22 de junio la Corte Constitucional procedió a la disolución de *Fazilet* acogiendo los argumentos del fiscal. El hecho de que el partido se había convertido en un partido contrario al principio de laicismo se desprende de las intervenciones de sus dirigentes que abogan por que el velo se pueda utilizar en escuelas y administraciones públicas, incitando al pueblo a manifestar su descontento contra las autoridades por lo que consideran un atentado a los derechos y libertades. Visto el potencial electoral del partido y las posibilidades de aplicar el modelo que defiende, se considera una amenaza para el orden democrático laico, por lo que su disolución responde a una necesidad social imperiosa. Como sanción accesoria la Corte Constitucional inhabilita a algunos de sus miembros para que durante cinco años formen parte de partido político alguno.

4.3. Fallo

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que Turquía ha vulnerado el artículo 3 del Protocolo 1.^º

V. COMENTARIO

Hemos elegido esta sentencia porque de la lectura de los hechos y de los argumentos de las partes todo hacía pensar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se iba a pronunciar por fin con carácter general sobre el espinoso asunto del velo. En efecto, la demandante, esgrimía el artículo 6 y el artículo 9 y la calificación de los hechos bajo este prisma no carecía de fundamento. Hemos visto que ya en la sesión constitutiva no pudo proceder al juramento por llevar el *foulard* y que su partido fue en gran medida disuelto

por el mismo argumento. El llevar y defender que el *foulard* se lleve en escuelas y administraciones públicas atenta al principio de laicismo, pero lo primero es a su vez una manifestación religiosa, un signo externo de una determinada creencia. ¿Acaso no está implicado el artículo 9? El Tribunal ha sido extraordinariamente hábil eludiendo un pronunciamiento directo sobre el tema. Claramente ha preferido aferrarse a otra calificación que no había sido esgrimida por las partes, la de considerar que se trata de una cuestión que cae bajo la órbita del artículo 3 del Protocolo 1.º, según el cual «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo». No nos corresponde analizar aquí este precepto, pero si señalaremos que mientras que el Tribunal no duda de que la medida estuviera dirigida a mantener un principio capital de la democracia turca cual es el de laicismo, considera no obstante que la medida no es proporcional y por lo tanto la considera contraria al referido precepto. Concluimos lamentando que el Tribunal no se haya pronunciado sobre el asunto desde la perspectiva del artículo 9 del Convenio.

Libertad de expresión

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos.—2.2. Constitución Española.—2.3. Constitución Europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Alcance.—3.2. Colisión con el derecho a la intimidad.—3.3. Colisión con secretos oficiales y el deber de sigilo.—3.4. Colisión con la Administración de Justicia.—3.5. Colisión con las «expresiones de odio».—3.6. Marco institucional de los medios de comunicación.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Los hechos.—4.3. Fundamentos de Derecho.—4.4. Fallo.—4.5. Votos particulares.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Libertad de expresión.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos

Artículo 10

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la defensa del orden y la pre-

vención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

2.2. Constitución Española

Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

2.3. Constitución Europea

Artículo II-11

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetarán la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Alcance

El derecho a recibir información se refiere a hechos y noticias de carácter general, no al acceso a datos sobre personas concretas que obran en los registros públicos (*STEDH Lingens contra Austria*, de 8 de julio de 1986, y *Laender contra Suecia*, de 26 de marzo de 1987). La publicidad comercial no queda, por el mero hecho de estar presidida por el ánimo de lucro, excluida del ámbito protegido por la libertad de expresión e información (*STEDH Casado Coca contra España*, de 24 de febrero de 1994), aunque pueden admitirse limitaciones a anuncios televisivos por razones de política cultural (*STEDH Demuth contra Suiza*, de 8 de octubre de 2002), aunque si la publicidad estuviese al servicio de una causa política, harían falta razones de calado para justificar su exclusión del ámbito de protegido por la libertad de expresión (*STEDH VGT contra Suiza*, de 28 de junio de 2001).

3.2. Colisión con el derecho a la intimidad

La libertad de expresión e información en materia política prácticamente no conoce límites, incluso si se defienden posiciones inquietantes o se usan términos duros o, incluso, si puede afectar a las relaciones exteriores del Estado (*STEDH Handyside contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976; *Ortùzk contra Turquía*, de 28 de septiembre de 1999; *Jerusalem contra Austria*, de 27 de febrero de 2001, y *Colombani contra Francia*, de 25 de junio de 2002). Respecto a la intimidad de los personajes de relevancia pública, el Tribunal concede prioridad a la libertad de expresión e información sobre los mismos cuando las noticias y opiniones incidan sobre aquellos aspectos de su actividad por los que tienen notoriedad y que, en consecuencia, son de interés para la opinión pública (*STEDH Bergens contra Noruega*, de 2 de mayo de 2000).

3.3. Colisión con secretos oficiales y el deber de sigilo

Los secretos oficiales dejan de ser tal cuando han sido descubiertos, aunque haya sido indebidamente y, cuando esto sucede, vuelven a quedar bajo la protección de la libertad de expresión (*STEDH Vereniging Weekblad Bluf contra Austria*, de 9 de febrero de 1995). El Tribunal reconoce la libertad de expresión de los funcionarios respecto a las políticas de la Administración cuando ya tienen la condición de funcionarios, pero no cuando sólo aspiran a entrar en la función pública, por lo que es admisible el establecimiento de controles de acceso a la función pública para evitar reclutamiento de extremistas (*STEDH Vogt contra Alemania*, de 26 de septiembre de 1995).

3.4. Colisión con la Administración de Justicia

Hay una plena libertad de información sobre los procesos en curso siempre que se respete el requisito de la veracidad y, en su caso, la presunción de inocencia (*STEDH Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, y *Du Roy contra Francia*, de 3 de octubre de 2000). La crítica a cualesquier actuaciones judiciales está cubierta por la libertad de expresión, sin otro límite que el genérico de no insultar (*STEDH Prager y Oberrschlick contra Austria*, de 26 de abril de 1995).

3.5. Colisión con las «expresiones de odio»

Un escrito de naturaleza académica no puede considerarse como un acto de instigación a la violencia (*STEDH Baskaya contra Turquía*, de 8 de julio de 1999). Un escrito secesionista no implica, por sí mismo, incitación a la violencia (*STEDH E.K. contra Turquía*, de 7 de febrero de 2002).

3.6. Marco institucional de los medios de comunicación

Se considera contrario a la libertad de expresión y comunicación el monopolio estatal sobre la televisión (*STEDH Informationsverein Lentia contra Austria*, de 24 de noviembre de 1993, y *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft contra Austria*, de 21 de septiembre de 2000). Quienes trabajan para los medios de comunicación, en cuanto éstos son empresas ideológicas, ven limitada su libertad de expresión, incluso al margen de la relación laboral, y no pueden poner en entredicho la credibilidad de su medio de comunicación mediante declaraciones hechas fuera del trabajo (*STEDH Fuentes Bobo contra España*, de 29 de febrero de 2000).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Vereinigung Bildender Künstler v. Austria.
Demanda núm. 68534/01.
25 de enero de 2007.

4.2. Los hechos

La demandante (*Vereinigung Bildender Künstler Wiener Secession*) es una asociación artística, con sede en Viena, que, con ocasión de su centenario, en junio de 1998, celebró una exposición en la que se incluía una obra del pin-

tor Otto Mühl, titulada *Apocalypse*, que representaba, en forma de *collage* y en posiciones sexuales explícitas y tenidas por obsenas, a diversos personajes, básicamente políticos del FPÖ y religiosos: Jörg Haider, un Cardenal austriaco, la Madre Teresa de Calcuta, etc. En el cuadro, podía identificarse a los mismos porque sus rostros aparecían representados por fotografías tomadas de recortes de prensa, cubiertas con barras negras a la altura de los ojos, mientras que sus cuerpos desnudos figuraban pintados.

En la obra, una de las personas retratadas era precisamente un Diputado del FPÖ, el Sr. Meischberger. Al abrirse la exposición, la obra sufrió un ataque por parte de un visitante, que cubrió con pintura roja parte de la misma, en concreto aquélla en la que aparecía el cuerpo y parte de la cara del Sr. Meischberger. La noticia dio aún mayor relevancia pública a la exposición y a la presencia de *Apocalypse* en ella, lo que llevó al Sr. Meischberger a interponer una demanda contra la asociación artística, fundada en el artículo 78 de la Ley austriaca de Propiedad Intelectual, en la que solicitaba la prohibición de la exposición y de la publicidad de la pintura, además de una indemnización.

Los Tribunales austriacos efectuaron pronunciamientos en diverso sentido, según las instancias por las que el asunto fue pasando en los sucesivos recursos:

— El Tribunal Mercantil de Viena desestimó la demanda con fecha 6 de agosto de 1999; admitiendo que el cuadro había perjudicado al demandante, señaló que el mismo no representaba la realidad, si bien podía tener un efecto denigrante para su persona. No obstante, a la hora de ponderar los derechos e intereses en juego, este Tribunal da primacía a la libertad de expresión artística, añadiendo que en la exposición había muchos otros cuadros y que *Apocalypse* representaba a muchas otras personas; y enfatizando que la obra podía ser una suerte de *contraataque* del autor contra el FPÖ, que siempre le había criticado duramente.

— El Tribunal de Apelación de Viena, por el contrario, dio la razón al Sr. Meischberger y prohibió que el cuadro volviera a exhibirse en público, además de autorizar que el fallo fuera divulgado en dos periódicos austriacos y ordenar que se abonasen al Diputado una indemnización y las costas. La discusión se centra en si la pintura roja que cubría la parte relevante, y por tanto litigiosa, de *Apocalypse*, eliminaba el daño hecho a la reputación del Sr. Meischberger o, como afirma el Tribunal de Apelación, dejaba ver todavía parte de su rostro y su cabeza, haciéndole reconocible.

Para este Tribunal, el cuadro estaba lejos de poder considerarse una parábola o sátira, o incluso una crítica exagerada sobre la conducta sexual del Sr. Meischberger, no haciéndose acreedora de la protección dispensada por el artículo 10 del CEDH por cuanto que constituía una degradación de su reputación e imagen pública, quedando fuera del ámbito de libertad garantizado por el artículo 17.a) de la Constitución austriaca. A ello añadía el Tribunal el *riesgo de repetición*, pues la asociación demandada tenía planeado llevar su exposición por otros países europeos.

— El Tribunal Supremo, con fecha 18 de julio de 2000, desestimó el recurso presentado por *Vereinigung Bildender Künstler*, confirmando los argumentos de la instancia inferior y reiterando que los derechos del Sr. Meischberger prevalecían en este caso, al haber sido ejercida la libertad de expresión artística en forma insultante y degradante para su persona.

4.3. Fundamentos de Derecho

La asociación artística vienesa, una vez agotadas las instancias en Austria, formuló demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando violación del artículo 10 del CEDH.

— En primer lugar, el Gobierno de la República de Austria argumentó que los requerimientos de los Tribunales de su Estado no constituyan una interferencia en los derechos de *Vereinigung Bildender Künstler* en el sentido del artículo 10 del CEDH, alegando que el precepto no protege la libertad de expresión artística sino para contribuir a la formación de la discusión pública sobre asuntos políticos o culturales, finalidad a la que no respondía *Apocalypse*.

Por ello, el Gobierno alegó que la limitación del derecho había sido lícita y proporcionada, dada la publicidad alcanzada por la exposición y por el propio cuadro como consecuencia del daño parcial que se le había causado con la pintura roja, lo que había aumentado su difusión, así como la de la forma en que el Sr. Meischberger había sido retratado. Ello habría convertido en prevalentes sus intereses sobre los de la asociación responsable de la exposición, deviniendo irrelevante el que se tratase de una persona de relevancia pública, pues no podía considerarse que el cuadro contribuyese a un debate de interés general sobre las capacidades públicas del Diputado afectado.

Con todo, el Gobierno admite que, en el momento de la resolución judicial que restringía los derechos de la asociación, la muestra ya había sido clausurada y no existía intención de exponer el cuadro fuera de Austria, agregando que la prohibición de su exhibición afectaba sólo a la asociación y no al autor de la obra y a su *manager*. Por todo lo anterior, el Gobierno austriaco se reafirmó en la proporcionalidad de la limitación de la libertad de expresión sobre la base del artículo 10.2 del CEDH, si bien invocando no sólo la reputación y los «derechos de los demás», sino también la «protección de la moral», límite éste que no aparecía en el relato de hechos proveniente de la sustanciación de la demanda ante los Tribunales austriacos.

— La asociación *Vereinigung Bildender Künstler* arguyó que la exposición pública del cuadro sí contribuía a ese debate y, por tanto, estaba protegida por el artículo 10 del CEDH. Asimismo, contestó a los argumentos del Gobierno subrayando la irrelevancia de la «protección de la moral» como límite en este caso, siendo así que los Tribunales austriacos habían basado sus decisiones exclusivamente en los «intereses personales prevalentes» del Sr. Meischberger.

Sin embargo, éste tampoco podía invocar tal límite, ya que el cuadro le representaba de una forma alegórica entre otras muchas personas, entre ellas el propio pintor y algunos de sus amigos y mecenas, siendo la intención del artista plasmar su concepción de la relación entre poder y sexualidad. A ello añadía la asociación ahora demandante que, como consecuencia de la pintura roja que había dañado el cuadro, el Sr. Meischberger había quedado irreconocible en él; el que el Diputado demandara a *Vereinigung Bildender Künstler* sólo después de haberse producido ese incidente demuestra, a juicio de la asociación, que más que proteger sus intereses personales, el Sr. Meischberger perseguía únicamente desacreditar la obra de Otto Mühl.

Por último, la asociación señalaba que las resoluciones de los Tribunales austriacos no le concernían sólo a ella, sino también al pintor y a cualquier tercero que quisiese exponer su cuadro, siendo las mismas equivalentes a una «supresión del cuadro de la memoria colectiva».

— El TEDH, en la fundamentación jurídica de su fallo, reitera que la libertad de expresión, tal como está garantizada por el ap. 1 del artículo 10 del CEDH, constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, así como una de las condiciones básicas de su progreso y de la autorrealización del individuo. Conforme a su ap. 2, no sólo es aplicable a la «información» o a las «ideas» que son favorablemente recibidas o tenidas por inofensivas, sino también a aquéllas susceptibles de ofender, indignar o molestar al Estado o a un sector de la población, como corresponde a las exigencias de pluralismo, tolerancia y amplitud de miras sin las cuales no hay «sociedad democrática».

La obra de los artistas, prosigue el Tribunal, puede ser objeto de las restricciones señaladas en dicho ap. 2: el ejercicio de su libertad de expresión comporta la asunción de «deberes y responsabilidades», cuyo alcance dependerá de su situación y de los medios que empleen (STEDH de 24 de mayo de 1988, *Muller y otros contra Suiza*). Así, el precepto de la legislación nacional austriaca en el que los Tribunales de este Estado basaron sus decisiones habilita un remedio en defensa de los «intereses legítimos» de una persona, eventualmente violados, en este supuesto, por la publicidad del retrato, al quedar de esa forma denigrada en su reputación e imagen pública.

Sin embargo, y he aquí lo nuclear de su fundamentación, el Tribunal rechaza la validez de la invocación relativa a la «protección de la moral» por parte de las autoridades austriacas, centrando la cuestión al afirmar que el objetivo de la limitación operada por las mismas no era otro que la protección de los «derechos individuales» del Sr. Meischberger. Aquí el Tribunal acoge el argumento de la asociación artística al señalar que, pese a lo escandaloso de los retratos contenidos en el cuadro, éstos no guardaban relación alguna con la realidad, dado su carácter «caricaturesco» y «satírico», siendo de notar que la sátira es una forma de expresión artística y comentario social respecto de la cual cualquier injerencia en los derechos del artista debe ser cuidadosamente examinada.

Pues bien, en el presente caso, el Tribunal considera que el cuadro *Apocalypse* difícilmente podía revelar detalles de la vida privada del Sr. Meischberger, sino que más bien se refería a su condición de político del FPÖ, de manera que, como tal, el parlamentario estaba obligado a tener un grado superior de tolerancia respecto de la crítica (STEDH de 8 de julio de 1986, *Lingens contra Austria*), en este caso envuelta en la sátira pictórica, la cual, tal como había afirmado el Tribunal Mercantil de Viena en primera instancia, implicaba una suerte de *contraataque* dirigido hacia el FPÖ, por las críticas que éste siempre había realizado a la obra de Otto Mühl. A mayor abundamiento, el Sr. Meischberger ni siquiera era el más conocido de los 33 retratados en *Apocalypse*; y, en cuanto al polémico aspecto de la pintura roja, el Tribunal acepta igualmente la alegación de *Vereinigung Bildender Künstler*, en el sentido de que la misma había cubierto la parte de la obra que le representaba.

Por último, se hace notar que el mandato prohibitivo de los Tribunales austriacos dejaba a la asociación artística sin posibilidad de exponer el cuadro, con independencia de que el Sr. Meischberger fuera o no conocido en el tiempo y lugar en que el mismo pudiera haber sido exhibido, dada la ausencia de limitación espacial y temporal de aquél.

4.4. Fallo

En consonancia con todo lo anterior, habiendo ponderado los intereses personales del Sr. Meischberger y la naturaleza artística y satírica de su retrato, el TEDH falla que la medida adoptada por los Tribunales austriacos era desproporcionada con respecto a la finalidad que perseguía, y, por lo tanto, no necesaria en una sociedad democrática en el sentido del artículo 10.2 del CEDH, declarando violado el artículo 10 del mismo.

Por todo ello, resuelve que la declaración de dicha violación constituye, por sí misma, una satisfacción justa para el daño no pecuniario inferido a la asociación demandante; y condena al Estado demandado a abonar a ésta las siguientes cantidades: 12.286,74 euros por daño pecuniario, y 15.590,16 euros por costas y gastos, desestimando el resto de las peticiones que había realizado la asociación para una satisfacción justa de sus pretensiones.

4.5. Votos particulares

Como quiera que el fallo se alcanza por cuatro votos a tres, los Jueces disidentes suscriben dos votos particulares en los que nos detendremos brevemente:

— El Juez LOUCAIDES niega que la imagen que aparece en el cuadro pudiera ser enjuiciada por su intención o propósito satírico, esto es, por lo que el artista pretendía expresar, señalando que lo decisivo debería haber sido su efecto en el espectador, quien lo tiene que percibir como tal, esto es, como

una forma de ataque significativo o crítica referida a un problema particular o a la conducta de una persona. Este Juez rechaza que el cuadro *Apocalypse* pueda reputarse «artístico» o «satírico», subrayando que carece de mensaje alguno y calificando las imágenes en él contenidas de groseras, vulgares, grotescas, repulsivas y, en algún caso, violentas, y siendo su único efecto, en el observador, la degradación, injuria y ridiculización de los personajes retratados, por lo que la obra no debería gozar de la protección propia de la libertad de expresión, de la misma forma que ésta no ampara el derecho al insulto. A ello añade que, pese a la pintura arrojada contra la parte del cuadro que retrataba al Sr. Meischberger, si bien su cuerpo ya no resultaba visible, sí lo era parte de su cabeza, lo que hacía posible, por tanto, su identificación.

La obra, concluye este Juez, tenía por finalidad «socavar la reputación y la dignidad de los demás», y en concreto la del Sr. Meischberger, por lo que la medida impugnada, a su entender, sí era necesaria en una sociedad democrática para la protección de esa reputación y de los derechos de los demás.

— Por su parte, los Jueces SPIELMANN y JEBENS parten de que el Tribunal, al menos, había aceptado que la prohibición de exponer el cuadro estaba establecida por la ley y perseguía la finalidad legítima de «proteger los derechos de los demás», mostrándose disconformes con que la injerencia en los derechos del artista y de la demandante hubiese sido desproporcionada con respecto a ese objetivo. Están en desacuerdo con la conclusión alcanzada por el Tribunal, señalando que donde la «protección de los derechos de los demás» está en juego, la libertad artística no puede ser ilimitada.

Para justificar su posición, estos Jueces se valen de la propia jurisprudencia del TEDH, partiendo de que, si bien el fallo se ha basado en la doctrina sentada en la Sentencia de 7 de diciembre de 1976, *Handyside contra el Reino Unido*, en el presente caso, incluso si se tratase de una manifestación de lo que en nuestros días se conoce como «arte comprometido», ello no merece un amparo incondicionado por el artículo 10 del CEDH precisamente porque interfiere excesivamente en los derechos de los demás.

La naturaleza «excesiva» del retrato trae causa de su ataque a la «dignidad de los demás», que según estos Jueces está cubierta por la protección de los «derechos de los demás», siendo la dignidad el valor fundamental y esencial de la Convención, en el que se basan los derechos humanos en ella reconocidos, y que va indisolublemente unido al principio de universalidad, que se predica de los mismos. Para apoyar sus afirmaciones, los Jueces discrepantes citan tanto el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y los Pactos de Naciones Unidas de 1966, como Constituciones nacionales, el artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE o jurisprudencia del TJCE, además de la ciertamente abundante del propio TEDH.

En opinión de estos Jueces, el debate, desde aquí, debe centrarse no en el concepto abstracto de dignidad humana, sino en el concreto de «dignidad personal fundamental de los demás», aplicado, en el sentido que señalan, por el *Bundesverfassungsgericht* alemán, interpretando la Ley Fundamental de Bonn

en el sentido de que, allí donde existe un conflicto con la dignidad humana, la libertad artística debe ceder ante los «derechos de la personalidad», sin que la sátira política pueda ser protegida cuando únicamente da lugar a un discurso injurioso dirigido contra un individuo, con independencia de la intención satírica o paródica perseguida por el autor. Así pues, estos Jueces, a diferencia de su otro colega disidente de la mayoría, sí confieren relevancia a los propósitos del artista tomando la dignidad como punto de partida, no tanto a la visión del espectador u observador.

Por último, a todo lo anterior se añade que el hecho de que la fotografía del Sr. Meischberger estuviera incluida como parte del cuadro sin su consentimiento es, en sí mismo, problemática en los términos del CEDH. Se reprocha al Tribunal que no haya tenido en cuenta el derecho a la vida privada, tal como lo reconoce el artículo 8: citando nuevamente jurisprudencia del propio Tribunal, concluyen que tal precepto sería aplicable sobre la base de que la persona afectada no ha tenido una oportunidad prioritaria de autorizar la reproducción de su imagen.

V. COMENTARIO

Partiendo de que la invocación de la «protección de la moral», como limitación expresa de la libertad de expresión *ex artículo 10.2* del CEDH, no resulta aplicable al caso que nos ocupa, como acertadamente señala el Tribunal, pues la misma no fue empleada por la jurisdicción nacional austriaca y, por lo tanto, su alegación por el Estado demandado resulta improcedente, la cuestión se centra en la condición pública o privada del retratado.

Así, en la Sentencia y en sus Votos Particulares pueden distinguirse las dos concepciones desde la que puede abordarse la ponderación de derechos con la que puede resolverse la colisión entre los mismos.

De un lado, si se acepta, como hace el Tribunal, que el Diputado Sr. Meischberger, por su cualidad de tal, tenía la obligación de soportar un grado de injerencia en sus derechos que, en cualquier caso, supera al de un «ciudadano particular», la utilización de su imagen con una finalidad crítica o satírica, aun siendo en la forma exagerada en que lo hacía la obra *Apocalypse*, debe reputarse admisible. Con todo, se echa muy en falta el que la fundamentación jurídica de la Sentencia haga tanto acopio de jurisprudencia del propio TEDH, para justificar tal posición, como hace el segundo de los Votos Particulares, lo que deja a sus argumentos, al menos, un tanto huérfanos de ese apoyo jurisprudencial. Existe una línea del propio Tribunal que justifica la intromisión en la imagen de los políticos por su condición de tales, por lo que este caso podría considerarse continuador de la misma sólo parcialmente. Para que lo fuese totalmente se haría necesaria acaso la cita expresa de esa jurisprudencia, integrada por resoluciones como las Ss. TEDH de 28 de mayo de 1991, *Oberschlick (1) contra Austria*; de 1 de julio de 1997, *Oberschlick (2) contra Austria*; de 28 de septiembre de 2000, *Lopes Gomes da Silva contra Portugal*, o de 26 de febrero de 2002, *Krone Verlag con-*

tra Austria, en una serie encabezada por la conocida STEDH de 8 de julio de 1986, *Lingens contra Austria*.

Da más bien la impresión de que el Tribunal, de modo solapado, acude a la doctrina de las «libertades preferentes», que minimiza las injerencias que puede sufrir la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones, adquiriendo de ese modo prevalencia sobre los derechos de aquél a quien se dirige, en este caso, la crítica ridiculizante.

Por otro lado, si se hace abstracción de la condición de parlamentario del Sr. Meischberger, cobran relevancia sus derechos individuales, cuya operatividad no se diferenciaría, así, de la que tienen los de un ciudadano desconocido por la opinión pública. Es aquí donde la forma de protección del afectado hallaría diversos cobijos, ninguno de los cuales es apreciado por el Tribunal, aunque hemos visto, en las Sentencias de los Tribunales austriacos, en sus alegaciones o en los Votos Particulares, que existiría sustentación suficiente para cualquier vía argumentativa en su defensa: intereses o derechos del afectado; derechos de los demás; dignidad de la persona con su derivación en la categoría jurídico-civil de los derechos de la personalidad; y, como ya se ha descartado, protección de la moral pública como límite específico.

Llama la atención el que la Sentencia pueda comportar, al menos, un abandono de la doctrina que vemos expresamente citada en dichos Votos, toda vez que es mucho más rica la cita jurisprudencial que los acompaña que la que emplea la mayoría del Tribunal a la hora de resolver.

Libertad de reunión y asociación

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—3.2. Titulares.—3.3. Sujetos pasivos.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Libertad de reunión y asociación.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-12

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar sindicatos con otras personas y a afiliarse a los mismos para defender sus intereses.

2. Los partidos políticos de ámbito de la Unión contribuirán a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 11

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

2.3. Constitución española

Artículo 21

1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

Artículo 22

1. Se reconoce el derecho de asociación.

2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

Una asociación no es cualquier agrupación humana, sino sólo aquella que reúne dos características: ser de naturaleza voluntaria, y perseguir un fin común a sus miembros (*STEDH Young, James y Webster c. Reino Unido*, de 13 de agosto de 1981).

El derecho de asociación comprende la faceta negativa de no asociarse (*STEDH Sigurjonsson c. Islandia*, de 30 de junio de 1993).

La adaptación de una injerencia estatal al artículo 11 requiere comprobar la concurrencia de las siguientes circunstancias: previsión por la ley, finalidad

legítima y necesidad en una sociedad democrática. En cuanto a la previsión por la ley, la norma ha de ser clara y previsible (STEDH *Sunday Times c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979). La finalidad legítima se cumple cuando se quiere proteger la seguridad nacional y los derechos y libertades de los ciudadanos. Tratándose de partidos políticos, la necesidad de la medida en una sociedad democrática es reconducible a la existencia de una necesidad social imperiosa para cuya constatación es preciso verificar: *a) si existen indicios que lleven a pensar que el riesgo para la democracia es suficiente y razonablemente próximo, b) si los discursos y actos de los dirigentes pueden ser atribuidos al partido, y c) si dichos actos y discursos atribuibles al partido reflejan de manera nítida la imagen de una sociedad no democrática*.

No vulnera el artículo 11 la negativa del Estado a registrar una asociación cuando dicha negativa no constituye una medida global y absoluta dirigida contra los fines culturales y prácticos que deseaba perseguir la asociación, sino una manera de evitar un abuso concreto del estatus que el registro hubiera conferido a la asociación (STEDH *Gorzelik y otros c. Polonia*, de 17 de febrero de 2004).

La orientación tradicional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos era admitir el control de los medios, no de los fines: debe permitirse la existencia de cualquier partido político que utilice medios lícitos en una sociedad democrática, por más que los fines que persiga sean contrarios a los postulados de la democracia misma o a otros intereses básicos del Estado (STEDH *Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía*, de 30 de enero de 1998, y *Partido de la Libertad y la Democracia c. Turquía*, de 8 de diciembre de 1999). Sin embargo, la STEDH *Partido de la Prosperidad c. Turquía*, de 31 de julio de 2001, ha supuesto un giro en la materia al considerar que la decisión del Tribunal Constitucional turco de ilegalizar el Partido de la Prosperidad no es contraria al artículo 11, ya que un partido político que preconiza el fundamentalismo religioso encarna una ideología estática y cerrada incompatible con el pluralismo y el cambio inherentes a toda genuina sociedad democrática. Siempre que no concurra ese carácter totalitario del proyecto político mantenido por el partido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sigue manteniendo su orientación de que sólo cabe un control de medios, no de fines (STEDH *Partido del Trabajo del Pueblo c. Turquía*, de 9 de abril de 2002).

En relación con el derecho de reunión y manifestación, el derecho de quienes sostienen ideas opuestas a manifestarlas no justifica restricciones a las manifestaciones originariamente previstas (STEDH *Plattform Ärzte für das Leben c. Austria* de 21 de junio de 1988).

3.2. Titulares

Las propias asociaciones también pueden ser titulares del derecho de asociación (STEDH *Otto Preminger Institut c. Austria*, de 20 de septiembre de 1994).

3.3. Sujetos pasivos

El artículo 11 no ofrece protección a los asociados frente a actos de la asociación.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Gran Oriente de Italia del Palacio Giustiniani c. Italia (núm. 2).

26740/02.

31 de mayo de 2007.

4.2. Antecedentes

La presente demanda tiene por objeto la declaración como contraria al Convenio de la Ley regional núm. 1 de 15 de febrero de 2000 de la Región Autónoma Friuli Venezia Giulia, que entre otras cuestiones fija las reglas a seguir para el nombramiento de determinados cargos públicos de la región. Concretamente el artículo 55 de la misma exige a los candidatos declarar su pertenencia a asociaciones masónicas o de carácter secreto.

De una nota del Consejo Regional de 15 de septiembre de 2005 que de 237 candidatos uno de ellos declaró pertenecer a una logia masónica y fue nombrado miembro del Consejo de Administración de una sociedad con participación del Gobierno regional.

4.3. Fallo

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que concurre una violación de los artículos 14 y 11 del Convenio interpretados conjuntamente.

V. COMENTARIO

Estamos ante una sentencia esencialmente continuista con la jurisprudencia previa. De la misma cabe destacar no obstante las dos soluciones a las que se puede llegar sobre un mismo caso según se analice éste a la luz de un precepto aislado —en este caso el art. 11— o combinando dos preceptos, el artículo 11 y el artículo 14. Efectivamente, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que de haberse analizado el caso a la luz exclusivamente del artículo 11 se podría haber acogido la tesis del Gobierno italiano según la cual el artículo 55 cuestionado no supone la exclusión de los pertenecientes a una lógica masónica, sino que simplemente impone la

declaración de pertenencia a una de ellas por si el Gobierno, en combinación con otras circunstancias y en ejercicio de su potestad discrecional de nombramiento considerase que aquella puede aconsejar descartar el nombramiento. Como prueba de que no se trata de ningún prejuicio, se invoca el nombramiento de un candidato tal y como exponíamos en los antecedentes.

Ahora bien, la conclusión cambia notablemente cuando el caso se analiza también a la perspectiva del artículo 14, —prohibición de discriminación—, en combinación con el artículo 11. En primer lugar, porque el requisito de la declaración se impone a los integrantes de logias masónicas o asociaciones secretas, pero no a otro tipo de asociaciones que pueden entrañar más riesgo para el interés general, como, por ejemplo, las xenófobas. No hay, por lo tanto, justificación razonable y objetiva que justifique la diferencia de trato entre un tipo de asociación y otra y por lo tanto el Tribunal constata una violación de los artículos 11 y 14 considerados conjuntamente.

Derecho a contraer matrimonio

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio europeo.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho a contraer matrimonio.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio europeo

Artículo 12

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

2.2. Constitución española

Artículo 32

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

2.3. Constitución europea

Artículo II-9

Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Si bien en un principio el Tribunal había afirmado que el artículo 12 del Convenio no protegía el matrimonio de los transexuales porque en el mismo queda absolutamente excluida la procreación (*STEDH Ress contra Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986, y *Sheffield y Horshman contra Reino Unido*, de 30 de julio de 1998), posteriormente ha cambiado de línea doctrinal, considerando que es atentatorio contra la intimidad el que se prohíba el matrimonio a los transexuales (*STEDH I. contra Reino Unido*, de 11 de julio de 2002). Respecto a la disolución del matrimonio, el Tribunal sostiene que no existe un derecho fundamental al divorcio (*STEDH Johnston contra Irlanda*, de 18 de diciembre de 1986), quedando el legislador nacional en libertad de introducirlo o no. En esta Sentencia el Tribunal aclara que las obligaciones positivas que se derivan del artículo 12 del Convenio para garantizar el derecho a fundar una familia, deben de ser exigidas a los Estados firmantes en los términos de los recursos disponibles y de las prioridades marcadas por las propias autoridades nacionales, sin que quepa imponer obligaciones y prestaciones imposibles o desproporcionadas.

Derecho a un recurso efectivo

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho a un recurso efectivo.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-47

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva en las condiciones establecidas en el presente artículo. (...)

2.2. Convenio de Roma

Artículo 13

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

2.3. Constitución española

Artículo 24, párrafo primero

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

El artículo 13 garantiza la existencia de mecanismos a nivel a nivel nacional para dar efectividad a los derechos y libertades contemplados en el Convenio (se trata por lo tanto de un derecho dependiente), sin perjuicio de la discrecionalidad de los Estados signatarios en cuanto a la articulación concreta de dichos remedios, dependiendo además de la naturaleza de las quejas. En todo caso el remedio exigido por el artículo 13 tiene que ser «efectivo», tanto en teoría como en la práctica, sin que pueda ser obstaculizado por acciones u omisiones de las autoridades nacionales.

La autoridad referida en el artículo 13 no tiene que ser necesariamente una autoridad judicial pero, si no lo es, sus poderes y las garantías que le son concedidas han de ser relevantes para poder determinar si el recurso interpuesto ante ella es efectivo. De esta afirmación se desprende asimismo un concepto amplio de recurso en el sentido de procedimiento por el que se somete un acto constitutivo de violación del CEDH a una instancia cualificada a este efecto, con el propósito de obtener, según los casos, la cesación del acto, su anulación, su modificación o una reparación.

Cuando un individuo presenta una queja, reclamación o demanda sobre la destrucción intencionada de sus propiedades por parte de las autoridades nacionales, el cumplimiento del artículo 13 exige no solamente el pago de la correspondiente compensación, sino también la realización de una investigación tendente a la identificación y sanción de los responsables, garantizándose además el acceso efectivo de la presunta víctima al procedimiento investigatorio. Con carácter general, el Tribunal entra a valorar, atendiendo las circunstancias, tanto la suficiencia de la investigación como la necesaria imparcialidad de los investigadores. Desde este punto de vista, resulta inadmisible para la pureza de la investigación que ésta se efectúe por la administración acusada (STEDH Altun c. Turquía, de 1 de junio de 2004).

La dependencia de este derecho a la que hacíamos referencia implica la interpretación del artículo 13 en el sentido de que garantiza un recurso efectivo ante la autoridad nacional a toda persona que denuncia que sus derechos y libertades han sido violados. No obstante, el Tribunal ha introducido la noción de *denuncia defendible*. En este sentido no basta con que el recurrente alegue haber sido víctima de violación de uno de los derechos o libertades

recogidos en el CEDH, sino que la citada alegación debe estar debidamente argumentada. Sin embargo, el TEDH no da una definición abstracta de la noción de defendibilidad, ya que debe determinarse a la luz de los hechos particulares y de la naturaleza de los aspectos jurídicos que surjan.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Debelianovi c. Bulgaria.

61951/00.

29 de marzo de 2007.

4.2. Antecedentes

Los demandantes son los hermanos Debelianov. El 18 de octubre de 1947, el padre de los mismos adquiere una mansión situada en Koprivshtitsa, mansión que es expropiada en 1953, siendo transformada en museo en 1956 y considerada como el monumento histórico y etnográfico más importante de la localidad. En 1992, con posterioridad a la entrada en vigor de una ley que preveía la restitución de determinados bienes expropiados, los demandantes interpusieron una demanda de anulación de la expropiación. Los tribunales consideraron que esta no procedía al haberse destinado la mansión al uso previsto, es decir, consideraron que no estábamos ante un supuesto en el que procediera la reversión. El 30 de marzo de 1994, el Tribunal Supremo anula este fallo ordenando la restitución del bien litigioso por entender que sí que se dan las condiciones previstas en la ley para la restitución, toda vez que el bien conserva las condiciones que tenía en el momento de la expropiación.

El 8 de junio de 1994, la Asamblea Nacional instaura por ley una moratoria de las leyes de restitución para aquellos bienes considerados monumento nacional o de carácter cultural. Esta moratoria llegaría a su fin cuando se adoptara una nueva ley sobre monumentos culturales. Estos son los hechos que nos interesan desde la perspectiva del artículo 13, pero continúa el litigio con las autoridades locales hasta llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación del artículo 1 del Protocolo 1.º (Protección de la propiedad) y del artículo 13 que ahora nos ocupa.

4.3. Fallo

El Tribunal considera que se ha vulnerado el artículo 1 del Protocolo 1.º, pero desestima el recurso en cuanto a la violación del artículo 13.

V. COMENTARIO

No estamos ante una sentencia novedosa desde la perspectiva del contenido, pero trata del tema importante de los recursos internos contra las leyes. La cuestión que se plantea es si la inexistencia de un recurso interno contra una ley vulnera el artículo 13 del Convenio. Evidentemente, la respuesta necesariamente tiene que ser negativa. El Tribunal es muy tajante en esto considerando que la protección del artículo 13 no se extiende a la necesaria existencia de un recurso interno contra la ley. Es tan tajante que ni siquiera entra a considerar si el demandante podía haber recurrido contra el acto de aplicación de la misma, que como señaló el Gobierno búlgaro, podía haberlo hecho. Por lo tanto, conclusión tajante, inadmisión por aplicación del artículo 35.3 del Convenio: «El Tribunal considerará inadmisible cualquier demanda individual presentada en aplicación del artículo 34, cuando la estime incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva».

Prohibición de discriminación

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos.—2.2. Constitución Española.—2.3. Constitución Europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Los hechos.—4.3. Fundamentos de derecho.—4.4. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Prohibición de discriminación.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos

Artículo 14

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

2.2. Constitución Española

Artículo 14

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social.

2.3. Constitución Europea

Artículo II-20

Todas las personas son iguales ante la ley.

Artículo II-21

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

El hecho de que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos la prohibición de discriminación no opere en cualesquiera relaciones jurídicas, sino únicamente respecto del goce de los derechos reconocidos en el propio Convenio, no implica que el artículo 14 no pueda ser vulnerado de forma autónoma; aunque bien es cierto que su eficacia se manifestará, en gran medida, al analizar la violación alegada de los otros derechos desde una eventual perspectiva de discriminación en el goce de los mismos. Un supuesto de vulneración autónoma se afirmó por el Tribunal en su Sentencia de 23 de julio de 1968, en el *Caso Lingüístico Belga*, al precisar que si bien en el ámbito del Convenio, la libertad de enseñanza no comprende el derecho a crear centros educativos, una norma que permita sólo la creación de aquellos que sean de un determinado tipo puede vulnerar el artículo 14 CEDH.

Respecto a la admisión de determinadas medidas divergentes, el Tribunal ha establecido que el establecimiento de diferenciaciones por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión ha de superar un muy estricto juicio de razonabilidad, requiriendo su justificación un interés público inaplazable y no tan sólo legítimo (*Ss. TEDH Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, y *Willis contra Reino Unido*, de 11 de junio de 2002).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Baczkowski y otros v. Polonia.

Demanda núm. 1543/06.

3 de mayo de 2007.

4.2. Los hechos

Los demandantes son un grupo de individuos y la Fundación para la Igualdad; habían organizado, en el marco de las Jornadas de la Igualdad, una manifestación en Varsovia, prevista para el 11 de junio de 2005, con la finalidad de alertar a la opinión pública acerca de la discriminación contra ciertas minorías sexuales, nacionales, étnicas y religiosas, así como contra las mujeres y los discapacitados. El 3 de junio, una vez presentada la solicitud a las autoridades municipales, el Oficial de Tráfico, en nombre del Alcalde de Varsovia, denegó el permiso para la marcha, basándose en que los organizadores no habían presentado un «plan de organización del tráfico», tal como dispone el artículo 65 de la Ley de Tráfico Vial.

Además, ese mismo día los ahora demandantes informaron al Alcalde sobre las concentraciones que tenían previsto celebrar el 12 de junio en siete plazas de Varsovia, cuatro de ellas en protesta por la discriminación contra tales minorías y en apoyo de grupos y organizaciones que la combaten y las otras tres para protestar contra la discriminación contra la mujer.

El 9 de junio, el Alcalde prohibió seis de estas concentraciones (de un total de ocho; aquí el relato fáctico de la Sentencia es un tanto confuso), con el argumento de que las reuniones regidas por la Ley de 1990 tenían que celebrarse lejos de vías utilizadas para el tráfico rodado, siendo así que, como quiera que los organizadores pretendían utilizar vehículos con oradores a bordo, no habían indicado dónde y cómo aparcarían los mismos durante las concentraciones para no perturbar el tráfico, ni cómo se organizaría el movimiento de personas y de esos vehículos entre los emplazamientos de esas reuniones o concentraciones. Por otra parte, al haberse presentado otras solicitudes para el mismo día, con una finalidad y contenido contrarios a las ideas e intenciones de los demandantes, debía denegarse la autorización de aquéllas para evitar que se produjeran incidentes violentos entre los participantes de las respectivas manifestaciones.

Finalmente, se permitió la celebración de las tres concentraciones relativas a la discriminación contra la mujer (con lo que las no autorizadas habrían ascendido, por tanto, a cuatro, pero el relato de hechos sigue insistiendo en que eran seis de un total de ocho); así como de las seis manifestaciones contrarias, cuyos lemas, entre otros, eran favorables a condenas penales más severas para los pedófilos, y contrarios a leyes sobre parejas de hecho y adopción por homosexuales. Estas nueve fueron las que, en definitiva, tuvieron lugar el 12 de junio.

La manifestación itinerante se celebró el 11 de junio, a pesar de la decisión adoptada el 3, siguiendo el itinerario originariamente previsto en la solicitud presentada el 12 de mayo, que discurría por el centro de Varsovia.

En cuanto a esta manifestación, el 28 de junio la Fundación demandante presentó apelación ante la Junta de Gobierno Local, que estimó tal recurso con fecha 22 de agosto, señalando que, dadas las disposiciones aplicables del procedimiento administrativo, no se había respetado el derecho del demandante de tener una oportunidad de participar efectivamente en el mismo, ya que no se le había informado de este derecho procedimental, en relación con el acceso a su expediente. En concreto, no se le había informado, por parte de las autoridades, de su obligación de presentar el «plan de organización del tráfico», por lo que la resolución denegatoria carecía de fundamento legal.

En lo que concierne a las concentraciones no itinerantes, el 10 de junio los demandantes recurrieron en apelación al Gobernador de Mazowsze, contra las resoluciones del Alcalde, arguyendo no sólo razones similares a las del anterior recurso (vulneración de la libertad de reunión, en el otro caso alejándose razones ideológicas incompatibles con los principios de la democracia), sino otras, como que difícilmente podía aportarse un documento sobre el itinerario previsto cuando se trataba de reuniones «estacionarias», sin que la organización fuera responsable del movimiento de personas entre las plazas donde habían de celebrarse.

Pues bien, el 17 de junio el Gobernador revocó las resoluciones recurridas, con varios argumentos: así, el Alcalde había informado de sus decisiones a los medios de comunicación antes que a los demandantes; y, sobre todo, la afirmación de la garantía de la libertad de reunión, en la Constitución y en la Ley de 1990, limitándose la obligación del Estado a asegurar su desarrollo pacífico y sin que el Derecho aplicable implicase un sistema de autorización para su ejercicio. En el presente supuesto, la aplicación de la Ley de Tráfico Vial carecía de base jurídica en relación con la Ley de Reuniones de 1990, amén de la falta de proporcionalidad que implicaba la prohibición de las concentraciones. A mayor abundamiento, no podía compartirse que existiese una amenaza de violencia entre las manifestaciones y contramanifestaciones organizadas, pues habría supuesto tanto como aceptar que la Administración asumía las intenciones de quienes clara y deliberadamente se proponían alterar el orden público, siendo obligación de los poderes públicos proteger el ejercicio de la libertad de expresión garantizada por la Ley de Reuniones. Al igual que sucedía en el otro recurso, la autoridad que resuelve la apelación se limitó a estos pronunciamientos, ya que, al haber transcurrido ya las fechas de las manifestaciones, el procedimiento de recurso quedaba desprovisto de contenido.

Un elemento que será de la máxima relevancia en la Sentencia del TEDH es la transcripción de la entrevista al Alcalde de Varsovia, publicada en la «*Gazeta Wyborcza*» el 20 de mayo de 2005, en la que, entre otras declaraciones, efectuaba las siguientes: «no habrá propaganda pública de la homossexualidad», «no les prohibiré manifestarse si quieren hacerlo como ciudadanos, no

como homosexuales», «no se me persuadirá de dar mi autorización para una manifestación así», o «en mi opinión, la propaganda de la homosexualidad no equivale a ejercer la libertad de reunión».

Otro argumento ciertamente decisivo es la Sentencia del Tribunal Constitucional polaco, de 18 de enero de 2006, en la que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Tráfico Vial, en relación con los requisitos impuestos a los organizadores de actos públicos en la medida en que incidiesen en la libertad de reunión. Partiendo de que su ejercicio, en la Constitución y en la Ley de 1990, no exige ninguna licencia o permiso, el Tribunal observa que la Ley de Tráfico Vial había incorporado varios requisitos administrativos que venían a reemplazar el sistema de registro por uno basado en la autorización, equiparando a las reuniones y manifestaciones, reguladas por la Ley de 1990, con eventos de carácter comercial o deportivo, lo que devenía incompatible con la posición especial que la libertad de expresión ocupa en una sociedad democrática, haciendo inútil el lugar que aquéllas ocupan en el sistema constitucional. La falta de proporcionalidad de estas restricciones de la libertad de reunión lleva al Tribunal Constitucional a declarar el artículo 65 de la Ley de Tráfico Vial incompatible con la Constitución en la medida en que se aplicase a las reuniones y manifestaciones.

4.3. Fundamentos de Derecho

— En primer lugar, el Gobierno de la República de Polonia formula una serie de objeciones preliminares sobre si los demandantes ante el TEDH reunían o no la condición de víctimas de una violación del CEDH en el sentido de su artículo 34, así como sobre el agotamiento de la vía interna antes de acudir a esta jurisdicción. No nos detendremos en ellas por no concernir al derecho aquí examinado; el Tribunal, en ambos casos, se remite, para resolver sobre la admisibilidad de la demanda, a los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia, lo que supone afirmar implícitamente su admisión.

— En cuanto a la vulneración alegada del artículo 11 del CEDH, el Gobierno polaco niega que haya existido interferencia en los derechos garantizados en el mismo, reiterando, en buena medida, argumentos ya dados con anterioridad.

Por su parte, los demandantes se quejan de que sí ha existido violación de su derecho de reunión pacífica, por la forma en que las autoridades nacionales habían aplicado a su caso el Derecho doméstico relevante; las Leyes imponían a los organizadores requisitos que debían restringirse a un mínimo razonable y de carácter técnico, pudiendo las autoridades prohibir las manifestaciones sólo cuando su propósito contraviniere las disposiciones de la legislación penal o supusiese peligro para la vida o la integridad física de las personas o sus propiedades.

Las condiciones impuestas basándose en la clasificación de la reunión como «evento» a tenor de la Ley de Tráfico Vial excedían con mucho tales

previsiones y carecían de precisión. Por ello, las resoluciones denegatorias del Alcalde carecían de justificación; las solicitudes cumplían con los escasos requisitos establecidos por la Ley de Reuniones, y las autoridades nunca habían exigido el «plan de organización del tráfico» antes de la prohibición, siendo así que las reuniones tenían objetivos lícitos y no había fundamento que pudiera justificar la misma.

El Tribunal reitera su doctrina según la cual no ya es que la democracia sea el rasgo esencial del orden público europeo, sino que la Convención tiene por designio promover y mantener los ideales y valores de una sociedad democrática, añadiendo, que, en virtud del ap. 2 del artículo 11, así como de los artículos 8 a 10 del CEDH, el único elemento capaz de justificar una injerencia en cualquiera de los derechos reconocidos en los mismos es aquél que provenga de las exigencias de una «sociedad democrática». De entre los signos distintivos de lo que sea ésta, el Tribunal ha atribuido particular importancia al pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras, destacando que debe procurarse un trato adecuado a las minorías, evitando abusos de las posiciones dominantes de las mayorías. Igualmente, se resalta que las libertades de reunión y asociación no sólo tienen una dimensión negativa, sino que el Estado tiene obligaciones positivas para asegurar su disfrute efectivo, en especial por personas que sostienen puntos de vista no extendidos o pertenecientes a minorías, porque éstas son más susceptibles de victimización.

Pasando a este caso concreto, el Tribunal constata que las negativas administrativas a la autorización pudieron desanimar la participación en las reuniones y concentraciones, al carecer éstas de presunción de legalidad, característica ésta esencial para un ejercicio no restringido de aquellas libertades, de suerte que las marchas no habían tenido protección oficial frente a eventuales agresiones de los contramanifestantes. El Tribunal llega, por ello, a la conclusión de que los demandantes fueron negativamente afectados por el rechazo a la autorización de tales reuniones y manifestaciones, dándose de ese modo una interferencia en sus derechos, garantizados en el artículo 11 del CEDH, y una violación de éste, al no venir tal injerencia prescrita por la ley, tal como habían señalado las autoridades que resolvieron las respectivas apelaciones, teniendo en cuenta, asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 18 de enero de 2006, antes citada. Por todo ello, considera superfluo analizar las otras dos condiciones establecidas en el artículo 11.2, declarando la existencia de la violación del artículo 11 del CEDH.

— En lo que se refiere a la vulneración alegada del artículo 13 del CEDH, la discusión gira en torno al momento de las resoluciones finales, en la vía interna, sobre las manifestaciones prohibidas, pues las mismas fueron de una fecha posterior a aquélla en que estaba prevista su celebración, subrayando el Tribunal la importancia del aspecto temporal de los encuentros o reuniones públicas para dar a conocer opiniones, pues el mismo puede llegar a ser crucial para la relevancia política y social que alcancen los mismos.

Basándose en que, así como los organizadores estaban obligados a cumplimentar una serie de requisitos formales para que las manifestaciones pudieran celebrarse, las autoridades no estaban constreñidas por ningún plazo, intervalo o marco temporal jurídicamente vinculante, el Tribunal concluye que ha existido violación del artículo 13, en conjunto con el artículo 11 del CEDH, al no haber contado los demandantes con un remedio efectivo en la vía interna para que su queja encontrase satisfacción.

— Finalmente, en lo que aquí nos interesa, los demandantes alegaron que habían sido de tratados de forma discriminatoria, ya que se les había denegado el permiso para organizar la manifestación itinerante, así como algunas de las concentraciones, invocando no sólo el artículo 11, sobre cuya violación ya se ha pronunciado el Tribunal en los términos antedichos, sino, en conjunción con él, el artículo 14, donde se proclama el principio de no discriminación en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en la Convención.

En primer lugar, el Gobierno polaco arguye que las decisiones de sus autoridades habían sido suficientemente razonadas, sin que pudiera sostenerse que se hubieran adoptado por la influencia de las opiniones personales del Alcalde de Varsovia, tal como las presentaba la entrevista publicada en la *«Gazeta Wyborcza»* el 20 de mayo de 2005. Por ende, ninguna disposición, acto u omisión de esas autoridades había expuesto a los demandantes a un trato menos favorable que aquél que otras personas en situación análoga habían experimentado, por lo que no había existido discriminación en el ejercicio de su libertad de reunión, contraria al artículo 14 del CEDH.

Por su parte, los demandantes hicieron hincapié en que habían sido requeridos para presentar el «plan de organización del tráfico», mientras que a otras organizaciones no se les había exigido, de modo que, en ausencia de motivos particularmente serios o de razones proporcionadas por el Gobierno para justificar tales diferencias de trato, la aplicación selectiva del requisito ponía claramente de manifiesto que habían sufrido discriminación.

A todo ello, añadían que el motivo esencial de la misma había sido que se les había denegado el permiso mientras que otras organizaciones y personas habían obtenido «autorizaciones pertinentes». Esta diferencia de trato no había perseguido un objetivo legítimo, sino que el Alcalde y sus colaboradores habían pretendido poner de manifiesto que prohibirían las manifestaciones por la orientación homosexual de los organizadores, con independencia del fundamento jurídico de tal decisión. Aquí, se remiten a la entrevista con el Alcalde, afirmando que no era razonable concluir que no había existido relación entre las afirmaciones vertidas en la misma por tal autoridad y las decisiones adoptadas por otras autoridades en su nombre.

El Tribunal reitera su doctrina sobre el artículo 14 del CEDH, señalando que el mismo no es autónomo, sino que tiene efecto sólo en relación con los derechos de la Convención, con las disposiciones sustantivas de ésta y de los Protocolos, tal como se desprende de la literalidad del precepto. Aunque su

aplicación no presupone necesariamente una vulneración de tales disposiciones, y en este sentido sí es autónomo, no hay lugar para la misma a menos que los hechos en cuestión caigan dentro del ámbito de una de aquéllas. En apoyo de estas afirmaciones, se cita jurisprudencia del propio Tribunal: Sentencias de 21 de febrero de 1997, *Ván Raalte contra los Países Bajos*, y de 16 de septiembre de 1996, *Gaygusuz contra Austria*.

A renglón seguido, el Tribunal destaca que las decisiones de las autoridades administrativas en primera instancia no eran referibles a ningún motivo directo que pudiera calificarse como uno de los posibles de discriminación, en el sentido que la Convención atribuye a este término. Estas resoluciones se basaban en aspectos técnicos de organización de las manifestaciones, sin que haya quedado probado que otros organizadores hubieran sido igualmente requeridos para cumplir condiciones iguales o similares. También resulta llamativo, para el Tribunal, que dichas autoridades prohibieran las manifestaciones por razones de orden público y que éstas mismas no se invocasen con respecto a las contramanifestaciones, entre cuyos respectivos participantes podían suscitarse incidentes violentos.

El Tribunal, tras señalar que no puede especular sobre los motivos que habían llevado a la denegación de las solicitudes para celebrar las reuniones y concentraciones, más allá de lo resuelto en aquellas decisiones administrativas, se fija especialmente en la entrevista al Alcalde, en la que afirmaba que llevaría a efecto tal denegación. Reitera que existe muy poco margen, en aplicación del artículo 10.2 del CEDH, para las restricciones del discurso político o del debate sobre cuestiones de interés público, en particular por parte de los políticos electos; pero el ejercicio de la libertad de expresión por éstos, sobre todo si a la vez ejercen cargos públicos en el Poder Ejecutivo, conlleva una singular responsabilidad, dadas algunas de las decisiones que han de tomar, que inciden sobre el ejercicio de derechos individuales, los cuales son susceptibles de verse indebidamente afectados. Al ejercer su libertad de expresión, deben contenerse, teniendo en cuenta, además, que sus opiniones pueden ser percibidas como instrucciones por servidores públicos que actúan en su nombre y cuyo trabajo y carrera depende de su aprobación.

Más allá de eso, el Tribunal sostiene que, habida cuenta de la posición prominente de la libertad de reunión y asociación en una sociedad democrática, incluso las apariencias pueden revestir una importancia real en los procedimientos administrativos en los que los poderes ejecutivos ejercen funciones relevantes para el ejercicio de dichas libertades (STEDH *De Cubber contra Bélgica*, de 26 de octubre de 1984). Igualmente, el Tribunal tiene presentes las diferencias entre los procedimientos administrativos y judiciales, siendo exigible sólo en los segundos la imparcialidad, subjetiva y objetiva, de los Tribunales que deben enjuiciar un determinado caso sometido a su jurisdicción.

Sin embargo, en el presente supuesto, el Tribunal considera que no puede pasar por alto las contundentes opiniones personales expresadas en público por el Alcalde, en cuestiones directamente relevantes para las decisiones que conciernen al ejercicio de la libertad de reunión, siendo así que las autoridades municipales las habían tomado en su nombre y después de que el

Alcalde hubiera dado a conocer tales opiniones al público, lo que hizo cuando estaba pendiente de resolución la solicitud de permiso para celebrar las reuniones y concentraciones. Por ello, puede suponerse razonablemente que tales opiniones pudieron haber afectado el proceso de toma de decisiones en este caso, y, como consecuencia de ello, incidido en la libertad de reunión de los demandantes de forma discriminatoria.

Por todo ello, y tomando en consideración global las circunstancias del caso, el Tribunal declara la existencia de una violación del artículo 14 en conjunto con el artículo 11 del CEDH.

4.4. Fallo

Por tales motivos, el Tribunal, unánimemente, desestima las objeciones preliminares del Gobierno de la República de Polonia; y declara que ha existido violación del artículo 11 del CEDH, así como del artículo 13 en conjunto con el mismo artículo 11 y del artículo 14, igualmente en conjunto con el artículo 11. No se hace pronunciamiento sobre ningún tipo de resarcimiento, al no haber solicitado los demandantes ninguna compensación por daños, en relación con la violación de la Convención.

V. COMENTARIO

La Sentencia hace perdurar, como no podía ser de otra manera, la jurisprudencia del TEDH en punto al carácter relativamente autónomo del artículo 14 del CEDH, pues no otra cosa permite su literalidad, al referirse a la igualdad y, por tanto, a la proscripción de toda discriminación en el ejercicio y disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. Si es cierto que supone una ruptura con la línea jurisprudencial en virtud de la cual el artículo 14 es de aplicación subsidiaria, de suerte que una violación de alguno de los derechos sustantivos haría superfluo entrar a valorar la posible vulneración de éstos con relación a la prohibición de discriminación que proclama dicho artículo 14 (Ss. TEDH de 9 de octubre de 1979, *Airey contra Irlanda*; de 22 de octubre de 1981, *Dudgeon contra el Reino Unido*, o de 24 de noviembre de 1993, *Informationsverein Lentia y otros contra Austria*).

Por otra parte, resulta curioso que el Tribunal no profundice en la que, a nuestro juicio, parece la auténtica causa de discriminación, entendida como diferencia de trato injustificada y no razonable, que subyace a las resoluciones de las autoridades polacas en primera instancia: la orientación homosexual de los organizadores de la manifestación y de las concentraciones no itinerantes objeto de prohibición, sin que hubiera existido un remedio jurisdiccional efectivo que enjuiciase tales decisiones antes de las fechas en que habían de tener lugar las manifestaciones, en el contexto de las Jornadas para la Igualdad —semejante, por ejemplo, al procedimiento especial para la tutela del derecho de reunión y manifestación, que en la legislación española se con-

tiene en el art. 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por remisión de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión—.

En lugar de ello, el Tribunal «da un rodeo» al reputar relevantes las declaraciones del Alcalde de Varsovia en la entrevista concedida a la «*Gazeta Wyborcza*» y enfocar la cuestión por la auto-limitación que tal cargo público debería haber ejercido en su libertad de expresión, por la influencia de sus opiniones en los servidores y funcionarios públicos a su cargo.

A nuestro juicio, podría haberse fundamentado la Sentencia en la existencia de ese motivo de discriminación que, si bien no se encuentra entre los que el artículo 14 del CEDH menciona nominativamente, es uno de los habitualmente dados en la realidad y, por tanto, tenidos en cuenta por los Tribunales en los casos que están llamados a resolver; aparte de que puede encuadrarse en el inciso final de aquél: «... o cualquier otra situación», y de que el propio TEDH lo ha considerado un criterio de distinción cubierto por la prohibición de discriminación en los dos casos *L. y V. y S.L. contra Austria*, objeto de sendas Sentencias de 9 de enero de 2003, precedidos por la STEDH de 21 de diciembre de 1999, *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*.

A partir de ahí, podría haber argumentado bien por la existencia de una discriminación indirecta, al contener las resoluciones denegatorias o prohibitivas de las manifestaciones motivos relacionados con la organización de las mismas que encubrían un móvil discriminatorio inconfesado en tales decisiones, a modo de presumible subterfugio; bien por la negación de la razonabilidad y/o proporcionalidad de la diferenciación entre los organizadores de las reuniones y concentraciones antidiscriminatorias y los de las contramanifestaciones, según los conocidos *tests* establecidos al efecto.

Con todo, esta segunda vía no fue ni siquiera utilizada por los demandantes, si bien pensamos que habría sido posible pese a que los organizadores de las manifestaciones perseguían denunciar otros motivos de discriminación, no sólo los relativos a la homosexualidad, aunque es ésta la que deviene relevante. En cuanto a la primera, el TEDH podría haber empleado un canon probatorio que conocemos por la jurisprudencia constitucional española, al presumir la existencia de discriminación en cuanto se dan unos mínimos indicios que pueden dar a entender su existencia o la del móvil discriminatorio, incumbiendo a quien adopta la decisión —en este caso, las autoridades que denegaron la solicitud para celebrar las reuniones y concentraciones— la carga de demostrar que la misma no estaba animada por tales motivos, siendo insuficiente la mera negación de su concurrencia; aunque es cierto que estas reglas de distribución del *onus probandi* se han aplicado, esencialmente, a los litigios provenientes de las relaciones jurídico-laborales, más que a las injerencias de los poderes del Estado en los derechos fundamentales y libertades públicas.

IV

**CRÓNICA DE ACTIVIDAD
PARLAMENTARIA**

Ángeles Nieto Lozano, María Isabel Prada Barrio
Manuel José García Álvarez *

La Actividad Parlamentaria de julio a diciembre de 2006 (VII Legislatura)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA.—III. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA.—3.1. El Pleno de la Asamblea de Madrid.—3.2. Las Comisiones de la Asamblea de Madrid.—3.3. La Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid.—3.4. La Mesa de la Asamblea de Madrid.—3.5. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid.—IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA CÁMARA.—4.1. Relación de Leyes aprobadas.—V. RESUMEN DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA (julio-diciembre de 2006).—5.1. Cuadros resumen de actividad parlamentaria.—5.2. Gráficos estadísticos.

I. INTRODUCCIÓN

El seguimiento de la actividad parlamentaria realizada en la Asamblea de Madrid, objeto de la presente crónica parlamentaria, tiene como finalidad ofrecer la información relativa al séptimo período de sesiones de la VII Legislatura, que comprende los meses de julio a diciembre de 2006.

La estructura del presente trabajo sigue el mismo esquema que el adoptado en anteriores números de la Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid.

II. COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA

Durante el séptimo período de sesiones de la VII Legislatura se han producido las modificaciones siguientes en cuanto a pérdida y adquisición de la condición de Diputado.

El Ilmo. **Sr. D. Pedro Abejas Juárez**, del Grupo Parlamentario Popular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.1.e) del Reglamento de la Asamblea, causó baja por renuncia a su condición de Diputado el 19 de julio de 2006,

* Jefa de la Sección de Archivo, Jefe de Negociado de Archivo Administrativo y Administrativo dependiente del Negociado de Archivo Parlamentario, respectivamente, de la Asamblea de Madrid.

Acuerdo de Mesa de 25 de julio de 2006, (*BOAM*, núm. 167, de 27 de julio de 2006) y fue sustituido por la Ilma. **Sra. D.ª Carolina Martínez Prados**, del Grupo Parlamentario Popular, que tomó posesión de su cargo en la sesión plenaria de 19 de septiembre de 2006 (*BOAM*, núm. 174, de 28 de septiembre de 2006).

III. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA

3.1. El Pleno de la Asamblea de Madrid

Se han celebrado doce sesiones plenarias ordinarias en el período de julio a diciembre de 2006.

A continuación se reseñan las fechas concretas de las sesiones, el número del Diario de Sesiones y de Acta.

Sesiones Plenarias

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de Acta
Septiembre	1	19/20-09-2006	758	19/2006
	Total sesiones de septiembre 2006			
	1			
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de Acta
	1	05-10-2006	766	20/2006
	2	11-10-2006	774	21/2006
	3	19-10-2006	783	22/2006
	Total sesiones de octubre 2006			
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de Acta
	1	02-11-2006	794	23/2006
	2	08-11-2006	803	24/2006
	3	16-11-2006	813	25/2006
	4	23-11-2006	824	26/2006
	Total sesiones de noviembre 2006.....			
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de Acta
	1	07-12-2006	829	27/2006
	2	14-12-2006	838	28/2006
	3	20-12-2006	845	29/2006
	4	21-12-2006	846	30/2006
	Total sesiones de diciembre 2006			
Total sesiones julio/diciembre 2006				12

3.2. Las Comisiones de la Asamblea de Madrid

El número total de sesiones celebradas por las Comisiones de la Asamblea de Madrid en el presente período de sesiones ha sido de ochenta, de acuerdo con lo señalado a continuación:

COMISIONES PERMANENTES LEGISLATIVAS

3.2.1. Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado

3.2.1.1. Constitución

3 de diciembre de 2003 (DSS, núm. 3, de 3 de diciembre de 2003).

3.2.1.2. Composición

No se han producido modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

3.2.1.3. Sesiones de la Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado

Sesiones de las Comisiones

Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Diciembre	1	17-12-2006	s/n.º
Total sesiones de diciembre 2006			1
Total sesiones julio/diciembre 2006			1

3.2.2. Comisión de Presidencia

3.2.2.1. Constitución

3 de diciembre de 2003 (DSS, núm. 4, de 3 de diciembre de 2003).

3.2.2.2. Composición

No se han producido modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

3.2.2.3. Sesiones de la Comisión de Presidencia

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE PRESIDENCIA

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	03-10-2006	761
	2	10-10-2006	769
	Total Sesiones de octubre 2006		2
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	07-11-2006	798
	Total sesiones de noviembre 2006		1
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	05-12-2006	827
	2	19-12-2006	843
Total sesiones de diciembre 2006			2
Total sesiones julio/diciembre 2006			5

3.2.3. Comisión de Justicia e Interior

3.2.3.1. Constitución

3 de diciembre de 2003 (DSS, núm. 5, de 3 de diciembre de 2003).

3.2.3.2. Composición

No se han producido modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

3.2.3.3. Sesiones de la Comisión de Justicia e Interior

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE JUSTICIA E INTERIOR

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	04-10-2006	763
	Total sesiones de octubre 2006		1
	Total sesiones julio/diciembre 2006		1

3.2.4. *Comisión de Presupuestos y Hacienda*

3.2.4.1. *Constitución*

3 de diciembre de 2003 (DSS, núm. 7, de 3 de diciembre de 2003).

3.2.4.2. *Composición*

No se han producido modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

3.2.4.3. *Sesiones de la Comisión de Presupuestos y Hacienda*

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE PRESUPUESTOS Y HACIENDA

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	17-10-2006	777
	2	17-10-2006	778
	3	18-10-2006	780
	4	18-10-2006	782
	5	20-10-2006	784
	6	23-10-2006	786
	7	23-10-2006	788
	8	24-10-2006	789
	9	24-10-2006	791
	10	25-10-2006	792
Total sesiones de octubre 2006			10
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Noviembre	1	14-11-2006	806
	2	14-11-2006	807
	3	15-11-2006	809
	4	15-11-2006	811
	5	16-11-2006	812
	6	20-11-2006	815
	7	20-11-2006	817
	8	21-11-2006	818
	9	21-11-2006	820
	10	22-11-2006	821
Total sesiones de noviembre 2006			10

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Diciembre	1	11-12-2006	830
	2	11-12-2006	831
	3	12-12-2006	832
	4	12-12-2006	833
	5	13-12-2006	834
	6	13-12-2006	835
	7	14-12-2006	836
	8	15-12-2006	839
	9	18-12-2006	840
Total sesiones de diciembre 2006.....			9
Total sesiones julio/diciembre 2006.....			29

3.2.5. *Comisión de Economía e Innovación Tecnológica*

3.2.5.1. *Constitución*

3 de diciembre de 2003 (DSS, núm. 8, de 3 de diciembre de 2003).

3.2.5.2. *Composición*

No se han producido modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

3.2.5.3. *Sesiones de la Comisión de Economía e Innovación Tecnológica*

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Agosto	1	01-08-2006	757
	Total sesiones de agosto 2006		
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	10-10-2006	771
	2	17-10-2006	779
	Total sesiones de octubre 2006		

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Noviembre	1	07-11-2006	800
	2	14-11-2006	808
	Total sesiones de noviembre 2006.....		2
Total Sesiones julio/diciembre 2006			5

3.2.6. *Comisión de Transportes e Infraestructuras*

3.2.6.1. *Constitución*

3 de diciembre de 2003 (DSS, núm. 9, de 3 de diciembre de 2003).

3.2.6.2. *Composición*

No se han producido modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

3.2.6.3. *Sesiones de la Comisión de Transportes e Infraestructuras*

Sesiones de las Comisiones **COMISIÓN DE TRANSPORTES E INFRAESTRUCTURAS**

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Noviembre	1	03-11-2006	795
	Total sesiones de noviembre 2006.....		1
	Total sesiones julio/diciembre 2006		1

3.2.7. *Comisión de Educación*

3.2.7.1. *Constitución*

4 de diciembre de 2003 (DSS, núm. 11, de 4 de diciembre de 2003).

3.2.7.2. *Composición*

No se han producido modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

3.2.7.3. Sesiones de la Comisión de Educación

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE EDUCACIÓN

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	11-10-2006	772
	2	18-10-2006	781
	Total sesiones de octubre 2006		2
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	08-11-2006	801
	2	15-11-2006	810
	Total sesiones de noviembre 2006.....		2
Total sesiones julio/diciembre 2006			4

3.2.8. Comisión de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

3.2.8.1. Constitución

4 de diciembre de 2003 (DSS, núm. 12, de 4 de diciembre de 2003).

3.2.8.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de Comisión	Publicación
GPP	—	Ilma. Sra. D ^a Carolina Martínez Prados	—	BOAM 176, de 11/10/2006
GPP	Designación como Secretaria de la Comisión a la Ilma. Sra. D ^a Carolina Martínez Prados en sustitución del Ilmo. Sr. D. Álvaro González López	10-10-2006	D.SS. 770, de 10/10/2006 BOAM 182, de 10/11/2006	

3.2.8.3. Sesiones de la Comisión de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN
DEL TERRITORIO

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	03-10-2006	762
	2	10-10-2006	770
	3	24-10-2006	790
	Total sesiones de octubre 2006		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	07-11-2006	799
	2	21-11-2006	819
	Total sesiones mes de noviembre 2006		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	05-12-2006	828
	2	19-12-2006	844
	Total sesiones de diciembre 2006		
Total sesiones julio/diciembre 2006			7

3.2.9. Comisión de Sanidad y Consumo

3.2.9.1. Constitución

4 de diciembre de 2003 (DSS, núm. 13, de 13 de diciembre de 2003).

3.2.9.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de Comisión	Publicación
GPP	Ilma. Sra. D ^a Begoña García Martín	Ilma. Sra. D ^a Carolina Martínez Prados	—	BOAM 176, de 11/10/2006
GPP	Ilma. Sra. D ^a Sonsoles Aboín Aboín	Ilma. Sra. D ^a Begoña García Martín	—	BOAM 181, de 03/11/2006

3.2.9.3. Sesiones de la Comisión de Sanidad y Consumo

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE SANIDAD Y CONSUMO

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	04-10-2006	764
	2	11-10-2006	773
	Total sesiones de octubre 2006		2
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	08-11-2006	802
	2	22-11-2006	822
	Total sesiones de noviembre 2006.....		2
Total sesiones julio/diciembre 2006			4

3.2.10. Comisión de Cultura y Deportes

3.2.10.1. Constitución

4 de diciembre de 2003 (DSS, núm. 14, de 4 de diciembre de 2003).

3.2.10.2. Composición

No se han producido modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

3.2.10.3. Sesiones de la Comisión de Cultura y Deportes

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE CULTURA Y DEPORTES

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	02-10-2006	760
	2	16-10-2006	776
	Total sesiones de octubre 2006		2
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	13-11-2006	805
	Total sesiones de noviembre 2006.....		1

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Diciembre	1	18-12-2006	842
Total sesiones de diciembre 2006			1
Total sesiones julio/diciembre 2006			4

3.2.11. *Comisión de Familia y Asuntos Sociales*

3.2.11.1. *Constitución*

4 de diciembre de 2003 (DSS, núm. 15, de 4 de diciembre de 2003).

3.2.11.2. *Composición*

No se han producido modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

3.2.11.3. *Sesiones de la Comisión de Familia y Asuntos Sociales*

Sesiones de las Comisiones **COMISIÓN DE FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES**

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	02-10-2006	759
	2	16-10-2006	775
Total sesiones de octubre 2006			2
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06-11-2006	797
Total sesiones de noviembre 2006.....			1
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	04-12-2006	826
	2	18-12-2006	841
Total sesiones de diciembre 2006			2
Total sesiones julio/diciembre 2006			5

3.2.12. *Comisión de Empleo*

3.2.12.1. *Constitución*

4 de diciembre de 2003 (DSS, núm. 16, de 4 de diciembre de 2003).

3.2.12.2. *Composición*

No se han producido modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

3.2.12.3. *Sesiones de la Comisión de Empleo*

No se han celebrado sesiones entre julio y diciembre de 2006 de la VII Legislatura

3.2.13. *Comisión de Mujer*

3.2.13.1. *Constitución*

3 de diciembre de 2003 (DSS, núm. 6, de 3 de diciembre de 2003).

3.2.13.2. *Composición*

No se han producido modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

3.2.13.3. *Sesiones de la Comisión de Mujer*

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE MUJER

Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	03-11-2006	796
	2	17-11-2006	814
	Total sesiones de noviembre 2006.....		2
Total sesiones julio/diciembre 2006			2

3.2.14. *Comisión de Juventud*

3.2.14.1. *Constitución*

4 de diciembre de 2003 (DSS, núm. 18, de 4 de diciembre de 2003).

3.2.14.2. *Composición*

No se han producido modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

3.2.14.3. *Sesiones de la Comisión de Juventud*

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE JUVENTUD

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	06-10-2006	767
	2	20-10-2006	785
	Total sesiones de octubre 2006		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	01-12-2006	825
	2	22-12-2006	847
Total sesiones de diciembre 2006			2
Total sesiones julio/diciembre 2006			4

3.2.15. *Comisión de Inmigración*

3.2.15.1. *Creación*

Como consecuencia de la creación de la Agencia para la Inmigración con rango de Consejería, Decreto 85/2005, de 15 de septiembre (BOCM, núm. 221, de 16 de septiembre de 2005).

Acuerdo de Mesa de 3 de octubre de 2005 (BOAM, núm. 119, de 6 de octubre de 2005).

3.2.15.2. *Constitución*

Sesión constitutiva, 13 de octubre de 2005, DSS, núm. 517, de 13 de octubre de 2005.

3.2.15.3. *Composición*

No se han producido modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

3.2.15.4. *Sesiones de la Comisión de Inmigración*

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE INMIGRACIÓN

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	09-10-2006	768
	Total sesiones de octubre 2006		1
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	13-11-2006	804
	Total sesiones de noviembre 2006		1
Total sesiones julio/diciembre 2006			2

COMISIONES PERMANENTES NO LEGISLATIVAS

3.2.16. *Comisión de Vigilancia de las Contrataciones*

3.2.16.1. *Constitución*

4 de diciembre de 2003 (DSS, núm. 17, de 4 de diciembre de 2003).

3.2.16.2. *Composición*

No se han producido modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

3.2.16.3. *Sesiones de la Comisión de Vigilancia de las Contrataciones*

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE VIGILANCIA DE LAS CONTRATACIONES

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	05-10-2006	765
	Total sesiones de octubre 20061		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	02-11-2006	793
	2	23-11-2006	823
	Total sesiones de noviembre 20062		
Total sesiones julio/diciembre 20063			

3.2.17. *Comisión de Control del Ente Público Radio Televisión Madrid*

3.2.17.1. *Constitución*

3 de diciembre de 2003 (DSS, núm. 4, de 3 de diciembre de 2003).

3.2.17.2. *Composición*

Se han producido las siguientes modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de Comisión	Publicación
GPP	—	Ilma. Sra. D. ^a Carolina Martínez Prados	—	BOAM 176, de 11/10/2006
GPP	Designación del Ilmo. Sr. D. Federico Jiménez de Parga como Presidente de la Comisión en sustitución de D. Pablo Abejas Juárez		14-12-2006	D.SS. 837 de 14/12/2006 BOAM 191, de 21/12/2006

3.2.17.3. *Sesiones de la Comisión de Control del Ente Público
Radio Televisión Madrid*

Sesiones de las Comisiones

**COMISIÓN DE CONTROL DEL ENTE PÚBLICO
RADIO TELEVISIÓN MADRID**

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Diciembre	1	14-12-2006	837
Total sesiones de diciembre 2006			1
Total sesiones julio/diciembre 2006			1

COMISIONES NO PERMANENTES

3.2.18. *Comisión de Estudio sobre la Inmigración en la Comunidad de Madrid*

3.2.18.1. *Constitución*

18 de marzo de 2004 (DSS, núm. 86, de 18 de marzo de 2004).

3.2.18.2. *Disolución*

Acuerdo de Mesa de 21 de noviembre de 2005. Sesión plenaria: 1 de diciembre de 2005. DSS, núm. 577, de 1 de diciembre de 2005, BOAM, núm. 132, de 9 de diciembre de 2005.

3.2.19. *Comisión de Estudio para la Reducción de la Lista de Espera Diagnóstica*

3.2.19.1. *Constitución*

23 de junio de 2004 (DSS, núm. 209, de 23 de junio de 2004).

3.2.19.2. *Sesión plenaria de 2 de marzo de 2006*

Aprobación del Dictamen (DSS, núm. 637, de 2 de marzo de 2006, BOAM, núm. 146, de 9 de marzo de 2006).

3.2.20. *Comisión de Estudio para el Desarrollo de la Sociedad de la Información y el Conocimiento*

3.2.20.1. *Constitución*

23 de junio de 2004 (DSS, núm. 208, de 23 de junio de 2004).

3.2.20.2. *Composición*

Se han producido las siguientes modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de Comisión	Publicación
GPP	Ilmo. Sr. D. Federico Jiménez de Parga Maseda	Ilmo. Sr. D. Álvaro González López	—	BOAM 176, de 11/10/2006
GPP	Designación del Ilmo. Sr. D. Álvaro González López como Presidente de la Comisión en sustitución de D. Federico Jiménez de Parga Maseda		23-10-2006	D.SS. 787 de 23/10/2006 BOAM 181, de 03/11/2006

3.2.20.3. *Sesiones de la Comisión de Estudio para el Desarrollo de la Sociedad de la Información y el Conocimiento*

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE ESTUDIO PARA EL DESARROLLO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL CONOCIMIENTO

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	23-10-2006	787
Total sesiones de octubre 2006			1
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	20-11-2006	816
Total sesiones de noviembre 2006			1
Total sesiones julio/diciembre 2006			2

3.3. La Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid

3.3.1. Composición

Acuerdo de Mesa de 26 de noviembre de 2003 (BOAM, núm. 8, de 18 de diciembre de 2003).

3.3.2. Designación de miembros

No se han producido modificaciones en el séptimo período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

3.3.3. Sesiones de la Diputación Permanente

Sesiones de la Diputación Permanente

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de Acta
Julio	1	17-07-2006	755	17/2006
	2	27-07-2006	756	18/2006
	Total sesiones de julio 2006			
Total sesiones julio/diciembre 2006				2

3.4. La Mesa de la Asamblea de Madrid

3.4.1. Sesión constitutiva

12 de noviembre de 2003 (DSS, núm. 1, de 12 de noviembre de 2003): Elección de los miembros de la Mesa de la Asamblea.

3.4.2. Composición de la Mesa de la Asamblea (BOAM, núm. 1, de 18 de noviembre de 2003)

Presidenta: Excma. Sra. D.^a Concepción Dancausa Treviño (G. P. Popular).

Vicepresidente Primero: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Echevarría Echániz (G. P. Popular).

Vicepresidente Segundo: Ilmo. Sr. D. Francisco Cabaco López (G. P. Socialista).

Vicepresidenta Tercera: Ilma. Sra. D.^a M.^a Reyes Montiel Mesa (G. P. de Izquierda Unida).

Secretaria Primera: Ilma. Sra. D.^a M.^a Paloma Adrados Gautier (G. P. Popular).

Secretaria Segunda: Ilma. Sra. D.^a M.^a Helena Almazán Vicario (G. P. Socialista).

Secretaria Tercera: Ilma. Sra. D.^a M.^a Carmen Álvarez-Arenas Cisneros (G. P. Popular).

*Composición de la Mesa de la Asamblea
(BOAM, núm. 120, de 7 de octubre de 2005)*

Presidenta: Excma. Sra. D.^a Concepción Dancausa Treviño (G. P. Popular).

Vicepresidenta Primera: Ilma. Sra. D.^a Cristina Cifuentes Cuencas (G. P. Popular).

Vicepresidente Segundo: Ilmo. Sr. D. Francisco Cabaco López (G. P. Socialista).

Vicepresidenta Tercera: Ilma. Sra. D.^a M.^a Reyes Montiel Mesa (G. P. de Izquierda Unida).

Secretaria Primera: Ilma. Sra. D.^a M.^a Paloma Adrados Gautier (G. P. Popular).

Secretaria Segunda: Ilma. Sra. D.^a M.^a Helena Almazán Vicario (G. P. Socialista).

Secretario Tercero: Ilmo. Sr. D. Jacobo Ramón Beltrán Pedreira (G. P. Popular).

3.4.3. Sesiones de la Mesa de la Asamblea

Sesiones de la Mesa

	N. ^º de sesión	Fecha	N. ^º de Acta
MESA DE LA DIPUTACIÓN PERMANENTE			
Julio	1	11-07-2006	25/2006
	2	25-07-2006	26/2006
Total sesiones de julio 2006.....			2
	N. ^º de sesión	Fecha	N. ^º de Acta
	1	05-09-2006	27/2006
	2	13-09-2006	28/2006
	3	18-09-2006	29/2006
	4	20-09-2006	30/2006
	5	25-09-2006	31/2006
	Total sesiones de septiembre 2006		5

	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
Octubre	1	02-10-2006	32/2006
	2	09-10-2006	33/2006
	3	16-10-2006	34/2006
	4	23-10-2006	35/2006
	5	27-10-2006	36/2006
Total sesiones de octubre 2006			5
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	06-11-2006	37/2006
	2	13-11-2006	38/2006
	3	21-11-2006	39/2006
	4	27-11-2006	40/2006
Total sesiones de noviembre 2006			4
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	04-12-2006	41/2006
	2	11-12-2006	42/2006
	3	18-12-2006	43/2006
	Total sesiones de diciembre 2006.....		
Total sesiones julio/diciembre 2006.....			19

3.5. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid

3.5.1. Composición

Séptimo Período de Sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

Grupo Parlamentario Popular:

Portavoz: Ilmo. Sr. D. Antonio Germán Beteta Barreda.

Portavoces Adjuntos: Ilma. Sra. D.^a Cristina Cifuentes Cuencas e Ilmo. Sr. D. Juan Soler Espiaúba Gallo.

Grupo Parlamentario Socialista:

Portavoz: Ilmo. Sr. D. Rafael Simancas Simancas

Portavoces Adjuntas: Ilma. Sra. D.^a Ruth Porta Cantoni e Ilma. Sra. D.^a Matilde Fernández Sanz.

Grupo Parlamentario de Izquierda Unida:

Portavoz: Ilmo. Sr. D. José Guillermo Marín Calvo

Portavoces Adjuntos: Ilmo. Sr. D. Jorge García Castaño e Ilma. Sra. D.^a Margarita Ferre Luparia

3.5.2. Sesiones de la Junta de Portavoces

Sesiones de la Junta de Portavoces

	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
Septiembre	1	13-09-2006	23/2006
	2	26-09-2006	24/2006
	Total sesiones de septiembre 2006		2
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	03-10-2006	25/2006
	2	10-10-2006	26/2006
	3	17-10-2006	27/2006
	4	24-10-2006	28/2006
	5	27-10-2006	29/2006
Total sesiones de octubre 2006			5
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	07-11-2006	30/2006
	2	14-11-2006	31/2006
	3	21-11-2006	32/2006
	4	28-11-2006	33/2006
	Total sesiones de noviembre 2006		4
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	05-12-2006	34/2006
	2	12-12-2006	35/2006
	3	19-12-2006	36/2006
	Total sesiones de diciembre 2006.....		3
Total sesiones julio/diciembre 2006.....			14

IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA CÁMARA

En el séptimo período de sesiones de la VII Legislatura (julio a diciembre de 2006) se han aprobado 2 Leyes.

4.1. Relación de Leyes aprobadas

[LEY 3/2006, de 22 de diciembre] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 2/2006 (VII).

De Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2007.

BOAM, núm. 192, de 26 de diciembre de 2006, **BOCM**, núm. 309, de 29 de diciembre de 2006, **BOCM**, núm. 16, de 19 de enero de 2007 (corrección de errores).

[LEY 4/2006, de 22 de diciembre] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 4/2006 (VII).

De Medidas Fiscales y Administrativas.

BOAM, núm. 192, de 26 de diciembre de 2006, **BOCM**, núm. 309, de 29 de diciembre de 2006, **BOCM**, núm. 24, de 29 de enero de 2007 (corrección de errores).

V. RESUMEN DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

5.1. Cuadros resumen de Actividad Parlamentaria

El cuadro resumen referido a la actividad parlamentaria de la Cámara, expresa el número total de iniciativas parlamentarias presentadas en el séptimo período de la VII Legislatura (julio a diciembre de 2006) y su estado de tramitación.

Iniciativas	Presentadas	Pendientes	Tramitadas	Decadidas	No admitidas	Transformadas	Retiradas
Proyectos de Ley	3	1	2	—	—	—	—
Proposiciones de Ley	1	1	—	—	—	—	—
Proposiciones no de Ley	15	5	Aprob.: 4 Rechaz.: 5	—	—	—	1
Interpelaciones	9	4	4	—	1	—	—
Mociones	5	—	Aprob.: — Rechaz.: 5	—	—	—	—
Comparecencias	201	Pleno: 18 Comis.: 115	Pleno: 19 Comis.: 35	—	10	—	3
Pl. orales Pleno	156	—	125	1	1	22	7
Pl. orales Comisión	252	—	64	1	4	116	67
Preguntas escritas	627	204	364	—	9	50	—
Pl. de Información	716	150	556	—	10	—	—
Total	1.985	499	1.183	2	35	188	78
C. de Gobierno	42	2	40	—	—	—	—

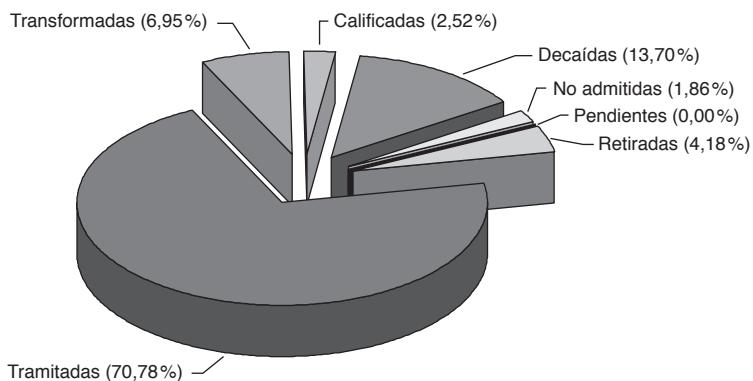
El cuadro resumen que se expresa a continuación recoge las iniciativas parlamentarias presentadas y sus autores en el último período de sesiones (julio a diciembre de 2006) de la VII Legislatura.

Iniciativas Parlamentarias	TOTAL	G.P. Popular	G.P. Socialista	G.P. Izquierda Unida	G.P. Popular/Socialista/ Izquierda Unida	Gobierno	Defensor del Menor
Proyectos de Ley	3	—	—	—	—	3	—
Proposiciones de Ley	1	—	—	1	—	—	—
Proposiciones no de Ley	15	5	3	7	—	—	—
Interpelaciones	9	—	7	2	—	—	—
Mociones	5	—	3	2	—	—	—
Comparecencias	201	35	98	54	4	9	1
Preguntas orales Pleno	156	54	66	36	—	—	—
Preguntas orales Comisión	252	55	189	8	—	—	—
Preguntas escritas	627	—	552	75	—	—	—
Peticiones de Información	716	—	618	98	—	—	—
Totales	1.985	149	1.536	283	4	12	1

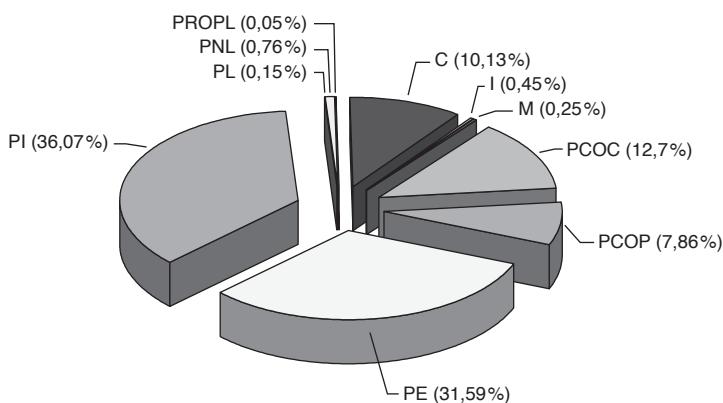
5.2. Gráficos estadísticos

Los dos gráficos que se reseñan a continuación muestran los porcentajes de iniciativas parlamentarias presentadas y su estado de tramitación durante el sexto período de sesiones de la VII Legislatura (julio a diciembre de 2006).

**GRÁFICO PORCENTUAL POR TRAMITACIÓN
INICIATIVAS PRESENTADAS: 1985
JULIO/DICIEMBRE 2006**



**GRÁFICO PORCENTUAL DE INICIATIVAS
INICIATIVAS PRESENTADAS: 1.985
JULIO/DICIEMBRE 2006**



V

RECENSIONES

Ángel L. Sanz Pérez *

Muñoz Machado, S.:
*El problema de la vertebración
del Estado en España*
Iustel, Madrid, 2006, 384 pp.

Sumario: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: «ESPAÑA INVERTEBRADA: CRÍTICA Y TESIS».—II. EL INICIO DEL ESTUDIO Y EL CAMBIO DE DINASTÍA: «LOS LÍMITES DE LA UNIFICACIÓN JURÍDICA Y POLÍTICA EN LA ESPAÑA DEL ANTIGUO RÉGIMEN».—III. EL ESTADO INACABADO: «UNIFORMISMO E INTEGRACIÓN NACIONAL EN EL ESTADO DECIMONÓNICO».—IV. LA EXCEPCIÓN: «CONSTITUCIONALISMO Y CONTINUIDAD DEL ANTIGUO RÉGIMEN EN LAS PROVINCIAS EXENTAS».—V. LA DECADENCIA DEL S. XIX HASTA LA SEGUNDA REPÚBLICA: «LA CRISIS DEL MODELO DE ESTADO-NACIÓN UNIFORME Y CENTRALIZADO».—VI. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: «EL PROBLEMA DEL ESTADO EN LA ACTUALIDAD».

El penúltimo libro de S. MUÑOZ MACHADO¹ es un libro interesante. Se trata de un libro muy útil seguramente para un muy amplio sector del público, con información abundante y también claro y ligero de notas a pie de página, y que añorará algún ex-opositor. Huye de la farragosidad que no es rara en ocasiones entre nosotros, y trata de exponer con un estilo claro y directo las que son, a su juicio, las principales cuestiones que plantea la vertebración de España, apuntando la deriva de nuestro sistema institucional a la que parece que nos hemos acostumbrado demasiado fácilmente.

Cualquier jurista conoce de sobra la obra (muy prolífica, por lo demás) de S. MUÑOZ MACHADO. Por resaltar alguno, pueden citarse los muy citados, *Sistema de Derecho Público autonómico* y el *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público*². Los puntos de vista que ha tratado el autor han sido múltiples, aunque priman, como es lógico, las cuestiones propias de su materia. La perspectiva del libro que se recensiona es histórica. En este sentido, el autor

* Letrado del Parlamento de Cantabria y Profesor Asociado de Derecho Constitucional en la Universidad de Cantabria.

¹ Ha publicado en 2007 *El planeamiento urbanístico*, Madrid, Iustel, 2007.

² S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público autonómico*, Madrid, Civitas, 1982, y el *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público*, Madrid, Iustel, 2.ª ed., 2006.

ya había hecho con anterioridad varias aproximaciones a la siempre compleja realidad histórica, como en *Los grandes procesos de la Historia de España* y con J. M. DE BERNARDO, *El Estado-Nación en dos encrucijadas históricas*³. Sin embargo, no es este un libro de Historia, sino que más bien analiza la realidad actual de la desvertebración del país aproximándose a parámetros históricos, para lo cual es imposible no remontarse, al menos, al siglo XVIII. Su tesis es bien conocida, pues para el autor el problema de la desvertebración de España no es de nación española, pues no puede plantearse de un modo medianamente riguroso su limitación o su inexistencia. El problema para él (y sus soluciones, aunque el autor apunte poco en este sentido) es más de Estado que de nación. En todo caso, su tesis es que la debilidad del Estado ha sido la causa principal de la falta de adhesión de varios territorios, y en ello se va a centrar *El problema de la vertebración del Estado en España*.

El nuevo proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía ha supuesto la aparición de muchos estudios que tratan esta cuestión. Por tanto, es éste un libro de una actualidad doctrinal evidente. Llama la atención que se huye de cualquier lectura negativa o pesimista de la desvertebración, percibiéndose la idea de que es posible un Estado nacional en nuestro país, de que existe, y de que los intentos por cuestionar estas ideas no son procedentes ni oportunos. Así, analizando desde la aludida perspectiva histórica la evolución del sistema, encuentra el autor que no está tan claro que el estudio de las tendencias desvertebradoras de los siglos XIX y XX se deba centrar sólo en la inadecuación de las políticas y de los políticos en dichos siglos. Por el contrario, también (y esto parece muy claro) tuvo un papel desagregador evidente el no sometimiento a un régimen uniforme desde el siglo XVIII a todos los territorios (vencedores y vencidos) que tuviesen fueros y derechos particulares. El recuerdo de los problemas en esta época no deja de ser demoledor por el hecho de que sea archiconocido.

El análisis de la Historia de España finaliza con el estudio de los dos momentos en los que el modelo de Estado centralizado se transforma en otro descentralizado, con una especial incidencia en el hoy vigente, y en particular en el último proceso que se ha abierto en 2004, y sobre todo con el Estatuto de Autonomía de Cataluña. En cualquier caso, la tesis del autor es que se ha carecido en España de elementos y de proyectos que involucren a todo el país en un proyecto de vida en común. Demuestra el autor que a lo largo de la Historia de España se ha carecido de elementos vertebradores que involucrasen e ilusionasen por igual a todo el país. En efecto, esta es la tesis central del libro: la explicación de la desvertebración de España sobre la base histórica de la ausencia de proyectos de vida en común y de la falta de políticas, desde el centro, que unificasen a todo el territorio. Todo lo cual es responsabilidad de todos. Pero entre todas las causas, el autor pone especial énfasis en la ausencia de la organización de un sistema de educación público, aunque no haya al final del libro un análisis de este problema en la actualidad. Es pací-

³ S. MUÑOZ MACHADO, *Los grandes procesos de la Historia de España*, Barcelona, Crítica, 2002. M. DE BERNARDO y S. MUÑOZ MACHADO, *El Estado-Nación en dos encrucijadas históricas*, Madrid, Iustel, 2006.

fico es ésta una de las grandes carencias de la España actual, pues es la educación una materia en donde se echa en falta un acuerdo serio, comprometido y responsable. Es poco presentable que haya habido un cambio del sistema educativo con cada cambio de Gobierno y, en ocasiones, en cada cambio de Ministro o Ministra. Son muy preocupantes, por lo demás, las materias que se enseñan y su contenido, sin que el Estado haya sido capaz de ejercer la Inspección que le corresponde y que debería parecer irrenunciable.

Estructura el autor la obra en torno a seis capítulos, con una perspectiva claramente temporal, en un intento de explicar en esta clave las causas de las dificultades para interpretar una vertebración adecuada en nuestro Estado. El primero relativo a la «España invertebrada: crítica y tesis», el segundo se refiere a los «límites de la unificación jurídica y política en la España del Antiguo Régimen», el tercero se refiere a la época del «constitucionalismo y continuismo del Antiguo Régimen en las provincias exentas», el penúltimo se refiere a la «crisis del modelo de Estado-nación uniforme y centralizado» y, para cerrar la obra, se refiere al «Problema del Estado en la actualidad».

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: «ESPAÑA INVERTEBRADA: CRÍTICA Y TESIS»

Comienza S. Muñoz el primer Capítulo exponiendo, y no podía ser de otra forma, la tesis de la muy conocida e influyente tesis de ORTEGA y su *España invertebrada*, sin olvidar el desarrollo que de su idea también efectuó en *La rebelión de las masas* o en su *Meditación de la República*⁴. La idea principal de ORTEGA, como se sabe, es la falta de «proyectos sugestivos de vida en común», como motivo principal del proceso de decadencia que arrancaría desde Felipe II hasta la actualidad. Para ORTEGA, la explicación del particularismo propio de nuestro país es el fundamento de la desvertebración de España. Son dos los motivos de esta situación: la primera es la dominación de las masas y la falta de liderazgo de las élites (la «ausencia de los mejores», decía ORTEGA) y la segunda es la deficiente implantación del feudalismo en España, que produjo una (demasiado) rápida unificación de todos los reinos. Y aquí es donde encuentra el autor su principal crítica a la brillante explicación de ORTEGA. Señala S. MUÑOZ MACHADO la cierta ambigüedad y dubitación en estos planteamientos orteguianos como puntos débiles del filósofo, aunque no duda en reconocerse en Ortega un ardoroso defensor de la europeización y culturización de España como solución a sus problemas, punto común por lo demás con la intelectualidad del 98. Y es cierto que la brillantez literaria puede limitar el peso de estos argumentos, pero el esfuerzo de Ortega en el nivel formal no debe ocultar la razón y la unanimidad de sus planteamientos.

La nación necesita de una cultura como elemento aglutinador, exponía Ortega, recogiendo una idea que tiene en E. RENAN y su famoso *Qu'est-ce*

⁴ Toda la producción de ORTEGA Y GASSET, en *Obras Completas*, Madrid, 2005.

qu'une nation? un reconocible precedente. Pero en España la problemática fue diferente, pues no se produjeron las causas fortalecedoras de la nación que se habían ideado en el país vecino: motivado, sin duda, por la ausencia de un enemigo externo durante los siglos XIX y XX, la desestructura del ejército y la nula eficacia de la educación, motivada por la dificultad de establecer regulaciones y «planes duraderos» de estudios, que no se fijan hasta la Ley Moyano de 1857. Y es que todos los esfuerzos del Estado para paliar el subdesarrollo educativo de España devinieron insuficientes, en el principal argumento y causa de la (un poco manida, por lo demás) decadencia de España.

La responsabilidad de la falta de políticas que indujeran pautas de convivencia y patrones de cultura y no introdujeran al país en el necesario «plebiscito cotidiano» que ha de pasar la nación, se debía, a juicio de ORTEGA, también a la falta de una élite de intelectuales. Sin embargo, el autor de la obra ahora recensionada duda que fuese ésta la única causa e incluso llega a dudar que sea éste, incluso, un motivo de la desvertebración de nuestro país. El autor señala que «a mi juicio, el problema de España durante todo el siglo XIX y hasta la aprobación en 1931 de la Constitución de la II República, ha sido más bien un problema de Estado que de nación». Pues aunque está claro que se identificó durante esta época un grupo étnico (nuestra Nación española) con caracteres sujetivos comunes, historia, tradiciones, costumbre y lengua, «el Estado presentó durante el mismo período una extraordinaria debilidad: tardó mucho en dotarse de una organización adecuada, política y administrativa; la establecida en su momento fue víctima de una inestabilidad continua; las políticas educativas y culturales fueron deficientes; la unificación económica tardó en imponerse; no se establecieron a tiempo las infraestructuras adecuadas, ni fueron los Gobiernos capaces de ilusionar a la población con proyectos científicos o económicos audaces»⁵. La determinación de las causas de la debilidad del Estado, dice este autor siguiendo también a algunos historiadores como B. DE RIQUER o J. M. JOVER, son más fáciles de objetivar y se centrarían en demostrar que no fue el principio centralizador del Estado liberal la que hizo nacer las reivindicaciones de autogobierno en algunas partes de España, sino precisamente lo contrario, es decir la debilidad del Estado. Todo lo cual, es preciso advertirlo, no niega ni mucho menos las tesis orteguianas. En cualquier caso, el autor es consciente que no hay un solo motivo para explicar la presencia de fuerzas centrífugas, debiendo estudiarse para ello las razones políticas y jurídicas, las económicas e históricas. A ello se dedican los siguientes capítulos del libro.

⁵ S. MUÑOZ MACHADO, *El problema de la vertebración del Estado en España (Del siglo XVIII al siglo XXI)*, Madrid, Iustel, 2006, pp. 26 y 27.

II. EL INICIO DEL ESTUDIO Y EL CAMBIO DE DINASTÍA: «LOS LÍMITES DE LA UNIFICACIÓN JURÍDICA Y POLÍTICA EN LA ESPAÑA DEL ANTIGUO RÉGIMEN»

A modo de presentación, el autor expone las exigencias organizativas del nuevo Estado unitario que surge tras la Guerra de Sucesión. La situación está dominada por la herencia de la nueva dinastía: territorios de difícil gobierno, aristocracia desmesuradamente numerosa, extraordinario poder de la Iglesia (favorecida por la enfermiza salud de Carlos II, *el Hechizado*) y la necesidad de unificación de los reinos, ya prevista por algunas personas en la administración de los Austrias. En relación con esta idea y aunque el autor no puede dedicarle más de un párrafo, son muy relevantes las valoraciones que hiciera el Conde-Duque de Olivares en el *Gran Memorial* que le entregara al Rey y los análisis que de este documento han hecho ELLIOT⁶ y G. MARAÑÓN⁷. Todo ello es muy representativo, pues el que debería haber sido objetivo prioritario en el siglo XVIII, no pudo llevarse a cabo: no pudo conseguirse una unidad económica, un desarrollo de la educación a toda la población, ni la apertura de caminos e infraestructuras que permitieran la conformación social de todo el país.

El autor, seguidamente, trata de averiguar si las reformas administrativas introducidas en la Administración borbónica (sobre todo desde el Decreto de 29 de junio de 1707) fueron suficientes para consolidar un Estado nacional organizado sobre bases unitarias, con suficiente penetración en todos los territorios que integraban España. Y ello es así, señala el autor, porque «un Estado unitario y centralizado lo que tiene que procurar es que las instituciones de que se dota tengan una suficiente capacidad de penetración en todos los territorios que lo integran»⁸. En este ámbito, el autor da cuenta de la gran dificultad de la nueva Administración para penetrar en España, en donde la heterogeneidad territorial era manifiesta, con un pésimo conocimiento de los límites de las divisiones territoriales y sus circunscripciones. Además, los intentos de unificar la organización territorial (el del Marqués de la Ensenada y el de Floridablanca) fueron muy poco exitosos. En este ámbito, la figura del *intendente*, central y básica en la nueva organización borbónica se va a encontrar con numerosas trabas y problemas. Además de lo ya expuesto, el intendente deberá superar las dificultades primero para gestionar materias como Justicia, Policía, Hacienda y Guerra y, segundo, para compatibilizar su función con la de los *corregidores* (herencia de la anterior Administración), hasta la unificación de ambos (en 1849!). La situación fue, pues, compleja, pues la nueva administración casi no pudo aplicar y ejecutar las decisiones que venían del poder central, proporcionando cohesión a la nue-

⁶ J. H. ELLIOT, *El Conde Duque de Olivares*, Barcelona, Crítica, 1990.

⁷ G. MARAÑÓN, *El Conde Duque de Olivares. La pasión de mandar*, Madrid, 1936. Reeditado por Es-
pasa, 1998.

⁸ S. MUÑOZ MACHADO, *El problema...*, op. cit., p. 46.

va organización centralizada. También chocó con los privilegios de la Iglesia (controladora de instituciones sociales y educativas esenciales) en donde algunas situaciones, como la del proceso Macanaz, son muy significativas: también con la aristocracia y sobre todo con las élites de los viejos reinos tras la liquidación de los antiguos privilegios. Reconociendo los avances del nuevo Régimen, no puede afirmarse que fuesen suficientes para penetrar e integrarse en todo el territorio. Así, no se produjo una intercomunicación entre autoridades y funcionarios, que favoreció sobre todo a los españoles de origen castellano, ni tampoco se produjo una modificación de la denominación de las instituciones (que mantenían su nombre anterior y original), con lo que había una sensación de ocupación que no favorecía la integración de los territorios. En definitiva, quedó viva la aspiración permanente de vuelta a una forma de gobierno suprimida, al menos en Cataluña (única parte de la España «desvertebrada» para en donde podrían defenderse la aplicabilidad de estas ideas). El vencido siempre ha tenido la sensación de haberlo sido. De hecho, en algunos territorios, estas tensiones se manifestaron en ciertas ocasiones durante el siglo XVIII, como con ocasiones de la convocatoria a Cortes de 1760 o del conflicto entre golillas y aragoneses.

En definitiva, también son analizadas en el libro con cierto detenimiento los conflictos con la Iglesia y, sobre todo, la parcelación de la economía y la pervivencia del mercado molecular como impedimento para conseguir una unidad política. Es cierto que en aquella época no hay en toda Europa un solo país en el que hubiese esa unidad económica, pero en España la situación se dilató hasta bien entrado el siglo XIX, perviviendo la amortización, los mayorazgos y otras instituciones análogas que impedían definitivamente la percepción de pertenencia a una unidad económica. Además, las aduanas interiores o portazgos fueron un impedimento para la nueva monarquía, que impedían un elemental intercambio de productos a escala interna o estatal. Así las cosas, la monarquía borbónica suprime las fronteras interiores en 1714, excepto en las provincias vascongadas (que conservaron incluso sus instituciones de autogobierno, Junta General, Diputación General y Regimiento General). Además, resultaron ser obstáculos al comercio la intervención sobre los productos básicos y la permanencia de los monopolios o estancos. De esta forma quedó un país «unificado en lo político y en lo administrativo parcialmente, pero absolutamente nada, o en muy escasa medida, en lo económico»⁹.

Pero las dificultades del comercio interior (incrementadas por las pésimas comunicaciones, que no pudieron acometerse por falta de recursos) contrastan con la expansión del comercio con América. Sin embargo, el monopolio sevillano del tráfico americano no tarda en corromperse por el fraude y la corrupción. El panorama que propone el autor (nada halagüeño, aunque deba reconocerse el esfuerzo efectuado por la nueva dinastía) se completaba con la actuación empresarial directa del Estado (destinada al

⁹ S. Muñoz Machado, *El problema..., op. cit.*, p. 73.

consumo de la población o a la industria de la guerra), las compañías privilegiadas o las Fábricas reales. No obstante, es tesis principal de esta parte del libro que no debe caerse en un pesimismo desmesurado en el análisis de esta época, pues no hay que olvidar que, como se ha dicho, ninguna nación europea presenta un panorama mucho mejor en lo que a la estructura económica se refiere.

III. EL ESTADO INACABADO: «UNIFORMISMO E INTEGRACIÓN NACIONAL EN EL ESTADO DECIMONÓNICO»

La extensión de los principios revolucionarios de finales del siglo XVIII, apretadamente resumidas por el autor, requería la extensión de una red de agentes que asegurase la aplicación se las disposiciones legales a todo el territorio. Inmediatamente se establecería una nueva división territorial y la fijación de una adecuada red de agentes ejecutivos asentados en las nuevas divisiones. La tarea que tuvieron los Gobiernos fue inmensa, sin que se puedan ocultar éxitos, pero tampoco la inseguridad, indecisión y dejadez, que presidieron el siglo XIX. La actitud de España contrasta con la de Francia en donde sí hubo un mayor intento por arbitrar un sistema social unificado e igualitario, estableciéndose Códigos únicos para toda la Nación, unos nuevos símbolos, un nuevo sistema de medidas geométricas, e incluso un nuevo de medición del tiempo que, finalmente, no prosperó¹⁰. La cita aquí de *La lengua de los derechos* de García de Enterría es imprescindible.

Pero España no consiguió la deseada uniformidad en ninguno de esos aspectos, fracasando las políticas de nacionalización y uniformización de la sociedad y los individuos. Seguidamente el autor muestra de forma resumida, pero muy expositiva, los diversos aspectos que contribuyen a conformar la realidad del siglo XIX en nuestro país, de un modo frustrado en muchas ocasiones. Así, es muy significativo el aplazamiento de la unificación jurídica del Derecho (proclamada en el art. 258 de la Constitución de Cádiz de 1812) con la retrasada e inacabada codificación, que no llega sino hasta finales del siglo XIX. No se olvide la idea liberal (tan olvidada hoy) de que el Código es el modo más cómodo en el que se van a conseguir que las leyes sean simples y precisas y producto de la voluntad general. Como se sabe, se aprobó un Código penal en 1822 y el de Comercio en 1829, pero el Código Civil hubo de esperar hasta 1889, en plena Restauración, igual que la Ley de Enjuiciamiento civil, que se aprobó años antes en 1881 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en 1882, e igual que el nuevo Código de Comercio, que se aprobó en 1885. Como apuntara F. TOMÁS Y VALIENTE, era notablemente incoherente que el Código que estaba llamado a ser la base de todo el ordenamiento, fuese el que se aprobase en último lugar. Esta tardanza no

¹⁰ Cfr. J. IGLESIAS DE USSEL, *La dimensión social del tiempo*, Madrid, 2006, pp. 33 y ss.

ayudó a crear una conciencia nacional en torno a un único Código, lo cual, a su vez, motivó que se hiciese cada vez más difícil que el nuevo Código incorporase el Derecho civil de Cataluña, Aragón, Mallorca, Navarra, País vasco y Galicia, circunstancia que tampoco había quedado solventada con el proyecto de Código civil de 1851. El resultado final de la tardía Codificación fue la aprobación de siete Compilaciones de Derecho foral, aplicables cada una en su respectivo territorio, y quedando el Código civil como derecho supletorio de primer grado. La unificación en el Derecho civil se había frustrado definitivamente, agravado además por una muy deficiente organización de los tribunales.

La visión que ofrece el autor, no es nada gratificante. Y está muy empeorada por la situación de la justicia, dominada durante el siglo XIX por un excesivo arbitrio de los órganos judiciales y una escandalosa falta de independencia. Todo ello redunda en «la integración de los españoles en un Estado nacional en el que pudieran gozar de un núcleo de derechos garantizados en términos igualitarios»¹¹. Y aunque la necesidad de las reformas en la Justicia era sentida por todos, las reformas ni fueron rápidas ni fueron certeras, como sucedió en la tardía y dificultosa implantación del Tribunal Supremo o la deficiente extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, que además es explicada muy rigurosamente por el autor.

El libro también plantea la deficiente imposición de las estructuras y los agentes de la centralización, cuyo objetivo no era sino establecer la aplicación de las disposiciones del poder a las diversas partes del territorio. Por ello, el autor da cuenta de los intentos de imponer en España una división provincial al modo francés. En nuestro país se suceden los intentos por imponer esta estructura desde la Constitución de Cádiz, a la Instrucción de 1823 y hasta el Real Decreto de 1833, obra de J. de Burgos que crea la provincia y que sitúa al frente de la misma un jefe provincial, y que a partir de 1836 se reconvierte en un auténtico jefe político, en contraste con el modelo francés. Concluye el autor, seguramente con acierto, señalando que «esta concepción de las funciones del agente periférico de la Administración central redundaría negativamente en la capacidad de penetración de las decisiones administrativas del Gobierno y en la gestión de sus políticas».

Y es que no se puede olvidar también que, arrastrando el problema desde hace siglos, se acomete la eliminación del poder de la Iglesia y su sustitución de su acción social. Aunque la Constitución de Cádiz, a partir de aquel célebre artículo 12, disponía el carácter confesional de la Nación, el liberalismo no mira sino con desconfianza cualquier asociación. Además, el proceso de desmontaje del poder económico de la Iglesia y la venta de sus bienes se inicia en los primeros años del siglo XIX, aunque tuvo su momento álgido con el Ministerio de Mendizábal en 1835. La medida, que pretendía mejorar las mermadas arcas del Estado, consiguió también dejar sin bienes a los establecimientos de educación y de beneficencia que dependían de la

¹¹ S. MUÑOZ MACHADO, *El problema..., op. cit.*, p. 126.

Iglesia. Todo ello se alivió con la firma del Concordato de 1851, aunque situó al Estado ante la necesidad y el nuevo reto (con tintes de precipicio) de crear servicios públicos.

Esta necesidad debería haber supuesto que se hubiese creado de forma prioritaria por los Gobiernos de la época un sistema educativo acorde con las necesidades del país. Como en otras ocasiones, el Discurso preliminar de Cádiz fue muy ilustrativo y elocuente en este punto. Pero, también una vez más, la falta de recursos no permitió crear la infraestructura educativa suficiente y se trasladó la carga de crear este servicio público a las Administraciones municipal y provincial, trasladando el problema a la Hacienda local: los Ayuntamientos habían de sufragar la educación primaria y las Diputaciones provinciales la enseñanza secundaria. Por ello, el autor se centra de forma muy intensa en el papel desmembrador de la política educativa, cuyas consecuencias se hacen sentir hoy día. En efecto, también entonces se sucedieron una tras otra las reformas educativas, no alcanzándose la estabilización del sistema educativo hasta 1857, con la entrada en vigor de la famosa Ley Moxano. Al finalizar el siglo, la intelectualidad española está de acuerdo en que la causa principal del subdesarrollo cultural y social de España, en comparación con otros países, es la ausencia de un sistema educativo, en donde se podría haber utilizado la enseñanza como método de nacionalización del país, al igual que sucedió en Francia.

Por último, el autor afronta la cuestión fiscal pues, en el siglo XIX no debe olvidarse la muy deficiente realización del principio de igualdad ante las cargas públicas, incumpliendo paradójicamente así uno de los más sacros principios del liberalismo. Aunque los textos constitucionales liberales proclamaban la igualdad contributiva y se sucedieron varias reformas, como la de Alejandro Mon, la pésima gestión tributaria y la defraudación hicieron fracasar cualquier intento modernizador y permitió al pervivencia de privilegios para la oligarquía. La consecuencia, nefasta para el futuro, fue la pervivencia de una deuda pública arrastrada y acumulada durante décadas.

Para finalizar este capítulo, el autor cierra primero con el estudio de las denominadas contribuciones de sangre, en donde la desigualdad, la venalidad de cargos y la acción desestabilizadora de la milicia nacional no sirvieron para la integración ni para el fortalecimiento de la nacionalización de las masas. En segundo lugar, también se trata de examinarse por el autor la acción económica del Estado, con una aproximación a una serie de retrasos en el desarrollo económico, y analizándose finalmente de forma certera la indolencia y desacuerdo en el establecimiento de los símbolos de la nación española.

IV. LA EXCEPCIÓN: «CONSTITUCIONALISMO Y CONTINUIDAD DEL ANTIGUO RÉGIMEN EN LAS PROVINCIAS EXENTAS»

Las pretensiones centralistas y centralizadoras de los liberales chocaron con el enquistamiento de una situación heredada en el País vasco y Navarra,

consecuencia de su estatus de ganadores en la Guerra civil del siglo anterior. Como es obviamente conocido, las provincias vascongadas y Navarra quedaron al margen de la unificación jurídica y administrativa que se intentó durante el período liberal, pues los fueros lograron sobrevivir al advenimiento constitucionalista. La intención de la Constitución de Cádiz no era otra que derogar toda excepción al principio de unidad indivisible de la Nación y al principio de igualdad. Pero el retraso en ejecutar las decisiones del constituyente, y el hecho de que algunos de los fundamentos ideológicos de Cádiz apelaran a la Historia como fundamento del nuevo régimen constitucional, como contraposición al francés, favorecieron la continuidad de los régimenes forales. Aquí la cita de MARAVALL¹² se antoja imprescindible, en alusión al mito de la tradición, pues se crea «la ilusión de que la Constitución establecía formas de organización y libertades antiguas, lamentablemente olvidadas»¹³. En definitiva, se produjo una situación de tolerancia, en medio de la confusión de la Guerra de la Independencia, y de recuperación plena de los fueros (que habían sido suprimidos por los franceses), que permitió mantener la idea de que los fueros eran compatibles con la Constitución y se basaban en los mismos fundamentos.

La consecuencia de aquello fue una nueva mitificación de los fueros, pues se le reconoció un principio institucional que nunca había tenido, hasta la Ley de 25 de octubre de 1839¹⁴ que marca lo que el autor denomina nueva foralidad. Los dos artículos de la Ley supusieron un afianzamiento de los fueros, así como su acomodación a la Constitución. La situación era paradójica, pues el resultado del siglo XIX fue un cierto avance uniformizador, pues se impuso una organización judicial común y un sistema electoral general, pero se mantiene el núcleo foral, lo cual produjo a su vez protestas en otras partes del país. La situación llega hasta la Ley de 21 de julio de 1876 abolitoria de los fueros que, sin embargo, prevé adaptaciones y reformas que en su antiguo régimen foral exijan. La situación duró hasta el Real Decreto de 1877 que estableció el primer concierto económico y que implicó el reconocimiento (añadido) de potestades administrativas, de las que carecían hasta entonces los territorios afectados por los fueros.

V. LA DECADENCIA DEL S. XIX HASTA LA SEGUNDA REPÚBLICA: «LA CRISIS DEL MODELO DE ESTADO-NACIÓN UNIFORME Y CENTRALIZADO»

Tras la exposición de los intentos del nuevo orden burgués para imponer unos criterios de uniformidad y de nuevo orden jurídico, económico y político, la argumentación del autor continúa analizando las causas del «desmo-

¹² J. A. MARAVALL, «El mito de la tradición en el constitucionalismo español», en *Cuadernos Hispano Americanos*, num. 329-330, 1997, pp. 547 y ss.

¹³ S. MUÑOZ MACHADO, *El problema...*, op. cit., p. 226.

¹⁴ En el texto, p. 238, hay una pequeñísima errata, pues se publica Ley de 25 de octubre de 1939.

ronamiento» producido por los fracasos colectivos exteriores e interiores, la deficiente culturización del país, la debilidad del sistema educativo, y la falta de empresas nacionales que abanderasen proyectos de progreso. La depresión colectiva de finales del siglo XIX tuvo que desencadenar en modelos políticos que ofreciesen soluciones alternativas atractivas para los ciudadanos, lo cual no fue difícil con un pasado no muy remoto de descentralización y autogobierno. De este modo, a finales del siglo XIX, se producirán en Cataluña y en el País vasco reivindicaciones autonomistas (paralelas al desarrollo económico, como hoy) que nunca antes habían sido expresadas de aquella forma. Se recuerda por los nuevos nacionalismos un pasado en el que dichos territorios contaron con Derecho e instituciones propias, que eran negados por un Estado que ahora está en decadencia, especialmente en la última década del siglo. En este Capítulo, pues, se analiza todo el período de crisis del Estado centralista decimonónico hasta la respuesta regional de la Constitución de 1931.

Parte el autor de las razones históricas culturales, históricas, políticas y económicas que llevaron al desarrollo del nacionalismo catalán. Es un fenómeno estudiado de forma profusa, de modo que pueden analizarse sus hitos de forma muy precisa. La historia de este proceso, desde la Renaixença, está jalonada de nombres como ARIBAU, TORRES, PI, ALMIRALL, PRAT, CAMBÓ, PUIG I CADAFALCH y MACIÁ que explican, desde la derecha hasta la izquierda, la evolución de la reivindicación catalanista que propugnaba fórmulas que suponían la integración dentro de España. El resultado en aquel momento fue la aprobación de la Mancomunidad mediante Real Decreto de 26 de marzo de 1914, experiencia calificada como de «indudable interés», y que integraba a las cuatro provincias catalanas.

En otro apartado, el autor trata la formación del nacionalismo vasco que, como se suele reconocer habitualmente, está vinculada a la obra de Sabino Arana. La sola lectura de su producción causa impacto a quien no la conozca, pues apela a las peculiaridades de raza, lengua y cultura para justificar la pervivencia de la nación vasca. Describe en este momento el autor, con propiedad y objetividad, que en torno a estos pilares construirán (él y sus sucesores) una nueva historia en torno a la cual fundamentarán sus pretensiones. «Sobre estas peculiaridades trabaja la historiografía vasca para crear una verdadera mitología, que han analizado ya con detalle algunos estudiosos de la historia vasca (A. MAÑARICÚA, J. CARO BAROJA, J. JUARISTI, J. ARANZADI, J. CORCUERA ATIENZA...), basada sobre todo en los temas siguientes: la batalla de Arrigoriaga, el levantamiento de Jaun Zuría, como primer señor de Vizcaya, la integración de Vizcaya en la indómita Cantabria, cuya dominación requirió la presencia personal de Augusto y, en fin, el monoteísmo primitivo, anterior a la predicación del Evangelio, así como el origen particular y bíblico de la propia lengua vasca»¹⁵. Es intelectualmente muy revelador (y sobrecogedor) saber que la versión de la Historia que tenía ARANA está permanentemente inspirada por Dios, único creador de las naciones y mo-

¹⁵ S. MUÑOZ MACHADO, *El problema...*, op. cit., p. 263.

tor de la Historia, siendo el vasco la única lengua no contaminada tras la destrucción de Babel. Sea como fuere, uno y otro nacionalismo trataron de justificar el derecho a la autodeterminación de sus nacionalidades que había sido defendido (aunque en unos términos diferentes) años antes en Italia por MAZZINI en 1851.

La Segunda República es el primer intento verdadero, tras la trepidante experiencia de la Primera, de estructurar territorialmente el Estado. Es muy conocida la relevancia que se le proporcionó en los Pactos de San Sebastián. El autor demuestra que las referencias en este Pacto están referidas a una «autodeterminación interna, que no tendría como consecuencia la separación de España, sino la libre determinación de la forma de disponer su autogobierno y de vincularse al Estado»¹⁶. En este punto se sitúa la discusión de la Asamblea constituyente, en relación con la asunción de la forma de Estado que se califica de integral, huyendo expresamente del calificativo de federal. En esta decisión pesó sin duda el precedente de 1873 y el cantonalismo, aunque también fueron definitivas las razones de índole comparada, como las que se refieren a la crisis de conceptos que se vivía entonces. No obstante, se impone la idea de Azaña de que, manteniéndose los Estatutos de Autonomía dentro de los límites constitucionales, roza lo absurdo (y también lo inútil), plantearse cualquier hipótesis de dispersión española.

La Constitución de 1931 y la aprobación inmediata del Estatuto de Autonomía de Cataluña supusieron un giro fundamental en la evolución española. Partiendo del uso del concepto de pueblo, se hace presente un evidente elemento pactista, manifestándose en el principio de libre disposición de los territorios afectados o en la necesidad de que participasen instancias regionales en la reforma estatutaria que se proyectase. En este ámbito y teniendo en cuenta la muy corta vida de este texto normativo, se hace evidente que sólo fue Cataluña la que dispuso la autodeterminación «interna», pues para aprobar su Estatuto de Autonomía no debió esperar a la Constitución, ni debió seguir el procedimiento por ella dispuesto.

A la vista de esta exigencia, el autor considera lo arriesgado de establecer un sistema nuevo desde el punto de vista del Derecho comparado y la imposible previsión en su evolución. Pero estas soluciones han sido favorecidas siempre a lo que el autor denomina «inventores de tradiciones», como las fuerzas nacionalistas. Es cierto que ha existido una desvertebración de España, una ausencia de proyectos de vida en común; pero eso no debería servir de justificación a pretensiones nacionalistas que, no tienen, en rigor, una justificación histórica ni teórica. Aquí el autor plantea su segunda tesis, tras demostrar que el problema de España no es de nación, sino de Estado: las fuerzas nacionalistas tienen planteamientos de cuya razonabilidad cabe dudar de una forma razonable.

¹⁶ S. MUÑOZ MACHADO, *El problema..., op. cit.*, p. 288.

VI. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: «EL PROBLEMA DEL ESTADO EN LA ACTUALIDAD»

Muerto el dictador, el primer acto, preconstitucional y de gran simbolismo, y que determinaba cuál era la intención del nuevo sistema fue el *Real-Decreto Ley 41/1977, de 29 de septiembre sobre restablecimiento provisional de la Generalidad de Cataluña*. Fue una peculiar «devolución» que tendría que repercutir en la nueva organización general del Estado. El resultado es el conocido y está explicado bien por el autor. Así, al modo de resolver la organización y los poderes propios de cada territorio autónomo, se empezó a denominar «principio dispositivo», que no era otra cosa que el principio de «autodeterminación, con el contenido máximo que había llegado a tener en 1931, es decir, una facultad de decidir sobre el autogobierno y sus instituciones acotada por los principios genéricos de la Constitución»¹⁷. Desde luego esta idea de autodeterminación (a nuestro juicio, adecuada e interpretada en sus justos términos) contrasta con las disparatadas interpretaciones que se propugnan en ocasiones desde sectores del nacionalismo. Todos estos ingredientes están aglutinados por la idea de consenso, que dominó todo el procedimiento.

Pero el consenso ha tenido como consecuencia que muchas de las reglas que figuran en la Constitución han sido establecidas en la sombra y no constan en el Diario de Sesiones. Además, y lo que es importante, ha supuesto que el contenido del Título VIII fuera lo menos explícito posible y notablemente insuficiente para organizar el sistema de autonomías. Finalmente, lo que va a ser el conjunto del Estado ha dependido de unos pactos con un contenido potencialmente diferente. El autor denomina (de forma quizás algo exagerada) este proceso como «espectacular retorno a la Historia», pues la organización de cada territorio se hace depender de pactos particulares, pasándose a un «pactismo generalizado». Lo que quiere decir el autor es que el pacto (habitual hasta el siglo XVIII) reaparece ahora como elemento fundamental del sistema autonómico. Lo que no está tan claro, a nuestro juicio, es que el sistema de nuestra Constitución sea enteramente paccionado, aunque tenga algunos elementos paccionados, por el hecho de que la iniciativa de reforma de los Estatutos de Autonomía (y también de inicio de su aprobación) haya de provenir casi siempre de los Parlamentos autonómicos.

Cuando los Estatutos de Autonomía han cumplido veinte años y tras una vivencia más o menos razonable en donde ha pervivido cierta homogeneidad, se ha despertado recientemente la idea de que se había cumplido un ciclo. El nuevo proceso es inquietante. A la cabeza se situó el conocido «plan Ibarreche» y al año siguiente se situó el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña. En aquél quería ejercer la soberanía el pueblo vasco, mientras que la propuesta catalana supone la integración de Cataluña en España, con una

¹⁷ S. MUÑOZ MACHADO, *El problema..., op. cit.*, p. 317.

evidente bilateralidad en muchas materias. Y es que la renuncia, como expone el autor, de la Constitución a determinar una materia tan fundamental como la organización y los poderes del Estado, ha supuesto en cierta forma (y aunque el autor no lo diga así) que se fomente la reforma estatutaria como categoría jurídica primaria. De hecho, el camino podría no tener fin y las ansias nacionalistas tampoco (si no se reforma la Constitución, habría que puntualizar). Además, debe tenerse en cuenta que materias tan horizontales e importantes como la cultura, la educación o la televisión propia son de competencia de las Comunidades Autónomas.

Seguidamente, el autor presenta el posible límite al «poder estatuyente», y en concreto, se plantea si la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede ser considerada tal límite. Aunque, con corrección dispone la cuestión a sus correctos términos, pues señala que se puede aceptar que la jurisprudencia constitucional no sea límite a la acción del poder estatuyente (art. 28 LOTC), pero ello no debe suponer que se le permita al Estatuto de Autonomía reinterpretar preceptos constitucionales. De todas formas, el autor (como es del todo razonable) no puede dejar de aludir a la conveniencia de reformar la Constitución, primero para cerrar de una vez por todas la distribución de competencias y poder así conocer a ciencia cierta lo que puede hacer el Estado. Y además, deberá la reforma aclarar técnicas y conceptos. En este sentido, la cita del *Informe del Consejo de Estado* de enero de 2006 es inevitable, pues (sirva esto sólo a modo de ejemplo) la definición de lo que es común denominador normativo no puede ser cedida a una Comunidad Autónoma. Sigue aquí el autor su ya citado *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público*.

A continuación, y en lo que es una de las más interesantes partes del libro, el autor trata una reflexión crítica del significado del Estatuto de Autonomía de Cataluña¹⁸. Resumiendo lo más esencial, señala primero que la estructura normativa del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) está pensada en cuanto a su semejanza a la de la Constitución, con una distinción entre parte orgánica y parte dogmática (amplísima, aunque S. MUÑOZ MACHADO no vea mayor problema de constitucionalidad), cuyo Preámbulo, además, denomina nación a Cataluña. Aclara el autor que este concepto sólo puede ser interpretado en el sentido de afirmar la identidad histórica, cultural y lin-

¹⁸ Su origen se encuentra en el *Informe sobre la reforma del Estatuto*, publicado por la Generalidad en 2003. Los fundamentos doctrinales de la reforma catalana en C. VIVER i PI-SUNYER, en «La reforma de los Estatutos de Autonomía. Con especial referencia al caso de Cataluña», en C. VIVER i PI-SUNYER, F. BALAGUER CALLEJÓN y J. TAJADURA TEJADA, Madrid, 2005. Por su parte, F. BALAGUER CALLEJÓN, «Las cuestiones competenciales en los actuales procesos de reforma de los Estatutos de Autonomía», *Revista General de Derecho Constitucional. Reforma de los Estatutos de Autonomía y pluralismo territorial. Reforma de los Estatutos de Autonomía y pluralismo territorial*, núm. 1, 2006, p. 48. Pero la doctrina, en general, ha sido crítica con la técnica utilizada por el Estatuto catalán. Puede citarse en este sentido, T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, «La reforma de los Estatutos de Autonomía y sus límites constitucionales», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 24, 2005, pp. 181 y 182. Ya antes del mismo autor, «¿Es el Estatuto de Autonomía una norma capaz de modular el alcance de la legislación del Estado?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, 2004. También A. SANZ PÉREZ, «La reforma de los Estatutos de Autonomía (Con especial referencia a los Estatutos de Cataluña y de la Comunidad Valenciana)», núm. 18, 2007.

güística de Cataluña. En segundo lugar, resalta del EAC que es una norma que anticipa regulaciones cuya aprobación competiría al legislador estatal, tratando de imponer a éste su contenido. De esto el autor señala que «algunos de estos mandatos se sitúan al borde la constitucionalidad, cuando no bordean su límite»¹⁹. Para el autor, sólo sería legítima la previsión de obligaciones al legislador estatal, cuando fuese consecuencia directa de las competencias que tienen asumidas las Comunidades Autónomas y que no podrían ejercerse sin la aprobación de normas estatales. Sin embargo, serían inconstitucionales las autodelegaciones incluidas en el Estatuto de Autonomía, es decir, previsiones de delegación expresa por el Estado a la Comunidad Autónoma.

La tercera característica sería el denominado blindaje de las competencias, por el que se impediría toda alteración de lo previsto en el Estatuto de Autonomía de Cataluña y, además, intentaría impedir el vaciamiento de contenido que muchas veces el Estado efectúa cuando aprueba normas básicas que van mucho más allá de la determinación de un «común denominador normativo». El autor es partidario de aplicar a esta técnica las mismas objeciones (aunque sea un argumento demasiado general) que dispuso el Tribunal Constitucional en su famosa Sentencia de 5 de agosto de 1983.

La cuarta razón del nuevo Estatuto se centra en la equiparación entre la posición de la Comunidad Autónoma y la del Estado, imponiendo un bilateralismo dualista, que constituye una primitiva versión del federalismo y muy regresivo, pues el último momento de su evolución apunta hacia versiones donde prima el cooperativismo. El dualismo se proyecta en numerosos preceptos, como en la resolución de conflictos, en el ejercicio de competencias por el Estado, o en la participación en institucionales estatales. Es esencial en este Estatuto de Autonomía que la Generalidad es Estado, en el sentido de que el Estado debe utilizar la Administración catalana cuando deba ejecutar las materias que la Constitución le atribuye.

Para finalizar, el autor parece proponer una necesaria y sensata uniformización del sistema competencial (con una tendencia a la federalización), supuesta la ineptitud de que sea la justificación histórica motivo suficiente para explicar ningún régimen autonómico, con las excepciones del Derecho civil foral (allí donde exista) y de los sistemas de financiación vasco y navarro (sin que deba asustar una actualización de ellos, sobre todo de la primera). La uniformización vendría impuesta por varias motivaciones, entre las que se encuentra de forma fundamental el proceso de integración europea. En todo caso, finaliza el autor con una reflexión a modo de propuesta, sobre la necesaria coordinación entre todas las Comunidades Autónomas, imponiéndose la multilateralidad frente a la bilateralidad.

¹⁹ S. MUÑOZ MACHADO, *El problema..., op. cit.*, p. 339.

Esther de Alba Bastarrechea *

**Calvo Buezas, Tomás (ed.):
*El gigante dormido. El poder hispano
en los Estados Unidos***

Los libros de la catarata. Madrid, 2006.

Sumario: I. LOS HISPANOS EN LOS ESTADOS UNIDOS: ¿AMENAZA O NUEVA CIVILIZACIÓN?—II. LAVOCACIÓN POLÍTICA HISPANA.—III. EL MOVIMIENTO CHICANO ¿VIVO O MUERTO?—IV. LA AMENAZA DEL TERRORISMO EN LOS ESTADOS UNIDOS: LA RESPUESTA EMOCIONAL DE UNA NACIÓN EN GUERRA.—V. EL SISTEMA DE JUSTICIA Y LOS INMIGRANTES HISPANOS EN LOS ESTADOS UNIDOS: ¿UN MODO DE ASIMILACIÓN?—VI. LUCHA POLÍTICA PUERTORRIQUEÑA EN DOS FRENTES: ISLA Y ESTADOS UNIDOS.—VII. EL PODER DE LA LENGUA: LA EXPANSIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN ESPAÑOL EN ESTADOS UNIDOS.—VIII. EL PODER EN EL CIBERESPACIO. EL ESPAÑOL DE INTERNETY DE LAS INNOVACIONES TECNOLÓGICAS: ¿UN NUEVO LENGUAJE TÉCNICO FRENTE AL INGLÉS?

Nos encontramos ante una obra colectiva que trae causa del Simposio Internacional «Hispanos en Estados Unidos, Inmigrantes en España ¿Amenaza o Nueva Civilización?», celebrado en Madrid y Cáceres en junio de 2006.

El coordinador e introductor del libro es Tomás CALVO BUEZAS, Catedrático emérito de Antropología de la Universidad Complutense de Madrid y Director del Centro de Estudios sobre Migraciones y Racismo (CEMIRA), que es también autor de uno de los capítulos.

La obra se estructura en ocho capítulos, realizados cada uno de ellos por un autor, y cuyos temas tratan cuestiones tan diversas como la posición de los hispanos en Estados Unidos y su situación actual en comparación con la de décadas anteriores, singularmente, con el movimiento chico de los años sesenta y setenta; o cómo ha influido sobre los hispanos la respuesta a la amenaza terrorista tras los atentados del 11 de septiembre de 2001; la vocación política de los hispanos y cómo les afecta el sistema judicial norteamericano; sin olvidar cuestiones de candente actualidad desde el punto de vista cultural y el de la globalización, como lo son la cuestión de la len-

* Letrada de la Asamblea de Madrid.

gua y los avances tecnológicos, así como la combinación de ambos: el español en Internet.

Para proporcionar al lector una idea más concreta del contenido del libro nos referiremos, someramente, a cada uno de sus capítulos.

I. LOS HISPANOS EN LOS ESTADOS UNIDOS: ¿AMENAZA O NUEVA CIVILIZACIÓN?

La autoría de este capítulo corresponde al profesor CALVO BUEZAS.

El autor expone la relevancia de tres factores del colectivo hispano en los Estados Unidos, cuales son, su peso demográfico, su creciente poder adquisitivo y su importancia en el momento de las elecciones a través del ejercicio del derecho de sufragio.

Plantea que el objetivo de los hispanos en estados Unidos ha de ser la creación de una cultura sincrética: «entroncada pero distinta a la de sus ancestros», se trataría de un nuevo mestizaje, siendo americanos y conservando su lengua, su religión y su folclore.

Discrepa del planteamiento de Samuel HUNTINGTON, que califica de racista, por entender que la evolución de la presencia latina en Estados Unidos no implicará una fractura en el país que termine implicando la coexistencia de dos países, dos culturas y dos idiomas, para el autor esta teoría no es más que una sustitución de la falla social entre negros y blancos por la de latinos y no latinos, derivada de la especificidad de los latinos en un país caracterizado por ser multirracial, dicha especificidad sería su no asimilación a la cultura dominante y ello es lo que determina el hecho diferencial latino respecto de otras culturas y razas que habitan en Estados Unidos.

Para el autor lo latino no supone amenaza o invasión, sino algo positivo, enriquecedor, el inicio de una nueva cultura: latina pero también americana.

Establece comparaciones con el movimiento chico de los años sesenta y setenta y, aunque reconoce la existencia de diferentes problemas y contextos históricos, considera que existe identidad en las exigencias estructurales de fondo: reconocimiento de justicia social para los inmigrantes y reconocimiento también de la aportación sustantiva de los inmigrantes extranjeros al bienestar en los Estados Unidos.

También expresa la importancia de las manifestaciones de 1 de mayo de 2006 a través de las grandes ciudades norteamericanas y su impacto en la opinión pública.

Por último, resume la posición de los latinos en Estados Unidos manifestando que su mayor potencial, no sólo cultural, sino también político, es precisamente el enriquecimiento de la sociedad estadounidense con su legua, su modo de vida su religiosidad y, en fin, su cultura.

II. LA VOCACIÓN POLÍTICA HISPANA

La autoría de este capítulo corresponde a Alberto MONCADA, sociólogo y Presidente de Sociólogos sin Fronteras.

Comienza con un planteamiento histórico que podemos resumir expresando que los inmigrantes procedentes del sur traen causa de la dominación económica procedente el norte. Expone diferencias entre la colonización española, con su componente de religiosidad y conversión al catolicismo y la colonización económica norteamericana. Realiza un tránsito por los diferentes países latinoamericanos cuya población ha emigrado a los Estados Unidos de forma más numerosa.

También plantea la importancia de la identidad cultural y cita la interesante opinión de la autora Linda ROBINSON en su artículo «Hispanics don't exist», quien sostiene que los latinos no constituyen, en realidad, un grupo étnico, dada la enorme variedad entre ellos, lo que, a su vez, explica la ausencia de un verdadero poder político común.

El autor considera que existen dos claves desde el punto de vista de la identidad cultural:

- La lucha contra la discriminación racial y social. En tanto en cuanto los latinos son minoría deben estar implicados en esta lucha.
- La multiculturalidad implica una aportación a América que pretende una ruptura con el dominio del poder político y económico de los anglos.

Expone el autor que hay una recreación del fundamento mismo de los Estados Unidos: la voluntad de creación de un país *ex novo*. «La escenografía política de la Declaración de Independencia nos presenta unos actores que creen en la igualdad como fundamento de la convivencia, que repudian los privilegios y que, con todas sus debilidades originarias, y entre ellas el esclavismo, apuestan por una sociedad sin castas ni dueños. La América de los siglos XVIII y XIX, con sus enclaves alemanes, escandinavos, mexicanos, fue más abierta culturalmente que la que defienden los partidarios del *English only*».

Al analizar la cuestión del empleo, el autor expresa que los latinos ocupan los puestos de trabajo de menor cualificación y menor salario, que contribuyen a rebajar aún más al verse, en muchas ocasiones, obligados a aceptar condiciones de trabajo más gravosas. Sin embargo, también destaca que la infiltración de los hispanos en determinados sectores, como la agricultura o la hostelería implica la absoluta necesidad de los mismos para la supervivencia de estos sectores.

La participación social y política se va incrementando entre los latinos, principalmente a través del asociacionismo, que el autor considera más propio de la cultura anglo que de la latina, pero que ha servido a los latinos como instrumento para participar en cuestiones sindicales y en la reivindicación de derechos civiles.

III. EL MOVIMIENTO CHICANO ¿VIVO O MUERTO?

El autor de este capítulo es José Ángel GUTIÉRREZ, fundador del partido de La Raza Unida y profesor en el Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Texas en Arlington, por tanto, uno de los líderes del movimiento chicano de los años sesenta y setenta.

Comienza su capítulo describiendo diferentes intentos de definición del concepto de movimiento social y señala que, en términos generales, varios expertos los definen «como iniciativas colectivas que pretenden cambiar el *statu quo*. Los movimientos sociales presentan condiciones de malestar que conducen a la unión de fuerzas en la acción y la solidaridad; se basan en la protesta y la perturbación como herramientas principales para desafiar al *statu quo*, creando espacios públicos temporales, y utilizan símbolos con resonancia cultural, orientados a la acción mientras que participan en una interacción sostenida y política contenciosa contra sus oponentes».

Continúa con la historia de los mexicanos en Norteamérica, en la que expone las diversas circunstancias a través de las cuales la incorporación a los Estados Unidos de buena parte de lo que un día fue México ha dado lugar a la existencia de mexicanos en suelo estadounidense, pero no ya por la inmigración, sino por la ocupación de las tierras.

Seguidamente expone que la supremacía de los blancos se ha debido y se debe a la desigual aplicación de los principios derivados del concepto de democracia liberal, que se aplican a los blancos y no a los demás, así como al protestantismo, que «destaca la ética del trabajo y equipara la riqueza a lo divino, la prosperidad con providencia y el progreso con el destino».

Expone diversos hitos históricos para la inmigración mexicana en Estados Unidos, como el Programa Bracero de finales de los años cuarenta que fue el inicio de la llegada de mano de obra barata, que continúa hasta hoy; la G. I. Bill (Ley del Soldado) que ayudó a la creación de una clase media mexicano-estadounidense mediante la aportación de estudios y vivienda a la veteranos de la II Guerra Mundial, a la que acudieron los mexicanos por obligación, ya que el alistamiento era obligatorio para los residentes; a principios de los cincuenta la Operación Espalda Mojada implicó la deportación de millones de mexicanos, incluso de segunda generación y naturalizados como estadounidenses.

También expone una evolución del movimiento chicano, cuyo origen lo data en los años sesenta, con el liderazgo de jóvenes adultos, ya de tercera y cuarta generación, con los movimientos liderados por César Chávez en California y Reies López Tejerina en Nuevo México. El primero como una organización de trabajadores agricultores que, a pesar de realizar reivindicaciones laborales, utilizaban una simbología claramente mexicana, como la imagen religiosa de la Virgen de Guadalupe o el pájaro mitológico, Quetzalcoatl, siempre mantuvo y propugnó una actitud pacífica. El segundo, por su parte, reivindicaba una patria chicana dentro de Estados Unidos. Su movimiento fue más radical y fue encarcelado varias veces y durante varios años, lo que determinó la decadencia y pérdida de su liderazgo.

En los años setenta y ochenta el movimiento chicoano enlaza con las reivindicaciones de mujeres y jóvenes, y las demandas son diferentes: educación bilingüe, profesores, asesores y administradores chicanos, etc.

En 1970 se formó el partido político de La Raza Unida, que fue perdiendo ímpetu electoral durante esa década y desapareció a principios de los ochenta, cuando los representantes se presentaron a la reelección pero dentro del partido demócrata.

Finaliza su capítulo cuestionando la supervivencia del movimiento chicoano, pero sin perder la esperanza en su continuidad.

IV. LA AMENAZA DEL TERRORISMO EN LOS ESTADOS UNIDOS: LA RESPUESTA EMOCIONAL DE UNA NACIÓN EN GUERRA

El autor de este capítulo es Alejandro DEL CARMEN, ex-director del Center for Mexican American Studies (CMAS) y miembro del Departamento de Criminología de la Universidad de Texas en Arlington.

El autor expone el impacto de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 sobre la sociedad estadounidense, la incredulidad y el temor colectivos que infundieron a la población de los Estados Unidos.

Como reacción a los atentados se adoptó la Patriot Act, legislación que implica un recorte importante de las libertades individuales de los ciudadanos norteamericanos ante la falta de reacción de los mismos motivada por su miedo a los ataques terroristas.

El contenido de la Patriot Act se fundamenta en los siguientes aspectos: investigación criminal; investigadores de inteligencias extranjeras; blanqueo de dinero; terroristas y víctimas extranjeras y otros crímenes y penalizaciones.

Desde el punto de vista de la disminución de las libertades en los Estados Unidos la Patriot Act permite a las autoridades: la interceptación y el conocimiento de cualquier comunicación telefónica o telemática, y especialmente de las electrónicas; interceptación y control de los flujos de dinero; establecimiento obligatorio en las entidades financieras de criterios de identificación de los clientes; detención y deportación de cualquier extranjero sospechoso de terrorismo. Se incrementa la capacidad de los estados y del gobierno federal para espionar a los ciudadanos; el gobierno puede agregar a las bases de ADN muestras de individuos «condenados por cualquier crimen violento», por lo que no se circunscribe al ámbito del terrorismo; las actividades gubernamentales gozan de mayor secretismo, lo que podría implicar mayor impunidad.

El autor plantea que ante el dilema de elegir entre un modelo que pone énfasis en las garantías individuales y otro que lo pone en el control criminal la Patriot Act adopta claramente el segundo (aunque para el autor es un camino que se inició en los ochenta con la Administración Reagan para la lucha contra la droga).

Plantea que en la actualidad el Departamento de Justicia promueve una nueva legislación, la Patriot Act II, que se refiere a algunas cuestiones relacionadas con la inmigración y, específicamente, hacia «blindar las fronteras».

Asimismo se critica la creación de «perfils raciales»: que la policía lleve a cabo su investigación, detección e identificación del sospechoso basándose en las características raciales del individuo y no en su actividad criminal.

Esta Patriot Act II abundaría en el control criminal abandonando el respeto a las libertades individuales y sus garantías.

V. EL SISTEMA DE JUSTICIA Y LOS INMIGRANTES HISPANOS EN LOS ESTADOS UNIDOS: ¿UN MODO DE ASIMILACIÓN?

El autor de este capítulo es Orlando RODRÍGUEZ, Catedrático del Departamento de Sociología-Antropología de la Fordham University, Bronx, Nueva York.

El autor plantea la hipótesis de que el sistema de justicia penal estadounidense es un elemento de asimilación de los hispanos, argumentando que las interacciones sociales del mismo influyen en la asimilación, especialmente en los hispanos de segunda generación.

Parte de la teoría de que el comportamiento criminal se aprende socialmente y, por ello, es un modo de asimilación.

Para demostrar esta tesis presenta diversos datos de presencia de la población inmigrante hispana en los colectivos de víctimas de delitos, detenidos y reclusos. De dichos datos se desprende que «las tasas de victimización entre hispanos son ligeramente superiores a las de los no hispanos»; en cuanto a los detenidos, «Las tasas de los hispanos eran inferiores a las de los negros, pero superiores a las de los blancos y otros grupos»; en cuanto a los reclusos; «las tasas de encarcelamiento juvenil y de adultos en el grupos hispano son más altas que las de blancos, indios americanos y asiáticos, pero más bajas que las de los negros».

Afirma el autor que «en criminología es bien sabido que, con unas pocas excepciones, las características sociales de las víctimas reflejan las de los autores» por lo que «si las tasas de detención de un grupo étnico son más altas que sus tasas de victimización, la diferencia puede interpretarse como evidencia, aunque no como prueba, de que existe discriminación policial, del mismo modo que las discrepancias entre las tasas de detención oficiales de un grupo étnico y las que ese grupo da de sí mismo sugieren discriminación». Esto es lo que sugiere que sucede con los hispanos.

También afirma que existe menor implicación delictiva entre inmigrantes que entre autóctonos, pero ésta es mayor en los hijos de los inmigrantes que en los hijos de los estadounidenses, de donde concluye que el hispano de segunda generación tiene mayor interacción con los componentes del sistema de justicia penal que actúa como agente de socialización y es lugar de asimilación para el inmigrante.

VI. LUCHA POLÍTICA PUERTORRIQUEÑA EN DOS FRENTESES: ISLA Y ESTADOS UNIDOS

El autor de este capítulo es Ramón-Darío MOLINARY, diplomático, académico, periodista y escritor. Fundador del Seminario de Cultura Puertorriqueña de Madrid y Director de la Casa de Puerto Rico en España (CAPRE).

Se trata de la exposición del estatuto político de Puerto Rico respecto de los Estados Unidos, que el autor considera de naturaleza colonial y que se resume en el contenido del Informe de la Casa Blanca de diciembre de 2005 sobre dicho estatuto.

El citado Informe establece cuatro posibles alternativas:

- Autonomía: el Congreso, sin embargo, rechazó en 1999 y 2001 mejoras tendentes en este sentido desde la condición de estado libre asociado.
- Anexión: incorporación como estado 51, con imposiciones referentes al idioma inglés y con alteraciones en la Cámara de Representantes de Washington, dada la importante densidad poblacional de la isla.
- Independencia: que llevaría a los habitantes de la isla a la obligación de elegir entre la ciudadanía norteamericana y la puertorriqueña.
- Libre asociación: reconocimiento para Puerto Rico de la condición de nación soberana, pero con el desmentido contradictorio de que este estatuto podría ser anulado unilateralmente por cualquiera de las partes, lo que implicaría la reversión a la situación actual.

El autor considera que la lucha se da no sólo frente a Washington, sino también en el interior de la isla pues también allí existe una pugna política en torno a cuál es la mejor de las situaciones estatutarias posibles, no existiendo acuerdo al respecto.

El capítulo recoge también la opinión del autor sobre la génesis histórica del actual estatuto, al que califica de colonialismo por entender que la constitución del estado libre asociado fue modificada unilateralmente por Estados Unidos y, aunque fue confirmada posteriormente en Puerto Rico, tanto por los representantes como por los ciudadanos en *referendum*, lo considera una imposición.

VII. EL PODER DE LA LENGUA: LA EXPANSIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN ESPAÑOL EN ESTADOS UNIDOS

El autor de este capítulo es Juan José GARCÍA, editor de la Primera Página de *La Opinión*, Los Ángeles, California.

Comienza con una comparación empírica, y en primera persona, sobre la evolución de los medios de comunicación social en general, y explica sus dificultades en 1970 para seguir en español el mundial de fútbol y para conocer

en 1981 el frustrado golpe de estado en España, frente a la situación actual, en la que, dejando al margen Internet, existe un amplia oferta de medios de comunicación en español dentro de los Estados Unidos: el autor cita tres grandes cadenas de televisión, como Univisión, Telemundo de NBC y televisión Azteca; en cuanto a la radio, afirma que los dos primeros programas nacionales de la mañana en número de oyentes son dos emisoras hispanas de Los Ángeles.

En cuanto a la prensa escrita, expone que las grandes publicaciones nacionales (*People, Vanity, National Geographic...*) tienen versiones en español y, además, existen 1.500 publicaciones, entre diarios y semanarios, propiamente hispanas.

También hace referencia a la disminución de la utilización del español entre los inmigrantes: explica el autor que, si bien a menudo se habla de 43,5 millones de hispano parlantes, esa cifra es exacta en cuanto a personas de origen hispano en los Estados Unidos, pero no en cuanto a personas que hablan español, y ello porque, si bien es una lengua que conserva y habla la primera generación de inmigrantes, la segunda la conoce también, pero la utiliza menos y la tercera, en ocasiones, ni la conoce o sólo la utiliza e el ámbito estrictamente familiar. No por ello deja de reconocer que es una tendencia que se va invirtiendo, aunque por razones de moda, ya que los más jóvenes encuentran moderno hablar también español y no sólo inglés.

Concluye el autor su capítulo con una exposición de la evolución del periódico que dirige, *La Opinión*, desde sus orígenes hasta la actualidad, remarcando que su vocación siempre fue no sólo informar de lo acaecido en los países tanto de origen como de destino, sino también servir de vínculo de unión entre los mexicanos residentes en los Estados Unidos y su país nativo.

VIII. EL PODER EN EL CIBERESPACIO. EL ESPAÑOL DE INTERNET Y DE LAS INNOVACIONES TECNOLÓGICAS: ¿UN NUEVO LENGUAJE TÉCNICO FRENTÉ AL INGLÉS?

Comienza con una breve introducción sobre el número de personas que hablan español en Estados Unidos y el crecimiento demográfico de la población hispana en dicho país, con los efectos consiguientes sobre la población global.

Plantea que, no obstante, la documentación científica producida en español es muy escasa y el dominio del inglés en dicho ámbito nos obliga a utilizar neologismos que, en muchas ocasiones, proceden del inglés, a diferencia de los inventos de hace un siglo o más, que tomaban su nombre de las lenguas clásicas.

También considera como inconveniente para la expansión del español la utilización, cada vez más extendida, de Internet y el correo electrónico.

Para el autor, el idioma de Internet no es ya el inglés, pues la presencia de otras lenguas crece continuamente, si bien es cierto que existe un nuevo vocabulario que procede principalmente del inglés, lo que se debe a que muchas de las innovaciones tecnológicas son británicas o estadounidenses y el peligro para el español es que no se encuentra un términoívoco para la traducción y, así, unificar el lenguaje, por lo que se simplifica utilizando las expresiones anglosajonas.

La vigésimo segunda edición del *DRAE* de 2001 ya incluía términos informáticos y tecnológicos como *web*, *hardware*, *software*, *chat*, etc., y ello demuestra la tesis que el autor viene exponiendo.

Otro problema importante es la iniciativa anunciada por el buscador Google de digitalizar quince millones de libros de cinco de las bibliotecas más ricas del mundo: Harvard, Michigan, Stanford, Oxford y la Biblioteca Pública de Nueva York. Naturalmente, el autor no se muestra contrario a esta iniciativa, sino entusiasta, pero reconoce que se da un cierto «monopolio del inglés» en el conocimiento, ya que de las cinco bibliotecas seleccionadas sólo una es europea, y se trata de la británica Oxford.

Atendiendo a estos motivos la Unión Europea ha impulsado y proyecto de Biblioteca Europea (The European Library, TEL) en el que participarán treinta y cuatro países europeos, entre ellos España, pero el avance del proyecto anglosajón es ya muy notable, por lo que también lo es la ventaja.

No deja de considerar el autor el efecto lingüístico de la implantación social del teléfono móvil y, más en concreto, de los mensajes SMS, que considera un fenómeno a investigar, máxime cuando ya es reconocido que se trata de un sistema de comunicación rápido, barato y eficaz.

También se refiere al fenómeno de los *blogs*, páginas *web* personales, de música, de cine, empresariales, que crecen velozmente y que se pueden convertir en una nueva herramienta de comunicación, al modo de cómo ha sucedido con Internet y los mensajes cortos, que están estableciendo nuevas redes sociales, facilitando espacios de encuentro y ¿por qué no? también de participación.

La radio tradicional ha encontrado un peligro para el futuro en la radio digital con tecnología MP3, una incorporación a la misma puede implicar un aumento de la audiencia y su ausencia lo contrario, la pérdida de oyentes.

También se refiere el autor a la enciclopedia *Wikipedia*, cuya versión en español es minúscula en comparación con su homóloga británica.

Por último, expresa que cada vez se utilizan menos palabras para la comunicación y muestra su pesar por esta circunstancia, que considera un empobrecimiento del lenguaje para, a renglón seguido, reanimarse humorísticamente argumentando que no es tolerable que cada vez se usen menos palabras y, además, muchas de ellas ahora sean en inglés.

Esteban Greciet García *

**Velasco, Juan Carlos:
Para leer a Habermas**

Alianza Editorial,
Madrid, 2003, 189 pp.

El libro que reseñamos aquí constituye una muy interesante aproximación a la obra de Jürgen HABERMAS, filósofo de la segunda hornada de la Escuela de Francfort, a cargo de Juan Carlos VELASCO ARROYO, uno de los mayores especialistas y estudiosos, en lengua castellana, del pensador alemán, a la vez que comentarista, editor y traductor suyo¹. Se trata una excelente introducción para todo el que se anime a adentrarse en la obra habermasiana, cuya influencia intelectual en nuestros días resulta difícil de exagerar: de unos títulos iniciales que arraigan en las controversias de los francfortianos a una fama mundial como polemista, de las discusiones y problemáticas propias de la Alemania de posguerra a su intervención en medios de comunicación de todo el mundo, sobre temas de actualidad que rebasan con creces el ámbito de su país, la proyección de HABERMAS en Europa, pero también en Norteamérica, así como en los países de habla hispana, no ha dejado de aumentar.

Así lo resalta VELASCO en su *Prefacio*, en el que destaca acertadamente esa doble dimensión del autor objeto de estudio: la profundidad de las raíces de su pensamiento frente al riesgo de su ductilidad, su utilización con fines exclusivamente ideológicos o bien una visión parcial de su obra que sólo se interese por las dimensiones que el especialista en una determinada materia tenga a mano, obviando su carácter sistemático y su pretensión de integrar sus reflexiones en un conjunto dotado de sentido, como parece exigible, en rigor, a alguien de quien, por otro lado y quizás sin pretenderlo en principio, es predictable el atributo de *philosophe* en el sentido de la Ilustración.

* Letrado de la Asamblea de Madrid.

¹ A este libro le preceden *Entre derecho y moral: una reconstrucción del tratamiento habermasiano de la racionalidad práctica*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997, y *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000; amén de diversos prólogos, ediciones y traducciones que aparecen enumerados en la propia referencia bibliográfica de *Para leer a Habermas*.

Dice el autor que «la obra de Habermas quizás constituya el esfuerzo más original y coherente tendente a la elaboración de una filosofía a la altura del espíritu postmetafísico que de modo casi inexorable caracteriza nuestro tiempo»; sólo RAWLS aparece a su altura en el ámbito de la filosofía política, de manera que, simplificando la cuestión, el alemán ocupa acaso un lugar *emblemático* en el pensamiento contemporáneo. Es una figura señera que no sólo ha tratado un sinnúmero de temas con gran profundidad sino que, insistimos, ha intentado entrelazarlos con intención integradora; y ello no ya por su encuadramiento en alguna de las corrientes filosóficas al uso con que convencional y a menudo infundadamente suele catalogarse a autores como el nuestro, sino por encarnar, en Alemania y en Europa, al intelectual cuya opinión se erige en referente en asuntos políticos y sociales muy diversos, hasta el punto de que VELASCO lo sitúa en la galería donde ya figuran DEWEY, CROCE, ORTEGA o SARTRE.

No se ocultan al introductor y estudioso de HABERMAS las dificultades de su tarea; pero, para facilitarnos su lectura, VELASCO se vale de dos instrumentos esenciales en su labor de síntesis. Así y por una parte, la agrupación del resumen de la obra habermasiana en Capítulos que corresponden a otros tantos bloques materiales o temáticos, en los que se condensan las aportaciones del autor analizado, sin perjuicio de construir el camino cronológico por el que ha transitado.

Por otra, diversas herramientas que, a modo de acotaciones, al comienzo y al final de *Para leer a Habermas*, ha de tener presente el lector para orientarse: la identificación de los títulos del pensador alemán por medio de un sistema de abreviaturas, para evitar citas prolijas y disuasorias; una sucinta nota biográfica que le sitúa adecuadamente en su contexto histórico, universitario y filosófico, con una tabla sobre su vida y obra; un utilísimo *Glosario básico* que puede consultarse a partir de las llamadas que a él se efectúan a lo largo del libro, o bien al concluirlo; una completa y anotada *Bibliografía* primaria y secundaria, muy útil y rigurosa, que se divide en tratados u obras sistemáticas o monográficas, libros basados en recopilaciones de pequeños ensayos y otros integrados por artículos, conferencias e intervenciones orales en actos y debates; e información sobre la presencia de HABERMAS en Internet.

El primer Capítulo, *El entorno intelectual de la filosofía habermasiana: continuidad y ruptura con la tradición crítica*, pone de manifiesto la intención de nuestro autor, de aunar teoría y praxis en pos de la consecución de los objetivos de la Modernidad. Así, enraíza su quehacer en la tradición kantiana, supuesto que, como se verá, su obra pivota sobre la actualización de la ética formal del filósofo de Königsberg, para, sobre esas bases, establecer una teoría de la sociedad con implicaciones directas en la Política y el Derecho, en un esquema tripartita que en España hemos podido leer, entre otros, en PECHES-BARBA². Pero también parte de sus antecesores de Francfort, los marxistas heterodoxos de la teoría crítica que habían puesto el dedo en la llaga

² *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, 1.^a ed., 1.^a reimpr., Fontamara, México D.F., 2004.

de las posibles consecuencias perversas que se seguirían de llevar el proyecto ilustrado a su culminación, desde la lectura que HABERMAS hace de la obra de ADORNO y HORKHEIMER, *La dialéctica de la Ilustración*³.

La búsqueda de las metas emancipatorias de ese proyecto enlaza con la idea republicana que concibe el sistema político democrático al servicio de la ausencia de dominación, frente a la concepción puramente liberal⁴, en una época marcada por las secuelas de los totalitarismos, lejos, por tanto, de que el recurso a la racionalidad condujera a la realización del tipo ideal de Estado liberal (o social) y democrático de Derecho. HABERMAS quiere rescatar a la razón de esta maldición en medio del desencanto de la sociedad posindustrial y recuperar, según subraya VELASCO, sus «presupuestos racionales y normativos», sus elementos positivos planteados como condición de posibilidad de la razón comunicativa. En relación con ello, el comentarista destaca la necesidad, experimentada por HABERMAS, de relacionar la filosofía con las ciencias sociales y los saberes empíricos, muestra de ese impulso interdisciplinar antes aludido: la teoría social de HEGEL y la sociología moderna a partir de Max WEBER, entre otros, habrían hecho así su entrada en la escena intelectual en la que se desenvuelve su *autorreflexión crítica*.

Las bases del pensamiento habermasiano se relatan en el segundo Capítulo, cuyo título reza **Acción comunicativa y teoría social**. Parte de una crítica de la epistemología tradicional, presente, sobre todo, en sus primeros títulos, la cual descansa en la distinción entre teoría y praxis expresada en el binomio conocimiento-interés, para añadir la racionalidad de los fines a la de los medios o instrumental, recuperando de este modo su virtualidad crítica y axiológica. Desarrolla así la doctrina de los *intereses rectores del conocimiento*: técnico, práctico y emancipatorio, relacionados respectivamente con las ciencias de la naturaleza, histórico-hermenéuticas y sociales; más adelante abandonará el primado de la teoría del conocimiento.

La *acción comunicativa*, el *discurso*, devienen entonces nociones capitales de su obrar intelectual, enlazando de este modo la concepción de la racionalidad práctica con la filosofía lingüística del siglo XX, pero también con la fenomenología o los epígonos del marxismo, hasta desembocar en la idea de *razón comunicativa*, basada en los *actos de habla* y centrada en la praxis del discurso antes que en las condiciones metafísicas que subyacen a él. La tensión entre las pretensiones de validez formuladas por los hablantes y sus realizaciones fácticas termina por exigir la argumentación y la deliberación razonada en ese discurso: cada una de las primeras responde a una forma de acción, una función del lenguaje y una *región* de la realidad. El entronque de esto con la teoría social se halla en la *teoría de la pragmática universal*, que postula que el uso *original* del lenguaje es el orientado al entendimiento con el otro, estando la acción comunicativa dirigida a tal fin.

³ Publicada en su 8.^a ed., trad. y prólogo de Juan José SÁNCHEZ, en Editorial Trotta, Madrid, 2006.

⁴ *Vid.*, igualmente a modo de introducción, F. OVEJERO, J. L. MARTÍ y R. GARGARELLA, *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, Paidós, Barcelona, 2004. *Vid.*, además, del primero de ellos, «Tres miradas republicanas sobre la democracia», *Claves de razón práctica*, núm. 132, mayo de 2003, pp. 20-30.

Otro concepto habermasiano esencial, que nace de las definiciones anteriores, es el de *situación ideal de habla*, una construcción que VELASCO asimila a la *posición originaria* de RAWLS, al servir de filtro para determinar el logro del entendimiento real en los consensos alcanzados en el proceso comunicativo. Tendría por características principales: publicidad de las deliberaciones; reparto simétrico de los derechos de comunicación; no coacción, salvo la *coacción sin coacciones* del mejor argumento; y, como regla general, exclusión de cualesquiera distorsiones y manipulaciones en la comunicación. Resulta difícil de soslayar la relevancia de esta *ficción metodológica* en la ética discursiva y en la concepción de lo jurídico y la política en HABERMAS, con una corrección que él mismo realiza a la vista de las críticas inicialmente recibidas por su teoría, al considerarla abstracta y aun inhumana: no se trata de un proyecto utópico irrealizable, sino que, según nos aclara VELASCO, estaríamos ante un intento «de reconciliación política y social mediante el *uso público de la razón*, mediante el ejercicio de los derechos de participación en el ámbito de la *esfera pública (Öffentlichkeit)*»; como mucho, su dimensión pragmática podría reconducirla a la condición de «discurso utópico negativo».

Finalmente, en este Capítulo se dibuja otra de las nociones que nos interesa: la del *mundo de la vida*, un concepto contextual sin el que resulta imposible asimilar la teoría de la acción comunicativa: podría definirse como el «entorno inmediato del agente individual, un entorno simbólico y cultural configurado por aquella capa profunda de evidencias, certezas y realidades que habitualmente no son puestas en cuestión», y que, por tanto, son condición de posibilidad del propio proceso comunicativo. Al mundo de la vida se contrapone el *sistema*, que engloba los subsistemas administrativo-estatal, económico y cultural y tiende al equilibrio a tenor de una organización técnico-funcional. Ambos se oponen por la perspectiva metodológica más que por su significado, pero de modo gradual e imbricándose entre sí, siendo los dos ámbitos definitorios de la evolución social en la Modernidad, sobre todo, con una preocupante deriva patológica por la invasión del primero por el segundo: en conclusión, la acción comunicativa tendría por designio salvar el *mundo de la vida* de las colonizaciones del sistema, claramente restrictivas de la autonomía individual y colectiva.

En el Capítulo tercero, *El programa de fundamentación de la ética discursiva*, se nos expone la primera de las consecuencias de la teoría social abierta por HABERMAS a partir de la idea de acción comunicativa: los posibles fundamentos racionales de la Moral en las sociedades democráticas de nuestro tiempo, en medio del relativismo propio de la postmodernidad. La concepción del filósofo de Düsseldorf trata, en este campo, de reunir el retorno a KANT con la reflexión sobre el lenguaje humano, según hemos visto ya. El punto de partida viene constituido por la diversidad de usos de la razón práctica en función del ámbito en el que se proyecte: lo pragmático-estratégico, lo ético y lo moral, entendiendo por lo segundo el propio de la persecución de una vida buena y feliz en un discurso que versaría sobre la identidad individual y colectiva, dentro de una evaluación contextual pero

confinado a la conciencia; y por lo último la búsqueda de la equidad en pos de la universalización, como corresponde al empleo de los imperativos categóricos kantianos.

Este uso de la racionalidad práctica requiere situarse en el plano de las relaciones intersubjetivas: de ahí su lógica generalizadora, dirigida al logro de *lo justo*. La ética discursiva se contrae exclusivamente a tales cuestiones morales, y arraiga «en las coordenadas y estrategias conceptuales y normativas aportadas por la teoría de la acción comunicativa, de cuya validez en gran medida permanece deudora», nos aclara VELASCO. Es aquí donde esa acción tiene un alcance argumentativo, consistente en la posibilidad de lograr acuerdos sobre normas morales válidas, a partir de enunciados normativos igualmente válidos y formalmente universales. Las mismas condiciones que veíamos en la situación ideal de habla se reproducirían aquí para el principio discursivo de universalización, el cual define la forma de fundamentación imparcial de las normas intersubjetivas de acción, al postular que todos los posibles afectados presten su asentimiento como participantes en discursos racionales.

Con ello se exige la búsqueda de un *consenso* a través del proceso comunicativo, como objetivo final de la acción comunicativa, admitiéndose tanto el disenso como la falibilidad de la racionalidad de ese consenso, el cual abarca dos vertientes: es idea regulativa y noción crítica, lo que, al connotar directamente el disenso, aleja a la teoría habermasiana de una interpretación totalitaria que algunos autores liberales han efectuado del *Contrato rousseauiano*, en especial de la *volonté générale* diferenciada de la *volonté de tous*. La aceptabilidad de las normas tiene como medida, pues, la aceptación de sus destinatarios, lo que, como veremos en la aplicación jurídica y política de la ética discursiva, no puede sino reputarse una reformulación del principio democrático, incluso en sus expresiones más primarias. Ello ha de tener en cuenta la complejidad de las sociedades abiertas y pluralistas actuales, lo que confirma que la filosofía moral debe aspirar a la formulación de normas universalizables que dejen un amplio margen de actuación a los individuos, en especial frente a los desafíos planteados por la multiculturalidad: de ahí que se constriña al tercero de aquellos ámbitos, único referible a intereses generalizables.

El presupuesto de todo ello reside en el *sesgo cognitivista* de la ética discursiva, que apunta de nuevo a la exigencia de una fundamentación racional de las normas morales, de modo análogo a la necesidad de argumentación en el proceso comunicativo, en el que se defienden las pretensiones de validez, normativas en el caso de la ética.

En suma, según concluye VELASCO, «la ética discursiva podría ser considerada una modalidad de la *ética universalista de la justicia*», deslindada claramente de la bondad de las acciones humanas en el sentido axiológico, a la vez que potencialmente limitadora de éstas, lo que le ha granjeado las tachas de formalista y excesivamente abstracta, a cargo de los filósofos comunitaristas tan en boga en las últimas décadas de la centuria pasada. La ética discursiva se propondría, con todo, comprobar la validez de normas postuladas hipotéticamente.

mente, descartando cualquier enunciado de contenido sustantivo para encaminarse a señalar el procedimiento por el que se legitiman racionalmente las normas morales y jurídicas. La proximidad de la formulación de ambas categorías de enunciados es objeto de la crítica del comentarista, a resultas de aquel sesgo, pues el discurso moral acabaría, en buena medida, *juridificándose*: el principio de imparcialidad y la pretensión de justicia terminarían así por confundirse en ambas concepciones; sin olvidar que al principio de *universalización* en los discursos de fundamentación le seguiría el de *adecuación* en los de aplicación de las normas.

Por ahí puede intuirse el punto de partida del cuarto Capítulo, *La teoría discursiva del derecho*, en el que observamos el tránsito del discurso ético hacia una justificación de las bases del Estado de Derecho que garantice la neutralidad de lo público. HABERMAS se aparta aquí del *desprecio al derecho* que profesaban las corrientes marxistas y el lugar marginal que a la ciencia jurídica deparaba la Escuela de Francfort, de la que forma parte, en principio, nuestro autor, quien reacciona frente a la actitud con que la teoría crítica desecha lo jurídico, para integrarlo en el conjunto de su filosofía social, dada su evidente dimensión práctica.

Si los otros aspectos de la obra habermasiana pueden hallarse a lo largo de algunos de los títulos de su copiosa bibliografía, *Facticidad y validez*, escrita ya en su madurez, reúne de manera sistemática su incursión en la filosofía jurídica del Estado democrático de Derecho; si bien antes había abordado la *juridificación* entendida como invasión del *mundo de la vida* por el *sistema*, en una línea que sí entraña con sus predecesores francfortianos, su *viraje jurídico* se anuncia ya con su intervención en polémicas públicas en los años setenta y ochenta. De una manera que podemos comparar a la idea kelseniana del Derecho como técnica de control social específico, plantea si es un factor de integración social en la sociedad postmoderna, lo que no puede sino traernos un aire de familia con la polémica entre el maestro vienes y Rudolf SMEND aunque aquí la pregunta de nuestro autor pivota sobre el modo de cubrir el *vacío postmetafísico* de nuestro tiempo, pero también sobre la legitimidad de la dominación por medio de las normas jurídicas, sin la pretensión de construir una *teoría pura* al modo de KELSEN.

Tal obra vendría a buscar la dimensión política y jurídica de las conclusiones de la teoría de la acción comunicativa sobre la racionalidad práctica, en pos de una concepción normativa de la democracia en la que el Derecho cumple una función *mediadora* entre el *mundo de la vida* y el *sistema* o *mundo del poder*, ya que, dice VELASCO, «Habermas entiende ahora el derecho como una institución de estructura reflexiva sometida a la lógica del discurso», es un *discurso práctico institucionalizado*. Desde un punto de partida formalmente positivista, construye, pues, una teoría jurídica normativa, que toma el pluralismo cosmológico y axiológico como referente material, en coherencia con su ética discursiva, lo que suscita el interés del filósofo alemán por los problemas en torno a la legitimidad del Derecho, exigiendo, para la validez de sus enunciados, idénticas condiciones a las puestas para los lingüísticos y morales.

Por lo demás, siguiendo la aportación de ALEXY, la toma en consideración del triple concepto de validez del Derecho —jurídico, sociológico y ético— ha encontrado fecundos cultivadores en la Filosofía del Derecho en España: no sólo el dualismo del citado PESES-BARBA⁵, sino la incidencia de Elías DÍAZ⁶ en la sociología jurídica, serían ejemplos señeros de ello. Para nuestro autor sólo la dimensión ética, dotada de una función *prescriptiva*, convierte tal concepto de validez en normativo: de nuevo la cita de estos autores sería pertinente para traer a colación un positivismo que, lejos de la dogmática vigente hasta la segunda posguerra, sea *éticamente fundado*⁷, impregnado de valores que se positivizan en las Constituciones; no se trata de dar una visión que trascienda a las normas y a las instituciones jurídicas y políticas, sino de conciliar ese carácter normativo con la praxis, con lo inmanente de las mismas. El parentesco de HABERMAS con el neokantismo —o neocontractualismo— de RAWLS o HÖFFFE, unido a las conclusiones de su ética discursiva, nos haría desembocar en un *positivismo normativo*, si se nos permite la expresión, que confía al Estado democrático de Derecho la realización del ideal de la Ilustración en la esfera de lo público. A partir de aquí, la teoría discursiva hallaría tres escollos.

En primer lugar, el carácter incompleto de la definición del Derecho, o la tensión estructural entre facticidad y validez, entre imposición coercitiva de las normas jurídicas y presunción de legitimidad de las mismas: un problema común en toda teoría del Derecho que aquí se enuncia mediante la distinción entre legitimidad normativa y vigencia real, y se intenta solventar por remisión a las condiciones de procedimiento propias del discurso y a la diferencia entre los postulados de positivación y fundamentación. En segundo lugar, la no distinción nítida entre los sistemas moral y jurídico, su imbricación recíproca, dadas sus fuentes compartidas, su evolución histórica hasta la Modernidad y la solución discursiva comúnmente propuesta para resolver sus pretensiones de validez. Aquí se distinguiría el principio moral del democrático, siendo relevante la *forma jurídica* en el ámbito del segundo de ellos para intentar atenuar aquella tensión, marcada por la interiorización de la Moral frente a la exteriorización de lo jurídico; HABERMAS defiende la complementariedad entre «la moral postconvencional, el derecho formal y el Estado democrático», sin perjuicio de su autonomía.

En tercer lugar, la mezcla de las perspectivas normativa y funcionalista, utilizadas para explicar y completar las respectivas carencias y limitaciones de Moral y Derecho: el segundo, un instrumento de organización del poder y

⁵ PESES-BARBA MARTÍNEZ, DE ASÍS ROIG y BARRANCO AVILÉS, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004. La diferenciación que el primero efectúa entre *ética pública* y *ética privada*, a lo largo de la Historia de los derechos y las Constituciones, a la vez que el vínculo bidireccional entre poder y Derecho, como claves del llamado *tránsito a la Modernidad*, son elementos que podemos relacionar con la teoría habermasiana sin demasiada audacia intelectual.

⁶ *Vid.*, a modo de síntesis, *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003.

⁷ Debo a las inolvidables clases del Prof. Tomás CORDÓN esta acertada expresión, con la que se sintetiza y, al tiempo, se intenta cancelar la oposición entre iusnaturalismo y positivismo, que recorre toda la Historia del pensamiento jurídico.

de legitimación del sistema social y político, tiene menos insuficiencias que la primera, de la que son predicables cierta indeterminación cognitiva, una falta de imperatividad objetiva y problemas de exigibilidad unidos a una diferente necesidad de fundamentación; amén de sus distintos procesos de elaboración y aplicación.

La legitimidad de los sistemas jurídicos vendría dada por la plasmación de la razón comunicativa en las instituciones políticas y sociales: el juicio positivo que merecen el Estado democrático de Derecho y la herencia de la Ilustración liberal no sólo sellaría los hiatos entre Moral y Derecho, sino que supondría la superación tanto de las instituciones tradicionales como de la valoración marxista de las propias del Estado constitucional. Nuestro autor patrocina una «moral pública de cuño universalista» en la que se cifraría la obediencia a unas normas jurídicas provistas de coercibilidad, producto a su vez de una autoridad que, en términos weberianos, ejerce una dominación «legal-racional». Poder y Derecho se presuponen hasta el extremo de que es más correcto indagar en la «legitimidad de los sistemas jurídico-políticos como un todo» en que vuelven a aflorar los elementos de la razón comunicativa y el principio democrático, a la vez que la garantía de los derechos humanos fundamentales, unida a la soberanía popular.

Al cabo, es el cumplimiento de los requisitos normativos exigidos por la racionalidad práctica lo que confiere legitimidad al sistema jurídico-político del Estado democrático de Derecho: así se podría sintetizar el mensaje con el que entramos en el quinto Capítulo, ***Estado de derecho y democracia. La política deliberativa.***

En él comienza por analizarse el vínculo indisoluble que HABERMAS establece entre Estado de Derecho y democracia, a partir de su militancia y su intervención crítica en polémicas relevantes en Alemania: es una labor intelectual que conlleva una especial responsabilidad para con sus conciudadanos, hasta el extremo de ser calificado, por antonomasia, como *el filósofo de la República Federal*⁸, por su contribución ilustrada, y a la vez independiente, al debate público en su país y aun fuera de él. Se destaca el carácter de su filosofía social, constructivo, posibilista y emancipador, crítico-normativo antes que inspirado en el *basileús philóosphos*, pegado a la inmanencia de los valores y las instituciones real e históricamente existentes, y perseguidor de un modelo *demócrata-radical* que deshaga la distancia entre teoría y praxis.

HABERMAS tiene por uno de sus principales empeños el fortalecer los espacios de discusión de las sociedades democráticas contemporáneas, mediante principios genuinamente republicanos: autodeterminación, igualdad en el sentido rousseauiano y participación en los procesos públicos de toma de decisiones. Su estudio de las mediaciones normativas de la democracia liberal se contiene en *Cambio estructural del espacio público*, publicada en castellano con el título *Historia y crítica de la opinión pública*, en la que denun-

⁸ Norbert BOLZ, «Habermas: el filósofo de la República Federal», *Revista de Occidente*, núm. 270, diciembre de 2003, pp. 51-58.

cia la degradación del principio de publicidad a manos de los medios de comunicación de masas: la categoría *esfera pública* adquiere aquí ese valor normativo, concordando con su concepción de la racionalidad práctica en el triple campo de la acción comunicativa, la ética discursiva y la teoría jurídica crítico-normativa, con similares exigencias de argumentación. La Ilustración nos enseñó un *uso público de la razón* que ha de ser rescatado de su privatización tanto como del agobiante dominio de lo público-estatal.

En obras posteriores cuestiona precisamente la vigencia de la democracia en un Estado cuyo principal designio es gestionar las demandas generalizadas por lo que en Alemania se llama *economía social de mercado*, en el seno del capitalismo postindustrial, lo que plantea su legitimidad de manera terminante, pues debilita la propia idea de ciudadanía al burocratizar y tecnificar la vida pública, instrumentalizando la voluntad popular para fines que le son ajenos.

Frente a ello, HABERMAS nos propone una *política deliberativa* consistente en la aplicación de los postulados de la razón práctica a las instituciones democráticas, reformulándose de este modo la idea del consentimiento y la participación en las decisiones por parte de los afectados por las mismas: esas mismas instituciones le proporcionarán la mediación normativa para que tenga lugar una discusión colectiva abierta, nuevamente de modo discursivo, en busca de la mejora de los procedimientos reales de deliberación —en suma, de la calidad de la democracia representativa—, tanto como de aproximar los valores propios de la racionalidad práctica a la praxis política, sobre el difícil presupuesto de la existencia de una robusta cultura cívica. Aquí se constata la insuficiencia de la soberanía popular, la necesidad de completarla con la *formación informal* de la opinión en la *sociedad civil*, extrínseca a los procedimientos por los que se elaboran, discuten y aprueban las normas jurídicas en las instituciones parlamentarias, pero también del rol monopolístico asumido por los partidos y los *mass media* en el *mercado político* y electoral.

Para nuestro autor, la conciliación de los elementos liberal y democrático corre paralela a su concepción dual, privada y pública, de lo que denomina *autonomía político-moral*, en la que los derechos señalarían el punto de equilibrio, a la par que el elemento complementario de la soberanía popular. No obstante, VELASCO subraya la primacía del principio democrático en HABERMAS, plasmándose en la *autolegislación* bajo la *forma jurídica*, destacada ésta al desarrollar su teoría discursiva. El comentarista, en su explicación, aporta un cuadro sinóptico expresivo de los *tres modelos* expuestos por el autor francfortiano, del que el deliberativo representaría una síntesis del liberal y el republicano; y desgrana, para cada uno de ellos, su noción de la ciudadanía, la concepción que defiende de los derechos, la naturaleza del proceso político y el modelo correspondiente, la función asignada al proceso político y el compromiso básico del Estado.

El Capítulo continúa con un *excursus* sobre la desobediencia civil, cuya admisibilidad iría ligada a la concepción de la legitimidad del poder que se sostenga, en particular tras haberse presupuesto que la misma puede afirmarse del Estado de Derecho en el paradigma trazado por nuestro autor, pero contando con la *violencia estructural* presente en todas las manifestaciones his-

tóricas de dominación. El dilema reside en la contradicción entre expresiones violentas de ciertos ideales o valores defendibles en el esquema habermasiano y la no realización de unas mínimas exigencias planteadas por el mismo en la praxis de las instituciones.

Estando en presencia de una paradoja semejante a la que suscita la teoría del *pouvoir constituant*, y siempre que se ejerza pacíficamente —pues de otra manera difícilmente podría conciliarse con los principios del Estado constitucional—, HABERMAS considera la desobediencia «una herramienta legítima en el proceso de la formación democrático-radical de la voluntad política». La construcción dialéctica consenso-disenso no puede sino recordarnos de nuevo, sobre todo a quienes bebemos de sus fuentes, la teoría dualista del Prof. PESES-BARBA sobre la formación histórica de los derechos fundamentales y su positivación por el poder político, partiendo de reivindicaciones de minorías críticas, que devienen en tales derechos al ser objeto de dicho reconocimiento; con la matización de que el Catedrático de la Universidad Carlos III no admite un eventual derecho de resistencia. Nuestro autor perfila la desobediencia civil arrancando de teorías norteamericanas; y propone una solución que intenta conjugar su justificación moral y *simbólica*, puntual, con su sanción jurídica, en aras de la legitimación del mismo sistema que el ejercicio de aquélla trata de reafirmar: «una comprensión dinámica de la Constitución como un proyecto inconcluso» es la idea sobre la que descansa esta conclusión, emparentada con el concepto de rigidez, que permite la reforma de la Constitución a través de los procedimientos señalados en su texto; y más con una concepción republicana susceptible de acoger expresiones de la democracia directa que con la noción británica de la Constitución como *camino que anda*, vinculada a su carácter flexible y no escrito.

El Capítulo finaliza con la necesidad, sentida por HABERMAS, de acercar su teoría de la democracia a la situación histórica a la que aspira a aplicarse, contando con los obstáculos que ha de salvar: *La inclusión del otro* y *La constelación posnacional* serían, ya en la década de 1990, las obras encuadradas en este ámbito y, hasta cierto punto, continuadoras de *Factualidad y validez*, en las que se delinea el contexto y se señalan los problemas que la política deliberativa no puede pasar por alto, pues de hecho la condicionan en la teoría y en la práctica. Es por ello que la *globalización* hace acto de presencia, con todas sus implicaciones, en su pensamiento: la insuficiencia del Estado-nación tradicional para responder a las transacciones económicas en el mundo actual, a la inmigración, a los retos de una sociedad plural y multicultural, así como a la amenaza de los fundamentalismos, serían las señales que apuntan a la necesidad de un nuevo *tipo ideal* de cosmovisión política que atienda a las demandas de individuos y minorías sin caer en contradicciones que cuestionen la coherencia de los mismos fundamentos de la democracia en una era, la de la postmodernidad, de dilución de los grandes dogmas y relatos sobre los que se cimentaba la integración de las sociedades en la Modernidad.

Retornando a su ya conocida distinción entre Ética y Moral, HABERMAS abunda en la necesaria neutralidad de los procedimientos deliberativos ante tal pluralidad axiológica, moral, religiosa y cultural; universalidad e

igualdad jurídica de un lado, diversidad y particularismos del otro: he ahí el contraste de términos que exige la integración de lo diferente, todo un enorme desafío jurídico que la política deliberativa tiene por delante para no degenerar en un impulso de homogeneización social o, peor aún, de asimilación de *los otros*. Un *laicismo institucional*, pues, comprensivo de todas las posibles *formas de vida* en una *comunidad política republicana* asentada sobre los *derechos humanos* y una *ciudadanía cosmopolita*, delimitaría la *identidad colectiva* de las sociedades en el momento histórico de la postmodernidad, en el que, siguiendo el designio de la *Paz perpetua* kantiana, se hace inaplazable la existencia de instituciones supranacionales que acaben por establecer una auténtica *comunidad jurídica internacional* que extienda los postulados democráticos a escala mundial⁹.

Se anuda este aspecto de la obra de HABERMAS con el Capítulo sexto del estudio de VELASCO, que lleva el título ***Identidad colectiva y patriotismo constitucional***. En el mismo, se intenta sintetizar la «deriva política» del pensador alemán a partir de su teoría jurídica, que, según hemos visto, ha construido conforme a los presupuestos de la acción comunicativa desde la aplicación de la racionalidad práctica al terreno de lo público.

Dentro de las cuestiones controvertidas que definen a las sociedades actuales y que son objeto de la preocupación de nuestro autor, a algunas de las cuales acabamos de referirnos, es acaso, como nos recuerda el comentarista, el concepto de *patriotismo constitucional* lo que ha convertido a HABERMAS en un autor conocido fuera de los círculos intelectuales a que su obra podría haberse visto constreñida en su divulgación. Polémica en su génesis y difusión, se trata de una noción que ha tenido éxito en la vida política española, pero su uso se ha visto sometido a finalidades seguramente muy distintas de las que pretendían sus autores; VELASCO insiste en la connotación secularizada que encierra su significado, en su vínculo con el republicanismo, pero también en su capacidad para la acción política. Para delimitar bien sus contornos, en este Capítulo desgrana los tres ámbitos de aplicación del concepto¹⁰; pero antes apunta que si, en principio, las identidades individuales adoptan múltiples facetas que van formándose durante el período de socialización, las colectivas no sufren el mismo proceso: el individuo las asume de forma cambiante, lo que ha llevado a que se definan de manera cada vez más abstracta, genérica y compartida, y a que se conformen de manera artificial, consciente en el caso de las naciones. Aquí aflora de nuevo la cardinal dimensión comunicativa de la reflexión habermasiana, que impregna también los procesos de identificación, los cuales se forman discursivamente.

⁹ *Vid.*, más recientemente, VELASCO ARROYO, «Acerca de la democracia deliberativa. Fundamentos teóricos y propuestas prácticas», *Asamblea*, núm. 9, diciembre de 2003, pp. 3-21, y «Deliberación y calidad de la democracia», *Claves de razón práctica*, núm. 167, noviembre de 2006, pp. 36-43.

¹⁰ Siguiendo el mismo esquema que en «Los contextos del patriotismo constitucional», *Cuadernos de Alzate*, núm. 24, 2001, pp. 63-78, o que en «Patriotismo constitucional y republicanismo», *Claves de razón práctica*, núm. 125, septiembre de 2002, pp. 33-40.

En primer lugar, el *patriotismo constitucional* puede llegar a tener relevancia en la construcción de una identidad colectiva, objeto del uso ético de la razón práctica, en sociedades complejas que han sufrido una cesura traumática en la interpretación y vivencia de su propia Historia, como es el caso de la alemana. La *Grundgesetz* (Ley Fundamental de Bonn) de 23 de mayo de 1949, elaborada y aprobada en el contexto de la ocupación aliada, es uno de los textos señeros del constitucionalismo de la segunda posguerra, a la vez que portador de algunas de las características más importantes que de él se predicen: un contenido material con un importante tinte axiológico; primacía de los derechos fundamentales y de su tutela; concepción fuerte de una democracia militante, comprometida y que requiere de los ciudadanos una adhesión activa a los valores de libertad e igualdad que la sustentan; organización racionalizada de los poderes públicos; y protagonismo público de la justicia constitucional, amén de la organización territorial federal como elemento que ahonda en el proceso de continua democratización.

Pues bien, el texto es igualmente la plasmación jurídica del patriotismo constitucional alemán, idea que HABERMAS había empleado en la *disputa de los historiadores*: la *nación de ciudadanos* ha encontrado en los principios y valores de la Ley Fundamental la *identidad colectiva* sobre la que descansa hoy día su convivencia; de ahí el interés que el concepto ha concitado en un país que, como España, vino a necesitar un pacto similar en 1978, para superar la quiebra que habían supuesto la Guerra Civil y la Dictadura del General FRANCO, con sus consecuencias de división social. Para nuestro autor, la forja de la identidad colectiva ha de ser conciliable con los derechos humanos y los principios democráticos, de manera que la lealtad *universalista y racional al demos* prevalezca sobre y venza al arraigo en el *ethnos*: la dimensión ilustrada y procedural, integradora y pluralista de la política deliberativa y la teoría jurídica discursiva, reaparece sin por ello perder pie con la concreta realidad histórica de cada pueblo, país, nación o Estado: antes bien, es ésta la premisa de la que se había partido.

En segundo término, la definición de los rasgos identitarios en una comunidad política caracterizada por el pluralismo cultural e incluso nacional puede ser, a resultas de lo anterior, otra virtualidad del *patriotismo constitucional* y, en definitiva, de la cultura política republicana que se pretende fundar sobre las bases del sentimiento que el mismo suscita, dado su potencial inclusivo de diferentes concepciones de la vida¹¹. Para ello se requiere establecer una clara separación entre adscripciones étnico-culturales, nacionales o aun lingüísticas —si pensamos en Estados como Bélgica, Suiza o España— y los procedimientos políticos e institucionales que permiten la convivencia y la tolerancia entre las mismas. VELASCO recalca que el componente que posibilita ese patriotismo es la *adhesión* «a aquellas instituciones, procedimientos y hábitos de deliberación compartidos que conforman una cultura política vivida», lo que vendría a conformar una *identidad posnacional* basada en una fic-

¹¹ *Vid.* VELASCO ARROYO, «Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 125, julio-septiembre de 2004, pp. 181-209.

ción racional que, para producir una emoción equiparable, precisaría del *amor a las virtudes cívicas*: es el ejercicio de los derechos de participación y comunicación lo que *activa* ese sentimiento.

Finalmente, se examina si es posible extender este *patriotismo* a la Unión Europea, lo que descansaría sobre los cimientos de un *patrimonio constitucional común*, noción que hemos visto también manejada por autores como Ulrich BECK¹²: la ciudadanía europea, superpuesta a las de los Estados que conforman la UE como organización supranacional, sería el pivote sobre el que edificar una pertenencia compartida que, de algún modo, ya ha encontrado su primer, y hasta ahora fallido intento, en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. La solución de cuestiones vitales como la delimitación de la Unión con sociedades cuyos *ingredientes culturales* difieren de los occidentales —pensemos en Turquía—, la vecindad con el mundo musulmán y, sobre todo, el robustecimiento de las instituciones comunitarias, echan en falta un *demos* común, un *espacio público*, una opinión continental sobre la que pueda existir una sociedad política que se reconozca a sí misma como tal. Aquí HABERMAS confía en un cierto efecto inducтор por parte de esas mismas instituciones: el contraste de su escrito con la evolución real de la Unión en los últimos años arrojaría interesantes conclusiones en las que no nos es dado entrar.

El final del Capítulo nos retrotrae a la tradición del republicanismo político, desde los clásicos hasta los teóricos anglosajones contemporáneos¹³: como indicábamos *supra*, la ausencia de dominación y el autogobierno individual, pero también las virtudes cívicas, serían algunos de sus vectores definitorios, lo que indudablemente guarda un estrecho vínculo con el papel que el esquema habermasiano depara a la participación en lo público, haciendo prevalecer al *citoyen rousseauiano* sobre el *homme* individual. Ideas antiguas de libertad y democracia se aúnán en este nexo entre patriotismo constitucional y conciencia republicana, como STERNBERGER y el propio HABERMAS se encargan de subrayar; la construcción de una identidad posnacional que suture las heridas del pasado histórico, así como la inclusión de culturas diferentes como motor de la convivencia política, serían los demás elementos conformadores de dicho nudo, conduciéndonos a un espacio constitucional liberal dinámico y con un acento demócrata radical.

Concluye el libro de Juan Carlos VELASCO con un Capítulo, el séptimo, que bajo la rúbrica *Acerca del impacto teórico de la obra de Habermas*, se propone repasar de una manera original las repercusiones de su ingente y compleja obra; pero, como corresponde a una mini-tesis *de autor* con una estructura temática nítida que no prescinde de la evolución cronológica del pensador y teórico alemán, situando al final este sucinto examen de su faceta de polemista, que, en consecuencia con sus premisas, interviene en con-

¹² «El milagro europeo», en EL PAÍS, domingo 27 de marzo de 2005, pp. 13-14.

¹³ *Vid.* Philip PETTIT, *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. Marco Antonio Galmarini, Paidós, Barcelona, 1999, o Cass R. SUNSTEIN, *República.com. Internet, democracia y libertad*, trad. Paula García, Paidós, Barcelona, 2003.

troversias teóricas y sociopolíticas de la índole más variada. Aquí emerge la dimensión combativa de nuestro autor, su verdadero carácter de *philosophe* continuador de esa dialéctica de la Ilustración que trata de recuperar.

En primer término, se hace referencia a los debates teóricos: con GADAMER acerca del sentido de la hermenéutica para posibilitar la actividad crítica y emancipatoria de la razón; los habidos en torno a la concepción de la acción comunicativa, el casi puramente académico con APEL sobre la *pretensión de fundamentación última* y los sostenidos entre la teoría discursiva habermasiana y la teoría de sistemas de LUHMANN, que apenas han encontrado un punto de conjunción; y las controversias con los autores del postestructuralismo y la postmodernidad. Por fin, discute con otros pensadores más próximos a la filosofía práctica, como RORTY, RAWLS o TAYLOR, en especial con el comunitarismo de este último, que aboga por unas *políticas de reconocimiento activo* de las minorías, sensibles a la diversidad cultural y ajenas, por ende, al procedimentalismo neutral y universalista postulado por el filósofo francfortiano; sobre el alcance normativo del ideario liberal mantiene con el autor de la *Teoría de la justicia* lo que Fernando VALLESPÍN ha denominado una «disputa de familia», al compartir ambos la visión del neokantismo y, con matices objeto de esa discrepancia, sus ideas socialdemócratas. Por fin y para cerrar este epígrafe, se recuerda la proximidad entre HABERMAS y DWORKIN.

Una segunda categoría vendría integrada por los debates político-morales, los cuales vendrían a compensar la querencia de nuestro autor por los meramente teóricos, y a los que aludíamos al comienzo de esta recensión, tratándose, por lo común, de escritos cortos, ensayos, conferencias o artículos periodísticos de fondo donde se manifiestan sus preocupaciones por los problemas de la sociedad alemana, europea o mundial, contribuyendo de esta forma a cimentar una conciencia pública de las sociedades democráticas contemporáneas. Así, la ya mencionada *polémica de los historiadores*, que conecta con la necesidad del patriotismo constitucional en Alemania, según lo ya explicado, pero también intervenciones públicas sobre la reunificación alemana; el derecho de asilo; las operaciones militares humanitarias; la reaparición del nacionalismo, el racismo y la xenofobia; el rol de las nuevas tecnologías; las consecuencias de los atentados del 11-S; elemerger de lo que Mary KALDOR ha llamado la *sociedad civil global* con ocasión tanto de los movimientos altermundistas que despiertan la inquietud sobre las injusticias globales y los problemas del medio ambiente, así como a raíz de la guerra de Irak; la Constitución Europea y el papel de Europa en la globalización, etc.¹⁴

Por fin, VELASCO da cuenta de la recepción del pensamiento de HABERMAS en las diversas disciplinas de las ciencias sociales, indudable a la vista del enfoque que ha querido dar a su obra, eminentemente multidisciplinar, y de la búsqueda del diálogo entre dos tradiciones filosóficas tradicionalmente

¹⁴ Posteriores a la publicación de *Para leer a Habermas*, y haciendo gala, en ellas, de su faceta ensayística y divulgativa, son las dos obras de nuestro autor, *Tiempo de transiciones*, trad. Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2004, y *El Occidente escindido. Pequeños escritos políticos X*, trad. José Luis López de Lizaga, Trotta, Madrid, 2006.

contrapuestas, como son la continental y la anglosajona. Esta parte recapitula el influjo de la Escuela de Francfort sobre la autocomprensión intelectual y social de la Alemania federal de posguerra, en especial en el asentamiento de unos principios y valores democráticos; así como el contacto de nuestro autor con las recientes generaciones de la teoría crítica, unida por su compartido horizonte normativo y la fructífera relación intelectual labrada en universidades alemanas y estadounidenses. La teoría de la democracia representa acaso el campo preferente en el que se proyecta el influjo habermasiano, en particular a partir de los movimientos sociales que siguieron la estela de 1968; también, las corrientes más críticas del feminismo, con autoras como Nancy FRASER y Seyla BENHABIB, la teoría sociológica y, por último, la filosofía de la educación, además de ciertos ambientes de la teología y la filosofía de la liberación.

El carácter permanentemente evolutivo del pensamiento de nuestro autor convierte a su obra, en suma, en una fuente de enriquecimiento para cuantos humanistas, científicos sociales o juristas se acercan a ella, al ser representativa, concluye VELASCO, «de la manera de entender la filosofía práctica y la teoría social en el último tercio del siglo XX».

Como conclusión, si es esencial en el contexto europeo de nuestro tiempo la relevancia de HABERMAS, lo es igualmente en la iluminación de la conciencia moral de la Alemania de posguerra, donde ha contribuido decisivamente a la cicatrización del pasado traumático reciente, mediante un ejercicio de memoria que persigue la definición de una identidad posnacional y posmoderna, pero de raíz profundamente ilustrada y kantiana, que clausurase las tentaciones de volver a la contaminación ideológica que hizo posible el nacionalsocialismo. En él se juntan, como se desprende de la lectura de su obra y de este libro-comentario de Juan Carlos VELASCO, la tarea académica e investigadora y la condición de polemista intelectual que toma parte —y partido— en las controversias éticas, políticas y jurídicas de su tiempo.

García de Enterría, Eduardo:
*Las transformaciones de la Justicia Administrativa:
de excepción singular a la Plenitud Jurisdiccional.
¿Un cambio de paradigma?*

Thomson, Civitas, Editorial Aranzadi, 2007

El libro que pretendo resumir como bien explica su autor en el prólogo es un trabajo que elaboró para la entrega del Premio Internacional Menéndez Pelayo que, a propuesta del Instituto Universitario Ortega y Gasset se le había otorgado en junio de 2006.

A pesar de tener su origen en una presentación, este nuevo trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA cumple, a mi juicio, como no podía ser menos de su autor, con ser un minucioso y magistral análisis del origen, evolución y actual sistema de justicia administrativa, incorporando teorías y argumentos que, si bien ya habían aparecido en otros de sus libros lo hace incluso más interesante porque nos rememoran espléndidos detalles que sólo escritores como su autor son capaces de plasmar haciendo que temas tan áridos como el de la Administración se nos hagan amenos e interesantes. Por ello recomiendo a los lectores leer las notas a pie de página con tanto interés como los distintos capítulos del libro.

El libro se divide en once capítulos donde se va explicando el origen, posterior evolución y finalmente la nueva y actual configuración del recurso contencioso-administrativo. Esto es, en síntesis, el título del libro, «el paso de la excepción singular a la plenitud jurisdiccional del recurso contencioso-administrativo».

Su teoría fundamental es el cambio de paradigma en el sistema de justicia administrativa o, si se prefiere, la crisis de la idea originaria de la Revolución Francesa de que «juzgar a la Administración sigue siendo administrar». Para el autor, no se trata de que nuevos datos incorporados a los elementos tradicionales de justicia administrativa hayan alterado parcialmente el modelo, mantenido casi intacto durante dos siglos, sino que se ha producido un paradigma, es decir, una explicación teórica enteramente nue-

* Directora de Gestión Parlamentaria de la Asamblea de Madrid.

va y radicalmente distinta para que se cree un nuevo modelo de justicia administrativa, que nos permite hablar de la transformación de esta justicia administrativa, de pasar a ser una jurisdicción de excepción singular a una jurisdicción plena.

La justicia administrativa surge con la Revolución Francesa, en 1789, se afirma en el siglo XIX, se despliega a lo largo del siglo XX y se nos aparece en el siglo XXI como pieza central del orden democrático y de lo que ha convenido en llamarse Estado de Derecho.

En efecto, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 con que se inaugura la obra jurídica de la Revolución Francesa se va a asentar sobre los dos principios fundamentales: el del reino o imperio de la ley y el de separación de poderes.

Hasta este momento, la Administración era un instrumento personal del Monarca, se produce así un cambio espectacular, seguramente el más significativo de su historia: la Administración pasa a ser organizada, regulada por la Ley y su actividad pasa a ser ejecutar la Ley. La Administración se identifica con el poder ejecutivo.

El sometimiento de la Administración a la Ley estableció rotundamente el principio de responsabilidad política y personal de todos cuantos ejerciesen un poder político.

Recordemos que la palabra «responsabilidad» fue una creación léxica revolucionaria para expresar la situación de los nuevos poderes públicos democráticamente construidos. Responsabilidad que se traduce en todo un sistema de control de los actos de los poderes públicos.

Así pues, al lado del principio de vinculación de la Administración a la Ley se organiza un correlativo sistema de control que se concreta en la anulación por vía jerárquica de los actos ilegales.

Control que no es judicial porque la Revolución Francesa establece el sistema básico de la separación entre la Administración y la Justicia. Lo que se plasma en la Ley 16-24 de agosto de 1790 de la Asamblea Constituyente, Ley que va a marcar decisivamente el sistema de justicia administrativo francés y del resto de los países europeos, salvo los anglosajones.

Sobre la inicial utilización interesada del principio de separación terminará por alumbrarse un sistema específico de justicia administrativa. Su primera expresión derivará del apotegma «Juzgar a la Administración sigue siendo administrar», principio en el que toda la doctrina ha situado la base del sistema contencioso-administrativo.

Ello supone que, en Francia, el primer sistema contencioso-administrativo sea confiado por un lado a órganos administrativos especializados (el Consejo de Estado y los Consejos de Prefecturas) de carácter consultivo, y para asesor y otro al Gobierno (al Emperador o Monarca y los Prefectos) para resolver, será el llamado SISTEMA DE JUSTICIA RETENIDA que durará hasta 1872.

A partir de 1872 el sistema de justicia retenida por el Gobierno, en el que éste se reservaba la decisión final, sin vinculación formal a la propuesta del órgano asesor, pasa al llamado sistema de JUSTICIA DELEGADA, en el cual

serán los propios órganos asesores (Consejo de Estado o Consejos de Prefectura) quienes resuelvan directamente por propia autoridad.

Con todo, el monopolio del Consejo de Estado, con que venía dirigiendo y perfeccionando durante casi dos siglos la configuración de la pieza clave en la que se apoyaba todo el sistema de justicia administrativa, se rompe con la aprobación por el Legislador francés de las leyes de 16 de julio de 1980, de 8 de febrero de 1995 y de 30 de junio de 2000, donde el recurso deja de ser meramente una acción procesal y termina en una aplicación de justicia declarativa convirtiéndose en una verdadera y plenaria acción procesal de condena de la Administración. La sentencia ya no sólo puede anular el acto impugnado sino también condenar a hacer a la Administración, en función de lo derivado del fallo.

Se rompe así el mítico principio francés de que la ejecución forzosa por los Tribunales de la actuación administrativa es administrar.

Decisivo para este cambio fue el *Mediateur* y el propio Consejo de Estado que pedían a las Administraciones vencidas una actuación coherente con dicho vencimiento.

Pero quizás lo más influyente fue la necesidad de tener que hacer efectivo el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, suscrito por Francia, al generalizarse en el contencioso-administrativo la técnica de que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva resulta ahora aplicable a la justicia administrativa.

Fue justamente la amplitud de esta regulación la que ha concluido por imponerse nada menos que en un «Código de Justicia Administrativa» aprobado por Ley de 4 de mayo de 2000. Este nuevo Código es una completa novedad en Francia.

El sistema francés de justicia administrativa obra histórica por excelencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha pasado a ser hoy, tras sus transformaciones, un Derecho enteramente codificado.

En una serie importante de países europeos también se han producido operaciones sustancialmente análogas, produciéndose una remodelación significativa de sus respectivos sistemas de justicia administrativa en el mismo momento histórico.

En efecto, el éxito del sistema contencioso-administrativo configurado en Francia tras la Revolución francesa va a originar la recepción del sistema en numerosos países europeos y, la mayoría de los latinoamericanos. Con todo, incluso estos últimos en el siglo XXI y prácticamente en el mismo momento histórico han remodelado significativamente sus sistemas de justicia administrativa.

GARCÍA DE ENTERRÍA en su libro hace un resumen de Italia, Portugal, España e Inglaterra, pero yo me referiré exclusivamente al sistema español y las peculiaridades del sistema inglés.

El caso español es característico, en 1845 se crea el Consejo Real que en 1860 pasará a denominarse Consejo de Estado, alrededor del cual se inaugura nuestra justicia administrativa. La Ley de Santa María de Paredes de 1888 cambia el sistema de justicia retenida por el de justicia delegada.

Esta regulación de fondo se mantuvo durante setenta años, donde el órgano jurisdiccional llamado a resolver los recursos estaba compuesto por:

- Jueces civiles o penales.
- Vocales administrativos, que eran los diputados provinciales con título de letrado y en su defecto catedráticos de la facultad de derecho y en su defecto, por sorteo entre profesores de Instituto de segunda enseñanza o de Escuela de Comercio y, en último extremo abogados.

En 1938 se invocó la guerra civil para suspender en su totalidad el recurso contencioso-administrativo, suspensión que se mantuvo hasta 1944. Sólo el milagro de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956 acertó a romper con todo lo anterior y crear una verdadera jurisdicción contenciosa-administrativo, sostenida por una especialización judicial efectiva, de modo que resultó ser un verdadero milagro en la fecha de su promulgación. En esta Ley de 1956 ve GARCÍA DE ENTERRÍA el acta de nacimiento de nuestro Derecho Administrativo.

La Constitución Española de 1978, dio estabilidad definitiva al sistema contencioso-administrativo que había perfilado con acierto la Ley de 27 de diciembre de 1956 la cual había logrado jurisdiccionalizar el sistema, pero no completamente y con variantes.

La Constitución sitúa la jurisdicción contenciosa-administrativo dentro del poder judicial; lo califica como un derecho fundamental por el artículo 24; expresamente asigna a la justicia administrativa el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta en los fines que lo justifican (art. 106); de modo expreso incluye al juez en todo tipo de procesos, juzgando y, haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3); y, define la obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes (art. 118).

Esto dio como resultado la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativo, hoy vigente, que es el instrumento legal por el que por primera vez se traduce y desarrolla para su efectiva aplicación todos los principios constitucionales expuestos. Con todo, nuestra jurisprudencia es quizá la más regresiva de toda Europa.

El caso inglés es también característico, porque la consagración de una vía judicial específica equiparable a lo que en el continente europeo se entiende por contencioso-administrativo se produce de forma muy tardía con la «*Human Rights Act*» de noviembre de 1998 que, comenzó a regir el 2 de octubre de 2000. Esta ley ha incorporado al derecho interno inglés todo el contenido del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, entre los cuales el básico artículo 6 que hace definitivamente insuficiente la técnica tradicional inglesa de los tribunales administrativos o judicializados. Se supera así la técnica tradicional de las WRITS o acciones específicas con un objeto determinado propias de la tradición del *common law* y se universalizan los recursos judiciales de protección en las materias administrativas.

El nuevo recurso contencioso-administrativo sobre el que ya estamos viviendo en estos días, abandona el sustrato de la objetividad del recurso, de

que el recurrente debe actuar como un Ministerio Fiscal en «interés de la legalidad objetiva» y proclama como verdadero derecho fundamental «el derecho a la tutela judicial efectiva» de cualquier derecho material de que pudiese disponer el ciudadano. Se ha producido un cambio de paradigma, en donde el proceso contencioso-administrativo se ha situado en el mismo nivel que el proceso civil entre partes privadas.

Se rompe el mítico principio francés de que la ejecución forzosa por los Tribunales de la actuación administrativas es administrar.

Dicho cambio de paradigma se produce entre otras razones por el artículo 6.1.c) del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de luchar por el directo beneficio de la libertad del ciudadano permitiéndole impugnar todas las vías judiciales teóricamente disponibles, al disponer de un verdadero derecho fundamental a una tutela judicial efectiva general, lo que implica no sólo juzgar a la Administración sino también poder ejecutar lo juzgado y poder aplicar todo género de medidas cautelares previas sin limitación alguna, por los Juzgados y Tribunales integrantes de un Poder Judicial.

Como afirma este autor en sus conclusiones el cambio de paradigma en la justicia administrativa ha quedado definitivamente instaurado, inaugurándose así una época nueva, jurídicamente más importante, en directo beneficio de la Libertad del ciudadano.

Santiago Carretero Sánchez *

**Brown, Wendy, y Williams, Patricia:
(estudio preliminar de Isabel Jaramillo Sierra)**

La crítica de los derechos

Facultad de Derecho Universidad de los Andes,
Instituto Pensar. Reimp. 2007, 1995

Sumario: I. ESTUDIO INTRODUCTORIO.—II. CRÍTICA A LOS DERECHOS.—III. LOS ABUSOS EN NOMBRE DE LOS DERECHOS.—IV. LA GANANCIA DE CREER Y DEFENDER LOS DERECHOS.—V. LO QUE SE PIERDE AL NO CREER EN LOS DERECHOS.—VI. INTENTOS DE MODERNIZAR LA DOCTRINA MARXISTA DE LOS DERECHOS.—VII. VALORACIÓN PERSONAL.

I. ESTUDIO INTRODUCTORIO

La monografía que acabamos de leer constituye un trabajo sobre un tema siempre vivo, de los que jamás morirán en Derecho, los derechos y su papel en la política actual, su perfil político como desarrollo del hombre. Las docentes que ahora se han encontrado en este volumen reflexionan sobre el uso de los derechos, los límites, las teorías de los mismos y sobre los mismos, y el uso político de los derechos. Dice Isabel JARAMILLO, en el estudio preliminar que lo que consigue la tríada HARTA-DWORKIN-ALEXY es una *relocalización* de los derechos en el centro de la comprensión del derecho. Tanto la derecha como la izquierda toman los derechos como centro de sus teorías políticas, la derecha para asegurar los derechos a través de su racionalización en el neoliberalismo —con todas las correcciones sociales que se quieran— y la izquierda para las reivindicaciones sociales (p. 16). Estos derechos están el centro porque existe un consenso social en su juicio ético, su reivindicación puede producir efectos modernizadores, porque los derechos detrás siempre tienen fines. Los derechos están sometidos a un continuo debate sobre su modernidad, sobre su justiciabilidad, como establecen las profesoras Cabal, Roa, Lemaitre en su obra «Cuerpo y Derecho» las nuevas perspectivas de los derechos son incontrolables.

* Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos. Ex-Letrado del Tribunal Supremo.

II. CRÍTICA A LOS DERECHOS

Los derechos han estado sometidos a una crítica profunda, la obra parte de la crítica que MARX hace sobre la «cuestión judía» y es un ejemplo de un texto que ha sido silenciado en el debate político (p. 19). Es realmente loable —sea el autor del que se trate—, el intento de recomposición de la modernidad de los clásicos, en este caso MARX, que está realizando la doctrina moderna. Por ello, por el uso político de los derechos se parte de la emancipación que ofrecen los derechos, para ser instrumento de la igualdad formal y material, se dice que son instrumentos, pero son tan grandes que también lo son como pesamos nosotros. La crítica parte de que los derechos ofrecen mucho menos de lo que nos creemos pues se ve a los seres humanos sólo como ciudadanos, representan la alineación de la persona frente a la persona, en el análisis de MARX, que, descalificado globalmente, no es correcto. Otra crítica que se les hace a los derechos es que representan un *discurso universal*, pero no lo es en todos los lugares y la pretensión imperialista sobre su universalidad, pues toda esta obra parte de los derechos de las minorías (la población negra sobre todo) en su análisis y de ahí quizás venga su atrevimiento pero también sus errores. Además, los derechos son *tácticas en la lucha política* (p. 22) deben estar al alcance del poder como herramienta para utilizarlos, pero eso no quiere decir que estén siendo desnaturalizados como parece sugerir la obra, o tal idea no la pensamos. En teoría jurídica se han formulando una serie de críticas; entre ellas está la de indeterminación sustancial de los derechos confundiéndolos como fines (IHERING), exclusivamente, pero la voluntad en esa crítica a HEGEL no comprende sólo lo que son derechos, pues se conceden derechos a quien no la tiene desarrollada (niños, locos...) y podría estar amparado el ejercicio inmoral del derecho, que sería sólo voluntad. Todo ello queda más resuelto si los derechos quedan configurados como *intereses de la vida*.

JOSSERAND (en su obra *El Espíritu de los derechos y su relatividad*) indica que decir que el contenido de los derechos son intereses implica protección legal y verificación de la misma como algo esencial para que hablemos de derechos. Divide esos intereses entre egoístas y altruistas, pero al propio autor no le convence esta división quizás simplista. Otros autores proponen que los derechos se basan en la *teoría de la dominación*, su contenido puede determinarse si se sabe cuáles son los intereses de quienes ocupan la posición privilegiada en la estructura social (arrendadores, empresarios...) ello entrañaría que los de abajo no tienen derechos y sí los tienen, a nosotros, tampoco nos vale.

III. LOS ABUSOS EN NOMBRE DE LOS DERECHOS

Existe un abuso de las deducciones con respecto a los derechos (p. 28), así, se dice derecho-no derecho, privilegio-deber, poder-incapacidad, responsa-

bilidad-inmunidad, para simplificar en los pares de opuestos jurídicos y pares de correlativos jurídicos: derecho-deber, privilegio-no derecho, poder-responsabilidad, inmunidad-responsabilidad... como hace HOHFELD, que propone ocho nociones fundamentales para relacionar el contexto de los derechos. HOHFELD basa el hecho de que los derechos existan en que siempre habrá que recurrir a ellos en políticas públicas, casi en el sentido de los «casos difíciles» de los que tratará HART, las reglas son de textura abierta y no hay un solo resultado que se derive necesariamente de ellas y por eso es preciso que el juez decida entre las posibilidades que abre la regla. Bien es cierto que él cree que esto ocurre sólo en los casos difíciles, porque en los demás puede establecerse si existe derecho o no, usando la analogía, la inducción y la deducción. Otro error o crítica de los derechos es su *incoherencia*, así ALEXY indica que es posible encontrar el sentido total del Ordenamiento jurídico y a partir de él precisar lo que a primera vista aparece como en conflicto o indeterminado. Los llamados *tests de ponderación de los intereses* en conflicto pueden resolver el problema del contenido de los derechos, pero éstos serán tan indeterminados como se indican los derechos. En el fondo en toda la obra late la idea de que los derechos son moldeables, en el sentido que queramos y en ellos caben todas las críticas y teorías y ello nos parece cierto. Entre las críticas a los derechos la de la *irrealizabilidad formal* es numerosa, (JOSSEMAND, HOHFELD) los derechos, creen, para poder definirlos con rigor, son garantía más que otra cosa, garantía.

IHERING indicó que los derechos son derechos se materializan por el legislador en una regla diseñada sino no estamos hablando de derechos. La *realizabilidad formal* es el corazón de la noción de derecho a partir de la que DEMOGUE va a formular su crítica. El derecho quiere representarse como «aquel que impone una fuerza organizada y que no puede ser objeto de apelaciones» dice este autor. DEMOGUE define los derechos como aquellos intereses que pueden obtener esta garantía, la protección de las autoridades, los que no pueden obtenerlos son «sombras de derechos». La fe en los derechos sigue existiendo, como indica DEMOGUE, pero no sabe el porqué o bien la explicación de su creencia es múltiple y variada. Las razones señaladas son: los derechos son guías en la producción de legislación y en las decisiones judiciales. Segundo, porque permiten defender el derecho y el Derecho no como algo invencible «en su fuerza invencible y ciega», otra teoría en la fe de los derechos, es la de paz pública y a la economía de las fuerzas sociales.

La creencia en los derechos es cuestión de fe o no, como indica DUNCAN KENNEDY no existe prácticamente nada para sustentar o explicar esa fe, casi intuitiva pero general.

IV. LA GANANCIA DE CREER Y DEFENDER LOS DERECHOS

Patricia WILLIAMS analiza la *dolorosa prisión del lenguaje de los derechos*. Analiza con Peter GABEL (fundador del movimiento *Critical Legal Studies*) el lenguaje de los contratos y la confianza que produce la palabra «derecho» en el

ciudadano normal al verla reproducida (p. 45) de una forma intuitiva sobre todo por quien forma parte de una minoría o grupo no favorecido, pero son engañosos, pues según la autora (de raza negra) en Estados Unidos a veces, hablar de «derechos» no sólo no ayuda, sino que es perjudicial dada su versatilidad de contenido y vaciedad también. El análisis parte de que ese lenguaje de derechos está vacío para las minorías, su único derecho real es decir que no tienen derechos. Su análisis es desgarrador en su escepticismo, indica que la tarea para que eso deje de ser realidad es expandir los derechos a todos, el derecho de propiedad privada hacia una concepción de derecho civil, hacia el derecho de esperar civismo por parte de todos los ciudadanos, más allá de su color o cultura (p. 73) la unificación quizá de los derechos sociales y los civiles ya sin distinción.

V. LO QUE SE PIERDE AL NO CREER EN LOS DERECHOS

A continuación se encuentra el discurso de Wendy BROWN sobre «Lo que se pierde con los derechos» de su obra *States of Injury*, Princeton University Press, 1995, pp. 96-134. Las minorías (el ejemplo al que se acude en el discurso a la raza negra en Estados Unidos) utilizaron los derechos según los momentos históricos para conseguir logros sociales, como, por ejemplo, ir simplemente en autobús. La *politización de los derechos* si bien no es deseable, ha servido para que podamos tomar conciencia de ellos, de su desarrollo, sobre todo, según las autoras por los derechos de *grupo, de minorías, las identidades culturales, étnicas*. Se parte de los derechos en las identidades politizadas, tomando como derecho de grupo, se intenta modernizar las proposiciones teóricas que MARX plantea en la obra sobre el problema o cuestión judía: el problema es que es una visión excesivamente grupal del problema de los derechos, casi parcial. MARX hace un planteamiento de los derechos al dividir la vida del hombre en un doble plano: celestial y real. MARX parte de la base de que la maniobra del poder político es peculiar del constitucionalismo liberal se centra en otorgar libertad como un favor no como un derecho al hombre: Igualdad y representación que se conceden a sujetos abstractos en lugar de a sujetos concretos (p. 97). Los derechos como emancipadores del hombre son positivos, pero el mal está en la estructura feudal que da paso a la burguesía, que ha establecido unas bases que MARX no comparte. Crítica los derechos burgueses en el sentido de que son egoístas y basados en la sociedad capitalista, confundiendo derechos y fines del Poder. Son una política ilusoria de igualdad, libertad, comunidad, en el dominio del Estado, una política que es contradicha por la inequidad, falta de libertad e individualismo en el dominio de la sociedad civil. Los derechos legitiman al naturalizarlos a los diversos poderes estratificantes de la sociedad civil y disfrazan la colusión del Estado con este poder social, legitimando también de esta manera al Estado como un representante neutral y universal del pueblo. Ahora bien, MARX habla entusiasmado de la *emancipación política de los derechos burgueses* en el sentido de que el Estado nos considera como libres e iguales en tanto la perso-

nalidad y la pertenencia a una comunidad se presenta idealmente como no restringida por estos poderes sociales, la emancipación política constituye *progreso*. Los ideales de libertad, igualdad y comunidad en el Estado burgués, moldean el deseo por esos bienes que, en un proceso histórico gobernado por el materialismo dialéctico, serán realizados a través del establecimiento de las condiciones materiales necesarias. El egoísmo de la sociedad provoca demandas de derechos, la raza y el género aparecerían individualizadas en el discurso de los derechos. MARX entiende la promesa política como inherente al movimiento dialéctico de la historia hacia la libertad como fin de los derechos. FOUCAULT entiende que el fin de la historia es más un alivio político que un problema político, en el sentido de que los derechos cumplen un fin en sí mismo cuya meta no se verifica ni planifica plenamente, el ideal de MARX, según la creencia popular, es que el Derecho dejará de ser completamente necesario.

VI. INTENTOS DE MODERNIZAR LA DOCTRINA MARXISTA DE LOS DERECHOS

Pese a todo, las autoras defienden que la formulación marxista de los derechos posee fuertes argumentos a favor de su relevancia contemporánea (p. 120). Se hacen intentos por modernizar esa teoría (Patricia WILLIAMS y MACKINNON). WILLIAMS encuadra la teoría de MARX en el progresivo alcance de los derechos en la población negra en Estados Unidos, para ella la posición subjetiva es esencial para la formulación del derecho. La privatización —el espacio de intimidad— para WILLIAMS ha sido un problema para los derechos, viola el espacio público, despolitiza los problemas e injusticias socialmente construidos, exonera a los representantes públicos de su responsabilidad pública y socava una noción de la vida política como aquella que se preocupa por lo común y que nos obliga frente a lo común. Indica que el discurso de los derechos en una sociedad capitalista liberal, presenta como privadas posibles controversias públicas sobre la distribución de los recursos y sobre quiénes son las partes relevantes en la toma de decisiones. Convierte los problemas sociales en asuntos de daño si no hay agente o no hay un sujeto violado tangible. Defiende WILLIAMS que los derechos son forma histórica y actualmente existente de la libertad, pero su indeterminación le preocupa y los derechos quedan vacíos de contenido cuando tanto se habla de ellos. Las palabras cambian mucho, derechos, propiedad, democracia... y el factor político las hace cambiar hasta realmente hacerlas irreconocibles. Bajo el disfraz de lo concreto, lo que los derechos prometen puede ser tan escurridizo, tan ultramundano, tan inalcanzable, como lo que ofrece cualquier otro mito político (p. 135). La otra forma de modernizar el análisis marxista es la de Catherine MACKINNON al hablar del masculinismo del Derecho. Hay que reparar la desigualdad de las mujeres en los derechos, materia que MARX ciertamente ni imaginó. Quiere un proyecto feminista del Derecho, especialmente en áreas como el acoso sexual y la pornografía, es hacer que los derechos arti-

culen y respondan, en lugar de enmascarar, al funcionamiento sistemático de la subordinación de género.

MACKINNON intenta obligar al derecho a cumplir con su promesa universalista forzándolo a reconocer y rectificar relaciones de dominación entre sus sujetos —en particular, haciéndolo reconocer el género como una relación de dominación y no como un indicador benigno o natural de diferencia—. Hace lo que MARX creía que no podía hacerse, esto es, usa el discurso de los derechos para exponer y remediar las desigualdades cuyas formulaciones abstractas de la personalidad y la igualdad supuestamente oscurecen y despolitizan. Pero en el fondo (p. 142) lo que hace MACKINNON es oponer las libertades garantizadas por el constitucionalismo universalista y en este sentido reafirma, en lugar de reconstruir, la formulación que hace MARX de la oposición entre la emancipación política y la verdadera emancipación humana, entre el universalismo liberal y la dominación en la sociedad civil, entre la libertad burguesa y la verdadera igualdad. Puede decirse, tras su intento, que la confusión de los derechos con el dominio de la política se traduce en que los derechos no deben ser confundidos con la igualdad ni el reconocimiento legal con la emancipación y en esa confusión MARX caía en su base teórica también. Si como decía MARX hace más de 150 años, la fuerza democratizante del discurso de los derechos es inherente a su capacidad para representar un ideal de igualdad entre personas como personas, sin importar sus particularidades socialmente construidas y aplicadas, entonces el potencial político de los derechos no yace en su concreción, como dice Patricia WILLIAMS, sino en su idealismo, en su configuración inicial de igualitarismo social, un ideal que es contradicho por las desigualdades sociales sustantivas.

VII. VALORACIÓN PERSONAL

Como valoración final de esta obra, de lectura desigual en cuanto a su amabilidad, se puede indicar que es pesimista en su planteamiento de los derechos, su reflexión es preocupante sobre el concepto de los derechos para cualquier jurista. Para afrontar y atacar los grandes conceptos, principios, de la organización jurídica y social, hay que proponer otros y aquí no se hace, simplemente se constata que hay ideas, conceptos, principios que son utilizados por el Poder político, pero no nos imaginamos su papel si de ellos no se tratará. Por ello, si se parte de que los derechos están siendo utilizados sólo para las minorías, habría que hablar mucho del uso de los derechos por las mayorías, no es un análisis completamente ajustado a nuestro juicio. Que el discurso político recurre a grandes conceptos o ideas es cierto como son los derechos. Que entre esos discursos está el de los derechos también lo es. Pero no porque se utilice con fines públicos o en el discurso público el Derecho está pasando crisis alguna ni tampoco los derechos como concepto otro problema es su realización personal y no sólo grupal, pero es idea central de cualquier organización política o consensuada trabajar por los derechos. Al con-

trario, el uso político entendido como predicable a toda la comunidad es el que hace que el Derecho merezca la pena, y también los derechos, la obra pretende una expansión de los derechos a todos que es la lucha de la humanidad. Luchar por ellos ha transformado la sociedad mundial, y en ello se está con las minorías, pero el problema ya no es estrictamente jurídico en los planteamientos de este libro, pues la existencia de minorías nos lleva a factores múltiples, económicos, culturales, sociales... y no sólo jurídicos o políticos. Bien parece el modernizar a los clásicos que se dejen (como MARX, que es lo que se pretende en esta obra) pero no hay que llevarlo más allá de lo que el propio autor indicó o pudo intuir, centrado en los derechos exiguos de una población obrera y proletaria, que hoy ya, afortunadamente —y en parte a períodos del Estado Liberal próspero o con políticas liberales de partidos de izquierda cuya diferencia económica con los partidos de centroderecha es inapreciable—, no posee las calamitosas condiciones de su época. La idea de que todo está perdido mientras haya injusticia social no es predicable sólo a los derechos, si estos se encuentran en el plano universal, no descender al plano concreto es un recurso imposible de llevar a cabo para cualquier análisis. Los grupos o identidades se unen (colectivos antirracistas, gay, pacifistas, raza negra... que cita el libro como ejemplos minoritarios lo que es discutible) como también lo hacen los grupos más numerosos para reivindicar políticas públicas que favorecen derechos individuales, por ejemplo, cuando no se quiere una norma de educación complementaria a otra, y se predica que desaparezca o que sea optativa ese grupo se une con un fin de derecho individual, pero sólo el individuo no es tomado en cuenta por el Poder público en sus reivindicaciones más allá de acudir al derecho judicial.

El análisis de MARX es siempre interesante, pero no es ya plenamente entendible al transformarse el Estado capitalista que él creía culpable de todo, en la multinacional silenciosa universal que nadie sabe concretar, en la despolitización de la clase obrera (que ya no sabemos reconocer como identificada) es un análisis que decae por la complejidad social que desdibuja las identidades tan nítidas que reconocía este gran autor, con el que lejos de estar de acuerdo o no, que es difícil en su totalidad decantarse, sembró las bases del discurso posterior. Se ha desdibujado en exceso la clase trabajadora como se ha esfumado en Estado capitalista, que hoy MARX no sabemos con lo que lo identificaría, pues la globalización económica le hace ser todo poderoso y no nacional como partía de su discurso. La modernización de las teorías jurídicas (políticas y antropológicas) como es el marxismo no puede conseguirse a cualquier precio, no se puede transformar la sociedad para que coincida con un análisis ciertamente desfasado en la esfera europea y americana, si bien, la desigualdad y la pobreza junto con la existencia de grupos marginales existe y desgraciadamente existirá. La obra tiene partes realmente innovadoras a la hora de conseguir esa modernización del marxismo, esta doctrina ha sido esencia en sus conceptos de la política europea y mundial en el siglo XX, ni qué decir tiene el de «progreso», indeterminable y utilizado políticamente y no filosóficamente por sus propios detractores y partidarios exactamente tan devaluado como para las autoras de la obra se encuentra el derecho. El con-

texto, por tanto, de complejidad afecta también a los derechos que se podrán criticar, pero siempre están ahí, vinculantes o no, en la Constitución mundial en la Europea, y siempre se transformaran como se quiera, pero su desaparición, que en ningún momento se deduce de la lectura de este interesante volumen, es imposible para la consecución de una sociedad, si se quiere desigual, injusta, con imperfecciones, pero sociedad. Son el centro de la política, del Derecho, de la vida, son la base central de cualquier proyecto de futuro de cualquier sociedad mundial, algo que se está viendo en la Constitución o Tratado europeo que se plantea en el año 2007.

