

ASAMBLEA

REVISTA PARLAMENTARIA DE LA ASAMBLEA DE MADRID



Número 14 • Junio 2006

SUMARIO

I. TEMA DE DEBATE

- García, Eloy: *Irreelegibilidad, inelegibilidad e incompatibilidad parlamentaria: Los artículos 23 y 70 de la Constitución y las razones políticas de la prohibición de ser reelegido.*

II. ESTUDIOS

- López-Medel Báscones, Jesús: *La Ley de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid.*
- Rosado Iglesias, Gema: *Prerrogativas parlamentarias y Tribunal Constitucional.*
- Calvo Charro, María: *La libertad de elección de centro docente. Historia de la conculcación de un derecho fundamental.*
- Burzaco Samper, María: *Administración Pública y Sociedades Cooperativas en la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid.*
- Martín de Hijas Merino, Mónica: *La preparación y adjudicación de los contratos administrativos. Especial referencia a la Asamblea de Madrid.*

III. NOTAS Y DICTÁMENES

- De Alba Bastarachea, Esther: *Derechos fundamentales y libertades públicas de los inmigrantes en España.*
- Ripley, Daniel I.: *Algunas reflexiones sobre la caducidad en el procedimiento sancionador tributario.*
- Álvarez Vélez, M.ª Isabel, y Alcón Yustas, Fuencisla: *Aportación al debate sobre el futuro de la Monarquía Parlamentaria.*
- Leuschner Luque, Erick: *Derecho de participación política y democracia.*

IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Martí Sánchez, Sylvia; Sánchez Sánchez, Javier, y Recoder Vallina, Tatiana.

V. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

- Cabrera Díaz, Beatriz: *El Registro General.*
- Nieto Lozano, Angeles; Prada Barrio, María Isabel, y García Álvarez, Manuel José: *La Actividad Parlamentaria de julio a diciembre de 2005 (VII Legislatura).*

VI. DOCUMENTACIÓN

- Murillo Ulloa, Ernesto: *La conciliación de la vida familiar y laboral, un compromiso y una oportunidad para la modernización de la Administración Pública.*

VII. RECENSIONES

- Del Pino Carazo, Ana: *La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*, de Encarna Carmona Cuenca.
- Villarino Marzo, Jorge: *El falso testimonio ante comisión parlamentaria de investigación (art. 502.3 CP). Tipo de injusto*, de Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas.
- Sanz Pérez, Ángel Luis: *La Jurisdicción Constitucional en Europa*, de Marian Ahumada Ruiz.
- Greciet García, Esteban: *Bicameralismo, Senados y Senadores en el Cono Sur Latinoamericano*, de Francisco Sánchez, Detlef Nolte y Mariana Llanos.
- Ortega Gutiérrez, David: *La mirada del poder*, de Pedro González-Trevijano.

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la
Asamblea de Madrid

14

Junio
2006

Asamblea de Madrid
- *Servicio de Publicaciones* -

Plaza de la Asamblea, 1. 28018 – 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.
 - Número del NIF.
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.

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, 2006

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid

PRESIDENTA

- Concepción Dancausa Treviño
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
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
- M.ª de los Reyes Montiel Mesa
Vicepresidenta Tercera de la Asamblea de Madrid
- M.ª Paloma Adrados Gautiel
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
- Rafael Simancas Simancas
Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en la Asamblea de Madrid
- José Guillermo Fernando Marín Calvo
Presidente-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

- 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 Bastarachea
- 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 Vallina
- 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

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

ÍNDICE

Pág.

I. TEMA DE DEBATE

GARCÍA, ELOY: <i>Irreelegibilidad, inelegibilidad e incompatibilidad parlamentaria: Los artículos 23 y 70 de la Constitución y las razones políticas de la prohibición de ser reelegido</i>	3
---	---

II. ESTUDIOS

LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, JESÚS: <i>La Ley de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid</i>	25
ROSADO IGLESIAS, GEMA: <i>Prerrogativas parlamentarias y Tribunal Constitucional</i> .	39
CALVO CHARRO, MARÍA: <i>La libertad de elección de centro docente. Historia de la conculcación de un derecho fundamental</i>	81
BURZACO SAMPER, MARÍA: <i>Administración Pública y Sociedades Cooperativas en la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid</i> . . .	101
MARTÍN DE HIJAS MERINO, MÓNICA: <i>La preparación y adjudicación de los contratos administrativos. Especial referencia a la Asamblea de Madrid</i>	127

III. NOTAS Y DICTÁMENES

DE ALBA BASTARRECHEA, ESTHER: <i>Derechos fundamentales y libertades públicas de los inmigrantes en España</i>	151
RIPLEY, DANIEL I.: <i>Algunas reflexiones sobre la caducidad en el procedimiento sancionador tributario</i>	163
ÁLVAREZ VÉLEZ, M. ^a ISABEL, y ALCÓN YUSTAS, FUENCISLA: <i>Aportación al debate sobre el futuro de la Monarquía Parlamentaria</i>	173
LEUSCHNER LUQUE, ERICK: <i>Derecho de participación política y democracia</i>	197

IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

MARTÍ SÁNCHEZ, SYLVIA; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, JAVIER, 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>	209
---	-----

	Pág.
V. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA	
CABRERA DÍAZ, BEATRIZ: <i>El Registro General</i>	293
NIETO LOZANO, ÁNGELES; PRADA BARRIO, MARÍA ISABEL, y GARCÍA ÁLVAREZ, MANUEL JOSÉ: <i>La Actividad Parlamentaria de julio a diciembre de 2005 (VII Legislatura)</i>	301
VI. DOCUMENTACIÓN	
MURILLO ULLOA, ERNESTO: <i>La conciliación de la vida familiar y laboral, un com- promiso y una oportunidad para la modernización de la Administración Pública</i> . . .	335
VII. RECENSIONES	
DEL PINO CARAZO, ANA: <i>La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional</i> , de Encarna Carmona Cuenca	349
VILLARINO MARZO, JORGE: <i>El falso testimonio ante comisión parlamentaria de investigación (art. 502.3 CP). Tipo de injusto</i> , de Fernando Vázquez-Porto- meñe Seijas	355
SANZ PÉREZ, ÁNGEL LUIS: <i>La Jurisdicción Constitucional en Europa</i> , de Marian Ahumada Ruiz	363
GRECIET GARCÍA, ESTEBAN: <i>Bicameralismo, Senados y Senadores en el Cono Sur Latinoamericano</i> , de Francisco Sánchez, Detlef Nolte y Mariana Llanos	371
ORTEGA GUTIÉRREZ, DAVID: <i>La mirada del poder</i> , de Pedro González-Tre- vijano	387

I

TEMA DE DEBATE

Irreelegibilidad, inelegibilidad e incompatibilidad parlamentaria: Los artículos 23 y 70 de la Constitución y las razones políticas de la prohibición de ser reelegido¹

Sumario: I. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA IRREELEGIBILIDAD.—II. INELEGIBILIDAD Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: LOS ARTÍCULOS 23 Y 70 DE LA CONSTITUCIÓN.—2.1. La inelegibilidad.—2.2. Incapacitación e inhabilitación judicial.—2.3. La incompatibilidad parlamentaria.—III. LA IRREELEGIBILIDAD COMO SUPUESTO CONCRETO DE INELEGIBILIDAD.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA IRREELEGIBILIDAD

El 17 de septiembre de 1796 Jorge Washington, el héroe de la independencia y primer presidente de la República americana, se dirigía a la nación para expresar en un último mensaje cuáles eran a su juicio los principales males que se cernían sobre la democracia norteamericana. En lo que se conoce como *Farewell address*, Washington, además de advertir contra los funestos efectos del espíritu partidista y de enumerar los desafíos exteriores que en el futuro pudieran eventualmente amenazar la continuidad de la recién forjada Unión, pasaba repaso a su acción de gobierno y hacía pública declaración de despedida. Si apenas cuatro años antes, Washington había optado por la reelección por razones de política exterior e interior, teniendo que afrontar algunos reproches y las dudas de ciertos sectores de la opinión acerca de la constitucionalidad de su decisión, ahora ponía término al mandato renun-

★ Catedrático de Derecho constitucional.

¹ Este trabajo se encuadra en el contexto del proyecto «El significado del pensamiento republicano en el Derecho constitucional moderno: el problema de la inelegibilidad», Referencia SEC 2003-2002.

ciendo así de manera voluntaria a disputar una tercera elección que la Constitución no proscribía.

La cuestión de la reelección del presidente (*term limits* en el lenguaje político norteamericano) había sido un problema larga y profusamente debatido en el proceso de redacción de la Constitución, y ante la inexistencia en el texto final de un precepto que se pronunciara de manera expresa al efecto, el propio vacío normativo sugería tácitamente su plena constitucionalidad, ya que por tratarse del límite en el ejercicio de un derecho, la prohibición, de existir, tendría que haber estado recogida de forma clara e inequívoca en la propia norma fundamental. Y en este sentido interesa recordar que la irrelegibilidad del presidente para un segundo período, inicialmente prevista en el texto del proyecto elaborado por la Convención de Filadelfia, fue suprimida en un debate posterior en aras a la conveniencia de alcanzar un acuerdo más amplio, y a cambio de alargar el plazo de tiempo originariamente pensado para la duración del mandato. Pero el tema distaba todavía mucho de haber quedado definitivamente solventado de manera pacífica. Y la prueba más evidente radica en que durante el período de ratificación de la Constitución por los estados, mientras Jefferson en carta dirigida a Madison se quejaba amargamente de la grave deficiencia que suponía el abandono del principio de rotación y la posible configuración de la presidencia como un oficio reelegible de por vida, insistiendo en la necesidad de incorporar alguna medida al respecto que hiciera de esta magistratura tribuna de otro modelo de democracia, Hamilton por su parte dedicaba un número entero del *Federalista* (el LXXII) a glosar las ventajas de la reelección recogida en la Constitución². Sea como fuere, el gesto de Washington marcó el futuro para muchos años, puesto que su ejemplo iba a ser seguido y tenido presente por los protagonistas futuros de la vida política casi religiosamente, de manera que durante casi ciento veinte años ningún presidente osaría ejercer el derecho a postular su candidatura a la presidencia de la Unión más allá de un segundo período de mandato.

Quien de algún modo intentaría romper por vez primera el uso establecido sería Teodoro Roosevelt, que habiendo accedido a la presidencia por su condición de vicepresidente, tras el asesinato de McKinley en 1901, y después de revalidar en 1904 su mandato, optó por presentarse nuevamente a la elección en 1912 tras los cuatro años de mandato de su sucesor William Taft (1904-1912). Aun cuando formalmente Roosevelt hubiera respetado la letra de la práctica instaurada por Washington de no concurrir a un tercer período consecutivo —argumento esgrimido por el propio Roosevelt para no acudir a la elección de 1908—, lo cierto es que su intento concluyó en un

² Jefferson, Carta a James Madison de 20 de diciembre de 1787, recogida en Jefferson, *Political Writings*, Cambridge, 1999, pp. 360-363. El *Federalista*, núm. LXXII, de 21 de marzo de 1788, México, 1957, pp. 307-311. De cualquier forma, es de destacar que el responsable de la afirmación de la institución de la irrelegibilidad en buena medida es Jefferson, que tras la presidencia de Washington, y como su inmediato sucesor, siguió su ejemplo renunciando a postularse por un tercer mandato. De la asunción consciente de la decisión da cuenta la correspondencia mantenida con la legislatura de Vermont.

clamoroso fracaso en las urnas, y sólo sirvió para consolidar aún más la tradición convirtiéndola *de facto* en norma. Con el tiempo se había conformado aquello que en la terminología propia del Derecho constitucional se denomina convención constitucional³, esto es, una conducta generalizada entre el conjunto de operadores políticos que sin llegar a poseer la fuerza vinculante característica del derecho, en la medida en que resulta observada por todos adquiere un cierto sentido de obligación moral voluntariamente admitida por las partes.

Hubo, pues, que esperar a que se diera una situación ciertamente extrema para que otro hombre, el segundo Roosevelt de la historia norteamericana, Franklin Delano Roosevelt, acogándose a un hecho nuevo rompiera la tradición y permitiera poner en evidencia algo esencial en cualquier sistema político articulado en torno a una Constitución racional-normativa: cuando el derecho entra en conflicto abierto con la práctica constitucional es siempre la norma la que prevalece sobre el uso. El hecho nuevo surgió de la combinación de dos factores, una personalidad singular encarnada por el propio Roosevelt, y una realidad particular la nación americana enfrentada a una de las mayores crisis que llegaría a sufrir el país tras la guerra civil. Roosevelt, un hombre extraordinario que había alcanzado la presidencia con la promesa de vencer la «Gran depresión», invocó como motivo de su tercera candidatura a la elección en 1940, y luego a la cuarta en 1944, la guerra mundial. El éxito electoral ahogó la crítica y puso entre paréntesis, al menos temporalmente, los importantes reparos constitucionales que de otro modo hubiera podido suscitar una reelección que no por jurídicamente lícita dejaba de contravenir de manera flagrante la conducta constitucional hasta entonces mantenida y avallada por los hechos. A pesar de todo, no está de menos recordar que a diferencia de anteriores ocasiones en 1940 las urnas favorecieron a Roosevelt frente a Wilkie, su adversario del partido republicano, sólo por un margen relativamente estrecho de votos.

En cualquier caso, lo cierto es que la posibilidad real de disputar un tercer mandato era en 1940, tras la abrupta ruptura de la práctica precedente, un derecho plenamente consagrado e incuestionable en términos legales para el ordenamiento norteamericano, que chocaba abiertamente con un espíritu y una tradición que pesaba sobremanera en la conciencia constitucional. La tensión entre normatividad formal y la tradición política expresada en la herencia de Washington, resultaba insostenible, y ello determinó que en 1947 el Congreso propusiera la incorporación de una nueva enmienda a la Constitución que permitiera estipular de manera definitiva la prohibición de la reelección presidencial. Tras su rápida ratificación en 1951, en lo sucesivo nunca más un presidente de los Estados Unidos podría volver a ser reelegido para un tercer mandato. La XXII enmienda a la Constitución, introduciendo una norma específica al respecto, excluía del derecho al sufragio pasivo a

³ La relación entre costumbre y convención constitucional en Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985, y más genéricamente sobre la costumbre González Trevijano, *La Costumbre en Derecho Constitucional*, Madrid, 1989.

cualquiera que por dos veces hubiera sido elegido presidente⁴. Una convención constitucional fundada en un precedente se había convertido en derecho positivo ante la imposibilidad de mantener su fuerza normativa por carecer de reconocimiento legal expreso.

Es muy posible que la azarosa construcción de la prohibición constitucional de la reelección presidencial en los Estados Unidos haya contribuido de forma decisiva a que esta figura acabara siendo considerada y doctrinalmente encuadrada, como una institución característica y privativa del régimen presidencialista en general y de la Unión americana en particular. Y en esta línea de razonamiento, hechos como el debate planteado entre los autores norteamericanos en el momento de elaborar la XXII enmienda sobre si la existencia de un límite temporal a la reelección del presidente pudiera contribuir o no a la limitación y control del ejercicio de sus facultades constitucionales (*«lame duck»*), o que ciertos países de América latina, y en especial México, hubiesen transformado la no reelegibilidad del presidente en supuesto clave de un cierto principio de sometimiento del poder a la democracia en sistemas políticos no plenamente constitucionales, muy bien pudieran ser invocados como pruebas palmarias y evidentes de que presidencialismo y prohibición de la reelección caminaban de la misma mano, criterio éste actualmente tan extendido entre los estudiosos del Derecho constitucional que ha terminado convirtiéndose poco menos que en dogma canónico recogido sin reparo en numerosos tratados.

Sin embargo, y por mucho que la irrelegibilidad del presidente para un tercer mandato se haya podido configurar y emerger en la historia constitucional como uno de los rasgos y señas de identidad definitorias de la forma de gobierno presidencialista norteamericana por la circunstancia de que ciertamente sólo en esa experiencia consiguió adquirir una existencia real y concreta —además de altamente polémica—, lo importante es que en su justificación última, esta figura jurídica responde a una doble significación política y constitucional que encaja de lleno en un paradigma de signo muy diferente. Y es que, por un lado, y en lo que hace a la génesis de los principios, la irrelegibilidad presidencial no es sino una expresión o consecuencia lógica más de aquel discurso republicano elaborado por autores como Guicciardini o Maquiavelo, que tanta influencia tuvieron sobre el pensamiento de Jefferson y demás redactores de la Constitución⁵, y cuya finalidad última estaba en asegurar a los ciudadanos un espacio de *vita activa*: la participación de los hombres en una vida pública que si no llegaba a ser de todos, indefectiblemente acabaría dejando de ser política. Pero, por otro, y no obstante, su procedencia ajena a un pensamiento liberal que informa y sustenta al cons-

⁴ La XX enmienda proscribió la reelección para un tercer mandato a quien ha sido elegido para dos anteriores, o disfrutado en un segundo período más de dos años del período para el cual otra persona ha sido elegida como presidente.

⁵ Maquiavelo en los discursos sobre la primera década de Tito Livio titula significativamente el capítulo 24 del libro tercero, *Cómo la prolongación de mandatos hizo sierva a Roma*. No es este el lugar para profundizar al respecto, pero este capítulo tendrá una influencia transcendental en todo cuando posteriormente se escriba sobre la reelegibilidad en el constitucionalismo posterior.

titucionalismo moderno de raíz liberal-contractualista, desde el instante en que la prohibición de ser elegido fue recogida en la Constitución americana y dada su definición legal como restricción al ejercicio de un derecho fundamental, la irreelegibilidad hubo de articularse como una limitación específica, medida y cuidadosamente construida, de un derecho al sufragio que en el plano de los principios es respetado de manera escrupulosa por su condición de fundamento constitutivo capital de la democracia representativa. Ello exige, por consiguiente, acudir a los procedimientos y fórmulas de actuación definidas por los derechos y libertades tradicionales para esta clase de restricciones que en el orden constitucional tienen siempre la condición de excepcionales, lo que de cualquier manera significa reconducir su estudio en general a las técnicas jurídicas clásicas de protección de los derechos fundamentales, y en los casos más específicos al terreno de un derecho electoral que obligado a ocuparse de un sinnúmero de supuestos de detalle habitualmente termina convirtiendo en regulaciones procesales lo que en realidad son cuestiones materiales de fondo.

Para apoyar la primera afirmación tal vez sea suficiente traer a colación aquí dos supuestos reales que aunque procedentes de secuencias temporales diferentes tienen en común el hecho de situar la irreelegibilidad en la problemática del pensamiento republicano. Primero y en fechas prácticamente contemporáneas al debate americano, el momento constituyente francés de 1789-1791 sirvió también de escenario para una nueva confrontación entre partidarios y detractores de la reelección, encarnados al efecto por dos figuras tan contrapuestas como Thouret y Robespierre. En esta ocasión y en el debate que tenía por trasfondo el sistema representativo-parlamentario de la monarquía francesa, los argumentos de Thouret en favor de la necesidad de responder ante los electores tras la culminación del mandato (reelección-responsabilidad), iban a ser rebatidos por Robespierre que defendiendo el entendimiento de la libertad política al estilo clásico como la acción de un ciudadano que temporalmente sirve a la comunidad proyectando en ella su *virtù*, propuso y obtuvo la aprobación de un precepto proscribiendo la inmediata reelección de los diputados. Sin entrar en mayores pormenores, la simple mención de este otro episodio del debate democracia-republicana frente al individualismo-representativo, atestigua de manera evidente que los fundamentos de la irreelegibilidad conocen otras manifestaciones y se sustentan en raíces bastante más profundas y complejas, que la mera preocupación por la limitación del poder presidencial. Y es que por mucho que se fuerce el argumento, en un régimen representativo en el que según la afortunada expresión de Thomas Paine, el Estado es la sociedad (*«Government by Society»*), parece del todo incongruente limitar o incluso negar al pueblo el único derecho que le permite manifestar la correspondiente confianza o censura hacia aquellos gobernantes que ejercen el poder en su nombre. En democracia representativa —y el sistema presidencialista también es representativo— lisa y llanamente no cabe admitir la posibilidad de que el pueblo sea reputado de no servir para elegir a sus representantes, porque a fin de cuentas —como venía a reconocer el diputado Thouret— ése es el único derecho, jurídicamente

dotado de fuerza efectiva y políticamente hablando sustancial, que resta en sus manos del estado de naturaleza anterior al pacto social, y si el pueblo no sabe o no quiere ejercerlo sin restricciones y en propia y primera persona en el acto electoral nadie podrá remplazarlo ⁶. Es así, por consiguiente, y desde este razonamiento como la irrelegibilidad se configura para el régimen representativo como un absurdo y como una incoherencia política a la que la Constitución al encuadrarlo y tratarlo dentro de la categoría de las limitaciones a un Derecho subjetivo da cierta cobertura jurídica e institucional que no por ello dejará de ser siempre problemática y difícil. Y en este sentido no parece excesivo sostener que el en ocasiones complicado encaje jurídico de la inelegibilidad dentro de las categorías del Estado constitucional muy bien pudiera responder a ese origen foráneo.

Pero además, a mayor abundamiento de lo anterior, y como segunda referencia a tener en cuenta para comprender la verdadera lógica del instituto, conviene recordar que coincidiendo con la crisis actual de la democracia representativa, el problema de la irrelegibilidad ha adquirido en los Estados Unidos una gran importancia con ocasión del *revival* del pensamiento republicano expresado a partir de los años ochenta entre otras por las aportaciones pioneras de los trabajos de autores como Baylyn o Wood, que han venido a recordar algo hasta hace poco olvidado: en la construcción de la Constitución federal confluyó un importante aporte republicano que, pese a su condición de subordinado respecto del liberal, actuó como principal parámetro de referencia en determinadas cuestiones entre las que habría que citar el tema que nos ocupa. Por ello nada puede tener de extraño que hechos concretos como la insólita aprobación en 1992 de una enmienda a la Constitución —la XXVII— propuesta en hace dos siglos por Jefferson, o los recientes y agitados debates sobre la urgencia de modificar las fórmulas de financiación de la política, se inserten en la misma línea de reflexión que hoy lleva nuevamente a pensar en los beneficios que pudiera deparar extender la limitación de mandatos (*«term limits»* en la jerga constitucional norteamericana), a otros ámbitos de la democracia norteamericana. Y es que, en efecto, basta prestar una mínima atención a la vida política americana de la última década para constatar que en la actualidad casi la mitad de los estados han aprobado mediante referéndum propuestas que de una u otra forma pretenden dificultar la repetición de mandatos de sus representantes federales. Y se trata de una tendencia que no sólo se observa en los Estados Unidos, ya que en idéntica medida y tiempo en que el discurso republicano empieza a ser recibido en Europa vinculado a la crisis de la democracia representativa de partidos, la cuestión de la conveniencia y necesidad de poner límites a la repetición de mandatos, junto con otras instituciones de la política clásica, son objeto de un debate de mayor o menor intensidad en países como España, Francia o Italia.

Así, en definitiva, y una vez establecido que el sentido originario de la institución de la irrelegibilidad se encuentra conectado estructuralmente a un

⁶ Debate de las sesiones del 16 de mayo de 1789 y días sucesivos, *Archives Parlementaires*, vol. XXVI, pp. 109 y ss.

tipo de democracia opuesta en términos de principio al régimen representativo, y tras insistir en que su recepción descontextualizada por el constitucionalismo liberal en forma de limitación al poder presidencial del jefe del ejecutivo norteamericano, obliga a encuadrar su estudio en clave de supuesto de privación del ejercicio de un derecho fundamental, habría que proceder a determinar si esta figura jurídica tiene cabida y puede resultar viable en un ordenamiento constitucional como el español que guarda silencio al respecto. Lo que, dicho de otra forma, equivale a abordar el análisis de la ireelegibilidad desde el conocimiento del derecho a la elegibilidad recogido en el artículo 23 de la Constitución y que justamente nos obligará a definir la naturaleza, significado y contenido jurídico de esa limitación. Algo que, por otro lado, la Corte Suprema norteamericana acaba de afrontar de manera directa en la sentencia *U.S. Term Limits versus Ray Thornton* de 22 de mayo de 1995 que en este sentido retoma y refuerza argumentos expuestos en la anterior *Powel versus McCormack* de 1969.

II. INELEGIBILIDAD Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: LOS ARTÍCULOS 23 Y 70 DE LA CONSTITUCIÓN

En la Constitución española el artículo 23.1 dispone que «los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». Se trata de un precepto que en principio no debiera ofrecer grandes dificultades de interpretación. La soberanía del pueblo español, del que emanan todos los poderes, se concreta en un régimen representativo-parlamentario en forma de un primer derecho subjetivo a participar eligiendo a los representantes (sufragio activo), y alternativa y acumulativamente en otro segundo derecho a postularse candidato a la elección (sufragio pasivo), y en definitiva a ser elegido. Tampoco hay que insistir en demasía que en una Constitución como la española en la que los mecanismos de intervención directa del pueblo en las decisiones políticas ordinarias son reducidos, el derecho al sufragio en su doble vertiente resulta de una importancia fundamental para la supervivencia de la democracia. Para el constituyente español, temeroso de los precedentes plebiscitarios de la dictadura, estaba meridianamente claro que la representación era el único camino a través del cual se debería articular el funcionamiento cotidiano y ordinario de la democracia. Por tanto, en Derecho español el sufragio es el instrumento fundamental de la democracia y casi resultaría obligado decir que es prácticamente el único instrumento directo activo en manos de los ciudadanos, a la vez que un Derecho fundamental que tiene la configuración formal de Derecho público subjetivo, y que por estar incardinado en el capítulo II, sección I, del Título primero de la Constitución, goza de las mayores garantías y protecciones⁷.

⁷ Sobre el artículo 23 de la Constitución en general véase Javier García Roca, *Cargos públicos representativos*, un estudio del artículo 23 de la Constitución, Madrid, 1999. Y desde una perspectiva más

El carácter trascendental para la vida política democrática de este derecho no impide que, como todos los de su género, se encuentre sujeto a ciertas limitaciones comunes a todos los derechos, y también a otras más específicas derivadas de su particular significado. En relación a estas últimas y centrando la referencia en el sufragio pasivo, ¿en qué condiciones puede resultar aceptable establecer limitaciones específicas al derecho a ser candidato?, o de otra manera, ¿de qué forma y a través de qué procedimientos especialmente concebidos para esta figura jurídica se puede privar, menoscabar o impedir la elegibilidad pasiva, y cómo construir las categorías jurídicas que permiten justificar que esto llegue a hacerse legítimamente? Fundamentalmente tres son las posibilidades al efecto: primero cabe negar simplemente existencia del derecho, segundo impedir su ejercicio por razones o condicionantes subjetivos que, sin embargo, no afecten al contenido material objetivo del derecho, y tercero sujetarlo o supeditarlo al cumplimiento de ciertos requisitos procesales externos que sean completamente ajenos al propio derecho. Cada una de esas tres circunstancias limitativas se corresponde respectivamente con la inelegibilidad, la incapacitación e inhabilitación judicial, y con la incompatibilidad parlamentaria.

2.1. La inelegibilidad

La inelegibilidad es una figura jurídica cuya finalidad consiste en impedir que un sujeto pueda ejercer su derecho al sufragio pasivo, es decir, concurra como candidato a unas elecciones. En principio, nos encontramos ante un supuesto difícilmente justificable en una democracia como la que proclama la Constitución española (art. 1.2), en la que *a priori* todos los ciudadanos debieran contar con libertad para desempeñar un estatus político activo y, por tanto, con la posibilidad de recabar de los electores su voto a fin de acceder a los cargos y funciones públicas. Y mucho más desde el momento en que se tiene cuenta que la evolución hacia la democracia de estos dos últimos siglos ha significado la universalización de ambos derechos que además tienden a coincidir en el mismo sujeto. Ello no obstante, el artículo 70 de la Constitución prevé explícitamente la existencia de causas de inelegibilidad, enumerando algunas, y remitiendo su regulación y determinación en detalle a la ley electoral, que, como es bien sabido, por disposición del artículo 81.1 de la Constitución tiene carácter de orgánica. Se trata, por tanto, de que la propia Constitución declara y reconoce la inexistencia del derecho a ser elegido, o de otro modo, de precisar que es la Ley Fundamental quien niega directamente a ciertas categorías de sujetos o personas incursas en determinadas situaciones jurídicas un derecho al sufragio pasivo que de otra parte reconoce, ampara y protege de la manera más efectiva para el conjunto de los ciudadanos. ¿Cuáles pueden ser las causas que justifiquen tan extrema medida de

indirecta, Manuel Pulido Quevedo, *El acceso a los cargos públicos*, un estudio sobre el artículo 23.2 de la Constitución, Madrid, 1992.

exclusión de la ciudadanía pasiva? La Constitución no contiene una construcción dogmática al efecto, pero la simple consideración de las dos tipologías de órganos citados en el artículo 70 permite encontrar una respuesta apropiada⁸. Y es que hay que distinguir entre dos clases de instancias públicas: de una parte, los magistrados del Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, miembros de la carrera judicial y fiscal, y componentes de las Juntas Electorales, y de otra, los altos cargos de la Administración del Estado. Mientras que los primeros son en realidad órganos que de una u otra forma intervienen en el desarrollo de los distintos elementos que operan en la trayectoria que confluye a la celebración de unas elecciones, esto es, que asumen funciones que tienen que ver con las variadas fases del proceso de ejercicio del derecho de sufragio activo del conjunto de los ciudadanos, los segundos no actúan directamente sobre los actos en que se proyecta la elección, pero sí inciden sobre la construcción interna de la voluntad de la persona que elige en razón a su condición de órganos de poder, es decir, de instancias públicas con capacidad para conducir o encaminar en favor propio o de un tercero las expresiones de opinión del cuerpo electoral. Junto con estas dos categorías se sitúa un tercer grupo de sujetos, los militares y miembros de las fuerzas de seguridad en activo, que si, por un lado, por su condición de custodios del orden público en el proceso electoral se integrarían de pleno dentro del primer supuesto, de otra, también forman parte del segundo. Y es que en la medida en que los sujetos incluidos en la cadena jerárquica de mando militar están insertos en una relación de sujeción especial, resulta obvio que fácilmente puede llegar a producirse una situación de limitación a libertad de elegir en aquellos electores que por motivos de dependencia profesional se encuentran sometidos al candidato. Lo que se trata de prevenir en este caso es la libre formación de voluntad de un determinado sector del electorado. Y algo de lo mismo sucedía en aquellos supuestos tradicionales de inelegibilidad que en diferentes Constituciones proscribían el sufragio activo a sacerdotes y ministros del clero.

Evidentemente nos encontramos ante dos manifestaciones de la inelegibilidad que responden a fondos de muy diferente índole material. Parece razonable que los poderes públicos implicados en el complejo de mecanismos y procedimientos electorales por su condición de jueces, de garantes, o, en definitiva, de encargados de velar por la imparcialidad de las elecciones, sacrifiquen su derecho a ser elegidos en aras de asegurar que el resto de los ciudadanos —la práctica mayoría— no puedan verse inquietados o perturbados en el uso de su derecho procesal al sufragio activo. En el fondo no se trata de otra cosa que de la variante de un principio muy conocido: nadie puede ser juez y parte en su propia causa. Para evitarlo, quien desempeña alguna función de control en la elección deberá ser ajeno a la posibilidad de mantener interés en ella y ¿qué mayor interés que el ser candidato? Estamos

⁸ Tampoco el artículo 67.1 que establece la prohibición de acumulación de mandatos entre las dos Cámaras que componen las Cortes y el Congreso y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, caracteriza conceptualmente esta limitación.

ante una manifestación del deber general de objetividad que prohíbe ser parte en el proceso y a un mismo tiempo juzgarlo. Pero caso muy distinto es lo que hace referencia a los altos cargos de la Administración del Estado, porque en este supuesto esos sujetos no tienen en principio capacidad directa de actuar en la supervisión del proceso electoral en sí mismo, pero sí de condicionar la formación de la voluntad del elector. La amenaza al derecho de voto no procede ahora de la mayor o menor neutralidad que deban observar los miembros o agentes de lo que en un sentido amplio se llama justicia electoral, sino que el peligro radica en la posibilidad de que la libertad de emitir el voto se vea atacada en el momento de la construcción de la voluntad electoral del titular del derecho. Si el poder del Estado en un gobierno representativo nace del sufragio activo, nada puede tener de extraño que se prevea la posibilidad de que aquellos que ocupan las instituciones aspiren a emplearlas en su favor para evitar así que mediante un ejercicio incorrecto de la voluntad electoral, resulte alterado ese juicio de cuentas y la nueva encomienda de responsabilidad que en toda elección se produce. A tal fin, la inelegibilidad busca excluirlos del derecho electoral pasivo, garantizando mediante esta privación la libre formación de la opinión del cuerpo electoral. Se procura evitar, en suma, que desde una hipotética posición de poder público un candidato que a la vez sea cargo público, haga uso de una serie de sus facultades para destruir la formación libre de la opinión en las urnas, porque desde esa posición al atacar directamente la libertad política del elector, se evitará de hecho que sea únicamente su voluntad la que defina el voto, que a fin de cuentas es el bien que se pretende proteger. No se trata, por consiguiente, de evitar la desigual concurrencia entre candidatos derivada de la ventaja que el poder del Estado confiere a quienes lo ocupan, sino de proteger la libertad de sufragio activo frente a la intromisión o posible coacción procedente del Estado; y así lo pone de manifiesto el artículo 23 al hablar de elecciones libre. La igualdad es un efecto del principio y no debe confundirse con el principio en sí, un principio que tiene en la libertad política del elector el bien jurídico a defender.

Entrando de lleno en su naturaleza, la pequeña contradicción que subyace en la institución se evidencia en sus dos vertientes en apariencia contrapuestas: de una parte, la inelegibilidad opera sobre el sufragio pasivo despojando a determinados sujetos de su facultad de ser elegidos en beneficio de una efectiva libertad de sufragio activo del conjunto de la ciudadanía. De otra, esa libertad de sufragio activo se consigue asegurando la libertad política de todos a través de la exclusión del derecho al sufragio pasivo a aquellos que están en condiciones de utilizar como instrumento coactivo las instituciones públicas. En resumidas cuentas la inelegibilidad priva a un sujeto del sufragio pasivo para garantizar el libre ejercicio del sufragio activo, tal es el sentido final de esta figura jurídica. Y esto se aprecia especialmente cuando se introduce alguna disposición tendente a imponer una limitación ideológica a la libertad de elección, que es otro supuesto análogo de inelegibilidad que, no obstante las coincidencias, encierra consecuencias bastante más complejas en el orden de los principios constitucionales. Es el caso de lo sucedido en Fran-

cia en el momento en que la Constitución de la III República pasó a asumir de manera consciente y pública su naturaleza republicana. En 1884 las leyes constitucionales francesas introdujeron dos modificaciones: proclamaron que la forma republicana de gobierno era irreformable y de manera simultánea añadieron también una declaración de inelegibilidad de los miembros de las familias ex reinantes. Incorporando una definición política republicana se excluía de la comunidad política a una determinada opción de régimen, y como procedimiento para garantizar la decisión se estableció un límite a la elegibilidad pasiva de aquellos que se le oponían desde el principio monárquico. Estamos ante un caso de inelegibilidad pasiva fundamentada en unas razones ideológicas que exigen estar apoyadas en una decisión constitucional definitoria de significado manifiestamente político. Porque la Constitución construye su identidad excluyendo a quienes no participan de los valores en ella recogidos, se impone una proscripción a determinados sujetos que hacen del nacimiento y no de la elección, su principio vertebrador del orden político. Se trata de un tipo de inelegibilidad que sólo es posible allí donde la Constitución efectúa un pronunciamiento que implica la renuncia a reformar su fórmula política, lo que a la vez obliga a enjuiciar el sistema jurídico en una determinada clave de valores. Además de su carácter de testigo de los valores de un régimen, también en este caso la inelegibilidad limita el derecho al sufragio activo, adquiriendo un cierto sentido de referente que sirve para evidenciar lo que no puede ser elegido por el cuerpo electoral; muestra, en definitiva, dónde se hallan los límites infranqueables desde el orden constitucional a la libertad política

Desde otra clase de cuestiones y por lo que hace a su naturaleza jurídica, la inelegibilidad participa de una doble condición, ya que desarrolla dos diferentes cometidos funcionales: afecta de manera negativa a un derecho, y sirve de garantía en beneficio de otro. Si la inelegibilidad se considera incluida dentro de las normas correspondientes a los derechos fundamentales, habrá que reconocer que estamos ante una alteración de principio que sirve para articular la privación de un derecho al sufragio pasivo que como regla ha sido afirmado con carácter general en favor de todos. Eso es precisamente lo que se deduce del artículo 70 de la Constitución una vez es puesto en relación con el 23.1. Del conjunto de ciudadanos que en teoría pueden postularse a un cargo público electoral, se excluye a algunos perfectamente identificados no a título personal, sino en razón del puesto de responsabilidad que ocupan. La inelegibilidad se define entonces por ser justamente lo contrario de un derecho: una exclusión en el disfrute de un derecho, ¿pero ante qué tipo de exclusión nos encontramos? Realmente por virtud de la inelegibilidad más que privar a un sujeto de un derecho preexistente, lo que se consigue es impedir que el derecho en sí exista, y que en definitiva haya llegado a existir nunca. No es que una persona pueda quedar limitada o estar condicionada en su ejercicio, es decir, que los teóricos titulares de un derecho resulten imposibilitados de operarlo en aquellos actos concretos en que eventualmente se desplegarían las capacidades a que esa titularidad daría lugar, sino que por obra y gracia de la Constitución en determinadas situaciones objetivas

cierta categoría de sujetos simplemente no son ciudadanos pasivos, y no lo son porque bajo ninguna circunstancia pueden serlo. La inelegibilidad trae aparejado que el derecho a sufragio pasivo en las circunstancias referidas sencillamente no tenga lugar, no haya sido reconocido como tal por el orden constitucional. Se trata de la eliminación, de la destrucción con carácter previo y a título singular y excepcional, de un derecho que permanece inalterado para el resto de los sujetos que quedan al margen de la situación. De mediar la inelegibilidad el derecho no puede existir porque se ha previsto expresamente que no surja; se carece del derecho porque no hay lugar a la ciudadanía pasiva cuando concurren determinados elementos objetivos. Y ello se explica porque la Ley constitucional ha creado para ciertos casos una regulación especial que se aparta e incluso contradice de manera abierta la disciplina imperante para todas las demás situaciones. Es lo que Carl Schmitt llamaba quebrantamiento o ruptura de la Constitución, que, aplicado al caso, significa que el sufragio pasivo, como conjunto de posibilidades de acción, no tiene cobertura constitucional, no ha sido recogido como derecho por el poder constituyente. Es, pues, el constituyente a quien corresponde asumir la responsabilidad de establecer el principio de la inexistencia del derecho al sufragio pasivo.

Pero desde otra perspectiva la inelegibilidad no deja de ser una institución de garantía. Si el bien jurídico protegido por la inelegibilidad es el sufragio activo —el derecho a elegir—, su finalidad debe situarse en el terreno de los instrumentos de protección de los derechos. Se aprecia de esta suerte el sentido un tanto escindido y contradictorio de esta figura: si, por un lado, niega de raíz la posibilidad de existencia de un derecho, lo hace para garantizar el ejercicio de otro, la libertad de elección de la mayoría. Estamos ahora ante una institución de garantía que tiene por misión velar por que la Constitución se cumpla y en esa condición responde a una intervención de signo positivo. Frente a la destrucción del derecho anterior se actúa ahora reforzando una situación jurídica; y éste es el significado último de la idea de garantía, proteger de una forma especial un Derecho fundamental, el derecho a la libre formación de la voluntad electoral que, como decía Montesquieu, tiene para la república una importancia parangonable a las leyes que en una monarquía regulan el orden de sucesión a la corona.

Esta doble naturaleza jurídica de la inelegibilidad —instituto de garantía del sufragio activo y negación de la existencia del derecho al sufragio pasivo— sirve para justificar las excepcionales cautelas que se exigen en el tratamiento de este mecanismo jurídico: la reserva en favor de ley orgánica que, como indica el artículo 53 de la Constitución, en todo caso se encuentra obligada a respetar el contenido esencial del derecho, y la necesidad de interpretar de una manera absolutamente restrictiva las limitaciones que por ella se impongan, como recuerda en fecha muy temprana la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (así, por ejemplo, en las sentencias 45/83, de 25 de mayo, y 72/1984, de 14 de junio, y 28/1986, de 20 de febrero). En relación con su contenido esencial parece obvio que las leyes de desarrollo deben tener presente siempre que el fin de la inelegibilidad estriba en proteger la

libertad de sufragio activo. Éste debe ser el límite desde el cual se enjuicie la constitucionalidad de todas las disposiciones legislativas destinadas a regularla. Se trata ésta de una cuestión que por fuerza no puede menos de dejar de resultar polémica en cualquier ordenamiento. Y en este sentido, y sólo a título de ejemplo, baste citar la distinta interpretación sobre la condición o no de cláusula cerrada de la enumeración efectuada por el artículo 70 de la Constitución por el Tribunal Constitucional español —sentencias 158/1991, de 15 de julio, y 166/1993, de 20 de mayo—, y la lectura restrictiva que de la posibilidad de añadir nuevos supuestos o cláusulas (*qualification*) de inelegibilidad defendida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano anteriormente aludida⁹.

2.2. Incapacitación e inhabilitación judicial

La inelegibilidad supone la destrucción del derecho a sufragio pasivo de forma que por el fundamento que dimana de la previsión constitucional, el derecho a ser elegido simplemente nunca ha existido en sí mismo. La inexistencia del derecho significa que a su amparo no hay posibilidad de construir ninguna relación jurídica de la que puedan derivarse para las partes situaciones que permitan el despliegue de las obligaciones que naturalmente implicaría su ejercicio. Nada tiene que ver este planteamiento con el que se presenta cuando entran en juego la incapacitación o la inhabilitación judicial. En ambos casos el derecho de sufragio pasivo no sólo no es negado, sino que, por el contrario, resulta ser condición necesaria para que esas situaciones lleguen a manifestarse. Si en la inelegibilidad no existe ningún derecho a ejercer: lo que significa que tampoco hay lugar a plantearse el problema del sujeto, en la incapacitación el sujeto se encuentra perfectamente claro y resulta conocido por mucho que no actúe, mientras que en la inhabilitación lo que está afectado por una restricción negativa es el ejercicio que el sujeto pudiera efectuar de la libertad de ser elegido.

No se trata de analizar aquí la categoría general de la capacidad subjetiva como condición necesaria para asumir el ejercicio de un derecho, sino dándola por cierta y teniéndola por diferente al derecho en sí, considerar qué sucede cuando en un momento posterior a su adquisición, la capacidad se pierde. En este sentido la incapacitación judicial consiste en la suspensión en el ejercicio del derecho impuesta a su titular derivado de la ausencia en él de un requisito subjetivo sustancial imprescindible para hacerlo efectivo en la vida jurídica. El titular del derecho carece de la facultad de entender exigible para construir su voluntad. El derecho existe y ha sido atribuido a un sujeto que lo asume como propio, pero como no puede dar contenido a su voluntad y como su ser interno carece del elemento necesario para comprender y admitir las obligaciones que su existencia entraña, no se encuentra en condi-

⁹ Francisco Caamaño, *El derecho de sufragio pasivo*, Prontuario de Jurisprudencia Constitucional 1981-1999, Pamplona, 2000. Se ha ocupado de esta cuestión en el Derecho español.

ciones de querer. Estamos, por decirlo así, ante un hecho exterior al propio derecho de sufragio: lo que se ve afectado es el sujeto, no el ejercicio de las potencialidades jurídicas del derecho como resultado de un incorrecto uso de la libertad. Y en ese sentido no es ésta una situación que afecte sólo a un aspecto parcial de las facultades jurídicas del sujeto implicado, pues en la medida en que se trata de un hecho que atañe a la personalidad, todos los ámbitos del obrar jurídico sufren a la vez la misma circunstancia. Ello no obstante, en determinadas ocasiones el requisito de la correcta formación del juicio puede resultar sustituido sin consecuencias irremediables para el patrimonio jurídico de su poseedor. Basta con que un tercero quiera por el imposibilitado y se obligue en su lugar, para que éste mantenga su continuidad como centro de imputación jurídica. Se trata de una ficción, de un artificio jurídico, que salva la carencia de voluntad subjetiva atribuyendo a ese tercero la facultad de suponerla como si fuera para él mismo. Sin embargo, esta construcción jurídica no sirve más que para cierta serie de supuestos, ya que en todas aquellas situaciones en que el querer resulta personalísimo la sustitución no puede efectuarse, puesto que siendo su voluntad irrepetible nada se conseguiría procurando presumirla. Así sucede con el derecho a sufragio tanto activo como pasivo. El incapaz no puede obrar porque no tiene voluntad, y ante la imposibilidad de que un tercero quiera o actúe en su nombre como sujeto jurídico, no hay otra alternativa que suspender su ejercicio. El derecho existe y no ha desaparecido, no ha sido eliminado, subsiste como tal mientras su titular tenga vida, e incluso por esa misma razón sería perfectamente viable que llegara a ser restablecido si de producirse un cambio el sujeto recuperase la voluntad y con ella su disposición a querer. Nada en común, por tanto, con la inelegibilidad que al hacer de la inexistencia del derecho la clave de toda su construcción, ni siquiera puede tener en cuenta las condiciones y requisitos de su ejercicio.

La inhabilitación judicial coincide con la incapacitación en situar su punto de partida en el hecho de presuponer la existencia del derecho a sufragio y en admitir su condición de dato externo y accidental que no pone término a la libertad de ser elegido, es decir, de circunstancia sobrevenida que al tener eventualmente una duración temporal hace posible una continuidad de futuro ligada a la persona de su titular. La diferencia estriba en que aquí no se da una pérdida de capacidad volitiva, sino una privación de su ejercicio como resultado de una sanción. En tanto que la incapacitación judicial forma parte del ámbito del Derecho civil, ya que afecta a las situaciones y condiciones de la persona, la inhabilitación entra de lleno dentro del terreno del Derecho penal al tener carácter de sanción. El inhabilitado sufre las consecuencias de una conducta contraria a derecho, y transcurrido el plazo para el que se dictó la pena recupera nuevamente su disposición de actuar. Estamos ante un caso de suspensión transitoria en el ejercicio de una facultad que también encuentra su razón de ser en un hecho exterior a la esencia del propio derecho afectado. Aunque en esta ocasión el no ejercicio del derecho no deba ser atribuido a una ausencia de las condiciones necesarias para la formación de la voluntad, tampoco aquí se destruye el derecho y lo único que se

niega es la posibilidad de actuarlo, algo que al igual que en el anterior supuesto no sucede con la inelegibilidad. La inhabilitación judicial del derecho a sufragio es en buena medida la versión moderna de aquella vieja institución de las ciudades clásicas que castigaban con el extrañamiento, con el alejamiento físico de la república, la comisión de ciertas faltas. Ser inhabilitado judicialmente de la ciudadanía supone haber sido expulsado de la comunidad política, y al igual que en ese caso, cabe siempre la posibilidad de recuperarla volviendo a ella.

En los dos casos estamos ante situaciones subjetivas individuales, que forzosamente deben ser reconocidas o declaradas en términos expresos por un juez con posterioridad al momento de su advenimiento. Nada hay aquí que recuerde a una inelegibilidad que procede de la Constitución y de la ley, y que tenga por objeto sacrificar el derecho a ser elegido a la libertad de elegir. Pero la diferencia sustancial entre ambos institutos radica en la existencia o no del derecho: en la inelegibilidad no hay derecho, en la incapacitación e inhabilitación, habiéndolo, por diferentes motivos se encuentra suspendido en su ejercicio. Así las cosas, no es fácil entender a qué responde la costumbre habitual en la doctrina francesa que suele equipar en el lenguaje de los conceptos las figuras de la inhabilitación judicial e inelegibilidad.

2.3. La incompatibilidad parlamentaria

Aun cuando el artículo 70 de la Constitución sitúa en un mismo plano inelegibilidad e incompatibilidad remitiendo por igual su desarrollo a la Ley electoral, lo cierto es que existen grandes diferencias entre las dos instituciones¹⁰. Esta equiparación y remisión indiferenciada a la norma que efectúa nuestra Constitución tiene un precedente: la Constitución italiana, y en realidad supone olvidar que mientras la inelegibilidad encuentra su razón de ser en el derecho electoral por tratarse de una cuestión relacionada con el sufragio pasivo, la incompatibilidad responde a la problemática del derecho parlamentario, es decir, a la organización interna de un determinado órgano del Estado. Así, por lo tanto, la inelegibilidad se diferencia de la incompatibilidad sustancialmente en una cuestión de principio, mientras la inelegibilidad desarrolla su existencia en el ámbito del derecho de la libertad, la incompatibilidad opera en el terreno de la organización interna de las instancias e institutos públicos. La inelegibilidad mira por evitar que una presión externa de un titular al derecho de sufragio pasivo llegue a alterar el libre ejercicio del derecho a elegir sin coacción a los representantes; la incompatibilidad atiende al hecho de que una vez efectuada la elección no se pueda condicionar el

¹⁰ Sobre este tema y en especial sobre la relación entre inelegibilidad e incompatibilidad, Alfonso Fernández-Miranda, «Comentario al artículo 70.1 de la Constitución», en el libro dirigido por Óscar Alzaga, Madrid, 1989. Véanse también al respecto los tratados de Derecho parlamentario; por todos, Fernando Santaolalla, *Derecho parlamentario español*, Madrid, 1990.

ejercicio del cumplimiento de los deberes inherentes a esa función a la que la propia elección ha dado lugar.

En su origen la incompatibilidad es un mecanismo pensado para defender la autonomía del Parlamento frente a la Corona preservando la exclusividad de la relación electores-elegidos. Le compete, por consiguiente, una materia de derecho interno y su finalidad es proteger la acción de los representantes en el interior de la Cámara previniendo interferencias que puedan impedir, menoscabar o dificultar el cumplimiento de su función. Tradicionalmente su regulación venía siendo atribuida al reglamento parlamentario por entender que, dado que es la autonomía de ese órgano la que se buscaba proteger, debería ser la misma Cámara quien asumiera su dictado. No ha sido ése el criterio del legislador constituyente español, lo que no impide que materialmente la institución continúe teniendo atribuido el mismo cometido, desempeñando idéntica función. Cuando se produce un supuesto de incompatibilidad, el bien jurídico a garantizar es la libre decisión del parlamentario que podía verse condicionada por la existencia de otro punto de referencia —generalmente el ejecutivo— ante el que el elegido tuviera que rendir cuentas. Para evitarlo, la incompatibilidad busca precisamente obligar a elegir entre dos posibilidades: mantener la relación parlamentaria o bien sacrificarla a favor de la actividad declarada no compatible, es decir, no susceptible de ser acumulada de forma simultánea al mandato representativo. Aparece de este modo el rasgo definitorio procesal más importante de la incompatibilidad: la posibilidad de optar. Al tratarse de un mecanismo que protege la autonomía de una función, por su intervención no se ve afectado el ejercicio de ningún derecho sino tan sólo la relación jurídica individualizada entre un sujeto y un órgano. No sucede otro tanto con la inelegibilidad que como se decía antes implica la destrucción del derecho al sufragio pasivo. El inelegible no puede optar entre postular o no su candidatura, simplemente carece del derecho a ser candidato. Por el contrario, en el caso de la incompatibilidad de lo que se trata es de impedir una simultaneidad de funciones que se evita a través de una elección, el incompatible debe decidir ante cuál de las instancias responde, y, en consecuencia, qué función ejerce.

La incompatibilidad, en consecuencia, es una figura que tiene su sitio en la parte orgánica de la Constitución, y más concreta entre los artículos destinados a regular el estatus de los parlamentarios. Su relación con la inelegibilidad es tangencial y aunque pueden darse supuestos de confluencia —caso, por ejemplo, de la incompatibilidad sobrevenida en inelegibilidad, o de la jurídicamente más discutible inelegibilidad sobrevenida en incompatibilidad¹¹—, conceptualmente son dos figuras diferentes. Corresponde, por con-

¹¹ Los supuestos de incompatibilidad sobrevenida en inelegibilidad —la prohibición de ser elegido fundada en una causa de incompatibilidad, por ejemplo, la negación del derecho a ser candidato a los alcaldes que establecen ciertas legislaciones electorales autonómicas— y de inelegibilidad sobrevenida en incompatibilidad —la imposibilidad de acumular otra función al mandato electoral en razón a que el candidato habría carecido en el momento retroactivo de la elección del derecho al sufragio pasivo, que recoge nuestra legislación electoral general, por ejemplo, en el caso de aquellos parlamentarios que

siguiente, darles el tratamiento diferenciado que merecen dos figuras insertas en lógicas que hacen referencia a preocupaciones constitucionales que en el fondo nada tiene que ver entre ellas.

III. LA IRREELEGIBILIDAD COMO SUPUESTO CONCRETO DE INELEGIBILIDAD

Las notas anteriormente apuntadas sobre algunos de los caracteres teóricos de la inelegibilidad y su distinción de otras figuras afines, permiten abordar el estudio de la posibilidad de incorporar la figura de la irreelegibilidad en un ordenamiento constitucional-liberal atribuyéndole los rasgos de la inelegibilidad, y subsumiéndola como una variante más en la misma. Se ha dicho ya que ésta fue la opción final por la que se inclinó el poder de reforma norteamericano cuando aprobó la XXII enmienda. Ahora de lo que se trata es de determinar si esa incorporación puede realizarse sin traicionar el sentido de la institución que, como se indicó, estriba en garantizar la libertad de sufragio activo.

A este respecto y a fin de precisar las cosas, conviene recordar que la irreelegibilidad es también un supuesto de privación del sufragio pasivo que se produce en el caso de un sujeto que ha desempeñado con anterioridad un mandato electivo. Esta previa condición es causa suficiente para despojar de su derecho al titular del sufragio pasivo. También aquí lo que se pretende es asegurar la libre formación de la voluntad del cuerpo electoral. Y es que se entiende que el hecho de haber ocupado previamente la titularidad de un cargo confiere al posible candidato una posición susceptible de invalidar la correcta formación de la voluntad en la elección. La permanencia en el poder es el obstáculo que opera en contra de la libertad. No estamos, por tanto, ni ante una intromisión procedente del ejecutivo, ni frente a una limitación ideológica objetiva derivada del deseo de proteger la continuidad de un determinado régimen. Es sólo la propia continuidad del gobernante la que coarta el ejercicio del sufragio activo al entender que la posesión reiterada del poder actúa siempre en contra de la libertad de voto. A este razonamiento cabe oponer dos importantes reparos relacionados: con el papel de los partidos en la democracia representativa, y con las circunstancias que implica un entendimiento exclusivamente político de la limitación.

Ya se dijo que en un sistema representativo resulta muy cuestionable cualquier posibilidad de cercenar la libertad del pueblo para elegir por causa del valor de juicio de rendición de cuentas que se atribuye al propio hecho electoral: si el derecho del pueblo a elegir es la garantía suprema en la que des-

una vez elegidos no pueden acumular el mandato con ciertos cargos de nombramiento gubernamental— son en realidad figuras mixtas que incorporan elementos propios de cada uno de los dos institutos y que complican enormemente el estudio de esta figura jurídica. Su razón de ser estriba tanto en un, por desgracia, frecuente incorrecto entendimiento del instituto, como en las exigencias de una práctica política a menudo poco respetuosa con los principios.

cansa la propia existencia del régimen constitucional, no parece muy adecuado excluir de la elección a aquellos que gobiernan. Ahora en lo que interesa insistir es en que la irreelegibilidad se configura como una situación jurídica que afecta a una persona individual. Y es aquí donde surge el interrogante sobre la utilidad de la institución, ya que al ser la democracia moderna una democracia de partidos, en realidad es a éstos a los que se elige y no a sujetos individuales. Es significativo en este sentido que en la Constitución española el artículo 22 destinado a configurar el derecho de asociación preceda al consagrado al sufragio. En el fondo, como afirma el artículo 6, los partidos son el instrumento fundamental de la participación política. En un Estado de Partidos el control del poder se efectúa desde la alternancia política entre poder y oposición. En este contexto de competencia entre partidos, los sujetos individuales que directamente desempeñan cargos de procedencia electoral son concebidos como agentes o instrumentos de la agrupación política que los ha designado. Si esto es así, parece obvio que proscribir la reelección de un sujeto no contribuye a favorecer la libertad de una elección en la que lo importante no es la persona, sino la instancia en que ella se agrupa. ¿De qué sirve impedir la continuidad de una persona en un cargo cuando el poder real corresponde a un partido que mantiene o hipotéticamente puede mantener, incólume su posición tras la celebración de las elecciones? En todo caso la irreelegibilidad a lo que es posible que contribuya es a facilitar la movilidad interna y el cambio en el seno de los partidos, pero esto, además de discutible, no guarda relación alguna con el sentido atribuido a la inelegibilidad. La inelegibilidad, conviene recordarlo, es una limitación al derecho subjetivo a ser elegido en aras a garantizar la libertad del elector, no un instrumento concebido para favorecer la constitucionalidad, la democracia interna en los partidos. Y es que la irreelegibilidad como figura jurídica gestada en el constitucionalismo de los individuos encuentra muy difícil acogida en el Estado de los partidos.

Desde la perspectiva de su configuración política formal la irreelegibilidad toparía en principio con un importante problema en realidad predicable también de la propia figura de la inelegibilidad. Y es que siendo su fin proteger el ejercicio de una libertad que el hombre ejerce en una dimensión social —la dimensión de la opinión pública— actuando sobre los posibles impedimentos políticos que eventualmente pudieran coartarla —los órganos del Estado que ostentan una situación de poder—, lo cierto es que en la práctica sus efectos y resultados reales dejan mucho que desear. Y conviene reparar en este dato porque la inelegibilidad del reelegido se configura constitucionalmente como un instituto de excepción, como la ruptura de un principio de muy difícil justificación fuera de las exigencias que se derivan de una realidad política que debiera precisar de ella. El problema está en que hoy por hoy las amenazas a la libertad de elección en su mayoría ya no provienen del Estado, sino de la sociedad, o mejor dicho, es una sociedad que se ha apoderado del Estado la que al margen de los supuestos constitucionales de la elegibilidad, dicta su ley en el momento de la libertad electoral. Se trata de un problema hoy especialmente en boga en Italia bajo el eufemismo del

«conflicto de intereses»¹², y que en el fondo responde a un cambio copernicano en la concepción de la libertad. Si en la concepción del constitucionalismo tradicional, la libertad de la sociedad ascendía a un Estado que detenía la autoridad a través del acto electoral, en la política del presente hay una cierta unanimidad en pensar que la sociedad es un mercado donde la elección se proyecta en términos de intercambio de bienes, y en la que a lo único que aspira el elegido a obtener del Estado es un refuerzo de sus posiciones sociales de poder. En otras palabras, ¿para qué declarar inelegible o irreelegible al sujeto que ocupa un puesto público si la amenaza a la libertad de elección procede de las diferentes situaciones de poder en la sociedad que, en el mejor de los casos, el Estado no puede pretender más que conservar? La inelegibilidad deviene de este modo en una institución peliaguda de escasa eficacia al fin que teóricamente debiera satisfacer, y que en más de una ocasión sólo sirve de instrumento arrojadizo en la lucha electoral para tratar de obstaculizar al adversario. En cualquier caso, las dudas que al respecto pudieran surgir carecen de respuesta tanto en la estricta dinámica de esta figura jurídica como en lo que se refiere a la situación general de una democracia, que, como advirtiera Jefferson arguyendo precisamente respecto de este asunto no debe ignorar que tiene en la práctica política de los antiguos una alternativa diferente.

¹² Sabino Cassese y Mattarella, *Democrazia e cariche pubbliche*, Bolonia, 1996.

II

ESTUDIOS

La Ley de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RÉGIMEN DE CAPITALIDAD.—III. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL.—IV. LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES.—V. RÉGIMEN JURÍDICO Y PROCEDIMIENTO.

I. INTRODUCCIÓN

España tiene una diversidad muy notable en cuanto a la geometría de sus municipios, si bien con un claro predominio de los de poca población. En efecto, de todos ellos, 7.808 tienen menos de 20.000 habitantes; 115 tienen más de 50.000; 55 tienen más de 100.000, y solo 23 tienen más de 200.000 habitantes. Así pues, puede advertirse que la regulación legal ha de ofrecer matices flexibles que permitan adecuar las normas aplicables al tipo de tamaño poblacional de los mismos, lo cual, si bien en algunos casos se hace, es uno de los retos de la anunciada reforma del régimen local que ha hecho el Gobierno, constituyendo al efecto una comisión de estudios en el seno del Ministerio de Administraciones Públicas.

Dentro del último grupo, hay dos que ofrecen unas singularidades muy especiales, como son Madrid y Barcelona. En la anterior legislatura de las Cortes Generales se aprobó al final de la misma la calificada como Ley de grandes ciudades, que pretendía introducir determinadas reglas políticas, de organización y de gestión que permitiesen dar respuesta a las necesidades de este tipo de municipios. Sin perjuicio de que desde la pretensión inicial al resultado final publicado en el *Boletín Oficial del Estado* se observase un notable descenso del nivel exigible para este grupo de entidades locales, lo cierto es que la singularidad de las dos ciudades mencionadas seguía requiriendo un tratamiento normativo específico.

★ Abogado del Estado.

La ciudad de Barcelona lo obtuvo mediante la aprobación de su Carta Local mediante Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen especial del municipio de Barcelona, de modo que continuaba pendiente la regulación del régimen especial de la ciudad de Madrid. Para dar cumplimiento a ello, se remitió al Congreso el proyecto de Ley de Capitalidad y régimen especial de Madrid, que fue publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* (27 de enero, Serie A, núm. 7), a la cual apenas se presentaron 27 enmiendas en la Cámara Baja, muestra de que el texto (no muy innovador ni audaz respecto al régimen general de las grandes ciudades) había sido elaborado con bastante consenso y equilibrios entre las tres entidades públicas concurrentes.

Del texto llama la atención el escaso respeto a lo vigente en la Ley del Gobierno en la que se ordena que los proyectos de ley sean acompañados de todos los antecedentes necesarios. En efecto, en el presente caso, tan sólo figura anexa una muy breve memoria justificativa, y una escuálida memoria económica (que se limita a afirmar que no tendrá ninguna repercusión económica para la Administración del Estado) y una nota o informe sobre el impacto por razón de género, afirmándose que no tendrá consecuencias en esta materia. Ningún documento más a pesar del procedimiento de elaboración largo en el que han participado también la administración autonómica y la local. Llama particularmente la atención el hecho de que a pesar de las implicaciones administrativas muy notables de lo que regula, no se considerase pertinente por el Gobierno solicitar Informe al Consejo de Estado lo cual habría sido de un interés más que evidente.

La Constitución de 1978 hace una mención explícita de Madrid como capital del Estado (art. 5). Este hecho de carácter institucional ya justificaría por sí solo un tratamiento normativo específico, dado lo que aquello supone. Además está el hecho de que es, con gran diferencia, la ciudad más poblada de España, con más de tres millones de habitantes empadronados en ella, a los que habría que añadir dos docenas de miles que, censados en otras localidades de la Comunidad, trabajan en la capital o simplemente transitan por ella.

Estas circunstancias ya dieron lugar a que en el pasado, hace más de cuarenta años, se dictara una normativa que atendiese a las singularidades de Madrid y que ha mantenido su vigencia hasta la actualidad. En efecto, el Decreto 1674/1963, de 11 de julio, aprobaba el texto articulado de la Ley especial para el municipio de Madrid y que fue parcialmente modificado en virtud del Decreto 2482/1970, de 22 de agosto.

El crecimiento evidente de Madrid en estas décadas, su potencialidad y la complejidad de sus retos como ciudad del siglo XXI demandaban una nueva legislación acorde con los tiempos y las necesidades actuales y futuras.

Incluso, desde la instauración de la democracia dos leyes aprobadas por las Cortes Generales ya contenían previsión expresa de esta normativa que se ha hecho esperar. En primer lugar, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, en cuyo artículo 6 se establece que «La Villa de Madrid, por su condición de capital del Estado y sede de las instituciones generales, tendrá un régimen especial, regulado por Ley votada en Cortes. Dicha Ley determinará las relaciones

entre las Instituciones estatales, autonómicas y municipales en el ejercicio de sus respectivas competencias.» La segunda norma es la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en la cual la Disposición Adicional sexta establece que «El régimen especial del municipio de Madrid, contenido en el Texto Articulado aprobado por Decreto 2482/1970, de 22 de agosto, continuará vigente, hasta tanto se dicte la Ley prevista en el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, salvo en lo que se oponga, contradiga o resulte incompatible con lo establecido en la presente Ley. En particular, quedan expresamente derogados los artículos 2, apartado c); 4, párrafo 2, inciso final; 11, 12, 13 y 39, párrafo 2, de la mencionada Ley especial, así como todos aquellos que configuren un sistema de relaciones inter-administrativas distinto al previsto en esta Ley...»

Pero no sólo ha sido el Parlamento nacional el que había aprobado leyes con una mención especial a la necesidad de una regulación específica del municipio capitalino, sino que también la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Madrid recogió una previsión de éste en su Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local, cuyo artículo 40 dispone que «La villa de Madrid, por su condición de capital del Estado y de la Comunidad de Madrid, gozará de un régimen especial regulado por Ley votada en Cortes que, de conformidad con el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de autonomía de la Comunidad de Madrid, determinará las relaciones entre las instituciones estatales, autonómicas y municipales en el ejercicio de sus respectivas competencias». Asimismo, también ha de tenerse en cuenta la Disposición Adicional cuarta de esta Ley autonómica, donde se establece que «Las especialidades que la presente Ley establece sobre la normativa estatal de Régimen Local no serán de aplicación a aquellos municipios que pudieran ser dotados por el Estado de una regulación básica específica.»

Además de lo expuesto, debe destacarse que el proyecto de ley remitido al Congreso para su tramitación vino precedido de dos iniciativas de impulso parlamentario en ambas Cámaras de las Cortes. Así, en el Senado debe destacarse el Dictamen de la Comisión de las Entidades Locales en relación con el informe sobre las grandes ciudades y las Áreas de Influencia Urbana, en el que, respecto el tema que nos ocupa, se contiene la siguiente previsión: «Se valora de forma positiva que la normativa sobre grandes ciudades incluya un tratamiento específico a los municipios de Madrid y Barcelona». En el Congreso, poco antes, debe destacarse el debate en la sesión plenaria de 11 de marzo con ocasión de la proposición no de ley sobre las grandes ciudades, las ciudades y sus áreas de influencia urbana y que dio lugar a que esta Cámara instase al Gobierno para que, entre otras cosas, procediese a «desplegar la actividad necesaria para dar cumplimiento a la previsión contenida en el artículo 6 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, sobre su régimen especial de capitalidad». Debe advertirse que la iniciativa originaria contenía la referencia al tratamiento singular de Madrid dentro del régimen de grandes ciudades (al igual que hacía el Senado), si bien la aceptación de una enmienda dio lugar a que se particularizara aún más la regulación del

régimen jurídico de la ciudad de Madrid no englobándolo dentro de lo que era la próxima regulación genérica de las grandes ciudades, solución final que era, sin duda, mucho más correcta y acertada, tal y como individualizadamente trata la Ley 22/2006 de 4 de julio.

Entrando ya al contenido de la misma, debe destacarse, sin perjuicio de la referencia a ella que hacen las dos leyes estatales mencionadas, el título legitimador o habilitación competencial del Estado para dictar esta ley es básicamente el artículo 149.1.18 sobre el «régimen jurídico de las Administraciones Públicas», sin perjuicio de la incidencia de otros títulos competenciales a la hora de abordar determinados temas, tal y como sucede con la invocación de los apartados 4, 6, 8, 20, 21, 24 y 29.

La Ley 22/2006 parte del reconocimiento, como no podía ser de otra manera (aunque nunca es ocioso) de la autonomía local de la ciudad de Madrid cuya gestión ha de desarrollarse de conformidad con el principio de lealtad institucional y en colaboración, cooperación y coordinación con la Administración General del Estado y de la Comunidad Autónoma. Debe, por otra parte, precisarse que si bien el contenido es más amplio que el prescrito por el artículo 6 del Estatuto de Autonomía, la ley no agota la totalidad del régimen jurídico de la ciudad de Madrid, sino que contiene tan sólo normas especiales que tendrán aplicación preferente respecto a las previstas con carácter general, pero dejando a salvo la restante legislación que pueden dictar tanto el Estado como la Comunidad Autónoma.

El contenido de la ley se sistematiza, además del título preliminar, en cuatro títulos referidos sucesivamente al régimen de capitalidad, el gobierno y Administración municipal, las competencias y, finalmente, el régimen jurídico y procedimiento, materias todas ellas que serán tratadas a continuación.

II. EL RÉGIMEN DE CAPITALIDAD

El Título I de la Ley 22/2006 se refiere a las especialidades derivadas de la condición de Madrid como capital del Estado, regulándose en él las singularidades en la articulación de las relaciones entre las instituciones presentes en este ámbito territorial: Ayuntamiento, Comunidad Autónoma y Estado, ordenándose que en lo no previsto en esta norma, las relaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la legislación básica sobre el gobierno y la administración local así como en la restante legislación estatal o autonómica de aplicación.

Para articular las relaciones administrativas de las tres entidades públicas territoriales concurrentes en las materias que posteriormente se señalarán, la ley procede a crear la Comisión Interadministrativa como órgano de cooperación para la mejor articulación del régimen de capitalidad previsto en esta Ley. En él participarán las tres Administraciones de forma equitativa, estando

formada por igual número de miembros de cada una las tres, aunque su presidencia se le asigna al Estado.

Nada más contiene el texto legal respecto de este órgano salvo para señalar que se regulará por su propio Reglamento para cuya aprobación se exige un quórum más que cualificado: la unanimidad, previendo que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley (veinte días según la Disposición Final segunda) se proceda a la constitución de la Comisión y el Estado, a través del Ministerio de Administraciones Públicas, habrá de convocar en dicho plazo a las demás Administraciones con objeto de proceder a la aprobación del Reglamento interno de la Comisión, según prevé la Disposición Adicional primera.

Por otra parte, debe destacarse que el régimen de capitalidad se extiende a una serie de materias, como son:

- a) Seguridad ciudadana siempre que esté directamente relacionada con la protección de personas y bienes en acontecimientos internacionales o nacionales que se celebren en Madrid en su condición de capital del Estado.
- b) La coordinación en la organización y celebración de actos oficiales de carácter estatal.
- c) La protección de personas y bienes como consecuencia del ejercicio por los ciudadanos del derecho de reunión y de manifestación cuando el ámbito de la convocatoria tenga dimensión estatal.
- d) Régimen protocolario de la Villa de Madrid y de sus representantes políticos.
- e) Cualesquiera otras materias que pudieran afectar de modo relevante a las tres administraciones, a juicio de las tres, como consecuencia de la capitalidad de Madrid.

III. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL

Durante mucho tiempo, el régimen local español se ha venido caracterizando por un uniformismo que se traducía en un régimen común organizativo con muy escasas singularidades. Este enfoque ha tenido consecuencias particularmente negativas en lo que se refiere a las grandes ciudades, las cuales desde hacía mucho tiempo han venido demandando un régimen jurídico que les permitiera dar respuesta a sus necesidades y retos propios.

Estas demandas tuvieron reflejo en nuestro ordenamiento a través de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modernización del gobierno local, aplicable a las grandes ciudades. Esta norma citada seguía la línea y profundizaba en lo que ya la Ley 11/1999, de 21 de abril, articuló (si bien para todos los municipios) al proceder a modificar la distribución de atribuciones entre los órganos necesarios de modo que se fortalecían las funciones gestoras y ejecutivas de los presidentes de las entidades locales a fin de pro-

curar una mayor eficacia y agilidad, mejorando, como si fuese un contrapeso, los mecanismos de control en manos del Pleno.

Éste es también el enfoque de la Ley de Capitalidad de Madrid que procede a profundizar en lo expuesto y lo recogido en las leyes citadas, articulando mecanismos organizativos y de régimen jurídico que constituyan instrumentos adecuados para una ciudad tan poblada y con tantos asuntos que resolver como es Madrid.

El modelo que sigue la Ley de Capitalidad es, pues, el contenido en la Ley de Bases de Régimen Local tras las dos reformas mencionadas procediendo tan sólo a introducir algunas singularidades y perfilar algunos aspectos.

Así, siguiendo las pautas iniciadas por las reformas de la LRBRL en 1999 y 2003, se procede a reforzar el esquema de tipo parlamentario del gobierno local, lo cual tiene reflejo en una más nítida separación entre el Pleno y el Ejecutivo Local, con el fortalecimiento de las funciones del ejecutivo y en el reconocimiento de la necesaria separación entre el gobierno y la Administración municipal. Asimismo, se amplía el ámbito de materias que pueden ser objeto de las potestades normativas y de autoorganización del municipio.

El Pleno se configura como un verdadero órgano de debate de las grandes cuestiones políticas que afectan al municipio y de adopción de las decisiones estratégicas más relevantes, suprimiendo sus funciones ejecutivas o administrativas que se concentran en su gran mayoría en los órganos de tal naturaleza, con la posibilidad de delegar funciones resolutorias en las Comisiones. Se prevé la posibilidad de existencia de un Presidente y un Vicepresidente del Pleno, siempre que el Alcalde promueva la designación de los mismos al inicio del mandato.

La figura del Alcalde se articula como el principal órgano de impulso y dirección de la política, el gobierno y la Administración municipal, ostentando junto a las funciones representativas aquellas atribuciones ejecutivas estrictamente necesarias para el desarrollo de tal función, siendo lo más reducidas posible.

La Junta de Gobierno (denominación empleada ya en la reforma de 2003 en lugar de la anterior denominación de Comisión de Gobierno) se configura como el máximo órgano colegiado de la función ejecutiva y de la gestión administrativa, asumiendo funciones de este tipo hasta ahora encomendadas a otros órganos.

También la Ley de Capitalidad procede a marcar una más clara diferenciación —ya impulsada en la reforma de 1999— entre los órganos superiores del Ayuntamiento y la Administración municipal que bajo la superior dirección del Alcalde, sirve con objetividad a los intereses generales de la ciudad de Madrid. En esta materia, interesa apuntar diversos extremos.

Se prevé, en primer lugar, la posibilidad de que existan órganos directivos, siempre que los cree la Junta de Gobierno en el marco de lo dispuesto por el Reglamento orgánico, estableciendo que su nombramiento se llevará a cabo atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia.

Por otra parte, se consagra en la Ley lo que es una realidad en la organización territorial de Madrid: la división de la ciudad por distritos, como divi-

siones territoriales dotadas de órganos de gestión desconcentrada, con objeto de impulsar la participación ciudadana en la gestión municipal, correspondiendo su presidencia a un concejal y teniendo estos órganos un carácter necesario u obligatorio.

Se contienen a propósito de la Intervención General y Tesorería normas reguladoras de estos órganos directivos, en línea con las previsiones de la actual Ley de Bases de Régimen Local, previéndose que su titular será nombrado y cesado por la Junta de Gobierno preferentemente (así se decía en el proyecto de ley) entre funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Sin embargo, en fase de enmiendas, se procedió a blindar la reserva de estos puestos de Intervención y Tesorería necesariamente para los funcionarios con habilitación nacional, sobre la base de la especialidad técnica y la garantía de independencia y objetividad en el ejercicio de sus funciones, sancionando el Tribunal Constitucional en varias sentencias la constitucionalidad de esta reserva (SSTC 214/1989, 25/1983, 235/2000 y 76/2003)

También se regula el Tribunal Económico Municipal de Madrid ya existente y cuya formación había sido introducida en la Ley 57/2003, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local.

Asimismo, en línea con la reforma mencionada, se procede a una regulación de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, cuyo titular será nombrado y separado por la Junta de Gobierno entre funcionarios del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales a los que se exija para su ingreso el título de licenciado en Derecho o bien nombrado entre funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

IV. LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES

Se recoge primeramente la cláusula general de competencia «para promover toda clase de actividades y prestar todos los servicios públicos que afecten al interés general de los ciudadanos y no estén expresamente atribuidos a otras Administraciones Públicas». Sobre esto, nos interesa hacer dos comentarios.

El primero referido a la alusión acertada del interés «general». Al respecto, debe destacarse que la Constitución atribuye a todas las entidades locales autonomía «para la gestión de sus respectivos intereses», lo cual, sin entrar ahora en disquisiciones profundas, puede dar a entender que sin perjuicio de afirmar el carácter finalista de la autonomía, ésta se justifica por la existencia de unos intereses singulares. No obstante, nada más señala el constituyente, remitiéndose tanto al legislador estatal como al autonómico en lo que se refiere al ámbito específico de estas entidades. En todo caso, el problema fundamental es determinar si existen «respectivos intereses», en definitiva, si existen intereses locales específicos. Sobre ello, Vandelli señala que: «A results de la aplicación del criterio del interés, el ámbito de actividad reconocida a los municipios está inicialmente indeterminado. Ello permite notables márgenes

de flexibilidad y capacidad de adaptación a la evolución de las exigencias de la sociedad local... y exige al intérprete la delicada tarea de valorar si en los supuestos concretos el interés perseguido se configura o no como un interés municipal.»

Al respecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de noviembre de 1981 afirma que el concepto de «intereses respectivos» cumple «sobre todo con la función de orientar al legislador para dotar a estas entidades territoriales de los poderes o competencias precisas para gestionarlas. Es el legislador, sin embargo, el que dentro del marco de la Constitución determina libremente cuáles son esos intereses, los define y precisa su alcance, atribuyendo a la entidad las competencias que requiere su gestión».

No obstante, como con acierto ya señalaba García de Enterría, «no hay... la menor base para establecer una partición de esferas entre el Estado y los entes locales que pretendiese apoyarse sobre una supuesta diversidad natural de las respectivas materias...; las materias propias de una y otra esfera de gobierno son idénticas e intercambiables, como pertenecientes al mismo orden político y suscitadas por la misma naturaleza social del hombre». Por su parte, Fanlo Loras señala que «la cláusula del autogobierno no hace referencia a una categoría de asuntos de naturaleza supuestamente local, sino a los asuntos de la colectividad organizada».

En este sentido, puede hablarse de un único interés público, afirmando Parejo contundentemente que «no existe un interés o una serie de intereses que, por naturaleza sean inexcusablemente locales».

La segunda nota a destacar de esta atribución general de competencias es el reconocimiento en nuestro Derecho de algo muy importante en el ámbito local cual es el principio de subsidiariedad, al conferir al Ayuntamiento de Madrid la posibilidad de desarrollar actividades y servicios que afectando al interés general «no estén expresamente atribuidos expresamente a otras Administraciones Públicas».

Esta cláusula residual respecto a esas materias no asignadas a estas entidades engarza con los planteamientos más reivindicativos del municipalismo en orden a declarar la actuación preferente de las entidades locales y la posibilidad de asumir competencias no encomendadas de modo explícito a otras entidades públicas territoriales. No obstante, este principio de la subsidiariedad queda matizado cuando después se precisa que «en estos supuestos, el Ayuntamiento puede llevar a cabo actividades complementarias a las realizadas por esas Administraciones».

A continuación se recoge la tipología clásica de las competencias, refiriéndose a las propias o atribuidas por la Administración General del Estado en régimen de delegación o encomienda de gestión, o bien las que le trasfiera o delegue la Comunidad Autónoma, debiendo destacarse en cuanto a estas últimas que Madrid fue la primera Comunidad Autónoma que procedió a aprobar una legislación en la cual se venía a desarrollar *ad intra* el principio de descentralización al diseñar el marco general que regula e impulsa la denominada «segunda descentralización». A este respecto, han de destacarse las disposiciones contenidas en normas aprobadas por la Asamblea de la Comuni-

dad Autónoma, como la Ley 3/2003, de 11 de marzo, para el desarrollo del Pacto Local, en relación con los artículos 138 y siguientes de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad.

En todo caso, interesa destacar que las competencias delegadas y la encomienda de gestión tienen un campo amplio para su desarrollo, debiendo advertirse que, en cuanto a esta última forma de gestión, se requiere aceptación por el Pleno de la Corporación Local y habrá de formalizarse mediante convenio suscrito al efecto.

A continuación, la Ley procede a explicitar en algún caso y a asignar en otros competencias que estando en el ámbito de la Administración del Estado se atribuyen al Ayuntamiento de Madrid en una serie de materias en las que, por razón de la capitalidad de Madrid, la concurrencia de un gran número de órganos e instituciones de todo tipo, la propia singularidad de la ciudad como gran urbe requiere que normativamente queden bien definidos los mecanismos que permitan dar respuesta a las necesidades y los retos tanto de los ciudadanos como de los organismos públicos ubicados en la capital.

Las competencias a las que se refiere la Ley de Capitalidad se tratan, fundamentalmente, de las exigencias de movilidad y de seguridad en una gran ciudad, al igual que a la participación en las infraestructuras de la Administración General del Estado, o la desafectación de inmuebles de ésta.

Así, en primer lugar, en materia de seguridad pública, se atribuyen a Madrid una serie de competencias referidas a diversos extremos, como: protección de autoridades, edificios, instalaciones, dependencias, infraestructuras y equipamientos municipales, así como la colaboración con las Administraciones competentes en materia de seguridad; ejercicio de las competencias que en materia de policía administrativa y policía de seguridad le atribuye la normativa estatal, así como la denuncia en las materias de policía administrativa especial de competencia estatal (a este respecto, debe tenerse en cuenta la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo); ejercicio por la policía municipal de las competencias que en materia de policía judicial le atribuye la normativa estatal (LO 6/1985, de 1 de julio) y, finalmente, y, en colaboración con las Administraciones competentes, la prevención, mantenimiento y reestablecimiento de la seguridad ciudadana y tratar de garantizarla en lo referente a aquellos actos que ocasionen molestia social o daños sobre bienes y personas en la vía pública. Sobre esta última competencia, debe destacarse que a propósito del ejercicio del derecho de reunión, la Ley Orgánica 9/1999 procedió a modificar los artículos 9 y 10 de la Ley reguladora de este derecho constitucional para dar participación a los municipios afectados por el ejercicio de este derecho de manera que puedan expresar mediante informe no vinculante su opinión ante la autoridad gubernativa acerca del estado de los lugares donde pretende realizarse la manifestación y otras condiciones de seguridad, siendo evidente la incidencia notable de las condiciones del ejercicio de este derecho en numerosas manifestaciones que se celebran en la capital de España.

A propósito de la materia de seguridad, también ha de destacarse que la Ley de Capitalidad contempla la posibilidad de que en las sesiones de la Jun-

ta Local de Seguridad de Madrid puedan participar como vocales, de acuerdo con la Administración del Estado, los mandos de las fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como, en su caso, un Juez o Magistrado designado por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia y un Fiscal designado por el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia.

El segundo bloque de competencias asignadas al Ayuntamiento de Madrid, son las referidas a Seguridad Vial y son las más numerosas e importantes en la vida cotidiana de los madrileños y las personas que circulan o transitan por las vías públicas de esta ciudad.

Así, en primer lugar, deben destacarse las relativas a la ordenación local del tráfico, regulándose por el Ayuntamiento los diversos usos de las vías y espacios públicos urbanos de tránsito y circulación de personas, animales y vehículos, así como dicho tránsito y circulación con el objetivo de armonizar los distintos usos, incluidos el peatonal, el de circulación, el de estacionamiento, el deportivo y el lúdico y hacerlos compatibles de forma equilibrada con la garantía de la seguridad vial, la movilidad y fluidez del tráfico, la protección del medio ambiente y la protección de la integridad de los espacios públicos y privados.

De una manera especial, debe destacarse la atribución expresa al Ayuntamiento de la potestad normativa para regular los usos de las vías, la circulación, la seguridad vial, la movilidad y fluidez del tráfico y la protección del medio ambiente, pudiéndose acordar en el caso de molestias graves o reiteradas a éste la inmovilización cautelar del vehículo o ciclomotor e incluso la intervención del permiso o licencia de circulación.

En segundo lugar, se atribuyen al Ayuntamiento de Madrid la policía administrativa de la seguridad vial en toda clase de vías urbanas, incluyendo la ordenación, señalización y dirección de tráfico y el uso de las vías, la vigencia y protección del mobiliario urbano público y las señales de ordenación de la circulación e instrucción de atestados en caso de accidentes de circulación.

Un tercer bloque de competencias asignadas se refiere a las medidas cautelares que puede adoptar el Ayuntamiento cuando así lo demande la seguridad vial y la efectividad de la ordenación del uso de las vías y los espacios públicos, pudiéndose recoger en las ordenanzas, y respondiendo al principio de proporcionalidad, medidas sobre inmovilización de toda clase de vehículos en una serie de supuestos, la retirada y posterior depósito en dependencias habilitadas al efecto, la actividad de ofrecimiento en venta del propio vehículo o la realización de cualquier negocio jurídico no autorizado en vehículos estacionados en la vía pública, la práctica de las pruebas para determinar el grado de intoxicación alcohólica, por estupefacientes, psicotrópicos o estimulantes, la limitación de circulación de determinados vehículos, la suspensión de la misma y el cierre de vías públicas, habilitándose a los agentes de la autoridad para denunciar al titular del vehículo residente en Madrid si incumpliera la obligación de acreditar el documento que justifique el pago o la exención del impuesto sobre vehículos de tracción mecánica.

En cuarto lugar, debe destacarse la norma sobre gestión del cobro de sanciones en materia de circulación, a cuyo efecto los órganos municipales competentes para imponer las sanciones de circulación pueden solicitar de otras Administraciones, de conformidad con el principio de colaboración interadministrativa y los oportunos convenios, la ejecución de las órdenes de embargo que hayan dictado.

En quinto lugar, se contienen normas a recoger en las Ordenanzas municipales sobre distintivos (y su exhibición) de los vehículos a propósito del aseguramiento de los mismos o del pago del impuesto de circulación.

Asimismo, y en sexto lugar, se regula la posibilidad de que el Ayuntamiento pueda nombrar personal auxiliar para controlar la adecuada utilización de las paradas de estacionamiento y la denuncia de las infracciones, dando a tales denuncias el valor de elemento probatorio. También se contempla la eventual creación de un cuerpo de funcionarios con la misión de ordenar, señalar y dirigir el tráfico, posibilidad contenida en el artículo 53.3 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, añadido por la Disposición Adicional decimosexta de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, pero sin que dichos funcionarios se integren en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y en el ejercicio de sus funciones tendrán la consideración de agentes de autoridad subordinados a los miembros de la Policía Local del Ayuntamiento de Madrid.

Por último, y bajo la rúbrica de las competencias, se contiene una regla relativa a la tramitación de los procedimientos de recaudación, alterándose el orden a observar en el embargo de bienes del deudor, supuesto en el que inmediatamente después del dinero en efectivo o en cuentas abiertas en las entidades de depósito, se podrá proceder al embargo del vehículo del cual sea titular el responsable de la infracción objeto de la sanción, sin perjuicio de seguir después el orden establecido en las normas de recaudación correspondientes.

Otro de los bloques de competencias asignados al Ayuntamiento de Madrid tiene por objeto bienes inmuebles y se refieren a varios extremos.

Así, primeramente, se contempla la participación del Ayuntamiento en la gestión de infraestructuras, servicios y equipamientos cuya titularidad corresponda a la Administración General del Estado que afecten directamente a la ciudad de Madrid, sin que esa participación (que se hará sin menoscabo de la participación en la gestión de la Comunidad de Madrid) impida que el Ayuntamiento ejerza sus competencias propias en materia de planeamiento, gestión y disciplina urbanística, seguridad y policía local, protección civil y prevención y extinción de incendios, protección de la salubridad pública, movilidad y ordenación del tráfico de vehículos, medio ambiente y cualquier otra que corresponda también al Ayuntamiento.

La otra regla contenida en la Ley de Capitalidad se refiere a la desafectación de inmuebles de la Administración General del Estado de modo que cuando ésta se produzca, podrá procederse mediante convenio a su enajenación preferente al Ayuntamiento de la ciudad de Madrid o a sus entidades de Derecho público que tengan atribuidas competencias en materia de vivienda y,

en su caso, a la Comunidad de Madrid, siempre que vayan a ser destinados a usos rotacionales públicos, a la construcción de viviendas de protección oficial de titularidad pública o al uso como vivienda de titularidad pública para alquiler. En el convenio se establecerán las contraprestaciones que se deriven de la enajenación, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 145 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

V. RÉGIMEN JURÍDICO Y PROCEDIMIENTO

El hecho de que Madrid sea, como capital del Estado y ciudad más poblada de España, el municipio donde se genera una mayor actividad administrativa, requiere que se dote al Ayuntamiento de mecanismos que busquen la rapidez, la agilidad y la eficacia en la gestión. A tal efecto, la Ley de Capitalidad contiene una serie de normas tendentes a conseguir los fines indicados.

Así, ante todo, hay que destacar las normas destinadas a agilizar el procedimiento de aprobación de las ordenanzas municipales, separando entre el trámite de elaboración y aprobación por parte de la Junta de Gobierno, que asimismo sustanciará el trámite de audiencia y la discusión en el Pleno municipal, eliminando la hasta entonces necesaria doble aprobación. En estas normas se definen los trámites principales del procedimiento para la aprobación de las normas municipales por el Pleno con el objetivo de agilizarlo respecto a la regulación actual. De modo particular, en el nuevo procedimiento (salvo para la aprobación del planeamiento urbanístico) se diferencia la tramitación del proyecto normativo por el ejecutivo municipal de la tramitación en el seno del Pleno. En la primera se lleva a cabo un trámite de audiencia de los interesados cuando el proyecto afecte a los derechos o intereses legítimos de los mismos y concluye con la remisión del mismo con su aprobación por la Junta de Gobierno. La tramitación del proyecto en el Pleno se inicia con la remisión del mismo y los antecedentes a la Comisión competente para que lo dicte y lo remita al Pleno para su aprobación en un acto único.

Por otra parte, la Ley de Capitalidad dedica un precepto completo a la regulación del procedimiento de aprobación del Presupuesto que si bien parte de las mismas premisas que lo que se acaba de señalar, requiere algunos matices por razón de su contenido, referidas a las alegaciones de los interesados legitimados, la necesaria remisión al Pleno antes del 1 de noviembre o las consecuencias de las enmiendas que supongan modificación de ingresos que requerirán para su tramitación la conformidad de la Junta de Gobierno o las enmiendas que afecten a los créditos para gastos que deberán presentarse compensando los incrementos o minoraciones de créditos en el seno de la Sección presupuestaria a la que se refieran.

También la Ley de Capitalidad contempla la posibilidad de que la práctica de las notificaciones de los actos, acuerdos y resoluciones adoptadas por los diversos órganos del Ayuntamiento puedan encomendarse a personal auxiliar municipal habilitado al efecto, teniendo las notificaciones practicadas por este

personal auxiliar municipal como efecto la constancia fehaciente de su recepción o rechazo por el interesado.

El texto legal contiene la posibilidad de que el Ayuntamiento de Madrid pueda dotarse de un Boletín propio con formato electrónico o informático, pudiendo realizarse los edictos a través de medios de estas tecnologías.

Por último, debe destacarse que bajo la rúbrica «Régimen jurídico y Procedimiento» se contienen normas sobre la posibilidad de imponer multas coercitivas, fin de la vía administrativa, remisión de acuerdos a la Administración General del Estado y las funciones de fe pública sin que estas reglas supongan novedades dignas de comentar respecto al régimen vigente hasta entonces.

Prerrogativas parlamentarias y Tribunal Constitucional¹

Sumario: I. CONSIDERACIONES PREVIAS: EN GENERAL SOBRE LA FISCALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA.—II. SENTIDO ACTUAL DE LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS: CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL E INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—2.1. Interpretación institucional, funcional, no individual de las prerrogativas, su justificación constitucional: la protección, la salvaguarda de la institución.—2.2. Interpretación restrictiva de las prerrogativas, reductora de privilegios y protectora de derechos.—2.3. Interpretación en ocasiones invasora de competencias parlamentarias y en otras apegada en exceso al texto normativo.—III. INVOLABILIDAD.—3.1. Delimitación funcional: la actividad parlamentaria.—3.2. Delimitación material: opiniones.—IV. INMUNIDAD.—4.1. La exigencia de motivación del acuerdo de la Cámara que resuelve sobre la concesión o denegación del suplicatorio.—4.2. La denegación del suplicatorio implica el sobreseimiento libre de la causa, pero ¿por qué no provisional?—V. AFORAMIENTO.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: EN GENERAL SOBRE LA FISCALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

La actividad parlamentaria ha sido uno de los ámbitos de la actuación del poder público que más tardíamente se ha sometido al control ejercido por órganos externos. De hecho, y aunque hoy es aceptada la fiscalización de decisiones adoptadas en sede parlamentaria, se puede decir que ha constituido el último espacio de ejercicio de poder ajeno a los controles que constituyen uno de los principios fundamentales del Estado constitucional (más allá

★ Derecho Constitucional. Universidad Carlos III de Madrid. Letrada del Consejo General del Poder Judicial.

¹ Una versión de este trabajo se publicará en las Actas de las Jornadas Italo-Españolas de Justicia Constitucional, celebradas en Lanzarote, los días 22 y 23 de septiembre de 2005, conmemorativas del 50 aniversario de la creación de la Corte Constitucional italiana y del 25 de nuestro Tribunal Constitucional, en las que tuve el honor de participar con una exposición sobre la jurisprudencia constitucional en el ámbito de las prerrogativas parlamentarias.

del que representa el ejercido por los órganos del Parlamento, control de carácter interno, o el propio vinculado al sistema democrático, que corresponde a la opinión pública, al electorado).

En la Europa continental hasta momentos relativamente recientes, ya entrado el siglo XX, no se han establecido mecanismos de control externo sobre esta actividad, creándose al efecto una jurisdicción específica, la constitucional, dotada de características propias (como órgano constitucional) e investida de funciones de fiscalización de la actividad parlamentaria, primera y principalmente, el control de la constitucionalidad de la ley y la resolución de conflictos constitucionales, y más adelante, la defensa de los derechos fundamentales del individuo²; jurisdicción distinta de la constituida por el Poder Judicial, no integrada en el mismo, exclusiva y excluyente en el ejercicio de algunas de sus competencias (todas en realidad, salvo la garantía de los derechos, función que también compete, y en primer lugar, a la jurisdicción ordinaria).

Las razones de esta resistencia frente al control externo se encuentran imbricadas en la historia del Estado constitucional, en los postulados jurídico-políticos que cimentan el surgimiento, desarrollo y evolución del Estado constitucional. A saber, la defensa de los derechos fundamentales y la consagración y garantía de la separación de poderes, y, en este ámbito, la obtención y consolidación de una posición a favor del Parlamento que garantizase su funcionamiento libre sin interferencias del resto de los poderes del Estado³. Posición que en los sistemas parlamentarios se traducirá en una suerte de supremacía (no jerarquía) del Parlamento respecto a los otros poderes; supremacía que deriva de la naturaleza del órgano: así, en cuanto órgano de representación de la soberanía que expresa, por el acuerdo mayoritario, la voluntad general aprobando la Ley; órgano que ostenta una legitimación democrática, que responde únicamente ante el electorado que le eligió, al que se atribuye la dirección política del Estado, sometido exclusivamente a la Constitución (pues, es él quien elabora la Ley), mientras poder judicial y poder ejecutivo, que ostentan posiciones sustancialmente distintas con cometidos asimismo plenamente diferenciables en el sistema de distribución de poderes y funciones del Estado, están sometidos plenamente a la legalidad⁴.

Esta suerte de supremacía del legislativo se traduciría, de una parte, en que la ley, obra del mismo, no podía quedar sometida a los mismos procedimientos de control normativo establecidos para las normas infralegales, y de otra, en la adopción de instituciones de garantía de la posición y funcionamiento del órgano parlamentario, las conocidas como prerrogativas institucionales (prerrogativas colectivas frente a las entendidas como individuales, esto es, inviolabilidad, inmunidad y fuero especial, pese a que todas, las que se reputan del órgano y las que se dirigen de forma primera a sus miembros, tienen

² Al respecto, *vid.* Francisco Caamaño Domínguez, «Autonomía parlamentaria», en *Temas básicos de Derecho constitucional*, t. II, Civitas, Madrid, 2001, p. 83.

³ Sobre este proceso histórico, de forma breve, pero con referencia a sus momentos principales, *Ibidem*, p. 82.

⁴ *Ibidem*, pp. 82-83.

una finalidad común institucional, al servicio de la libertad de decisión de la Cámara de representación) de las Cámaras que se traducen en autonomía reglamentaria, autonomía presupuestaria y autonomía de organización. Prerrogativas nacidas con el objetivo de garantizar esa separación entre los poderes, esa independencia frente a los otros poderes que históricamente habían obstaculizado el ejercicio libre de las competencias parlamentarias, a través, entre otros medios, de la persecución injustificada de sus miembros como forma de someter y controlar al Parlamento.

Como aditamento necesario y complementario a estas garantías de carácter institucional-orgánico, colectivo, los parlamentarios fueron investidos de un estatuto especial que, en cuanto garantizaba sus derechos y libertades individuales, venía a proteger al propio órgano de representación, impidiendo intervenciones judiciales o gubernativas dirigidas a afectar a su funcionamiento libre e independiente, al cumplimiento cabal de sus funciones, al ejercicio de sus competencias constitucionales. Las prerrogativas parlamentarias adquieren así, desde su aparición en el mundo jurídico-constitucional, una dimensión individual de protección de los derechos del representante.

Pérez-Serrano, que evoca la práctica parlamentaria inglesa como el origen de las prerrogativas parlamentarias, sostiene que «la esencia de los «privilegios parlamentarios» consiste en constituir garantías que aseguran el normal desenvolvimiento y la libre actuación de las Cámaras, sin temor a injerencias de otros poderes que pudieran perturbar su funcionamiento»; subrayando el carácter objetivo de estas instituciones, cuya finalidad se proyecta o concluye en un régimen de garantías especiales y derechos específicos atribuido a cada parlamentario individualmente (pero al servicio del interés de la Cámara) ⁵.

Barbera ⁶ señala el artículo 8 de la Constitución francesa de 1791 como el origen reciente de la inviolabilidad, pero recuerda que la fuente de tal prerrogativa se encuentra en el Parlamento inglés, concretando como primer momento significativo en punto a su reivindicación el año 1397, como consecuencia de la condena a muerte impuesta al diputado Thomas Haxley por criticar a la Corte Real. En 1523, el *speaker* Thomas Moro proclamaba la libertad de expresión de los parlamentarios (que será a partir de entonces «preciosa» en la lucha contra el absolutismo regio, primero contra Isabel Tudor, después contra los Estuardo). Pero será el *Bill of Rights*, de 13 de febrero de 1689, el que consagre en el apartado 8 «la libertad de expresión, debate y procedimientos en el Parlamento» ⁷.

⁵ Nicolás Pérez-Serrano, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1984.

⁶ Augusto Barbera, *I parlamenti*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 55.

⁷ Algunos autores sitúan el origen de las prerrogativas en el proceso revolucionario francés, concretamente durante la autoconstitución de la Asamblea Nacional por el Tercer Estado, y en la Constitución de 1791; otros atribuyen su nacimiento al parlamentarismo inglés, que tiene su origen en el triunfo del Parlamento, y el afianzamiento de su posición frente a la Corona, consecuente con la Gloriosa Revolución inglesa, y al reconocimiento en el *Bill of Rights*, de la libertad personal y de la libertad de expresión («*freedom of arrest*» y «*freedom of speech*»). Las prerrogativas son entendidas como una adaptación del principio del absolutismo «*The King can do no wrong*» (Barthélemy). Sobre el origen de las prerrogativas, entre otros, Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, «Origen histórico de la

Sea como sea, las prerrogativas nacen unidas al parlamentarismo y han permanecido de forma constante, por supuesto con modificaciones según cada momento y en cada lugar, en los textos constitucionales de los países de nuestro entorno.

Pero aquí también, como en el resto de la actividad parlamentaria, ha habido una notable evolución que, paulatinamente, ha permitido un mayor control (por de pronto un control que antes de plano resultaba impensable) por las Cortes Constitucionales de la justificación actual de las prerrogativas, de la delimitación y determinación de su ámbito de protección y eficacia en un momento constitucional, el actual, de consolidación del Estado de Derecho, con el sometimiento de todos los poderes públicos al ordenamiento, encabezado por la propia Constitución (como reza nuestro art. 9 CE), y de independencia del poder judicial, y plena vigencia de los derechos fundamentales, constatada la eventual afección negativa que sobre los mismos puede derivar de las prerrogativas parlamentarias.

Como se ha dicho, en este proceso de progresiva fiscalización de la actividad parlamentaria, en especial, por lo que aquí interesa, de las prerrogativas parlamentarias ha contribuido decisivamente, el nuevo papel central, vertebrador del ordenamiento en su conjunto, que corresponde a los derechos fundamentales en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial; expansión de los derechos que se ha proyectado no sólo en el plano jurídico-constitucional, sino que hoy atraviesa el ordenamiento jurídico-privado, y se extiende hacia el ámbito del Derecho internacional, y que ha impuesto una reinterpretación de numerosos conceptos dogmáticos clásicos ligados al constitucionalismo: la propia definición y configuración de los derechos fundamentales como libertades negativas, abstencionistas, derechos y libertades frente al Estado, ha sido superada por los derechos de prestación, o por el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos, pero también aspectos del Derecho privado han sido revisados (la autonomía de la voluntad en la contratación, los derechos fundamentales en las relaciones laborales, o la interpretación de las libertades económicas, empresa y Derecho de propiedad, de acuerdo con los valores constitucionales).

Esta creciente expansión del ámbito de influencia de los derechos fundamentales también ha llegado a la esfera parlamentaria, de tal modo que, como señala Arce⁸, «el blindaje de los *interna corporis acta* ha devenido ineficaz» frente a la expansibilidad de los mismos.

Pues bien, en este orden de cosas, las prerrogativas parlamentarias parecen el terreno propicio para proyectar esta especial consideración de los derechos fundamentales, así como las funciones de control que pudieran corresponder al efecto al Tribunal Constitucional. Y así ha sido, de tal suerte que las prerrogativas, que en los textos constitucionales vienen manteniendo de forma

inviolabilidad e inmunidad parlamentarias», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 10, 1986, y Eloy García, *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*, Tecnos, Madrid, 1989.

⁸ Alberto Arce Janáriz, *El Parlamento en los Tribunales. Prontuario de Jurisprudencia Parlamentaria*, Thomson/Aranzadi, Elcano, Navarra, 2004, p. 85.

habitual su configuración y naturaleza originaria, formuladas conforme a sus términos más tradicionales, se han visto reinterpretadas por las Cortes Constitucionales respectivas al objeto de compatibilizar su mantenimiento y eficacia con la garantía de los derechos fundamentales, con los consiguientes riesgos y críticas que esta intervención ha provocado respecto a la afectación de la función y posición del Parlamento ⁹.

Como ha sostenido Arce ¹⁰, «la irrupción en la esfera parlamentaria del control jurisdiccional, articulado con una lógica en absoluto asimilable a la dialéctica política entre mayorías y minorías sobre cuya confrontación gravita la vida toda del Parlamento, genera, si no se le pone algún límite, el riesgo de desnaturalizar el modo de hacer propio de las Cámaras, sostenido en un precario y hasta conflictivo, pero en todo momento consustancial, equilibrio de fuerzas opuestas, que, basado a partes iguales en la voluntad de la mayoría y en la audiencia de la oposición, debería liberar sus tensiones internas por sí misma, sin instrumentos auxiliares que la decanten a favor o en contra de alguno de los contendientes, y llegar a la opinión pública sin anticipar en sede jurisdiccional veredictos que podrán condicionar o conformar la decisión electoral.»

Con estos parámetros, en este trabajo no se pretende realizar un estudio teórico-dogmático de las prerrogativas parlamentarias (cuestión que ha sido sobradamente tratada por la doctrina desde las diferentes perspectivas implicadas, constitucional, procesal, penal), sino más limitadamente exponer y analizar la construcción del Tribunal de estas instituciones, sus consecuencias, los eventuales excesos en que este órgano puede haber incurrido, y otros no abordados, así como la posibilidad de soluciones distintas al conflicto entre prerrogativas parlamentarias y derechos fundamentales a la albergada por el Tribunal Constitucional.

II. SENTIDO ACTUAL DE LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS: CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL E INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El artículo 71 CE recoge la trilogía clásica de prerrogativas parlamentarias, a saber: inviolabilidad, inmunidad y fuero, prerrogativas que entre ellas guardan, pese a su especificidad, un fundamento común y establecen una relación de complementariedad, en tanto cada una se proyecta sobre una

⁹ En este sentido, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, «Inmunidad parlamentaria y separación de poderes», *Inmunidad parlamentaria y jurisprudencia constitucional*, debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales con la colaboración del Congreso de los Diputados y del Senado, Cuadernos y Debates, núm. 46, CEC, Madrid, 1994, p. 18, considera que la presencia (que califica de activa, no «meramente programática») de los derechos fundamentales «fuerza a redefinir tantas instituciones del Derecho público y que (...), habrá que determinar en qué medida deja sentir sus efectos en el Derecho parlamentario.»

¹⁰ Arce Janáriz, *op. cit.*, p. 85.

dimensión diferente, a la sazón, y respectivamente, sustantiva (inviolabilidad), procesal (inmunidad) y jurisdiccional (aforamiento) ¹¹.

De tal forma que, de su conjunto, cabe derivar un estatuto del parlamentario, que si no como régimen privilegiado (en tanto hablar de privilegios repugna al Estado constitucional, pues se compadecen mal con los postulados del Estado democrático de Derecho), bien merece ser calificado como exorbitante al régimen común aplicable al resto de los ciudadanos ¹².

Estatuto que garantiza que no responderán (ni penal, ni civilmente) por las ideas expresadas en el ejercicio de la función pública para la que han sido elegidos por sus conciudadanos, la parlamentaria (prerrogativa de inviolabilidad, art. 71.1 CE), que impide la detención del parlamentario salvo en caso de flagrante delito y exige la previa autorización de la Cámara para el ejercicio de la acción penal (lo que ciertamente se puede considerar el núcleo irrenunciable de la inmunidad, art. 71.2 CE), protegiendo frente a la persecución penal torticera, esto es, instrumentada como arma política con objetivos espurios, y que, otorgado el consentimiento por la Cámara mediante la correspondiente autorización (en nuestro caso, el suplicatorio), el enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (fuero, art. 71.3 CE).

Este conjunto de garantías conforma lo que podría constituir el contenido esencial de las prerrogativas más extendido en el Derecho comparado y que refleja en mayor medida nuestro constitucionalismo histórico ¹³. No obstante esa comunidad de contenidos, cada país presenta sus propias particularidades, existiendo, a la postre tantos ejemplos como ordenamientos que las reconocen.

En todo caso, las diferencias afectan fundamentalmente a los límites de las prerrogativas, a la determinación de los supuestos que quedan amparados por

¹¹ De hecho, así lo ha señalado el Tribunal Constitucional expresamente en la Sentencia 243/1988 (FJ 3).

¹² En este sentido, Javier García Roca, *Cargos Públicos Representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 251, afirma que «[l]a atribución de miembro del Parlamento a un ciudadano comporta su asunción de una peculiar situación jurídica, dadas las especificidades de ese cargo público, que llegan a configurar un régimen jurídico propio; el ordenamiento interno de una Cámara supone para sus miembros una fuente especial de derechos, deberes y limitaciones que configuran una posición constitucional. En ese sentido, puede hablarse de un *status* de los parlamentarios». Por su parte, Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, «Parlamentario», en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, t. II, Civitas, Madrid, 2001, p. 133, señala que «[l]a condición de parlamentario determina un régimen jurídico especial, el Estatuto de los Parlamentarios, que comporta un conjunto de prerrogativas, derechos y deberes vinculados a dicha condición».

¹³ En nuestro país las prerrogativas gozan de tradición constitucional. Pero ya antes eran conocidas, así la Novísima Recopilación establecía que los procuradores no podían ser llevados ante la justicia mientras mantuvieran tal condición. Su incorporación a los textos constitucionales va a tener lugar en el primero de ellos. Aparecen recogidas en el Reglamento de las Cortes de 1810, Cortes que serán las que aprueben la Constitución de 1812. En la Constitución de 1812, la inmunidad aparece reconocida en el artículo 128 (Libro I, Capítulo II), cuyo tenor era el siguiente: «Las Cortes se constituyen en Tribunal criminal», «en las causas civiles no hay enjuiciamiento hasta un año después de finalizado el mandato». Con posterioridad el Estatuto Real de 1834 (Libro II, Capítulo único), recoge la prerrogativa de inviolabilidad, no la inmunidad que pasa a estar regulada reglamentariamente; en la Constitución de 1837 (Libro II, Capítulo II) estas garantías se regulan ya de forma similar a la actual.

sus efectos protectores frente a los excluidos del ámbito de cobertura, al procedimiento de aplicación y a los efectos de aquéllas, y se traducen:

- a) en el caso de la inmunidad, habitualmente en el procedimiento seguido por la Cámara para la concesión o denegación de la autorización para la detención o el procesamiento de uno de sus miembros; en la exclusión de determinados delitos del ámbito protector de garantías (como es el caso de Austria, Portugal o Suecia), o en la posibilidad de suspender la detención o el procedimiento durante el período de sesiones si así lo exige la Asamblea (Bélgica, Francia, Luxemburgo)¹⁴;
- b) en el caso de la inviolabilidad, los sistemas van desde una inviolabilidad ilimitada externamente según los textos constitucionales¹⁵, salvo la posibilidad de corrección interna a cargo de los órganos competentes de la Cámara conforme al ejercicio de la potestad disciplinaria parlamentaria interna, a otros, que presentan una amplia variedad, en que constitucionalmente la inviolabilidad sí está limitada, bien por límites genéricos necesitados de concreción posterior, sea legal o reglamentaria¹⁶, o bien, modelos en que corresponde a la propia Cámara exigir la responsabilidad (es decir, la Cámara es la que exige la responsabilidad, pero esta responsabilidad no corresponde a la propiamente parlamentaria-sancionadora interna)¹⁷, o la inviolabilidad queda sometida a condición de forma que la Cámara puede levantar o no la prerrogativa¹⁸.

En todo caso, con unos u otros contornos, con una extensión más o menos reducida, en el momento actual de evolución y desarrollo del Estado constitucional democrático y de Derecho, habida cuenta la progresiva extensión de los derechos fundamentales y su incidencia en la actividad parlamentaria y su eventual fiscalización, el sometimiento a control de toda esfera de actuación pública, también la del Parlamento, en definitiva, la consolidación indubitada de la Constitución normativa (art. 9 CE), son razones de suficiente entidad para cuestionar seriamente el mantenimiento en los actuales textos constitucionales de unas prerrogativas que encontraron su fundamento y

¹⁴ Como extremo [de escandaloso lo califica Roberto Blanco Valdés, «Privilegios parlamentarios y procesos de comunicación pública (políticos, política y derechos en España)», en *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional* (Libro en Homenaje al Profesor Gumersindo Trujillo), Gobierno de Canarias/Caja Canarias/Cabildo de Tenerife/Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 543, nota 14], se podría citar el ejemplo italiano aportado por la Ley 140/2003, de 20 de junio, «*Laudo Schifani*», Ley declarada inconstitucional por la Corte en Sentencia 24/2004, de 23 de enero, aplicable a los altos cargos del Estado y a los Presidentes de las dos Cámaras parlamentarias.

¹⁵ Ejemplo de este modelo lo aportan, además de nuestro país, Bélgica (art. 58), Francia (art. 26), Italia (art. 68), Países Bajos (art. 71), y Portugal (art. 160).

¹⁶ Art. 46.1 de la Constitución alemana, que excluye del ámbito protegido por la prerrogativa de inviolabilidad las injurias y las calumnias.

¹⁷ Aquí habría que citar el artículo 57.1 de la Constitución de Austria, y el artículo 15.13 del texto constitucional irlandés.

¹⁸ Dinamarca (art. 57), Finlandia (art. 13), Grecia (art. 61.2), Suecia (art. 8, Capítulo IV).

justificación en un momento histórico (preocupado por asentar la posición del Parlamento, como órgano de representación popular, frente a los otros dos poderes del Estado tendentes a identificarse con el poder real, el poder absoluto al que el constitucionalismo, los principios de división de poderes y la defensa de los derechos fundamentales de libertad, sirven de reacción, y cuyo control y limitación persiguen), con unos postulados políticos y jurídico-constitucionales de la posición de los respectivos poderes y su separación y distribución de las funciones estatales hoy ampliamente superados.

Lo cierto es que, pese a todo esto, y aun conscientes de ello, tanto la Constitución española de 1978, como las europeas de su entorno con anterioridad, no dudaron en dar acogida en sus textos a estas instituciones clásicas, en un momento en que no sólo su propia justificación conforme a los principios y razones que llevaron a su creación o bien no existían, o eran sumamente débiles, sino que a más se caracteriza (el momento de elaboración de los vigentes textos constitucionales europeos, que tanto han influido en el nuestro), por lo que se ha denominado un parlamentarismo racionalizado, frente a la experiencia de la República de Weimar.

Pero no sólo las incluyeron, sino que muchos de ellos, como el nuestro, lo hicieron acudiendo a fórmulas amplias y/o tradicionales, similares a las de textos constitucionales históricos (propios del siglo XIX)¹⁹, sin prever elementos explícitos y expresos, o cuando menos abiertamente deducibles de las disposiciones constitucionales, de delimitación, de restricción de las mismas (más allá de los que pudieran derivarse de su propia naturaleza, de su definición y de su concepto, formado, recuérdese, sobre principios y motivos, y, por ende, dotado de unas características, de difícil acomodo con los postulados constitucionales actuales).

En esta situación las Cortes Constitucionales han venido realizando una labor de interpretación de las mismas acorde con el conjunto de los contenidos constitucionales, compatible, pues, con los postulados del Estado de Derecho y la garantía y protección de los derechos fundamentales; labor que se ha traducido en una interpretación restrictiva de las prerrogativas parlamentarias, constriñendo su aplicación a los términos más estrictos y al mismo tiempo, de forma paralela y refleja, potenciando la eficacia de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados.

Interpretación restrictiva de las prerrogativas parlamentarias que es ampliamente compartida²⁰. Más seguramente por estar de acuerdo con el

¹⁹ Como recordara el Tribunal en su Sentencia 36/1981, de 12 de diciembre (FJ 1), al enjuiciar la Ley 2/1981, de 12 febrero, del Parlamento vasco sobre la doble institución de la inviolabilidad y de la inmunidad de los miembros de dicho Parlamento, la inviolabilidad entendida como garantía de las «opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones», con estos términos se contempla ya en la Constitución de 1812 en su artículo 128, relativo a los diputados. Mientras que la «distinción entre inviolabilidad e inmunidad aparece ya nítidamente en la Constitución de 1837, tratándose en artículos separados y se contiene así en las Constituciones de 1845, 1869, en el Proyecto de 1873, 1876 y 1931», tradición que sigue el texto actual de 1978.

²⁰ Esta interpretación restrictiva de las prerrogativas, Manuel Clavero Arévalo, «Derechos fundamentales y prerrogativas parlamentarias», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al prof. García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1995, t. III, p. 2115, la considera doctrina unánime en la jurisprudencia

fondo último de la cuestión, esto es, la dudosa justificación del mantenimiento de aquéllas en sus términos clásicos, y la incidencia negativa en el plano de los derechos y el control y límites del poder y la actividad pública, que por aceptar, de forma acrítica, las consecuencias de ciertas intervenciones del Tribunal Constitucional en este ámbito, por cuanto implica de sustitución de los principios y valores esenciales de la norma «por la libérrima voluntad del intérprete u operador jurídico» al incorporar a aquélla elementos que no recoge²¹, y de potencial invasión de competencias parlamentarias.

Esta visión restrictiva que pretende compatibilizar la existencia de prerrogativas con el respeto y protección de los derechos, especialmente la tutela judicial efectiva, fue asumida desde temprano por nuestro Tribunal Constitucional que ha procedido a su concreción a partir de la vinculación de las prerrogativas con la defensa de la institución parlamentaria, interpretación institucional, funcional, de las prerrogativas parlamentarias, que constituye el fundamento común de todas ellas, sin perjuicio de que su aplicación en cada caso posea las connotaciones propias de la prerrogativa específica.

2.1. Interpretación institucional, funcional, no individual de las prerrogativas, su justificación constitucional: la protección, la salvaguarda de la institución

La justificación de las prerrogativas, común a las tres previstas constitucionalmente, se concreta, como adelanta el título de este apartado, en el servicio a la protección, en la salvaguarda de la institución parlamentaria, de su funcionamiento, a fin de que aquélla cumpla sus funciones²². Lo que vale decir, garantizar:

- a) que la opinión se expresa libremente en las intervenciones de los parlamentarios, en el debate para la adopción de decisiones, y, consecuentemente, en la formación de la voluntad política, tal y como ha sido querido por el cuerpo electoral (inviolabilidad²³);

cia constitucional y en la aportada por el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia en el ámbito de sus respectivas competencias.

²¹ Manuel Alba Navarro, *Prerrogativas parlamentarias y jurisprudencia constitucional*, Cuadernos y Debates, núm. 9 (serie menor), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 3.

²² Recuperando expresivos términos del Tribunal «se justifican en cuanto son condiciones de posibilidad del funcionamiento eficaz y libre de la institución» (Auto 526/1986), que garantizan la libertad e independencia de la institución parlamentaria. Las prerrogativas no se confieren como privilegios en tanto derecho personales, sino en un sentido objetivo, como derechos reflejos de los que goza el parlamentario en su condición de miembro de la Cámara [Sentencia 243/1988 (FJ 3) y Sentencia 9/1990, (FJ 3)].

²³ Así, el Tribunal Constitucional dirá que «[e]l interés, a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias» [Sentencia 51/1986 (FJ 6)]. O de otra forma, su finalidad es «proteger a los legítimos representantes del pueblo de acciones penales con las que se pretenda coartar su libertad de opinión» [Sentencia 22/1997, de 11 de febrero (FJ 6)].

- b) que la composición de la Cámara parlamentaria no se ve alterada por la utilización torticera del proceso penal por terceros, ajenos al órgano parlamentario, que incorporan intereses que no responden a los expresados por la ciudadanía (inmunidad) ²⁴;
- c) que los diferentes poderes actúan sus competencias con independencia, esto es, que ejercen sus funciones sin injerencias de los otros poderes del Estado. Y todo ello no sólo como forma de protección del Parlamento y su alta función, sino también del Poder Judicial (aforamiento).

De tal modo que afirma el Tribunal: «Al servicio de este objetivo se confieren los privilegios, no como derechos personales, sino como derechos reflejos de los que goza el parlamentario en su condición de miembro de la Cámara legislativa y que sólo se justifican en cuanto son condición de posibilidad del funcionamiento eficaz y libre de la institución» ²⁵, y que como son privilegios obstaculizadores del derecho a la tutela judicial efectiva, «sólo consienten una interpretación restrictiva» ²⁶, «tanto en el sentido lógico de sujeción a los límites objetivos que les impone la Constitución, como en el teleológico de razonable proporcionalidad al fin al que responden», debiendo rechazarse todo criterio permisivo de una utilización injustificada de las mismas, que provoque la privación de la vía procesal prevista en la Ley ²⁷.

Ahora bien, las prerrogativas también integran el contenido del derecho fundamental del artículo 23 CE en relación con los parlamentarios, de modo que «pueden ser reivindicadas a través de este proceso constitucional, en cuanto se incorporan sin mayor dificultad al contenido del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE» ²⁸.

Sin que esta consideración de la prerrogativa como contenido de un derecho fundamental suponga menoscabo de la concepción de la misma como un derecho atribuido al parlamentario en función de la protección y garan-

²⁴ Es decir, impedir la indebida y fraudulenta participación en la formación de la voluntad de la Cámara, protegiendo a sus miembros de «querellas insidiosas o políticas que, entre otras hipótesis, confunden, a través de la utilización inadecuada de los procesos judiciales, los planos de la responsabilidad política y la penal, cuya delimitación es uno de los mayores logros del Estado constitucional como forma de organización libre y plural de la vida colectiva [Sentencia 22/1997, de 11 de febrero (FJ 6)]. O, como ya dijera el Tribunal en la Sentencia 90/1985, «La amenaza frente a la que protege la inmunidad sólo puede serlo de tipo político, y consiste en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular» (FJ 6).

²⁵ Sentencia 243/1988 (FJ 3), reiterado en la Sentencia 9/1990 (FJ 3), posición que ya había sostenido en iguales términos en el Auto 526/1986.

²⁶ Sentencia 51/1985.

²⁷ Sentencia 243/1988 (FJ 3).

²⁸ Sentencia 22/1997, de 11 de febrero (FJ 2), que reitera lo dicho en las anteriores 161/1988 (FJ 6); 76/1989 (FJ 2); 181/1989 (FJ 4); 205/1990 (FJ 5), entre otras. Sobre el estatuto de los parlamentarios, los derechos, deberes y limitaciones que le conforman, «que configuran una posición constitucional», dada su consideración como parte del derecho del artículo 23.2 CE y su reivindicación a través del procedimiento de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, *vid.* Javier García Roca, *Cargos Públicos Representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 251 y ss.

tía de la propia institución de la que forma parte, esto es, el Parlamento. De otra forma, la protección que la prerrogativa presta al parlamentario trasciende al mismo, para proyectarse y traducirse sobre el objetivo último tutelado, la garantía del Parlamento y de forma refleja, mediata, al representante, en tanto es a través de su mediación como la prerrogativa se aplica.

De esta forma, la prerrogativa sólo se justifica en el plano subjetivo por y hasta donde se muestra necesaria para obtener la finalidad perseguida: la preservación de la posición, la garantía del funcionamiento e independencia del órgano-poder constituido que es el Parlamento y que encarna la representación, la soberanía popular frente a los otros poderes del Estado. Dicho de otro modo, la dimensión subjetiva de las prerrogativas está en función de la objetiva-institucional, al servicio de esta última²⁹.

2.2. Interpretación restrictiva de las prerrogativas, reductora de privilegios y protectora de derechos

Consecuencia de esta interpretación objetivada, institucional, las prerrogativas quedan circunscritas en su aplicación al ámbito más estricto, promovándose una interpretación *restrictiva de las mismas, reductora de privilegios y protectora de derechos, tendente a contraer las prerrogativas y proteger los derechos de terceros, en especial la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)*³⁰; interpretación pro derechos fundamentales que se erige, al mismo tiempo, en causa y efecto; esto es, establece como punto de partida la existencia de un eventual conflicto entre prerrogativas y derechos fundamentales y en la necesidad de acudir a la ponderación y al principio de proporcionalidad para proceder a su resolu-

²⁹ No faltan, sin embargo, autores que consideran que las prerrogativas parlamentarias constituyen garantías de la división de poderes. Para Lorenzo Martín-Retortillo, «Inmunidad parlamentaria y separación de poderes», *op. cit.*, pp. 13 y ss., la justificación de las prerrogativas, en especial de la inmunidad, se encuentra en el equilibrio entre los poderes, en la garantía de la separación de los mismos, en el propio principio de división de poderes. En la doctrina italiana Barbera (*op. cit.*, p. 56), afirma que las prerrogativas «pueden situarse entre los *checks and balances* del constitucionalismo contemporáneo en cuanto garantizan el principio mismo de la separación de poderes» (el término y las cursivas son del autor). José L. González Cussac y M.^a Luisa Cuerda Arnau, «Aproximación al Derecho penal parlamentario: inviolabilidades», *Cuadernos de Derecho público*, núm. 1, 1997, pp. 104-105, sostienen que «la inviolabilidad trata de garantizar la independencia del poder legislativo y a la vez expresa la supremacía o preponderancia del Parlamento como depositario de la soberanía popular y como poder legítimo, fundamental y cuasi exclusivo en la creación del Derecho». Consideraciones que echan de menos en la jurisprudencia constitucional, pues «falta un mayor énfasis en la afirmación y defensa del principio y función representativa; carencia que quizás se deba a la intromisión o extralimitación en que el propio Tribunal Constitucional ha incurrido, sobre todo, en inmunidad». En sentido parecido, Alba Navarro (*op. cit.*, p. 3) afirma que «las prerrogativas parlamentarias se sitúan justamente en el eje o confluencia de la acción de tres poderes constitucionales: el Parlamento, el Poder Judicial y el propio Tribunal Constitucional», de ahí la importancia de recuperar el principio de separación de poderes para abordar esta cuestión; perspectiva habitualmente olvidada.

No comparte esta opinión Alfonso Fernández-Miranda Campoamor en su *Intervención en el Debate* que tuvo lugar en el Centro de Estudios Constitucionales y que se recoge en *Inmunidad parlamentaria y Jurisprudencia Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 117 y 119.

³⁰ En igual sentido, Arce Janáriz, *op. cit.*, pp. 83 y ss.

ción, siempre desde la especial y cualificada posición de los derechos fundamentales en nuestra Constitución, para interpretar, a continuación, las prerrogativas de la forma que el derecho fundamental resulte mejor parado.

En otros términos, como se verá, aunque se parte de que los dos elementos de la contraposición están reconocidos en la Constitución, sin que corresponda establecer una relación de jerarquía entre los mismos, así como de la necesidad de acudir a criterios de ponderación y de proporcionalidad en la resolución de cada caso concreto, lo cierto es que el Tribunal asume, de principio, un mayor valor de los derechos fundamentales. De tal forma que la consecuencia inmediata, sin más, es que, en la tesitura de decidir cuál debe primar, éstos son los beneficiados, pese a que sufra el texto constitucional que consagra las prerrogativas parlamentarias y, por supuesto, éstas y los derechos del representante, así como la propia posición de las Cámaras, que puede quedar seriamente debilitada.

Ejemplos de lo anterior se encuentran en las Sentencias 90/1985, cuando el Tribunal dice que «la inmunidad parlamentaria no puede concebirse como un privilegio personal, esto es, como un instrumento que únicamente se establece en beneficio de las personas de Diputados o Senadores, al objeto de sustraer sus conductas del conocimiento o decisión de Jueces y Tribunales. La existencia de tal tipo de privilegios pugnaría, entre otras cosas, con los valores de «justicia» e «igualdad» que el artículo 1.1 CE reconoce como «superiores» de nuestro ordenamiento jurídico. La inmunidad, como el resto de prerrogativas que en el artículo 71 CE se establecen, se justifica en atención al conjunto de funciones parlamentarias respecto a las que tiene, como finalidad primordial, su protección (...)»³¹, o en la Sentencia 51/1986, cuando afirma, refiriéndose a la inmunidad y a la inviolabilidad, que «en la medida en que son privilegios obstaculizadores del derecho fundamental citado, sólo consienten una interpretación estricta (STC 51/1985), tanto en el sentido lógico de sujeción a los límites objetivos que les impone la Constitución, como en el teleológico de razonable proporcionalidad al fin al que responden, debiendo rechazarse en su consecuencia, todo criterio hermenéutico permisivo de una utilización injustificada de los privilegios, que conduzca a un resultado de privación, constitucionalmente ilícita, de la vía procesal pertinente prevista en la Ley».

Si éste es el fundamento tanto de su concepción como de su mantenimiento actual, las prerrogativas han de desplegar sus efectos, sobre todos aquellos supuestos en que el cumplimiento de la función constitucional del Parlamento sea puesto en riesgo, no más allá.

En otro caso, una extensión desmedida del ámbito de las prerrogativas, [que, dada su naturaleza, «inciden negativamente en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva, pues (la inviolabilidad) impide la apertura de cualquier clase de proceso o procedimiento que tenga por objeto exigir responsabilidades a los Diputados o Senadores por opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones y (la inmunidad) somete determinados procesos al

³¹ FJ 6.

requisito de la autorización de la Cámara legislativa respectiva, el cual actúa como presupuesto de procedibilidad determinante, caso de ser denegada la autorización, del cierre del proceso con su consiguiente archivo»³²], supondría su transformación en privilegios, no justificados de principio con el Estado actual democrático y de Derecho.

Siguiendo con las palabras del Tribunal Constitucional, «las prerrogativas parlamentarias son «sustracciones al Derecho común conectadas a una función», y sólo en tanto esta función jurídica se ejerza, pueden considerarse vigentes (...), la legitimidad de la garantía se ha de reconocer, en la medida en la que su estructura la haga adecuada a su objetivo «sin que en ningún caso pueda ser desvirtuada para convertirla en origen de privilegio»³³.

De lo que se concluye que «las prerrogativas parlamentarias han de ser interpretadas estrictamente a partir de una comprensión del sentido de la prerrogativa misma y de los fines que ésta procura, esto es, tanto en el sentido lógico de sujeción a los límites objetivos que le impone la Constitución, como en el teleológico de razonable proporcionalidad al fin al que responden», con lo cual la resolución de cada concreto supuesto pasa porque «la observancia de la prerrogativa cuestionada se cohoneste con la finalidad, a la que sirve»³⁴.

Esta doctrina jurisprudencial reductora se evidencia de forma más destacada (o al menos es la que ha despertado mayor interés doctrinal y ha sido objeto de más críticas), en la exigencia de motivación razonable impuesta por el Tribunal Constitucional a Congreso y Senado en relación con la denegación de la autorización parlamentaria para proceder penalmente; exigencia que ha introducido en la figura del suplicatorio un elemento ajeno, hasta ahora, a la tradición constitucional española³⁵.

2.3. Interpretación en ocasiones invasora de competencias parlamentarias y en otras apegada en exceso al texto normativo

Como consecuencia de la opción seguida, en la que el Tribunal ha ido progresivamente profundizando, en concreto en lo que se refiere a la citada exigencia de motivación del acuerdo denegatorio del suplicatorio, la doctrina jurisprudencial ha limitado, casi anulado, las correspondientes facultades parlamentarias, al someter la mencionada motivación a unos requisitos que prácticamente predeterminan la decisión parlamentaria³⁶.

³² Sentencia 243/1988 (FJ 3), y Sentencia 9/1990 (FJ 3).

³³ Sentencia 51/1985 (FJ 6).

³⁴ Sentencias 123 y 124/2001 (FJ 4, en ambas resoluciones), que reitera doctrina sentada en las anteriores Sentencias 51/1985, de 10 de abril (FJ 6); 243/1988, de 19 de diciembre [FJ 3 A)]; 22/1997, de 11 de febrero (FJ 5).

³⁵ Martín-Retortillo, «Inmunidad parlamentaria y separación de poderes», *op. cit.*, p. 19.

³⁶ En este sentido, Alba Navarro, *op. cit.*, p. 4. González Cussac y Cuerda Arnau, *op. cit.*, p. 105, se refieren «a la intromisión o extralimitación en que el propio Tribunal Constitucional ha incurrido, sobre todo, en inmunidad».

En otras ocasiones, el Tribunal ha actuado de forma contraria, esto es, ha evitado pronunciarse sobre aspectos de especial relevancia en el tema que nos ocupa, y que, además, como se verá más adelante, aportarían una solución más eficaz y acorde con la garantía y protección del derecho a la tutela judicial efectiva, finalidad que supuestamente perseguiría el Tribunal y a partir de la que justifica la restricción de la prerrogativa y la práctica anulación de la capacidad decisoria de la Cámara parlamentaria. Nos referimos al sobreseimiento libre de la causa como efecto obligado de la denegación del suplicatorio.

Paralelamente, el Tribunal no puede negar, de plano, lo que constituye un elemento esencial de la configuración de las prerrogativas parlamentarias (menos aún si tenemos en cuenta que es además aspecto esencial en la construcción del Tribunal); a saber, el Parlamento y sus funciones, dicho de otro modo, la preservación de la institución parlamentaria y el funcionamiento libre de la misma.

Y no hay duda de que el Parlamento es un órgano político, que actúa funciones políticas, que decide, en la mayoría de las ocasiones, según criterios de valoración política o de oportunidad (no así en las decisiones de naturaleza administrativa), sin que esto quiera decir que el recurso a tales criterios convierta sus decisiones necesariamente en arbitrarias o injustas, o ni siquiera que no estén justificadas, y todo ello cabe y es posible en el pleno respeto a los dictados constitucionales, a los que como el resto de los poderes públicos está sometido también el Parlamento (art. 9 CE).

Por esto, el Tribunal no duda en admitir que la interpretación sistemática de los preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales y los que disponen los «privilegios funcionales, conduce a atribuir a las Cámaras y a sus miembros un amplio margen de libertad en el uso de los privilegios, pues su finalidad es asegurar el buen funcionamiento de las instituciones parlamentarias cuya importancia en un sistema democrático es decisiva, entre otras cosas, para la defensa de los mismos derechos fundamentales». Sin que ello excluya el eventual control del Tribunal Constitucional «de la eventual incidencia que sobre los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas, pudieran tener los actos de las Cámaras que no fuesen explicables por el ejercicio razonable de las funciones que les están atribuidas y en razón de las cuales se otorga el privilegio de inviolabilidad a las Cortes Generales y a sus miembros»³⁷.

Esta última afirmación sitúa al Tribunal en la posición de decidir entre derecho fundamental y prerrogativa parlamentaria; oposición entre prerrogativa y derecho que también puede leerse en clave institucional. Como con tanto acierto sostiene el profesor Lorenzo Martín-Retortillo³⁸, cuando el Tribunal Constitucional controla una decisión parlamentaria relativa a un suplicatorio mediante el recurso de amparo (hasta ahora, y no parece que eso vaya a cambiar, porque el permiso de la Cámara respectiva ha sido denegado impidiendo que prosperara la acción penal), «está arbitrando en definitiva en

³⁷ Auto 147/1982 (FJ 5).

³⁸ «Inmunidad parlamentaria y separación de poderes», *op. cit.*, p. 21.

un conflicto que enfrenta al Parlamento con el Poder Judicial (...), lo que en realidad es un conflicto entre un órgano del Poder Judicial, nada menos que el Tribunal Supremo, y una de las dos Cámaras», o dicho de otra forma, «[l]a tensión refleja así una auténtica disputa en torno a la ocupación de un espacio», si será el Tribunal o la Cámara parlamentaria la que lo ocupe, con consecuencia evidentes en el ámbito de los derechos y expectativas de terceros, pero también el de las facultades del Parlamento y estatuto del parlamentario.

Hasta aquí nos hemos referido a las prerrogativas parlamentarias en su conjunto, ahora las abordaremos de forma separada.

III. INVIOLABILIDAD

Si en una prerrogativa la razón que motivó y justificó su creación se manifiesta de forma evidente tanto en su finalidad protectora institucional (esto es, la libre formación de la voluntad de la Cámara), como en su dimensión más inmediata de garantía subjetiva del parlamentario (la libertad de expresión de las opiniones, sin que de ellas se deriven eventuales responsabilidades, distintas por supuesto de la política, que pudieran coartar su libertad o sirvieran de represalia por la defensa de sus convicciones) es la inviolabilidad. Pero además, en el caso de la inviolabilidad, dicha justificación originaria se ha visto menos afectada por el devenir de los tiempos y los efectos de la fiscalización jurisdiccional de la actividad parlamentaria que en el caso de la inmunidad (probablemente, sólo el aforamiento haya sido menos cuestionado), sin perjuicio de que su ámbito de aplicación se haya visto restringido para acomodarlo con los dictados constitucionales en materia de derechos fundamentales.

Como en el resto de las prerrogativas, la institución nace unida al Parlamento y al parlamentarismo y se enmarca asimismo en la lógica de pugna del órgano representativo con los otros poderes del Estado, con el poder ejecutivo y con el poder judicial, especialmente (recuérdese, que entonces el poder judicial actúa como una articulación más a través de la que el ejecutivo ejerce el poder, de ahí la necesidad de afirmación del Parlamento frente al poder de los jueces), con el fin de conseguir, primero, y consolidar, después, una posición institucional que garantizase su independencia y libertad de actuación, sin interferencias de los otros poderes y, singularmente, por cuanto se refiere a la inviolabilidad, una posición de autonomía, independencia y libertad para el órgano parlamentario y sus miembros. Todo ello para preservar el funcionamiento libre de la institución como órgano que cumple una de las más altas funciones del Estado, sino la más y principal, la representación, y consecuentemente expresión, de la voluntad popular; voluntad popular que expresa el Parlamento en la Ley a partir de la contribución de sus miembros manifestada en su voto, que es, a su vez, expresión libre de la decisión individual formada en sede parlamentaria sobre la base del debate de las diferentes ideas y opiniones de los parlamentarios.

A este y no a otro fundamento se refiere nuestro Tribunal Constitucional, cuando dice que el artículo 71.1 CE al disponer que «los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones», garantiza «la “freedom of speech” de los parlamentarios, genéricamente reconocida en los diferentes sistemas constitucionales democráticos» y que la inviolabilidad «se orienta a la preservación de un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión sin el cual el ejercicio de las funciones parlamentarias podría resultar mediatizado y frustrado, por ello el proceso de libre formación de voluntad del órgano»³⁹.

Este mismo valor reforzado de la libertad de expresión del representante es compartido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que resalta la importancia vital del derecho de crítica como base de la democracia, de la libertad de expresión de los representantes públicos, y su necesidad y trascendencia para el cabal ejercicio del cargo, especialmente de los miembros de la oposición.

Así, dirá el Tribunal Europeo que «la libertad de expresión, preciosa para cualquier persona, lo es muy particularmente para un representante del pueblo; representa a sus electores, expone sus preocupaciones y defiende sus intereses. Consiguientemente, en el caso de injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, como ocurre con el demandante, se impone a este Tribunal aplicar el control más estricto»⁴⁰, ya que «un adversario de ideas y posiciones oficiales ha de poder encontrar su lugar en la arena política. Preciosa para cualquiera, la libertad de expresión lo es particularmente para un representante del pueblo»⁴¹.

La inviolabilidad forma así parte del contenido del derecho fundamental del parlamentario al ejercicio del cargo (art. 23 CE); pero no sólo, en tanto, como ocurre también con las otras prerrogativas, posibilita el mismo, sino que aquí afecta derechamente al contenido propio de ese ejercicio, por cuanto éste, el cargo parlamentario, se construye sobre la base de la libertad de expresión del parlamentario (pues el Parlamento no es sino foro de representación del pluralismo y adopción de decisiones en virtud del principio democrático, por tanto, de la libre expresión y el debate de las ideas y opiniones políticas).

De ahí que la inviolabilidad posea una evidente naturaleza sustantiva, frente a la procesal que detenta la inmunidad, y la de determinación del órgano judicial competente en caso de enjuiciamiento que incorpora la prerrogativa de fuero. De modo que no procede autorización o intervención parlamentaria alguna previa a su aplicación, es decir, de suplicatorio, requisito de procedibilidad unido a la inmunidad⁴².

³⁹ STC 51/1985, de 10 de abril (FJ 6).

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 23 de abril de 1992 (*Caso Castells*).

⁴¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de abril de 1995 (*Caso Piermont*).

⁴² Lo considera el Tribunal en la Sentencia 243/1988. González Cussac y Cuerda Arnau, *op. cit.*, p. 105, afirman que la inmunidad tiene carácter automático, esto es, una vez constatada que la opinión se ha expresado en el ejercicio del cargo parlamentario, en el ámbito de las funciones parlamentarias, opera directamente, sin mediación de intervención de la Cámara, y que así debe ser constatado por el Tribunal que conociera de la eventual acción de reclamación (civil y/o penal).

Este carácter sustantivo de la prerrogativa de inviolabilidad supone que la eficacia de la misma excluya, de plano, toda responsabilidad jurídica por las expresiones vertidas, tanto la jurídico-penal⁴³ como la que pudiera derivarse en el plano civil, y/o sancionador⁴⁴. Cuestión distinta, es que quepa alguna medida correctiva a favor de la protección de los derechos de terceros, pero ésta se moverá en el ámbito interno de la Cámara⁴⁵ y corresponderá acordarla a sus órganos conforme al reglamento parlamentario respectivo⁴⁶.

Irresponsabilidad que se proyecta en el tiempo más allá de la finalización del mandato parlamentario o la pérdida de tal condición por el representante, no decae con la expiración del mandato. Es decir, que en ningún caso cabría abrir procedimiento de responsabilidad una vez perdida la condición parlamentaria por expresiones vertidas durante el tiempo que aquélla se ostentó⁴⁷.

No obstante, esta mayor rotundidad que parece presidir la interpretación y aplicación de la inviolabilidad, la cuestión también plantea alguna complicación. Por de pronto, también en este caso se detecta una oposición entre la prerrogativa y el derecho a la tutela judicial. Pero, además en este caso la prerrogativa encierra no sólo el derecho al ejercicio del cargo del representante, sino el derecho a la libertad de expresión del mismo; derecho fundamental que éste ostenta como ciudadano-individuo, y que se ve reforzado en su calidad de representante democráticamente elegido⁴⁸, de un lado, y los derechos

⁴³ La naturaleza jurídico-penal de la inviolabilidad es considerada, por unos autores, como causa de exclusión de la punibilidad, otros la califican de causa de exclusión de la antijuridicidad, como causa de justificación. Al respecto, *vid.* Pizzorusso, *op. cit.*, pp. 39 y ss. José Manuel Gómez Benítez, «La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 64, 1985, p. 66, entiende que la inviolabilidad constituye una causa de justificación, amparada en el ejercicio de un derecho o cargo.

⁴⁴ En la Sentencia 243/1988, de 19 de diciembre, el Tribunal recuerda que «la inviolabilidad es una garantía sustantiva que, en cuanto excluye la responsabilidad jurídica de los Diputados y Senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de su función parlamentaria» (FJ 4). Por su parte, en la Sentencia 30/1997, de 24 de febrero, se refiere al «efecto impeditivo para la “apertura de cualquier clase de proceso o procedimiento que tenga por objeto exigir responsabilidad” a los parlamentarios “por opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”» (FJ 7).

⁴⁵ Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, «Inviolabilidad parlamentaria», en *Temas básicos de Derecho constitucional*, t. II, Civitas, Madrid, 2001, p. 135, entiende «más adecuado construir la institución como causa personal-funcional de exclusión de la eficacia de la Ley, tesis que permite, sin violencia conceptual, conciliar el tratamiento jurídico externo, a cuyas normas tipificadoras de responsabilidad el parlamentario en el ejercicio de sus funciones no está sujeto, con la posibilidad de sanciones internas contempladas por todos los Ordenamientos en su Derecho parlamentario disciplinario, al que aquél está sujeto».

⁴⁶ Sentencia 147/1987.

⁴⁷ Expresamente, en la Sentencia 51/1986, el Alto Tribunal afirma que «Esta garantía de los parlamentarios no decae por la extinción del mandato (arts. 10 y 21, respectivamente, Rgto. del Congreso de los Diputados y Rgto. del Senado), pero sí requiere de una correcta delimitación material y funcional» (FJ 6).

⁴⁸ Así parece entenderlo también Gómez Benítez, *op. cit.*, p. 67, cuando reconoce que la prerrogativa de inviolabilidad contiene un *plus* de protección de la libertad de expresión del parlamentario respecto a la del resto de los ciudadanos. De forma más explícita M.^a José Alonso Mas, *La fiscalización jurisdiccional de la actividad sin valor de Ley de los Parlamentos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 428, sostiene que «[e]l principio de inviolabilidad parlamentaria supone un incremento del espacio de la libertad de expresión de los parlamentarios».

de la personalidad (honor, intimidad personal y o familiar y propia imagen, reconocidos en el art. 18.1 CE), de otro, del que corresponde al tercero perjudicado, o entre la prerrogativa (con los derechos y libertades que la inviolabilidad incorpora) y otros valores y/o bienes constitucionalmente protegidos (la seguridad del Estado, o la persecución de determinados delitos, por citar alguno especialmente relevantes).

Situada la cuestión en estos términos, es preciso, pues, determinar si la inmunidad presta cobertura a toda expresión del parlamentario difundida durante su mandato, o bien sólo su protección se extiende de forma limitada cumplidos ciertos requisitos. Éste es el punto donde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha empeñado sus esfuerzos a la hora de construir una doctrina, restrictiva, de la inviolabilidad compatible con el conjunto de los preceptos constitucionales, recurriendo para ello al artículo 71.1 CE (dedicado a la inviolabilidad), como elemento determinante de la citada interpretación, en tanto vincularía la prerrogativa con el ejercicio de la función parlamentaria.

Con este objetivo, el Tribunal Constitucional afirmará que la inviolabilidad no decae con la extinción del mandato del parlamentario, «pero sí requiere de una correcta delimitación material y funcional»⁴⁹.

3.1. Delimitación funcional: la actividad parlamentaria

Como se ha dicho, la actividad parlamentaria, esto es, el criterio funcional a que acude el Tribunal se erige como determinante de esta labor delimitadora. La aplicación de éste supone establecer una relación directa, por demás, derivada de la propia institución, entre el ámbito protector de la prerrogativa y la finalidad última de garantía de la inviolabilidad, a la sazón, el funcionamiento libre de la Cámara. O dicho de otro modo, decidir si toda actividad del parlamentario queda amparada por este instituto o exclusivamente aquella que se enmarca en el ámbito propio de la actividad de las Cámaras, la actividad para la que ha sido elegido como representante y en la que detenta esa posición reforzada, que despliega sus efectos sobre su libertad de expresión frente a la del resto de la ciudadanía⁵⁰.

En palabras del Tribunal, «[e]n cuanto a la concreción funcional del ámbito de la prerrogativa, sin embargo, podrían presentarse, de principio, algunas dudas y, en especial, la relativa a si la inviolabilidad cubre toda la actuación de «relevancia política» del parlamentario o si, más estrictamente, la protección dispensada por esta garantía no alcanza, sino a la conducta de su titular en tanto que miembro del órgano colegiado, cesando, por lo tanto, cuando el sujeto desplegar ya su conducta —incluso con trascendencia «política»— al margen de las funciones parlamentarias»⁵¹.

⁴⁹ Sentencia 51/1986, de 10 de abril (FJ 6).

⁵⁰ Para Gómez Benítez, *op. cit.*, p. 67, esa protección superior sólo cabe en aquellos supuestos en que las expresiones manifestadas sean necesarias para el cumplimiento de la función del representante.

⁵¹ Sentencia 51/1985, de 10 de abril (FJ 6).

Y el Tribunal, en respuesta a tal interrogante concluye que, *ex* artículos 71.1 y 67.3 CE, la inviolabilidad no prestaría cobertura jurídica a cualquier actuación de un parlamentario, sino a «aquellas imputables a quien, siéndolo, actúa jurídicamente como tal», y considera éstas como las circunscritas a los supuestos en que la actuación tenga lugar en articulaciones orgánicas de las Cámaras, pero no los actos externos a la misma, salvo que sean reproducción literal de un acto parlamentario, es decir, esta prerrogativa sólo ampara «actos exteriores a la vida de las Cámaras, que no sean sino reproducción de un acto parlamentario»⁵².

El Tribunal acoge, pues, la tendencia más restrictiva, y más extendida en nuestra doctrina y en la comparada en relación con la delimitación del ámbito de aplicación de la inviolabilidad⁵³, doctrina que no ha sufrido alteraciones y que de forma sistemática cabe exponer del siguiente modo.

- a) La vinculación entre inviolabilidad y ejercicio de funciones propias a la condición de parlamentario está claramente expresada en el artículo 71.1 CE, como confirman los Reglamentos de las Cámaras (arts. 10 RC y 21 RC).
- b) En el artículo 67.3 CE (que reza que «las reuniones de parlamentarios que se celebren sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras, y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios») se contiene una referencia a lo que el Tribunal denomina «funcionamiento regular de las asambleas y de sus órganos», y a éste quedan vinculados el ejercicio de las funciones y la ostentación de los privilegios.
- c) El recurrente fundamento en la necesaria interpretación restrictiva de las prerrogativas para no lesionar derechos fundamentales, atendiendo al «interés, a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias (...), decayendo tal protección cuando los actos hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano (de «político» inclu-

⁵² Sentencia 51/1985, de 10 de abril (FJ 6). De tal modo, que la prueba sobre la naturaleza parlamentaria o no de la actividad se torna esencial, y la inadmisión de la misma para acreditar el carácter parlamentario de un acto, a fin de activar la prerrogativa de la inviolabilidad lesionaría el derecho a la prueba [Sentencia 30/1986, de 20 de febrero (FJ 8)]. En el mismo sentido se manifestó en la Sentencia 51/1985, de 10 de abril, «el artículo 24.2 CE ha convertido en un Derecho fundamental el de «utilizar los medios de prueba pertinentes» en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado. Este derecho fundamental, inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal y, al haber sido constitucionalizado, impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben los Tribunales de Justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación», así pues, si las pruebas cuya práctica se interesa por los demandantes conducen a la demostración procesal del carácter parlamentario del acto en que participaron, resultarán fundamentales para la aplicación de la prerrogativa de inviolabilidad. De lo que se sigue «que la inviolabilidad parlamentaria, de apreciarse por el Juzgador ante quien se invoque, impedirá la punición o la sanción de quien se hallare protegido por esta prerrogativa (art. 71.1 CE)».

⁵³ En este sentido, Sentencia 81/1975, de 27 marzo, de la Corte Constitucional italiana, citada por el propio Tribunal.

so), fuera del ejercicio de competencias y funciones que le pudieran corresponder como parlamentario. Así, las funciones relevantes para el artículo 71.1 CE no son indiferenciadamente todas las realizadas por quien sea parlamentario, sino aquellas imputables a quien, siéndolo, actúa jurídicamente como tal»⁵⁴.

- d) Por tanto, no alcanza expresiones vertidas en los medios de comunicación⁵⁵.
- e) No obstante lo dicho hasta aquí, esta interpretación estricta no impide las necesarias matizaciones, admitiendo «que la prerrogativa puede amparar, también, los actos «exteriores» a la vida de las Cámaras, que no sean sino reproducción literal de un acto parlamentario»⁵⁶.

A diferencia de la jurisprudencia en materia de inmunidad, en especial en lo relativo a la exigencia de motivación del suplicatorio, la doctrina expuesta no ha sido objeto de especial polémica, ni se le han dirigido grandes críticas.

Parece bastante compartida la opinión de que es necesario circunscribir el ámbito de eficacia de la inviolabilidad a los supuestos de actividad parlamentaria, si bien la identificación entre actividad parlamentaria y lugar físico donde se realiza como criterio para determinar el ámbito de la actividad parlamentaria se ha puesto en duda⁵⁷, máxime con la irrupción de los medios de comunicación y las alteraciones que han provocado en el proceso de comunicación pública, y, también, en la actividad de las Cámaras parlamentarias y en la actitud de sus miembros que transforman radicalmente su comportamiento cuando los citados medios se encuentran asistiendo a la sesión parlamentaria.

En parecidos términos, considera Blanco Valdés que la excepción relativa a los actos exteriores que sean reproducción de un acto parlamentario, «constituye hoy la línea de mayor debilidad en el funcionamiento de la institución de la inviolabilidad parlamentaria: la que vendría dada por la posibilidad de que su uso inmoderado (y, por su propia naturaleza, muy difícil de moderar, según señala la experiencia) pueda traducirse en la lesión de derechos de terceros (de manera muy especial de los del art. 18.1 CE) cada vez que las opiniones manifestadas por los parlamentarios en el seno de «cualquiera de las articulaciones de las Cortes Generales», las trasciendan, como es su natural vocación en una «videodemocracia», llegando a la opinión pública y afectando a ciudadanos, que podrían acabar quedando en un estado de completa indefensión»⁵⁸.

⁵⁴ Sentencia 51/1985, de 10 de abril (FJ 6).

⁵⁵ Sentencia 51/1985, Auto 526/1986 (FJ 4) y Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 1992.

⁵⁶ Sentencia 51/1985, de 10 de abril (FJ 6).

⁵⁷ Para la doctrina alemana esta identificación entre ámbito de inviolabilidad y la actuación del parlamentario no se circunscribe, no tiene en cuenta tanto un criterio físico como la determinación del lugar, del edificio en que el acto se produce, como que el mismo guarde una relación directa con la tarea parlamentaria. Al respecto, González Cussac y Cuerda Arnau, *op. cit.*, p. 107.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 550; peligro del que ya alertó Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, «El amplio margen de libertad en el uso de los privilegios parlamentarios y su incidencia sobre los derechos funda-

3.2. Delimitación material: opiniones

El otro criterio delimitador mencionado por el Tribunal es un criterio material, dirigido a dilucidar qué tipo de actuación del parlamentario quedaría amparada por la inviolabilidad. Visto cuál es el interés que persigue la prerrogativa de inviolabilidad, no hay duda de que se refiere a la expresión de ideas y opiniones. Por recoger de nuevo los términos del Tribunal, «la garantía no ampara cualesquiera actuaciones de los parlamentarios y sí sólo sus declaraciones de juicio o de voluntad («opiniones», según el art. 71.1 CE)»⁵⁹.

La cuestión aquí es determinar si esas opiniones resultan admisibles cuando son susceptibles, por su forma de expresión fundamentalmente, no en cuanto control o valoración del contenido ideológico del mensaje, de vulnerar derechos fundamentales como los reconocidos en el artículo 18.1 CE (esto es, derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen).

Es decir, si cumplido el primer trámite, esto es, el anterior criterio explicado, el funcional, la inviolabilidad puede convertirse en «una patente de corso» del parlamentario, en referencia a la terminología que utiliza el Tribunal respecto a las libertades de expresión e información ejercidas por los periodistas y que proscribía, para eximir a aquél, al representante, de cualquier responsabilidad, incluida la derivada del insulto, de la difamación; riesgo del que alertaban Blanco y Martín-Retortillo⁶⁰.

No parece que esta posibilidad se compadezca bien con la doctrina restrictiva de nuestro Alto Tribunal, tal y como venimos viendo. Empero, lo cierto es que en nuestro texto constitucional, a diferencia del alemán⁶¹, no contiene criterio material alguno al respecto. Más espinoso y árido se torna este aspecto en los supuestos en que las expresiones vertidas por un parlamentario no sólo afectan a derechos personales individuales, sino también a otros valores, intereses, o bienes protegidos constitucionalmente (como la seguridad del Estado), o se sitúan en los límites del Código Penal, en delitos de especial trascendencia (delitos de coacciones, o apología de ciertos actos delictivos, por mencionar alguno)⁶²; supuestos en que la relación entre las opiniones profe-

mentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1984, al comentar el Auto del Tribunal Constitucional 147/1982.

⁵⁹ Sentencia 51/1985, de 10 de abril (FJ 6).

⁶⁰ Blanco, *op. cit.*, p. 550; Martín-Retortillo, «El amplio margen de libertad en el uso de los privilegios parlamentarios...», *op. cit.*

⁶¹ La Ley Fundamental en su artículo 46 y el Código Penal germano en su parágrafo 36, excluyen expresamente las injurias calumniosas o difamatorias del ámbito protector de la inviolabilidad. Según González Cussac y Cuerda Arnau (*op. cit.*, p. 106), los intentos de establecer un criterio delimitador semejante en nuestro país provienen «de un impulso reflejo del sistema alemán».

⁶² Según González Cussac y Cuerda Arnau (*op. cit.*, p. 106), la inviolabilidad «alcanzará a cualquier clase de delitos cuya estructura típica descansa exclusivamente en la exteriorización de una opinión, o sea, en la manifestación de voluntad, pensamiento o conocimiento. Así, su ámbito de aplicación usual se centrará en los tipos de calumnias, injurias, amenazas, falsedades, y descubrimiento y revelación de secretos (intimidad), etc. Pero en ningún modo podrá extenderse a figuras donde además de una opinión se requiera otras actuaciones, como, por ejemplo, las coacciones, que precisan violencia», sin que el intérprete pueda añadir otras excepciones, aceptando éstas en cuanto «son las únicas que fija el texto constitucional». *Vid.*, así mismo, Gómez Benítez, *op. cit.*, p. 67.

ridas y el cumplimiento de la función parlamentaria por parte del representante queda en entredicho⁶³, como han puesto de relieve algunos autores⁶⁴.

IV. INMUNIDAD

Dispone el artículo 71.2 CE que durante el período de mandato Diputados y Senadores gozarán de inmunidad, pudiendo ser detenidos sólo en caso de flagrante delito, precisándose para su inculpación o procesamiento la previa autorización de la Cámara respectiva (expresada, en nuestra tradición parlamentaria, a través de la concesión del oportuno suplicatorio).

Prerrogativa de incuestionable naturaleza procesal (en tanto se erige como un obstáculo, incluso un impedimento, al procedimiento), nace históricamente en el mismo momento y por idénticas razones justificantes que la inviolabilidad, proyectándose (o, por mejor decir, protegiendo más directamente) sobre otro de los derechos de libertad del parlamentario, a saber, la libertad personal⁶⁵.

De tal modo que, si la finalidad de esta prerrogativa, como del resto, se localiza en la protección del funcionamiento de la Cámara y la libre formación de su voluntad, con la garantía de la libertad del parlamentario se pretende evitar que funcionamiento y formación libre de la voluntad de la Cámara se vean afectadas por detenciones o procesamientos arbitrarios, por una utilización torticera del proceso que perturbe la vida del órgano parlamentario o altere la composición que al mismo dio el cuerpo electoral. Consecuentemente, la prerrogativa de inmunidad, de forma distinta a la inviolabilidad, decae con la pérdida de la condición parlamentaria, es de marcada naturaleza temporal.

⁶³ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, de 5 de septiembre de 2003, condena a un parlamentario autonómico por proferir expresiones en un debate parlamentario constitutivas de exaltación del terrorismo. Entiende este Tribunal que para que una intervención parlamentaria esté en el ámbito de la inviolabilidad y se ampare en la misma necesita gozar «de causalidad eficiente bastante para cooperar a formar la voluntad de la Cámara, ante lo valioso o insustituible de su aportación al éxito del razonamiento que se desenvuelve» y que las manifestaciones sean, «constituyan verdaderas opiniones, es decir, pareceres o juicios cuyo poder de convicción —sumado a su cualidad central de razón de decidir— procure una ilustración indispensable para formar óptimamente la voluntad de la organización», y, por tanto, no quede en «un razonamiento comprometido con temas frágilmente conexos o extraños al eje del debate».

⁶⁴ De este parecer se muestra Francisco Fernández Segado, «Las prerrogativas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional», en *Parlamento y Justicia Constitucional*, IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Aranzadi/Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Elcano, Barcelona, 1997, p. 303.

⁶⁵ Libertad que constituye el presupuesto del resto de las libertades y que en las primeras declaraciones de derechos, así el *Bill of Rights* inglés, ocupa, con el procedimiento de *Habeas Corpus* ordenado para su restitución y protección frente a las detenciones ilegales, un lugar destacado. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, «Origen histórico de la inviolabilidad...», *op. cit.*, p. 199, no sitúa en la «*freedom from arrest or molestation*», el origen de la inmunidad, sino en una institución derivada de la curia medieval y dirigida a garantizar la seguridad en el traslado a las llamadas del Rey a Consejo. No obstante, ésta no parece estar relacionada con la actual prerrogativa de inmunidad, cuyo nacimiento cabe situar bajo la Francia revolucionaria.

De otra parte, el carácter limitativo del inicio y desarrollo del proceso que posee esta prerrogativa implica, de suyo, una eventual oposición entre los efectos de la inmunidad y el derecho a la tutela judicial efectiva, que, por demás, queda «en manos» de la decisión de la Cámara, con el consiguiente riesgo de politización en la adopción de la decisión acerca de la concesión o denegación del suplicatorio, en definitiva, al albur del juego de mayoría-minoría parlamentarias que rige habitualmente la actividad de las Cámaras⁶⁶.

Este conflicto entre prerrogativa y derecho fundamental constituye, como era de esperar a la vista de lo antedicho, el eje sobre el que gira toda la construcción del Tribunal Constitucional en la materia. Contundentes son en este sentido sus palabras, cuando sostiene que es posible que en determinados supuestos «la vulneración del derecho del artículo 24.1 CE se produzca directamente por órganos que no sean de naturaleza jurisdiccional», por tanto, «no cabe (...), excluir la posibilidad de que exigencias que derivan del mandato contenido en el artículo 24.1 CE sean lesionadas por órganos parlamentarios cuando las mismas llegan a ser el objeto sobre el que incide una decisión de dichos órganos». Circunstancia ésta que concurriría «en el caso de la inmunidad parlamentaria y la decisión en torno al suplicatorio, en tanto se traduce en la disponibilidad del proceso penal. Pues conviene recordar que «la Constitución, mediante su mencionado artículo 71.2, ha querido que, en relación a los delitos presuntamente cometidos por los Diputados o Senadores, sea la correspondiente Cámara la que decida acerca de la posibilidad de perseguir o no dichos delitos ante la jurisdicción penal. Ello es lo mismo que decir que, en tales supuestos, son órganos parlamentarios quienes adoptan decisiones acerca del acceso a la tutela judicial por parte de los ciudadanos afectados por las conductas supuestamente delictivas»⁶⁷.

La afirmación es de suma importancia para la doctrina del Tribunal. De hecho, sirve de apertura a la misma, en tanto justifica y permite la imputación a un órgano totalmente ajeno al poder judicial, y, por supuesto, a sus funciones y procedimientos de actuación, la vulneración de un derecho que por su propia naturaleza sólo puede resultar conculcado por órganos judiciales, pues son éstos los que prestan la tutela judicial efectiva (como ha sostenido de forma recurrente el Tribunal, salvo determinados aspectos de este derecho que se extienden sobre el procedimiento sancionador por cuanto comparte con el proceso judicial la vinculación con la defensa y protección de derechos y/o intereses⁶⁸).

⁶⁶ Sobre las tendencias corporativas de autoprotección de los parlamentarios, así como sobre la utilización que los Parlamentos han venido realizando de las prerrogativas (en ocasiones siendo generosos en la concesión de suplicatorios, en otras, las mayoría, todo lo contrario), de forma arbitraria, y los abusos y corruptelas que han llevado a las prerrogativas a su crisis actual, entre otros, *vid.* Plácido Fernández-Viagas Bartolomé, *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores. La crisis de los «privilegios parlamentarios»*, Civitas, Madrid, 1990, *passim*, especialmente, p. 141, y García, *op. cit.*, p. 82.

⁶⁷ En la Sentencia 90/1985, de 22 de julio (FJ 4).

⁶⁸ Sobre este derecho y sus diferentes aspectos, *vid.* los diferentes trabajos publicados en el monográfico de *Cuadernos de Derecho público*, núm. 10, 2000.

Sólo así, esto es, establecida esta posibilidad de imputación de la lesión del derecho, cabe que el Tribunal pueda a continuación (y casi como consecuencia obligada de estos parámetros), exigir que la Cámara realice una labor de motivación de la decisión en punto a la concesión o no de la autorización, motivación que ha de ser conforme, respetuosa, con el derecho a la tutela judicial efectiva para reputarse constitucionalmente adecuada e idónea en punto a que la inmunidad despliegue los efectos que le son propios. Pero veámoslo más despacio.

Por lo que se refiere a la naturaleza y función de la inmunidad, el Tribunal ha sostenido de forma continuada que esta prerrogativa no se dirige «frente a la improcedencia o a la falta de fundamentación de las acciones penales dirigidas contra los Diputados o Senadores, pues no cabe mayor defensa frente a tales riesgos o defectos de tipo jurídico que la proporcionada por los Jueces y Tribunales a quienes el artículo 117.1 CE atribuye, de manera específica, la tarea de aplicar el ordenamiento para la administración de justicia. La amenaza frente a la que protege la inmunidad sólo puede serlo de tipo político, y consiste en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular»⁶⁹, responde a un «interés superior de la representación nacional», cual es evitar que de eventuales procesos penales «pueda resultar la imposibilidad de un parlamentario de cumplir efectivamente sus funciones»⁷⁰, integrándose «como reflejo de la que corresponde al órgano del que forma parte, en el status propio del cargo parlamentario, de modo que el derecho fundamental directamente afectado frente a posibles constricciones ilegítimas a aquella prerrogativa es el recogido en el artículo 23.2 CE, pues, en definitiva, se trata de preservar, frente a tales constricciones, uno de los elementos integrantes del estatuto propio del cargo»⁷¹.

De lo anterior conviene subrayar algunos aspectos que no han pasado, ni mucho menos, desapercibidos para la doctrina, singularmente para la más crítica con la posición del Tribunal:

- a) la determinación y fijación de la fundamentación, justificación y finalidad protectora de la inmunidad, que realiza el Tribunal, y, especialmente, la concreción de la misma de modo que parece excluir cualquier otra posibilidad cuando el texto constitucional no introduce ningún parámetro al que recurrir;
- b) la cabal y bien entendida posición actual de los Jueces y Tribunales como mayor y mejor defensa frente a los riesgos o peligros de tipo jurídico que pudieran derivarse de la falta de fundamentación de las acciones penales dirigidas contra los parlamentarios, parece que, en

⁶⁹ Sentencia 90/1985, de 22 de julio (FJ 6)

⁷⁰ Sentencia 206/1992, de 27 de noviembre (FJ 3), en el mismo sentido se había manifestado en la Sentencia 90/1985 (FJ 6).

⁷¹ Sentencias 123 y 124/2001, de 4 de junio (FJ 3, en ambos casos). Posición ya sostenida en la Sentencia 22/1997, de 11 de febrero (FJ 5).

principio, debiera traducirse en una valoración de la solicitud judicial de autorización parlamentaria para proceder penalmente como fundada y exigir que sean ellos los que justifiquen en la petición a la Cámara la fundamentación en derecho de su concesión, atendiendo tanto a la naturaleza y finalidad de la prerrogativa de inmunidad, como al derecho a la tutela judicial⁷², sin que esto implique una valoración política por parte del órgano judicial, que no puede realizar⁷³, sino sobre los indicios y fundamentos de la acción penal (como, por otra parte, debe suceder en todo caso)⁷⁴;

- c) si la amenaza frente a la que protege la inmunidad sólo, como dice el Tribunal, puede serlo de tipo político y en virtud de esa naturaleza, la decisión se residencia en la Cámara, en tanto órgano político, plantea serios interrogantes que el Tribunal imponga a esa Cámara que motive su decisión con el referente necesario e imprescindible del derecho a la tutela judicial efectiva, labor que ha de tener en cuenta consideraciones jurídicas;
- d) en definitiva, el Tribunal evidencia esa posición y función de Jueces y Tribunales en punto a la protección y garantía de los derechos (posición superadora de los recelos que justificaron la adopción de la inmunidad y que hoy han devenido inexistentes), pero no parece atreverse a concluir lo que de esa afirmación deriva. Tal vez lo que corresponda sea replantearse el propio mantenimiento de la prerrogativa de inmunidad en los términos genéricos que dedica nuestra Constitución⁷⁵, tarea que, eso sí, no compete al Tribunal (pero tampoco «reelaborar» el contenido de las disposiciones constitucionales al amparo de su labor hermenéutica);
- e) del mismo modo, asumiendo que la prerrogativa sólo puede resultar eficaz frente amenazas políticas, y admitiendo que esa valoración sólo puede ser realizada por un órgano de igual naturaleza, precisamente aquel que se vería afectado (como facultad de su garantía institucional de protección de la Cámara), sin embargo, impone al órgano parlamentario que actúe conforme a postulados más propios de la actividad judicial⁷⁶.

⁷² Como viene afirmando el Tribunal Supremo, cuando señala que la solicitud de suplicatorio ha de estar fundada. A este respecto, Autos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 1996 (FJ 4); de 13 de abril de 1998 (FJ 2); de 21 de abril de 1998 (FJ 2); de 30 de abril de 1998 (FJ 2).

⁷³ También M.^a José Alonso Mas, *La fiscalización jurisdiccional de la actividad...*, op. cit., p. 175.

⁷⁴ Como dice Joaquín García Morillo, «Contenido, finalidad constitucional y control de la inmunidad parlamentaria», en *Inmunidad parlamentaria y Jurisprudencia constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 88, «el carácter político debe buscarse en la persecución y no en la actividad del perseguido, es algo que deriva tanto del origen histórico de la inmunidad como de la ya clásica expresión *fumus persecutionis* alusiva al ánimo que ha de buscarse en la acción penal para cuya prosecución se solicita el suplicatorio».

⁷⁵ Como recuerda Fernández-Miranda y Campoamor («Inmunidad», op. cit., p. 137), la mayoría de la doctrina califica la inmunidad como «privilegio innecesario».

⁷⁶ En este sentido se manifiesta el voto particular del Magistrado Álvaro Rodríguez Bereijo a la Sentencia 206/1992, cuando afirma que el Tribunal ha reducido a márgenes prácticamente inexistentes el margen de apreciación política de la Cámara.

Estas consideraciones, que gravitan en torno a la valoración de la doctrina del Tribunal en materia de inmunidad y que derivan de la misma, constituyen también los elementos centrales de la exigencia de motivación del suplicatorio; imposición que establece el Tribunal sobre la base de tres elementos:

- la funcionalidad de la prerrogativa;
- la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, y
- la utilización del proceso penal con una intención de manipulación política.

Pues bien, de estos tres elementos sólo los dos primeros han sido objeto de concreción y determinación de su contenido por el Tribunal. No así el tercero. La cuestión no es menor. Porque incorpora el elemento determinante a que ha de acudir la Cámara para adoptar su decisión, pero que también tiene que explicar, en caso de considerar que existe tal intencionalidad, en la motivación de un eventual acuerdo negativo del suplicatorio. Y es también la valoración de ese elemento la que determinará el fallo del Tribunal⁷⁷.

Pero no han sido éstos los únicos aspectos relativos a la inmunidad sobre los que ha resuelto el Tribunal. Previamente al análisis de la problemática del control del suplicatorio, referiremos cuál es la posición del Tribunal respecto a los más significativos, con el fin de ofrecer una visión de conjunto de la inmunidad.

- a) Declara la improcedencia de la exigencia de suplicatorio en procedimientos civiles, pues, atendiendo a la interpretación funcional, objetiva, institucional de la inmunidad, «no se comprende cómo una demanda civil, que en el peor de los casos puede dar lugar a una condena de indemnización pecuniaria y al resto de las medidas que el Juez acuerde para satisfacer el derecho vulnerado, puede «alterar la composición de la Cámara», (ni) tampoco es imaginable un supuesto de «perturbación del funcionamiento de la Cámara», por el hecho de que se siga un procedimiento civil a uno de sus miembros», de ahí que «la «previa autorización» que requiere el artículo 71 CE para inculpar o procesar a Diputados o Senadores no puede exigirse para la admisión, tramitación y resolución de demandas civiles que en nada pueden afectar a su libertad personal y, en consecuencia, que la extensión al ámbito civil de dicha garantía procesal resulta constitucionalmente ilegítima»⁷⁸, y estima la inconstitucionalidad de la extensión de la inmunidad a la protección civil de los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen regulados en la Ley Orgánica 1/1982, que realizó la reforma introducida por Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo⁷⁹.

⁷⁷ Incluso Fernández Segado (*op. cit.*, p. 320), autor que comparte la tesis del Tribunal, admite la posibilidad de que «al revisar la motivación política del acuerdo el Tribunal venga a sustentar un juicio político revestido de un lenguaje jurídico, o si se prefiere de un ropaje jurídico».

⁷⁸ Sentencia 9/1990, de 18 de enero (FJ 4).

⁷⁹ En la Sentencia 243/1988, de 19 de diciembre, dirá el Tribunal que «la inmunidad parlamentaria se manifiesta inapropiada para impedir el curso de una demanda civil interpuesta contra un parlamentario, pues el sentido propio de las palabras empleadas por el artículo 71 CE, los antecedentes

- b) Admite la *posibilidad de realizar diligencias de investigación* previamente a la solicitud del suplicatorio, al entender que «la prerrogativa de inmunidad parlamentaria no impide que el Juez pueda investigar pero veda la realización de actos que en sí mismos determinen la sujeción de un parlamentario a un procedimiento penal, ya sea mediante la expresión de un juicio formal de inculpación o a través de la práctica de otras diligencias que materialmente entrañen ese mismo significado. A lo que cabe añadir que desde el momento en que el Juez cuente con elementos suficientes para adoptar alguno de los referidos actos, está obligado a solicitar inmediatamente el suplicatorio»⁸⁰.
- c) Considera que *el suplicatorio queda vinculado a los hechos, pero no a su calificación jurídica*⁸¹.
- d) Afirma que *el cómputo del plazo de la Cámara para pronunciarse sobre el suplicatorio* es cuestión de legalidad ordinaria⁸².
- e) Sostiene que para los *parlamentarios autonómicos*, el suplicatorio sería necesario sólo si estuviera previsto en los Estatutos de Autonomía, sin que pudiera implantarse directamente por Ley Autonómica⁸³.

Es, sin embargo, la exigencia de motivación y sus consecuencias la dimensión más criticada de la doctrina del Tribunal en materia de prerrogativas parlamentarias y en la que a continuación nos detendremos.

4.1. La exigencia de motivación del acuerdo de la Cámara que resuelve sobre la concesión o denegación del suplicatorio

Entendida la inmunidad desde esta perspectiva estricta, restrictiva de su ámbito de aplicación, esto es, funcionalmente dirigida y constitucionalmen-

históricos y legislativos de esa prerrogativa de los miembros de las Cámaras y la razón misma de la institución excluyen, con absoluta claridad, que su protección se extienda a procesos que no sean penales, es decir, que no entrañen la eventualidad de que sean utilizados con la intención de perturbar el funcionamiento de la Cámara o alterar su composición, mediante la posible privación de la libertad del parlamentario» (FJ 4). Se reitera en la Sentencia 186/1989, de 13 de noviembre (FJ 2), y en el Auto 1326/1988.

⁸⁰ Sentencia 123/2001, de 4 de junio (FJ 5); en igual sentido, prácticamente literal, Sentencia 124/2001, de 4 de junio (FJ 5), y en la jurisdicción ordinaria, Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 13 de abril de 1999.

⁸¹ Sentencias 125/1988, de 24 de junio; 90/1985; 92/1985; 206/1992, y Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 22 de diciembre de 1995 (FJ 2).

⁸² Auto del Tribunal Constitucional 1326/1988 [FJ 2 a)]

⁸³ Sentencia 36/1981, de 12 de noviembre. El Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid dedica los apartados 5 y 6 del artículo 11 a la regulación de las prerrogativas, disposiciones que se concretan en los artículos 23 y 24 del Reglamento de la Asamblea de Madrid. Sobre las prerrogativas de los parlamentarios autonómicos madrileños, Esther de Alba Bastarrechea, «La defensa de las prerrogativas de los Diputados de la Asamblea de Madrid», en *La representación y defensa de la Comunidad de Madrid ante los Tribunales de Justicia. Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, número monográfico, junio de 2005, pp. 567 y ss.

te admisible en tanto cumple al interés de preservar el funcionamiento y composición de la Cámara, el paso siguiente que dio el Tribunal tuvo lugar en el campo del suplicatorio.

Si la inmunidad sólo cabe, sólo funge válidamente al servicio de la protección del fin consignado, lógicamente, sólo podrá amparar los supuestos en que el ejercicio de la acción penal suponga un riesgo para el mismo. Consecuentemente, si el suplicatorio, concretamente su obtención o denegación, constituye el presupuesto imprescindible e ineludible para la eficacia de la inmunidad o su levantamiento (lo que vale decir es el obstáculo a salvar en tanto determina la viabilidad de la apertura del proceso penal), la decisión sobre su concesión o denegación ha de tomar como premisa la función institucional de la garantía de inmunidad, pues sólo sobre la misma, en aras de su preservación, en los términos diseñados por el Tribunal, cabe argumentar, motivar, el eventual acuerdo denegatorio del suplicatorio (al fin y al cabo, los supuestos que han llegado al Tribunal Constitucional son recursos de amparo interpuestos frente a acuerdos en que el suplicatorio había sido negado por la Cámara, bien de forma expresa, bien mediante el «silencio parlamentario»⁸⁴).

De lo que se sigue que la decisión sobre el suplicatorio ya no pueda ser considerada como una decisión absolutamente libre ajena a cualquier parámetro de fiscalización externo. Ni mucho menos. Ni siquiera parece poder acompañarse de un cierto margen de actuación, de maniobra, de libertad, en suma.

Así parece también entenderlo Aranda Álvarez, que, ante la rigurosidad de la exigencia de motivación que contiene la jurisprudencia constitucional, en especial la Sentencia 206/1992, considera que la decisión en torno a la concesión o denegación del suplicatorio se acercaría a la naturaleza de los actos de gobierno interno, en tanto en éstos la discrecionalidad es muy reducida, o incluso inexistente⁸⁵.

Consecuentemente, si la concesión del suplicatorio no es ya un acto discrecional (que no arbitrario) de la Cámara, es decir, que ha de responder a determinados criterios fijados por el Tribunal Constitucional, entonces puede ser controlado sobre la base de esos mismos criterios; control que, dado el carácter del acto y del órgano que lo adopta, sólo puede corresponder al Tribunal Constitucional por la vía del artículo 42 LOTC⁸⁶.

Ésta es en apretada síntesis la doctrina de nuestro Alto Tribunal (por otro lado, no muy distinta de la elaborada por sus equivalentes europeos en la

⁸⁴ Martín-Retortillo, «Inmunidad parlamentaria y separación de poderes», *op. cit.*, p. 19, recuerda que en nuestra práctica parlamentaria «se configuraba como un supuesto de «silencio parlamentario»: la no respuesta dentro de un plazo se presumía y valoraba como denegación».

⁸⁵ Elviro Aranda Álvarez, *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 35.

⁸⁶ Señala Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, «Inmunidad», en *Temas básicos de Derecho constitucional*, t. II, Civitas, Madrid, 2001, p. 138), «que el que se considere como un acto político no significa que sea un acto absolutamente libre e incontrolable, sino un acto político-constitucional parcialmente reglado».

materia). Pues bien, si en un primer momento no suscitó grandes críticas, su evolución posterior sí lo ha hecho; singularmente, su tendencia a constreñir el margen parlamentario de actuación y decisión del Parlamento⁸⁷, así como los efectos que derivan de la decisión del Tribunal sobre la propia institución parlamentaria y sobre la efectividad de esa doctrina en el plano del derecho a la tutela judicial efectiva, que posiblemente pudiera verse mejor protegido considerando otras posibilidades que afectarían en menor grado al texto constitucional y permitirían la compatibilidad de la prerrogativa con la eficacia del derecho fundamental; posibilidad más en consonancia con las facultades del Tribunal Constitucional (nos referimos a la interpretación del sobreseimiento, sobre la que después se volverá).

Pero retornemos a la exposición de la doctrina del Tribunal sobre la cuestión objeto de este apartado. Recuérdesse que la misma se construye sobre las siguientes consideraciones y permítasenos reiterarlas utilizando para ello los propios términos del Tribunal expuestos en la Sentencia 90/1985⁸⁸:

- a) Como la actuación parlamentaria relativa a la decisión sobre la concesión o no del suplicatorio es susceptible de vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁸⁹, el acto parlamentario adquiere relieve jurisdiccional y es analizable desde la perspectiva del artículo 24 CE⁹⁰.
- b) Como la denegación de la autorización, es decir, del suplicatorio impide el proceso penal, afectando así al derecho fundamental citado, aquél sólo podrá denegarse «en el caso que dicha denegación sea conforme a la finalidad que la institución de la inmunidad parlamentaria persigue y en la que la posibilidad de denegación se fundamenta (...), la respuesta negativa a la autorización para pro-

⁸⁷ De igual parecer el Magistrado Álvaro Rodríguez Bereijo en el voto particular que formula a la Sentencia 206/1992.

⁸⁸ Sentencia que Antonio Embid Irujo, «Actos políticos del Gobierno y actos políticos de las Cámaras», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 13, 1988, p. 61, considera como el máximo exponente del grado «alcanzado en nuestro país en el sometimiento de las decisiones de un órgano al Derecho». Sin embargo, años más tarde la Sentencia 206/1992 superaría con mucho el nivel de exigencia y el grado de control al que se llega en la Sentencia 90/1985. De hecho, el Magistrado García-Mon, que formuló voto particular a la misma, afirmaba que constituía un paso más en el control de las decisiones parlamentarias por parte del Tribunal Constitucional.

⁸⁹ Según Martín-Retortillo, «Inmunidad parlamentaria y separación de poderes», *op. cit.*, p. 23, dada la construcción del caso enfrentando inmunidad parlamentaria y derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental, no parece caber una interpretación amplia del artículo 71.2 CE, antes bien, determinados aspectos quedarían excluidos.

⁹⁰ En palabras del Tribunal, «[l]a disponibilidad del proceso penal se convierte, de esta manera, en el objeto sobre el que deciden dichos órganos parlamentarios, de los que no puede afirmarse, en consecuencia, que sean ajenos a la prestación de la tutela judicial. Ésta, por el contrario, dependerá, en último término, de una actuación parlamentaria —la que conceda o deniegue el correspondiente suplicatorio—, actuación que adquiere relieve jurisdiccional y es, por tanto, susceptible de examen desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, no en cuanto suponga un enjuiciamiento en términos jurídicos de la conducta que motiva la solicitud el suplicatorio, lo que obviamente no lleva a cabo, sino en cuanto resuelve mediante un procedimiento específico sobre la pretensión de que ese enjuiciamiento se produzca en vía penal» [Sentencia 90/1985, de 22 de julio (FJ 4)].

cesar será incorrecta y habrá un abuso de la figura constitucional de la inmunidad cuando ésta sea utilizada para fines que no le son propios»⁹¹.

- c) Ahora bien, como la amenaza frente a la que esta prerrogativa protege no puede ser «la improcedencia o (a) la falta de fundamentación de las acciones penales dirigidas contra los Diputados o Senadores, pues no cabe mayor defensa frente a tales riesgos o defectos de tipo jurídico que la proporcionada por los Jueces y Tribunales», sino sólo «de tipo político, y consiste en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular. La posibilidad de que las Cámaras aprecien y eviten esa intencionalidad es lo que la Constitución ha querido al otorgarles la facultad de impedir que las acciones penales contra sus miembros prosigan, y lo que permite, por tanto, la institución de la inmunidad es que las propias Cámaras realicen algo que no pueden llevar a cabo los órganos de naturaleza jurisdiccional como es una valoración sobre el significado político de tales acciones»⁹².
- d) Situado así el parámetro al que queda sometida la decisión parlamentaria que nos ocupa, el control de la adecuación de la misma al canon preestablecido corresponde al Tribunal Constitucional, que no puede venir a «revisar o a sustituir esa valoración, pero sí a constatar que el juicio de oportunidad o de intencionalidad se ha producido en las Cámaras, y ello de modo suficiente, esto es, en términos razonables o argumentales», con el fin de valorar si la decisión parlamentaria vulnera o no el derecho a la tutela judicial efectiva⁹³.

Llegados a este punto, el Tribunal estaba casi obligado a la que sería su siguiente declaración (Sentencia 206/1992, Caso *González-Bedoya*): la exigencia de motivación de la negativa de autorización queda constreñida en sus posibles argumentaciones a los reducidos límites de una única fundamentación válida⁹⁴, sin que, como se ha dicho, se aporten datos al órgano parlamentario que traduzcan esa posibilidad abstracta a términos aceptables para el Tribunal.

Porque lo cierto es que cuando el Tribunal anula el acuerdo denegatorio no sólo afirma que carece de la motivación suficiente en los términos requeridos, sino que en realidad, al valorar la decisión desde tales premisas, que no pueden obviar si la dimensión política, que el propio Tribunal afirma que debe considerar el Parlamento, concurre o no (pues es ésta la competencia que el propio Tribunal ha reconocido que sólo cumple ejercer al órgano de representación), señala a la Cámara cuál debía haber sido su decisión, suplan-

⁹¹ Sentencia 90/1985, de 22 de julio (FJ 6).

⁹² Sentencia 90/1985, de 22 de julio (FJ 6).

⁹³ Sentencia 90/1985, de 22 de julio (FJ 6).

⁹⁴ Como se recoge en el voto particular del Magistrado Álvaro Rodríguez Bereijo a la Sentencia 206/1992, a que nos venimos refiriendo.

tando materialmente, aunque no exista una sustitución formal del acto parlamentario, la decisión de aquella ⁹⁵.

De hecho, expresamente el Tribunal sostiene que no es suficiente «cualquier fórmula de motivación (para) despejar cualquier objeción a la constitucionalidad del Acuerdo parlamentario. La fundamentación o motivación, en efecto, no es ni puede ser garantía por sí misma, si no es en cuanto expresión de la coherencia del Acuerdo parlamentario con la «finalidad» de la inmunidad, a la vista de las circunstancias del caso concreto» ⁹⁶.

No cumple, pues, la Cámara con la realización «sin más, de un juicio de oportunidad, sino de que el mismo se hubiera producido «de modo suficiente, esto es, en términos razonables o argumentales» ⁹⁷.

Juicio de oportunidad que, para cumplir la exigencia constitucional, debe poseer un «sentido predominantemente material», esto es, «no se trata tanto de que el Acuerdo adopte una «forma motivada», cuanto de que exista en, o quepa deducir del Acto parlamentario una motivación coherente con la finalidad de la prerrogativa parlamentaria» ⁹⁸.

La aparente coherencia de esta línea argumental ⁹⁹ presenta ciertas fisuras y manifestaciones un tanto contradictorias, algunas ya mencionadas, pero sobre todo plantea importantes interrogantes y genera implicaciones no plenamente satisfactorias. Incluso cabe decir que añade algún problema más a una cuestión ya suficientemente compleja (así la ejecución de la propia decisión del Tribunal por la Cámara parlamentaria), y deja sin resolver aspectos relativos a la efectividad real del derecho a la tutela judicial efectiva ¹⁰⁰:

- a) La prerrogativa de inmunidad para resultar admisible ha de servir cabalmente al cumplimiento de la finalidad constitucional que le da sentido y la justifica (como cabe exigir de cualquier institución jurídica, que cumpla con aquellos fines para los que se ha creado y que no se utilice en abuso de derecho).
- b) Ahora bien, la concreción de esa finalidad que realiza el Tribunal y cifra en los términos vistos, ¿es colegible del texto constitucional? Y, sobre todo, ¿es la única opción, o el único contenido que cabe atribuirle? Ciertamente parece dable acudir a un concepto más o menos común, reconocido y compartido de la prerrogativa hoy que incluiría la posición del Alto Tribunal, pero ¿no es posible encontrar una interpretación alternativa, complementaria o al menos que permita

⁹⁵ Ésta es precisamente la razón de la discrepancia del Magistrado Fernando García-Mon y González-Regueras a la Sentencia 206/1992, que le llevó a redactar voto particular. En el mismo, el citado Magistrado sostiene que la fiscalización de la suficiencia o insuficiencia de las razones aportadas por la Cámara en el Acuerdo esconde verdaderamente un juicio de valor o una ponderación equivalente al ejercicio de las funciones relativas a la concesión de la inmunidad.

⁹⁶ Sentencia 206/1992 (FJ 4).

⁹⁷ Sentencia 206/1992 (FJ 4).

⁹⁸ Sentencia 206/1992 (FJ 4).

⁹⁹ Como «intachable» califica Fernández Segado (*op. cit.*, p. 319) esta argumentación y decisión del Tribunal. También parece compartirla García Morillo, *op. cit.*, pp. 103 y ss.

¹⁰⁰ En el mismo sentido, entre otros, Martín-Retortillo, «Inmunidad parlamentaria y separación de poderes», *op. cit.*, y Alba Navarro, *op. cit.*

- a la Cámara un margen de actuación que, por otra parte, el Tribunal no puede dejar de reconocer? ¹⁰¹.
- c) Y respecto a la suficiencia de la motivación, una vez que el Tribunal anula el acuerdo parlamentario, ¿qué puede hacer la Cámara cuando deba volver a decidir sobre la cuestión?, ¿qué argumentos puede esgrimir para justificar su decisión si el Tribunal ya ha declarado que la negativa vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva? Porque en nuestro ordenamiento, estos criterios no están determinados en la Constitución, ni en la norma reglamentaria interna de las respectivas Cámaras, a diferencia de lo que ocurre en el caso alemán ¹⁰².
- d) Téngase en cuenta que el Tribunal considera que a la Cámara corresponde realizar una valoración política, ¿cómo se justifican consideraciones de esta naturaleza en términos de suficiencia, coherencia, razonabilidad (es decir, términos argumentales), sin reconocer un margen de valoración difícilmente sometido a un presupuesto objetivo, tipificado y predeterminado?, ¿cómo se justifica una decisión en términos de oportunidad o de intencionalidad? Juicio que según el Tribunal corresponde a la Cámara ¹⁰³. Nótese que decimos «se justifica», no «se valora»; pues la Cámara no sólo tiene que realizar esa valoración, tiene luego que motivar la decisión y habrá de justificar la utilización dada a esos términos, justificar el juicio de oportunidad o de intencionalidad, con las palabras del Alto Tribunal.
- e) A más, si a la Cámara se impone, a la hora de motivar el eventual acuerdo denegatorio, un examen comparable al que realizan los órganos judiciales (en tanto ha de valorar la posibilidad de afectación al derecho fundamental), ¿no estamos ante una contradicción en la formulación?, ¿no era su naturaleza de órgano político lo que le convertía en el único órgano habilitado para valorar la potencial existencia de una utilización torticera de la acción penal con intenciones políticas?, ¿por qué entonces la motivación se ha de someter a parámetros de diferente naturaleza?
- f) Y, en todo caso, ¿cómo se justifica que se ha actuado en la adopción de la negativa a la concesión del suplicatorio con arreglo a los criterios y finalidad establecidos por el Tribunal Constitucional?
- g) ¿Cabe sostener sin más que el Tribunal no suplanta la función parlamentaria cuando en el caso concreto declara que el acto parlamentario no sólo no ha cumplido con lo exigido, sino que además ha vulnerado con ello el derecho fundamental? ¹⁰⁴.

¹⁰¹ En este sentido crítico con la concreción tasada de la finalidad de la inmunidad que realiza el Tribunal al haberse excedido en sus competencias, también se manifiesta Aranda, *Los actos parlamentarios no normativos...*, op. cit., pp. 112 y ss.

¹⁰² Sobre la conveniencia de objetivar los criterios de concesión del suplicatorio, Elviro Aranda Álvarez, «Consideraciones sobre la naturaleza de la inmunidad parlamentaria y la necesidad de objetivar los criterios para la concesión de los suplicatorios», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 28, 1993.

¹⁰³ Sentencia 90/1985 (FJ 6).

¹⁰⁴ Recuérdese el voto particular formulado en este sentido por el Magistrado García-Mon a la Sentencia 206/1992.

- h) Porque, como señala Martín-Retortillo¹⁰⁵, que se anulen los acuerdos parlamentarios que deciden sobre los suplicatorios «no tendría por qué significar la descalificación global de una opción cuya presencia en la Constitución resulta innegable. ¿En qué medida han de predeterminar estos fallos la figura constitucional?». Pues proscribir la arbitrariedad no significa impedir la discrecionalidad.
- i) En cuanto a la ejecución de la Sentencia del Tribunal, ¿cómo se ejecuta la decisión jurisdiccional si cuando el caso retorne a la Cámara, ésta mantiene su decisión y el Tribunal considera que sigue faltando la exigida motivación?, ¿otra vez vuelta a empezar?, ¿o si el suplicatorio es denegado por el transcurso del plazo reglamentariamente establecido sin decisión parlamentaria al respecto? Porque, a todas luces, lo que no parece posible es que el Tribunal suplante directamente la decisión que corresponde al órgano parlamentario y levante la inmunidad. El Tribunal podrá considerar que la denegación «por silencio» de la autorización para proceder carece, evidentemente, de motivación, pero ¿puede hacer otra cosa para garantizar la eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva, en última instancia motivo y sentido al que responde toda esta construcción?¹⁰⁶.

En definitiva, la construcción jurisprudencial de esta cuestión presenta importantes fisuras, porque en realidad lo que late en la misma es la propia justificación del mantenimiento de la prerrogativa de la inmunidad en el momento actual y conforme a unos parámetros heredados de momentos históricos superados en los que el Parlamento se veía obligado a dotarse de garantías que permitiesen su funcionamiento libre frente a las injerencias de los otros poderes del Estado, singularmente del judicial; peligro que tal vez no haya desaparecido, pero que sí ha cambiado de forma sustancial¹⁰⁷.

¹⁰⁵ «Inmunidad parlamentaria y separación de poderes», *op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁶ Para Fernández-Miranda (*op. cit.*, p. 139), estos preceptos reglamentarios resultan radicalmente inconstitucionales, «desde el momento en que toda denegación de un suplicatorio habrá de ser motivada, siendo inadmisibile una denegación tácita por transcurso del tiempo». Sin embargo, el efecto previsto para ese silencio por los reglamentos parece que deba ser valorado en otros términos, cuales son los que llevan a concluir que esta negación presunta de la autorización para proceder vulneraría, siguiendo la doctrina jurisprudencial, el derecho a la tutela judicial efectiva y no respondería a la finalidad de la institución por carecer de la exigida motivación.

¹⁰⁷ Como sostiene García Morillo (*op. cit.*, pp. 78-79), «es razonablemente descartable que el Ejecutivo utilice a un juez para que, a través de la utilización torticera de un procedimiento penal, se proceda penalmente contra un parlamentario con un motivo o finalidad de corte político o, todavía más, con el propósito de impedir su asistencia a las sesiones. Si apuramos hasta el extremo esta hipótesis, ni siquiera esta posibilidad es descartable en absoluto; pero sí se verifica no será ya porque el juez esté supeditado al ejecutivo, o porque éste disponga, como antaño el Monarca inglés, de un medio para instar el procedimiento: será, bien porque el Juez es inconscientemente utilizado, bien porque se presta a ello». La finalidad de la institución es la misma, pero las formas son diferentes. Como sugiere Martín-Retortillo, «Inmunidad parlamentaria y separación de poderes», *op. cit.*, p. 22, aunque caben pocas posibilidades de utilización política del proceso penal, «en la realidad no faltan eventuales clientes para alimentar ese flujo de relaciones de la ciudadanía con los representantes del poder legislativo, a través de los tribunales penales».

En este orden de cosas, si las prerrogativas han perdido sentido, corresponde su replanteamiento y adaptación a los tiempos que corren¹⁰⁸, y, si llega el caso, su supresión. Pero eso en nuestro ordenamiento constitucional requiere la correspondiente reforma de las disposiciones constitucionales.

La interpretación de las prerrogativas de forma que resulten más acordes con el conjunto sistemático de derecho, valores y principios que inspiran la Constitución es posible, es más, es obligado. Pero esa interpretación no puede conllevar la negación de las instituciones constitucionalmente previstas. Parafraseando la expresión del Tribunal Constitucional respecto a los títulos nobiliarios «que sean como son o que no sean»¹⁰⁹.

Pero además, el ordenamiento ofrece otras posibilidades para compatibilizar la prerrogativa de inmunidad y el derecho a la tutela judicial efectiva, permitiendo la viabilidad de ambos sin menoscabo de las disposiciones constitucionales, y sin llegar a la reforma constitucional. Posibilidad (destacada por la doctrina y, sin embargo, no explotada por el Tribunal) que se sitúa en el plano de la interpretación de la legislación preconstitucional relativa al sobreseimiento que debe acordar el órgano judicial competente (esto es, el Tribunal Supremo) como consecuencia del acuerdo denegatorio del suplicatorio por la Cámara. A esto nos referiremos a continuación.

4.2. La denegación del suplicatorio implica el sobreseimiento libre de la causa, pero ¿por qué no provisional?

Denegado el suplicatorio (óbviase ahora si ha existido la motivación en las condiciones exigidas por el Tribunal Constitucional del acuerdo parlamentario en tal sentido, o si el recurso de amparo ha sido interpuesto o no, o si el Tribunal no ha declarado la nulidad de la negativa de la Cámara), el órgano judicial, a saber, el Tribunal Supremo, parece que no pudiera sino archivar la causa.

Así se desprende del tenor literal del artículo 7 de la Ley de 9 de febrero de 1912, de jurisdicción y procedimiento especiales en las causas contra Senadores y Diputados, que dispone que:

«Si el Senado o Congreso denegasen la autorización para procesar, se comunicará el acuerdo al Tribunal requirente, que dispondrá el sobreseimiento libre, respecto al Senador o Diputado.»

Sobreseimiento libre que impide su posterior apertura produciéndose los efectos de la cosa juzgada¹¹⁰.

¹⁰⁸ Sobre la necesidad de adaptación de la institución al «acontecer social», García Morillo, *op. cit.*, p. 79.

¹⁰⁹ Sentencia 126/1997.

¹¹⁰ Tajantemente el Tribunal lo ha señalado en la Sentencia 92/1985, de 24 de julio, al afirmar que «No cabe, por tanto, la posibilidad de un nuevo procesamiento, pues tal sobreseimiento, que implica los efectos de cosa juzgada material, así lo impide por sí mismo» (FJ 5), contundencia que se mantiene en la Sentencia 125/1988 (FJ 1).

Sin embargo, y de forma distinta, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), en su artículo 754 (incluido en el Título I, *Del modo de proceder cuando fuere procesado un Senador o Diputado a Cortes*, del Libro IV, *De los procedimientos especiales*), dispone que:

«Si el Senado o el Congreso negasen la autorización pedida, se sobreseerá respecto al Senador o Diputado a Cortes.»

Esto es, la LECrim sólo determina, como consecuencia de la denegatoria parlamentaria, el sobreseimiento de la causa, pero no califica, no impone que deba ser libre o provisional. Su contenido es más acomodable, casa mejor, con los intereses, objetivos, la denominada interpretación teleológica de las prerrogativas que ha realizado el Tribunal Constitucional, y la naturaleza temporal que preside la configuración de la inmunidad, dejando un margen de decisión, de actuación, al Tribunal Supremo¹¹¹.

En todo caso, adquiere especial relevancia que se trate de legislación preconstitucional, pues el Tribunal Supremo podría al aplicar esta previsión, en el ámbito de sus competencias y funciones propias, interpretar la norma del modo más acorde al cumplimiento de los intereses y sentido constitucionales, todo ello sin olvidar la posibilidad de impetrar la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

No ha sido ésta, empero, la práctica del Tribunal Supremo que se ha limitado a aplicar la normativa de 1912 sin más. Por su parte, el Tribunal Constitucional no ha llegado tampoco más lejos.

De hecho se ha limitado a refrendar la actuación del Tribunal Supremo como una de las posibles en aplicación de la legislación precitada y a llamar la atención tanto de las facultades que de la preconstitucionalidad de la ley derivan para el Tribunal Supremo¹¹², como de la conveniencia de que el legislador proceda a su reforma y adaptación¹¹³.

En este orden de cosas, la vulneración de derechos bien pudiera predicarse de la aplicación de esta normativa que de forma inexorable se ha realizado, o dicho de otro modo, el derecho a la tutela judicial efectiva sufriría menos, y resultaría más respetado y compatible con la garantía de inmunidad

¹¹¹ En el mismo sentido, Fernández Segado, *op. cit.*, p. 308.

¹¹² Así, en la Sentencia 22/1997, de 11 de febrero, refiriéndose a la legislación de 1912, y concretamente a su artículo 7, que califica como «precaria regulación legal», señala que «tratándose de una norma preconstitucional nada impide al Tribunal Supremo modularla a las circunstancias del caso, deduciendo de la Constitución y de las normas procesales la pauta interpretativa a seguir» (FJ 8).

¹¹³ La Sentencia 22/1997, de 11 de febrero, es un ejemplo sumamente ilustrativo. En ella dirá el Tribunal que «la regulación legal de la prerrogativa de aforamiento de Diputados y Senadores se encuentra en un confuso marco normativo (...), integrado parcialmente por normas preconstitucionales y cuya persistencia al día de hoy sólo se explica por el olvido del legislador, pese a nuestros llamamientos anteriores (...), sobre la inseguridad jurídica que tal situación comporta (...). La inseguridad jurídica que genera la inadecuación de la vieja normativa hoy existente sobre la regla procesal del aforamiento de Diputados y Senadores exige, para una interpretación coherente y sistemática de este instituto, la pronta acción del legislador» (FJ. 4). El Tribunal llamó la atención sobre esta cuestión en la polémica Sentencia 206/1992 (FJ 3).

cuando ésta proyecta todos sus efectos, si el órgano judicial acordase el sobreseimiento provisional de la causa; sobreseimiento que permitiría la apertura del proceso en el momento en que el parlamentario perdiese tal condición¹¹⁴. Al fin y al cabo, la inmunidad es una prerrogativa de carácter temporal limitado, a diferencia de la inviolabilidad, aspecto en que el Tribunal Constitucional ha incidido como determinante de su justificación y de su interpretación restrictiva.

Así pues, si la temporalidad de la inmunidad es un dato principal en la configuración y fundamentación actual de la prerrogativa, ¿dónde está el impedimento en que despliegue todas sus posibilidades y que el sobreseimiento no implique el archivo de la causa, sino su «suspensión», su postergación a futuro?

El derecho a la tutela judicial efectiva, como sostiene Alba¹¹⁵, «se mantendría íntegro, aunque en estado latente, quedando únicamente condicionado en su ejercicio efectivo por la pérdida del escaño parlamentario del supuesto autor de un ilícito penal.»

Ésta es la opción seguida en otros países. En nuestro caso no existe en la Constitución nada que lo prohíba, es más, según la doctrina del Tribunal resultaría más adecuado. El único obstáculo se encuentra en una legislación que es, por demás, preconstitucional. Preconstitucionalidad que, de un lado, limita, en realidad, elimina, su eventual capacidad para demandar, para imponer, una aplicación incuestionada e incuestionable de los dictados legales por el órgano judicial, y, de otro, otorga un margen de operatividad mayor a ese mismo tribunal para interpretar y adaptar la norma al sentido y valores constitucionales.

A la vista de lo antedicho y considerando la doctrina del Tribunal, no parece lógico, ni deja de causar extrañeza que con esta posibilidad, menos traumática de todo punto, el Tribunal Constitucional se haya adentrado por el proceloso camino ya expuesto, con los múltiples efectos negativos derivados, sus implicaciones, y lo más criticable las importantes cuestiones que deja abiertas, sin solución; cuestiones que afectan precisamente a los derechos fundamentales en cuyo nombre exige el mismo Tribunal tan detallada y escrupulosa motivación y que se verían mejor protegidos con una interpretación del artículo 7 de la Ley de 1912, o el planteamiento de la autocuestión (vis-

¹¹⁴ En el mismo sentido se manifiesta Fernández-Miranda (*op. cit.*, p. 139), cuando afirma que el sobreseimiento libre «supone una lesión ilegítima al derecho a la tutela judicial efectiva al seguir oponiendo un obstáculo procesal a la acción de la Justicia cuando, habiéndose extinguido el mandato, resulta imposible perturbar ni alterar la composición de la Cámara», considerando que el precepto de la Ley de 1912 «ha quedado derogado por la Constitución».

¹¹⁵ Alba Navarro, *op. cit.*, p. 41. En similares términos, Martín-Retortillo: «Inmunidad parlamentaria y separación de poderes», *op. cit.*, p. 58, y Germán Fernández Farreres y José Luis Peñaranda Ramos, en sus *Intervenciones* en el Debate que tuvo lugar en el Centro de Estudios Constitucionales y que se recogen en *Inmunidad parlamentaria y Jurisprudencia Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 132-133, y 137-138, respectivamente. Esta misma opinión ya la manifestó Antonio Carro Martínez («La inmunidad parlamentaria», *Revista de Derecho Político*, núm. 9, 1981, pág. 108), al defender que la inmunidad concedida debiera interrumpir el plazo de prescripción del delito, que reanudaría su cómputo cuando el parlamentario perdiera tal condición. En igual dirección apunta Gómez Benítez (*op. cit.*), al considerar que la denegación del suplicatorio sólo tiene efectos limitativos temporales de la posibilidad de proceder penalmente contra un miembro del Parlamento, quedando en suspenso mientras ostente tal condición.

to que el Tribunal Supremo no parece dispuesto a hacerlo) y la consiguiente declaración de inconstitucionalidad expresa¹¹⁶.

Por demás, admitida «la manipulación política como fundamentación, esta línea de interpretación es todavía más coherente, puesto que la pérdida de la condición quitaría, indudablemente, carga política al contencioso jurídico entablado»¹¹⁷.

V. AFORAMIENTO

El párrafo 3 del artículo 71 CE incorpora la tercera y última de las prerrogativas que constituyen el núcleo del llamado estatuto del parlamentario (formado por los derechos, privilegios y garantías específicos de los miembros de las Cámaras representativas), a saber, la garantía de fuero o aforamiento.

Esta prerrogativa añade una postrer dimensión protectora a ese conjunto de tres elementos que, actuando de forma autónoma y con sus contornos y consecuencias propios, son, sin duda, y así lo ha señalado oportunamente el Tribunal Constitucional, complementarios¹¹⁸.

Si la inviolabilidad tiene un carácter material, y la inmunidad se proyecta en el plano procesal erigiéndose como un obstáculo al procesamiento, la garantía de fuero supone una garantía específica para determinar el órgano judicial competente para el conocimiento de las causas seguidas contra Diputados y Senadores que se atribuye directamente por la Constitución a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (art. 71.3 CE), modulándose, en tal medida, que no conculcándose¹¹⁹, las reglas generales previstas por el ordenamiento para determinar la competencia de los órganos judiciales en el proceso penal; modificación que no es la única existente en nuestro ordenamiento, similares previsiones se contienen respecto a los magistrados del Tribunal Constitucional (art. 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), o para el Defensor del Pueblo y sus adjuntos (art. 6 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo), llegándose a generalizar en los Estatutos de Autonomía en relación con sus respectivos parlamentarios autonómicos¹²⁰.

¹¹⁶ En el mismo sentido, Alba Navarro, *op. cit.*, p. 42; Martín-Retortillo, «Inmunidad parlamentaria y separación de poderes», *op. cit.*, p. 57, y Fernández Farreres, «Intervención», *Inmunidad parlamentaria y Jurisprudencia Constitucional...*, *op. cit.*, p. 132. En contra parece manifestarse Joaquín García Morillo, «Contenido, finalidad constitucional y control de la inmunidad parlamentaria», en *Inmunidad parlamentaria y Jurisprudencia Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 95.

¹¹⁷ Alba Navarro, *op. cit.*, p. 42.

¹¹⁸ Por todas, baste citar ahora la Sentencia 243/1988 (FJ 3).

¹¹⁹ Como señala Alessandro Pizzorusso, «Las inmunidades parlamentarias. Un enfoque comparatista», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2, 1984, pp. 27 y ss., el derecho al juez predeterminado por la ley no proscribía que las normas que determinan la competencia y el procedimiento de los órganos judiciales contengan excepciones a las reglas generales, siempre que sean anteriores, previas, a los hechos a los que se van a aplicar. En este caso, la norma constitucional sería la que determina la competencia estableciendo una excepción a las reglas generales establecidas en la legislación ordinaria.

¹²⁰ Práctica cuya constitucionalidad fue refrendada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 36/1981, en la que el Tribunal sostiene que una previsión de este tipo tiene cabida en el ámbito autonómico pero que, en su caso, debería contenerse en la norma institucional básica, a la sazón, el Estatuto de Autonomía, no pudiendo adoptarse en una ley ordinaria al efecto.

La justificación de esta atribución específica y especial de competencia al Tribunal Supremo ha de buscarse nuevamente en la función institucional de las prerrogativas, que, en este caso, se identifica con la protección de la institución parlamentaria, de su funcionamiento independiente, ajeno a las perturbaciones e injerencias que pudieran derivar de la actuación de los otros poderes y órganos del Estado, pero también, y muy notablemente, en la independencia y ejercicio sin presiones de la función jurisdiccional, en definitiva, la independencia del Poder Judicial que nuestra Constitución consagra como elemento principal y configurador de su estatus entre los poderes e imprescindible para el cumplimiento de su función constitucional (art. 117 CE)¹²¹.

Desde esta perspectiva, la alteración de fuero (esto es, de las normas generales que determinan la competencia y el procedimiento de conocimiento de los Tribunales) que implica el artículo 71.3 CE evidencia de forma más clara que las otras dos prerrogativas ya tratadas la función de garantía de la separación y del equilibrio entre poderes que el profesor Martín-Retortillo atribuye a las prerrogativas parlamentarias¹²².

Aunque no han faltado resoluciones del Tribunal Constitucional en la materia, lo cierto es que su justificación, contenido y delimitación constitucional se muestra menos conflictiva y, de hecho, ha sido la prerrogativa que ha causado menos quebrantos al Alto Tribunal, es la menos abordada por la doctrina, al menos la constitucionalista, que normalmente se acerca a la misma desde un punto de vista complementario del análisis de la inmunidad, y la que ha despertado y despierta menos críticas y suspicacias.

Las razones de lo anterior son varias, pero seguramente no son ajenas a su naturaleza y, sobre todo, a las consecuencias de su aplicación. Porque el aforamiento, la prerrogativa de fuero, no produce una exención de la responsabilidad, ni constituye un obstáculo procesal al enjuiciamiento, no afectando así al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de terceros en cuanto a la apertura del procedimiento penal.

Antes bien, la primera y más directa consecuencia en que se traduce la modificación de las reglas de competencia de los Tribunales que supone el reconocimiento de fuero específico, concluye en un efecto negativo para el propio parlamentario. Pues, juzgado por el Tribunal Supremo, el superior de la jurisdicción en todos los órdenes (art. 123.1 CE), ve impedido su derecho al doble enjuiciamiento (doble instancia); derecho al doble grado de jurisdicción que en materia penal, como es sabido, integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva¹²³.

No obstante, esta restricción de los derechos del parlamentario estaría justificada constitucionalmente¹²⁴. Como ha dicho el Tribunal, el privilegio de

¹²¹ Esta doble dimensión protectora de la prerrogativa la resalta el Tribunal de forma recurrente en su jurisprudencia, por todas, entre las últimas dictadas en la materia, la Sentencia 22/1997 (FJ 7).

¹²² Martín-Retortillo, «Inmunidad parlamentaria y separación de poderes», *op. cit.*, pp. 53-54.

¹²³ Por todas, Sentencia 76/1983, de 14 de diciembre.

¹²⁴ No lo entiende así la jurisprudencia europea que ha condenado a España por violación del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, para nuestro Tribunal Constitucional el citado precepto internacional, si bien es Derecho interno, no puede crear por

fuero es respetuoso con el derecho al juez predeterminado por la Ley¹²⁵, es más, expresamente señala el Tribunal Constitucional que «la Sala Segunda del Tribunal Supremo es, respecto de las acciones penales dirigidas contra Diputados y Senadores, «el Juez ordinario predeterminado por la Ley» a que se refiere el artículo 24.2 CE, esto es, aquel constituido con arreglo a normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso, por la Constitución misma en su artículo 71.3»¹²⁶; y compensa la pérdida de doble instancia; pérdida que, en este caso, no supone vulneración de la tutela judicial efectiva en relación al derecho al recurso en la causa penal, esto es, el derecho a la doble jurisdicción¹²⁷; y pérdida que se extiende y justifica también para otros implicados no aforados¹²⁸.

sí mismo un recurso inexistente en nuestro ordenamiento. En todo caso, el Proyecto de Ley Orgánica por el que se adapta la legislación procesal a la Ley 6/1985, de 1 de julio, en tramitación en las Cortes Generales, prevé la creación de una Sala de Apelación en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, que conozca los recursos de apelación frente a resoluciones dictadas en este tipo de procedimientos, dando así «cumplimiento» a lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y estableciendo la doble jurisdicción también en estos casos.

¹²⁵ Al respecto, por todos, Sentencias 68 y 69 de 2001, de 17 de marzo [FJ 2 b)], que resumen la jurisprudencia en la materia y recuperan lo afirmado en la Sentencia 22/1997, de 11 de febrero (FJ 2 y FJ 4).

¹²⁶ Literalmente en la Sentencia 69/2001, de 17 de marzo [FJ 5 b)], luego reproducido entre otras en la Sentencia 123/2001, de 4 de junio (FJ 8).

¹²⁷ Pues, «determinadas personas gozan, «ex Constitutione», en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior, pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a Senadores y Diputados disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria [Sentencia 51/1985, de 10 de abril (FJ 3)], de tal modo que «[l]a competencia del Tribunal Supremo en las causas contra Diputados y Senadores le viene atribuida directamente por la propia Constitución (art. 71.3), para dotarles mediante el aforamiento de la máxima protección en beneficio de la función parlamentaria. El privilegio del fuero, que es un plus, equilibra así la inexistencia de una doble instancia, que si bien es una de las garantías del proceso a las cuales alude genéricamente el artículo 24.2 CE, ha de ser matizada en los casos en que el enjuiciamiento se confía directamente al supremo Juez en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo el constitucional (art. 123 CE), a quien habría de revertir en definitiva la competencia funcional en un segundo grado o escalón procesal» [Sentencia 166/1993, de 20 de mayo (FJ 3)].

Crítico con esta doctrina del Tribunal se muestra Alejandro Sáiz Arnáiz, «Aforamiento y doble grado de jurisdicción», en *Parlamento y Constitución. Anuario (Cortes de Castilla-La Mancha/Universidad de Castilla La Mancha)*, núm. 5, 2001, pp. 71-101, que reclama una reforma legislativa en el sentido previsto por el Proyecto que actualmente se está tramitando en las Cortes Generales, en cumplimiento de lo acordado en el Pacto de Estado.

¹²⁸ En este sentido el Tribunal Constitucional ha admitido la interpretación de la normativa en la materia por el Tribunal Supremo en punto a considerar que, si hubiere aforado en la causa, que otras personas no aforadas se vean privadas de segunda instancia no vulnera el derecho al juez predeterminado por la Ley. Respecto a esta cuestión ha declarado que «[l]a legitimidad constitucional de esta restricción del derecho al doble grado de jurisdicción en los casos de no aforados requiere la ponderación específica de los derechos e intereses en juego», y que «Dicha ponderación ha de efectuarse primeramente por el legislador y después por los Tribunales penales teniendo en cuenta que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 847 —redactada conforme a la Ley 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, Disposición Final segunda, núm. 16— ya no prohíbe expresamente el recurso de casación en estos casos». Y a estos efectos resultan aspectos a considerar especialmente, la conexidad entre los hechos sometidos a su conocimiento y el criterio de ponderación aplicado con rigurosidad «en atención al carácter excepcional de su competencia como órgano de enjuiciamiento» (la del Tribunal Supremo) y «a las exigencias de una buena Administración de Justicia en mate-

Como el resto de las prerrogativas, la función constitucional de la prerrogativa (el equilibrio entre poderes y la garantía de la independencia y el buen funcionamiento respectivos del Parlamento y el Poder Judicial)¹²⁹, y su interpretación restrictiva condicionan su concreción.

Consecuentemente:

- a) la prerrogativa de aforamiento aparece unida y vinculada, pendiente y dependiente, de la obtención y mantenimiento de la condición parlamentaria, del acta parlamentaria;
- b) es, pues, irrenunciable, salvo que el parlamentario renuncie a su acta, el artículo 1.3 CE establece «un contenido absolutamente indisponible de esta prerrogativa, de tal manera que, cualquiera que sea la causa, ésta pasará al Tribunal Supremo desde el momento en que la misma afecte a un Diputado o Senador, y mientras no se pierda la condición de miembro de las Cortes Generales»¹³⁰;
- c) por tanto, perdida la condición parlamentaria de forma sobrevenida, cabe la devolución de la causa al Juzgado de Instrucción¹³¹; devolución que no supone vulneración alguna del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y al Juez predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE), toda vez que la cognición del Tribunal Supremo en este tipo de procesos sólo se justifica constitucionalmente por razón de la prerrogativa de aforamiento (art. 71.3 CE) y en atención a la función institucional que le es propia, y no cuando (...) ésta queda privada de su razón de ser, por haber perdido el encausado su condición de miembro de las Cortes Generales. Lo contrario supondría (...) una extensión del ámbito temporal de la prerrogativa, convirtiéndola predominantemente en privilegio personal, que redundaría en una desproporcionada e innecesaria alteración del régimen común del proceso penal (...). Esta prerrogativa ha de ser objeto (...) de una interpretación estricta en atención al interés que preserva, interés que decae cuando se pierde la condición de parlamentario y no cabe temer que el Juzgador se sienta cohibido por el peso institucional de la representa-

ria penal, criterios que se proyectan sobre el conocimiento de todos los afectados por el proceso». «Por lo que ha de desestimarse la queja aquí examinada.» [Sentencia 64/2001, de 17 de marzo (FJ 5), reiterada siguientes 65 y 66, de la misma fecha (FJ 4, en ambos casos)].

¹²⁹ Recurriendo a la dicción del Tribunal, «la finalidad cuya salvaguarda se persigue mediante la constitucionalización del aforamiento (...), no es otra que la de proteger la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial frente a potenciales presiones externas o las que pudiera ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña» [Sentencia 22/1997 (FJ 7)].

¹³⁰ Sentencia 22/1997, de 11 de febrero (FJ 8), en el mismo sentido el Auto del Tribunal Supremo, de 13 de abril de 1999 (FJ 2).

¹³¹ Sentencia 22/1997, de 11 de febrero (FJ 8), y Sentencia 69/2001, de 17 de marzo (FFJJ 5 y 6), y los Autos del Tribunal Supremo AATS de 29 de abril de 1993; de 21 de enero de 1995; de 9 de junio de 1995; de 17 de julio de 1995; de 18 de julio de 1995; de 15 de septiembre de 1995; de 11 de septiembre de 1996; de 27 de septiembre de 1996; de 29 de enero de 1998; de 21 de abril de 1998; de 23 de abril de 1998; de 6 de julio de 1998 y de 21 de noviembre de 1999.

ción popular o abrumado por la trascendencia de su decisión en la composición de la Cámara»¹³²:

- d) de otra parte, no basta la mera implicación personal de un aforado sin otros datos que la acompañen para que se produzca la operatividad de la prerrogativa se requiere «la existencia de indicios fundados de responsabilidad contra él, dado que los aforamientos personales constituyen normas procesales de carácter excepcional que, por tal circunstancia, deben ser interpretadas y aplicadas restrictivamente»¹³³,
- e) no se extiende más que a los representantes nacionales, en Cortes Generales, con las particularidades para los diputados miembros de las Asambleas autonómicas, y a los eurodiputados nacionales, no a todos los miembros del Parlamento Europeo¹³⁴.

¹³² Sentencia 22/1997, de 11 de febrero (FJ 8). Los Magistrados Vicente Gimeno Sendra y García Manzano formularon voto particular frente a esta decisión, al considerar afectadas las funciones de la Cámara por la interpretación de la ley realizada por el Tribunal Supremo.

¹³³ Sentencia 68/2001, de 17 de marzo [FJ 2, C)], y Auto del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 1999.

¹³⁴ De hecho, el parlamentario europeo posee las mismas prerrogativas que los de su respectivo Parlamento nacional, pero el parlamentario nacional de otro Estado sólo posee la prerrogativa de inmunidad en el sentido del artículo 10 del Protocolo 11 sobre los Privilegios y las Inmunidades de las Comunidades Europeas de 8 de abril de 1965, que dispone que durante el tiempo que «el Parlamento Europeo esté en período de sesiones, sus miembros gozarán: a) En su propio territorio nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país, y b) En el territorio de cualquier otro Estado miembro, de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial. Gozarán igualmente de inmunidad cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de éste». Sobre esta cuestión se ha manifestado el Tribunal Constitucional en el Auto 236/2000, de 9 de octubre.

La libertad de elección de centro docente. Historia de la conculcación de un derecho fundamental

«Una educación general del Estado es una mera intervención para modelar al pueblo haciendo a todos exactamente iguales»

J. Stuart Mill, *Sobre la libertad* (1859).

Sumario: I. LA HISTÓRICA DIALÉCTICA ENTRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA.—II. EL DERECHO A ELEGIR CENTRO DOCENTE COMO PARTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A UNA EDUCACIÓN EN LIBERTAD.—III. LA IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE EJERCER EN ESPAÑA EL DERECHO A LA ELECCIÓN DE CENTRO.—3.1. La coeducación como modelo único de escuela pública.—3.2. La asimilación de los colegios concertados a los colegios públicos: la pérdida de su carácter propio.—3.3. Las Comisiones de escolarización de las Comunidades Autónomas.—IV. LA LOE. EL MAYOR ATAQUE A LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA DESDE LA SEGUNDA REPÚBLICA.—4.1. La educación como servicio público.—4.2. El difícil acceso de los colegios privados al concierto público.—4.3. El fin de la libre elección de colegio por los padres. La imposición de colegio por la Administración.—V. PANORAMA ACTUAL: ¿TOTALITARISMO EDUCATIVO?—VI. CONCLUSIÓN. LA NECESIDAD DE UN PACTO DE ESTADO EN MATERIA EDUCATIVA.

I. LA HISTÓRICA DIALÉCTICA ENTRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

El artículo 27 de nuestra Constitución reconoce el derecho a la educación junto a la libertad de enseñanza. Éste fue, sin duda, uno de los preceptos más debatidos y trabajados en la redacción de nuestro texto fundamental y supuso una enorme dación de generosidad entre las partes enfrentadas para conseguir el consenso final. Representa el acuerdo alcanzado entre posturas

★ Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III.

profundamente antagónicas que se sacrificaron en parte para obtener un resultado conveniente para toda la sociedad española.

Este encuentro de ideologías divergentes quedó fielmente reflejado en las palabras que pronunció el portavoz del grupo UCD, Jiménez Blanco, en la última sesión dedicada al tema por el Pleno del Senado: «*Entre ayer y hoy, queridos amigos de la Cámara, estamos enterrando, casi sin darnos cuenta, tres problemas del constitucionalismo español.*» Se refería, como señala Garrido Falla, a los clásicos antagonismos: clericalismo-anticlericalismo; monarquía-república y enseñanza laica-enseñanza religiosa.

De este modo, en apariencia al menos, quedó superada la dialéctica entre Estado confesional/Estado laico que se proyectaba de forma permanente, entre otros ámbitos, en el de la escuela y la enseñanza y que se dividía a su vez en otras subyacentes: entre escuela pública, escuela privada; laica o confesional; neutra o con carácter propio (o ideario); externamente dirigida o autogestionada.

En la historia de España, como señala Fernández Miranda, la libertad de enseñanza y el derecho a la educación, como derechos perfectamente diferenciables y potencialmente complementarios, nunca habían sido reivindicados de manera simultánea. Antes al contrario, cuando se reivindicaba uno se negaba el otro. De ahí el valor democrático que encierra el art. 27 de nuestra Carta Magna.

Durante el siglo XIX y gran parte del XX se entendió que la libertad de enseñanza beneficiaba sobre todo a la Iglesia Católica en la creación, dirección de sus centros e imposición de su ideario propio. Cosa que la izquierda no estaba dispuesta a tolerar. Así sucedió, por ejemplo, en la Segunda República de 1931. Cuando se reclamaba el derecho a la educación se hacía en detrimento de la libertad de enseñanza, pues se pretendía la instauración de una escuela única, neutra, laica y pública. De hecho la Constitución de 1931 secularizó totalmente la enseñanza, declarándola servicio público e imponiendo un absoluto Estado aconfesional. Su artículo 26 tuvo como fin erradicar de la vida docente a la Iglesia y para ello prohibió expresamente a las órdenes religiosas y congregaciones el ejercicio de la enseñanza, llegando incluso a la disolución de la Compañía de Jesús. El Decreto de 6 de mayo de 1931, impuso una escuela laica y reconoció el derecho de los profesores a negarse a impartir clase de religión. Pero la Ley más destacable fue la de 2 de junio de 1933, de Confesiones y Congregaciones Religiosas, por medio de la cual se prohibió a las congregaciones dedicarse a la enseñanza o crear colegios privados.

Tras la guerra civil y superados los años del franquismo, en el período constituyente, Comisiones Obreras junto con el Partido Comunista (con una seria implantación en la sociedad de entonces) mantuvo la idea de inspiración marxista de una escuela única, laica, neutra y autogestionaria, es decir, donde sería el colectivo de padres, alumnos de cierta edad y profesores los que gestionarían el centro. Despreciando nuevamente la libertad de enseñanza y, en consecuencia, la escuela privada, así como el derecho a la dirección del centro.

En esta misma época, el centro-derecha se preocupaba por la libertad de enseñanza en cuanto libertad de creación de centros privados; derecho de los padres a la formación religiosa de sus hijos; derecho a la elección de centro y financiación pública de centros privados.

Éstas eran las posturas de la izquierda y del centro-derecha que, sin embargo, fueron reconducidas hasta llegar a la redacción de consenso que refleja nuestro artículo 27 CE. La derecha consiguió la referencia expresa a la libertad de enseñanza, entendida como un marco de libertad en el que no se prima a un tipo de escuela sobre otra. El reconocimiento del derecho a crear centros docentes. También consiguieron la posibilidad de financiación pública de centros privados y que se reconociese el derecho de los padres a recibir en todo tipo de escuelas, públicas o privadas, la educación moral y religiosa acorde con sus convicciones.

La izquierda logró la garantía de una red pública de centros escolares; el derecho a la educación básica y gratuita; la implantación del modelo autogestionario a través del derecho a la intervención de los padres, profesores y, en su caso, alumnos en la gestión y control de los centros sostenidos con fondos públicos (públicos y privados concertados). Pero sobre todo logró que no se incluyeran expresamente dos derechos básicos: el derecho a la dirección de los centros por parte del titular del mismo y el derecho de los padres a elegir centro escolar.

Efectivamente, de una detenida lectura del artículo 27 deducimos que en ninguno de sus 10 apartados se reconocen estos dos derechos. Sin embargo, cuando la Constitución llega al Senado, después de su aprobación en el Congreso, se introduce una enmienda de aparente inocencia pero que, como afirma Garrido Falla, supuso un golpe de mano del centro-derecha. Se trata de la inclusión del artículo 10.2 CE, según el cual: *«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»*

De esta forma indirecta se estaban incorporando a nuestra Constitución el derecho a la dirección de centro por sus titulares y el derecho a la elección de escuela, según reconocen varios tratados internacionales ratificados por España¹ y, por supuesto, la Declaración Universal de Derechos Humanos de

¹ Son varios los textos internacionales que reconocen expresamente el derecho de los padres a la libre elección de centro docente para sus hijos. Entre estos destacan los siguientes:

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), en cuyo artículo 14, después de reconocer el derecho a la educación y a recibir la enseñanza gratuitamente y de forma obligatoria, consagra *«la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.»*

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966; ratificado por España en el BOE de 30/4/77), cuyo artículo 13.3 prescribe que: *«Los Estados parte se comprometen a respetar la libertad de los padres... de escoger para sus hijos... escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o aprueba en materia de enseñanza y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus convicciones.»*

las Naciones Unidas, aprobada el 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 26.3 dispone lo siguiente: «*los padres tienen derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos*».

El derecho a escoger el tipo de educación se refiere a que antes que el Estado, la sociedad u otras entidades, son los padres quienes tienen el derecho —y también la obligación— de escoger lo relativo a la educación de sus hijos.

II. EL DERECHO A ELEGIR CENTRO DOCENTE COMO PARTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A UNA EDUCACIÓN EN LIBERTAD

En la década de los años ochenta, en desarrollo del derecho a la educación, se aprobaron dos leyes, la LOECE (Ley Orgánica 5/1980, reguladora del estatuto de centros escolares) y la LODE (Ley Orgánica 8/1985, reguladora del derecho a la educación) que acabaron residenciadas ante el Tribunal Constitucional como consecuencia de la interposición de varios recursos de inconstitucionalidad contra parte de su articulado. Como resultado obtuvimos dos valiosas sentencias de este Alto Tribunal dedicado a la interpretación constitucional de las leyes (SSTC 5/81, de 13 de febrero, y 77/85, de 27 de junio) que han servido sin duda para ampliar y aclarar cuáles son los derechos de los padres y de los titulares de los colegios. De la lectura conjunta de ambas sentencias llegamos a una serie de conclusiones.

La «*libertad de enseñanza*», prevista en el artículo 27.1 CE, no es una única libertad, sino un conjunto de derechos y libertades. En primer lugar, es una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones. En segundo lugar, el contenido de la libertad de enseñanza tiene simultáneamente dos vertientes, una positiva y otra negativa.

Su vertiente positiva incluye:

- 1) El derecho a crear centros educativos. Lo que implica necesariamente el reconocimiento de otros derechos inherentes que son los siguientes: *a)* el derecho a dirigir y gestionar los centros educativos; *b)* el derecho a que esos centros tengan un ideario o carácter propio, y *c)* el derecho del titular del centro a asumir el procedimiento de admisión del alumnado.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966; ratificado por España y publicado en el BOE núm. 103 de 30 de abril de 1977) dispone que: «*Los Estados parte se comprometen a respetar la libertad de los padres... para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 18).*»

Los Tratados internacionales citados, de conformidad con el art. 96 de nuestra Constitución, una vez ratificados, desde su publicación en el BOE, forman parte del ordenamiento interno, de manera que sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. Tienen por ello un rango superior al de las leyes, cuya aplicabilidad desplazan, sin poder ser por ellas derogados ni desplazados.

- 2) El derecho de los padres a elegir el colegio que estiman más adecuado para la formación de sus hijos.

Por otra parte, la vertiente negativa de la libertad de enseñanza supone la prohibición de que los poderes públicos intervengan en las cuestiones organizativas básicas de los centros privados (concertados o no): reglamentos interiores; contratación de profesores; dirección administrativa y pedagógica; admisión del alumnado. Es decir, el hecho de recibir subvenciones de la Administración Pública no incluye en ningún caso la posibilidad de afectar o condicionar los derechos fundamentales del titular del centro.

En consecuencia, según reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, el derecho a la educación en un marco de libertad de enseñanza incluye el derecho a elegir el centro docente que los padres consideren oportuno para la educación de sus hijos. Este derecho forma parte del núcleo o contenido esencial del derecho a la educación. Es decir, es aquella parte del contenido de un derecho sin el cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que le hace reconocible como tal derecho (STC 11/1981), resultando además indisponible para el legislador, que debe respetarlo en todo caso.

El derecho nuclear de la libertad de enseñanza radica precisamente en la libertad de escoger libremente el tipo o modelo de educación que se desee. Como mantiene Ortiz Díaz, es la afirmación más genuina que la caracteriza y tipifica. Los otros derechos sobre la libertad de enseñanza implican aspectos o son derivados de este derecho nuclear².

Por su ubicación en el texto constitucional (Sección primera, Capítulo segundo) el derecho a la educación versus la libertad de enseñanza y, en consecuencia, el derecho a elegir centro docente por los padres, constituye un absoluto y verdadero derecho fundamental, con el mismo grado de importancia jurídica que el derecho a la vida; la libertad de expresión o cualquiera de los derechos fundamentales consagrados en esta sección de nuestra Carta Magna.

III. LA IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE EJERCER EN ESPAÑA EL DERECHO A LA ELECCIÓN DE CENTRO

A pesar de lo previamente dicho, es decir, del reconocimiento por nuestro Tribunal Constitucional y por convenios y tratados internacionales del derecho a elegir escuela como un derecho fundamental de los padres, en España, hoy por hoy, esto no pasa de ser una mera declaración de buenas intenciones, pues en la realidad todo queda en papel mojado y los padres carecen absolutamente de ese derecho de elección. En unos casos, porque no hay oferta pública de centros adaptados a sus criterios religiosos, morales o simplemente pedagógicos, como sucede con los colegios diferenciados. En otros casos, porque la financiación pública a centros privados se ha utilizado para acabar con el ideario o carácter propio del centro. Y finalmente, en los

² J. Ortiz Díaz, *La libertad de enseñanza*, Málaga, 1980.

supuestos más extremos, porque la Administración se interpone y asume el papel irrenunciable de los padres de elegir la escuela de sus hijos.

3.1. La coeducación como modelo único de escuela pública

La enseñanza mixta o coeducación se impuso en 1984, desde el gobierno y sin debate, en todos los centros públicos y así sigue hasta la actualidad. En nuestro país apenas el uno por ciento de los centros escolares son de educación separada y ninguno es público. El ejercicio del derecho a elegir la opción deseada por parte de los padres es materialmente imposible, en la medida en que no hay dónde elegir. Los colegios mixtos públicos son el modelo único y obligatorio, encumbrados sin, al parecer, demasiadas reflexiones o estudios que lo justifiquen.

Algunas Comunidades Autónomas destacan especialmente en su lucha contra la diferenciación por sexos en las escuelas concertadas. A modo de ejemplo, Andalucía, en su Decreto 77/2004, de 24 de febrero, prohibía radicalmente la discriminación por razón de sexo en la admisión de alumnos en los colegios concertados y, en particular, imponía la siguiente obligación: *«cada uno de los centros deberá informar a la comunidad educativa de que en el mismo se escolarizan tanto alumnos como alumnas»*. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en una reciente sentencia de 11 de mayo de 2006, anuló el citado Decreto al considerar que la educación diferenciada es una opción perfectamente legítima.

La persecución que el Gobierno central y el de algunas Comunidades Autónomas están llevando a cabo de la educación diferenciada no sólo parte de la más absoluta ignorancia (desconocen que la tendencia en los países desarrollados es precisamente la vuelta a la educación diferenciada, promovida en su mayoría por la izquierda y las feministas más progresistas)³, sino que

³ Como ejemplo, podemos citar el caso de Nueva Gales del Sur, el estado con más población de Australia, donde las solicitudes de plaza en escuelas públicas mixtas se redujo, ya en el 2001, en un 50 por 100; o el de los Länder alemanes de Berlín y Renania del Norte-Westfalia, donde, desde 1998, por iniciativa de los socialistas y los verdes y con apoyo de los movimientos feministas, después de una seria investigación, se autorizaron las clases diferenciadas por sexo.

En Inglaterra, como es sobradamente conocido, los más prestigiosos colegios no son mixtos. Existe en este país una tradición arraigada de escuelas diferenciadas.

La coeducación en Francia comenzó a cuestionarse seriamente a partir de la publicación del controvertido libro del sociólogo (especialista en temas de adolescencia, juventud y familia) Michel Fize: *«Las trampas de la educación mixta»* (2003). En él se indicaba que la coeducación en el país galo no ha conseguido asegurar la igualdad de oportunidades ni de sexos. Este libro ha abierto un encendido debate en la sociedad y entre los políticos franceses, pues su autor es conocido por ser miembro del Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS) y, sobre todo, por haber sido asesor técnico, entre 1997 y 2002, de la entonces Ministra de la Juventud y Deporte, Marie-George Buffet, miembro del partido comunista francés.

En Estados Unidos, según el corresponsal de *Le Monde* en Nueva York (9 de enero de 2003) las nuevas escuelas diferenciadas reciben un apoyo variado, desde republicanos a demócratas —destacando a la senadora Hillary Clinton como una de las más fervientes defensoras de este modelo— pasando por neofeministas e investigadores progresistas.

constituye además una actitud profundamente sectaria (pretenden indirectamente atacar a los colegios de religión católica), dogmática (son incapaces de reconocer las ventajas de este tipo de educación y cierran los ojos a los beneficios comprobados por estudios y experiencias comparadas) ⁴ e irresponsable, pues puede ocasionar serios perjuicios a miles de niños que hoy por hoy se benefician de este modelo educativo e impedir que otros accedan a él ⁵.

Mientras, los países más desarrollados de nuestro entorno (Estados Unidos, Reino Unido, Nueva Zelanda, Francia, Suecia, Alemania, Australia, Escocia...) siguen la línea del reconocimiento fundado de la necesidad de aceptar las escuelas diferenciadas como algo no sólo bueno, sino necesario, en beneficio de los niños y niñas, en España la realidad es que unos padres que deseen para su hijo un colegio diferenciado no tendrán más remedio que enviarlo a un colegio privado (la LOE hace que sea prácticamente imposible para estos colegios conseguir un concierto educativo). Y, en consecuencia, además de pagar sus impuestos, tendrán que pagar el 100 por 100 de la educación privada de sus hijos. De esta manera resultan discriminadas aquellas personas de renta baja que no se pueden permitir el lujo de pagar un colegio privado y se les está imponiendo de forma obligatoria la coeducación como único modelo posible, porque se supone que es el único modelo democrático. Cuando lo realmente democrático sería dar la posibilidad de elegir libremente. Cosa que en España, hasta el momento, es impensable.

Los últimos estudios de educadores, psicólogos y pedagogos ⁶, revelan que la escolarización diferenciada consigue sacar lo mejor de los estudiantes, ya que, entre otras cosas, se tienen en cuenta los distintos ritmos de aprendizaje y maduración de alumnos y alumnas. No estamos ante una masa informe de menores, seres asexuados de género neutro, sino ante niños y niñas para los que la tarea educativa debe ser una labor de filigrana similar a la que se desarrollaba con los códigos medievales.

Si la enseñanza diferenciada presenta ventajas (demostradas por estadísticas, estudios, informes e investigaciones científicas), ¿por qué reservarla únicamente a los hijos de padres que pueden pagar un centro privado? Ésta constituye una de las formas más evidentes de conculcación del derecho a elegir de los padres.

⁴ En Suecia, la parlamentaria Chris Heister, presidenta de la Comisión para el Estudio de la Educación, ha presentado en junio de 2004 un informe definitivo: «*Todos somos diferentes*», en el que se afirma que el fracaso de la educación actual radica en el empeño por despreciar las diferencias entre los sexos. En sus propias palabras: «*Se ha demostrado que las niñas, de pequeñas, entre los 7 y los 15 años, asimilan con más rapidez que los niños. Mientras que en la secundaria, tienen mayores dificultades que los chicos. Por otra parte, hay que tener en cuenta que las chicas alcanzan la madurez mucho antes que los chicos, y aunque tengan la misma edad no se les puede tratar igual.*» El informe acaba recomendando que se organicen clases solamente con niños o niñas, porque no es lícito imponer conductas o modelos educativos idénticos a ambos sexos.

⁵ Rosa Montero, escritora y periodista, en un reportaje publicado en *El País*, en 1993, señalaba que «*los colegios de chicas, que hace unos años eran considerados instituciones conservadoras y obsoletas, son ahora una opción ardientemente defendida por una parte importante de los educadores progresistas*».

⁶ *Vid.*, al respecto, los datos proporcionados por la National Association for Single Sex Public Education (NASSPE); Girls' Schools Association (GSA); Alliance of Girls' Schools (Australasia); International Boys' Schools Coalition (IBSC).

No se trata de imponer modelos y mantener actitudes radicalizadas. ¿Es mejor la enseñanza diferenciada o la mixta? Para algunos lo será la primera y para otros lo será la segunda. Ambas son opciones legítimas. Lo importante, es que exista la posibilidad de decidir un sistema u otro con entera libertad. Se trata de debatir sobre qué es lo mejor para nuestros hijos, dar información a los padres y concederles el derecho, ahora negado, de elegir libremente una de las opciones. Está en cuestión la propia libertad de educación. Lo que en un Estado democrático resulta cuando menos llamativo⁷.

3.2. La asimilación de los colegios concertados a los colegios públicos: la pérdida de su carácter propio

En un Estado democrático y de Derecho es obligación de los poderes públicos garantizar la gratuidad de la enseñanza obligatoria, con independencia del modelo de organización escolar que los padres o tutores hayan elegido para sus hijos (*ex art. 27.4 CE*). Tal es la finalidad de los denominados conciertos educativos. Es decir, de las subvenciones o ayudas públicas otorgadas a los colegios privados para facilitar el acceso a éstos de aquellos padres que deseando educar a su hijo según un ideario concreto no pueden o no quieren enviarlo a un colegio privado.

La realidad es que en España la mayoría de los padres se inclinan en su elección de colegio por el modelo concertado. Cerca del 80 por 100 de las solicitudes están dirigidas a este tipo de escuelas. A pesar de esto, sigue siendo, sin embargo, la educación pública la que obtiene más fondos: un 80 por 100 frente al 20 por 100 de la escuela concertada.

El régimen de conciertos educativos resultó instaurado en España por la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, del Derecho a la Educación (LODE). Éste consiste en que los centros privados asumen la obligación de impartir determinadas enseñanzas de forma gratuita a cambio de un apoyo económico sustancial. El Estado impone determinadas condiciones y limitaciones a la libertad de enseñanza de estos centros en temas tales como la admisión de alumnos, la selección de profesorado o la gestión en general (mantenimiento y conservación del centro). Los centros beneficiarios de fondos públicos, de conformidad con el artículo 27.7 de la Constitución, resultan intervenidos en gran medida por la llamada Comunidad educativa (formada por profesores, padres y en su caso alumnos) en su gestión y control. Pero esto no justifica, sin embargo, la amplísima intervención que está llevando a cabo sobre ellos la Administración pública, provocando la asimilación de los centros concertados prácticamente absoluta a los centros públicos, con los serios perjuicios que esto ha provocado en su carácter propio, perdiendo parte de su personalidad y de su ideario.

⁷ Para el Ministerio de Educación y Ciencia, la educación diferenciada no existe. Si entramos en su página web encontramos un apartado dedicado expresamente a explicar qué es la «coeducación» y sus ventajas sin hacer ninguna referencia en absoluto al sistema de educación diferenciada, como si no existiera o no mereciera ni una mención. *Vid.* www.cnice.mecd.es.

Además, la transferencia generalizada de competencias a las Comunidades Autónomas para la gestión de todo el sistema educativo está ocasionando una serie de disfunciones y diferencias entre unas Comunidades y otras en el propio régimen de concertados. En este sentido, algunas Comunidades Autónomas (como Castilla-La Mancha; Andalucía; Extremadura; Galicia) han pretendido publicar la educación, monopolizarla desde el Gobierno autonómico. Lo que ha provocado el estrangulamiento de los centros concertados, contraviendo su autonomía, dejándola reducida a la mínima expresión.

Por ejemplo, el Departament d'Educació de Cataluña en el denominado «*Pacte Nacional per a l'Educació*», en el apartado titulado «*Igualdad de oportunidades y libertad de enseñanza en el marco del servicio público educativo*», marca como objetivo prioritario la asimilación total de la escuela concertada a la pública.

Ésta fué asimismo la propuesta del tripartito, dentro de la ponencia para reformar el Estatuto lo que suponía, entre otras cosas, la pérdida total de los padres de su libertad para elegir centro docente. Lo que provocó el rechazo de toda la oposición (61 de los 135 diputados). El Capítulo sobre derechos y deberes que se incluye en el Estatuto Catalán contiene una referencia a la educación pretendiendo que los colegios con ideario propio queden igualados en todo a los públicos y laicos que se contemplan como la única posibilidad. Esto propiciará el final de la autonomía de los centros y la exclusión de toda forma de pensamiento que no se identifique con el laicismo, adulterando en su raíz el espíritu de consenso que rigió la redacción del artículo 27 de la Constitución Española.

3.3. Las Comisiones de escolarización de las Comunidades Autónomas

La vulneración del derecho a elegir centro docente adquiere su máxima expresión cuando no son ya los padres los depositarios de ese derecho, sino que es la Administración la que, subrogándose en su lugar, asume la competencia de decidir qué es bueno o malo para nuestros hijos y, en definitiva, cuál es el centro docente adecuado para aquéllos. Esta increíble situación es a la que se ha llegado en algunas Comunidades Autónomas. Desde que culminó el proceso de transferencias educativas, en el 2001, cada Comunidad Autónoma elabora sus Decretos para la admisión de alumnos en centros sostenidos con fondos públicos. Ésta está siendo la herramienta jurídica utilizada por algunos Gobiernos autonómicos en su pretensión de acabar con los colegios concertados.

En este sentido llama especialmente la atención por su radicalidad el Decreto de Escolarización de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (Decreto 22/2004, de 2 de marzo, de admisión de alumnado en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos) que atribuye a las denominadas Oficinas Municipales de Escolarización la decisión del colegio al que han de adscribirse los niños, dejando de lado tanto la intervención del titular del centro como la de los padres.

Afortunadamente, en el ámbito judicial ha reinado la cordura en este aspecto. En concreto, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en dos Sentencias, ambas de 10 de noviembre de 2004 (Sentencias núms. 528 y 533), dio respuesta a los recursos planteados contra el Decreto por asociaciones afectadas y contrarias a sus postulados. Apoyándose en la abundante jurisprudencia existente al respecto (STC 77/1985, de 27 de junio; STS de 9 de diciembre de 1987; STS de 15 de abril de 1994, RJ 1994/3130; STC 11/1981, de 8 de abril...) afirmó que tales «Oficinas de escolarización» conculcan el derecho de los padres o tutores a la elección de colegio, así como el correlativo derecho de los titulares de centros docentes a participar en el proceso de admisión de alumnado, pues la Administración asume una función que corresponde a los padres (*ex art. 27.6 CE*). En este sentido, el Tribunal trae a colación la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como otros tratados internacionales ratificados por España en los que se declara el derecho de los padres a la elección de centro docente.

En Cataluña la situación no dista mucho de la precedente expuesta. Allí por Decreto 252/2004, de 1 de abril, el Gobierno tripartito estableció una nueva regulación del procedimiento de admisión de alumnado en los centros docentes donde la enseñanza es sufragada con fondos públicos, claramente conculcadora de la libertad de elección de los padres. Este Decreto también fue objeto de recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por parte de la Federación de Asociaciones de Padres y Madres de la Escuela Libre de Cataluña.

Asturias es otra de las Comunidades donde se impusieron las Comisiones provinciales encargadas de la escolarización. El problema surgió cuando decidieron cortocircuitar a determinados centros por ser religiosos o diferenciados, informando a los mismos que no había demanda suficiente para ellos y desviando a los alumnos a centros públicos en contra de la voluntad de los padres.

IV. LA LOE. EL MAYOR ATAQUE A LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA DESDE LA SEGUNDA REPÚBLICA

Provoca enorme tristeza observar en estos días cómo el artículo 27 de la CE resulta ignorado, manipulado o malinterpretado desde las más altas instancias del Gobierno del Estado y por el de algunas Comunidades Autónomas. Estamos experimentando un renacimiento de las viejas rencillas y aquella confrontación entre derecho a la educación y libertad de enseñanza, característica de épocas pasadas, resucita a pesar de estar formalmente superada por nuestra Carta Magna. Así lo refleja el texto de la nueva Ley de Educación —Ley orgánica 2/2006 de 3 de mayo—. Ésta supone el mayor atentado a la libertad de enseñanza desde la etapa preconstitucional. El mismo nombre de la Ley (Ley Orgánica de Educación), como sucedió con la LODE (Ley Orgánica del Derecho a la Educación), omite la referencia a la libertad de enseñanza, centrándose sólo en el derecho a la educación, no como un derecho individual, sino como un instrumento en manos de la Administra-

ción que lejos de premiar la excelencia personal pretende garantizar una mediocre uniformidad general.

4.1. La educación como servicio público

El primer ataque frontal a la libertad de enseñanza recae sobre la propia naturaleza jurídica del derecho a la educación, pues la LOE afirma categóricamente y de forma reiterativa (en varias ocasiones en la Exposición de Motivos y después en su articulado) que la educación es un «servicio público». Aceptar esto implicaría la total estatalización de la educación, es decir, la conversión de la educación en un monopolio en manos del Estado (art. 128.2 CE: «... Mediante ley se podrá reservar al sector público... servicios esenciales... cuando así lo exigiere el interés general») cuya gestión la asume, bien de forma directa (colegios públicos), bien de forma indirecta (colegios concertados). En este último caso el colegio se convierte en un mero contratista de la Administración, sometido, por lo tanto, a las condiciones impuestas por ésta, ya que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas le otorga una posición exorbitante en este tipo de contratos⁸.

4.2. El difícil acceso de los colegios privados al concierto público

La LOE establece que «los centros privados que satisfagan necesidades de escolarización podrán acogerse al régimen de conciertos». Sin embargo, el posterior articulado no garantiza en absoluto que un centro privado pueda obtener la correspondiente subvención. En primer lugar, porque se ignora absolutamente la demanda social existente para estos centros. Lo que debería ser un dato determinante a tener en cuenta a la hora de conceder un concierto, pues si lo que se pretende es dar respuesta a lo que la sociedad quiere para sus hijos, en primer lugar se debería atender a la demanda de plazas, tanto en los centros públicos como privados concertados (que, por cierto, como sabemos, es muy superior a la de centros públicos). La oferta de plazas debería hacerse desde las cifras de demanda, precisamente para intentar satisfacer las preferencias de los padres en la mayor medida posible. Pero, despreciando totalmente la demanda, la LOE deja la oferta de plazas de los colegios concertados en manos exclusivas de la Administración. Lo que podrá suponer en último término la condena a muerte de estos centros, incapaces de sustentarse con sus propios recursos, si la Administración competente, desde esa libérrima discrecionalidad, decidiera que no se pueden, por motivos varios (y variopintos), ofertar sus plazas.

⁸ Vid., al respecto, el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en concreto lo referente al contrato de gestión de servicios públicos (arts. 154 y ss.).

En segundo lugar, la concesión de estas subvenciones se condiciona a «*las consignaciones presupuestarias existentes*» y «*al principio de economía y eficiencia en el uso de los recursos públicos*» (ex art. 109). Esta última previsión permitirá a la Administración decidir discrecionalmente negar el concierto a un colegio privado si, por ejemplo, quedan plazas vacantes en colegios públicos (lo que, de hecho, está sucediendo actualmente en varias CCAA).

También resultará prácticamente imposible para un colegio privado conseguir el concierto en las «*zonas de nueva población*» (precisamente en las que hay más demanda), ya que en éstas la LOE impone a las Administraciones la obligación de garantizar la existencia de plazas exclusivamente públicas, guardando silencio respecto a la oferta privada (ex art. 109.2).

Con estas previsiones el Gobierno falta al respeto que merecen los antecedentes jurisprudenciales de nuestro Tribunal Constitucional, pues recordemos que, en este sentido, en su STC 77/85, dispuso que el precepto de la Constitución que afirma: «*los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca*», no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede en manos del legislador la posibilidad o no de conceder esa ayuda, ya que, como señala el artículo 9 CE, los poderes públicos están sujetos a la Constitución y por ello los preceptos de ésta tienen fuerza vinculante para ellos.

Más dramática es la situación de los colegios diferenciados, pues para éstos desaparece toda posibilidad de concierto, ya que la Disposición Adicional 25 establece que «*los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley*». Decir esto es tanto como decir que nunca tendrán derecho al concierto educativo, pues si ya lo tienen difícil los colegios mixtos privados, para los diferenciados la situación se vuelve imposible al relegarlos a colegios de segunda sin justificación alguna. La explicación de esta medida se encuentra en la confusión entre igualdad e igualitarismo y en la demagógica idea de calificar a los colegios separados por sexo como discriminatorios, siguiendo la línea marcada por el Consejo Escolar del Estado, según el cual es imprescindible «*evitar la nefasta división del alumnado en función del sexo que practican determinados centros, algunos de los cuales son para colmo financiados con fondos públicos*».

Tal afirmación denota una profunda ignorancia, pues el debate de la coeducación nace precisamente en medio de la lucha por los derechos de la mujer. *Le Monde de l'Education*, en su primer número de 2003, reflexionaba sobre los efectos de la coeducación: las chicas en los colegios mixtos siguen recibiendo una orientación deficiente que les lleva a escoger las salidas con menos futuro a pesar de sus mejores calificaciones; además siguen siendo víctimas de violencia sexista. La educación diferenciada por sexo no discrimina a los alumnos, simplemente los separa por motivos pedagógicos, no por motivos religiosos, ni ideológicos o morales, con el objetivo de potenciar al máximo las capacidades académicas y humanas de cada sexo. Sería contraria al principio de igualdad si impidiese a los niños o niñas recibir una educación de igual calidad y contenidos, lo que no sucede en absoluto, antes al contra-

rio ofrece a ambos sexos idénticos contenidos cualitativa y cuantitativamente pero de forma adecuada según las capacidades de cada uno. En definitiva, es la mejor expresión de lo que se llama educación «personalizada».

La previsión de la Disposición Adicional 25, es claramente discriminatoria para aquellos padres que deseen llevar a sus hijos a colegios diferenciados. Ignora la reiterada jurisprudencia al respecto del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo (este Tribunal en sentencia de 26 de junio de 2006 ha reconocido el pleno derecho de los colegios diferenciados a beneficiarse de los conciertos educativos en las mismas condiciones que los colegios mixtos). Y es además contraria a la *Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en materia de enseñanza*, cuyo art. 2 dispone que: «... no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención: la creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos del sexo masculino y para los del sexo femenino, siempre que estos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes».

En un Estado democrático y de Derecho es obligación de los poderes públicos garantizar la gratuidad de la enseñanza obligatoria, con independencia del modelo de organización escolar que los padres o tutores hayan elegido para sus hijos. Sin embargo, los colegios de educación diferenciada se les está negando, precisamente por no ser mixtos, cualquier posibilidad de conseguir subvenciones del Estado. En definitiva, nunca podrán ser colegios concertados (muchos colegios privados aceptaron la coeducación como única fórmula para poder acceder al concierto educativo). Es decir, se les penaliza por no atenerse al sistema de la coeducación. Lo que sin duda afecta a la libertad de enseñanza reconocida en el artículo 27 de nuestra Carta Magna. Y ello, a pesar de los pronunciamientos a favor realizados por nuestra jurisprudencia⁹. Pero por desgracia, hasta en las más altas instancias continuamos con el lamentable reduccionismo ideológico que considera intrínsecamente malo y machista la existencia de colegios para la educación de un único sexo. Éstos son calificados sin fundamento como sexistas, discriminadores y antisocializantes¹⁰.

Otro serio problema en relación con los conciertos es la generalidad y abstracción con la que los regula la LOE, legislación básica del Estado. Dejando así a las Comunidades Autónomas un margen amplísimo para el desarrollo de estas bases. De este modo, es muy posible que lleguemos a tener 17 sistemas diferentes de conciertos, tantos como Comunidades Autónomas. Además, el contenido y los pormenores concretos de cada concierto los deja

⁹ La Audiencia Nacional, en sentencia de 20 de diciembre de 1999, señala: «El hecho de que en un centro docente se impartan enseñanzas sólo a niños o sólo a niñas, no puede considerarse que suponga una discriminación por razón de sexo desde el momento en que los padres o tutores pueden elegir, dentro de un entorno gratuito de enseñanza, entre los diversos centros existentes en un determinado territorio.»

¹⁰ AGEA; En defensa de la educación separada por sexos. Que la coeducación no se imponga como un dogma, 2004.

la LOE en manos de la Administración competente para la firma del mismo, lo que abre la puerta a posibles exorbitancias y excentricidades de la Administración competente en cada caso concreto.

En esta materia, al estar en juego el ejercicio de un derecho fundamental, habría sido absolutamente necesario que las bases del Estado contemplaran los máximos detalles posibles, de cara a conseguir la que es simplemente su finalidad en cuanto legislación básica: la imposición de un mínimo común denominador normativo en todo el ámbito nacional. Su fin debería ser lograr cierta uniformidad en esta materia en todo el territorio del Estado para garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos y la aplicación efectiva del artículo 149.1.1 de nuestra Constitución que atribuye al Estado la competencia exclusiva en la *«regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales»*.

En definitiva, la LOE pretende equiparar todos los centros financiados con fondos públicos a los colegios públicos «stricto sensu», lo que vulnera el derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos. Para que la libertad sea real en los centros concertados es necesaria la existencia de una absoluta disociación entre la financiación y la prestación educativa, lo que evidentemente no queda plasmado en esta Ley orgánica. La percepción de dinero público no puede en ningún caso servir de pretexto para impedir una verdadera libertad de elección por parte de los padres. En la administración del dinero público no se pueden ignorar las preferencias sociales. La nueva Ley parece esforzarse en impedir que los colegios concertados, realicen una actividad libre, sólo sometida a los principios constitucionales, convirtiéndola en una actividad propia del poder público (servicio público), cuya gestión sería contratada con los centros escolares renunciando a sus propias peculiaridades. Con la LOE la concertada puede resultar definitivamente asfixiada, en la línea de lo que ya está sucediendo en algunas Comunidades Autónomas.

Esta regulación es además poco práctica desde el punto de vista del presupuesto público, ya que la pérdida, negación o reducción del concierto provocará la «huida» masiva a la escuela pública de todos aquellos alumnos que no pueden o no quieren pagar un colegio privado, con el consiguiente incremento en el gasto público, ya que una plaza pública le cuesta a la Administración prácticamente el doble que una concertada. Esto supondrá una amenaza para la propia escuela pública, pues no habrá recursos suficientes para atender tal demanda de plazas.

4.3. El fin de la libre elección de colegio por los padres. La imposición de colegio por la Administración

La LOE establece que las Administraciones públicas regularán la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de forma que se garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y *la libertad de elección de centro por padres y tutores*.

No obstante, la garantía de la libertad de elección de centro desaparece cuando en el posterior articulado se atribuye a la Administración pública, en concreto a las Comisiones de Escolarización, la asignación de escuelas cuando la demanda supere a la oferta en algún centro escolar. Situación que en los últimos años se produce sistemáticamente al comienzo de cada curso escolar en la práctica totalidad de los colegios concertados, dada la crisis de calidad que sufre la escuela pública.

Ésta es sin duda la más grave de todas las previsiones del proyecto de LOE, ya que supone usurpar a los padres el derecho a elegir el colegio que desean para sus hijos y adjudicar tal labor a las denominadas «*Comisiones de garantías de admisión*» en los centros públicos y concertados. Los padres proponen, pero la Comisión dispone. Así, la Administración se erige en el ente supremo que decide que es bueno y qué es malo para nuestros hijos.

Esta medida traslada al ámbito estatal algo ya experimentado por algunas Comunidades Autónomas (Castilla-La Mancha, Andalucía, Extremadura, Galicia, Asturias, Cataluña...): la atribución a la Administración de la decisión última sobre el colegio al que deben acudir nuestros hijos.

Antes, cuando querías llevar a un hijo a un colegio determinado, te acercabas al centro escolar; te entrevistabas con el Director; conocías las instalaciones; te ponías al tanto de su ideario y, si todo te parecía satisfactorio, presentabas una solicitud al colegio y el Director del centro decidía si la admitía o no. Ahora las cosas son distintas. El contacto colegio-padres ha sido aniquilado. Los padres tendrán que presentar su solicitud ante las Comisiones de Escolarización y ya veremos si la aceptan o no. Puede ser que a pesar de solicitar plaza en un colegio concertado tu hijo acabe en un colegio público. Y viceversa, podrá darse el caso de padres que queriendo llevar a su hijo a un colegio público (por ejemplo, por ser laico), acaben viendo a su hijo matriculado en un colegio religioso concertado. Por su parte, el Director del colegio tampoco tiene nada que decir en el procedimiento de admisión de alumnos¹¹.

Además las Comisiones de Escolarización para ejercer con mayor «*equidad*» (¿?) su labor se ajustarán a la zonificación previamente establecida (las denominadas por la LOE «*áreas de influencia*»), que se aplicará con carácter impositivo, es decir, como criterio que obligue a las familias a solicitar plaza únicamente en los colegios que están dentro de su zona. En definitiva, si desean enviar a su hijo a un colegio (concertado) fuera de su zona (por ejemplo, porque el ideario es el que consideran más oportuno o porque allí trabaja su madre que es profesora), no tendrán más remedio que cambiarse de

¹¹ Por desgracia, los ejemplos citados no son hipotéticas elucubraciones, sino casos reales sufridos por padres en diversas Comunidades Autónomas en las que están en funcionamiento las Oficinas de Escolarización. Supuestos como el de una madre, profesora de un colegio religioso concertado, cuyo hijo no es enviado al colegio en el que trabaja, sino que es asignado a un colegio público. El caso esperpéntico de unos hermanos gemelos que son enviados a colegios diferentes (!). También kafkiano el supuesto de un niño que teniendo un colegio concertado a 5 metros de su casa y tras haberlo solicitado es enviado a uno público a 10 km de distancia... Parecen supuestos irreales ideados por una mente enloquecida pero se trata de casos reales de principio a fin.

domicilio y ubicarse en el «área de influencia» que le corresponda al colegio deseado. O bien, resignarse y presentar la solicitud ante la Comisión de escolarización para alguno de los colegios situados en su zona.

Las Comisiones de Garantías de Admisión o Comisiones de escolarización podrían resultar aceptables como órganos de consulta, fiscalización e inspección. Lo que es inadmisibles es que tengan potestades decisorias sobre la escolarización o admisión de alumnos. Ya que esto supone el fin de la relación colegio-padres y la imposición de colegios al margen de la voluntad de los padres. Además, en los centros privados concertados la decisión última sobre la admisión del alumnado debe recaer sobre el director del colegio, no sobre la Administración, en consonancia con la capacidad que tiene para fijar el ideario o carácter propio de su centro. Tal facultad, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, debe entenderse inherente a la más amplia que le corresponde de dirigir el centro. Que la decisión última del titular del centro sobre la admisión de alumnos se atenga o no a la legalidad es cuestión cuya fiscalización sí podría corresponder a la citada Comisión.

En definitiva, con la LOE, los padres corren el peligro de perder el control de la situación y, en consecuencia, la libertad para elegir el colegio que desean para sus hijos.

V. PANORAMA ACTUAL: ¿TOTALITARISMO EDUCATIVO?

La aprobación de la LOE supondrá la imposición de un modelo educativo único: el modelo que el poder decide unilateralmente que es el mejor. Un monopolio estatal en materia educativa que soportamos estoicamente y que, sin embargo, cualquiera juzgaría intolerable si afectara a la prensa o a la información.

Todas estas restricciones a la libertad de enseñanza nos conducen a la imposición de una uniformidad empobrecedora basada en un igualitarismo radical y laico. Se pasa por encima de consideraciones científicas, legales, de libertad ciudadana o simplemente de sentido común, en nombre de un dogmatismo que no beneficia a nadie.

Esta tendencia a la imposición de un monopolio en la educación escolar tiene además el peligro inherente de que el partido gobernante imponga «en aras del interés general» sus propios valores a la población, por ejemplo, a través de asignaturas como la «educación para la ciudadanía». En este sentido merece la pena recordar cómo los griegos en el momento tardío del helenismo inauguraron una distinción binaria de funciones que la LOE se encarga de aniquilar de un plumazo. Me estoy refiriendo a la separación entre la educación propiamente dicha, por un lado, y a la instrucción o enseñanza, por otro. El encargado de la educación era el denominado pedagogo y pertenecía al ámbito interno del hogar, convivía con los miembros de la familia como uno más, instruyendo a los niños y a los adolescentes en los «valores» y la «moral». De este modo, se dejaba a la familia la función principal de «educar para la ciudadanía». Era una función interna sobre la que el Estado nada tenía que

decir o hacer. En cambio, el maestro era un colaborador «externo» a la familia y se encargaba de enseñar a los niños una serie de conocimientos instrumentales, como la lectura, la escritura o la aritmética. Éste era un simple instructor¹².

Esta contraposición educación *versus* instrucción ha sido hoy suprimida por la LOE que otorga a la Administración pública el ejercicio de ambas funciones: la de pedagogo y la de maestro, al atribuir a las escuelas (ámbito externo a la familia) la transmisión de unos valores que corresponde sólo y exclusivamente a la familia. Como afirma José Ramón Ayllón, la convivencia familiar es una enseñanza incomparablemente superior a la de cualquier razonamiento abstracto sobre la tolerancia o la paz social¹³.

Que los jóvenes sean buenos demócratas, buenos ciudadanos, o buenas personas en definitiva, les corresponde sólo a los padres, no al Estado o a la Administración pública, a la que, sin embargo, corresponde asumir el papel de instructor de nuestros hijos, ofreciendo para ello el mayor número de opciones posibles (postura defendida por Stuart Mill, socialista, agnóstico, liberal y defensor de la mayor pluralidad posible en materia educativa).

Ante esta usurpación de las funciones propias de la familia podríamos hablar incluso de la necesidad de desnacionalizar la escuela. No es inoportuno en este sentido traer a colación el recordatorio que el profesor Alzaga hizo en el Congreso de las palabras de Mitterrand: «*hoy para cambiar la sociedad no es necesario tomar el Cuartel de Invierno, basta con tomar la escuela*».

Los padres saben mejor que nadie qué tipo de educación quieren para sus hijos. La Administración no sólo no puede decidir por ellos (lo que es propio de los modelos de educación stalinista), sino que, por el contrario, tiene la obligación de favorecer el ejercicio de este derecho por parte de los padres, abriendo el abanico de opciones educativas al máximo posible. La libertad de enseñanza debe ir dirigida además a hacer posible la igualdad de oportunidades que, en educación, debe considerarse, en palabras de Legrand, como «*una ocasión ofrecida a todos de realizarse al máximo de sus posibilidades*»¹⁴. El poder público no puede ignorar a esos miles de padres que desean la educación concertada y/o religiosa para sus hijos. ¿Es que acaso el Estado sabe mejor que los padres lo que conviene a nuestros hijos?

Hoy en día, en materia educativa, libertad e igualdad son términos que se encuentran en constante tensión dialéctica, cuando lo deseable sería su absoluta complementariedad. La libertad y la igualdad del individuo ¿acaso son incompatibles entre sí?, ¿es que la única alternativa que presenta nuestro tiempo es la que enfrenta la «*democracia de la libertad*» con la «*democracia de la igualdad*»?¹⁵.

Como afirmó Bobbio: «*La historia reciente nos ha ofrecido el dramático testimonio de un sistema social donde la persecución de la igualdad no sólo formal, sino*

¹² *Vid.*, en este sentido, la obra de F. Savater, *El valor de educar*, Ariel, Barcelona, 2004.

¹³ José Ramón Ayllón, *Cinco claves de la educación*, 2004.

¹⁴ Legrand, *Les Politiques de l'Education*, PUF, Paris, 1998.

¹⁵ F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución Española*, Civitas, 1985, p. 544.

*bajo muchos aspectos también sustancial, se ha conseguido (además sólo en parte y de una manera muy inferior a las promesas) en detrimento de la libertad en todos sus significados»*¹⁶. Las palabras de este pensador italiano tienen su fiel reflejo en el ámbito educativo español donde en aras de una igualdad mal entendida se restringe la libertad de enseñanza hasta el punto de no permitir la libre elección de centro educativo a los padres que optan por la educación con un ideario propio y no pueden o no quieren pagar un colegio privado.

La búsqueda del equilibrio le corresponde prescriptivamente al poder público por imperativo constitucional, pues el artículo 27.1 CE da idéntico reconocimiento al derecho a la educación y a la libertad de enseñanza. Lo importante es que exista la posibilidad de decidir entre los sistemas existentes con entera libertad. Se trata de debatir sobre qué es lo mejor para nuestros hijos, dar información a los padres y concederles el derecho, ahora negado, de elegir libremente una de las opciones. Está en cuestión la propia libertad de educación. Lo que en un Estado democrático resulta cuando menos llamativo.

Ese afán del Gobierno por poner fin a los colegios religiosos, concertados o privados y, en especial, a los diferenciados, nos trae a la memoria el «Programa Común de Gobierno» de la izquierda francesa (1973), que propugnaba como objetivo prioritario la lucha contra la segregación social. Aquél concebía la enseñanza como un «servicio público, única y laica», para conseguir lo cual pretendía la «nacionalización» de todos los establecimientos privados que percibieran fondos públicos. En cuanto a los colegios privados que no recibían subvenciones se intentaría progresivamente su integración en el sistema «oficial». Pero, en todo caso, todos los padres podrían procurar a sus hijos «fuera de los locales escolares y sin el concurso de fondos públicos» la educación filosófica o religiosa que eligieran.

La sociedad actual se mueve hacia la pluralidad y la diversidad, pretender una uniformización social desde las más básicas etapas escolares sólo puede ser entendido por ideologías privadoras de libertad, es decir, totalitarias.

Es curioso que las posturas más críticas frente al principio de libertad de enseñanza, en cuanto a pluralidad de escuelas y modelos educativos, las mantengan sobre todo quienes, en términos generales, se manifiestan como defensores de la libertad y los derechos inalienables de la persona. Merece la pena en este sentido traer a colación las palabras de Guillermo Malavassi, en su discurso de aceptación del Doctorado Honoris causa en la Universidad Autónoma de Centro América con la mención de «*magnus docendi libertas defensor*»:

«Los problemas surgen porque algunos teóricos de la política temen el dinamismo creador de la sociedad y sugieren formas de control de la vida de las personas. También porque a muchos gobernantes les molestan las iniciativas, las expresiones diversas de la libertad, porque piensan que tienen el monopolio del bien y porque, en consecuencia, no aprecian la libre condición humana, y quieren, por tanto, más orden y menos libertad.

¹⁶ Norberto Bobbio, *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distancia política*, Taurus, Madrid, 1995.

*En ese propósito intentan regimentar todo lo que pueden, incluyendo el modo de educar a los niños y a los jóvenes»*¹⁷.

La educación no es un monopolio del Estado, ni de las Comunidades Autónomas. Es, por el contrario, un «derecho fundamental». Por lo que no se puede imponer ni un modelo ni otro, ni la educación privada, ni la pública, ni la mixta, ni la diferenciada. Sino que se deben ofertar todos en igualdad de condiciones. Es obligación de los poderes públicos hacer posibles todas las ofertas educativas. Pues bien, demos a quien lo desee la oportunidad de realizar al máximo sus posibilidades dentro de la opción libremente escogida.

VI. CONCLUSIÓN. LA NECESIDAD DE UN PACTO DE ESTADO EN MATERIA EDUCATIVA

En los Estados Unidos, en 1983, la Comisión Nacional de Excelencia en Educación publicó un informe sobre la situación de la educación en el país denominado: «*Una Nación en peligro*». Este informe finalizaba con una cita de Paul Copperman que decía lo siguiente: «*Cada generación de americanos ha sobrepasado a sus padres en educación, alfabetización y logros económicos. Por primera vez en la historia de nuestro país, las habilidades aprendidas en la escuela por una generación no serán sobrepasadas ni alcanzadas ni igualadas, ni siquiera se acercarán a la de los padres.*»

En España, hace tiempo que estamos en esta misma situación, con unas cifras de fracaso escolar y de abandono temprano de los estudios que causan escalofrío (reflejadas con claridad en el último informe PISA que sitúa a España sólo por encima de Malta y Portugal). Y realmente se puede hablar de «*una Nación en peligro*» si tenemos en cuenta que el fracaso escolar es, en muchos casos, la antesala del fracaso existencial y el camino hacia la marginación, como han reconocido expertos de diversas sensibilidades¹⁸.

En esta materia más que en ninguna otra resulta alarmantemente urgente llegar a un Pacto de Estado, es decir, a un consenso total entre las diferentes formaciones políticas que salve a la educación de cambios tan constantes como los cambios del partido en el poder. El consenso en educación es posible como lo demostraron los padres de la Constitución en la redacción del artículo 27. Éste es sin duda un precedente de convergencia de posturas antagónicas a tener muy en cuenta. No es bueno que el sistema educativo esté sometido a constantes convulsiones cada vez que cambia el gobierno. Pero debe tratarse de un pacto democrático, con contenido real, no una mera declaración de intenciones sin contenido que regula exclusivamente aspectos que poco tienen que ver con la estabilidad del sistema, y cuya pretensión es expulsar del diálogo a ciertos sectores educativos que no comparten sus ideas, para implantar así un monopolio público de educación. Un pacto

¹⁷ Malavassi Guillermo, «Encomio de la libertad de enseñanza», *Rev. Acta Académica*, núm. 19; Universidad Autónoma de Centro América, noviembre de 1996.

¹⁸ Álvaro Marchéis, *La Vanguardia*, 20 de diciembre de 2004.

requiere ante todo dialogar y renunciar a imponer los criterios propios por encima de los de los demás. Se ha de tratar de un pacto de todos y para todos y no sólo para el partido gobernante.

La democracia consiste fundamentalmente en un sistema en el que las reglas del juego impiden a quien está en el poder llevar sus convicciones hasta sus últimas consecuencias (imponiéndolas a los demás). Desde la oposición, todo el mundo reclama democracia y libertad; pero la única patente que garantiza tener estas cualidades, se acredita desde el poder, es decir, demostrando que se respetan las reglas del juego a pesar de tener la posibilidad de burlarlas... precisamente por disponer del poder¹⁹.

La calidad, el progreso y la cohesión de nuestra sociedad en un futuro cercano dependen de lo que tengamos capacidad y voluntad de hacer colectivamente con la educación. La libertad de enseñanza es uno de los derechos fundamentales más inherentes a la persona, ya que la ejercemos, sin apenas darnos cuenta, desde los primeros instantes de vida de nuestros hijos. Sólo desde la libertad se pueden formar personas libres. De manera que la educación no sólo precisa de libertad, sino que es libertad.

Debemos defender la libertad de enseñanza como docentes, padres y madres. Con frecuencia habrá que sufrir por ella, pero siempre valdrá la pena, pues, como decía Don Quijote:

«La libertad, Sancho, es uno de los más preciados dones que a los hombres dieron los cielos: con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre. Por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida.»

¹⁹ F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución Española*, Civitas, 1985, p. 544.

Administración Pública y Sociedades Cooperativas en la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. ALGUNOS APUNTES PREVIOS SOBRE LA COMPETENCIA AUTONÓMICA EN LA MATERIA.—2.1. El artículo 129.2 CE y la regulación sobre las cooperativas como materia competencial.—2.2. La doctrina del Tribunal Constitucional y el devenir posterior de la competencia sobre Sociedades Cooperativas.—III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY MADRILEÑA. COMPARATIVA CON LAS DETERMINACIONES DE LAS RESTANTES NORMAS AUTONÓMICAS.—3.1. Leyes de primera y segunda generación. La denominada «Huida del Derecho Cooperativo».—3.2. El modelo seguido en la previsión del artículo 2 LCM.—IV. LAS COOPERATIVAS Y SU REGISTRO: ALCANCE Y CARACTERES DE LA ACTIVIDAD REGISTRAL.—4.1. Consideraciones generales sobre los Registros de Cooperativas: naturaleza administrativa y eficacia jurídica.—4.2. Nacimiento de la cooperativa. Carácter constitutivo de la inscripción registral.—4.3. Breve recorrido por las funciones del Registro de Cooperativas de la Comunidad de Madrid.—V. DEL TÍTULO II LCMY SUS PREVISIONES.—5.1. El fomento del cooperativismo como principio general.—5.2. Régimen sancionador.—5.2.1. Tipificación de infracciones y sanciones.—5.2.2. Personas responsables.—5.2.3. Otros apuntes sobre el régimen sancionador en la LCM.—5.3. Descalificación de la cooperativa.—5.3.1. Causas de descalificación.—5.3.2. Aspectos procedimentales.—5.4. Una potestad administrativa no prevista en la LCM: la intervención temporal de Sociedades Cooperativas.—5.5. El Consejo de Cooperativismo de la Comunidad de Madrid: su composición y funciones.

I. INTRODUCCIÓN

Dice el artículo 1 de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid ¹, que *«la cooperativa es una asociación autónoma de personas, tanto físicas como jurídicas, que se han unido de forma voluntaria para satisfacer*

★ Profesora de Derecho Administrativo. Universidad Pontificia de Comillas.

¹ BOCM 87/1999, de 14 de abril, BOE 131/1999, de 2 de junio, en adelante, LCM.

sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales en común, mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática».

Esta definición viene a condensar los caracteres principales de una fórmula societaria compleja, singular en algunos de sus rasgos distintivos, en la que conviven dos aspectos que constituyen partes indisponibles de su esencia: de un lado, su naturaleza de empresa democrática derivada de la realización de actividades económicas bajo principios organizativos que dan primacía al individuo sobre el capital; de otro, su vocación social basada en el intento de superación de los moldes de la empresa capitalista clásica hacia la consecución de objetivos que, aunque inmediatamente dirigidos a la satisfacción de necesidades de los socios cooperativistas, trascienden a éstos y propician la obtención de beneficios de orden supraindividual².

Tratar de hacer un análisis exhaustivo de la regulación madrileña es algo que excede, por razones obvias, de un trabajo de este tipo. Por ello, hemos centrado nuestro estudio en la parcela de relación entre la Administración Pública y las cooperativas y los mecanismos públicos de intervención en este tipo de sociedades; un ámbito no exento de dificultades de diverso tipo que iremos desgranando a lo largo de estas líneas.

II. ALGUNOS APUNTES PREVIOS SOBRE LA COMPETENCIA AUTONÓMICA EN LA MATERIA

Aun sin ánimo de desenfocar el objeto de nuestro estudio, conviene que nos detengamos siquiera brevemente en un aspecto de la realidad actual que tal vez ofrece un escenario engañoso. Nos referimos al aparentemente indiscutible hecho de que la «materia cooperativa» reside en sede autonómica.

Los primeros estudios que, desde el sector cooperativo, se preguntaban sobre dónde ubicar la competencia para el establecimiento del régimen jurídico cooperativo partieron prácticamente desde el vacío: la sola referencia del artículo 129.2 CE (que, no olvidemos, no era un precepto atributivo de competencias materiales) y la omisión de cualquier alusión a las mismas en los listados de los artículos 148 y 149 CE, permitió que las pocas voces que aportaron su opinión sobre este punto abogaran por entender que dicha competencia debería pertenecer al Estado³, bien por su conexión directa con

² La necesaria búsqueda de un equilibrio entre las notas caracterizadoras de las cooperativas —actividad económica y orientación social—, así como la importancia del cooperativismo en la política económico-social han sido resaltadas por Mercedes Vergez Sánchez, *El derecho de las cooperativas y su reforma*, Civitas, Madrid, 1973, pp. 15 a 21.

³ La mayor parte de quienes escribieron acerca de esta cuestión durante la fase constituyente o con inmediata posterioridad a la promulgación de la CE, mantuvieron una actitud expectante limitada a constatar que se estaba ante la incógnita posiblemente más relevante de cuantas se cernían sobre el cooperativismo de aquel tiempo. No obstante, y según hemos apuntado, no faltaron autores que, asumiendo una postura más activa, entendían que dicha regulación habría de competir al Estado. Así, José Luis del Arco Álvarez, «Cooperativas de crédito y Crédito cooperativo», *Revista de Estudios Cooperativos (Revesco)*, núm. 47 (monográfico «Las cooperativas de crédito»), enero-abril de 1979, p. 36, y Francisco Vicent Chuliá, «El accidentado desarrollo de nuestra legislación cooperativa», en VVAA, *Las Cooperati-*

otros títulos —señaladamente el relativo a la legislación mercantil—, bien en evitación de una dispersión normativa que, a la postre, es la que ha terminado por materializarse.

Sin embargo, lo cierto es que la ausencia de dicha mención constitucional expresa y el juego del artículo 149.3 CE permitió que cinco CCAA (Andalucía, Cataluña, Comunidad Valenciana, Navarra y País Vasco) asumieran estatutariamente la competencia exclusiva sobre legislación cooperativa, a resultas de la cual la última de las enunciadas dictó la primera norma sectorial postconstitucional⁴ y dio pie al también primer pronunciamiento del TC sobre esta cuestión en STC 72/1983, de 29 de julio⁵.

2.1. El artículo 129.2 CE y la regulación sobre las cooperativas como materia competencial

Sabido es que la mención que el texto constitucional hace a las cooperativas se circunscribe al artículo 129.2; un precepto que, contenido en la llamada «Constitución económica», ha terminado por rebasar las fronteras que su propia ubicación sistemática⁶ permite pasando a ser, según entiende un importante sector, un inadecuado título competencial⁷ y reabriendo así, de algún modo, el debate sobre la naturaleza de las empresas cooperativas⁸.

vas y sus aspiraciones en la normativa específica, Cuadernos Cooperativos, núm. 9, AGELOOP-CENET, Zaragoza, 1980, p. 136.

⁴ Ley 1/1982, de 11 de febrero, sobre Cooperativas (BOPI 33/1982, de 10 de marzo). Esta norma fue derogada por la vigente Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi (BOPI 135/1993, de 19 de julio).

⁵ STC (Pleno) 72/1983, de 29 de julio; recurso núm. 201/1982. Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant. De la doctrina contenida en esta Sentencia nos ocuparemos en un epígrafe posterior.

⁶ No faltan autores que han criticado la posición del cooperativismo en el Título VII CE. Así, Merino Merchán, para quien aquél debería haberse localizado entre los principios rectores de la política social y económica. José Fernando Merino Merchán, «El Estado y el Movimiento Cooperativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 86, mayo-agosto de 1978, p. 199. En la misma línea, Carlos Molero Manglano, «Participación laboral y democracia económica», *Anuario de Estudios Cooperativos*, 1990, p. 46. Prados de Reyes y Vida Soria fundan esa misma opinión en dos razones: a) similitud con los principios de política social y económica; b) porque el 129.2 CE requiere «para su efectividad una instrumentación normativa de desarrollo semejante a la que precisan» dichos principios. Francisco Javier Prados de Reyes, y José Vida Soria, «La participación social en el texto de la Constitución», en VVAA [Óscar Alzaga Villamil (dir.)], *Comentarios a las leyes políticas*, t. X (arts. 128 a 142), Revista de Derecho privado/Edersa, Madrid, 1985, pp. 67-68.

⁷ Arroyo Martínez recalca que el artículo 129.2 CE «se trata de una declaración programática; un desiderátum de la carta constitucional en favor de la sociedad cooperativa. Es evidente que no se trata de un precepto pensado para resolver el problema del reparto de competencias entre los distintos poderes públicos». Ignacio Arroyo Martínez, «Prólogo» a *Legislación sobre Cooperativas* (edición preparada por Ignacio Arroyo Martínez y Carlos Górriz), Tecnos, Madrid, 1998, 6.ª ed., p. 12 (reproducción del Prólogo a la 1.ª ed.).

⁸ Tal vez la palabra «reapertura» no sea la más indicada por cuanto el debate sobre la naturaleza de las cooperativas y su inserción o no en la legislación mercantil está vivo desde antes, incluso, de la promulgación del Código de Comercio de 1885, aunque cobra singular fuerza a partir del controvertido artículo 124 de dicho cuerpo legal. Esta cuestión, de la que no podemos ocuparnos con la extensión debida, ha dado pie a numerosa literatura jurídica generalmente centrada en el carácter mutuo de la cooperación y en la apreciación del contenido que debe atribuirse a la expresión «ánimo de lucro». No

Recordemos que dicho artículo 129.2 CE obliga a los poderes públicos⁹ al «fomento, mediante una legislación adecuada, de las sociedades cooperativas». Esta referencia explícita al cooperativismo se ha interpretado con diverso alcance: así, para unos se ciñe a la necesidad de dotar a aquél de un marco normativo idóneo a sus singularidades propias¹⁰ frente al «accidentado desarrollo» (utilizando la proverbial expresión de Vicent Chuliá) que hasta el momento había caracterizado la legislación cooperativa española¹¹; otros, sin obviar lo anterior, buscan en la locución una obligación pública consistente en la puesta en marcha de mecanismos de promoción o fomento, en el sentido clásico con el que se conoce esta parcela de actividad administrativa¹².

Mención aparte merece la postura que, apoyándose en el llamamiento a los «poderes públicos», no descarta una actuación autonómica más allá de lo que se concibe inicialmente como estricta política de fomento al cooperativismo: así, y con base en una reivindicada autonomía del Derecho cooperativo, éste se convierte en «materia» separable del Derecho mercan-

obstante, la significativa evolución del ordenamiento jurídico cooperativo hacia el reforzamiento de sus aspectos puramente empresariales —extremo en el que la legislación autonómica ha coadyuvado de manera decisiva— y la relativa superación de la nota de la mutualidad mantienen con todo su vigor una controversia que, parece, no va a cerrarse a corto plazo.

Esta divergencia en los criterios ha podido constatarse de modo evidente en dos obras relativamente cercanas en el tiempo: M.^a Luisa Llobregat Hurtado, *Mutualidad y Empresas Cooperativas*, José M.^a Bosch (ed.), Barcelona, 1990, y Manuel Paniagua Zurera, *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

⁹ Tornos Mas ha hecho notar que a lo largo de la CE hay frecuentes llamadas a «los poderes públicos», como locución genérica, «sin que se haya especificado a qué se hace referencia», y señala al efecto: «Este concepto, de uso corriente, por ejemplo, en Italia, debe englobar a los distintos titulares de potestades públicas, y recoge en su interior el fenómeno del creciente pluralismo político dentro del Estado. Esta forma se vincula al legislativo, judicial, ejecutivo, Comunidades Autónomas, provincias, municipios y otros sujetos con potestades públicas al desarrollo de los mandatos constitucionales (...)». En este mismo sentido parecen orientarse las referencias a los poderes públicos en los debates del texto constitucional». Joaquín Tornos Mas, «La intervención de las Comunidades Autónomas en la economía», *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 21, abril-junio de 1979, p. 224, en nota al pie núm. 7.

¹⁰ Según Alonso Soto, el artículo 129.2 CE no imponía una nueva Ley de Cooperativas, sino «una o varias leyes, pero promocionales», de tal manera que la modificación de la Ley de 1974 y su Reglamento de 1978 sólo era obligada en la medida en que se estimara que constituían un obstáculo para el desarrollo del cooperativismo. Francisco Alonso Soto, *Ensayos sobre la Ley de Cooperativas*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1990, p. 148.

Aunque el mencionado autor calificaba de «buena» la Ley de 1974 por cuanto permitía una cooperación democrática y acorde con los principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional, lo cierto es que, tras la aparición del Reglamento de 1978, el marco regulador de las sociedades cooperativas adquirió tintes insólitos en la medida en que la Ley mantenía ciertas huellas derivadas del régimen anterior que, sin embargo, eran puestas en entredicho por el reglamento. Sobre esta cuestión, Francisco Vicent Chuliá, «El accidentado desarrollo...», *op. cit.*, pp. 127-128.

¹¹ Sobre el devenir de la regulación cooperativa, son de destacar las obras de Fernando Valdés Dal-Re, *Las cooperativas de producción (Un estudio sobre el trabajo asociado)*, Montecorvo, Madrid, 1975, pp. 23 a 74; Enrique Gadea Soler, «Análisis histórico-legislativo en torno a la sociedad cooperativa», *Anuario de Estudios Cooperativos*, Instituto de Estudios Cooperativos, Universidad de Deusto, año 1994, pp. 101-198; Francisco Vicent Chuliá, «Análisis crítico del nuevo Reglamento de Cooperación» (Decreto 2396/1971, de 13 de agosto, BOE de 9 de octubre), *Revista de Derecho mercantil*, julio-diciembre de 1972, en especial pp. 433 a 467.

¹² Narciso Paz Canalejo, «La Constitución y las cooperativas», *Documentación Administrativa*, núm. 186, abril-junio de 1980, pp. 79-80.

til¹³, escisión que lleva como última consecuencia a su entendimiento como materia competencial con sustancia propia¹⁴ que, a su vez, y al no estar expresamente prevista en el artículo 149.1 CE, podía ser asumida por los Estatutos de Autonomía dentro de los límites que las vías de acceso imponían originariamente¹⁵.

En todo caso, el escenario que presentaron los Estatutos fue, sin duda, dispar e iba desde la asunción como competencia exclusiva en los casos antes citados, hasta la inexistencia de mención alguna al cooperativismo (Asturias, Cantabria, Comunidad de Madrid, La Rioja y Murcia), pasando por situaciones intermedias caracterizadas bien por la previsión de una futura incorporación de dicha «materia» (Aragón, Castilla-La Mancha, Canarias, Castilla y León y Extremadura), bien por la asunción del desarrollo legislativo y ejecución de la legislación estatal (Galicia e Islas Baleares).

2.2. La doctrina del Tribunal Constitucional y el devenir posterior de la competencia sobre Sociedades Cooperativas

Resultaría ocioso recordar el juicio vertido en la STC 72/1983 si no fuera por la incidencia que la misma tuvo en la situación posterior de la cuestión competencial que ahora tratamos: planteado recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley vasca de 1982, el TC pasó de

¹³ En este sentido, Casas Baamonde, para quien «la corta historia de la legislación cooperativa no ha sido (...) hasta el momento especialmente venturosa», estando presidida por «la tensión que, desde su nacimiento, (...) han venido generando las tendencias doctrinales desgarradoras de su especificidad, mercantilizadoras y laboralizantes». La autora considera que el sistema autonómico abre «nuevas e insospechadas perspectivas de evolución al brindar [al Derecho cooperativo] asentamiento separado». María Emilia Casas Baamonde, «Regulación jurídica de las cooperativas: distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en AAVV (org. Departamento de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social del Gobierno Vasco), *Primeros encuentros cooperativos de la Universidad del País Vasco*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1986, p. 14.

¹⁴ Sobre este punto resultan elocuentes las siguientes palabras de Borjabad: «Algunos grupos de interés consiguieron introducir una orden en el apartado 2 del artículo 129 CE, dirigida a los poderes públicos, para fomentar mediante una legislación adecuada la sociedad cooperativa. Así pues, desde aquel momento los citados poderes quedaron obligados al fomento de tal modelo empresarial y precisamente por el método de una adecuada normativa, pero nadie esperaba en aquel tiempo lo que vendría a sucedernos en los veintidós años siguientes. Aunque entonces ya se había dejado de discutir si la Cooperativa era o no una Sociedad, pero se seguían preguntando los estudiosos de la materia si tal Sociedad era o no mercantil, nadie planteó el problema con firmeza al distribuir competencias y habiendo quedado dentro de las del Estado, entre otras, la correspondiente a la legislación mercantil, se admitió, sin embargo, que la competencia en exclusiva sobre la materia cooperativa fuera siendo adoptada en los diferentes Estatutos de Autonomía, primero en unos cuantos y más tarde en todos, de modo que los diferentes Parlamentos han ido produciendo una cantidad de normativa en la materia que resulta difícil de igualar en otras áreas competenciales». Primitivo Borjabad Gonzalo, «La Sociedad Cooperativa en la Ley 27/1999», en VVAA [Francisco Alonso Espinosa (coord.)], *La Sociedad Cooperativa en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*, Comares, Granada, 2001, pp. 3-4.

¹⁵ La Ley madrileña participa de esta misma postura al afirmar en su EM: «La ley regula las cooperativas y sus asociaciones, entendiendo que la cooperativa en el ordenamiento jurídico español tiene una sustantividad propia que la diferencia de las sociedades mercantiles, lo que justifica que esta Comunidad Autónoma pueda regular su régimen jurídico».

puntillas sobre la naturaleza de las empresas cooperativas, viniendo a legitimar la regulación autonómica con base en una competencia exclusiva cuyos linderos, sin embargo, quedaban sin definir claramente y que, atendiendo a la normativa actual, ha adquirido una fuerza expansiva inusitada.

Frente a los argumentos de la Abogacía del Estado basados en la integración de la materia cooperativa en el título estatal correspondiente a la «legislación mercantil», el TC rechaza cualquier *«interpretación que conduzca a vaciar de contenido la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de cooperativas [atribuida en el caso resuelto por el art. 10.23 EAPV]»; «conclusión a la que conduce la interpretación sistemática de los preceptos de la Constitución y del Estatuto, situado en el marco constitucional y que prescinde de cualquier posición doctrinal acerca de si las cooperativas han de calificarse o no como sociedades mercantiles, ya que la interpretación ha de situarse en el contexto del ordenamiento vigente»*. Y todo ello, sin que se obste el necesario respeto a la legislación mercantil por parte de la normativa cooperativa autonómica según *«sucede en aquellos aspectos en que la legislación general de cooperativas remite a la legislación mercantil o también cuando contiene preceptos mercantiles, como acontece en algún caso»* (FJ Tercero).

Con este punto de partida, la cuestión pasaba por concretar el alcance territorial de la competencia autonómica, esto es, si la competencia autonómica se extendía o no exclusivamente a las relaciones jurídicas de carácter cooperativo dentro del ámbito territorial autonómico, señalándose al efecto que *«las competencias asumidas en materia de cooperativas han de entenderse referidas al ámbito territorial [autonómico], es decir, que las relaciones de carácter cooperativo a que puede afectar la competencia de la Comunidad son única y exclusivamente las que tengan lugar en [su] ámbito territorial»*. Este alcance rige en cuanto a *«las “funciones” típicas de las cooperativas [que] se reflejan en las relaciones de las cooperativas con sus socios, es decir, son relaciones societarias internas, con carácter general, que son las que han de desarrollarse en el ámbito territorial [autonómico]»*. Ahora bien, *«además la cooperativa como persona jurídica ha de establecer relaciones jurídicas externas con terceros que no pueden encuadrarse dentro de las “funciones” típicas de las mismas y que tienen un valor instrumental y necesario para la consecución del fin social»; en relación con ellas «la competencia material de la Comunidad respecto a las cooperativas no incide directamente en estas relaciones» de suerte que cabe realizarlas «fuera del territorio de la misma»* (FJ Cuarto).

Puntualizada la cuestión en los términos señalados, y situada la «materia cooperativa» fuera de la órbita de la «legislación mercantil», quedaba abierto el sendero hacia lo que constituyó el siguiente hito: la transferencia a las restantes CCAA de la competencia exclusiva sobre sociedades cooperativas que, por lo que concierne a buena parte de las CCAA (incluida la de Madrid), se llevó a cabo mediante la conocida LO 9/1992, de 23 de diciembre¹⁶ [art. 2.c)], dando lugar a las correspondientes modificaciones estatutarias¹⁷.

¹⁶ BOE 308/1992, de 24 de diciembre.

¹⁷ Ciñéndonos a Madrid, dicha modificación tuvo lugar por LO 10/1994, de 24 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (BOE 72/1994, de 25 de marzo) de la que

Con mayor o menor celeridad, las distintas CCAA han ido aprobando su normativa cooperativa propia, resultando de este proceso un panorama normativo que Alonso Espinosa tilda de «complicado, absurdo y, con frecuencia, disfuncional e inseguro laberinto»¹⁸, sin parangón en el Derecho comparado. No obstante, y pese a la razón que encierran estas palabras, es de justicia reconocer que la labor desarrollada por las CCAA ha permitido «repensar qué es esta institución centenaria que llama nuestra Constitución Sociedad cooperativa»¹⁹, así como profundizar en su vertiente empresarial dotándole de mecanismos en los que, sin duda, las regulaciones autonómicas han asumido riesgos crecientes posibilitando su adaptación progresiva a las necesidades económicas actuales superando las rémoras que hacían del cooperativismo un sector marginal²⁰.

III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY MADRILEÑA. COMPARATIVA CON LAS DETERMINACIONES DE LAS RESTANTES NORMAS AUTONÓMICAS

Las aludidas críticas doctrinales sobre la excesiva proliferación normativa en materia cooperativa sufren una nueva vuelta de tuerca al hilo del análisis de las diversas normas sectoriales y los problemas que éstas acarrearán en el punto concerniente a su ámbito de aplicación.

En efecto, el estudio de las fórmulas legales sobre el extremo mencionado —ámbito de aplicación de cada ley— evidencia la inexistencia de un modelo uniforme y, lo que es más preocupante, cierta desviación respecto de la doctrina constitucional reseñada en líneas precedentes, cuestión de la que nos ocuparemos a continuación.

3.1. **Leyes de primera y segunda generación.** **La denominada «Huida del Derecho Cooperativo»**

Morillas Jarillo²¹, en un extenso y profundo estudio sobre los criterios manejados en la determinación del ámbito de aplicación de las leyes sobre

resultaría el artículo 26.21, que atribuía a la CA la «plenitud de la función legislativa» en materia de «cooperativas, mutuas no integradas en el sistema de la Seguridad Social, respetando la legislación mercantil», y produciéndose el correspondiente traspaso de funciones y servicios por RD 933/1995, de 9 de junio (BOE 164/1995, de 11 de julio). Posteriormente, la LO 5/1998, de 7 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero (BOE 162/1998, de 8 de julio) estableció la redacción definitiva del actual artículo 26.1.14, asignando la «competencia exclusiva» en materia de «Cooperativas y entidades asimilables, mutualidades no integradas en la Seguridad Social, conforme a la legislación mercantil».

¹⁸ Francisco Alonso Espinosa, «Prólogo», en VVAA, *La Sociedad Cooperativa...*, op. cit., p. XXV.

¹⁹ Francisco Vicent Chuliá, «La legislación cooperativa como desafío para el jurista», en AAVV, *Primeros encuentros cooperativos...*, op. cit., p. 58.

²⁰ Celestino García Marcos, «Una ley de cooperativas para el siglo XXI», *CIRIEC-España*, núm. 29 (núm. monográfico: «La legislación cooperativa en España»), agosto de 1998, pp. 40-41.

²¹ M.^a José Morillas Jarillo, «El ámbito de aplicación de las leyes de Sociedades Cooperativas», en AAVV, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. V, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp. 4745-4812.

cooperativas, ha puesto de manifiesto las múltiples aristas que entraña este tema distinguiendo una suerte de doble estadio que permitiría hablar de leyes de primera y segunda generación²²: el primer grupo se conformaría por aquellas normas que emplean el criterio territorial —ya solo, ya combinado con otros componiendo un criterio mixto— como elemento delimitador de su ámbito de aplicación, siguiendo de un modo más o menos fiel la doctrina constitucional; por el contrario, las leyes de segunda generación colocan el acento en el hecho de que la «actividad cooperativizada» se realice *principal o mayoritariamente* en la Comunidad Autónoma correspondiente²³, incorporando así un elemento de acusada indeterminación y dudosa legalidad a juicio de la autora citada.

La extensión de este trabajo no nos permite un análisis exhaustivo de las formulaciones normativas, pero es preciso constatar que la heterogeneidad de las mismas provoca problemas de difícil salida de los que sólo son algunos ejemplos los siguientes: qué contenido ha de darse a los adverbios «principalmente» o «mayoritariamente», cuáles son sus engarces para proceder a esa «cuantificación», cómo se cohonestan criterios de esa índole con la propia limitación geográfica de las CCAA que, al mismo tiempo, juega como ingrediente territorial para el desenvolvimiento de sus competencias materiales, etc.

Dificultades a las que se añade un efecto que ya empieza a manifestarse como motivo de preocupación doctrinal de primer orden y que, emulando una conocida expresión, se ha denominado «Huida del Derecho Cooperativo». Este fenómeno encontraría su razón de ser en la posibilidad real de que las cooperativas, manejando a su antojo los intrincados hilos del ámbito de aplicación contenidos en las normas sectoriales, opten por la regulación, bien estatal, bien autonómica, que se ajuste mejor a sus intereses empresariales. Una posibilidad que, aunque jurídicamente factible, puede llevar al camino sin retorno de normativas cooperativas en permanente modificación²⁴ y a la aplicación de políticas de fomento dirigidas a atraer y llevar a su terreno un número creciente de inversiones a través de sociedades de este tipo²⁵.

²² Emplea también esta denominación Manuel Paniagua Zurera, «La reforma de la legislación cooperativa andaluza», *CIRIEC-España*, núm. 29 (núm. monográfico: «La legislación cooperativa en España»), agosto de 1998, p. 51.

²³ Hemos de advertir que el mismo criterio se encuentra en el artículo 2 de la ley estatal [Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas; BOE 170/1999, de 17 de julio. En adelante, LC], precepto que vivió una encendida polémica durante todo el proceso de tramitación parlamentaria como muestra con detalle la propia M.^a José Morillas Jarillo, *op. cit.*, pp. 4780 a 4782.

²⁴ Montolio considera que este proceso de permanente alteración de los marcos normativos se revela como «una carrera —en ocasiones sin aportaciones relevantes— por acaparar «novedades» traídas de aquí y de allí sin que generalmente se ofrezca mayor justificación», y empleando la metáfora del gran olmo que «con toda esa majestuosidad, lo cierto es que hasta donde alcanzó su sombra nada crece», muestra su preocupación por que «no suceda así para las cooperativas en medio de la frondosidad legislativa a que asistimos». José M.^a Montolio, «Leyes cooperativas de las Comunidades Autónomas: determinación de un modelo», *Revista de Estudios Cooperativos (Revesco)*, núm. 66, 1998, p. 248.

²⁵ Alude a este peligro Rosalía Alfonso Sánchez, «La reforma de la legislación estatal sobre Sociedades Cooperativas: su incidencia en las Comunidades Autónomas sin ley reguladora», *Revista Jurídica La Ley*, 1999-2 (D-65), p. 1689, en nota al pie núm. 72.

3.2. El modelo seguido en la previsión del artículo 2 LCM

Conforme al artículo 2 LCM, *«la presente Ley se aplicará a las cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada con sus socios en el territorio de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de la actividad con terceros o la instrumental o personal accesorio que puedan realizar fuera de dicho territorio»*.

Como es fácil colegir, la Ley madrileña ha optado por respetar fielmente los límites establecidos en la antes citada doctrina constitucional, de suerte que la proyección de aquélla toma como punto de partida el acatamiento de los límites territoriales autonómicos con la salvedad de la eventual extraterritorialidad derivada de las actividades con terceros y de las de carácter instrumental.

La claridad que muestra la Ley se enturbia, sin embargo, al acudir al Reglamento de Organización y Funcionamiento del Registro de Cooperativas de la Comunidad de Madrid²⁶ que, de un modo sorprendente, señala en su artículo 2.1 que *«el Registro es competente respecto de las cooperativas de primer, segundo y ulterior grado, que desarrollen su actividad cooperativizada con sus socios, con carácter principal, en el territorio de la Comunidad de Madrid»*, entendiéndose por tal locución (*«con carácter principal»*) *«cuando la actividad que realice en dicha Comunidad resulte superior a la realizada con el conjunto de las demás Comunidades Autónomas»*; circunstancia ésta que se deducirá de sus estatutos en la inscripción inicial de la sociedad²⁷ (art. 2.2, *in fine*, RRCM).

¿Estamos, acaso, ante la perpleja situación de convivir con normas correspondientes a distintas generaciones a las que aludíamos antes? ¿Ley de primera generación y reglamento de segunda? A nuestro entender, más parece que el RRCM, en un intento de dar mayor concreción a la ley, ha terminado por introducir cierta confusión que, en todo caso, y por simple aplicación del principio de jerarquía normativa, no puede llevar a una pretendida superación del modelo contenido en aquélla, so pena de incurrir en una interpretación *contra legem*²⁸.

²⁶ Este reglamento se aprueba por Decreto 177/2003, de 17 de julio (BOCM 181/2003, de 1 de agosto), en adelante, RRCM.

²⁷ En Dictamen 963/2003, de 5 de junio de 2003, el Consejo de Estado mostraba las dificultades que podía entrañar este artículo en los siguientes términos: *«(...) por lo que se refiere al criterio de actividad principal nada resuelve tampoco el proyecto al indicar que debe tratarse de una actividad «superior porcentualmente» sin concretar cuáles son las variables determinantes de dicha superioridad (volumen de facturación o el número de cooperativistas, por ejemplo) lo que podría desencadenar un conflicto entre dos o más Comunidades Autónomas según el criterio que cada una de ellas disponga a la hora de considerar superior una actividad cooperativizada»* [Punto V, Apartado 2)]. Aunque el texto definitivo del Reglamento ha omitido el adverbio *«porcentualmente»* opinamos que las dificultades apuntadas no se han soslayado.

²⁸ El RRCM parece inspirarse en la determinación del domicilio social que, según el artículo 4 LCM, ha de estar *«en el territorio de la Comunidad de Madrid, en el lugar donde desarrollen principalmente su actividad o donde centralicen su gestión administrativa»*.

IV. LAS COOPERATIVAS Y SU REGISTRO: ALCANCE Y CARACTERES DE LA ACTIVIDAD REGISTRAL

4.1. Consideraciones generales sobre los Registros de Cooperativas: naturaleza administrativa y eficacia jurídica

Es sobradamente conocido que el divorcio entre sociedades mercantiles y cooperativas ha encontrado tradicional reflejo en diversos aspectos, de entre los cuales despunta el relativo a la cuestión registral.

Fuente de reiteradas críticas por parte de los mercantilistas²⁹, el Derecho español optó desde antiguo por un sistema de registro administrativo³⁰ que, separado del Registro Mercantil en cuanto a su organización, funcionamiento y principios, dejaba fuera de éste a las Sociedades cooperativas³¹. Un hecho que, para algunos, constituye una quiebra en la seguridad jurídica³² y va en detrimento de la tendencia que marca el tránsito del Registro Mercantil como registro de sociedades mercantiles hacia su más amplia consideración como registro de empresas.

Esa misma opinión mayoritaria que propugnaba la inclusión de las cooperativas en el Registro Mercantil fundándose en razones de seguridad en el tráfico jurídico, ha encontrado nuevos argumentos en la proliferación normativa autonómica que, obviamente, ha afectado también a este punto mate-

²⁹ Sánchez Calero y Olivencia Ruiz consideraban esta circunstancia «una desigualdad injustificada entre regímenes jurídicos en materia que presenta iguales exigencias» proponiendo como solución alternativa, bien «la inclusión de las cooperativas en el Registro Mercantil como registro de empresarios», bien «el establecimiento de un sistema registral cooperativo inspirado en los mismos principios jurídicos de publicidad que informan el Registro Mercantil». Como veremos, esta última solución es la que parece inspirar la regulación actual de los diversos Registros de Cooperativas en general, y del madrileño, en particular. Fernando Sánchez Calero y Manuel Olivencia Ruiz, «Relaciones del régimen jurídico de las Sociedades Mercantiles y de las Sociedades Cooperativas», en VVAA, *El cooperativismo en la coyuntura española actual*, Anales de Moral Social y Económica, vol. 6, Centro de Estudios de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, Madrid, 1964, p. 172.

³⁰ Los antecedentes históricos de la actual regulación registral cooperativa, las razones de su configuración como registro administrativo y una valoración de los aspectos más relevantes sobre esta cuestión en la pasada normativa cooperativa española, puede encontrarse en Juan Antonio Pérez de Lema, «La publicidad registral y la legislación de cooperativas», en AAVV, *Segundos encuentros cooperativos de la Universidad del País Vasco. Aspectos notariales y registrales de las Sociedades Cooperativas*, Instituto de Derecho cooperativo y Economía Social de la Universidad del País Vasco/Departamento de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, San Sebastián, 1988, pp. 102-107.

³¹ Puede citarse como insólita excepción la previsión del artículo 41 de la Ley de 1974 que obligaba a la llamada «toma de razón» de las Sociedades cooperativas en el Registro Mercantil. Dicho artículo, dada su confusa redacción, dio pie a variadas interpretaciones. Véase sobre el particular, Juan Gómez Calero, «Sobre la «mercantilidad» de las cooperativas», *Revista de Derecho mercantil*, 1975, pp. 327 a 331; Narciso Paz Canalejo, «Competencias administrativas y control jurisdiccional ante el Registro de Sociedades Cooperativas según el ordenamiento español», *Revista La Ley*, 1987-III, pp. 952-953; Francisco Vicent Chuliá, «Las empresas mutualísticas y el Derecho mercantil en el Ordenamiento español», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, año LII-núm. 512, enero-febrero de 1976, pp. 121 a 125.

³² Javier Divar Garteizaurreco, «El Derecho comparado cooperativo en Europa», *Anuario de estudios cooperativos*, año 1988, Instituto de Estudios Cooperativos, Universidad de Deusto, p. 119; Mercedes Vergés Sánchez, *op. cit.*, p. 34-35.

rializándose en la creación de nuevos Registros de Cooperativas, generalmente acompañados de normativa reglamentaria propia.

En todo caso, no puede obviarse que la configuración actual de estos registros administrativos presenta rasgos harto distintos de los característicos de épocas pretéritas a través de un proceso de acercamiento a las cualidades propias del Registro Mercantil, esto es, dotándoles de eficacia jurídica³³. La regulación madrileña es buena muestra de ello cuando en el artículo 14.2 LCM indica que *«la eficacia del Registro viene definida por los principios de publicidad formal y material, legalidad, legitimación o presunción de validez y de exactitud, prioridad y tracto sucesivo, así como de convalidación, mediante documento público de rectificación, de los actos inscritos que tengan vicio de nulidad»* (en igual sentido, art. 4 RRCM)³⁴.

Paralelamente, su carácter administrativo se refleja con elocuencia en el artículo 1.1 RRCM, que configura el Registro de Cooperativas *«como unidad administrativa con categoría de Sección, adscrita a la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Trabajo»*, así como en el artículo 16 LCM según el cual *«en cuanto a plazos, personación en el expediente, representación y demás materias referidas al Registro de Cooperativas de la Comunidad de Madrid no reguladas expresamente en esta Ley o en sus normas de desarrollo, serán de aplicación las normas del procedimiento administrativo común»*.

4.2. Nacimiento de la cooperativa. Carácter constitutivo de la inscripción registral

Con un contenido prácticamente igual al del artículo 7 LC, el artículo 7 LCM establece que *«la cooperativa se constituye mediante escritura pública que se inscribirá en el Registro de Cooperativas de la Comunidad de Madrid. Desde el momento de la inscripción la cooperativa tendrá personalidad jurídica»*.

Estamos, pues, ante una inscripción constitutiva, carácter que, además, se extiende a las inscripciones de modificación de estatutos, fusión, escisión, disolución, reactivación y eventual transformación de la cooperativa en socie-

³³ La caracterización administrativa entremezclada con la vestidura jurídica (véase art. 14.2 LCM que transcribimos a continuación) lleva a Leyva de Leyva a afirmar que estamos ante «una figura mixta, fruto del mestizaje de lo administrativo con los principios hipotecarios, transportados del Registro Mercantil. No es Registro administrativo, ni jurídico, es Registro jurídico-administrativo». Juan Antonio Leyva de Leyva, «Planteamiento total de los registros públicos, su división en registros administrativos y registros jurídicos, y especial nota crítica del Registro de Cooperativas», en AAVV, *Segundos encuentros cooperativos...*, op. cit., p. 88.

No podemos eludir que este llamado «mestizaje» ha planteado serias objeciones doctrinales por la eventual intromisión que ello pudiese suponer en la competencia exclusiva estatal sobre la «ordenación de los registros e instrumentos públicos» (art. 148.1.8 CE). Sobre esta cuestión, Francisco Vicent Chuliá, «La reforma de la legislación cooperativa», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 1984, pp. 133 y ss., así como las obras citadas de Pérez de Lema y Leyva de Leyva.

³⁴ Los distintos principios enunciados encuentran desarrollo en los siguientes artículos del RRCM: legalidad (art. 6), publicidad formal (art. 7), publicidad material (art. 8), legitimación (art. 9), prioridad (art. 10) y tracto sucesivo (art. 11).

dad mercantil, siendo declarativa en las demás actuaciones registrales, tal y como señala el artículo 5.2 RRCM.

La escritura de constitución deberá presentarse para su inscripción en el mencionado Registro en el plazo de dos meses desde su otorgamiento (art. 13.1 LCM) para el que, a su vez, se establece un plazo máximo de dos meses desde la celebración de la Asamblea constituyente, sin perjuicio de la previsión del artículo 9.3 LCM³⁵ (art. 12.1 LCM).

Derogado el artículo 13.2 LCM por Ley 1/2001, de 29 de marzo³⁶, la regulación vigente señala un plazo de tres meses desde la solicitud para practicar o denegar dicha inscripción, siendo el sentido del silencio administrativo estimatorio³⁷ y pudiendo los interesados «instar al responsable del Registro que efectúe materialmente la inscripción solicitada en el plazo máximo de cuarenta y cinco días» (art. 13.3 LCM).

Destaca la previsión del artículo 13.5 LCM desarrollada en el artículo 32 RRCM, que permite la petición al Registro de un dictamen sobre la legalidad de los Estatutos con carácter previo al otorgamiento de la escritura de constitución³⁸. Dicho informe, que no es vinculante, puede solicitarse igualmente en el caso de que se proceda a la aprobación de un nuevo texto estatutario completo³⁹ (art. 32.1 *in fine* RRCM).

4.3. Breve recorrido por las funciones del Registro de Cooperativas de la Comunidad de Madrid

Aunque las dimensiones de este estudio no nos permite la minuciosidad que este tema requeriría, realizaremos un breve apunte acerca de las funcio-

³⁵ Conforme a este artículo 9.3 LCM puede prescindirse de celebrar Asamblea constituyente mediante el otorgamiento directo de la escritura de constitución por parte de la totalidad de los promotores de la cooperativa.

³⁶ BOCM 85/2001, de 10 de abril; BOE 149/2001, de 22 de junio. Por esta Ley se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos. El texto del derogado artículo 13.2 LCM otorgaba un plazo inferior —dos meses—, aunque preveía la interrupción del mismo caso de que se advirtiera algún defecto; defecto que, puesto en conocimiento de los gestores, debía subsanarse en tres meses, reanudándose el plazo de inscripción una vez producida la subsanación o archivándose el expediente en caso contrario. Por otra parte, este artículo 13.2 no establecía el sentido del silencio que, sin embargo, podía derivarse indirectamente del contenido del artículo 13.3 LCM.

Conviene subrayar la importancia de que este silencio sea positivo, ya que según el régimen general establecido en la LRJAP-PAC, impide que la eventual decisión administrativa extemporánea sea contraria a su carácter estimatorio, como por otra parte se reconoce en el propio artículo 13.3 LCM, cuando dice: «Transcurridos los plazos establecidos en el apartado anterior sin que se haya efectuado la inscripción o denegación motivada, el Registro no podrá dictar resolución expresa denegatoria de la inscripción (...)».

³⁷ Por el contrario, y de acuerdo con el anexo de la Ley 1/2001 citada, el silencio es negativo en el caso de inscripción de acuerdos sociales.

³⁸ Tal solicitud ha de realizarse, conforme al artículo 13.5 LCM, por los gestores; sin embargo, el artículo 32.1 RRCM emplea el término más amplio de «interesados».

³⁹ La dicción del artículo 32.1 RRCM introduce cierto equívoco al emplear una fórmula aparentemente imperativa en este último supuesto («procederá igualmente realizar dicho dictamen cuando la cooperativa se plantee aprobar un nuevo texto estatutario completo»). No obstante, debe entenderse que estas peticiones de dictamen previo al proyecto de estatutos es meramente facultativa y nada obliga a su solicitud.

nes del Registro aportando al menos las referencias normativas sobre las mismas. A tenor de los artículos 15 LCM y 3 RRCM, tales funciones son:

- Calificación⁴⁰, inscripción⁴¹ y certificación de los actos que según la normativa vigente deben acceder a dicho Registro. El artículo 3 RRCM concreta algo más la función certificadora señalando que corresponde al Registro la expedición de las certificaciones y notas simples informativas sobre el contenido de los asientos registrales y de los documentos depositados relacionados con los mismos.
- Legalizar los libros obligatorios de las cooperativas⁴².
- Recibir en depósito las cuentas anuales⁴³ y los informes de gestión y auditoría, así como los libros y documentación social en los casos de liquidación de la cooperativa.
- Expedir certificaciones sobre la denominación de las cooperativas⁴⁴.
- Proponer al Director General de Trabajo el nombramiento de los Auditores de Cuentas cuando proceda conforme al artículo 67 LCM.

V. DEL TÍTULO II LCMY SUS PREVISIONES

Con igual estructura que las demás normas sobre la materia, la LCM dedica uno de sus Títulos a la «Administración Pública y las Cooperativas» en el que vienen a agruparse tres elementos fundamentales: el principio general de fomento del cooperativismo como tarea de interés general, los mecanismos de intervención administrativa proyectados en estas sociedades⁴⁵ y, finalmente, ciertas previsiones organizativas entre las que destaca la creación del Consejo de Cooperativismo de la Comunidad de Madrid.

5.1. El fomento del cooperativismo como principio general

De idéntico modo al seguido en las restantes normas cooperativas, el Título II LCM se abre con la proclamación de un principio general según el cual *«se reconoce como tarea de interés general en la Comunidad de Madrid, mediante esta*

⁴⁰ En cuanto a la calificación e inscripción de títulos, Capítulo V del Título I RRCM (arts. 25 a 28).

⁴¹ Regulada en el Título II RRCM, bajo el rótulo «De la inscripción de las Sociedades Cooperativas y sus actos» (arts. 29 a 53).

⁴² Capítulo III del Título III RRCM, artículos 62 a 69.

⁴³ Capítulo II del Título III RRCM, artículos 57 a 61.

⁴⁴ Capítulo I del Título III RRCM, artículos 54 a 56.

⁴⁵ Quedarían al margen del Título II LCM las modalidades interventoras ligadas a la actividad registral vistas en el epígrafe anterior (lo mismo ocurre en las restantes leyes cooperativas). En este sentido no faltan autores que han criticado que ésta quede sistemáticamente ubicada fuera de las previsiones correspondientes a la acción administrativa en las sociedades cooperativas, aunque circunscriben la cuestión a un mero apunte formal sin trascendencia real. Así, Francisco Alonso Soto, «De la sociedad cooperativa; de los asociados; de los socios y órganos sociales», en VVAA, *Jornada técnica sobre «Nueva legislación cooperativa y su incidencia en las Comunidades Autónomas»*, Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (Centro de Formación Cooperativa y Empresarial), Madrid, junio de 1987, p. 23.

Ley y sus normas de desarrollo, *la promoción, estímulo y desarrollo de las sociedades cooperativas, cuya libertad y autonomía garantiza, y de sus estructuras de integración económica y representativa*».

Con un innegable engarce en el artículo 129.2 CE, este tipo de declaraciones encuentran su fundamento en la idea de que las cooperativas constituyen empresas económicas con el «valor añadido»⁴⁶ de su funcionalización hacia objetivos sociales de muy diversa índole. La propia Exposición de Motivos LCM apunta este hecho que, por lo demás, constituye una de las peculiaridades esenciales de la cooperación, esto es, su capacidad para conciliar «actividad económica» y «función social» como parámetros irrenunciables y consustanciales a la misma. Peculiaridad ésta que, para algunos, termina por observar en el cooperativismo cierta coincidencia entre sus fines y las tareas de interés general a las que de manera ineludible deben servir las Administraciones Públicas⁴⁷.

Sin llegar a consideraciones de ese tipo que, a nuestro juicio, pueden resultar exageradas, lo cierto es que a las sociedades cooperativas se les reconoce un relevante papel en la consecución de objetivos de marcado carácter supraindividual lo que, por otro lado, ha llevado a diversas instancias internacionales a proclamar la necesidad de promover su expansión: así, se advierte su potencial en la creación de empleo⁴⁸, integración social⁴⁹, desarrollo

⁴⁶ Inmaculada Carrasco Monteagudo e Isabel Pardo García, «Nuevos instrumentos de política económica en un entorno global: la promoción del cooperativismo como medio para la creación de empleo», *Revista de Estudios Cooperativos (Revesco)*, núm. 67, primer cuatrimestre de 1999, p. 42.

⁴⁷ Decía Gascón Hernández que «la idea de servicio es, pues, el nexo que vincula de manera inexorable los conceptos de cooperación y Administración». Juan Gascón Hernández, «Cooperación y Administración», *Revista de Administración Pública*, 1955, p. 139.

En dicha «intersección» finalista se ha basado una buena parte de la doctrina moderna para explicar el deber por parte de las instancias públicas de fomento y apoyo al cooperativismo. En todo caso, la historia del movimiento cooperativo evidencia que la relación entre éste y el Estado no ha estado libre de multitud de dificultades residenciadas en factores muy diversos entre los que despuntan dos: así, los recelos que originariamente producía el cooperativismo por sus conexiones con el movimiento obrero y las ideologías de corte socialista llevaron en ocasiones a un intento de encauzar su actividad sometién-dola a moldes de apreciable e, incluso, desproporcionada intervención (la Ley española de 1942 puede tomarse como paradigma, en cuanto obligó a la inserción del cooperativismo en la estructuración jerárquica de la Organización Nacional Sindicalista); otras veces, fue la misma doctrina cooperativa la que rechazaba de plano cualquier fórmula de colaboración con el Estado en un pretendido afán por mantener su independencia: sirvan como ejemplo las tesis de Warbasse, para quien el Estado era un «enemigo» del cooperativismo [es muy interesante la controversia que sobre las relaciones Estado-Cooperativas mantuvo el español Fabra Ribas con el citado Warbasse; véase Antonio Fabra Ribas, «Relations between Co-operative Societies and the State», *Review of International Cooperation*, núm. 1, enero de 1944, pp. 12-16]; sin llegar a la visceralidad de aquél, pueden citarse otros autores clásicos con posturas similares: Marshall, Pareto, Pantaleoni, Angueira Miranda, etc.

Para un amplio recorrido por la doctrina cooperativa, son de obligada cita las obras de Paul Lambert, *La doctrina cooperativa*, Intercoop Editora Cooperativa Limitada, Buenos Aires, 1970, 3.ª ed., y Drimer, Bernardo, y Kaplan de Drimer, Alicia, *Las cooperativas. Fundamentos – Doctrina – Historia*, Intercoop Editora Cooperativa Limitada, Buenos Aires, 1981, 3.ª ed.

⁴⁸ En cuanto al empleo femenino, Parlamento Europeo, «Resolución sobre el papel de las cooperativas en el crecimiento del empleo femenino», *DOCE*, núm. C 313, de 12 de octubre de 1998, pp. 234 a 238.

⁴⁹ Sobre el papel de las cooperativas en la integración de las personas discapacitadas, punto 3.5 último párrafo de Comité Económico y Social, «Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Integración de las personas con discapacidad en la sociedad», *DOCE*, núm. C 241, de 7 de octubre de 2002, p. 93.

regional⁵⁰, además, claro está, de su relevancia en sectores económico-sociales concretos, sin olvidar su propio valor como herramienta de democracia económica⁵¹.

5.2. Régimen sancionador

5.2.1. Tipificación de infracciones y sanciones

En cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad, y siguiendo la estructura típica del régimen administrativo sancionador, se distingue entre infracciones leves, graves y muy graves, con asignación de las correspondientes sanciones mediante el empleo del sistema habitualmente utilizado en la normativa administrativa, es decir, determinando un margen de cuantías pecuniarias de multa partiendo de cifras mínimas y máximas que actúan como umbrales.

- 1) *Infracciones leves*. Se establecen conforme a un sistema residual que, a nuestro entender, cubre de modo deficiente las exigencias del principio de tipicidad. De acuerdo con el artículo 133.3 LCM, «*son infracciones leves el incumplimiento de las obligaciones o la vulneración de las prohibiciones impuestas por esta Ley, que no supongan un conflicto entre partes, no interrumpen la actividad social y no puedan ser calificadas de graves o muy graves conforme a este artículo*». Atendiendo al artículo 134.2 LCM, estas infracciones se sancionarán con multa, equivalente en euros, de 50.000 a 100.000 ptas., y conforme al artículo 133.6 prescribirán a los tres meses.
- 2) *Infracciones graves* que, sancionables con multa de 100.001 a 500.000 ptas. (equivalente en euros), y con un plazo de prescripción de seis meses, incluyen los siguientes supuestos:
 - a) No convocar la Asamblea general ordinaria en tiempo y forma.
 - b) Incumplir la obligación de inscribir los actos y nombramientos que han de acceder obligatoriamente al Registro o retrasar su cumplimiento más de seis meses.
 - c) No efectuar las dotaciones, en los términos establecidos en esta Ley, a las reservas o fondos obligatorios o destinarlos a finalidades distintas a las previstas legalmente.
 - d) La omisión de auditoría de cuentas, cuando ésta resulte obligatoria, legal o estatutariamente.

⁵⁰ En relación con esta cuestión, Asamblea General de Naciones Unidas, «Resolución 56/114 (sobre la base del informe de la Tercera Comisión A/56/572): «Las cooperativas en el desarrollo social», A/RES/56/114, de 18 de enero de 2002.

⁵¹ Esta faceta, así como otras de las enunciadas se recogen en Comisión de las Comunidades Europeas, «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el fomento de las cooperativas en Europa» [COM (2004) 18 final], DOCE, núm. C 98, de 23 de abril de 2004 (referencia).

- e) Incumplir, en su caso, la obligación de depositar las cuentas anuales.
 - f) La transgresión no ocasional de los derechos legales de los socios o disposiciones imperativas de la presente Ley cuando no concurra ninguna de las agravantes previstas en el apartado b) del número siguiente.
 - g) Vulnerar las disposiciones legales, estatutarias o los acuerdos de la Asamblea general sobre la imputación de pérdidas del ejercicio económico.
 - h) La resistencia o negativa a la labor inspectora acreditada mediante la correspondiente acta de obstrucción.
- 3) Las *infracciones muy graves* pueden ser sancionadas con multa de 500.001 a 5 millones de las antiguas pesetas o con la descalificación a la que nos referiremos después, siendo su plazo de prescripción de quince meses. Se tipifican de este modo las siguientes conductas:
- a) La paralización de la actividad cooperativizada o la inactividad de los órganos sociales durante dos años, salvo que sean debidas a causas no imputables a los cargos mencionados en el número 1 (Administradores, Interventores y Liquidadores).
 - b) La transgresión de las disposiciones imperativas o prohibitivas de esta Ley, cuando se compruebe connivencia para lucrarse o para obtener injustificadamente subvenciones o bonificaciones fiscales o suponga vulneración esencial y flagrante de los principios cooperativos.
 - c) Aplicar cantidades del fondo de educación y promoción a finalidades distintas de las previstas por la legislación vigente y los Estatutos sociales de las cooperativas.

5.2.2. *Personas responsables*

Conforme al artículo 133 LCM, «*las sociedades cooperativas son sujetos responsables de las acciones y omisiones contrarias a esta Ley y sus normas de desarrollo y a los Estatutos, sin perjuicio de la responsabilidad personal exigible a los Administradores, Interventores y Liquidadores*».

Salvadas las iniciales dudas que en el ámbito sancionador planteaba el establecimiento de responsabilidad a personas jurídicas⁵², hemos de preguntarnos cómo se cohonestaba ésta con la eventual responsabilidad personal de los citados en el artículo 133.1 LCM. ¿Se está configurando una suerte de responsabilidad solidaria⁵³? Partiendo ineludiblemente de la proscripción en

⁵² Véase FJ Segundo de la STC (Sala 1.ª) 246/1991, de 19 de diciembre; recurso núm. 1274/1988. Ponente: Francisco Tomás y Valiente.

⁵³ El establecimiento de la responsabilidad solidaria no es infrecuente en el ámbito del Derecho administrativo sancionador y la propia LRJAP-PAC así la recoge en su artículo 130.3. Hemos de cons-

nuestro derecho de toda responsabilidad objetiva, resulta chocante la inclusión de «la capacidad económica de la cooperativa» como criterio de graduación de las sanciones; ¿se está considerando acaso que la cooperativa es siempre sujeto responsable, aun en el supuesto de que pueda concretarse la persona física culpable de la infracción? Entendemos que ello supone una exacerbación de difícil justificación y muy cuestionable a la luz de los principios del Derecho sancionador.

5.2.3. Otros apuntes sobre el régimen sancionador en la LCM

- a) *Criterios de graduación de las sanciones y principio de proporcionalidad.* De acuerdo con el artículo 134.1 *in fine* LCM, la sanción se impondrá «atendiendo al número de socios afectados, repercusión social, dolo, culpa y capacidad económica de la cooperativa». Criterios todos ellos que vienen a dar entrada al principio de proporcionalidad en la determinación de sanciones, de cuya relevancia en el Derecho administrativo sancionador no es preciso hacer ahora especial hincapié.

La idea de graduación conforme al número de socios afectados y de la repercusión social parece comprender la incidencia negativa de las conductas en las relaciones cooperativas *ad intra* y *ad extra*, incluyendo así los perjuicios causados tanto a los socios como a terceros.

Por su parte, la alusión al dolo o culpa permite alguna objeción en la medida en que, siendo la culpabilidad un principio consustancial a la potestad sancionadora, puede considerarse inadecuado su tratamiento como criterio de graduación. En este sentido, tal referencia creemos se emplea en sentido análogo al que incluye el artículo 131.3 LRJAP-PAC como «intencionalidad».

Mayores críticas pueden verse en relación con el criterio consistente en la capacidad económica de la cooperativa. Pensamos que, desde un mayor rigor técnico, habría que haber empleado la expresión «capacidad económica del infractor»⁵⁴, so pena de que este criterio se estime únicamente aplicable a los casos en que la responsabilidad recaiga en la persona jurídica.

- b) *Competencia sancionadora y procedimiento aplicable.* La competencia para la imposición de sanciones viene prevista en el artículo 134.3 LCM, conforme al cual corresponde la misma a la Dirección General de la que dependa el Registro de Cooperativas para multas de hasta 3 millones de pesetas y al Consejero competente en materia cooperativa en los casos en que se exceda dicha cuantía o se acuerde la des-

tatar que, frente a las lógicas reticencias que una imputación de este tipo provoca, la STC 76/1990, de 26 de abril [STC 76/1990 (Pleno), de 26 de abril; recurso núm. 695/1985. Ponente: Jesús Leguina Villa] admitió su conformidad a la CE [FJ Cuarto, letra B)]

⁵⁴ En relación con este criterio de graduación, véase STC 76/1990, de 26 de abril, *op. cit.*, FJ Sexto A).

calificación. La propuesta de resolución sancionadora compete en todo caso a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Por otra parte, y atendiendo al artículo 134.4 LCM, el procedimiento a seguir será el previsto para la imposición de sanciones por infracciones del orden social con un relevante añadido: caso de que la cooperativa estuviera afiliada a alguna de las entidades reguladas en el Título III LCM (Uniones, Federaciones o Confederaciones), «será preceptivo el informe de la asociación con vinculación más inmediata a la cooperativa afectada» que deberá emitirse en el plazo de 10 días hábiles desde la recepción por la asociación del acta del Inspector actuante.

5.3. Descalificación de la cooperativa

Comencemos por poner de manifiesto que esta figura ha sido fuente de reticencias doctrinales, en buena parte centradas en la dudosa y criticada procedencia de que una medida tan extrema —no olvidemos que determina la disolución de la cooperativa— quedara en manos de instancias administrativas y no en sede judicial⁵⁵.

Configurada como medida sancionadora, la Ley madrileña atribuye la competencia para acordar la descalificación «al titular de la Consejería en la que se integra el Registro de Cooperativas» [art. 135.3.c) LCM]; decisión que, caso de impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, «no será ejecutiva mientras no recaiga sentencia firme» [art. 135.3.d) LCM].

Especialmente destacable es la pérdida de la automaticidad del efecto disolutorio generalmente ligado a la descalificación. En este sentido, el artículo 135.4 LCM prevé que una vez que ésta haya adquirido firmeza, «la sociedad cooperativa debe disolverse o transformarse en el plazo de seis meses desde que sea ejecutiva la resolución administrativa» de suerte que la descalificación sólo implicará la disolución forzosa de la entidad tras el transcurso de este plazo de «transitoriedad».

5.3.1. Causas de descalificación

De acuerdo con el artículo 135.1 LCM, «podrán ser causa de descalificación como cooperativa de una sociedad sometida a la presente Ley» las que siguen:

- a) «Las señaladas en el artículo regulador de las causas de disolución, a excepción del cumplimiento del término estatutario de duración, la fusión o escisión o el acuerdo asambleario voluntario.»

⁵⁵ Francisco Alonso Soto, *op. cit.*, p. 208; José Luis del Arco Álvarez, «Génesis de la nueva Ley. Los principios cooperativos en la Ley General de Cooperativas», *Revista de Estudios Cooperativos (Revesco)*, núms. 36/38, mayo de 1975-abril de 1976, pp. 80-81.

Atendiendo a la remisión efectuada a las «causas de disolución» y visto el artículo 93.1 regulador de las mismas, serían causas de descalificación:

- La realización del objeto social o imposibilidad de realizar la actividad cooperativizada [art. 93.1.c) LCM].
- La reducción del número de socios por debajo del mínimo legal necesario para constituir una cooperativa, si no se reconstituye en el período de un año [art. 93.1.d) LCM].
- La inactividad de alguno de sus órganos sociales necesarios o la no-realización de la actividad cooperativizada, durante dos años consecutivos⁵⁶ [art. 9.1.e) LCM]. El punto de partida para el cómputo de dicho plazo ofrece ciertas dudas: cuando se trata de la inactividad de los órganos sociales, se ha defendido que «contarán a partir de la última actuación acreditada» (Lluis y Navas⁵⁷); por su parte, las mayores dificultades iniciales que pudiere comportar el situar el inicio del plazo en cuanto a la paralización de la actividad cooperativizada «queda mitigada por las actas del órgano de administración y de la Asamblea» (Coronado Fernández⁵⁸).
- Por la reducción del capital desembolsado por debajo de 300.000 pesetas (actualmente su equivalente en euros), si no se restituye en el plazo de un año [art. 93.1.f) LCM].
- Como consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social mínimo estatutario, a no ser que éste se aumente o reduzca en la medida suficiente [art. 93.1.g) LCM].
- La quiebra de la cooperativa determinará su disolución cuando se acuerde expresamente como consecuencia de la resolución judicial que la declare [art. 9.1.i) LCM].

⁵⁶ Pese a que este apartado presenta una redacción mejorable, el signo de puntuación —la coma— permite derivar que el plazo temporal de los dos años juega para ambos supuestos, esto es, tanto para la inactividad de los órganos sociales necesarios como para la no-realización de la actividad cooperativizada.

Es reseñable la diferencia existente entre la redacción de la Ley madrileña y la más rigurosa contenida en el artículo 70.1.c) LC que prevé como causa de disolución «la paralización de los órganos sociales o de la actividad cooperativizada durante dos años, *sin causa justificada, de tal modo que imposibilite su funcionamiento*». Coronado Fernández considera que la Ley madrileña es más amplia «porque abre el abanico de causas de disolución para incluir la inacción de los órganos sociales previstos para el adecuado funcionamiento de la cooperativa, en particular el órgano de administración. Esto supone que, también a diferencia de la LC, baste la inactividad, sin que sea preciso que la misma haga imposible el funcionamiento de la sociedad, lo que es lógico, porque (...) la única causa de paralización que hará imposible el funcionamiento de la cooperativa es el de la Asamblea general» (el autor basa este argumento en el hecho de la propia Asamblea General puede sustituir al Consejo Rector o a los Interventores y cualquier socio tiene legitimación para solicitar la convocatoria judicial de dicha Asamblea). Francisco Coronado Fernández, «Disolución, liquidación y extinción», en AAVV, *La Sociedad Cooperativa...*, op. cit., p. 316.

⁵⁷ Jaime Lluis y Navas, «La extinción de las Cooperativas a tenor de la ley de 1987», *Revista de Estudios Cooperativos (Revesco)*, núms. 54-55, 1986-1987, p. 232 (aunque referido a una ley estatal ya derogada, se parte del análisis de una previsión análoga a la comentada).

⁵⁸ Francisco Coronado Fernández, op. cit., p. 317.

- b) «Comisión de infracciones muy graves de normas imperativas o prohibitivas de la presente Ley, cuando supongan vulneración esencial de los principios cooperativos y teniendo en cuenta los criterios del artículo anterior.»

Se reproduce en la LCM un supuesto típico de descalificación que, por lo demás, ha sido objeto de críticas de variado signo por la «nebulosidad» de las distintas locuciones que lo componen. Así, y pese a la reducción que supone la mención a «infracciones muy graves» (las circunscritas, por tanto, a las señaladas en el art. 133.5 LCM), no se especifica cuántas de ellas son precisas para que el órgano administrativo actuante incoe el correspondiente procedimiento de descalificación. En todo caso, y dada la imprecisión de la expresión, se plantea la incógnita sobre si la ley está contemplando la reincidencia⁵⁹, la reiteración⁶⁰, ambas, o, incluso, ninguna de ellas.

Por otro lado, tampoco puede considerarse afortunada la remisión a infracciones muy graves «de normas imperativas o prohibitivas de la presente Ley cuando supongan vulneración esencial de los principios cooperativos y teniendo en cuenta los criterios del artículo anterior». De esta literalidad, pueden entresacarse algunas conclusiones y, paralelamente, ciertas zonas de penumbra:

- Pese a lo que una lectura apresurada del precepto pudiere dar a entender, la mera infracción de normas imperativas y prohibitivas de la ley no tiene por qué determinar la descalificación. Esta apreciación es relevante en la medida en que dicha vulneración puede dar pie a infracciones de diverso tipo, tal y como hemos visto en un epígrafe anterior. Ahora bien: aun suponiendo la claridad de esa remisión, ¿a qué infracciones muy graves se alude?, ¿a los tres supuestos legales? ¿sólo a aquel en el que se tipifica la «trasgresión de disposiciones imperativas o prohibitivas de esta Ley, cuando (...) suponga vulneración esencial de los principios cooperativos» [art. 133.5.b) LCM]?
- La idea de «vulneración esencial de los principios cooperativos» introduce un marco de indefinición imposible de soslayar y que se centra esencialmente en dos aspectos: por un lado, qué ha de entenderse por vulneración esencial; por otro, cuáles son los principios cooperativos a los que alude la norma, si bien este extremo podría ser resuelto a través del artículo 1.2 LCM⁶¹.

⁵⁹ Según el artículo 131.3.c) LRJAP-PAC, ésta supone la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así se haya declarado por resolución firme».

⁶⁰ Tal y como especifica la STS de 18 de noviembre de 2000 [STS (Sala 3.ª, Sección 6.ª) de 18 de noviembre de 2000; recurso núm. 6387/1996. Ponente: Jesús Ernesto Pérez Morate] «[La reiteración] presupone la pluralidad de actos en que, de forma repetida, se incumplan dichos deberes, de manera que el significado de este término (...) es (...) el gramatical de repetido o insistente...» (FJ Quinto).

⁶¹ Las actuales leyes cooperativas —y la madrileña no es una excepción— eluden una enunciación concreta de los principios cooperativos. En tal sentido, se ha optado por un sistema de referencia a lo que sobre este punto establezca la Alianza Cooperativa Internacional (en adelante, ACI), a quien se reconoce como máxima autoridad del movimiento cooperativo. Una remisión que, aunque valorada inva-

— La necesidad de tener en cuenta «los criterios del artículo anterior», no parece dar lugar a dudas, ciñéndose a recordar que la descalificación, en cuanto sanción máxima, debe imponerse atendiendo a los criterios de graduación enunciados en el artículo 134.1 LCM. En el supuesto que nos ocupa estos criterios son, a la postre, los que brindarán las bases para adoptar la decisión descalificadora en detrimento de la imposición de las sanciones pecuniarias correspondientes a las infracciones muy graves.

- c) «La inactividad de los órganos sociales durante dos años consecutivos o la no realización del objeto social durante el mismo período de tiempo.»

La primera incógnita que plantea este apartado es si no estamos ante un supuesto redundante respecto del previsto en el artículo 93.1.e) LCM que contempla como causa de disolución (y en cuanto tal, e indirectamente, causa de descalificación) «la inactividad de alguno de sus órganos sociales necesarios o la no realización de la actividad cooperativizada, durante dos años consecutivos». La única diferencia palpable es el calificativo «necesarios» que acompaña a los «órganos sociales» en este último artículo —mención que incluiría a la Asamblea General, Consejo Rector con su Presidente a la cabeza, e Intervenientes— y que, sin embargo, se omite en el caso que nos ocupa —lo que llevaría a integrar, junto con los anteriores, al eventual

riablemente de modo muy positivo, colocada en formulaciones del tipo de las que nos ocupa ofrece una dosis apreciable de indeterminación porque no hay que olvidar que la enunciación de los llamados «principios cooperativos» se ha visto marcada por un proceso de permanente reflexión y acrisolamiento a la luz de las experiencias prácticas, hecho que explica su redefinición a lo largo de la historia de la Cooperación.

La propia LCM refleja de un modo indirecto lo que estamos diciendo cuando en su artículo 1.2 señala que «las cooperativas se ajustarán en su estructura y funcionamiento a los principios y valores formulados por la Alianza Cooperativa Internacional, en los términos resultantes de la presente Ley». La mención a «principios y valores» no es casual y obedece a la última de las grandes directrices marcadas por la ACI en su Declaración sobre la Identidad Cooperativa, adoptada en el Congreso de Manchester el 23 de septiembre de 1995. En dicha Declaración, y bajo un prisma metodológico sustancialmente distinto del seguido hasta el momento, se identificaron los valores del cooperativismo como presupuesto previo y base sobre la que articular y perfilar los propios principios, transformando éstos en pautas posibilitadoras de la puesta en marcha de aquéllos. Conforme a la mencionada Declaración de Manchester sobre la Identidad Cooperativa «las cooperativas están basadas en los valores de la autoayuda, la auto-responsabilidad, la democracia, la igualdad, la equidad y la solidaridad. En la tradición de sus fundadores, los socios cooperativos hacen suyos los valores éticos de la honestidad, la transparencia, la responsabilidad y la vocación social». Por su parte, los siete principios identificados fueron los siguientes: 1. Adhesión voluntaria y abierta («principio de puerta abierta», según la locución tradicional); 2. Gestión democrática por parte de los socios; 3. Participación económica de los socios; 4. Autonomía e independencia; 5. Educación, formación e información; 6. Cooperación entre cooperativas, y 7. Interés por la comunidad.

La Declaración de Manchester puede encontrarse en su versión original y traducida en el *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho cooperativo*, núm. 25, enero-abril de 1996, pp. 21-26.

Sobre esta cuestión reviste especial trascendencia la obra de Sven Ake Böök, *Valores cooperativos para un mundo en cambio. Informe para el Congreso de la ACI*, Tokio, octubre de 1992, Alianza Cooperativa Internacional, Oficina Regional San José de Costa Rica, 1992. Realiza una perfecta síntesis de la labor desarrollada por la ACI en la elaboración de los principios y en la distinción entre valores y principios, Alejandro Martínez Charterina, «Los valores y los principios cooperativos», *Revista de Estudios Cooperativos (Revesco)*, núm. 61, diciembre de 1995, pp. 35-45.

Director, al Órgano facultativo de apelación o Comité de Recursos y a cualesquiera otras instancias de carácter consultivo o asesor a que se refiere el artículo 48 LCM—.

Desde nuestro punto de vista, este artículo 135.1.c) LCM carece de justificación: en primer lugar, por reiterativo en relación con el artículo 93.1.e) LCM; y en segundo término, porque en el dudoso caso de que se pretendiera contemplar supuestos diferenciables con base en esa única nota distintiva centrada en el adjetivo «necesarios», las consecuencias van más allá de lo que admite el sentido común: así, el artículo 135.1.c) LCM, al ser más amplio, «fagocitaría» de hecho la virtualidad práctica del artículo 93.1.e) LCM; y, lo que es más grave, nada parece apoyar que una posible inactividad de órganos facultativos deba recibir, como desproporcionado resultado, la descalificación de la sociedad cooperativa.

5.3.2. Aspectos procedimentales

Es en este punto donde la regulación madrileña presenta ciertas peculiaridades que, presididas por una finalidad garantista, «perfeccionan sensiblemente»⁶² el mecanismo de la descalificación.

Resulta casi superfluo constatar que la descalificación precisa de un cauce formal previo que, según el artículo 135.3 LCM, se rige por las disposiciones de la LRJAP-PAC, con las particularidades siguientes:

a) Preceptividad del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social [art. 135.3.a) LCM].

b) Caso de que la sociedad cooperativa estuviera afiliada a alguna entidad cooperativa de segundo o ulterior grado, deberá emitir informe, igualmente preceptivo, la asociación con vinculación más inmediata a la cooperativa afectada, reproduciéndose así lo previsto para el procedimiento sancionador general. Si no existiera tal afiliación, dicho informe preceptivo habrá de emitirse por el Consejo de Cooperativismo de la Comunidad de Madrid [art. 135.3.a) LCM].

c) En el trámite de audiencia de la sociedad, se personará el órgano de administración, los liquidadores o, en su defecto, un número de socios no inferior a tres. En este sentido se refuerza la publicidad al contemplarse que, de no comparecer o no ser posible la comparecencia por los mencionados, se publicará por segunda vez el aviso en el BOCM de manera que sólo se entenderá cumplido el trámite tras el transcurso de un mes desde la publicación de este segundo aviso [art. 135.3.b) LCM].

⁶² La expresión entrecomillada está sacada de la Exposición de Motivos de la LCM.

5.4. Una potestad administrativa no prevista en la LCM: la intervención temporal de Sociedades Cooperativas

En igual sentido que la propia ley estatal actualmente vigente y otras leyes autonómicas⁶³, la Ley madrileña deja de lado un mecanismo de intervención pública de apreciable intensidad: la intervención temporal⁶⁴ de sociedades cooperativas.

Según tuvimos ocasión de manifestar en otros trabajos⁶⁵, esta facultad, consistente en esencia en una *publicación de la gestión*⁶⁶, ha sido duramente criticada por cierto sector de la doctrina mercantilista-cooperativa⁶⁷ por suponer una inusual quiebra del derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 CE. Sin embargo, no cabe obviar que esta modalidad de intervención de empresas encuentra apoyo constitucional⁶⁸ y constituye una de las fórmulas a las que alude el artículo 128.2 CE, precepto sobre cuya base se asienta la previsión de ésta en diversas leyes autonómicas⁶⁹.

⁶³ Salvados ciertos antecedentes legislativos, la primera norma que incorpora esta previsión es la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana de 1985 que, tras mantenerla en posteriores modificaciones de la misma, la suprimió en la ahora vigente Ley 8/2003, de 24 de marzo. Un caso similar se produce en la legislación estatal que prevé la intervención temporal en la Ley de 1987 (art. 152), para hacerla desaparecer en la actual Ley de 1999. En cuanto al resto de las leyes cooperativas, únicamente contemplan esta modalidad interventora las leyes de Aragón (art. 96), Extremadura (art. 181), Galicia (art. 140), y País Vasco (art. 142), no haciéndolo las demás.

⁶⁴ Gamero Casado conceptúa la misma como «potestad administrativa y extraordinaria, en cuya virtud, por razones de interés general previamente definidas en una norma con rango de ley, la Administración asume, directa o indirectamente, y con carácter temporal, las facultades propias de los órganos de una empresa determinada, incidiendo sobre su gestión ordinaria o sobre su liquidación, con respeto de los derechos patrimoniales de los sujetos afectados». Eduardo Gamero Casado, *La intervención de empresas. Régimen jurídico administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 18 y 143.

⁶⁵ María Burzaco Samper, «Publicación de la gestión: la intervención temporal de Sociedades Cooperativas en la legislación vigente», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho cooperativo* (número monográfico: «El buen gobierno de las Cooperativas»), 2004, pp. 255-293, y «El procedimiento administrativo para acordar la intervención temporal de cooperativas y sus dificultades», *Actualidad Administrativa*, núm. 19, primera quincena noviembre de 2004, pp. 2308-2317.

⁶⁶ La expresión corresponde a Justo Hernando Delgado, «La intervención pública de empresas privadas», en VVAA, *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Colegio Universitario de Estudios Financieros-Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, p. 713.

⁶⁷ Narciso Paz Canalejo en su comentario al artículo 152 de la Ley General de Cooperativas de 1987, en VVAA [Fernando Sánchez Calero y Manuel Albaladejo (dirs.)], *Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial*, t. XX, vol. 3, Revista de Derecho Privado/Edersa, Madrid, 1994, p. 903.

⁶⁸ De Juan Asenjo contempla esta técnica como excepción al contenido esencial del referido artículo 38 CE; una suerte de ataque frontal al derecho que sólo encuentra amparo constitucional por estar expresamente previsto en el texto fundamental. Óscar De Juan Asenjo, *La Constitución económica española. Iniciativa económica pública «versus» iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 161-162.

⁶⁹ Recordemos que de acuerdo con el artículo 128.2 CE, «mediante ley se podrá (...) acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general». Aun cuando nadie pone en entredicho que el empleo de la fórmula «mediante ley» constituye una reserva de ley, la controversia se ha suscitado en relación con el alcance de la misma. Dicho de otro modo, la cuestión se centra en dilucidar si la CE exige que cada intervención de empresas venga precedida de una ley *ad hoc*, y, por tanto, singularizada, o, por el contrario, cabe una previsión legal general que habilite después la actuación administrativa interventora mediante procedimientos y actos administrativos aplicativos de aquélla. Lo cierto es que las opiniones doctrinales acerca de la instrumentación formal de la intervención han sido muy dispares: así, hay autores que entienden necesaria una ley singular para cada medida interventora, lo que, de algún modo,

Así las cosas, y dado el silencio de la LCM y la imposibilidad de acudir supletoriamente a la legislación estatal considerando la imprevisión de esta figura en la misma, la Comunidad Autónoma de Madrid ha renunciado a una técnica de intervención que, pese a su rigor, no debería ser objeto de un rechazo de plano. Ciertamente uno de los supuestos de intervención en cooperativas más desgraciadamente célebres —caso «PSV, Promoción Social de Viviendas»— prueba que nuestro ordenamiento puede ofrecer soluciones alternativas⁷⁰, pero a nuestro entender, los propios límites formales y materiales que esta potestad encuentra podrían haber servido para evitar cualquier reticencia sobre la necesaria preservación de las garantías a respetar y, al mismo tiempo, habrían permitido la salvaguarda de los intereses públicos en presencia en casos de especial gravedad; casos ligados, bien a circunstancias de índole económica⁷¹, bien a la existencia de irregularidades que puedan afectar a los derechos e intereses de los socios o de terceros.

5.5. El Consejo de Cooperativismo de la Comunidad de Madrid: su composición y funciones

A este órgano se dedica el Capítulo II, Título II, LCM que, en su artículo 136.1, se conceptúa como *«órgano consultivo y de participación, colaboración y coordinación entre el movimiento cooperativo y la Administración de la Comunidad de*

encuentra apoyo en la interpretación que se ha llevado a cabo de la locución constitucional «mediante ley» en relación con otros instrumentos a los que acompaña en el precitado artículo 128.2 CE (nos referimos sobre todo a las «reservas al sector público de recursos o servicios esenciales»). Se pronuncia en estos términos Ángel Rojo, «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española», *Revista de Derecho mercantil*, núm. 169/170, julio-diciembre de 1983, p. 340.

No obstante, puede afirmarse que la opinión mayoritaria aboga por interpretar la norma de manera más flexible: desde este punto de vista, es perfectamente respetuosa con la Constitución la ley general que prevea el instrumento de intervención administrativa estableciendo el o los supuestos de hecho que dan pie a la misma y las medidas concretas en que aquélla consiste. Así, Justo Hernando Delgado, *op. cit.*, pp. 718-719.

A nuestro juicio, y siguiendo a Gamero, entendemos que ambas fórmulas tienen cabida: la ley singular, con los límites que para este instrumento ha diseñado el TC [STC (Pleno) 166/1986, de 19 de diciembre; rec. 704/1984; Ponente: Eugenio Díaz Eimil, Fundamentos Jurídicos Décimo y Undécimo]; y la ley general, como modalidad idónea para dar «el mejor acomodo posible a dos necesidades constitucionales contrapuestas: por una parte, el respeto de los derechos individuales, y por otro, la eficacia de la actuación administrativa». Eduardo Gamero Casado, *op. cit.*, p. 124.

⁷⁰ Esta intervención fue acordada por el Consejo de Ministros el 11 de febrero de 1994 y prorrogada por acuerdos de 20 de enero de 1995 y de 15 de septiembre del mismo año, pero hay que reseñar que la misma ha estado en la práctica bajo permanente mandato de la autoridad judicial y no puede considerarse ejemplo de intervención gubernativa en sentido estricto.

⁷¹ Comúnmente la figura de la intervención de empresas se ha relacionado con situaciones de crisis económicas configurándose como un medio de salvamento de empresas, hecho que posiblemente encuentre explicación en sus orígenes históricos. En este sentido, García Echevarría señala que «se plantea generalmente más un problema de saneamiento empresarial, en unos casos, y de reestructuración por reconversión, en otros». Santiago García Echevarría, «El orden económico en la Constitución», *Libre Empresa*, año II, núm. 8, septiembre-octubre de 1978, p. 39.

Ojeda Marín, sin embargo, ha hecho notar que los motivos de la intervención no deben circunscribirse a razones de este tipo. Alfonso Ojeda Marín, «La intervención de empresas en el ordenamiento vigente (sobre la incautación de Hytasa y su constitucionalidad)», *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 57, enero-marzo de 1988, p. 75.

*Madrid, que tiene como finalidad cumplir adecuadamente los objetivos de promoción y desarrollo cooperativos»*⁷².

Dos notas caracterizan a este órgano: por un lado, su «independencia funcional y autonomía respecto a los restantes órganos administrativos de la Comunidad»⁷³ (arts. 134.2 LCM y 1.2 RCCM); por otro, su composición mixta, que viene a integrar a representantes tanto del sector cooperativo como de diversas instancias públicas⁷⁴. En relación con este último aspecto, y atendiendo al artículo 4 RCCM, puede censurarse su excesivo número de miembros y lo que ello implique de obstáculo para su correcto y eficiente funcionamiento⁷⁵.

De la lectura de las funciones que, conforme al 136.3 LCM, corresponden al Consejo de Cooperativismo se deriva el intento de convertirlo en un baluarte del fomento cooperativo a través de vías de diverso carácter que van desde la formación y educación hasta la planificación de programas de investigación y desarrollo [art. 134.3.a) LCM] o el arbitraje [art. 134.3.e) LCM], siendo singularmente relevantes las previsiones concernientes al reforzamiento del sector cooperativo a través del apoyo a las Federaciones y profundización de las relaciones intercooperativas [art. 134.3.c) y d) LCM]. Y ello, obviamente, sin olvidar las funciones propias que como órgano consultivo obligan a la emisión de su informe en variados supuestos⁷⁶.

⁷² En cumplimiento de lo previsto en el artículo 134.6 LCM, su organización y funcionamiento vienen regulados por Decreto 259/2000, de 7 de diciembre (BOCM 303/2000, de 21 de diciembre) En adelante, RCCM.

⁷³ El artículo 1.1 *in fine* RCCM subraya dicha independencia cuando establece que «el Consejo está integrado, a través de la Consejería de Economía y Empleo, dentro de la Administración de la Comunidad de Madrid, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta».

⁷⁴ El artículo 134.4 LCM señala que este Consejo «deberá estar integrado por los representantes de las entidades asociativas que regula esta Ley, de la Administración autonómica, de las Administraciones locales, de las Universidades madrileñas, de expertos de reconocido prestigio, de un representante de cada uno de los grupos parlamentarios de la Asamblea de Madrid y de otras instituciones que reglamentariamente se determinen». Esta última locución —«otras instituciones que reglamentariamente se determinen»— se sustituye en el artículo 1.3 RCCM por la expresión «otras instituciones cuando así lo soliciten».

⁷⁵ Este hecho ya fue manifestado por parte del Consejo de Estado en su Dictamen 2660/2000, de 28 de septiembre, donde se decía: «(...) la dicción del artículo 136.4 de la Ley 4/1999 de la Comunidad de Madrid no resulta argumento suficiente para justificar la extraordinariamente numerosa y, por ello, compleja composición que el proyecto de Reglamento da al Pleno del Consejo de Cooperativismo. Es más, si se analizan las funciones que ese mismo artículo de la Ley, en su apartado 3, confiere a dicho Consejo, se observará que su adecuado ejercicio no quedaría necesariamente beneficiado, sino probablemente obstaculizado a causa del alto número de componentes de aquél. Y es que tanto la labor estrictamente consultiva, de informe, estudio y planificación, como la de intermediación y arbitraje en el ámbito del cooperativismo requieren, sin duda, que en el seno del Consejo se dé una participación amplia y plural; y, en particular, deben estar representados todos los grupos de interés y entidades a que hace referencia la Ley. Sin embargo, ello no implica que cada uno de estos grupos o entidades deba contar con un número tan elevado de representantes como el previsto en el proyecto, pues su representación estaría igualmente (incluso, mejor) garantizada si se optase por una representación más indirecta, en la que cada grupo de intereses se exprese a través de una sola voz o, cuando menos, de un número limitado de voces» [Punto V, apartado A)].

A la vista del Decreto finalmente aprobado, esta objeción no fue debidamente atendida.

⁷⁶ Concretamente debe informar preceptivamente sobre proyectos de disposiciones legales y reglamentarias que afecten a las cooperativas o a sus Asociaciones [art. 134.3.b) LCM] y expedientes de descalificación de cooperativas [art. 134.3.f) LCM]. En cualquier caso, podrá «realizar propuestas, informes, estudios y dictámenes sobre materias de su competencia, por propia iniciativa o a petición de la Consejería de Economía y Empleo» [art. 134.3.b) LCM].

La preparación y adjudicación de los contratos administrativos. Especial referencia a la Asamblea de Madrid

Sumario: I. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—II. TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN.—2.1. Principios de la contratación.—2.2. Requisitos.—2.2.1. La competencia del órgano de contratación.—2.2.2. La capacidad del contratista adjudicatario.—2.2.3. La determinación del objeto del contrato.—2.2.4. La fijación del precio.—2.2.5. La existencia de crédito adecuado y suficiente.—2.2.6. La tramitación de expediente.—2.2.7. La fiscalización previa de los actos administrativos de contenido económico.—2.2.8. La aprobación del gasto por el órgano competente para ello.—2.2.9. La formalización del contrato.—2.3. Los contratos menores.—III. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS.

I. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Los contratos que celebra la Administración pueden tener carácter administrativo o carácter privado.

Son contratos administrativos:

- a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos de Servicios financieros (servicios de seguros y servicios bancarios y de inversiones), contratos de esparcimiento, culturales y deportivos, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.
- b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de

★ Letrada de la Asamblea de Madrid. Directora de Gestión Administrativa de la Asamblea de Madrid.

forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley.

Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos de Servicios financieros (servicios de seguros y servicios bancarios y de inversiones), los de esparcimiento, culturales y deportivos y los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

A tales efectos se entiende por Administraciones públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las entidades que integran la Administración Local.

Deberán asimismo ajustar su actividad contractual al Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) los organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

- a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de Derecho público.

Cuando un contrato administrativo contenga prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase se atenderá, para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

Quedan fuera del ámbito de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

- a) La relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral.
- b) Las relaciones jurídicas derivadas de la prestación por parte de la Administración de un servicio público que los administrados tienen la facultad de utilizar mediante el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general a los usuarios.

- c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹.
- d) Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales. Quedarán asimismo excluidos de la presente Ley los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.
- e) Los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados o con entidades de Derecho internacional público.
- f) Los contratos de suministro relativos a actividades directas de los organismos autónomos de las Administraciones públicas de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que

¹ Artículo 135.1: «En cada ejercicio presupuestario, los órganos de contratación darán a conocer, mediante un anuncio indicativo, las características básicas de los contratos de obras que tengan proyectado celebrar en los próximos doce meses, cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación que apliquen y cuyo importe, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 5.278.227 euros, equivalentes a 5.000.000 derechos especiales de giro.»

Artículo 177.2: «Además, en los casos de procedimiento abierto, restringido o negociado del artículo 181, deberá publicarse un anuncio en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas», cuando la cuantía del contrato de suministro, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 211.129 euros, equivalentes a 200.000 derechos especiales de giro (DEG) o a 137.234 euros, equivalentes a 130.000 derechos especiales de giro (DEG), cuando en este último supuesto sea adjudicado por los órganos de contratación de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales. No obstante, no tendrán que publicarse en el citado Diario los contratos que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.»

Artículo 203.2: «Además, cuando el contrato también esté comprendido en las categorías 1 a 16 de las enumeradas en el artículo 206, deberá publicarse un anuncio en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» cuando hayan de adjudicarse por procedimiento abierto, por procedimiento restringido o por procedimiento negociado con publicidad comunitaria, siempre que su cuantía, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a las siguientes cifras:

- a) 200.000 euros en los contratos de la categoría 8 y en los contratos de la categoría 5 consistentes en servicios de difusión de emisiones de televisión y de radio, en servicios de conexión y en servicios integrados de telecomunicaciones.
- b) 137.234 euros, equivalentes a 130.000 derechos especiales de giro (DEG), en los restantes contratos de las categorías 1 a 16 del artículo 206, cuando hayan de adjudicarse por los órganos de contratación de la Administración General del Estado, incluidos los de sus Organismos autónomos.
- c) 211.129 euros, equivalentes a 200.000 derechos especiales de giro (DEG) en el mismo supuesto de la letra b), cuando hayan de adjudicarse por los restantes órganos de contratación.»

versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares, y siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la Ley.

- g) Los contratos y convenios derivados de acuerdos internacionales celebrados de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, relativos a obras o suministros destinados a la realización o explotación en común de una obra o relativos a los contratos regulados en el Título IV, Libro II, del TRLCAP, destinados a la realización o explotación en común de un proyecto.
- h) Los contratos y convenios efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el estacionamiento de tropas.
- i) Los contratos y convenios efectuados por el procedimiento específico de una organización internacional.
- j) Los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación.
- k) Los contratos relacionados con la compraventa y transferencia de valores negociables o de otros instrumentos financieros y los servicios prestados por el Banco de España. Se entienden asimismo excluidos los contratos relacionados con la instrumentación de operaciones financieras de cualquier modalidad realizadas para financiar las necesidades previstas en las normas presupuestarias aplicables, tales como préstamos, créditos u otras de naturaleza análoga, así como los contratos relacionados con instrumentos financieros derivados concertados para cubrir los riesgos de tipo de interés y de cambio derivados de los anteriores.
- l) Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública.

Por lo que se refiere a la Asamblea de Madrid se aplicará la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas siempre que los contratos que se celebren se puedan insertar en alguna de las categorías que acabamos de describir. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 del Reglamento de Régimen Interior de la Asamblea de Madrid que dispone lo siguiente: *Los contratos que celebre la Asamblea de Madrid se registrarán por lo dispuesto en la legislación estatal sobre contratos de las Administraciones públicas, con las particularidades derivadas de la organización propia de la Cámara.* Dichas particularidades, como posteriormente analizaremos, se refieren a los órganos de contratación, competencia de los mismos, composición de la Mesa de Contratación y autorización y disposición del gasto.

Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Régimen Interior de la Asamblea de Madrid, los contratos que celebre la Cámara, tal como se desprende de la legislación estatal vigente sobre la materia, tendrán carácter administrativo o carácter privado en los términos anteriormente expuestos.

De acuerdo con lo anterior, Los contratos administrativos que celebre la Asamblea se registrarán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado. Todo ello sin perjuicio de las salvedades recogidas en la citada Ley².

Los contratos privados de la Asamblea de Madrid se registrarán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por el TRLCAP y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de Derecho privado. A los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones públicas. Todo ello, también, sin perjuicio de las salvedades previstas en la citada Ley³.

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos administrativos.

El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción.

² Los contratos administrativos especiales como aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos de Servicios financieros (servicios de seguros y servicios bancarios y de inversiones), contratos de esparcimiento, culturales y deportivos, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, así como los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley, se registrarán por sus propias normas con carácter preferente. El contrato de concesión de obras públicas se registrará, con carácter preferente, por las disposiciones contenidas en el Título V del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sus disposiciones de desarrollo y por la legislación sectorial específica en cuanto no se oponga a dicho título, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 125 y 133 a 135 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

³ Los contratos de servicios financieros (servicios de seguros y servicios bancarios y de inversiones), contratos de esparcimiento, culturales y deportivos, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, se adjudicarán conforme a las normas contenidas en los capítulos II y III del Título IV, Libro II, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

II. TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN

2.1. Principios de la contratación

La contratación en la Asamblea de Madrid se rige por los principios de *publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación*, enunciados en el artículo 11.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En relación con dichos principios conviene tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha destacado que se trata de principios no meramente interpretativos, sino de carácter normativo por aplicación de los artículos 1.1 y 14 de la Constitución.

Dichos principios están relacionados entre sí, ya que unos son el medio para alcanzar los otros. Así en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha destacado la interconexión instrumental entre el principio de publicidad con el de igualdad, que ha conectado la exigencia de publicidad con los artículos 9.2 y 14 de la Constitución; así, indica que la publicidad tiene por finalidad hacer llegar a la generalidad de los posibles interesados el conocimiento de la existencia y las características de la convocatoria para que aquéllos puedan decidir lo que estimen oportuno respecto a su concurrencia⁴. Por otro lado, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1987 (RJ 1987, 3640) se señala que la falta de publicación de las bases de la convocatoria crea una situación de desigualdad entre los distintos y posibles concurrentes, incompatible con las condiciones de igualdad que pretende el párrafo segundo del artículo 9 de la Constitución Española.

También hay que destacar que en nuestro ordenamiento jurídico el principio de publicidad tiene una doble dimensión: la publicidad de las licitaciones y la publicidad de las adjudicaciones. De este modo, como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el anuncio de la licitación busca una convocatoria de concurrentes en orden a la adjudicación de un contrato; su finalidad es brindar la igualdad de oportunidades a los concurrentes aptos para acudir a la licitación y formar un precio contractual en competencia de mercado. Por el contrario, la publicación de la adjudicación es un acto informativo que la ley impone al órgano que adjudicó el contrato y que implica una apertura más de la fiscalización del acto administrativo de adjudicación por la vía de su difusión general y el conocimiento particular de los interesados directos. Finalmente, por lo que respecta a la publicidad hay que tener en cuenta que ha de ser no sólo nacional, sino también europea⁵.

⁴ STS de 26 de septiembre de 1986 (RJ 1986, 5986).

⁵ «Todos los procedimientos para la adjudicación de los contratos, con excepción de los procedimientos negociados, se anunciarán en el «Boletín Oficial del Estado». Estos últimos también serán objeto de anuncio en dicha publicación, cuando por razón de su cuantía estén sujetos a publicidad en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas». No obstante, las Comunidades Autónomas, entidades locales y sus organismos autónomos y entidades de Derecho público, cuando se trate de contratos que

Las excepciones a los principios de publicidad y concurrencia recogidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas existen en los siguientes casos: en la elección del procedimiento de adjudicación, debido a que la libertad de concurrencia se cumple plenamente en el procedimiento abierto, pero no tanto en el restringido y en el negociado, anteriormente expuestos. Por otro lado, las restricciones también están determinadas por los requisitos establecidos en la convocatoria. En este caso, hay que destacar que el fundamento de los requisitos que se impongan a los aspirantes a la contratación ha de ser el de la naturaleza y características de la prestación objeto del contrato, sin que sean admisibles requisitos que no se basen en las características objetivas de la misma.

2.2. Requisitos

En el artículo 11.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se recogen los *requisitos para la celebración de los contratos de las Administraciones públicas, salvo que expresamente se disponga otra cosa en la citada Ley*.

2.2.1. La competencia del órgano de contratación

En el artículo 12 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se enumeran los órganos de la Administración General del Estado, que gozan de competencia para contratar. En el caso de la Asamblea de Madrid dicha enumeración se recoge en el artículo 86 del Reglamento de Régimen Interior al disponer que son órganos de contratación de la Asamblea de Madrid, dentro de sus respectivas competencias:

- a) La Mesa.
- b) El Presidente.
- c) La Secretaría General.
- d) La Dirección de Gestión Administrativa.

La competencia para la contratación se distribuye de la siguiente forma:

- a) La Mesa será el órgano competente si el importe del presupuesto es superior a 30.000 euros.
- b) El Presidente será el órgano competente si el importe es superior a 3.000 euros y no alcanza la competencia de la Mesa.
- c) La Secretaría General si el importe es superior a 600 euros y no alcanza la competencia del Presidente.

por su cuantía no hayan de publicarse en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas», podrán sustituir la publicidad en el «Boletín Oficial del Estado» por la que realicen en los respectivos diarios o boletines oficiales» (art. 78.1 RD Leg. 2/2000). Ver STJCE de 18 de marzo de 1992 (TJCE 1992/67).

- d) Las Dirección de Gestión Administrativa si el importe no es superior a 600 euros.

El órgano competente para contratar lo será para la aprobación de los pliegos de condiciones particulares y proyectos que regulen el contrato, así como para la autorización y celebración formal del contrato.

Los órganos de contratación de la Asamblea están facultados para celebrar, en nombre y representación de la Cámara, los contratos en que intervengan, previa la oportuna consignación presupuestaria en los términos en que legal y reglamentariamente proceda.

2.2.2. *La capacidad del contratista adjudicatario*

Respecto a este requisito, hay que indicar en primer lugar que en el ámbito de la Asamblea no existe ninguna peculiaridad; por lo tanto, hemos de remitirnos a lo dispuesto en la legislación estatal sobre este punto (arts. 15 a 24 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y artículos 9 a 24 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

De conformidad con dicha regulación jurídica, la capacidad para contratar se puede resumir en el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.º Existencia de capacidad de obrar

Sobre la configuración de este requisito conviene recordar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha establecido que para contratar con la Administración sólo existen tres posibles alternativas y ninguna más: ser persona física, ser persona jurídica o constituir una unión temporal de empresas con los requisitos enumerados en el artículo 24 del TRLCAP (Informe 32/1998 de 30 de junio). En consecuencia, ha subrayado que no cabe contratar con comunidades de bienes ni con pluralidades de personas físicas sin personalidad (Informe 12/2003, de 23 de julio) ni con fundaciones en fase de constitución (Informe 54/1996, de 18 de octubre).

Respecto a la capacidad de obrar de las personas jurídicas cabe plantearse la cuestión de si su capacidad de obrar es la relativa a la relación entre el objeto del contrato y el objeto o fin social, es decir, de si el contrato celebrado extralimitándose del objeto social es o no válido ⁶. En este caso resulta ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 10 de diciembre de 1991, en donde se concluye que cabe

⁶ Respecto a esta cuestión conviene recordar lo establecido en Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (4/1999, de 17 de marzo) que afirma que la específica previsión que el artículo 197.1 del TRLCAP (RCL 2000, 1380) efectúa respecto de los contratos de consultoría y asistencia y de servicios (para los que sí se exige esta conexión entre el objeto del contrato y el fin social) se debe extender al resto de contratos. De este modo, si el objeto social no guarda relación directa con el del contrato, el licitador persona jurídica carecería de la necesaria capacidad de obrar.

apuntar tres posturas: *a)* una de corte germánico, conforme a la cual la capacidad es ilimitada, de forma que el objeto social lo que delimita es la esfera de actividad de los órganos internos; *b)* otra de signo contrario, que considera que el objeto social limita esta capacidad, de forma que los actos ajenos al mismo son nulos de pleno derecho por carecer de capacidad para su realización, y *c)* una postura intermedia, seguida por la jurisprudencia y la doctrina más generalizada, que indica que si bien la capacidad es general, los actos ajenos al objeto social serían meramente anulables, subsanables, confirmables y ratificables, siendo un mero problema de representación.

2.º Solvencia suficiente en su doble vertiente: económica y financiera por un lado, y técnica y profesional, por otro.

Las personas que contraten con la Administración, además de contar con la correspondiente capacidad, deberán acreditar su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito éste que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a la Ley sea exigible⁷.

3.º No incurrir en ninguna de las prohibiciones para contratar.

En ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, las causas de prohibición para contratar con la Administración encuentran su justificación en la necesidad de que el contratista ofrezca las adecuadas garantías económicas y morales que hagan desaparecer cualquier sombra de favoritismo en beneficio de ciertos contratistas. Asimismo, ha indicado el Tribunal Supremo en Sentencias como la de 9 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2889) que la capacidad para contratar, y todo lo que sobre ella incide, como son las prohibiciones para contratar, constituyen materia reservada a la ley, por lo que no procede introducir prohibiciones de contratar mediante normas que tengan rango inferior a la ley y mucho más si tienen una ínfima jerarquía normativa, como es el caso de los pliegos particulares.

En el caso de la Asamblea de Madrid, tenemos que traer a colación lo dispuesto en el artículo 5.3.b) de la Ley Electoral de la Comunidad de Madrid, que establece lo siguiente:

«La condición de Diputado de la Asamblea de Madrid, sin régimen de dedicación exclusiva, es compatible con el ejercicio de actividades privadas, excepto con las siguientes, que serán incompatibles para todos los Diputados de la Asamblea de Madrid, con independencia de su régimen de dedicación:

⁷ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 48/1996, de 22 de julio) la interpretación correcta del artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas únicamente puede conducir a la conclusión de que, en los casos en que sea exigible la clasificación, el órgano de contratación no puede exigir a los licitadores otros documentos justificativos de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, porque precisamente la clasificación sustituye a estas justificaciones.

b) *La actividad de contratista o fiador de obras, servicios, suministros o asistencias de carácter público o que implique cualquier relación de naturaleza contractual, prestacional, de concierto o convenio que se remunere con fondos o avales de la Comunidad de Madrid, así como formar parte de los órganos de dirección, gestión, representación o asesoramiento de empresas o sociedades mercantiles que se dediquen a dichas actividades.»*

2.2.3. *La determinación del objeto del contrato*

El objeto de los contratos deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el expediente de contratación.

El expediente deberá abarcar la totalidad del objeto del contrato y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para ello (art. 68.1 del TRLCAP), por ello se prohíbe la práctica efectuada en fraude de ley consistente en fraccionar el contrato con objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación que corresponda (art. 68.2 del TRLCAP). Excepcionalmente se admite el fraccionamiento del objeto, justificándolo en el expediente, con resolución motivada del órgano de contratación, cuando sea posible la ejecución independiente de cada una de sus partes, mediante su división en lotes, siempre que éstas sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado o así lo exija la naturaleza del objeto (art. 68.3 del TRLCAP)⁸.

Finalmente, hay que recordar que es legalmente posible la existencia de contratos con pluralidad de objeto, a condición de que cada prestación sea definida con independencia de las demás (art. 2.1 del Reglamento General de Contratación).

No podrán celebrarse contratos en los cuales la prestación del contratista quede condicionada a resoluciones o indicaciones administrativas posteriores a su celebración, salvo lo establecido en la Ley para los contratos mixtos de redacción de proyecto y ejecución de obra y para el contrato de suministro, respectivamente.

⁸ En este sentido, conviene tener en cuenta la recomendación 1/2004, de 9 de junio, que realiza la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, respecto a la división por lotes del objeto del contrato. La citada Junta indica que «Cuando un contrato admita fraccionamiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 68 de la TRLCAP, se justificará en el expediente la división de su objeto en lotes, los cuales pueden estar integrados por distintos bienes o artículos agrupados en función de sus características o finalidad, o por un solo tipo de productos, o incluso por un solo producto o bien, sin que exista un *numerus clausus* de lotes a licitar. En todo caso, los lotes deben cumplir el requisito de ser susceptibles de utilización o aprovechamiento separado, ya que cada lote podrá constituir el objeto de un contrato independiente, caso de adjudicarse a distintos empresarios, siendo conveniente en el supuesto de adjudicación de varios lotes a un mismo adjudicatario, formalizar un único contrato, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512), de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»

2.2.4. *La fijación del precio*

Los contratos tendrán siempre un precio cierto, que se expresará en moneda nacional, y se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido. Cuando las condiciones establecidas en el contrato impliquen pagos en moneda extranjera habrá de expresarse, además del precio total en moneda nacional, el importe máximo de aquélla y la clase de divisas de que se trate.

En todo caso los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea el adecuado al mercado.

Se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos, excepto en los supuestos en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o mediante el sistema de arrendamiento con opción de compra y en los casos que una Ley lo autorice expresamente.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el precio o importe de un contrato de gestión de servicios públicos, en general de cualquier contrato de la Administración, viene determinado en función de su plazo de duración, sin que sea lícita su reducción al importe de una anualidad (Informe 57/99, de 21 de diciembre de 1999).

2.2.5. *La existencia de crédito adecuado y suficiente, si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración*

Según el artículo 67.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) se incorporará al expediente, siempre que el contrato origine gastos para la Administración, el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya.

Este documento es consecuencia de lo establecido en el artículo 11.e) del TRLCAP, que entre los requisitos de todos los contratos que celebre la Administración establece el de la existencia de crédito adecuado y suficiente si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración.

Son excepciones a la regla de necesidad de crédito adecuado y suficiente para financiar el contrato, las siguientes:

- Cuando se trate de contratos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración [art. 67.2 en relación con el 85.a) del TRLCAP].
- Cuando el contrato deba iniciarse en ejercicio posterior al de su adjudicación y formalización, en cuyo caso el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá someter la adjudicación a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente para financiar las obligaciones derivadas del contrato en el ejercicio correspondiente (art. 69, apartados 3 y 4, del TRLCAP).
- En el caso de que el contrato se extienda a varios ejercicios deberá existir consignación suficiente en el ejercicio en que se autorice, siem-

pre que su ejecución se inicie en el propio ejercicio y compromiso de gasto para los ejercicios siguientes a los que se extienda el contrato.

2.2.6. *La tramitación de expediente, al que se incorporarán los pliegos en los que la Administración establezca las cláusulas que han de regir el contrato a celebrar y el importe del presupuesto del gasto*

En la Asamblea de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 de su Reglamento de Régimen Interior, procederá la apertura de expediente en todas las contrataciones superiores a los 1.500 euros, incluso cuando se sustancien por los trámites del contrato menor, siendo necesaria la formalización y aprobación del documento contable correspondiente con carácter previo a la adjudicación.

Según el dictamen del Consejo de Estado número 1270, de 2 de diciembre de 1993, el expediente de contratación no es más que un tipo de expediente administrativo cuya finalidad es, por un lado, servir de garantía a la legalidad y acierto de la Administración, y, por otro, garantizar los derechos de los particulares respetando los principios de publicidad y concurrencia e igualdad y no discriminación.

El expediente de contratación en sentido estricto deberá contener, en principio, los siguientes documentos:

- Resolución o acuerdo de iniciación por el órgano de contratación determinando la necesidad de la prestación objeto del contrato, bien por figurar ésta en planes previamente aprobados o autorizados o bien por estimarse singularmente necesaria (art. 73 del RGC). La resolución acordando iniciar el expediente será motivada. En este sentido el artículo 67 del TRLCAP exige que se inicie por el órgano de contratación justificando la necesidad de la misma, en concordancia con el artículo 13 del TRLCAP que dispone que el objeto de los contratos será determinado y su necesidad para los fines del servicio público se justificará en el expediente de contratación.
- Informe razonado del servicio que promueva la contratación [art. 73 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGC)], exponiendo la necesidad, las características e importe calculado de las prestaciones objeto del contrato.
- Certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya (arts. 11.2.e) y 67.2 del TRLCAP).
- Pliego de cláusulas administrativas particulares [arts. 11.2.f) y 67.1 del TRLCAP y 113, regla 1.ª, del TRRL]. En el cual deberán constar:
 - a) Por un lado, los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato; las declaraciones que sean específicas del contrato de que se trata; las que se considere pertinente incluir y no figuren en el pliego de cláusulas administrativas generales que, en su caso, resulten de aplicación o estén en

contradicción con alguna de ellas y las que figurando en el mismo no hayan de regir por causa justificada en el contrato de que se trate (arts. 49 del TRLCAP y 67.1 del RGC).

- b) Los aspectos de carácter formal del contrato, como el procedimiento y forma de adjudicación (art. 67.1 del RGC).

La jurisprudencia ha resaltado reiteradamente [STS 13 de abril de 1981 (RJ 1981, 1481), 9 de febrero de 1982, 7 de julio de 1986, 21 de diciembre de 1988, 8 de marzo 1989 (RJ 1989, 1776), 30 de mayo de 1989, 7 de junio de 1989, 25 de julio de 1989, 22 de enero de 1990, 16 de julio de 1990, 12 de mayo de 1992, 21 de enero de 1994, 26 de enero de 1995, 7 de febrero de 1996, 8 de mayo de 1996] que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) constituye la Ley del contrato (*«lex contratus»*), con fuerza vinculante para ambas partes. Este principio se recoge en el apartado 5 del artículo 49 TRLCAP al declarar que los contratos se ajustarán al contenido de los PCAP, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los respectivos contratos.

Por tanto, cualquier discrepancia entre el PCAP y el contrato u otro documento del expediente de contratación se resuelve a favor de la aplicación prevalente del PCAP; así lo mantiene la STS de 9 de julio de 1997 (RJ 1997, 5728), ya que el PCAP debe aprobarse con anterioridad y define los derechos y obligaciones de las partes en el contrato. Por su parte, la STS de 9 de junio de 1995 (RJ 1995, 4651) anula un contrato por alterar sustancialmente las condiciones establecidas en el PCAP.

El fundamento de la primacía del PCAP se encuentra, como declaran las STS de 3 de marzo de 1987, 8 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1776) y 25 de abril de 1990 (RJ 1990, 2838) en que la perfección del contrato surge desde que se hace la adjudicación definitiva y del hecho de que los contratos son inalterables a partir de su perfeccionamiento, y deberán ser cumplidos con estricta sujeción a los PCAP, no siendo la escritura pública más que la formalización del contrato. El mismo criterio se contiene en los informes de la JCC 18/76 y 42/84.

La vinculación de las partes contratantes al PCAP determina que la Administración no pueda desconocer o desentenderse del mismo, en contra de sus propios actos, sin revisar en vía administrativa o jurisdiccional los mismos.

Desde otro ángulo, el PCAP constituye el contenido de la oferta de contrato que formula la Administración y que requiere para su perfeccionamiento no sólo que el licitador presente su respectiva oferta o proposición, sino del acto expreso de aceptación de la misma por la Administración que se plasma mediante la adjudicación.

El contenido general del PCAP incluirá los pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y se define en el artículo 67.2 del RGC, que exige los datos siguientes:

a) *Definición del objeto del contrato, con expresión de la codificación correspondiente de la nomenclatura de la Clasificación Nacional de Productos por Actividades 1966 (CNPA-1996), aprobada por Real Decreto 81/1996, de 26 de enero (RCL 1996, 3209), y, en su caso, de los lotes. Cuando el contrato sea igual o superior a los importes que se determinan en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2 de la Ley deberá indicar, además, la codificación correspondiente a la nomenclatura Vocabulario Común de Contratos (CPV) (LCEur 1996, 2998) de la Comisión Europea, establecida por la Recomendación de la Comisión Europea de 30 de julio de 1996 (LCEur 1996, 2869), publicada en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» L 222 y S 169, ambos de 3 de septiembre de 1996.*

b) *Necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato y los factores de todo orden a tener en cuenta.*

c) *Presupuesto base de licitación formulado por la Administración, con excepción prevista en el artículo 85, párrafo a), de la Ley, y su distribución en anualidades, en su caso.*

d) *Mención expresa de la existencia de los créditos precisos para atender a las obligaciones que se deriven para la Administración del cumplimiento del contrato hasta su conclusión, excepto en los supuestos a que se refiere el artículo 69.4 de la Ley, en los que se consignará que existe normalmente crédito o bien que está prevista su existencia en los Presupuestos Generales del Estado, o expresión de que el contrato no origina gastos para la Administración.*

e) *Plazo de ejecución o de duración del contrato, con determinación, en su caso, de las prórrogas de duración que serán acordadas de forma expresa.*

f) *Procedimiento y forma de adjudicación del contrato.*

g) *Importe máximo de los gastos de publicidad de licitación del contrato a que se refiere el artículo 78.1 de la Ley, tanto en boletines oficiales como en otros medios de difusión, que debe abonar el adjudicatario.*

h) *Documentos a presentar por los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones.*

i) *Criterios para la adjudicación del concurso, por orden decreciente de importancia, y su ponderación.*

j) *Indicación expresa, en su caso, de la autorización de variantes o alternativas, con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas.*

k) *En su caso, cuando el contrato se adjudique mediante forma de concurso, los criterios objetivos, entre ellos el precio, que serán valorados para determinar que una proposición no puede ser cumplida por ser considerada temeraria o desproporcionada.*

l) *Cuando el contrato se adjudique por procedimiento negociado los aspectos económicos y técnicos que serán objeto de negociación.*

m) *Garantías provisionales y definitivas, así como, en su caso, garantías complementarias.*

n) *Derechos y obligaciones específicas de las partes del contrato y documentación incorporada al expediente que tiene carácter contractual.*

ñ) *Referencia al régimen de pagos.*

o) *Fórmula o índice oficial aplicable a la revisión de precios o indicación expresa de su improcedencia conforme al artículo 103.3 de la Ley.*

p) *Causas especiales de resolución del contrato.*

- q) *Supuestos en que, en su caso, los incumplimientos de carácter parcial serán causa de resolución del contrato.*
- r) *Especial mención de las penalidades administrativas que sean de aplicación en cumplimiento de lo establecido en el artículo 95 de la Ley.*
- s) *En su caso, plazo especial de recepción del contrato a que se refiere el artículo 110.2 de la Ley.*
- t) *Plazo de garantía del contrato o justificación de su no establecimiento y especificación del momento en que comienza a transcurrir su cómputo.*
- u) *En su caso, parte o tanto por ciento de las prestaciones susceptibles de ser subcontratadas por el contratista.*
- v) *En su caso, obligación del contratista de guardar el sigilo sobre el contenido del contrato adjudicado.*
- w) *Expresa sumisión a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y al pliego de cláusulas administrativas generales que sea aplicable, con especial referencia, en su caso, a las estipulaciones contrarias a este último que se incluyan como consecuencia de lo previsto en el artículo 50 de la Ley.*
- x) *Los restantes datos y circunstancias que se exijan para cada caso concreto por otros preceptos de la Ley y de este Reglamento o que el órgano de contratación estime necesario para cada contrato singular.»*

— Pliego de prescripciones técnicas particulares (arts. 11.2.f) y 67.1 del TRLCAP). El Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP) tiene por función definir las características técnicas de las prestaciones objeto del contrato que hayan de regir la ejecución de la prestación (artículo 51 del TRLCAP).

Las prescripciones técnicas sirven para definir los requisitos de calidad y seguridad que deben reunir los bienes y servicios objeto del contrato.

Su contenido genérico se regula en el artículo 68 del RGC, debiendo comprender, como mínimo, los siguientes extremos:

- a) Características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato.
- b) Precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de unidades a suministrar.
- c) En su caso, requisitos, modalidades y características técnicas de las variantes.

El artículo 51 del TRLCAP declara que los PPTP serán elaborados conforme a los requisitos que para cada contrato establece la Ley.

Su aprobación se realizará junto con el PCAP de forma previa o simultánea a la aprobación del gasto por el órgano de contratación (art. 51.1 del TRLCAP).

Se establece la prohibición de incluir en el PPTP especificaciones técnicas que mencionen productos de una fabricación o procedencia determinada o procedimientos especiales que tengan por objeto favorecer o eliminar determinadas empresas o productos. Especialmente no se indicarán marcas, patentes o tipos, ni se aludirá a un origen o producción determinado. Sin embargo,

cuando no exista posibilidad de definir el objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles, se admitirá tal indicación si se acompañan las palabras «o equivalente»⁹ (art. 52.2 del TRLCAP). Esta prohibición tiene su excepción en los suministros de material para mantenimiento, repuesto o reemplazo de equipos existentes (art. 70 del RGC).

— Informe del Servicio Jurídico (art. 49.4 del TRLCAP). En el caso de la Asamblea dicho informe se elabora por los Servicios Jurídicos de la Cámara.

— Fiscalización de la Intervención (arts. 11.2.g) y 67.2 del TRLCAP).

— Aprobación del expediente de contratación por el órgano de contratación (arts. 11.2.h) y 67.2 del TRLCAP).

2.2.7. *La fiscalización previa de los actos administrativos de contenido económico, relativos a los contratos, en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas presupuestarias de las distintas Administraciones públicas sujetas a esta Ley*

Según el artículo 93.1 del Reglamento de régimen interior de la Asamblea de Madrid, todo acto de ordenación de pagos deberá ser previamente intervenido y fiscalizado por el Interventor de la Cámara, previo informe del Servicio de la Oficina de Control Presupuestario y Asuntos Económicos sobre existencia de crédito disponible y aplicación presupuestaria procedente.

A tal efecto, como se dispone en el Reglamento de régimen interior de la Cámara, si la Intervención se manifestase en desacuerdo con el fondo o la forma de los actos, expedientes o documentos examinados, deberá formular nota de reparo por escrito en plazo no superior a cinco días.

Cuando la disconformidad del Interventor se refiera a la disposición de gastos, reconocimiento de obligaciones u ordenación de pagos, la nota de reparo producirá efectos suspensivos hasta que sea solventada por la Mesa de la Cámara, en los siguientes casos:

1. Cuando se base en la insuficiencia de crédito o el importe no se considere adecuado.

⁹ La JCC en su informe 2/99 se ha referido al alcance de la expresión «equivalente» que debe acompañar a la mención de productos, marcas, patentes o tipos que afecta a todos ellos, pues todos estos conceptos son prácticamente idénticos. La JCCA razona así su criterio: «Abona esta conclusión los términos del artículo 8.6 de la Directiva 93/36/CEE, del que el artículo 52.2 del TRLCAP pretende ser transcripción al configurar la indicación de marcas, patentes o tipos o la de un origen o una producción determinada como caso particular (en particular, dice la Directiva) del general de mención de productos de una fabricación o procedencia determinada y sobre todo la interpretación de la STJCE de 17 de noviembre de 1993 (TJCE 1993, 179), que acogiendo un motivo de impugnación de la Comisión en relación con el artículo 244 del RGCE señaló que el párrafo segundo de dicho precepto reglamentario sólo exigía la mención «o equivalente» en los casos de indicaciones de marcas, licencias o tipos, mientras que el apartado e) del artículo 7 de la Directiva 77/62/CEE (LCEur 1977, 10), entonces en vigor, exigía dicha mención también en los casos en que las especificaciones técnicas se refiriesen a productos de una fabricación o de una procedencia determinada, interpretación de la que por pura lógica se deriva que la excepción a las prohibiciones se extiende también a ambos supuestos.

2. Cuando se aprecien graves irregularidades en la documentación justificativa de las órdenes de pago o no se acredite suficientemente el derecho de su perceptor.
3. En los casos de omisión en el expediente de los requisitos o trámites que sean esenciales, o cuando estime que la continuación de la gestión administrativa pudiera causar quebrantos económicos a la Asamblea.
4. Cuando el reparo derive de comprobaciones materiales de obras, suministros, adjudicaciones, asistencias y servicios.
5. La Intervención podrá emitir informe favorable, no obstante los defectos que observe en el respectivo expediente, siempre que los requisitos o trámites incumplidos no sean esenciales, pero la eficacia del acto quedará condicionada a la subsanación de aquéllos, de lo que se dará cuenta a la Intervención.

La nota de reparo se enviará al titular de la Secretaría General, quien, en caso de mostrarse disconforme con ella, la remitirá con su informe y los antecedentes oportunos a la Mesa para su decisión definitiva.

2.2.8. *La aprobación del gasto por el órgano competente para ello*

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 91 y 92 del Reglamento de régimen interior de la Asamblea de Madrid, en la ejecución del Presupuesto de la Cámara, corresponde a la Mesa la autorización, ordenación y disposición de gastos con cargo al mismo.

Al Presidente le corresponderá el reconocimiento de las obligaciones y la propuesta y ordenación de pagos con cargo al Presupuesto de la Cámara, así como el compromiso de ingresos, el reconocimiento de derechos económicos y la ordenación de ingresos.

Las competencias, a las que nos acabamos de referir, se entenderán sin perjuicio de las delegaciones que los órganos correspondientes puedan conferir.

Así, y sin perjuicio del ejercicio del derecho de avocación cuando se considere conveniente, se considerarán permanente delegada por la Mesa la competencia para la autorización y aprobación del gasto en los siguientes casos y órganos:

- a) En el Presidente de la Asamblea en los gastos derivados de la actividad de la misma cuya cuantía sea superior de 3.000 euros y no exceda de 30.000 euros.
- b) En el Presidente de la Asamblea en los gastos fijos, de vencimiento periódico o de cuantía previamente determinada en consignación presupuestaria específica, cualquiera que fuera su importe.
- c) En la Secretaría General en los gastos derivados de la actividad de la Cámara de cuantía superior a 600 euros y no superior a 3.000 euros.
- d) En las Direcciones de la Asamblea en los gastos derivados de la actividad propia de sus áreas de responsabilidad, cuya cuantía no sea superior a 600 euros.

2.2.9. *La formalización del contrato*

Los contratos de la Administración se formalizarán en documento administrativo dentro del plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público, pudiendo, no obstante, elevarse a escritura pública cuando lo solicite el contratista, siendo a su costa los gastos derivados de su otorgamiento.

Salvo las excepciones establecidas en la Ley, será requisito necesario para su formalización la prestación por el empresario de las garantías previstas en la misma como salvaguarda de los intereses públicos.

En el artículo 88 del Reglamento de régimen interior de la Asamblea de Madrid se establece que las fianzas exigibles en materia contractual podrán constituirse en cualquier forma admitida en la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas indistintamente en la Caja General de Depósitos, en la Tesorería de la Comunidad de Madrid o en la Sección de Contabilidad de la Asamblea de Madrid, actuando como Caja o Tesorería.

Cuando por causas imputables al contratista no pudiese formalizarse el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la resolución del mismo, siendo trámite necesario la audiencia del interesado y cuando se formule oposición por el contratista, el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. En tal supuesto procederá la incautación de la garantía provisional y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

Si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pueda ocasionar, con independencia de que pueda solicitar la resolución del contrato al amparo del artículo 111, párrafo d).

No se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa formalización, excepto en los casos previstos en los artículos 71 y 72 del TRLCAP, relativos a la tramitación urgente y a la de emergencia.

2.3. **Los contratos menores**

En el caso de los contratos menores la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos y en el contrato menor de obras, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de la existencia de proyecto cuando normas específicas así lo requieran. A tal efecto, tendrán la consideración de contratos menores aquellos contratos de obras cuya cuantía no exceda de 30.050,61 euros; los contratos de suministro cuando su cuantía no exceda de 12.020,24 euros con excepción de aquellos que se hagan mediante contratación centralizada y, finalmente,

los contratos de consultoría asistencia y servicios cuando su cuantía no exceda de 12.020,24 euros, salvo en los contratos de servicios, concertados con empresas de trabajo temporal en los que no existirá esta categoría de contratos.

La Junta Consultiva de Contratación¹⁰ considera que, aunque desde el punto de vista finalista o teleológico la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala como uno de los objetivos de la misma «la simplificación del procedimiento jurídico administrativo de contratación» (apartado 1.5) y uno de los medios para conseguirlo es «la potenciación de los contratos menores», no debe excluirse, en principio, la aplicación del artículo 11 de la propia Ley, en cuanto establece los principios y los requisitos generales a los que deben ajustarse los contratos de las Administraciones públicas. El artículo 11 señala en su apartado 1 que los contratos de las Administraciones públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas en la misma Ley. En el apartado 2 fija los requisitos generales para la celebración de los contratos administrativos, salvo que expresamente se disponga otra cosa en la misma. En segundo lugar, la Junta Consultiva de Contratación administrativa sostiene que, respecto al cumplimiento de los requisitos especificados en el apartado 2 del artículo 11 se debe hacer una especial mención al carácter de éstos antes de comentar el alcance de la exigencia de su cumplimiento a tenor de lo dispuesto en el artículo 57. Los requisitos correspondientes a los apartados *a)* (competencia del órgano de contratación); *b)* (capacidad del contratista); *c)* (determinación del objeto del contrato), y *d)* (fijación del precio) necesariamente han de cumplirse por ser requisitos sin los cuales no puede celebrarse ningún contrato, ni podría, en el referente a la determinación del objeto, conocer ante qué contrato nos encontramos, ni en lo referente al precio, si se trata de un contrato menor. Los requisitos correspondientes a los apartados *e)* (existencia de crédito adecuado y suficiente); *g)* (fiscalización previa de los actos de contenido económico), y *h)* (aprobación del gasto) no son consecuencia de la naturaleza propia del contrato, sino de lo establecido en las correspondientes normas presupuestarias de las distintas Administraciones públicas en el proceso de ejecución del presupuesto. Finalmente, los requisitos *f)* (tramitación de expediente con incorporación de los pliegos de cláusulas que regirán el contrato) e *i)* (formalización del contrato) son requisitos propios del sistema procedimental de los distintos contratos. Posteriormente, en el año 2001, la Junta Consultiva de Contratación insistió en que los requisitos del artículo 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el del apartado 2, letra *b)*, referente a la capacidad del contratista, necesariamente ha de cumplirse en los contratos menores, por ser requisito sin el cual no puede celebrarse ningún contrato, debiendo añadirse que tal conclusión no puede quedar sin efecto por la circunstancia de que en los expedientes referentes a contratos menores no exista trámite específico para la acredita-

¹⁰ Expedientes 40/1995, 13/1996 y 29/2001.

ción de la capacidad y solvencia e inexistencia de prohibiciones de contratar, ya que si las circunstancias de incapacidad, insolvencia o prohibición de contratar concurren en el momento de la adjudicación, el contrato, aunque sea un contrato menor, será nulo de pleno derecho de conformidad con el artículo 22 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y según se desprende de la interpretación de los citados artículos 11.2, letra *b)*, y 20, letra *e)*, de la propia Ley.

En cualquier caso, los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año, ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios.

III. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS

En el régimen propio de la Asamblea de Madrid no existe ninguna peculiaridad respecto al procedimiento que se ha de seguir para los distintos tipos de contratos, por lo tanto, en este caso, se habrá de actuar de conformidad con lo dispuesto en la legislación estatal vigente sobre esta materia: así, la adjudicación de los contratos podrá llevarse a cabo por procedimiento abierto, restringido o negociado.

En el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición.

En el procedimiento restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos.

En el procedimiento negociado el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios; a tal efecto, en el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas.

Tanto en el procedimiento abierto como en el restringido la adjudicación podrá efectuarse por subasta o por concurso.

La subasta versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo. En la Asamblea de Madrid, este procedimiento, debido a las características de los contratos que se celebran, no se utiliza.

En el concurso la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto.

Es decir, en esta forma de adjudicación del contrato, sobre la base de la consideración de su convocatoria como una invitación de la Administración a que se presenten ofertas, se mantiene que aquélla tiene alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, mediante la aplicación de los criterios objetivos establecidos en el artículo 86, sin aten-

der necesariamente al valor económico de la misma o declarar desierto el concurso, motivando en todo caso su resolución con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el PCAP (art. 88.2 del TRLCAP).

Los órganos de contratación utilizarán normalmente la subasta y el concurso como formas de adjudicación. El procedimiento negociado sólo procederá en los casos determinados en la Ley para cada clase de contrato.

La elección de la forma de adjudicación debe adoptarse, por el órgano de contratación, a la vista de las necesidades de cada contrato y previo estudio de las opciones que permite la legislación aplicable, con el fin expuesto de que la obtención de un precio de mercado se concilie con la selección de la empresa más apropiada.

En todo caso, deberá justificarse en el expediente la elección del procedimiento y forma utilizados.

En relación con la adjudicación de los contratos, hay que hacer una especial referencia a la Mesa de Contratación. Su función, según el artículo 81 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, consiste en examinar las proposiciones presentadas, calificar los documentos que acompañan a las proposiciones, valorar las ofertas y formular la propuesta del contrato correspondiente al órgano de contratación, para lo cual podrá solicitar cuantos informes técnicos sean precisos y se relacionen con el objeto del contrato.

En el caso de la Asamblea de Madrid, el artículo 87 del Reglamento de régimen interior de la Cámara establece que en la Asamblea existirá una Mesa de Contratación presidida por el Presidente o Vicepresidente en quien delegue e integrada por:

- Los tres Vicepresidentes de la Asamblea.
- El titular de la Secretaría General o Letrado en quien delegue, que realizará las funciones de Asesoría Jurídica.
- El Interventor de la Asamblea.
- El Director de Gestión Administrativa.
- El Jefe del Servicio de Contratación, que actuará como Secretario de la Mesa.

La función primordial de la Mesa de Contratación consiste en formular la propuesta de adjudicación del contrato al órgano de contratación (art. 81.1 y 2 del TRLCAP).

La Mesa de Contratación, antes de formular su propuesta, podrá solicitar cuantos informes técnicos considere precisos y se relacionen con el objeto del contrato (art. 81.2 del TRLCAP). La STS de 23 de abril de 1996 (RJ 1996, 3266) declara que los informes técnicos son como son y no puede exigirse de ellos un contenido distinto del que tienen, siendo evidente que, dado su carácter técnico, lo único que puede exigirse es su existencia, pero no su contenido, profundidad y alcance.

En relación con esta cuestión hay que tener en cuenta que según la Sentencia 2005/244111 (14 de julio de 2005) de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo de la Audiencia Nacional, los criterios de valoración de las comisiones técnicas forman parte de la discrecionalidad técnica, y en relación con esta la jurisprudencia del Tribunal Supremo obliga a la Administración a especificar las razones concretas y determinadas que justifiquen la puntuación otorgada a cada concursante. Tiene en consecuencia la Comisión libertad para resolver en este aspecto con la limitación de motivar las razones que justifican la puntuación otorgada a cada concursante con el fin de que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda ejercer la función revisora que le está encomendada.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del empresario propuesto frente a la Administración, mientras no se le haya adjudicado el contrato por acuerdo del órgano de contratación (art. 82.2 del TRLCAP).

En análogo sentido se pronuncian las sentencias del TS de 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 7241), 7 de abril de 1989 (RJ 1989, 3160), 30 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7581), 20 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1325) y 20 de septiembre de 1991 (RJ 1991, 6854), que consideran que la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno para el licitador, pues el contrato solamente se perfecciona con la adjudicación; ésta es la solución recogida en el artículo 53 del TRLCAP, al declarar que el contrato se perfecciona mediante la adjudicación.

Por ello se reconoce la potestad de la Administración para desistir del contrato, como admite la STS de 2 de marzo de 1973 (RJ 1973, 1008) y recoge el TRLCAP en su artículo 93.6, al mencionar la posibilidad de la Administración de renunciar a un contrato ofertado o a reiniciar el procedimiento.

Cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada por la Mesa de Contratación, deberá motivar su decisión (art. 81.3 del TRLCAP).

III

NOTAS Y DICTÁMENES

Derechos fundamentales y libertades públicas de los inmigrantes en España

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. ARTÍCULOS 10 Y 13 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LOS MISMOS.—III. LA LEY ORGÁNICA 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL.—IV. DIVERSOS PLANTEAMIENTOS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ORGÁNICA 8/2000.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente artículo es el estudio de los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros no comunitarios en España. Esta distinción entre extranjeros comunitarios y no comunitarios es muy relevante en tanto que, como se verá, buena parte de la posibilidad del ejercicio de algunos de estos derechos y libertades pivota sobre la circunstancia de que los extranjeros posean o no residencia legal en España, circunstancia ésta que, obviamente, no afecta los extranjeros comunitarios, lo que, además, se recoge expresamente en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, según la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, a su artículo 1.3: «Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.»

La primera Ley de Extranjería post-constitucional fue la Ley Orgánica 7/1985 y hasta la Ley Orgánica 4/2000 estuvo plenamente vigente en nuestro ordenamiento la exigencia de la residencia legal en España como un

★ Letrada de la Asamblea de Madrid.

criterio constitucionalmente válido para establecer diferencias en la regulación del ejercicio de determinados derechos y libertades. También es importante subrayar que dicha exigencia no fue motivo de impugnación en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 7/1985 planteado por el Defensor del Pueblo. Es importante destacar estos dos aspectos porque la no cuestionada exigencia de residencia legal habría podido influir en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España, dado que el presupuesto de hecho sobre su residencia era la legalidad.

En la actualidad la regulación en materia de extranjería con rango constitucional, y en particular en lo relativo a los derechos fundamentales y libertades públicas, se enmarca en la Constitución Española, específicamente en los artículos 10 y 13, aunque sin olvidar los preceptos reguladores de cada uno de los derechos y libertades, cuyas redacciones son relevantes y han sido de gran importancia para la interpretación constitucional. También se enmarca en los Tratados Internacionales sobre la materia ratificados por España, entre los que cabe destacar:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977.
- El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. El Cuarto Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos no se encuentra ratificado por España.
- La Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, ratificada mediante Instrumento de 29 de abril de 1980.

Lo dispuesto en los Tratados ratificados por nuestro país es el límite infranqueable, a nivel constitucional, para el legislador en el establecimiento de una regulación diversa para nacionales y extranjeros del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Desde el rango legal, la normativa en materia de extranjería se configura por la legislación específica, es decir, la Ley Orgánica 4/2000, modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003 y 14/2003, sin olvidar, como venimos indicando, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que es muy relevante en esta cuestión.

II. ARTÍCULOS 10 Y 13 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LOS MISMOS

El artículo 10 de la Constitución dispone:

«1. La dignidad de la persona, 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 de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»

En virtud de esta disposición constitucional adquiere valor interno la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; así lo determinó la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional por primera vez mediante STC de 23 de noviembre de 1981.

Por su parte, y de forma mucho más concreta en lo que a los extranjeros se refiere, el artículo 13 dispone:

«1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

4. La ley establecerá los términos en los que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.»

Para el desarrollo del presente trabajo nos detendremos en los dos primeros apartados de este precepto: del primero se desprende, por un lado, que los extranjeros son titulares de los mismos derechos y libertades que los reconocidos a los españoles; y, por otro lado, que la forma y modo de ejercicio de tales derechos se determinará según lo que dispongan los tratados y la ley. Ello implica que es necesario determinar cuál es el límite del legislador en la regulación del ejercicio de los derechos y libertades, ya que no se trata de una remisión en el sentido de que todo el contenido de los derechos quede en manos del legislador o de los tratados.

Respecto del segundo apartado, parece que el derecho del artículo 23, es el único del que se excluye a los extranjeros, lo que *contrario sensu* implicaría que todos los demás derechos y libertades son de titularidad igual tanto para

españoles como para extranjeros, aunque para éstos su ejercicio vendrá condicionado por lo dispuesto por los tratados y la ley.

El Tribunal Constitucional se pronuncia por primera vez sobre esta materia mediante STC 107/1984, en cuyo FJ 4.º desautoriza la teoría de que los derechos de los extranjeros hayan quedado fuera de la Constitución mediante una remisión de ésta a los tratados y a la ley. Para el Tribunal Constitucional esta remisión «no supone, sin embargo, (...) que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades «que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley», de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados —dentro de su específica regulación— de protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal. Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad y ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto a tal y no como ciudadano, o, si se rehúye de esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme el artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye el fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos con relación a los españoles.»

En la STC 99/1985 el Tribunal Constitucional indica que «uno de estos derechos es el que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales», según dice el artículo 24.1 de nuestra Constitución; ello es así no sólo por la dicción literal del citado artículo («todas las personas»), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el artículo 10.2 de la CE, de conformidad con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos» (FJ 2.º). Esto permite que los extranjeros estén legitimados a recurrir en amparo por vulneración de sus derechos fundamentales, por más que los artículos 53.2 CE y 41.2 LOTC se refieran a «los ciudadanos».

En la STC 115/1987 señala a la libertad individual como otro de estos derechos: «El derecho a la libertad del artículo 17 de la Constitución, el cual es un derecho inherente a la persona humana, de aquellos que según la STC 107/1984, de 23 de noviembre, corresponden por igual a españoles y extranjeros» (FJ 1.º).

A la luz de esta Jurisprudencia¹ se observa con claridad que en estos derechos «de configuración legal» la libertad del legislador para su configuración

¹ Otras SSTC relevantes, sin ánimo exhaustivo: 130/1995; 91/2000; 95/2000; 95/2003.

no alcanza a los derechos directamente vinculados a la dignidad de la persona. El problema es que la Constitución no resuelve cuáles son los derechos y libertades que, a causa de su vinculación con la dignidad de la persona, son indisponibles a la configuración del legislador.

El Tribunal Constitucional en la STC 107/1984 establece una clasificación: «Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contiene; existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio» (FJ 4.º).

Dejando a un lado la confusión de la última afirmación en torno a la pertenencia y ejercicio de los derechos por los extranjeros, lo cierto es que pese a esta clasificación el Tribunal Constitucional tampoco determina cuáles son los derechos indisponibles y cuáles los disponibles en cuanto a las condiciones de su ejercicio. Respecto de estos segundos la cuestión sí ha sido aclarada por el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias, enunciando los derechos de reunión, manifestación, asociación, educación, sindicación y huelga.

La STC 115/1987, relativa al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la Ley Orgánica 7/1985, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España, profundiza más en esta cuestión al exponer que hay derechos cuya vinculación con la dignidad humana podría ser discutible, pero que son de titularidad también de los extranjeros por mandato constitucional al disponer la propia Constitución una titularidad genérica y no específica para «los españoles» o «los ciudadanos». De esta manera, de forma negativa, el Tribunal Constitucional determina cuáles son los derechos sobre los que el legislador puede decidir la titularidad o no por parte de los extranjeros: únicamente aquellos que la Constitución, de forma expresa, reserva a los españoles o ciudadanos, a excepción de los derechos del artículo 23, cuya titularidad sólo podrá corresponder a los españoles, salvo en los términos expuestos por el artículo 13.2.

Esta STC fue, pese a este esclarecimiento, muy controvertida en lo relativo a los límites que el legislador tendría en la configuración del contenido de los derechos reconocidos por la Constitución a los extranjeros, pero no vinculados con la dignidad de la persona. El criterio mayoritario del Tribunal fue que dicho límite se encontraba en el contenido esencial de los derechos constitucionalmente garantizados, los tres Magistrados que suscribieron voto particular, por el contrario, entendieron que dicho límite se encontraba en los tratados internacionales sobre la materia, por *mor* de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la propia Constitución.

El Defensor del Pueblo entendió en su recurso que la posibilidad de suspensión o disolución de asociaciones de extranjeros por el Consejo de Ministros vulneraba el artículo 22.4 CE, que atribuye exclusivamente a la autoridad judicial estas facultades. Sobre este particular la STC 115/1987 indica: «El

problema así planteado es el de si el artículo 13.1 de la Constitución habilita o no al legislador a establecer una excepción para los extranjeros de la regla contenida en el artículo 22.4 de la CE. El artículo 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22.4 de la CE. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra cosa es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales.»

Para los Magistrados firmantes del voto particular esta interpretación hace que el artículo 13.1 de la Constitución «queda totalmente vaciado de contenido, pues es claro que si su significación se redujese, como se pretende, a la habilitación al legislador para modular o regular de manera distinta los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en relación con los de los españoles, pero sin traspasar en ningún momento los límites implícitos o explícitos que el contenido constitucionalmente garantizado de estos derechos ha de tener, el precepto en cuestión resultaría perfectamente superfluo, pues la posibilidad de esa regulación diferenciada se deduce ya «a contrario» del artículo 14 de la CE, que refiere sólo a los españoles el principio de igualdad ante la Ley. (...) No cabe decir, ciertamente, que el legislador español no se vea de alguna manera limitado al regular las libertades públicas de los extranjeros, pero esos límites no derivan de los enunciados constitucionales que consagran las libertades públicas de los españoles, sino de los tratados internacionales, bien porque éstos imponen un trato especial para los nacionales de Estados determinados, bien porque obligan al Estado español en relación con todos los extranjeros, sea cual fuere su origen.»

Me parece más correcta la tesis mayoritaria al abundar en que la Constitución no «consagra las libertades públicas de los españoles» nada más que cuando los cita bien como tales o bien como ciudadanos, consagrando las libertades públicas de todos, españoles o no, en el resto de los supuestos².

Este voto particular, no obstante mi personal opinión, fue la primera manifestación del posterior criterio mayoritario del Tribunal Constitucional que entiende que el legislador tiene la posibilidad de atribuir derechos a los extranjeros con los límites no de la regulación constitucional de los mismos derechos para los españoles, sino de la regulación de tales derechos en los tratados internacionales ratificados por España, la cual muy bien podría ser menos garantista en relación al ejercicio del derecho que la establecida en la Constitución.

La STC 94/1993, sobre la libertad de circulación y residencia, recoge: «La libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los dis-

² Siempre recordando la especial reserva en exclusiva a los españoles del derecho de sufragio como manifestación y ejercicio de la soberanía popular.

tintos Estados, en cuanto a su entrada y permanencia en España, es sin duda alguna amplia. Pero no es en modo alguno absoluta, como da por supuesto la Sentencia impugnada en este recurso de amparo. El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 que —a diferencia del Cuarto Protocolo del CEDH— se encuentra ratificado por España, no puede ser ignorado a la hora de interpretar los artículos 18 y 13 de la Constitución, por imperativo de su artículo 10.2. Las leyes y tratados que regulan la circulación de extranjeros en España deben respetar el grado limitado, pero cierto, de libertad que reconocen los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional a todas las personas que se hallen legalmente en el territorio del Estado» (FJ 3.º).

Entiendo, no obstante, que la consideración de que el legislador esté limitado, para la regulación del contenido de los derechos de los extranjeros, por los tratados internacionales no es óbice para que también la propia Constitución contenga límites precisamente en la regulación de esos mismos derechos, en realidad, el propio Tribunal Constitucional en STC 292/2000, de 30 de noviembre, señala que ni los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el artículo 10.2 de la CE ni el derecho comunitario derivado «poseen rango constitucional y, por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley», lo que significa que su facultad limitativa para el legislador únicamente trae causa de la propia Constitución (art. 10.2).

III. LA LEY ORGÁNICA 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

Con el objeto de no resultar reiterativa sobre la legislación aplicable en materia de extranjería en nuestro ordenamiento jurídico, me remitiré a lo expuesto en la introducción del presente trabajo, subrayando, en cualquier caso, que la Ley Orgánica 8/2000 constituye una Ley Orgánica de modificación o de reforma, cuya inmediatez temporal respecto de la Ley Orgánica modificada se explica por el cambio de Legislatura y de mayoría de Gobierno tras las elecciones generales celebradas en el año 2000. En efecto, la Ley Orgánica 4/2000 fue aprobada por todos los parlamentarios de oposición, pero fue votada en contra por el grupo que sostenía al Gobierno, ello determinó que, tras las elecciones generales y saldadas éstas con una nueva victoria, esta vez por mayoría absoluta, el Gobierno procediese a modificar la Ley Orgánica en diciembre del mismo año.

Esta Ley Orgánica 8/2000 es una de las normas más controvertidas desde el punto de vista de la constitucionalidad que han existido en nuestra historia constitucional, estableciéndose, además, el debate en términos muy radicales, en el sentido de o bien encontrar a la norma sin ningún vestigio de constitucionalidad o bien, por el contrario, encontrarla como el paradigma

del encaje en nuestra Norma Fundamental, ello, sin duda, ha sido debido a la fuerte carga política de esta materia. Procuraremos, por ello, en este trabajo realizar un examen estricto de constitucionalidad ciñéndonos sólo al ámbito de lo jurídico, a salvo, naturalmente de la Resolución que en su día emita el Tribunal Constitucional, que es, no lo olvidemos, el único órgano y sujeto legitimado en nuestro ordenamiento para emitir juicios válidos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes.

En el ámbito de los derechos y libertades de los extranjeros, el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 8/2000 establece: «Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.»

Examinando este precepto observamos, en primer lugar, que se reconoce a los extranjeros la titularidad de todos los derechos y libertades regulados en el Título I de nuestra Norma Fundamental, en los términos previstos en los Tratados internacionales y en las leyes reguladoras de dichos derechos y libertades en nuestro ordenamiento. En segundo lugar, encontramos que el legislador distingue entre titularidad y ejercicio de los derechos, pues expone que el ejercicio (no la titularidad) de estos derechos se efectuará en condiciones de igualdad «como criterio interpretativo general», por lo que, en tercer lugar, encontramos que lo que se establece es un criterio interpretativo, lo que supone, en realidad, una diferencia desde el punto de vista jurídico, ya que, de lo contrario, hubiera bastado una remisión genérica a la Constitución y a las normas reguladoras del ejercicio de cada uno de los derechos para los españoles sin incluir la reserva de un criterio interpretativo general, lo que implica que existirán excepciones.

El legislador positiviza que su poder para decidir sobre el ejercicio de estos derechos y libertades para los extranjeros se encuentra limitado por la Constitución y los Tratados, lo que, hasta el momento, sólo se encontraba en un estudio de la Jurisprudencia constitucional, así el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 8/2000 dispone: «Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte.»

Por otro lado, el artículo 3.2 también dispone: «Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de conductas o actos contrarios a las mismas.» Este precepto me parece de capital importancia en tanto en cuanto consagra los derechos fundamentales con carácter prevalente sobre cualesquiera aspectos culturales, religiosos o ideológicos de los extranjeros en caso de conflicto entre ellos.

IV. DIVERSOS PLANTEAMIENTOS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ORGÁNICA 8/2000³

Anteriormente señalábamos que la Ley Orgánica 8/2000 ha sido una de las más controvertidas desde el punto de vista de su constitucionalidad, pues no en vano ha sido objeto de la interposición de nueve recursos de inconstitucionalidad, circunstancia que se extremó más cuando el Defensor del Pueblo no estimó inconstitucionalidad alguna para la interposición de recurso.

Para Tajadura Tejada existen cinco cuestiones básicas sobre las que cuestionarse la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000:

- Limitaciones de los derechos y libertades de reunión, manifestación, asociación, libertad sindical y huelga.
- Sentido de la distinción entre titularidad y ejercicio de los derechos.
- Residencia legal en España como criterio para establecer diferencias entre extranjeros en el ejercicio de determinados derechos.
- Exigencia de disponer del permiso de trabajo para el ejercicio del derecho de huelga.
- Limitaciones al derecho de asistencia jurídica gratuita.

Como ya expusimos más arriba, el Tribunal Constitucional ha determinado la existencia de unos derechos cuya vinculación con la dignidad de la persona impide que el legislador disponga diferencias entre nacionales y extranjeros en el ámbito de estos derechos (derecho a la vida, integridad física y moral, libertad ideológica, religiosa y de culto, intimidad personal, libertad personal, tutela judicial efectiva).

Existen otros derechos, por el contrario, en los que, al no existir dicha vinculación con la dignidad de la persona, existe disponibilidad para que el legislador pueda establecer diferencias entre españoles y extranjeros, dentro del respeto a la Constitución y a los Tratados internacionales.

Desde la STC 115/1987 quedó admitido por el Tribunal Constitucional el hecho de que el legislador puede «establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de extranjeros», ello implícitamente supone la distinción entre titularidad y ejercicio.

La principal condición adicional establecida por la Ley Orgánica 8/2000 es la de que el extranjero resida legalmente en España para poder ejercer los derechos no vinculados directamente con la dignidad de la persona, lo que impide, *sensu contrario* su ejercicio a aquellos extranjeros que no residan legalmente en España. Ello *de facto* entraña un resultado igual al que se produciría si no existiese titularidad del derecho; no obstante, no es igual *de iure*, toda vez que, cumplida la condición de residir legalmente en España, el extranjero podría ejercitar su derecho, lo que sería imposible si no ostentase la titularidad del mismo.

³ Tajadura Tejada, Javier: «Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 7, noviembre de 2004.

Como ya mencionamos con anterioridad, toda la Jurisprudencia constitucional sobre extranjería ha sido emitida sobre el presupuesto de residencia legal, por lo que es la primera vez que al Tribunal Constitucional se le plantea si la residencia legal en España es un criterio constitucional para establecer diferencias en la regulación del ejercicio de determinados derechos y libertades.

Los derechos de reunión, manifestación y sindicación son considerados derechos en los que el contrapunto es el orden público, según indica Pérez Calvo, citado por Tajadura Tejada:

El artículo 21 CE, regulador del derecho de reunión, dispone:

«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.»

Los requisitos de que la reunión sea pacífica y sin armas, y la obligatoriedad de comunicación previa de la manifestación a la autoridad son manifestaciones de ese contrapunto de orden público.

El artículo 22 CE, regulador del derecho de asociación recoge también este planteamiento en sus apartados 2 y 5:

«2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.»

Esta vinculación con el respeto al orden público es muy relevante, en tanto en cuanto, es la propia Constitución la que determina limitaciones al ejercicio de estos derechos a favor del orden público, limitaciones que, dado su carácter constitucional afectarán tanto a españoles como a extranjeros. Desde esta perspectiva, parece razonable que el Estado pueda identificar a quienes ejercen estos derechos, lo que, con la actual normativa sólo es posible en caso de residencia legal. Siguiendo a Pérez Calvo, citado por Tajadura Tejada, «la posibilidad jurídica del ejercicio de estos derechos por extranjeros que se hallen en situación ilegal en España supondría una desigualdad no sólo frente a otros extranjeros en situación legal, sino incluso, frente a los mismos españoles. Con las consecuencias respecto a las posibilidades de identificación de las personas que conlleva la estancia legal o ilegal en España.»

Cuestión distinta, y que excede del ámbito del presente trabajo, son los requisitos y procedimientos para la obtención de la residencia legal en España y del permiso de trabajo, los cuales, en tanto en cuanto afectan al ejercicio de derechos que nuestro ordenamiento constitucional califica de «fundamentales» deberían facilitarse para los extranjeros con voluntad de permanencia en nuestro país y de respeto a nuestro ordenamiento jurídico, alternativamente,

podría eliminarse esa condición para el ejercicio de los derechos por extranjeros, pues no olvidemos que es una condición que establece diferencias de ejercicio de los derechos no entre españoles y extranjeros (tema ampliamente expuesto ya), sino entre extranjeros con residencia legal y extranjeros sin residencia legal.

Respecto a los derechos de sindicación y huelga, ambos son regulados en el artículo 28 de la CE:

«1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos Armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.»

La ausencia del requisito de residencia legal sólo podría afectar al derecho de afiliación sindical, ya que la fundación de sindicatos requiere un procedimiento administrativo que entraña la residencia legal para su tramitación. Según la opinión de Tajadura Tejada, no es un derecho con vinculación directa con la dignidad de la persona, por lo que el legislador puede añadir condicionamientos para su ejercicio, como la residencia legal.

Respecto al derecho de huelga, la Ley Orgánica 8/2000 exige a los extranjeros la posesión del permiso de trabajo para su ejercicio. La realidad española se impone sobre esta normativa al evidenciarse la existencia de trabajadores sin permiso de trabajo, circunstancia que implica que sus condiciones laborales sean, frecuentemente, más gravosas que las de los extranjeros con permiso de trabajo y que las de los españoles. En un Estado Social, como lo es el español, por prescripción constitucional, de hecho es un elemento constitutivo de nuestro Estado (art. 1.1 CE). Los derechos laborales, como jornada, salario, descansos, etc., están directamente vinculados con la dignidad de la persona en cuanto trabajador. Desde este planteamiento, como indica Tajadura Tejada, «el derecho de huelga reviste un carácter instrumental respecto a los derechos inherentes a la dignidad de la persona y por ello, respecto al mismo, no resultan constitucionalmente admisibles las limitaciones impuestas. (...) El derecho de huelga no es un derecho frente al Estado, sino frente a terceros, los empleadores. Impedir su ejercicio a los extranjeros que trabajan sin el correspondiente permiso o autorización, supone desequilibrar *de facto* y *de iure* la relación laboral, ya de por sí y por su propia naturaleza manifiestamente desigual, a favor del empleador, reforzando así su posición de absoluto predominio. Este predominio resulta incompatible con el orden material de valores sobre el que la Constitución del Estado Social reposa».

La Ley Orgánica 8/2000 excluye del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros en situación de ilegalidad, salvo en los procedimientos de denegación de entrada, devolución, expulsión del territorio nacional o asilo.

La Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, ya establecía este requisito, lo que determinó su impugnación por el Defensor del Pueblo, la cual se resolvió mediante STC 95/2003, según la cual el derecho a la asistencia jurídica gratuita «consagra un derecho instrumental respecto al derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 CE (...) que se deberá reconocer en todo caso respecto a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar». Dado que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, los derechos contenidos en el artículo 24 CE «son inmediatamente inherentes a la dignidad humana», privar a los extranjeros sin residencia legal de esta asistencia equivale a privarles de la tutela judicial efectiva, lo cual es claramente contrario a la Constitución.

Algunas reflexiones sobre la caducidad en el procedimiento sancionador tributario

Sumario: I. PLANTEAMIENTO.—II. EFECTOS DE LA FALTA DE RESOLUCIÓN: LA CADUCIDAD.—III. POSIBLE SUSPENSIÓN DEL PLAZO PARA QUE LA RESOLUCIÓN SEA DICTADA Y NOTIFICADA.—IV. EFECTOS DE LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.—V. INCORPORACIÓN DE LA CADUCIDAD TÍPICA DEL DERECHO PRIVADO.—VI. LA SORPRENDENTE PREVISIÓN DEL ARTÍCULO 211.1 DE LA LGT.—VII. CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO

Como es sobradamente conocido, los procedimientos administrativos —también los tributarios— se inician de oficio o a solicitud de los interesados. Así, el artículo 98 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria («LGT»), en lo que denomina «*especialidades de los procedimientos administrativos en materia tributaria*», establece que:

«las actuaciones y procedimientos tributarios podrán iniciarse de oficio o a instancia del obligado tributario, mediante autoliquidación, declaración, comunicación, solicitud o cualquier otro medio previsto en la normativa tributaria».

Es objeto del presente artículo realizar algunas reflexiones en torno al instituto de la caducidad en el procedimiento sancionador, actividad administrativa productora de la sanción, que es el acto administrativo desfavorable por excelencia.

El procedimiento sancionador tributario (arts. 207 y siguientes de la LGT y Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario, «RD 2063/2004»), dirigido como está a la producción de un acto desfavorable,

★ Abogado del Estado (excedente). Abogado de Uría Menéndez.

«se iniciará siempre de oficio, mediante la notificación del acuerdo del órgano competente» (arts. 104, 209 y 211 de la LGT y 22 del RD 2063/2004).

El principal efecto de la iniciación de procedimiento sancionador se sitúa en la necesaria obligación para la Administración actuante, no sólo de resolverlo, sino también de notificar la resolución dictada (art. 103 de la LGT —que debería contener la rúbrica más actual de «obligación de resolver y notificar»—, en el mismo sentido que el art. 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, «Ley 30/1992»).

La LGT no sólo recoge la obligación de resolver y notificar, sino que, también, establece un plazo máximo para que esa obligación sea cumplida, añadiendo, además, reglas para el cómputo de ese plazo. En efecto, señala el artículo 211.2 de la LGT (*idem* el art. 24.4 del RD 2063/2004) lo siguiente:

«El procedimiento sancionador en materia tributaria deberá concluir en el plazo máximo de seis meses contados desde la notificación de la comunicación de inicio del procedimiento. Se entenderá que el procedimiento concluye en la fecha en que se notifique el acto administrativo de resolución del mismo.»

Resulta fuertemente criticable que la iniciación del procedimiento y, con ello, del cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución, se sitúe en la notificación del acuerdo de iniciación y no en la fecha del acuerdo mismo, tal y como regula para idéntico supuesto el artículo 42.3.a) de la Ley 30/1992. La regulación de la LGT supone en la práctica dejar al arbitrio de la Administración el cómputo de los plazos, siendo así que en numerosas ocasiones existe una enorme distancia temporal entre acuerdo y notificación del inicio. La LGT legitima de este modo que se estén realizando actuaciones con incidencia en la esfera subjetiva del obligado tributario sin que, sin embargo, se considere iniciado el procedimiento sancionador, precisamente por faltar el requisito de la notificación del acuerdo de iniciación, existiendo, de hecho, un procedimiento administrativo en marcha al margen del interesado sin un plazo para resolver mientras no se produzca la notificación.

Estamos, en definitiva, ante una prueba más de la artificial especialidad del régimen del procedimiento tributario, que no aparece justificada por las exigencias mismas del procedimiento, sino por la sola comodidad de la Administración actuante, la tributaria, con una elevada capacidad de influencia legislativa, y dispuesta a blindar su procedimiento frente a los Tribunales —y en contra del obligado tributario—.

Más correcta es la fijación del *dies ad quem* del procedimiento sancionador en la notificación de la resolución sancionadora misma, al hacerse coincidir la terminación del plazo con la fecha del conocimiento de la actividad administrativa sancionadora. En este punto, no obstante, resultará de aplicación la previsión del artículo 104.2 de la LGT, según el cual:

«A los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente acreditar que se ha realizado un intento de notificación que contenga el texto íntegro de la resolución.»

Los artículos 109 y siguientes de la LGT contienen el régimen de la práctica de las notificaciones, el cual deberá ser seguido para que se entienda realizada correctamente la notificación o, en su caso, el intento de la misma y, con ello, cumplido el plazo máximo previsto para que la obligación de resolver y notificar sea cumplida.

Precisamente por no seguir el régimen de notificaciones previsto en esos artículos no puede entenderse cumplida la obligación de resolver y notificación en plazo cuando —como ha sucedido en alguna ocasión en la práctica— la Administración actuante remite la resolución que pone fin al procedimiento el último día del plazo acudiendo a una Oficina de Correos, pretendiendo que ha sido ésta notificada precisamente el día de entrada en Correos. Debe advertirse que las Oficinas de Correos constituyen un medio hábil para presentar en plazo las *«las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas»* [art. 38.4.c) de la Ley 30/1992 y 31 y siguientes del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales], pero en modo alguno pueden constituir un cauce para la notificación de resoluciones por parte de la Administración actuante.

II. EFECTOS DE LA FALTA DE RESOLUCIÓN: LA CADUCIDAD

Los dos resultados procedimentales posibles de la actividad sancionadora se sitúan (i) en la terminación del procedimiento mediante resolución —adoptando o no la sanción contenida en la correspondiente propuesta de resolución y, con ello, pronunciándose sobre la existencia o inexistencia de infracción o responsabilidad— dentro del plazo señalado al efecto (art. 212 de la LGT); (ii) o bien en el transcurso del plazo correspondiente sin que ninguna resolución haya sido notificada.

Centrándonos en el segundo caso, debemos plantearnos a continuación cuáles son los efectos del no cumplimiento de la obligación de resolver y notificar la resolución sancionadora en el plazo de seis meses antes señalado.

La teoría general del acto administrativo nos ha enseñado siempre que la falta de cumplimiento de la obligación de resolver y notificar en el procedimiento sancionador —en cuanto que destinado a producir un acto de gravamen— determina la caducidad del procedimiento. Así resulta del artículo 44 de la Ley 30/1992, que se atreve a predicar esta consecuencia de todo procedimiento destinado a restringir la esfera subjetiva del ciudadano. En este sentido, la caducidad se ha presentado tradicionalmente como una exigencia de justicia.

El legislador de la LGT, mucho menos atrevido —y, con ello, menos técnico— que el de la Ley 30/1992, no eleva la caducidad a regla general, sino que, tímidamente, la convierte en regla subsidiaria de la falta de notificación de una resolución en los procedimientos de gravamen iniciados de oficio por la Administración tributaria (art. 104.4). Señala, en efecto, el precepto últimamente citado lo siguiente:

«En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya notificado resolución expresa producirá los efectos previstos en la normativa reguladora de cada procedimiento de aplicación de los tributos.

En ausencia de regulación expresa, se producirán los siguientes efectos:

[...] En los procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen se producirá la caducidad del procedimiento.»

Sorprendentemente, pues, la caducidad no es la regla general de la falta del cumplimiento del plazo de resolución y notificación en los procedimientos tributarios productores de efectos desfavorables (casi todos). Afortunadamente, no obstante, el legislador de la LGT se alinea con la Ley 30/1992 al establecer la regla particular según la cual en el procedimiento sancionador el vencimiento del plazo antes señalado *«sin que se haya notificado resolución expresa producirá la caducidad del procedimiento»* (art. 211.4 de la LGT).

En el ámbito sancionador, pues, dada la previsión señalada, se producirá la caducidad del expediente cuando entre el día inicial (notificación del acuerdo) y el final (notificación de la resolución) haya transcurrido el plazo de seis meses indicado. Transcurrido ese plazo, la obligación de dictar y notificar la resolución en el procedimiento se transmutará en la obligación de dictar y notificar que se ha producido la caducidad del procedimiento, a solicitud del interesado o de oficio, siendo este último caso el más deseable. En este sentido debe ser interpretado el artículo 103.2 de la LGT cuando exceptúa de la obligación de resolver los procedimientos *«en los que se produzca la caducidad»*, debiendo entenderse referida la excepción a la obligación de resolver y notificar a la resolución propia del procedimiento sancionador y no a la que declara la caducidad. Es decir, ya no habrá obligación de pronunciarse acerca de la existencia o no de responsabilidad, pero sí de declarar que se ha producido la caducidad del procedimiento como consecuencia de no haberse notificado la resolución en plazo.

III. POSIBLE SUSPENSIÓN DEL PLAZO PARA QUE LA RESOLUCIÓN SEA DICTADA Y NOTIFICADA

El cómputo del plazo máximo para que la resolución del procedimiento sea dictada y notificada puede quedar en suspenso, paralizándose su cómputo y no produciéndose las consecuencias propias de su inobservancia. Así lo establece el artículo 24.4 del RD 2063/2004 por remisión al artículo 180.1 de la LGT (en la misma dirección el artículo 32 del RD 2063/2004). Señala al respecto este último lo siguiente:

«Si la Administración tributaria estimase que la infracción pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal, previa audiencia al interesado, y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal.

La sentencia condenatoria de la autoridad judicial impedirá la imposición de sanción administrativa.

De no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración tributaria iniciará o continuará sus actuaciones de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados, y se reanudará el cómputo del plazo de prescripción en el punto en el que estaba cuando se suspendió. Las actuaciones administrativas realizadas durante el período de suspensión se tendrán por inexistentes.»

Se sigue de lo anterior, pues, que cuando la Administración que tramite el procedimiento (de acuerdo con las normas de competencia señaladas por el artículo 20 del RD 2063/2004) advierta la existencia de un delito contra la Hacienda Pública (arts. 305 y siguientes de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal) deberá abstenerse de continuar el procedimiento, remitiendo el tanto de culpa al juez de instrucción competente o, en su caso, Ministerio Fiscal.

Es importante advertir en este punto que la suspensión procederá cuando los indicios sean los propios del delito contra la Hacienda Pública, pero no en ningún otro supuesto delictivo (*vide* Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1996; Ar. 4973).

En cualquier caso, este supuesto no suele darse en la práctica, siendo así que el procedimiento sancionador se suele incoar cuando ha sido finalizado el procedimiento de inspección, que es el que se suele suspender (*vide* art. 32.2 del RD 2063/2004).

Finalmente, de acuerdo con el artículo 180.1 de la LGT, una vez haya sido dictada sentencia absolutoria o producido el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o, incluso, la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal, se reanudará el cómputo del plazo para dictar y notificar la resolución en el procedimiento sancionador suspendido.

Junto a esta suspensión del procedimiento expresamente prevista por el artículo 24.4 del RD 2063/2004 en relación con el artículo 180.1 de la LGT, cabría plantearse la aplicación al procedimiento sancionador tributario de los supuestos de suspensión «*del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución*» previstos en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992. La solución a esta cuestión vendrá dada por el alcance que demos a la supletoriedad prevista en el artículo 207.b de la LGT cuando establece lo siguiente:

«El procedimiento sancionador en materia tributaria se regulará:

a) Por las normas especiales establecidas en este título y la normativa reglamentaria dictada en su desarrollo.

b) *En su defecto, por las normas reguladoras del procedimiento sancionador en materia administrativa.»*

Si consideramos que la posible suspensión del procedimiento ha sido regulada por la normativa contemplada en el apartado a) (la LGT y el RD 2063/2004) no cabrá la suspensión. No es planteable la supletoriedad —cabría decir— cuando el legislador, refiriéndose a la suspensión de modo expreso, únicamente ha contemplado un supuesto, el del 180.1 de la LGT. Frente a ello cabría sostener que resulta de aplicación la Ley 30/1992 en este punto, ya que los supuestos de suspensión del artículo 42.5¹ de ésta responden a una finalidad diversa, a una razón *intraprocedimental*, a incidencias del procedimiento mismo, mientras que la suspensión del artículo 180.1 se refiere a los casos *extraprocedimentales* derivados de un procedimiento judicial que afecta a la misma realidad que el procedimiento administrativo sancionador en curso.

Lo que sí que cabría sostener es la aplicación supletoria al procedimiento sancionador tributario del artículo 42.6 de la Ley 30/1992, relativo a la posible ampliación excepcional del plazo máximo para resolver hasta un máximo que «no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento», al no existir precepto equivalente en sede sancionadora tributaria y no plantearse debate similar al antes apuntado.

¹ «5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

- a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente Ley.
- b) Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá ser comunicada.
- c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.
- d) Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.
- e) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 88 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados.»

«3. Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo.

Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.

De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.

Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno.»

IV. EFECTOS DE LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Producida la caducidad en el procedimiento, tradicionalmente se ha entendido que el procedimiento caducado no interrumpía la prescripción de la acción sancionadora (arts. 44 y 92 de la Ley 30/1992 y 104.5 de la LGT). Es decir, la interrupción de la prescripción, que aparentemente suponía la iniciación del procedimiento sancionador, se entendía no producida como consecuencia del transcurso del plazo máximo para que la resolución fuera dictada y notificada (caducidad). Dentro del plazo de prescripción que quedara pendiente —si es que lo había— otro procedimiento sancionador podía ser iniciado. Caduca el procedimiento y prescribe la acción sancionadora —se decía—, pero actuando del modo descrito interactúan una y otra institución.

Desde el punto de vista práctico, la caducidad del procedimiento suponía, además, la imposibilidad de que las actuaciones incorporadas al procedimiento caducado pudieran ser utilizadas en un procedimiento diverso. El procedimiento caducado, pues, es *como si no hubiera existido*, al no interrumpir la prescripción ni poder ser utilizado el material que incorpora en un procedimiento de nueva iniciación. Sin embargo, mientras no hubiera prescrito el derecho para imponer la sanción, podía iniciarse un nuevo procedimiento sancionador.

La LGT se separa, sin embargo, de la diferenciación conceptual clásica entre la caducidad y la prescripción al decir en el artículo 211.4 que *«la caducidad impedirá la iniciación de un nuevo procedimiento sancionador»*. Es decir, a pesar de haberse producido la caducidad (procedimiento) y encontrarse viva la acción sancionadora (prescripción), no cabe la iniciación de un nuevo procedimiento, contra lo que suele ser habitual en los supuestos de acciones no prescritas. De forma técnicamente incorrecta —aunque esta vez en beneficio del obligado tributario— caducidad y prescripción se hacen coincidir. La caducidad produce la prescripción en materia sancionadora tributaria. Al caducar el procedimiento está, de hecho, prescribiendo la acción sancionadora.

De este modo, se deja sin aplicación práctica para el procedimiento sancionador tributario (al menos para el sujeto frente al que se ha seguido) la previsión contenida en el artículo 104.5 *in fine* de la LGT cuando señala, separándose de lo que, como ha quedado dicho, es propio de los procedimientos caducados, que:

«Las actuaciones realizadas en el curso de un procedimiento caducado, así como los documentos y otros elementos de prueba obtenidos en dicho procedimiento, conservarán su validez y eficacia a efectos probatorios en otros procedimientos iniciados o que puedan iniciarse con posterioridad en relación con el mismo u otro obligado tributario.»

Es decir, aplicando tal previsión al procedimiento sancionador tributario, como quiera que, por hipótesis, no cabrá la iniciación de un nuevo procedimiento sancionador, el material probatorio recogido en el procedimiento caducado no podrá ser utilizado frente al mismo sujeto, sin perjuicio de la ini-

ciación de otro procedimiento (si es sancionador por otros hechos) frente al obligado tributario o frente a terceros, en los cuales podría ser utilizados los «documentos y otros elementos de prueba obtenidos en el procedimiento» caducado. Cabe criticar de nuevo que el legislador se separe de la regla general del procedimiento administrativo que, como antes veíamos, entiende que el procedimiento caducado es como si no hubiera existido para ningún efecto. La Administración que ha incumplido las normas que gobiernan el plazo máximo en que su actuación ha de producirse no debería aprovecharse en modo alguno de la contravención de esas normas, por más que el beneficio para la Administración se produzca en un procedimiento diverso.

V. INCORPORACIÓN DE LA CADUCIDAD TÍPICA DEL DERECHO PRIVADO

Por otro lado, señala el artículo 209.2 de la LGT lo siguiente:

«Los procedimientos sancionadores que se incoen como consecuencia de un procedimiento iniciado mediante declaración o de un procedimiento de verificación de datos, comprobación o inspección no podrán iniciarse respecto a la persona o entidad que hubiera sido objeto del procedimiento una vez transcurrido el plazo de tres meses desde que se hubiese notificado o se entendiese notificada la correspondiente liquidación o resolución.»

Se sigue del precepto que acaba de ser transcrito que, notificada una resolución consecuencia de un «procedimiento iniciado mediante declaración o de un procedimiento de verificación de datos, comprobación o inspección», la Administración tiene tres meses para iniciar un procedimiento sancionador. Es decir, la suerte jurídica de la acción sancionadora depende de que el procedimiento sancionador sea iniciado dentro de ese plazo de tres meses. Parece que el legislador de la LGT ha querido introducir la regulación de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción sancionadora, pero entendido el concepto de caducidad en su acepción jurídico-civil tradicional.

En efecto, como antes decíamos, en el ámbito del Derecho público, la caducidad es un concepto exclusivamente referido a los procedimientos (art. 211 de la LGT). En ese ámbito, tanto las acciones como los derechos prescriben como efecto del paso del tiempo, pero no caducan.

Frente a ello, en el ámbito del Derecho privado, los derechos y acciones normalmente prescriben, pero, en ocasiones, también caducan (art. 1.299 del Código Civil, «CC»), entendiéndose por caducidad la extinción o decadencia de la acción de que se trate precisamente por su falta de ejercicio dentro del plazo normativamente establecido.

También la prescripción supone la extinción de un derecho o acción por falta de su ejercicio dentro del plazo establecido por la norma, siendo así que «también se extinguen (...) por la prescripción los derechos y acciones de cualquier clase que sean» (art. 1.936.II del CC).

Mientras que en la prescripción no es suficiente con el paso del tiempo para que el efecto extintivo se produzca, sino que aquél debe verse acompañado de una inactividad del titular del derecho o acción (el tradicionalmente denominado silencio de la relación jurídica), de modo que cada vez que el titular interrumpa ese silencio el plazo volverá a contarse de nuevo, en la caducidad el transcurso del plazo basta para la extinción de la acción, haciendo imposible, sin más, su ejercicio.

Pues bien, parece que en este sentido debe ser interpretado el plazo trimestral del artículo 209.2 de la LGT, de manera tal que la acción que acompaña a la Administración tributaria para sancionar al ciudadano, como consecuencia de una regularización llevada al efecto, se extinguirá inexorablemente con el transcurso del plazo de tres meses desde la notificación o desde que ésta debiera entenderse producida.

No es un plazo que la Administración tributaria pueda reabrir libremente, sino que, como se parte de una información que la Administración ya posee, transcurrido el plazo, habrá desaparecido la posibilidad jurídica de iniciar un procedimiento sancionador, sin que pueda admitirse causa alguna de excepción o suspensión de la vigencia de dicho plazo.

Esta severidad en la interpretación del plazo es coherente con el tratamiento extintivo que da la Ley a los plazos al regular los efectos de la caducidad procedimental en el procedimiento sancionador a que en el apartado anterior aludíamos, esto es, con la imposibilidad de volver a ejercitar la acción sancionadora en relación con el procedimiento caducado. Siempre que el procedimiento haya caducado por el transcurso de seis meses (art. 211), no se podrá reabrir otro simplemente porque habrán transcurrido los tres meses del artículo 209.2 de la LGT. La acción estaría siempre caducada civilmente hablando.

VI. LA SORPRENDENTE PREVISIÓN DEL ARTÍCULO 211.1 DE LA LGT

Finalmente, el párrafo segundo del artículo 211.1 de la LGT contiene una inusual regla especial en materia de falta de resolución del procedimiento sancionador, al señalar lo siguiente:

«Cuando en un procedimiento sancionador iniciado como consecuencia de un procedimiento de inspección el interesado preste su conformidad a la propuesta de resolución, se entenderá dictada y notificada la resolución por el órgano competente para imponer la sanción, de acuerdo con dicha propuesta, por el transcurso del plazo de un mes a contar desde la fecha en que dicha conformidad se manifestó, sin necesidad de nueva notificación expresa al efecto.»

Introduce de este modo el legislador algo más que sorprendente: que un procedimiento iniciado de oficio destinado a producir efectos desfavorables termine, no por caducidad, sino por silencio administrativo en aquellos casos

en que el procedimiento se haya iniciado tras la suscripción de un acta de conformidad y el interesado haya prestado su conformidad a la propuesta de resolución del procedimiento sancionador, sin que se rectifique dicha propuesta por la Administración en el plazo de un mes. La sorpresa viene motivada porque tanto este supuesto, como el de la confirmación por silencio de la propia acta de conformidad, constituyen títulos ejecutivos de la deuda y de la sanción, y suponen una gran excepción al régimen de ejecutoriedad de los actos administrativos, previsto en el artículo 95 de la Ley 30/1992, que exige para toda ejecución coactiva contra el administrado la previa emisión de un acto expreso, y que, además, sea notificado. Este régimen es, por supuesto, más cómodo para la Administración tributaria, que no tendrá que molestarse en dictar un acto expreso sancionador, pero no parece cuadrar con las exigencias y garantías de los artículos 24 y 25 de la Constitución, que exigen la tramitación de un procedimiento con todas sus garantías, en el que la resolución se dicte por un órgano distinto del instructor, y de manera motivada, y no parece que una sanción impuesta por silencio se haya dictado por un órgano diferente del instructor, ni con la motivación que exige toda actividad ablatoria, y además sancionadora.

VII. CONCLUSIÓN

En conclusión de cuanto acaba de ser expuesto, resulta loable la regulación de la figura de la caducidad en la LGT, que mejora ausencia de previsión alguna al respecto en la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963. Como crítica, la regulación de la LGT debió llegar más lejos, consagrando la caducidad como consecuencia inexorable de la falta de notificación y resolución en plazo de todo procedimiento destinado a producir un acto de gravamen y no meramente como consecuencia supletoria.

Al menos, no obstante, se consagra en una norma con rango de ley la caducidad como consecuencia necesaria del incumplimiento de la obligación de resolver y notificar en plazo en el procedimiento sancionador. La regulación es, quizá, mejorable desde el punto de vista técnico, siendo recomendable una mayor aproximación a la Ley 30/1992, más coherente en la regulación de la caducidad tal y como esta institución ha sido tradicionalmente entendida.

Aportación al debate sobre el futuro de la Monarquía Parlamentaria

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA MONARQUÍA EN 1978.—2.1. La Monarquía en el proceso constituyente.—2.2. El significado de la Monarquía y las funciones constitucionales del Rey.—III. LA CORONA Y LAS CORTES.—IV. CARACTERIZACIÓN DE LA MONARQUÍA EN LOS ESTADOS EUROPEOS.—V. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA OPCIÓN MONÁRQUICA EN EL SIGLO XXI.

I. INTRODUCCIÓN

El Título Preliminar, que recoge los principios político-constitucionales del Estado que la propia Constitución crea, declara en el apartado 3 del artículo 1 que «la forma política del Estado español es la Monarquía Parlamentaria». Este punto no fue objeto de modificación alguna a lo largo del proceso constituyente, de tal forma que se incluyó en la redacción definitiva de la Constitución con el tenor literal del texto del Anteproyecto. Esto no significa que no hubiera posturas divergentes, por el contrario, «la antítesis de posturas determinó que no se alterase ni una sola palabra del texto inicialmente pactado»¹.

La consolidación en las normas constitucionales de la Monarquía Parlamentaria desembocó en una regulación precisa de las funciones del Rey, con el fin de establecer una «Monarquía Parlamentaria racionalizada». Así lo señaló Sánchez Agesta, al comentar el Anteproyecto de Constitución, aunque entendiendo que era excesiva esta racionalización «... pues quita a este régimen una de sus grandes virtudes, la flexibilidad en la relación y el juego de

★ Profesoras Propias de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho (ICADE). Comillas.

¹ F. Garrido Falla, «Comentario al artículo 1.3», en F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, p. 38.

poderes...»². No obstante, la proclamación de la soberanía popular y, en general, la garantía de la participación ciudadana de modo que se asegure la legitimación de los poderes estatales, exigen reducir a normas tasadas las funciones del monarca.

En la práctica, esta reducción se debió fundamentalmente al deseo constituyente de limitar los poderes del Rey y, como dice De Esteban, porque en España faltaban las prácticas y convenciones que habían ido configurando las Monarquías Parlamentarias europeas de los Estados democráticos³. No obstante, la función de árbitro y moderador del sistema puede llegar a formar un núcleo de actividad de cierto alcance, especialmente en momentos difíciles para la Nación, según señala Jiménez de Parga⁴. Recuerda también este autor la similitud de las disposiciones del artículo 56 de la Constitución española, con el artículo 5 de la Constitución francesa, que afirma que el Presidente de la República «asegura, mediante su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos, así como la continuidad del Estado»⁵. En definitiva, las funciones del Jefe del Estado en una Monarquía y en una República parlamentaria se han aproximado en un Estado democrático de Derecho. Lo que no significa que no separen a ambas instituciones importantes diferencias, especialmente en su legitimación y representación, así como en lo que se refiere al papel simbólico y de permanencia, sobre los que algunos autores consideran el papel de la Corona más eficaz que el de un Presidente de la República⁶.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA MONARQUÍA EN 1978

2.1. La Monarquía en el proceso constituyente

Dos fueron, en opinión de Alzaga, los factores que determinaron la redacción del Título II de la Constitución «De la Corona»: «En primer lugar la larga tradición monárquica de nuestro país, que ha conocido diversas plasmaciones jurídico-constitucionales a lo largo del siglo XIX (...). Un segundo factor que ha condicionado en grado no precisamente nimio, la formación de las facultades que la Constitución atribuye a la Corona ha sido la posición del Partido Socialista Obrero Español (y de sus fuerzas afines, como los socialistas de Cataluña), que sostuvieron hasta el trámite del Pleno del Congreso un voto particular que defendía la forma republicana de Gobierno, voto que

² L. Sánchez Agesta, «Significado y poderes de la Corona en el proyecto constitucional», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Constitución*, Madrid, 1978, p. 112.

³ J. de Esteban y P. González-Trevijano, *Curso de Derecho constitucional*, vol. III, Madrid, 1995, p. 43.

⁴ M. Jiménez de Parga, «El Estatuto del rey en España y en las Monarquías Europeas», en P. Lucas Verdú (dir.), *La Corona y la Monarquía Parlamentaria*, Madrid, 1983, p. 125.

⁵ M.^a I. Álvarez Vélaz y M.^a F. Alcón Yustas, *Las Constituciones de los Quince Estados de la Unión Europea. Textos y Comentarios*, Madrid, 1996, p. 308.

⁶ Cfr. M. García Canales, *La Monarquía Parlamentaria*, Madrid, 1991, p. 93.

no tenía posibilidades prácticas de prosperar, pero que patentizaba una actitud que a lo largo de todo el proceso constituyente, contribuyó a determinar que nuestra Corona, sin llegar al caso límite que hoy representa la Constitución sueca de 1975, se moviese en unos niveles muy reducidos de poder político...»⁷.

De hecho, el diputado Gómez Llorente defendió en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso de los Diputados que, en opinión del Grupo Parlamentario Socialista, «la forma republicana del Estado es más racional y acorde bajo el prisma de los principios democráticos». Esta aseveración forma parte de un discurso en el que afirmó, entre otros argumentos, que la vinculación socialismo-República se hizo necesaria en España «para combatir el caciquismo, simplemente para algo tan elemental como conseguir unas verdaderas libertades públicas y un régimen democrático honesto»⁸.

Ciertamente, satisface el sabor decimonónico de éstas y otras declaraciones expresadas en las Cortes Constituyentes de 1978. Casi treinta años después, ni las fuerzas políticas, ni la opinión pública, pueden legítimamente expresar el temor de que la Monarquía influya para limitar las libertades ciudadanas. Incluso, durante el desasosiego que padeció el pueblo español en los años de la transición, la Monarquía se conformó como una institución conciliadora pero avanzada, que había roto con el pasado inmediato y con el constitucionalismo histórico español, excepto por lo que podríamos denominar, prudentes «silencios del Rey»⁹.

Desde los primeros momentos de la transición, la Corona expresó su opción por un cambio que abriera las puertas al principio democrático. Ya en abril de 1976 los propósitos del Rey quedaron claros en la entrevista concedida al periodista americano Arnaud de Borchgrave, y publicada en el semanario *Newsweek*, en la que expresaba su disconformidad con las reformas propuestas por el Presidente Arias Navarro¹⁰. En junio, el Rey manifestó nuevamente su postura, en el Congreso de los Estados Unidos, al que fue invitado con ocasión del bicentenario de la independencia americana. En su discurso afirmó, entre otras cosas, que «la Monarquía hará que, bajo los principios de la democracia, se mantengan en España la paz social y la estabilidad política (...) según los deseos del pueblo libremente expresados».

La eficacia de estas palabras se empezó a apreciar tras el resultado de la entrevista que mantuvo el Rey con el Presidente Arias Navarro, en Palacio Real, con ocasión de una recepción ordinaria de cartas credenciales¹¹. El Presidente optó por presentar la dimisión. Era el día primero del mes de julio del

⁷ Ó. Alzaga Villamil, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, p. 371.

⁸ Ó. Alzaga Villamil, *op. cit.*, p. 372.

⁹ J. Bardavio, *Los silencios del Rey*, Madrid, 1979.

¹⁰ En marzo de 1976 el Presidente Arias envió a las Cortes un proyecto de Ley de Asociaciones y un proyecto de modificación del Código Penal, con el fin de suavizar la normativa sobre asociaciones, aprobada por Decreto-ley en diciembre de 1974.

¹¹ Arias Navarro, nombrado por Francisco Franco, mantuvo su cargo hasta julio de 1977. El Rey se vio obligado a esperar unos meses para llevar a cabo la sustitución, pues, conforme a la legislación vigente, no estaba previsto que la muerte de Franco conllevara el cese del Presidente del Gobierno.

mismo año 1976. El Consejo del Reino fue informado y convocado con urgencia, como era preceptivo a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Estado, pues le correspondía presentar la terna de candidatos, entre los que el Jefe de Estado debería elegir al Presidente del Gobierno. El Rey había iniciado una política de cambio, pero estaba sometido a la ortodoxia de las Leyes Fundamentales, por lo que no era libre para nombrar al nuevo Presidente. Tendría que designarlo entre los nombres incluidos en la terna, elegidos por un órgano con precedencia sobre todos los demás cuerpos consultivos, cuya composición respondía a los principios de la «democracia orgánica»¹².

La sesión del Consejo, hábilmente dirigida por Torcuato Fernández Miranda, Presidente nato del Consejo del Reino, por serlo de las Cortes, preparó una terna que incluía a Adolfo Suárez, joven Secretario General del Movimiento, que había sorprendido favorablemente a la clase política y a la opinión pública en un brillante discurso ante las Cortes defendiendo la libertad de asociaciones políticas.

Se iniciaba el proceso de transición a la democracia, a la vez que se terminaba con el intento continuista de disfrazar la legalidad existente en un marco ligeramente tolerante¹³. La Ley para la Reforma Política y la apertura al pluralismo, constituyeron los elementos imprescindibles para la celebración de las elecciones de 15 de junio de 1977, que crearon las Cámaras legislativas elegidas por sufragio universal, que en la práctica actuaron como Cortes Constituyentes¹⁴. Unas Cortes enfrentadas a una tarea extraordinaria y emocionante, sólo posible si se alcanzaba acuerdo en los principios políticos esenciales. Entre ellos, la Monarquía, que podría haber sido un punto grave de desacuerdo, fue apoyada por las fuerzas políticas que participaron activamente en las iniciativas movidas desde la Corona, y aceptadas por una oposición,

¹² Disponía el artículo 4.1 de la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado, que el Consejo del Reino «tendrá precedencia sobre los cuerpos consultivos de la Nación, asistirá al Jefe del Estado en asuntos y resoluciones trascendentales...». Se establecía también en el mismo artículo que, además del Presidente integrarían el Consejo del Reino, seis consejeros natos y seis electivos. Los natos eran el prelado de mayor jerarquía y antigüedad, entre los procuradores en Cortes; el capitán general, o en su defecto el teniente general, de mayor antigüedad, el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, el del Consejo de Estado y el del Instituto de España. Los electivos eran procuradores en Cortes, elegidos por votación entre los grupos representados en la Cámara: dos por los consejeros nacionales, dos por la organización sindical, dos por la Administración local, dos por la representación familiar, uno por los rectores de Universidad y uno por los colegios profesionales.

¹³ Las posiciones políticas al inicio del reinado de Juan Carlos han sido objeto de numerosos estudios. Podrían resumirse en cuatro actitudes: a) La inamovilidad política, o rechazo al cambio; b) El «reformismo continuista», pretendido por sectores herederos del franquismo, como Arias Navarro, que deseaban introducir una limitada «apertura política»; c) «La oposición reformista» que deseaba establecer pacíficamente un sistema democrático, desde la legalidad vigente, y d) «La opción rupturista», defendida mayoritariamente por la izquierda, que constituyeron en 1975, la Plataforma de Convergencia Democrática. Cfr. A. Torres del Moral, *Principios de Derecho constitucional Español*, Madrid, 2005, pp. 25 y ss.

¹⁴ La naturaleza de las Cortes estaba implícita en los preceptos contenidos en la Ley para la Reforma Política, puesto que preveía un procedimiento parlamentario especial para la reforma constitucional. No obstante, resulta irregular que una Asamblea que se supone constituyente no sea convocada con esta naturaleza, también es infrecuente una Asamblea constituyente conformada por dos Cámaras.

que, a pesar de la expresión formal de su preferencia republicana, supieron valorar la actitud de la institución en el cambio político ¹⁵.

Esta postura fue lo que permitió al diputado Gómez Llorente reconocer que «no ocultamos nuestra preferencia republicana, incluso aquí y ahora, pero sobrados ejemplos hay de que el socialismo, en la oposición y en el poder, no es incompatible con la Monarquía cuando esta institución cumple con el más escrupuloso respeto a la soberanía popular y a la voluntad de las reformas y transformaciones que la mayoría del pueblo desee en cada momento...» ¹⁶; y, al diputado Martín Toval, también del Grupo Parlamentario Socialista, afirmar: «En suma ser republicanos hoy puede significar salvar a la Monarquía actual de sus adherencias no democráticas, pero recordando que sólo una Monarquía, por así decirlo, republicana puede hoy tener legitimidad para los demócratas».

Por ello, si, como expresa Alzaga, la postura del Partido Socialista, a la vez rigurosa y flexible, aceptó la Monarquía, pero condicionó su regulación constitucional, bienvenidos sean tales gestos. La mayoría de los diputados de Unión de Centro Democrático (UCD) tampoco pretendían una Monarquía con poderes efectivos. Lo que sí se apreció, fueron intentos de rodear la institución de órganos de apoyo, con el fin de fortalecer una Corona que, en opinión de algunos parlamentarios, necesitaba una estructura que la dotara de suntuosidad y solemnidad, y de una imagen pública de verdadera magistratura suprema ¹⁷. Frente a estas pretensiones, la gran baza que la propia Monarquía jugó, y que algunos sectores se negaban a apreciar en su verdadera dimensión, fue el mecanismo de la naturalidad, la moderación y la tolerancia, además de una fe profunda, y no sólo correcta, en la democracia como forma de gobierno. Otorgar mayores poderes al Rey, mayor capacidad de arbitraje o de decisión, o la constitucionalización de un Consejo de la Corona, no hubieran acercado al Rey más al pueblo, ni hubieran asegurado con mayor eficacia la permanencia de la institución. Por el contrario, todo ello hubiera teñido a la institución con los resabios del pasado, aquella incompreensión entre la Monarquía, o la Dinastía, y el Pueblo que, por ejemplo, llevó a Isabel II al destierro.

2.2. El significado de la Monarquía y las funciones constitucionales del Rey

El artículo 1 de la Constitución española instituye un Reino, a tenor de lo dispuesto en el apartado 3: «la forma política del Estado español es la

¹⁵ Las fuerzas de izquierda propugnaron la abstención en el referéndum que ratificaba la Ley para la Reforma, puesto que trataba, al menos formalmente, de una Ley Fundamental, aprobada mediante el procedimiento establecido para las leyes de esta naturaleza. Sin embargo, participaron activamente en las elecciones democráticas de 1977.

¹⁶ *Diario de Sesiones del Congreso*, de 11 de mayo de 1978.

¹⁷ El Diputado López Rodó, del Grupo Parlamentario de Alianza Popular, presentó una enmienda que pretendía establecer un Consejo de la Corona. F. Garrido Falla, *op. cit.*, p. 939.

Monarquía parlamentaria», en el que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado (art. 1.2), que se constituye en Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1). El Estado así conformado, apuntado ya en el Preámbulo, se despliega en el resto de la Constitución, materializando y precisando estos principios.

En el Título II se regula la Jefatura del Estado, que asegura la constitucionalización de una Monarquía sin poderes efectivos, al establecer un estatuto del Rey acorde a las exigencias del principio democrático, que conforma el núcleo esencial de la Constitución. Una Monarquía definida como parlamentaria no sólo por razones formales, sino porque esta calificación responde a la constitucionalización de una estructura orgánica que sitúa al Parlamento en el centro del sistema. Todo ello convierte a la Monarquía española en una de las Jefaturas del Estado monárquicas más avanzadas del mundo.

El Rey goza de la legitimidad constitucional, expresada en las Cortes y en el referéndum nacional de ratificación de la Constitución, que él mismo sancionó solemnemente ante las Cortes Generales el día 27 de diciembre. Sin embargo, carece de la legitimación renovada periódicamente, que el pueblo concede a través de las urnas a sus representantes, porque de todos los órganos constitucionales sólo las Cortes Generales la poseen¹⁸. Es por esto por lo que nuestro sistema constitucional constituye un sistema parlamentario.

La Constitución declara, en el artículo 66, que las Cortes Generales, formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado, representan al pueblo español. Declaración que enlaza con el artículo 1.2, de modo que «queda conectado el órgano parlamentario con la soberanía popular»¹⁹. No olvidemos que, del «pueblo emanan los poderes del Estado» a través del principio de representación, que otorga a las Cortes legitimidad democrática, de modo que los actos de las Cortes constituyen actos del pueblo. Por ello, la Constitución, al configurar a la Monarquía como parlamentaria, la acerca al pueblo, depositario de la soberanía nacional, que renueva periódicamente su representación en las Cortes.

La Corona y el Parlamento quedan, por tanto, unidos desde el inicio de la Constitución. De modo que el Rey, que carece de poderes efectivos, enlaza sus funciones con el poder del Parlamento, que reúne a los representantes del pueblo, los verdaderos actores políticos del sistema constitucional. La Monarquía no es, por tanto, la fórmula política del Estado español, sino lo es la Monarquía parlamentaria. Se debe, pues, tener en cuenta que se están utilizando dos términos, «Monarquía» y «parlamentaria», que han de considerarse conjuntamente»²⁰. De modo que, desde el punto de vista del Derecho

¹⁸ Las Asambleas de las Comunidades Autónomas que ostentan también potestad legislativa originaria, legitiman igualmente sus poderes mediante las elecciones periódicas por sufragio universal, en las que se eligen los representantes del pueblo.

¹⁹ J. Solé Tura y M. A. Aparicio Pérez, *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Madrid, 1988, p. 27.

²⁰ L. López Guerra, «Una Monarquía Parlamentaria», en *El Régimen Constitucional Español*, Barcelona, 1982, p. 9.

constitucional lo adecuado, al referirse a la Jefatura del Estado en España, es que el término «parlamentaria» acompañe siempre al de «Monarquía».

En este marco inicial, la regulación constitucional de la Corona, responde al deseo constituyente de establecer una Monarquía racionalizada con poderes tasados, que en ningún caso ensombreciera los principios de democracia, libertad e igualdad que tenían que presidir la Constitución. Así, de los preceptos constitucionales, se deriva que el Rey no posee poder constituyente, pues la soberanía se atribuye en exclusiva al pueblo y de él emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 CE); que el Rey no posee poder legislativo, pues la potestad legislativa del Estado se atribuye, en exclusiva, a las Cortes Generales (art. 66.2 CE), y los Estatutos de Autonomía atribuyen, de acuerdo con la Constitución, la potestad legislativa autonómica a los parlamentos de las Comunidades Autónomas; que el Rey no gobierna, potestad que está atribuida, en el ámbito estatal, exclusivamente al Gobierno (art. 97 CE), y en el ámbito autonómico a los gobiernos de cada Comunidad Autónoma por sus propios Estatutos.

Este estatuto real no supone una contradicción con el hecho de que el Rey, como Jefe del Estado, es el supremo órgano de éste, y en tal sentido se requiere su intervención para los actos más relevantes de la vida estatal. La inactividad del Monarca paralizaría, en consecuencia, la marcha del Estado. Sin los actos del Rey el engranaje estatal dejaría de funcionar, por lo que la Constitución impone que esos actos se produzcan necesariamente, es decir, que sean de obligatoria realización. Ese es el sentido de la Monarquía Parlamentaria: el Monarca, por ser Jefe del Estado es el órgano supremo, pero por ser Rey es un órgano supremo desprovisto de competencias de libre ejercicio. Así, la intervención el Rey resulta necesaria, pero es obligada, porque al carecer de poderes efectivos su voluntad está sometida a las decisiones de quienes los ostentan²¹.

Lo anterior no significa que el Rey, Jefe de Estado carezca de funciones constitucionales. El artículo 56.1 CE, el primero del Título II, constituye el eje de las atribuciones que la Constitución otorga al titular de la Corona: «El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes».

En primer lugar, la Constitución, es decir, «la Nación española en uso de su soberanía», otorga al Rey la Jefatura del Estado, y es el único artículo de la Constitución que señala este hecho. Y, aunque la Constitución se refiere siempre al Rey, es obvio que alude al titular de la Corona, que podría ser una

²¹ Expresaba Gregorio Peces-Barba su opinión sobre el valor de la Monarquía en un artículo publicado en la prensa diaria: «La Monarquía Parlamentaria diseñada por la Constitución de 1978, por su carácter, es arbitral y moderadora del funcionamiento regular de las instituciones, pero permanece al margen del fragor político, y eso constituye su fortaleza, su autoridad moral y su legitimación», *ABC*, 24 de enero de 1993, p. 46.

Reina, o darse el caso de que ejerciera las funciones constitucionales, en nombre del Rey o la Reina, una Regencia, unipersonal o colegiada.

El Rey, es «símbolo de la unidad y permanencia del Estado» y lo es por sí mismo, por su existencia, o presencia, en la actividad o en la inactividad. El ejercicio de esta función es lo que le otorga «una posición preeminente desde el punto de vista de la dignidad formal»²². Una atribución de no escaso interés. Por una parte, porque la unidad es uno de los tres principios que definen, en el artículo 2, la estructura territorial del Estado que la propia Constitución crea: unidad, autonomía y solidaridad²³. El Rey se alza, por tanto, como símbolo permanente de la unidad del Estado, frente al pluralismo y la heterogeneidad de los territorios. Por otra parte, el Rey está sujeto, como los demás poderes públicos, a la Constitución y ésta garantiza también el derecho a la autonomía de «nacionalidades y regiones» en el mismo artículo.

En consecuencia, el Rey se convierte en una figura integradora, en una verdadera *autoritas*, que puede alcanzar relevante significado político en momentos de desintegración o de estatismo. Pues, símbolo de la unidad del Estado, está obligado a respetar la autonomía. Y como Jefe del Estado, forma parte de un sistema constitucional al que queda vinculado por efectos del artículo 9.1 CE: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.» Un sistema creado por la Nación española, que proclama su voluntad de «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de sus derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones», según reza el Preámbulo constitucional²⁴.

Además, el Rey simboliza la permanencia del Estado. Frente a los cambios políticos y las tensiones sociales, el Rey simboliza el orden, el entramado de relaciones jurídico-políticas que mantiene la estabilidad del Estado, más allá de los vaivenes políticos que protagonizan los partidos en legítima lucha por el ejercicio del poder. En este ámbito, la Monarquía aporta la seguridad del orden sucesorio, que asegura en lo posible la continuidad de la institución, aun cuando el titular de la Corona sea menor de edad. Una institución apartada de la política activa y de la inestabilidad de los cambios, a la que no afecta el desprestigio, o prestigio, de la clase política. Debido al principio de la irresponsabilidad, la Jefatura de Estado se aleja de los riesgos de las campañas electorales y de las urnas, y del desgaste de los Gobiernos. El Rey no asume la responsabilidad de sus actos porque no responden a su voluntad, sino a la de otros órganos, pero, como Jefe del Estado, asume la «más alta represen-

²² F. Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Madrid, 1992, p. 576.

²³ El artículo 2 CE establece: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las Nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre ellas.»

²⁴ El Preámbulo constitucional fue incluido en texto debido a dos enmiendas. La enmienda núm. 452, presentada por los diputados Enrique Tierno Galván y Raúl Morodo Leoncio, del Grupo Mixto, y la enmienda núm. 779 de Unión de Centro Democrático, *Constitución española Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 198, pp. 314 y 482.

tación del Estado en las relaciones internacionales». Porque el Estado permanece aunque la dinámica de la política conlleve cambios en la ideología imperante o en los propósitos de los programas de Gobierno.

Arbitrar y moderar «el funcionamiento regular de las instituciones» se conforma como una solitaria expresión, en el artículo 56.1 CE, que debe interpretarse en relación con otros preceptos constitucionales. La función moderadora del Rey suele referirse a la colaboración del Jefe del Estado con otros poderes. Ya señalamos que el Rey carece de poderes propios, o dicho más exactamente, no puede innovar, por sí mismo, el ordenamiento ni producir, por su sola voluntad, actos jurídicos estatales de aplicación de ese ordenamiento²⁵. De este modo las atribuciones que el artículo 62 CE otorga al Rey están referidas a la actuación de otros órganos. Funciones que exigen para su plenitud la acción del Jefe del Estado, que vincula su potestad a la del otro órgano constitucional con poder decisorio, formando así un acto complejo. Así, el Rey sanciona, promulga y manda publicar las leyes aprobadas por las Cortes Generales, nombra a los Ministros a propuesta del Presidente, expide los decretos aprobados por el Consejo de Ministros y en su nombre se imparte justicia²⁶.

Las únicas decisiones que la Constitución atribuye libremente al Rey son la distribución de las cantidades presupuestarias destinadas al sostenimiento de la Familia Real y la Casa del Rey y el nombramiento y relevo de los miembros civiles y militares de dicha Casa del Rey (art. 65 CE). Sólo estas decisiones están excluidas del refrendo, debiendo ser todas las demás refrendadas por el Presidente del Gobierno, los Ministros competentes o el Presidente del Congreso, según los casos, careciendo de validez si así no lo fueren (arts. 56.3 y 64 CE).

En cuanto al «arbitraje» creemos, con Torres del Moral, que «es difícilmente deslindable de la función moderadora y, en el caso de la Constitución española, también de la función simbólica, debido al carácter parlamentario de la Monarquía»²⁷. Algún autor ha querido ver en estas expresiones constitucionales un margen para la acción real, en aras de orientar un funcionamiento de las instituciones políticas conforme con las competencias distribuidas por la Constitución. No creemos que de la regulación constitucional de la Corona pueda entenderse la existencia de actividades discrecionales del Rey, puesto que sus funciones están tasadas en el texto constitucional, como lo están las atribuciones de los demás órganos constitucionales. La Constitución establece una colaboración de poderes, en la que cada órgano constitucional goza de unas facultades concretas, formándose un entramado de relaciones jurídico-constitucionales, que aseguran la colaboración entre

²⁵ Aragón Reyes, «Introducción», en *La Monarquía Parlamentaria en España y en otros Estados Europeos*, Boletín de Documentación, núm. 21, CEPC, p. 3.

²⁶ Aunque los artículos 62 y 63 de la Constitución enumeran con cierto rigor ordenancista las funciones del Rey, a lo largo del articulado constitucional hay otras referencias: artículos 90, 92 y 117, entre otros.

²⁷ A. Torres del Moral, *op. cit.*, p. 52

órganos, y la garantía de los principios inspiradores del texto. El Jefe del Estado goza también de las facultades que la Constitución ha previsto, y su expansión podría invadir las facultades de otros órganos. No obstante, pueden entrecruzarse algunas capacidades que, en determinadas circunstancias, podrían otorgar al Rey un margen para una verdadera función arbitral. Por antonomasia esta posibilidad parece desprenderse del artículo 99.1 CE que dispone: «Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno.»

La cuestión consiste en delimitar la libertad del Rey para decidir el candidato a la Presidencia, que deberá someterse al procedimiento establecido en los apartados siguientes del mismo artículo 99, para obtener la confianza del Congreso de los Diputados. Es cierto que, como ha considerado De Otto, al tratarse de consultas no vinculan al Rey²⁸. No obstante, la libertad del monarca está limitada por la proporción de fuerzas representadas en la Cámara, ya que la obligación del Rey consiste en presentar un candidato que cuente con la confianza de la Cámara, o con mayores expectativas de obtenerla. Sujeto a la Constitución, como el resto de los poderes públicos, debe respetar el derecho al desempeño de cargos públicos, conforme al artículo 23.1 de la Constitución²⁹.

Por último, podría apuntarse, con extremas cautelas, que si bien el Rey no puede expresar su opinión en público, ni puede imponerla, sí podría hacerla saber, en privado. De hecho, en las consultas que ha de mantener con los representantes de las fuerzas políticas parlamentarias, está implícito un intercambio de pareceres sobre asuntos públicos. De hecho, no sería fácil que el Rey cumpliera eficazmente esta función que la Constitución le encarga, si no conoce en profundidad los programas y la actividad de las fuerzas políticas. Por otro lado, la propia Constitución reconoce que el Jefe del Estado ha de estar informado, puesto que dispone en el artículo 62 que «corresponde al Rey (...) g) ser informado de los asuntos de Estado y presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del Presidente del Gobierno».

Todas estas funciones exigen que el Rey conozca los asuntos públicos, por lo que no resulta excesivo que en un supuesto intercambio de pareceres el Rey pueda hacer saber, en su diálogo con los actores políticos, su criterio, especialmente al Presidente del Gobierno, con el que es inevitable que mantenga algún contacto en actos institucionales o en despachos periódicos. Si

²⁸ I. de Otto y Pardo, «La posición constitucional del Gobierno», *Documentación Administrativa*, núm. 1888, octubre-diciembre 1980, p. 150.

²⁹ Acerca del sistema ordinario de elección del Presidente y el papel del Rey en la propuesta del candidato: M.^a F. Alcón Yustas, «La configuración constitucional del Gobierno. La figura del Presidente», en M.^a I. Álvarez Vélez (coord.), *Escritos en Conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución Española*, Madrid, 2004, pp. 84-88.

estos diálogos se producen, nunca su contenido debe ser revelado, pues resulta innecesario señalar que, si el Rey expone su parecer, éste debe quedar amparado en el secreto del cargo.

III. LA CORONA Y LAS CORTES

La Constitución española establece un sistema parlamentario, caracterizado por un bicameralismo imperfecto, en el que el Senado queda desdibujado frente a las potestades otorgadas al Congreso de los Diputados. Las sucesivas reformas del Reglamento del Senado pretendieron resolver los problemas de naturaleza y eficacia de la Cámara Alta, pero la necesidad de una reforma constitucional que conformara una verdadera Cámara de representación territorial se han ido haciendo cada vez más evidentes. No obstante, la indeterminación constitucional del Senado, los constituyentes igualaron las funciones de ambas Cámaras en importantes actos relativos a la Corona. La realización de estos actos constituyen las únicas ocasiones en las que ambas Cámaras deberán reunirse en sesión conjunta. Así lo establece el artículo 74.1 CE que afirma: «Las Cámaras se reunirán en sesión conjunta para ejercer las competencias no legislativas que el Título II atribuye expresamente a las Cortes Generales»³⁰. Éstas son presididas por el Presidente del Congreso de los Diputados. Y se regirán por un Reglamento aprobado por mayoría absoluta de cada una de las Cámaras. Así lo exige el apartado 2 del artículo 72 de la Constitución. La cuestión es que no existe este Reglamento, el Reglamento de las Cortes Generales, y esta carencia conlleva cierta inseguridad en temas extraordinarios, pero trascendentes desde el punto de vista político, puesto que afectan a la Jefatura del Estado.

Las Cámaras no han aprobado, ni elaborado, el Reglamento de las Cortes Generales, que se mantiene «aún en el limbo jurídico más absoluto»³¹, aunque está previsto, además de en la Constitución, en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado.

La Constitución otorga, en primer lugar, a las Cortes la grave responsabilidad de proveer a la sucesión de la Corona, «en la forma que más convenga a los intereses de España», en el supuesto de que quedasen «extinguidas todas las líneas llamadas en Derecho». Esta previsión, establecida en el artículo 57.3 CE, se enlaza «con la más rancia tradición española, desde el compromiso de Caspe, pasando por todas las Constituciones monárquicas del siglo XIX, con redacción prácticamente coincidente»³². El objetivo de estas previsiones, en la tradición histórica, consistía en preservar al pueblo de posibles enemigos que utilizaran la debilidad de un Estado descabezado, otorgando a las Cortes

³⁰ Estas previsiones tienen su antecedente en la Ley de Relaciones entre los Cuerpos Colegisladores del Estado de 19 de julio de 1837.

³¹ M. Fernández-Fontecha Torres, *La Monarquía y la Constitución*, Madrid, 1987, p. 231.

³² R. Entrena Cuesta, «Artículo 57», en F. Garrido Falla (coord.), *op. cit.*, p. 957.

la responsabilidad de asegurar la transmisión del poder a una dinastía adecuada a los intereses de España.

En el proceso de 1978 el diputado Barreda propuso que, una vez extinguida la Dinastía, no se debería prejuzgar la forma política de la Nación, y aunque la enmienda no prosperó, treinta años después parece un exceso del poder constituyente, o una pretensión ingenua, predeterminar la forma política del Estado en tales circunstancias, sustrayendo a las futuras Cortes una decisión de tal calado político. Indudablemente, el objetivo de esta cláusula es asegurar la permanencia de la Monarquía, aunque la historia enseña que los preceptos constitucionales no impiden decisiones políticas cuando voluntad de las Cámaras es decidida, como ocurrió en febrero de 1873.

Sorprende que el artículo 57.3 CE no exija mayoría cualificada de las Cortes para el acuerdo de «prever a la sucesión de la Corona», mientras el apartado 5 del mismo artículo establece que «las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona, se resolverán por una Ley Orgánica»³³. El procedimiento a seguir, en estos supuestos, ha de ser el previsto en el Reglamento del Congreso de los Diputados que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 81.2 de la Constitución, requiere «mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto».

El texto constitucional prevé también la intervención de las Cortes para la prohibición del matrimonio de las personas que tengan derecho a la sucesión en el trono. Así, el matrimonio de los sucesores a la Corona no necesita autorización, pero podría ser prohibido. En los siguientes términos lo establece el apartado 4 del artículo 56 CE: «Aquellas personas que teniendo derecho a la sucesión en el trono contrajeran matrimonio contra la expresa prohibición del Rey y de las Cortes Generales, quedarán excluidas en la sucesión de la Corona por sí y por sus descendientes». En consecuencia, solamente las voluntades de los dos órganos constitucionales, el Rey y las Cortes, podrían prohibir el matrimonio de una persona llamada en Derecho a la sucesión.

Entiende la doctrina que el acto de prohibición ha de ser uno, es decir, conjunto, aunque el precepto constitucional sólo exige dos voluntades distintas, sin precisar la fórmula de emisión de dicho acto. El acto conjunto podría requerir la presencia del Rey en las Cortes reunidas al efecto, lo que resulta absolutamente impropio, por lo que habría que arbitrar un procedimiento más reservado, y no resulta contrario a lo establecido que Rey y Cortes manifestaran su oposición de manera expresa y en momentos independientes. Estas y otras posibles inseguridades, como el procedimiento para la emisión del acto de prohibición, se resolverían una vez que el Reglamento

³³ En el Anteproyecto constitucional y en el Informe de la Ponencia, el apartado 5 del artículo 57 exigía que «las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona, se resolverán por una ley». Fue en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso donde el diputado de Alianza Popular López Rodó propuso que para la aprobación de dicha ley se requiriese mayoría absoluta de ambas Cámaras. Se estableció Ley Orgánica, que exige mayoría absoluta del Congreso, aunque posiblemente el diputado autor de la enmienda deseaba una mayor relevancia en la participación legislativa del Senado en esta materia.

de las Cortes Generales fuera aprobado, que, además contaría con el respaldo de la mayoría absoluta de las dos Cámaras.

El precepto exige, además, que las dos instituciones, el Rey y las Cortes, manifiesten la prohibición, por lo que constitucionalmente no sería suficiente, la voluntad expresada solamente por una de las dos instituciones, por el Rey o por las Cortes, con independencia de los efectos en la opinión pública y posibles consecuencias políticas de este excepcional supuesto.

Asimismo, el artículo 59.2 CE contempla la intervención de las Cortes en una situación anómala: «Si el Rey se inhabilitare para el ejercicio de su autoridad y la imposibilidad fuere reconocida por las Cortes Generales, entrará a ejercer inmediatamente la Regencia el Príncipe heredero si fuera mayor de edad. Si no lo fuere, se procederá de la manera prevista en el apartado anterior, hasta que el Príncipe heredero alcance la mayoría de edad.» Corresponde a las Cortes, por tanto, la delicada misión de reconocer la imposibilidad del Rey para el ejercicio de sus funciones. La inhabilitación del Rey ha de ser, en todo caso, por razones de salud, de modo que se aprecie la incapacidad física o psíquica del monarca, pero no por razones políticas³⁴. Así lo expresa Torres del Moral: «La única incapacidad admisible es la que responde a motivos médicos o de fuerza mayor, no políticos, que habrían de dilucidarse por otras vías en el indeseable supuesto de que tuvieran lugar»³⁵. No obstante, algún sector de la doctrina ha visto en este artículo una opción para inhabilitar a un Rey que no cumpliera sus obligaciones constitucionales o no ciñera sus actos a las funciones encomendadas.

Si el príncipe heredero fuera menor de edad, en el momento de producirse el hecho de la inhabilitación, ocuparía la Regencia «el padre o la madre del Rey y, en su defecto, el pariente de mayor edad más próximo a suceder en la Corona, según el orden establecido en la Constitución...», conforme al apartado 1 del mismo artículo 59 CE, que establece las previsiones para la Regencia en el supuesto del Rey menor de edad. Se introducen, por tanto, diferencias, entre la regulación constitucional de la Regencia por inhabilitación y la del Rey menor. Recordamos que, en la abdicación o fallecimiento del Rey, el heredero al trono, si es mayor de edad, asume inmediatamente la Corona. Sin embargo, si se produjera la inhabilitación del Rey, el sucesor sigue siendo Príncipe, o Princesa, de Asturias, pasando a ser, además, Regente, si es mayor de edad, pero el Rey lo sigue siendo, por lo que no se produce el hecho de la sucesión.

Son dos, en definitiva, las situaciones que el constituyente resuelve a través de la Regencia: la minoría de edad y la inhabilitación del Rey. En ambos

³⁴ Suelen invocarse los preceptos del Código Civil. Si la inhabilitación se restringe a estos supuestos, ¿llegaría el caso de que la inhabilitación tuviera que ser apreciada por un juez para que tuviera efectos en el ámbito civil? Los supuestos en este campo deberían restringirse estrictamente al ámbito constitucional y a la incapacidad para el ejercicio de las funciones de Jefe del Estado.

³⁵ A. Torres del Moral, *Principios de Derecho constitucional español*, t. II, Madrid, 2004, p. 34. Ángel Menéndez Rexach se había expresado también en el mismo sentido, aunque remarca la conveniencia de la Regencia para casos de ausencia prolongada del Rey, A. Menéndez Rexach, *La Jefatura del Estado en el Derecho público español*, Madrid, 1979, pp. 377 y ss.

supuestos el titular de la Corona sigue siendo Rey, menor o inhabilitado, y en su nombre el Regente ejerce las funciones constitucionales que le corresponden, las funciones del Rey. Acertadamente, el constituyente de 1978 no limita las funciones de la Regencia, sino que esta institución, si se produjeran los supuestos previstos en el artículo 59.1 o 2 CE, ostentaría las facultades y competencias que el texto constitucional otorga al Rey, es la depositaria de las funciones del titular de la Corona³⁶. Por el contrario, algunas Constituciones históricas españolas previeron la limitación de las facultades del Regente, respecto a las otorgadas al Rey. Así, el artículo 131 de la Constitución de 1812 consideraba, entre las facultades de las Cortes, la de «elegir Regencia o Regente del Reino cuando lo previene la Constitución, y señalar las limitaciones con que la Regencia o el Regente han de ejercer la autoridad real». Y el artículo 196 del mismo texto constitucional incluía, en el juramento que había de prestar el Regente, observar «las condiciones que le hubieren impuesto las Cortes para el ejercicio de su autoridad». En cuanto a la Constitución de 1869, el artículo 85 afirmaba inicialmente que «la Regencia ejercerá toda la autoridad del Rey, en cuyo nombre se publicarán los actos del Gobierno». Para restringir a continuación, en el mismo artículo, la equiparación entre ambas situaciones: «Durante la Regencia no puede hacerse variación alguna en la Constitución»³⁷. En el supuesto de que «no hubiera ninguna persona a quien correspondiera la Regencia, ésta será nombrada por las Cortes Generales, y se compondrá de una, tres o cinco personas» (art. 59.3 CE).

También las Cortes deberán nombrar al tutor del Rey menor, en el caso de que el Rey difunto no lo hubiera nombrado en su testamento y que no lo pudieran ser el padre o la madre, o no estuvieran viudos. Pues el artículo 60.1 CE, que dispone lo relativo a la tutela del Rey, afirma que «será tutor del Rey menor la persona que en su testamento hubiese nombrado el Rey difunto, siempre que sea mayor de edad y español de nacimiento; si no lo hubiera nombrado, será tutor el padre o la madre, mientras permanezcan viudos». Los requisitos de mayoría de edad y nacionalidad sólo se exigen, por tanto, para el tutor nombrado por el Rey difunto en testamento, y no si el tutor fuera el padre o la madre del Rey, aunque en este caso, el tutor deberá «permanecer» viudo.

La intervención de las Cortes se deberá producir también, conforme al artículo 63.3 CE, en un asunto trascendente, de naturaleza muy distinta a los actos anteriores. «Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz».

Por último, el Rey es proclamado ante las Cortes Generales, y ante ellas deberá prestar juramento. También el Príncipe deberá prestar juramento al

³⁶ El artículo 5 del Real Decreto 1368/1987, de 6 de noviembre, sobre régimen de títulos, tratamientos y honores de la Familia Real y de los Regentes, declara que «quienes ejerzan la regencia tendrán el tratamiento de alteza e iguales honores que los establecidos para el Príncipe de Asturias, a no ser que les correspondan otros de mayor rango».

³⁷ La Ley de 17 de junio de 1869, que designaba Regente del Reino al General Serrano, disponía que la sanción de las leyes aprobadas por las Cortes Constituyentes serían sancionadas por las propias Cortes. Vid. J. Tomás Villarroya, «Artículo 59, Regencia», en Ó. Alzaga Villamil (dir.), *op. cit.*, pp. 167 y 168.

alcanzar la mayoría de edad y el Regente o Regentes al hacerse cargo de sus funciones, por exigencias del artículo 61.1 y 2 CE³⁸. En este acto no se manifiesta una voluntad expresa de diputados y senadores, excepto por el significado simbólico de su presencia en la reunión conjunta de las dos Cámaras. El Rey, o su sucesor y el Regente o Regentes deberán jurar conforme a la fórmula establecida en el mismo artículo, ante las Cortes Generales, puesto que éstas representan al pueblo. En este sentido el juramento real se hace ante el pueblo, y las personas de alta dignidad que lo realicen quedan vinculadas formal y moralmente con el pueblo español. El Rey deberá prestar juramento de «desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas». La fórmula para el heredero y el Regente, o Regentes, es la misma, añadiendo «fidelidad al Rey» (art. 61.1 y 2 CE).

IV. CARACTERIZACIÓN DE LA MONARQUÍA EN LOS ESTADOS EUROPEOS

En lo referente a otras Constituciones monárquicas de nuestro entorno hemos de señalar que todas incluyen regulación relativa a los elementos estructurales y a las funciones que ejerce el Jefe del Estado. Señalaremos así las características básicas de la regulación constitucional de la Jefatura del Estado de las Monarquías que forman parte de la Unión Europea: Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido y Suecia³⁹.

En el caso de la Constitución belga, señala a este respecto Pastor López que se trata de un ejecutivo dualista. La figura del Rey no queda desfigurada por la del Primer Ministro, sino que constituye el centro del poder ejecutivo, pues la Constitución le otorga facultades de importancia⁴⁰. Si bien es cierto que estamos en una Monarquía Parlamentaria y, por consiguiente, los actos del Rey están mediatizados por la actuación de otros órganos constitucionales, sobre todo por el Parlamento, lo cierto es que el soberano ejerce una verdadera magistratura de influencia, que se manifiesta en ciertos preceptos constitucionales⁴¹. Este poder efectivo del Monarca ha llevado a la introduc-

³⁸ Las Constituciones históricas españolas solían establecer la mayoría de edad del heredero al trono, distinta de la establecida con carácter general para las personas. Sin embargo, la Constitución de 1978 no establece ninguna excepción, por lo que se ha de entender que el sucesor a la Corona alcanzará la mayoría de edad a los dieciocho años, de acuerdo con lo dispuesto con carácter general en el artículo 12 del texto. De hecho, el 29 de enero de 1986 el Príncipe Felipe prestó juramento ante las Cortes Generales, el día que cumplió dieciocho años. A. Torres del Moral, *El Príncipe de Asturias. Su Estatuto jurídico*, Madrid, 1997, pp. 79-89.

³⁹ Para un estudio comparativo de las funciones del Monarca en estos países se puede consultar T. Freixes Sanjuán, «La Jefatura del Estado Monárquica», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 73, julio-septiembre de 1991, pp. 83 a 117.

⁴⁰ M. Pastor López, «Los regímenes políticos de las Monarquías centroeuropeas y nórdicas», en *Regímenes políticos actuales*, Madrid, 1995, p. 193.

⁴¹ En este sentido Theo Stammen afirma que, si bien a Bélgica también es aplicable el principio «el Rey reina pero no gobierna», lo cierto es que al Rey belga le corresponden poderes políticos bastante amplios. Aunque la Constitución belga se ha modificado con posterioridad a que Stammen hiciera esta

ción en la reforma constitucional, fechada en 1994, de una disposición que asegure que la actuación regia se adecue en todo momento a los preceptos constitucionales; así, el artículo 105, establece que el Rey no tendrá otros poderes que los que le asignen formalmente la Constitución y las leyes concretas que se dicten en virtud de ella. El poder ejecutivo deberá ser ejercido por el Rey de conformidad con lo establecido en la Constitución. Bajo el epígrafe «El Rey y el Gobierno federal» se incluyen preceptos referentes al estatuto del Rey, la sucesión, las previsiones para la falta de descendencia y minoría de edad, etc. Los poderes del Rey son hereditarios, según el artículo 85, por orden de primogenitura en los descendientes naturales y legítimos de S. M. Leopoldo de Sajonia-Coburgo. En definitiva, los poderes del Rey son considerables, aunque limitados por el Parlamento, a cuyo control están sometidos los Ministros. El nombramiento de los Ministros corresponde al Rey, pero éstos deberán presentar su dimisión si perdieran la confianza de la Cámara de Representantes.

En cuanto a la institución monárquica y el Gobierno, la Constitución danesa de 1953, aunque reduce y racionaliza las facultades y relaciones del Rey, como otras Monarquías nórdicas mantiene ciertas potestades en manos de la Corona ⁴². No obstante, la tradición democrática de estos países y la propia actitud de los Soberanos han llevado a que el poder político sea ejercido de hecho por los órganos constitucionales de origen democrático, quedando el Monarca como elemento integrador, de carácter simbólico, respetada la institución tanto por la opinión pública como por el resto de los poderes públicos. Como en otros Estados de su entorno, en Dinamarca el Gobierno es de origen parlamentario, y ha de contar en todo momento con la confianza de la Cámara. Por otra parte, se sigue también el respeto nórdico por el papel destacado del Parlamento, y la importancia del referéndum popular en determinadas cuestiones de trascendencia política.

En lo que se refiere a Luxemburgo, la Corona del Gran Ducado se instaura en la familia Nassau y afirma que la persona del Gran Duque es sagrada e inviolable ⁴³. Sus poderes quedaron circunscritos a lo dispuesto en la Constitución y las leyes, por la reforma constitucional de 1919, a la vez que se excluían todas las funciones anteriores de carácter discrecional.

No obstante, el Gran Duque ostenta potestades de relevancia. Además de aquellas de carácter simbólico y representativo, el Gran Duque posee facultades en relación con el poder legislativo: así, abre y cierra las sesiones de la Cámara, somete a la aprobación de la Cámara los proyectos y proposiciones de Ley, sanciona y promulga las leyes y puede suspender, por una sola vez, durante un mes como máximo, las sesiones de la Cámara.

declaración, los poderes del Rey no han sufrido modificaciones sustanciales, T. Stammen, *Sistemas políticos actuales*, Madrid, 1977, pp. 88 y 89.

⁴² Vid. C. Grewe, *Droit constitutionnels européens*, Paris, 1995, p. 509.

⁴³ La familia Nassau se instaura en Luxemburgo conforme al pacto de familia de 30 de junio de 1783, al artículo 71 del Tratado de Viena de 9 de junio de 1815 y al artículo 1 del Tratado de Londres de 11 de mayo de 1867.

Especialmente resulta novedoso que la Constitución confiere al Gran Duque la facultad de vetar las leyes aprobadas en el Parlamento. En virtud del artículo 34 del texto, en un plazo de tres meses, tras la votación de la Ley en la Cámara, el Gran Duque deberá dar a conocer su decisión acerca de la sanción. Sin embargo, el Jefe de Estado luxemburgués no ha ejercido, de hecho, esta potestad ⁴⁴. El Gran Duque puede, también, disolver la Cámara, convocando elecciones en un plazo de tres meses, así como convocar la Cámara en sesión extraordinaria. La Constitución otorga formalmente al Gran Duque el poder ejecutivo, que dispone la organización del Gobierno y nombra y separa a sus miembros, según señalan los artículos 76 y 77 de la Constitución. Entre la autoridad del Gran Duque y los miembros del Gobierno no podrá existir autoridad intermedia.

Los actos del Gran Duque son refrendados por los Ministros, a tenor de lo dispuesto en el artículo 45 de la Constitución, garantizando así la inviolabilidad e irresponsabilidad del Jefe de Estado. Y, en la práctica las funciones ejecutivas son, como señala Thewes, íntegramente asumidas por el Gobierno ⁴⁵.

En cuanto a los Países Bajos, la Revisión constitucional de 14 de noviembre de 1963 reformó los preceptos concernientes a la Corona, que no se habían tocado desde la redacción primitiva. Se trataba de «modernizar» normas que resultaban demasiado rígidas y obsoletas, para una Monarquía Parlamentaria en un Estado democrático. Las más importantes variaciones se produjeron en la sucesión de la Corona, modificándose, entre otros, el artículo 11 ⁴⁶. El cambio del artículo 11 estipulaba nuevas normas en el caso en que el Rey falleciera sin descendientes, suprimiendo, además, la prohibición de acceder al trono a las mujeres, mientras hubiera varones con derecho a la Corona, aun cuando pertenecieran a una línea posterior o una rama menor. La nueva redacción establecía la sucesión en los descendientes del último Rey, aunque no se consagraba la igualdad entre sexos, puesto que los hijos tendrán precedencia sobre las hijas. También se cambiaron las normas concernientes a los matrimonios reales celebrados sin la conformidad de los Estados Generales. El texto anterior a 1963 disponía que sólo el matrimonio de la Reina o Princesas realizado en esas condiciones produjera la pérdida de los derechos a la sucesión, pero la nueva redacción incluyó en la normativa a los varones ⁴⁷.

⁴⁴ A. Mast, *Les Pays du Benelux; Collection sous la direction de Georges Burdeau*, Paris, 1960; p. 352.

⁴⁵ M. Thewes, «Introduction au Luxembourg», *Recueil des Constitutions Européennes*, Bruxelles, 1994, p. 592.

⁴⁶ El artículo 11 anterior a la revisión establecía: «La Corona se transmitirá por sucesión a sus hijos y otros descendientes directos en línea masculina por derecho de primogenitura, en el sentido de que en caso de premoriencia de un derecho habiente, sus hijos y otros descendientes directos en línea masculina ocuparán su puesto y lugar del mismo modo, y la Corona no pasará nunca a una línea posterior o a una rama menor mientras haya línea o en la rama primigia un descendiente en línea masculina.»

⁴⁷ La revisión que analizamos dispuso, también, la inclusión de un nuevo precepto en el artículo 21. Este precepto prohibía al Rey llevar una Corona extranjera. La introducción consistió en el siguiente párrafo: «en ningún caso podrá trasladarse la sede del Gobierno fuera del Reino». Esta nueva, y singular, norma se justificaba por los acontecimientos sufridos por el país al inicio de la II Guerra Mundial. Por último, por la Ley de 11 de marzo de 1972 se reformaron, de nuevo, los preceptos relativos a la Corona. Especialmente, aquellos dedicados a las asignaciones del Rey y de los demás miembros de la Casa Real.

El Gobierno está regulado en el Capítulo 2 de la Constitución de los Países Bajos, que se inicia con la Sección I, dedicada al Rey. El primer artículo de esta sección, declara la Corona hereditaria en los sucesores legítimos del Rey Guillermo I, Príncipe de Orange-Nassau. El orden de sucesión se instituye, estableciendo como única preferencia la mayor edad sin distinción por razón de sexo. La Constitución exige autorización, concedida por ley, para el matrimonio del Rey y para el de aquellas personas que tengan derecho a la sucesión en el trono, pues en caso contrario quedarían excluidas. Regencia, tutela, inhabilitación del Rey para el ejercicio de la autoridad real y otras materias conexas quedan reguladas con precisión, quedando otorgado el ejercicio de las facultades que, en lo referente a la Corona, corresponden al Parlamento en sesión conjunta.

En términos generales, la redacción de los preceptos dedicados a la Corona es semejante a la utilizada en el texto antiguo. Sin embargo, la última reforma ha introducido una norma de carácter novedoso. Se trata de la posibilidad que ofrece la Constitución de que el Rey abdique el desempeño de su autoridad real temporalmente y reasumirlo en virtud de una ley. La competencia para la deliberación y decisión sobre esta materia corresponde a los Estados Generales reunidos en sesión conjunta (art. 36). El Rey es considerado por la Constitución órgano del Gobierno, que se compone del Rey y de los ministros, aunque también se prevé que formen parte de él ministros sin cartera (art. 44.2). Los ministros forman el Consejo de Ministros, que es presidido por el Primer Ministro. Distingue, por tanto, la Constitución dos órganos diferenciados: Gobierno y Consejo de Ministros. Del primero forma parte el Rey, al que se atribuye numerosas atribuciones concretas, frente a las que recibe el Gobierno, como tal órgano constitucional, cuyas competencias especificadas en el texto son escasas. Así, el Rey nombra al Primer Ministro y a los demás ministros mediante real decreto, todos ellos confirmados por el Primer Ministro.

En definitiva, se puede apreciar que la Constitución vigente limita las funciones del Rey, en virtud de las exigencias del establecimiento de una Monarquía Parlamentaria. No obstante, como ya esbozamos anteriormente, la Corona de los Países Bajos ha tenido indudable peso en la gestión de gobierno. Es cierto que las decisiones políticas se definen por los órganos representativos, dominados por la opinión de las mayorías parlamentarias, y que el nombramiento de los Ministros no constituye un acto libre de la Corona.

A pesar de las limitaciones jurídicas a las facultades del Rey, la Monarquía constituye una institución arraigada en el espíritu de los holandeses, que ejerce una verdadera magistratura de influencia, cuyo criterio puede llegar a ejercer un poder decisivo en la actividad política del Gobierno⁴⁸. Este arraigo tiene su fundamento en el talante democrático y conciliador que han demostrado los titulares de la Corona, adecuando la institución monárquica a los

⁴⁸ En el mismo sentido Biscaretti afirma que la Corona en los Países Bajos goza de considerable prestigio, P. Biscaretti di Ruffia, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, México, 1975, p. 138.

nuevos tiempos, sin que los límites que se han ido introduciendo a sus atribuciones, hayan sido el resultado de presiones por parte de otros poderes o de la opinión pública ⁴⁹.

Por último, el Rey es el presidente del Consejo de Estado, órgano tradicional en el Estado holandés. El heredero a la Corona, una vez que haya cumplido dieciocho años, también será miembro del Consejo. Las competencias de este órgano serán establecidas por ley, aunque la Constitución señala aquellas relativas a informes preceptivos para proyectos de ley y proyectos de disposiciones generales y proposiciones de aprobación de tratados por los Estados Generales. No obstante, la propia Constitución reserva al desarrollo legislativo posterior importantes decisiones acerca de las funciones y competencias del Consejo: la ley podrá encomendar al Consejo o a una sección del Consejo la resolución de conflictos contenciosos-administrativos, incluso la ley podrá suspender la exigencia establecida acerca de los informes sobre proyectos y proposiciones de ley.

En sus orígenes la Monarquía inglesa concentró el poder en sus manos, pero desde el Medievo la creencia en los derechos innatos de los súbditos, el deseo de que no se perdieran las costumbres por las que se regían las prácticas jurídicas y la demanda de respeto a las libertades del pueblo, limitaron las funciones regias en favor del establecimiento de un régimen político justo. Como señala Jennings, la Monarquía británica se ha acomodado a los tiempos y ha evolucionado desde una Monarquía feudal a una constitucional, para convertirse finalmente en una Monarquía democrática. En opinión del autor este proceso ha permitido combinar las ventajas de la Monarquía evitando los peligros del republicanismo, gozar de una democracia sin soportar sus inconvenientes ⁵⁰.

Por tanto, al definirse un régimen democrático, la Corona británica ejerce exclusivamente poderes residuales que, como señala Duverger se engloban bajo el nombre de «prerrogativa real», cuyo ejercicio es discrecional, ya que no puede ser controlado por los Tribunales de Justicia ⁵¹. Jiménez de Parga recuerda las formulaciones clásicas del concepto de «prerrogativa» de Blackstone y Dicey, y que la acuñada por este último fue ratificada mediante una decisión judicial en 1920 ⁵². Las prerrogativas que ostenta dimanar de la posi-

⁴⁹ Es sabido que durante varias generaciones la titularidad de la Corona ha correspondido a mujeres, hecho que posiblemente ha aconsejado la inclusión de la igualdad de sexos en la sucesión de la Corona. Así, a Guillermo III le sucedió su hija Guillermina, que gozó de gran popularidad y supo reinar en un país sujeto a grandes cambios políticos internos. Además de la formación de nuevos partidos políticos que configuraron el tradicional pluripartidismo holandés, la Reina Guillermina constituía la cabeza de un país que se convirtió en triste protagonista de dos guerras mundiales. En 1948 la reina abdicó en su hija Juliana, que tuvo que enfrentarse a la cuestión colonial. En 1942 los holandeses se vieron obligados a abandonar el archipiélago indonesio. Tras un intento de reconquista que duró cuatro años, los holandeses reconocieron la independencia de Indonesia como República independiente. En 1954 se rompieron los últimos lazos que unían a los Países Bajos con su antigua colonia. Cfr. R. Palmer y J. Colton, *Historia Contemporánea*, Madrid, 1981, pp. 663 y ss. También la reina Juliana abdicó en 1980 en favor de su hija Beatriz.

⁵⁰ S. I. Jennings, *El régimen político de la Gran Bretaña*, Madrid, 1962, p. 14.

⁵¹ M. Duverger, *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, Barcelona, 1988, p. 222.

⁵² M. Jiménez de Parga, *Los regímenes políticos contemporáneos*, Madrid, 1983, p. 291.

ción tradicional de la Monarquía y, aunque de hecho los poderes efectivos de la Corona son débiles, no por ello debe desvalorizarse su autoridad. Además, en cuanto símbolo de la unidad del Reino Unido ejerce una función que excede a las atribuciones concretas que constitucionalmente ejerce. Así, la Corona posee formalmente derecho de veto, que no ejerce desde el siglo XVIII.

Finalmente, en lo relativo a la distribución del poder en Suecia, destacamos la figura del Rey que representa a la Nación y es el Jefe del Estado. Sus funciones son de carácter simbólico, pues, como señala Pastor López, no ejerce ningún poder, ni se le reconoce facultad alguna para intervenir en los asuntos públicos; sus potestades son de carácter estrictamente simbólico⁵³. No obstante, goza del derecho a ser informado de los asuntos del Reino por el Primer Ministro y de forma excepcional, cuando fuera necesario, presidirá el Gobierno reunido en Consejo.

La Constitución ha previsto asimismo dos situaciones de Regencia: extinción de la Casa Real o Rey menor de veinticinco años. Si el Rey estuviera impedido por un período superior a seis meses, el Gobierno pondrá en conocimiento del Parlamento esta circunstancia, que decidirá si el Monarca ha abdicado. Además, el Rey ha de consultar con el Primer Ministro antes de emprender un viaje al extranjero.

En 1979 se reformó la Ley de Sucesión, con el objeto de suprimir la exclusión de las mujeres en la sucesión e igualando el derecho a acceder al Trono de los hijos e hijas del Rey. El primogénito será el heredero al Trono, sea mujer o varón. Los Textos Constitucionales disponen, además, que el Rey profese la religión evangélica, en la que serán también educados los Príncipes y las Princesas de la Casa Real. Se exige, asimismo, autorización del Gobierno, a solicitud del Rey, para el matrimonio de los Príncipes y Princesas, que perderán, en caso contrario, sus derechos de sucesión.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA OPCIÓN MONÁRQUICA EN EL SIGLO XXI

La doctrina de Locke sobre la separación de poderes, retomada por Montesquieu, constituyó en el inicio del liberalismo un verdadero dogma político convertido en regla constitucional. Sin embargo, la rigidez de la división de poderes se fue diluyendo, de modo que las tendencias actuales en Derecho constitucional comparado ya no persiguen asegurar una separación de poderes.

Por una parte, se concibe la colaboración entre poderes, como un avance frente al concepto decimonónico de separación; por otra, el constitucionalismo crea nuevos órganos de poder con atribuciones específicas, que no res-

⁵³ M. Pastor López, *op. cit.*, p. 231.

ponden a la doctrina tradicional de división entre legislativo, ejecutivo y judicial. En esta línea la Constitución española de 1978 distribuye, entre distintos órganos de poder, las potestades constitucionales, estableciendo un equilibrio fundamentado, en último término, en la idea de balances y contrapesos. Un marco que exige para el funcionamiento regular de las instituciones, tanto el cumplimiento de las competencias propias como el respeto al ejercicio de las funciones de los otros órganos, es decir, el sometimiento al reparto competencial establecido en la propia Constitución.

Desde 1920 los órganos de control de constitucionalidad se fueron instaurando en Europa como garantías constitucionales, nuevas instituciones que se alzan como garantes del sistema. De alguna forma se difumina la veneración decimonónica al Parlamento como fuente de Derecho y depositario de la «voluntad popular». Se crean, además, otros órganos con el objeto de desplegar mayor eficacia en la gestión pública o con el fin de profundizar en determinados principios garantizados en la propia Constitución, como es el principio democrático, la justicia, la distribución equitativa de la renta o la protección de los derechos de los ciudadanos. Así, se constitucionalizan órganos como el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas o el Consejo Económico y Social.

Esta pluralidad de órganos constitucionales está presidida por la Jefatura de Estado, un órgano con atribuciones propias que el constitucionalismo liberal no conoció. La vinculación de la Monarquía con el poder ejecutivo en Europa, desde la aparición del Estado moderno, representó que el Rey, o la Reina, ejercieran funciones simbólicas y de representación conjuntamente al poder ejecutivo efectivo.

Frente a esta situación, la Jefatura del Estado se separa en Europa, convirtiéndose en una magistratura independiente del poder ejecutivo. Indudablemente así como históricamente la Monarquía Parlamentaria, en Europa continental se gestará en el seno de la Monarquía Constitucional del siglo XIX y en ese sentido es fruto de liberalismo, se perfeccionará y se consolidará, por así decir, en el siglo XX, en el seno de la democracia, de tal manera que hoy es impensable para nuestro Estado otro tipo de Monarquía que no sea la Constitucional y Parlamentaria. En este sentido, y especialmente en lo relativo a las funciones constitucionales que se les confieren, cabe señalar las similitudes de las Jefaturas de Estado parlamentarias, bien sean Monarquías o Repúblicas. Reabrir el debate acerca de este punto sea probablemente poco adecuado en estos momentos. Entrados ya en el siglo XXI, no cabe duda que el pueblo español ha apostado por la democracia, por un sistema que ha supuesto la consolidación de la Monarquía y la implantación, no sin lagunas, de un reconocimiento y garantía de derechos y libertades.

En fechas recientes se ha solicitado dictamen al Consejo de Estado acerca de la necesidad de reformar el orden de sucesión a la Corona, eliminando la preferencia del varón sobre la mujer. Debate antiguo, que ya se había planteado durante la elaboración del texto constitucional, pues se intentó eliminar la regla de la varonía. Al responder, para desecharla, la enmienda presentada en el Senado por Villar Arregui, el senador. Satrústegui argumentó que

al reconocer como Rey a D. Juan Carlos I de Borbón, la Constitución lo presentaba como «heredero legítimo de la dinastía histórica» y que, en consecuencia, lo que se constitucionalizaba era, por así decir, no tanto la persona como la dinastía misma y con ella sus propias reglas para la sucesión en el Trono.

En el ámbito formal, la superioridad de la Constitución se aprecia por su procedimiento especial de reforma, que la hace inmune a la producción legislativa ordinaria. En realidad, si se pretende que la Constitución sea efectivamente la norma suprema del ordenamiento, resulta lógico que se rodee de garantías que dificulten los cambios operados en ella. Por esta razón, «en lugar de distinguir entre Constituciones rígidas y flexibles, como en los umbrales de siglo hacía Bryce, de lo que realmente habría que hablar ahora sería de Constituciones con mayor o menor grado de rigidez»⁵⁴. Pues, la mayor parte de las Constituciones vigentes gozan de un procedimiento rígido de reforma. A esta línea pertenece la Constitución española, que goza de un doble método de revisión, en función de la reforma que se desee llevar a cabo. En realidad, el objeto de la complejidad de los procedimientos establecidos en el Título X del texto consiste en proteger a la Constitución de posibles modificaciones realizadas por la voluntad de mayorías no cualificadas del Parlamento o que ignoren la voluntad del pueblo. Especialmente, los requisitos previstos en el artículo 168, y prescritos para la reforma total de la Constitución, o una parcial que afecte al Título Preliminar, a la Sección I del Capítulo II del Título I o al Título II, manifiestan del deseo del legislador constituyente de establecer una defensa especial para determinados preceptos. De este modo, quedan sometidos a un reforzamiento de las garantías para su modificación, entre otros, los preceptos relativos a la Corona, institución que personifica en el Rey una Jefatura del Estado de carácter simbólico y representativo, sin poder efectivo.

La complejidad del proceso para la reforma «agravada» consiste en la exigencia del artículo 168, que conlleva la disolución de las Cortes Generales, tras la aprobación del proyecto de reforma por una mayoría de dos tercios de cada una de las Cámaras. Tras la elecciones legislativas, y una vez constituidas las nuevas Cámaras, éstas han de estudiar el texto propuesto, y aprobarlo, como es lógico, por igual mayoría. Se ordena, además, en este precepto, referéndum para la ratificación por el cuerpo electoral del texto de reforma constitucional aprobado por las Cámaras.

Creemos que nuestra Constitución, toda Constitución, ha de ser una norma sensible a los cambios políticos y sociales. Constituciones de nuestro entorno así lo han hecho, como, por ejemplo, la Constitución alemana que ha sufrido más de cuarenta reformas desde su aprobación en 1949; otras, como la italiana, por el contrario, ha tenido pocas modificaciones en similar plazo de vigencia. Ciertamente las Constituciones monárquicas europeas, salvo en el caso inglés, han procedido a reformas parecidas a la que se plantea

⁵⁴ P. de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1988, p. 50.

en nuestro sistema a fin de eliminar la preferencia de sexo en la sucesión a la Corona. Grave es equivocarse en realizar reformas precipitadas, pero más grave es aún no realizar las necesarias. Éste es quizá el asunto pendiente de nuestro sistema constitucional y una labor necesaria para la modernización de los principios monárquicos.

Derecho de participación política y democracia¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. UTOPIA POLÍTICA: LA DEMOCRACIA DIRECTA.—III. INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR.—3.1. Participación ciudadana en la elaboración de leyes.—IV. CONCLUSIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de participación política es esencial para la democracia, se podría decir que la salud democrática de un Estado depende del grado de respeto a este derecho fundamental. Es más, la participación política se configura como un presupuesto de la democracia. *«Se trata de un derecho específico que forma parte de la categoría de los derechos políticos o de participación, entendiendo esta acepción como género, que agrupa los derechos del individuo, en tanto que miembro de una comunidad política determinada, a tomar parte en la formación de una decisión pública o de la voluntad de las instituciones públicas. Son los derechos del ciudadano en el Estado, diferentes de los derechos de libertad frente al Estado y de los derechos sociales y prestacionales»*².

El derecho de participación política requiere entonces de un ciudadano activo, interesado en la política. Jellinek, en su famosa tipología de los diferentes «*status*» que los individuos ocupan dependiendo de su relación con el Estado, identificó un *status* de individuos capaces de actuar por cuenta del Estado. *«En esta situación, el ciudadano disfruta de la posición más elevada posible en*

★ Alumno del Master de Derechos Fundamentales del Instituto Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹ Este artículo es objeto de publicación en «Asamblea» como consecuencia de las prácticas desarrolladas por los alumnos del Master de Derechos Fundamentales del Instituto Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, en la sede de la Asamblea de Madrid, entre febrero y mayo de 2006, en torno a los derechos fundamentales, y ha sido seleccionado a resultados del compromiso contraído con la Dirección de dicho Master (N. de R.).

² Aguiar de Luque, *Democracia directa y Estado constitucional*, Edersa, 1977, p. 124.

*el seno del Estado, que es la ciudadanía activa. Es el “status” activo, el “status activae civitatis”, en el cual el individuo participa en el interior del Estado como un órgano del mismo, siendo así la sede de los derechos políticos»*³. Los derechos de participación política se incluirían dentro de este *status*. Como se ve, la idea básica es la siguiente: *Participar en la formación de la voluntad estatal*. Los ciudadanos a través de este derecho fundamental tenemos asegurada la posibilidad de formar parte de la formación de la voluntad estatal incidiendo, con la participación, en la toma de decisiones de los poderes públicos.

Rousseau, en su Contrato Social, decía que el sistema político más acorde a la libertad del estado natural *«es una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y gracias a la cual cada uno, en unión de todos los demás, solamente se obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes»*⁴. La forma de asegurar esa libertad es el pacto social entre los individuos y el cuerpo político, *«ese acto de asociación produce, en lugar de la persona particular de cada contratante, un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe por este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad»*⁵. Lo ideal para el ginebrino entonces es la soberanía popular, pero aquí nos encontramos con un problema: no todas las decisiones políticas pueden ser adoptadas por asambleas populares periódicas. Ante esta imposibilidad surge el mecanismo institucional de la representación política, incluso Montesquieu afirmaba que *«puesto que en un Estado libre todo hombre, considerado como poseedor de un alma libre, debe gobernarse por sí mismo, sería preciso que el pueblo en cuerpo desempeñara el poder legislativo. Pero como esto es imposible en los grandes Estados, y como está sujeto a mil inconvenientes en los pequeños, el pueblo deberá realizar por medio de sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo»*. Ya en el siglo XX Hans Kelsen, de forma similar, decía que *«Cuanto más grande es la colectividad política, tanto menos capaz se muestra el pueblo, como tal, de desenvolver la actividad creadora de la formación directa de la voluntad política, y tanto más obligado se ve aunque sólo fuese por razones técnico-sociales a limitarse a crear y controlar el verdadero mecanismo que forma la voluntad política.»* Según el profesor Laporta, estas posiciones comparten una cláusula común: *«La imposibilidad material de participación de todos en la elaboración de las normas generales debido al tamaño físico de la colectividad»*⁶. Continúa

³ Francisco Ansuategui Roig, «Poder, Ordenamiento jurídico, Derechos», *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Dykinson, 2000, pp. 58 y 59.

⁴ J. Rousseau, *El contrato social*, Libro I, cap. VI.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Francisco J. Laporta, «Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para el debate», *Revista Jurídica Doxa*, núm. 6, pp. 122 y ss. Sin embargo, es necesario dejar anotado que no es pacífico esto en la doctrina. Por ejemplo, Ramón Máiz Suárez señala que *«las razones que apoyan la representación parlamentaria nada tienen que ver con la imposibilidad práctica de la democracia directa en los grandes Estados como a veces se ha dicho, ni con la obtención de la verdad por medio de la discusión, sino con la superioridad intrínseca del modelo representativo en cuanto filtro, catalizador y ámbito institucional autónomo de agregación de preferencias y, por lo tanto, relativamente distanciado de la inmediatez de las demandas plurales y contradictorias de los electores, como institución de discusión y negociación estratégica para la toma de decisiones»*. Ramón Máiz Suárez, «Democracia Inclusiva», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 15, 2003, p. 65.

Laporta: «El modelo ideal de organización política sería la democracia directa, pero como se da la cláusula de imposibilidad, tenemos que desembocar en la aceptación de la democracia representativa... La representación por tanto, tendría en el mejor de los casos, una justificación derivada y no una originaria y propia, y encontraría su perfil y naturaleza precisamente en el eco que le llega de aquella justificación primaria después de pasar por el tamiz de la cláusula de imposibilidad»⁷. Si vemos bien, la transición de la democracia directa a la representativa, incluso para Kelsen «supone una cierta ruptura con el ideal de libertad política, pero alega la ineludible necesidad técnica de la división social del trabajo para defender el parlamentarismo representativo como fórmula estable de articulación del Estado»⁸.

Naturalmente, la imposibilidad práctica de la democracia directa⁹ nos conduce a la necesidad de establecer unas condiciones para la participación política que lesione lo menos posible la utopía democrática. Tales condiciones configurarían el sistema representativo, mediante el cual un grupo de ciudadanos legitimados por el voto popular¹⁰ tiene la misión de organizar la sociedad a través del dictado de normas jurídicas que regulen la vida en sociedad.

II. UTOPIA POLÍTICA: LA DEMOCRACIA DIRECTA

A pesar de esta cláusula de imposibilidad material de la democracia directa, las Constituciones de los distintos Estados han ido incorporando formas de democracia directa, siendo el caso más llamativo y exitoso el suizo, donde las instituciones de democracia directa componen un mecanismo esencial de su sistema político; la iniciativa popular, por ejemplo, ha sido puesta en ejecución más de doscientas veces.

La democracia directa procura incentivar la participación del ciudadano en los asuntos públicos, procurando en la medida de lo posible prescindir de cualquier instancia de intermediación entre el ciudadano y los poderes públicos.

En estos tiempos es un tópico común hablar de la crisis de los partidos políticos¹¹, pero, aún hoy, las únicas instituciones capaces de mediar entre el

⁷ Ibídem.

⁸ Ibídem.

⁹ «La imposibilidad de un régimen de democracia directa en comunidades extensas ya fue expuesta por Condorcet durante la Revolución Francesa y en época posterior Max Weber, quien decía “tanto la democracia directa genuina como la administración honoraria genuina fallan desde el punto de vista técnico cuando se trata de asociaciones que excedan de una determinada (elástica) cantidad (algunos miles de ciudadanos con plenos derechos) o cuando se trata de tareas administrativas que exigen, por una parte, formación profesional y, por otra, permanencia o continuidad en la dirección”.» Miguel Ángel Fernández Ferrero, «La Iniciativa Legislativa Popular», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nota al pie 56.

¹⁰ En un sistema representativo el acto fundamental de la participación democrática es el voto.

¹¹ «Si el ideal de unos partidos generadores de identidades fuertes, programas netamente diferenciados y alineamientos electorales estables constituye en buena medida un mito, es cierto que importantes transformaciones económicas, sociales y políticas han producido cambios fundamentales en los partidos de nuestro tiempo. Señalemos entre ellas dos, importantes a los efectos que aquí interesan: 1) la gubernamentalización de los partidos (party in public office) y su distanciamiento de la sociedad, la hipertrofia de su dimensión de gobierno frente a las de organización y movilización, y 2) la pluralización y diversificación de los actores colectivos y en general del paisaje contemporáneo de la intermediación de intereses: grupos, partidos, movimientos sociales, ONGs, etc.» Ramón Máiz Suárez, «Democracia Inclusiva», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 15, 2003, p. 68.

poder público y el ciudadano son los partidos. Si esto es así, en un sistema representativo la efectividad de la participación política requiere de un canal, en línea abierta, de comunicación entre representantes y representados, a fin de que los titulares de los poderes públicos conozcan en todo momento las necesidades y aspiraciones de la gente, sus electores¹².

Pero si es un tópico la crisis de los partidos políticos, también es un tópico el eterno anhelo de un sistema político que dé protagonismo a las instituciones de democracia directa. «Desde los mismos orígenes del Estado liberal ha latido una demanda de democracia directa, que se exteriorizaba, entre otras cosas, por la gran influencia que tuvieron las obras de Rousseau o Jefferson. Esa tensión entre el principio de representación y la actuación directa del pueblo en la toma de decisiones jalará toda la historia constitucional europea, entre nosotros, el conflicto se resolverá tempranamente y con claridad en el Derecho positivo, y ello en favor del parlamentarismo y con detrimento de las instituciones de la democracia directa»¹³.

«El fin de la Primera Guerra Mundial supuso un resurgimiento del ideal democrático e inauguró lo que A. Hauriou denominó el «tercer movimiento de constitucionalización». Este momento del constitucionalismo alumbró, entre otros textos, la Constitución de Weimar de 1919, la Constitución austríaca de 1920 y, como una manifestación tardía, la española de 1931. La introducción de elementos de democracia directa se convirtió en una cierta moda constitucional y, así, se fueron introduciendo en las leyes fundamentales mecanismos como el referéndum constitucional y legislativo, la iniciativa legislativa popular o el plebiscito, algunos autores incluyen también en este movimiento otras instituciones como son el derecho de petición o la revocación popular, individual o colectiva, de autoridades públicas»¹⁴. Dentro de este resurgimiento del ideal democrático, la iniciativa legislativa popular ocupa un lugar preponderante, a pesar de que, como se lo dice más adelante, en puridad es una institución de democracia semidirecta.

III. INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR

Este instrumento solo «concede a los ciudadanos la facultad de iniciar el procedimiento legislativo, dejando la decisión definitiva, como no podía ser de otra forma, al Parlamento, se encuentra presente en numerosas constituciones, sin que su contenido sea uniforme en todas ellas»¹⁵.

¹² En este sentido, «lo realmente importante es que la organización de la política se haga de tal forma que los gobernados participen en ella a través de canales auténticos, institucionalizados y representativos. Ésta es la auténtica esencia de la democracia. En su seno, el ineludible derecho a la participación. Lo que, además, conlleva el control de los gobernantes por parte de los ciudadanos, dando luego a lo que Sánchez Agesta denomina un diálogo responsable entre gobernantes y gobernados, que es consecuencia de la dignidad humana». Manuel Ramírez, *Apuntes de la Participación Política*, Tecnos, 1985, p. 32.

¹³ «Una aproximación a la Participación de los Ciudadanos en la Elaboración de la Ley», *Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 6, autor: Marcos Marco Abato, año de edición: 1998, p. 202.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Miguel Ángel Fernández Ferrero, «La Iniciativa Legislativa Popular», *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 2001, p. 9.

El estudio de la iniciativa legislativa la considero oportuna por lo siguiente: Una mirada general nos demuestra que las leyes actuales cada vez son más especializadas, que regulan un determinado ámbito de la comunidad, la pretendida generalidad y abstracción de la ley en el Estado Liberal Clásico está en quiebra: las leyes más se preocupan por regular situaciones concretas, no abstractas, de un determinado grupo de seres humanos. Estamos en la época de las «leyes medida». En este contexto, resurge la utopía democrática de la participación directa en las instituciones públicas y los Parlamentos autonómicos se constituyen como el poder público más apto para asumir la responsabilidad de ser cauce de esa participación popular, pues por su peculiar composición política es el órgano idóneo para mejorar la calidad de las leyes que afectan a unos específicos, concretos y determinados ciudadanos de un Estado.

La participación política directa ha jugado su rol dentro de la democratización del Estado constitucional representativo, esta lucha por la democratización de este tipo de Estado se ha logrado *«mediante diversas luchas políticas que han ampliado sus instituciones clásicas, así como reforzado y reformulado unas veces, superado ampliamente otras, sus principios originales. Por una parte, esas luchas han generalizado el sufragio universal y la libertad para todos, han reforzado los derechos políticos y garantizado la libertad de partidos y asociaciones..., y, por otra, han incorporado instituciones complementarias de las representativas procedentes de la tradición de la democracia directa como el referéndum o la iniciativa popular, que permiten una relación más inmediata entre las decisiones y el público»*¹⁶.

Un estudio de la Constitución española nos permite encontrar otras formas de participación política directa: en la Administración pública (art. 105 CE), en la Administración de justicia (art. 125), en la gestión de la Seguridad Social (art. 129). Pero la ordenación de la participación directa en el ámbito legislativo es bastante pobre, es más, el único mecanismo de participación política directa en la institución parlamentaria es la iniciativa legislativa popular (art. 87.3). El resultado obvio de esta regulación es entonces que la participación de los ciudadanos en la toma de las decisiones legislativas, de acuerdo a la Constitución española, sólo puede canalizarse a través de la iniciativa legislativa popular.

3.1. Participación ciudadana en la elaboración de Leyes

*«La normativa relativa tanto a las materia excluidas, la obligación de someter las iniciativas al trámite de la toma en consideración, la imposibilidad en la mayoría de ocasiones de que los promotores participen en el desarrollo de la tramitación parlamentaria de la ley, incluso los plazos y las indemnizaciones incentivan poco la utilización de estas vías»*¹⁷.

¹⁶ Ramón Máiz Suárez, «Democracia Inclusiva», *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, núm. 15, 2003, p. 66.

¹⁷ «Parlamentos Autonómicos y Participación Popular», *Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 6, autores: Eliseo Aja Fernández, María Jesús Larios Paterna, año de edición: 1998, p. 83.

Como se dijo, la participación política de los ciudadanos en el ámbito legislativo sólo es posible a través de la iniciativa legislativa popular, iniciativa que en su diseño procedimental está llena de escollos difíciles de superar, pues «*El considerable esfuerzo, tanto de medios personales como materiales, que requiere la elaboración de una proposición de ley, hace que sea difícil que esta institución por sí sola protagonice el acercamiento del ciudadano a la institución parlamentaria*»¹⁸.

Las dificultades aludidas quizás tengan su génesis en la desconfianza que generan las instituciones de democracia directa o semidirecta, la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, señala que en la regulación se recogen las limitaciones propias de este instituto derivadas de la enseñanzas históricas, que demuestran la facilidad con que el recurso al pronunciamiento popular directo puede servir de fácil cauce para manipulaciones demagógicas o, incluso, para intentar legitimar con un supuesto consenso popular, lo que no es en sustancia sino antidemocrática imposición de la voluntad de una minoría. Lo cual no deja de ser cierto; la «*quimérica identidad entre gobernantes y gobernados, fusionando titularidad y ejercicio del poder político, que en realidad facilita o bien el diletantismo político de la mano de la corta duración de los mandatos, o bien la aparición de elites ocultas, vanguardias, grupos poderosos de interés, líderes o intermediarios de la opinión, y mediaciones, resultando unas y otros no controlables. Precisamente uno de los problemas detectados empíricamente en experiencias históricas o actuales de democracia directa, que desmiente la asunción en exceso optimista respecto a la motivación ciudadana incluso en las mejores condiciones participativas, es la tendencia a la sustitución de los ciudadanos comunes por ciudadanos participativos especializados*»¹⁹.

Dicho esto, y centrándonos en España, vemos que las Comunidades más activas en la utilización de la iniciativa legislativa popular son Andalucía, Canarias y Galicia, y que en contraposición se encuentran Cantabria, Extremadura, Madrid, Comunidad Valenciana. Las causas de la escasa actividad de esta institución en las últimas Comunidades mencionadas debe ser objeto de un estudio sociológico, de un estudio externo al Derecho, cuyo origen no provenga de un operador jurídico, sino de un observador que desde fuera estudia la eficacia de una institución jurídica. Todo lo cual es ajeno a la pretensión de este trabajo.

En la Comunidad de Madrid «*Fue Alianza Popular quien presentó una Proposición de Ley para la regulación de la iniciativa. El Consejo de Gobierno no manifestó su criterio y se inició el debate de la Proposición en el Pleno sin el informe del Gobierno Regional. Los populares consideraron la iniciativa como una de las manifestaciones de la participación que señala el artículo 9.2 de nuestra Constitución y recordaron al Presidente de la Comunidad en su discurso de investidura, tras las elecciones de 1983, había propuesto sacar adelante esta Ley. Tras la toma en consideración por unanimidad, se envió la Proposición a la Comisión de Presidencia y Gobernación. Se*

¹⁸ «Parlamentos Autonómicos y Participación Popular», *Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 6, autores: Eliseo Aja Fernández, María Jesús Larios Paterna, año de edición: 1998, p. 84.

¹⁹ Ramón Máiz Suárez, «Democracia Inclusiva», *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, núm. 15, 2003, p. 73.

presentaron veintitrés enmiendas, de las que once se aceptaron en el trabajo de la Ponencia, ocho fueron retiradas y tan sólo cuatro quedaron para su defensa en Comisión tres del Grupo Socialista y una del Mixto. Tras el dictamen de la Comisión el texto pasó al pleno sin ninguna enmienda. Sometida a votación de totalidad, la Proposición de Ley fue aprobada por unanimidad»²⁰.

La iniciativa legislativa popular, *lato sensu*, es una técnica a través de la cual se da a un tipo específico de ciudadano (los ciudadanos mayores de edad que gocen de la condición política de madrileños y se encuentren inscritos en el Censo Electoral en el caso de la Comunidad de Madrid) la potestad de iniciar el proceso legislativo, de aquí que, en puridad, la iniciativa legislativa popular «no es una institución de democracia directa en sentido estricto, por faltarle algo tan esencial como es el hecho de que los ciudadanos tengan la capacidad de tomar decisiones sin la intermediación de los órganos representativos»²¹. Para algunos constituye el extremo más ambicioso del derecho de petición, pues si éste consiste en la potestad de dirigir pretensiones a los poderes públicos para adoptar medidas generales, la iniciativa legislativa, si cumple con todos los requisitos, es capaz de poner en marcha el procedimiento legislativo²².

En el caso de la Comunidad de Madrid, de acuerdo al artículo 3 de la Ley 6/1986, de 25 de junio, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid le corresponde a la Mesa de la Asamblea de Madrid rechazar o admitir a trámite las iniciativas legislativas populares, una vez admitida a trámite una iniciativa legislativa popular el procedimiento de su tramitación se regulará de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento de la Asamblea de la Comunidad. En la misma Ley, artículo 8, se prescribe que «La iniciativa legislativa popular se ejerce mediante la presentación de Proposiciones de Ley, suscritas por la firma de, al menos, 50.000 electores madrileños, autenticadas en la forma que determina la Ley. A estos efectos, los promotores de la iniciativa se integrarán en una Comisión Promotora.» Y en su artículo 9 que: El escrito de presentación de la Proposición deberá contener:

El texto articulado de la Proposición de Ley, precedido de una Exposición de Motivos.

Esta Exposición de Motivos es esencial a la iniciativa, pues éste es el documento que permite hacer llegar al Parlamento las argumentaciones justificativas de la necesidad de adoptar la iniciativa legislativa. Ésta es la única posibilidad de defender la iniciativa legislativa por parte de los promotores, siendo

²⁰ Miguel Ángel Fernández Ferrero, «La Iniciativa Legislativa Popular», *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 2001, pp. 67 y 68.

²¹ *Ibidem*, p. 41.

²² «Sin embargo, no resulta difícil señalar diferencias nítidas entre ambas instituciones; en primer lugar, el sujeto capacitado para ejercitar cada una es diferente, pues mientras el derecho de petición se reconoce a todos los españoles, el ejercicio de la iniciativa exige una condición añadida, ser elector; en segundo lugar, mientras que el ejercicio del derecho de petición sólo obliga a la Cámara al acuse de recibo de la petición y a comunicar el acuerdo adoptado, el de la iniciativa legislativa obliga, al menos examinarla y por último en cuanto al objeto es más amplio en el derecho de petición, pues mientras que el de la iniciativa legislativa popular se circunscribe a la presentación de proposiciones de ley en el derecho de petición los ciudadanos pueden dirigirse a los poderes públicos en solicitud de actos o decisiones sobre materias de su competencia.» Miguel Ángel Fernández Ferrero, «La Iniciativa Legislativa Popular», *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 2001, pp. 21 y 22.

por obvias razones insuficiente la oportunidad otorgada por el ordenamiento autonómico madrileño.

Es importante señalar en la misma forma que lo hace la Exposición de Motivos de la Ley de iniciativa legislativa popular y de los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid que «*La Constitución española, en su artículo 9.2, establece que los poderes públicos facilitarán la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, y en su artículo 87.3 establece que una Ley Orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular con las debidas garantías.*» Como se ve, el derecho de participar en los asuntos políticos, y específicamente, el de participar en la formación de la voluntad estatal legislativa, ha alcanzado el más alto rango normativo, adquiriendo a su vez el derecho todas las garantías adscritas a los derechos fundamentales. Tan es así que en el artículo 4 de la Ley 6/1986 se prescribe que «*Contra la decisión de la Mesa de la Asamblea de no admitir la Proposición de Ley cabrá interponer recurso de amparo, que se tramitará según lo previsto en el Título III de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, ante el Tribunal Constitucional.*»

Las causas de inadmisión de la iniciativa legislativa popular en la Comunidad de Madrid están recogidas en el artículo 3.2; éstas son:

- a) Que el texto de la Proposición se refiere a alguna de las materias indicadas en el artículo 2.
- b) Que el texto de la Proposición verse sobre materias diversas carentes de homogeneidad entre sí, o que carezca de alguno de los requisitos exigidos en la presente Ley.
- c) Que se esté tramitando en la Asamblea de Madrid un Proyecto o Proposición de Ley que verse sobre el mismo objeto de la iniciativa o que ésta se refiera a materias sobre las que la Asamblea de Madrid hubiera aprobado una Proposición no de Ley que constituya un mandato legislativo en vigor.
- d) Que el texto de la Proposición sea reproducción de otra iniciativa legislativa de otros Ayuntamientos, o popular, igual o sustancialmente equivalente, presentada durante la legislatura en vigor.

Las causas de inadmisión de las letras a), b), c) son comunes a todas las leyes autonómicas que regulan esta institución. La causa de la letra d) «*está recogida en las Leyes de Castilla-La Mancha, Extremadura, Madrid, Murcia y País Vasco. La recoge igualmente la LORILP*»²³.

IV. CONCLUSIÓN

La iniciativa legislativa popular autonómica tiene el germen de la desconianza política (originada por las debilidades de la institución) en su propia regulación. La normativa autonómica dificulta la puesta en marcha de la mis-

²³ Miguel Ángel Fernández Ferrero, «La Iniciativa Legislativa Popular», *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 2001, nota 170, p. 88.

ma, no se permite, por ejemplo, la defensa de la iniciativa por parte de la comisión redactora, pero estamos viviendo una época de transición, el sistema parlamentario representativo como «una institución surgida en un momento dado de la historia europea como recurso técnico para asegurar la vigencia de los derechos y libertades de una determinada clase social: la burguesía»²⁴, se encuentra en crisis. «La capacidad operativa de nuestras democracias parlamentarias resulta, en la actualidad, desbordada e insuficiente, porque éstas no reflejan realmente el pluralismo social y cultural existente, y no son realmente participativas de la totalidad de la ciudadanía»²⁵. Vivimos en una época donde muchas voces reclaman una municipalización o distritalización de la política, voces que en definitiva buscan acercar la política al ciudadano. Por todas partes se alaba a los cantones suizos y su positiva experiencia. Yo no voy tan lejos, ante la crisis una posible vía de salida sea una profundización en los derechos de participación en la formación de la voluntad estatal, quizás una regulación más abierta de la iniciativa legislativa popular pueda dar cauce a demandas específicas de los ciudadanos que requieren normativas concretas (leyes medidas). Se debería aprovechar los avances de la tecnología para acercar al ciudadano, para incentivarlos a participar en la actuación estatal. No hay que olvidarse que los derechos de participación constituyen indudablemente la articulación jurídica de la democracia. En este sentido, la reciente modificación de la Ley Orgánica Reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular es muy positiva. La posibilidad de que la recogida de firmas se haga a través de Internet y medios electrónicos, y la oportunidad de que un representante de la comisión promotora defienda la iniciativa en plena tramitación parlamentaria es un avance significativo en la mejora de la institución. Lo importante es lograr unas altas dosis de creatividad en las regulaciones de las instituciones de democracia directa receptadas por nuestro sistema representativo, para lograr acercar al ciudadano al poder. «En definitiva, se hace necesario una radicalización —en el sentido de ir a la raíz— de la democracia con la finalidad de alcanzar unos mayores y más eficaces márgenes participativos y emancipatorios»²⁶.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, *Democracia directa y Estado Constitucional*, Edersa, 1977, p. 124.
- ANSUATEGUI ROIG, Francisco, «Poder, Ordenamiento jurídico, Derechos», *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Dykinson, 2000, pp. 58 y 59.
- ANUARIO DE DERECHO PARLAMENTARIO, núm. 6, «Parlamentos Autonómicos y Participación Popular», autores: Eliseo Aja Fernández, María Jesús Larios Paterina, año de edición: 1998, p. 84.

²⁴ Ernesto Garzón Valdez, «Representación y Democracia», en *Doxa*, núm. 6, 1998, p. 143. Cita-do por María José Fariñas en «Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna», *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Dykinson, 1997, p. 47.

²⁵ María José Fariñas en «Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna», *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Dykinson, 1997, p. 47.

²⁶ *Ibidem*, p. 48.

- ANUARIO DE DERECHO PARLAMENTARIO, núm. 6, «Una Aproximación a la Participación de los Ciudadanos en la Elaboración de la Ley», autor: Marcos Marco Abato, año de edición: 1998, p. 202.
- FARIÑAS, María José, en «Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna», *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Dykinson, 1997.
- FERNÁNDEZ FERRERO, Miguel Ángel, «La Iniciativa Legislativa Popular», *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 2001.
- LAPORTA, Francisco J., «Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para el debate», *Revista jurídica Doxa*, núm. 6.
- MÁIZ SUÁREZ, Ramón, «Democracia Inclusiva», *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, núm. 15, 2003.
- RAMÍREZ, Manuel, *Apuntes de la Participación Política*, Tecnos, 1985, p. 32.
- ROUSSEAU, J., *El contrato social*.

IV

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

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.

★ Sylvia Martí Sánchez, Secretaria General de la Asamblea de Madrid. Javier Sánchez Sánchez y Tatiana Recoder Vallina, Letrados de la Asamblea de Madrid.

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 se entiende en el Derecho Internacional Público. En este sentido hay que entender que la jurisdicción es fundamentalmente territorial y que el ejercicio que 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.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Hechos.—4.2. Legislación aplicable.—4.3. Fundamentos de Derecho.—4.3.1. Alegaciones de las partes—4.3.2. Consideraciones del Tribunal.—4.3.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

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 de 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, núm. 27229/1995). **El Estado tiene la obligación de realizar una investigación pública con examen completo, imparcial y profundo de las circunstancias en las que se ha cometido el homicidio** (S. McCannan contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1995). 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 ocasionar intencionadamente la muerte, sino circunstancias en las que cabe hacer legítimamente 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. Güneç 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).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

Sentencia del caso Ognyanova y Choban v. Bulgaria, de 23 de febrero de 2006. Demanda núm. 46317/99.

4.1. Hechos

Sobre las 2 a.m. del 6 de junio de 1993, el Sr. Stefanov falleció tras haberse caído el día anterior desde la ventana del despacho 36 del tercer piso de la comisaría de policía de la ciudad de Kazanluk. Se encontraron numerosas lesiones en su cuerpo. La investigación posterior concluyó que había saltado voluntariamente por la ventana cuando había sido llevado a la comisaría para interrogarlo, y que las heridas eran resultado de su caída. Los demandantes se muestran contrarios a estas conclusiones.

Los hechos de los días 4 y 5 de junio de 1993: a una hora indeterminada del 4 de junio, el Sr. Stefanov, de 23 años, y el Sr. DO, ambos de una minoría étnica, fueron arrestados por la policía en la ciudad de Muglitzh. Ambos fueron trasladados a la comisaría de Kazanluk más tarde. Los demandantes sostienen que el Sr. Stefanov gozaba de buena salud en el momento del arresto.

Los sucesos de la mañana siguiente son sólo conocidos por las declaraciones del teniente IC y de los sargentos HB y BB (este último custodiaba las celdas de la comisaría) y del Sr. DO. El teniente IC llegó a la comisaría hacia las 10 a.m. del día 5 de junio de 1993 y procedió a interrogar primero al Sr. DO. El interrogatorio se realizó en el despacho 36 del tercer piso, que ocupaba el teniente. Era éste una habitación de la fachada este, de 5 × 2,8

metros. La habitación tenía dos ventanas de doble hoja, que daban sobre el patio trasero y que contaban con un alféizar de 96 cm. Parece ser que en el momento de los hechos, una de las ventanas estaba abierta. En medio de la habitación estaban situadas dos mesas enfrentadas. En el patio trasero, bajo las ventanas de la habitación, 70 cm. al sur de la que estaba abierta, había un parking para motocicletas, con un tejado metálico situado a 1,95 metros del suelo. Detrás de éste había un túnel de inspección para automóviles, colindante con un garaje subterráneo. La ventana de la habitación estaba a 9,6 metros del suelo, la distancia entre la ventana y el fin del garaje era de 7,9 metros, y entre la ventana y el tejado metálico era de 5,9 metros.

Después de interrogar al Sr. DO, el teniente IC le envió de nuevo a la celda del primer piso, y mandó traer al Sr. Stefanov. Durante el interrogatorio, el Sr. Stefanov estuvo sentado en una silla detrás de la mesa más al sur del despacho. El teniente estaba sentado enfrente, detrás de la mesa norte. Durante el interrogatorio el Sr. Stefanov estaba esposado. No está claro si sus manos estaban aseguradas detrás o delante de él.

De acuerdo con la declaración hecha por el teniente, el sargento HB y el Sr. DO, durante el interrogatorio el teniente puso de manifiesto discrepancias entre las versiones dadas por los presuntos culpables sobre su participación en los hechos. En este punto, sobre las 11 a.m., el teniente llamó al sargento HB y le ordenó que trajera al Sr. DO para un careo entre ambos. El sargento subió al Sr. DO y ambos permanecieron un poco al sur de la puerta del despacho, por lo que el Sr. DO y el Sr. Stefanov no podían establecer contacto visual. El teniente inició el interrogatorio a ambos para comparar sus respuestas. Aparentemente sus versiones diferían en argumentos proferidos por ellos, en los que se acusaban mutuamente de haber planeado los robos.

El Sr. DO indicó con su cabeza al teniente que quería decirle algo sin que lo oyera el Sr. Stefanov. El teniente se levantó de la silla, se aproximó a la puerta medio abierta y se mantuvo en el umbral. En ese momento el Sr. Stefanov, aún esposado, se dio la vuelta en su silla, se subió al alféizar de la ventana con ayuda de una silla. El sargento HB gritó: «éste se quiere escapar». El teniente se giró y vio al Sr. Stefanov en el marco de la ventana, con una pierna en el aire y la otra dentro de la habitación. El teniente le gritó que no saltara, pero sí lo hizo. El teniente corrió hacia la ventana.

Hay inconsistencias en la declaración del teniente. En su informe de 11 de junio de 1993, el teniente dijo que el sólo vio el cuerpo del Sr. Stefanov boca arriba en el suelo. Sin embargo, cuando se le interrogó sobre el asunto el 20 de junio de 1994, el teniente sostuvo que cuando corrió hacia la ventana, pudo ver la caída, y vio el cuerpo golpear el tejado metálico antes de rodar por el suelo. Cuando se le interrogó por segunda vez el 21 de julio de 1997, el teniente dijo que no podía relatar las fases de la caída del fallecido, y que no podía recordar si había ido inmediatamente a la ventana. Explicó que su memoria fallaba porque los acontecimientos habían ocurrido hacía tiempo y fueron muy rápidos.

También hay inconsistencias en la declaración del Sr. DO. La primera vez que se le interrogó sobre el incidente, el 8 de junio de 1993, sostuvo que él

no le había visto directamente caer. Durante su segundo interrogatorio en diciembre del mismo año, en cambio, dijo que le había visto en el alféizar esposado y que luego saltó. Sin embargo, no declaró que le había visto caer, pero sí que vio el cuerpo boca arriba en el suelo.

El sargento HB bajó deprisa las escaleras, y encontró el cuerpo del Sr. Stefanov yaciendo inconsciente, medio sobre su espalda, medio sobre su lado derecho, en una rejilla de hierro frente al garaje. Sus esposas se habían roto, estaba sangrando y respiraba pesadamente. El sargento trató de revivirle con agua. Poco después fue trasladado en ambulancia al hospital, donde falleció a las 2 a.m. del día siguiente.

Habiendo sido notificados del incidente a las 12 p.m., el investigador GS inspeccionó la escena de los hechos. Comenzando a la 1.15 p.m., lo primero que inspeccionó fue el patio trasero y luego el despacho. La investigación concluyó que había saltado voluntariamente por la ventana cuando había sido llevado a la comisaría para interrogarlo, y que las heridas eran resultado de su caída. Los demandantes se muestran contrarios a estas conclusiones.

4.2. Legislación aplicable

Código Penal de Bulgaria.

Ley de la Policía Nacional de 1976.

Manual de Prevención Efectiva e Investigación de Ejecuciones extra legales, arbitrarias y sumarias (U.N. Doc. E/ST/CSDHA/.12 (1991)), publicado por las Naciones Unidas en 1991, incluye un Protocolo de modelo s autopsia.

Numerosos informes de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia del Consejo de Europa han advertido sobre la violencia policial por motivos racistas, especialmente contra minorías étnicas. Ciertas ONGs también han advertido en los últimos años acerca de la violencia racial contra la etnia Roma en Bulgaria. Una detallada enumeración de estos informes puede encontrarse en el caso Nachova y otros v. Bulgaria (núms. 43577/98 y 43579/98).

Convenio Europeo de Derechos Humanos.

4.3. Fundamentos de Derecho

4.3.1. Alegaciones de las partes

Los demandantes sostienen que Sr. Stefanov o bien se suicidó tirándose por la ventana, como consecuencia de las severas torturas a las que había sido sometido (lo cual es difícil de creer, al no tener antecedentes de enfermedad mental y haber sido detenido por un simple hurto), o bien lo hizo la policía para encubrir los maltratos previos a los que le había sometido. No había evidencia de que hubiera tratado de escapar, puesto que la ventana estaba situa-

da a más de nueve metros del suelo y no había estructuras que permitieran atenuar la caída. En particular, resulta obvio que el cuerpo no había tocado el techo metálico antes de la caída. Sostienen los demandantes que ellos no pueden aportar pruebas de sus tesis, pero consideran que corresponde a las autoridades aportarlas de sus explicaciones.

Por su lado, el Gobierno sostiene que las heridas del Sr. Stefanov fueron causadas por la caída, como se deriva de las pruebas médicas y policiales practicadas tras el incidente. La ausencia de abusos quedó demostrada en las declaraciones de los testigos. Las discrepancias en las diferentes declaraciones del teniente se deben al tiempo transcurrido desde los hechos juzgados.

4.3.2. *Consideraciones del Tribunal*

El artículo 2 de la Convención recoge un derecho esencial, que ha de ser interpretado y aplicado para salvaguardar el derecho a la vida de forma práctica y efectiva. Junto con el artículo 3, constituye uno de los valores básicos de la construcción de sociedades democráticas.

Considera el Tribunal que las personas sometidas a custodia policial están en una posición vulnerable, y las autoridades están obligadas a velar por las mismas. Por ello, si un individuo es sometido a custodia policial gozando de buena salud pero fallece posteriormente, incumbe al Estado facilitar una explicación plausible de los hechos causantes del fallecimiento. A la vista de las evidencias, el Tribunal adopta el criterio de «duda razonable». En los supuestos en los que los hechos del caso sean únicamente, o en gran parte, del conocimiento exclusivo de las autoridades, como en el caso de personas bajo su custodia, deben existir fuertes presunciones de hecho en relación con los daños y la muerte ocurridas durante esa detención. De hecho, la carga de la prueba de que no han ocurrido recae sobre las autoridades, quienes han de proporcionar una explicación satisfactoria y convincente.

El Tribunal observó que, en el presente caso no existen indicios de que el Sr. Stefanov estuviera herido al ser puesto bajo custodia. La cuestión está en determinar si las heridas que le llevaron a la muerte, fueron provocadas exclusivamente por la caída desde la ventana. El Tribunal constata que las autoridades búlgaras basaron sus conclusiones en que todas las heridas se produjeron exclusivamente durante la caída, considerando que el cuerpo golpeó algún objeto antes de impactar con el suelo. El Tribunal observó que esta versión estaba basada inicialmente en el informe forense, que a su vez se basaba en las declaraciones en este sentido del oficial de policía. El Tribunal llama la atención sobre las declaraciones contradictorias del Teniente y considera que las mismas son altamente determinantes de la conclusión de que el Sr. Stefanov no tenía heridas antes de su caída. Más allá, el Tribunal nota que una de las pruebas practicadas con un muñeco concluye que el fallecido no podía haberse golpeado con el techo metálico, si bien de los informes médicos parece derivarse que sí lo hizo antes de caer al suelo. Los forenses que hicieron la autopsia y los doctores que elaboraron el informe de expertos ordena-

do posteriormente hacían una descripción general de la causa probable de la mayoría de las heridas. Sin embargo, no hacen una descripción detallada de cómo pudieron causarse cada una de ellas. Los únicos hechos claros que tuvieron lugar en el despacho 36, la mañana del 5 de junio de 1993, fueron que en él estaban dos policías y el Sr. D.O. Sin embargo, su credibilidad es cuestionable, en la medida en que: primero, los policías tenían claro interés en presentar los hechos como un accidente o un suicidio; en segundo lugar, las declaraciones del teniente han ido cambiando con el tiempo y, por último, el Sr. D.O. fue tratado posteriormente de forma favorable por la policía.

No está claro si el Sr. Stefanov saltó por la ventana por deseo propio o, por el contrario, fue empujado intencionadamente, o forzado en una situación donde no tenía otra opción. Sin embargo, considera el Tribunal que es altamente improbable que él tratara conscientemente de escapar, puesto que la ventana estaba a más de 9 metros de altura del suelo, y estaba esposado. Tampoco existen evidencias de que hubiera querido suicidarse sin existir provocación, o que él estuviera intoxicado de alguna forma que hubiera podido llevarle a ello. Tampoco existían indicios de que el fallecido sufriera enfermedad mental que pudiera incitarle al suicidio o a cometer cualquier acto que pudiera atentar a su integridad corporal. Por todo ello, el Tribunal llega a la conclusión de la inconsistencia de la versión de las autoridades sobre los hechos acaecidos. Por tanto, concluye que ha existido violación del artículo 2 de la Convención.

En relación con las alegaciones de inadecuación de la investigación efectuada, parte el Tribunal de que la protección del derecho a la vida conlleva la necesidad de realizar una investigación oficial efectiva, especialmente cuando existan indicios de que un ciudadano haya fallecido como resultado del uso de la fuerza. La investigación ha de ser siempre cuidadosa e imparcial. El Tribunal constata que, en el presente caso, se realizaron diferentes actuaciones investigadoras, ampliándose posteriormente a solicitud de la Oficina del Fiscal Militar. Entre otras cosas, llama la atención del Tribunal el hecho de que el lugar del incidente no fuera mantenido en su situación original hasta su inspección y que las heridas del Sr. Stefanov fueron sólo parcialmente descritas en los informes. Por todo ello, el Tribunal estima que las investigaciones del presente caso no cumplen todos los parámetros establecidos en la jurisprudencia, por lo que concluye ha existido violación de la obligación estatal de realizar una investigación efectiva de la muerte del Sr. Stefanov.

4.3.3. *Fallo*

El Tribunal considera que se ha producido una vulneración del artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos por parte de las autoridades policiales búlgaras.

V. COMENTARIO

El Tribunal profundiza en su línea jurisprudencial previa respecto a la consideración de que se produce violación del artículo 2 de la Convención cuando las autoridades nacionales no desarrollan una investigación suficiente y eficaz sobre las circunstancias de una muerte ocurrida bajo su jurisdicción. Lo interesante de esta sentencia se encuentra en la importancia que otorga al Tribunal al estudio de cada una de las heridas producidas, así como a la relevancia de que sean las autoridades las que demuestren que no se produjo abuso de su posición dominante sobre los detenidos.

Interdicción de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN.—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

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 a cabo. 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 infligir un sufrimiento físico psíquico tendente bien a humillar a la víctima ante los demás o ante sí 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's 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 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 obligándola 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).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Léger c. Francia.
19324/02.
11 de abril de 2006.

4.2. Antecedentes

En 1966 el demandante fue condenado a cadena perpetua por rapto y homicidio del niño de once años Luc Taron. En julio de 1979, el demandante solicita la libertad condicional, que le es denegada. Reitera la petición en 1985, 1988, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995 y 1997, rechazada en todos los casos. Solicitó incluso el indulto, que en 1998 le fue denegado al constatare que el informe médico señalaba que la continuidad de la detención no tenía por qué afectar al estado de salud del demandante. En febrero de 2001, la Comisión de aplicación de penas emite por unanimidad un informe favorable a la libertad condicional basándose en que el demandante sería acogido por unos amigos de toda la vida —le habían estado visitando desde su ingreso en prisión—, y quienes a su vez le ofrecían un empleo. Ello unido a la posibilidad de que el demandante tuviese asistencia médica para facilitarle su reinserción, aconsejaba la concesión de la libertad condicional. No obstante, la jurisdicción regional para la libertad condicional rechaza la solicitud basándose en que los informes psiquiátricos no excluían la peligrosidad potencial y el riesgo de reincidencia, por lo que, atendiendo a la gravedad de los hechos, no se debería proceder a la puesta en libertad. En 2003 la citada jurisdicción confirma esta decisión. El 25 de junio de 2005 el demandante formula una nueva solicitud, que esta vez es atendida, pues el órgano jurisdiccional parte de que el proyecto de reinserción y el escaso riesgo de reincidencia aconsejan que el demandante no quede por más tiempo al margen de la sociedad.

Tres años antes de esta decisión, el 6 de mayo de 2002, el demandante presenta la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por vulneración de los artículos 5 y 3 del Convenio.

4.3. Fallo

El Tribunal desestima la demanda al entender que no hay vulneración de los artículos 3 y 5 del Convenio.

V. COMENTARIO

De nuevo estamos ante un caso en el que se vincula la hipotética vulneración del artículo 5 a la del artículo 3, por lo que tendremos que hacer unas breves consideraciones sobre el primero.

El TEDH reitera su jurisprudencia señalando que el análisis de la imposición de la pena excede los fines del Convenio, pero es que además en este caso las partes no discuten ni la pena impuesta ni el procedimiento para ello. Lo que plantea el demandante es una cuestión sobrevenida, con el transcurso del tiempo el cumplimiento de la pena ha devenido arbitrario, porque se ha roto el vínculo entre el mismo y el fin que inicialmente justificó la imposición de la pena. Esto convierte el cumplimiento de la pena en inhumano y degradante, pues se trata además de una duración jamás alcanzada en Francia con anterioridad.

Por lo que respecta al artículo 5, el Tribunal constata que no ha habido incumplimiento del mismo. En primer lugar, porque el demandante ha tenido la oportunidad, de la que ha hecho uso reiteradamente, de solicitar la libertad condicional. Y en segundo lugar, porque el vínculo entre la pena y su fin no se ha roto. El TEDH reconoce que ese vínculo tiende a distenderse a medida que transcurre el tiempo y se rompe cuando las resoluciones judiciales evidencian que el cumplimiento de la pena ha dejado de guardar relación con los objetivos pretendidos (STEDH Sawonivk c. Reino Unido). En este caso, todas las decisiones desestimatorias de la petición de libertad condicional se basan en la peligrosidad del preso o en la posibilidad de reincidencia apuntada en los informes de los expertos. Por tanto, no hay vulneración del artículo 5. Pero, desde luego, lo que tampoco se da es la vulneración del artículo 3, ya que no concurre circunstancia alguna que haya agravado el sufrimiento inherente al cumplimiento ordinario de la condena.

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.

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 escl-

recimiento 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 institu-

ciones 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 aquellos 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 ape-

nas 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 Ikincisoy 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

Pilla c. Italia.

64088/00.

2 de marzo de 2006.

4.2. Antecedentes

El 29 de junio de 1997 el ahora demandante es detenido en ejecución de una condena de dos años de prisión por tenencia de estupefacientes con fines de venta dictada por el Tribunal de Apelación de Nápoles el 7 de abril de 1995, que no tuvo en cuenta la remisión de pena prevista por el Decreto Presidencial núm. 394 de 22 de diciembre de 1990, y de otra condena por emisión de cheque sin fondos pronunciada por el Juzgado de Instancia de Bénévent de 13 de marzo de 1996. Ambas penas se acumularon por decisión del Tribunal de Nápoles de 7 de febrero de 1997.

El 12 de septiembre de 1997 el demandante presenta una demanda ante el Tribunal de Apelación de Nápoles para que se reconozca el carácter continuado del delito de tenencia de estupefacientes, alegando que el delito apreciado en la sentencia antes citada de 7 de abril de 1995 y en otra anterior dictada por el Juzgado de Bénévent de 18 de enero de 1993 eran reconducibles a unos mismos hechos cometidos entre 1987 y 1992. Por tanto, sería de aplicación el Decreto Presidencial núm. 394 de 22 de diciembre de 1990 que preveía una remisión de penas para los hechos constitutivos de un delito de tenencia de estupefacientes que se hubieran cometido antes del 24 de octubre de 1989.

El 1 de diciembre de 1997 el Tribunal de Apelación de Nápoles reconoce el carácter continuado de la infracción fijando una pena de dos años y cuatro meses. Sin embargo, rechaza la remisión de pena estimando que, tratándose de un delito continuado, resultaba imposible distinguir los hechos

cometidos antes del 24 de octubre de 1989 y los cometidos posteriormente. Por tanto, el cumplimiento de la pena tenía que finalizar el 19 de noviembre de 1998, aunque tras reducción por buena conducta, el reo fue puesto en libertad el 7 de julio de 1998.

Por sentencia de 30 de septiembre de 1998, el Tribunal de Casación estima el recurso del demandante por considerar que las normas penales tienen que interpretarse en favor del reo (*favor rei*), lo que también rige para el delito continuado, por lo que tenía que haberse aplicado la remisión de pena, de forma que el demandante hubiese sido puesto en libertad el 4 de febrero de 1998.

A la vista de estas circunstancias el demandante recurre ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos invocando la violación del artículo 5 del Convenio por haberse aplicado tardíamente el Decreto Presidencial núm. 394 de 22 de diciembre de 1990 sin que además haya habido reparación.

4.3. Título e identificación oficial

El TEDH considera vulnerado el artículo 5 del Convenio.

V. COMENTARIO

De la lectura de los antecedentes puede fácilmente deducirse que, a la vista de la jurisprudencia del TEDH, el Gobierno de Italia tenía todas las de perder.

El TEDH tiene que limitarse a analizar cuál es el impacto sobre el artículo 5.1 del Convenio de la privación de libertad declarada ilegal *a posteriori* por los propios Tribunales internos. La interpretación que hagan éstos de las normas sobre remisión de las penas en relación con los delitos continuados ni siquiera se aborda por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues ya el Tribunal de Casación hace una interpretación *favor rei* que es la que genera este recurso. El dilema esencial es el siguiente. Según las alegaciones del Gobierno italiano durante el tiempo que duró la detención, ésta estaba basada en un título jurídico, una sentencia, y, por lo tanto, no puede tildarse de ilegal según el artículo 5 del Convenio. El argumento del recurrente, asumido por la sentencia que nos ocupa, parte de que la privación de libertad, o al menos un período de la misma, fue declarada ilegal por el Tribunal de Casación y es a este dato al que tiene que aferrarse el TEDH, y así lo hace sin plantearse dudas al respecto, como se desprende de la breve argumentación de la sentencia.

Tampoco parece ofrecer mayores problemas la vulneración del apartado 5. El Tribunal constata que en el Derecho interno no existen preceptos que permitan presentar una demanda de reparación por la detención irregular y, por lo tanto, se produce una vulneración de dicho precepto. La conclusión inmediata que extrae el TEDH es que por los mismos motivos se ha vulnerado el artículo 13 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.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Los hechos.—4.2. Fundamentos de Derecho.—4.2.1. Alegaciones de las partes.—4.2.2. Apreciaciones del Tribunal.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

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 pagarlo, 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 imparcial, 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 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 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 empresas 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 Tribu-

nal y, por lo tanto, existe violación del Convenio (Sentencia de 7 de febrero de 2002, en asunto núm. 28496/1995, en demanda de una ciudadana turca contra Turquía). El principio de preeminencia del derecho y la noción del proceso justo 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).

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 diligencias 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 sospechoso (*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*).

III. Garantía 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 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 sospecho 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 obtenidas son presentadas como pruebas en juicio (*Sentencia de 5 de noviembre de 1999, en el asunto Allan contra el Reino Unido*). Respecto a la obtención de 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).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

Sentencia de 10 de enero de 2006, contra la República de Francia, en el asunto GRUAIS y BOUSQUET.

Demanda núm. 67881/01

4.1. Los hechos

El asunto tiene su origen en la demanda interpuesta por los Sres. Gruais y Bousquet contra la República Francesa, por presunta vulneración del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El 21 de diciembre de 1994, un juez de instrucción dictó, dentro de un proceso ajeno a los demandantes, una comisión rogatoria. A la vista de las actas resultantes, el juez dictó una requisitoria el 9 de noviembre de 1995 y los demandantes fueron acusados de cobro ilegal de intereses, falsedad y uso de documentos falsificados, robo y complicidad de estos delitos, estafa y abuso de bienes sociales.

El 28 de septiembre de 1998, el Sr. Bousquet presentó una demanda para la anulación de la comisión rogatoria de 21 de diciembre de 1994, de los actos llevados a cabo para su ejecución, así como de cualquier proceso posterior, principalmente su procesamiento.

La Sala de acusación del Tribunal de apelación de París declaró esta demanda admisible, rechazándola posteriormente en la Sentencia de 16 de septiembre de 1999. La Sentencia fue notificada a los dos demandantes por carta certificada sin acuse de recibo. En relación con ésta, la Secretaría del Tribunal de apelación dijo que la notificación había sido hecha el viernes 17 de septiembre de 1999. Sin embargo, el sello postal que figuraba en el sobre remitido al señor Gruais indicaba que fue sellada el lunes 20 de septiembre de 1999. El señor Bousquet no conservó el recibo, pero considera que la notificación le fue remitida a la vez que al señor Gruais, el 20 de septiembre

de 1999. El señor Bousquet recibió la carta de notificación el martes 21 de septiembre de 1999, mientras que el señor Gruais la recibió el jueves 23 de septiembre de 1999.

Con fecha 24 de septiembre de 1999, los demandantes interpusieron un recurso de casación. Al ser un recurso dirigido contra una decisión que no concluía el proceso, los demandantes, ajustándose a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Penal, solicitaron al Presidente de la Sala Penal del Tribunal de casación que ordenara el examen inmediato del recurso, lo que fue autorizado por Providencia de 15 de noviembre de 1999.

Por Sentencia de 6 de enero de 2000, el Tribunal de casación declaró los recursos inadmisibles, por considerar que los mismos se habían interpuesto más de cinco días naturales después de la notificación de la sentencia a los demandantes por cartas certificadas, vulnerando lo previsto al respecto en el artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Penal.

Los recurrentes presentaron una demanda de nulidad de la sentencia, en la que señalaban que no habían sido informados de la intención del Tribunal de casación de inadmitir, y recurrieron ante este último, afirmando que el Sr. Gruais conservó el sobre en el que la sentencia de la Sala de acusación le había sido notificada por carta certificada. Del sello postal que figura en este sobre se deduce que la carta fue sellada el lunes 20 de septiembre, de modo que el recurso interpuesto en su nombre el viernes 24 de septiembre no era extemporáneo. El señor Bousquet no conservó el sobre de la notificación de la sentencia de la Sala de acusación, si bien todo hace pensar que le fue notificada el mismo día.

Por Sentencia de 29 de marzo de 2000, el Tribunal de casación rechazó la demanda por considerar que se presentó con la demanda una fotocopia de la nota del envío de las cartas certificadas presentadas en la oficina de Paris-Louvre el 20 de septiembre de 1999 y del sobre de la carta certificada enviada a Marcel Gruais fechada el mismo día, pero que no justifica, en cambio, que estas cartas fueron entregadas tras el vencimiento del plazo de cinco días naturales previsto por el artículo 586 de la Ley de Enjuiciamiento Penal a contar desde la fecha mencionada en la sentencia, expirando en este caso, el jueves 23 de septiembre a medianoche, ni que los demandantes estuvieran ante la imposibilidad absoluta de interponer su recurso en tiempo útil.

4.2. Fundamentos de Derecho

4.2.1. Alegaciones de las partes

El Gobierno considera que la fecha a partir de la cual comienza a transcurrir el plazo para recurrir es la fecha del envío de la carta certificada, fecha aplazada por la Secretaría de acuerdo con un ejemplar de la sentencia conservada por el Tribunal de apelación. Indica que el modo de cómputo permite en realidad disponer, al tratarse de días naturales, de un plazo de seis días completos para interponer el recurso de casación. De acuerdo con lo previs-

to en el asunto Tricard contra Francia (núm. 40472/1998, de 10 de julio de 2001), considera que esta regla perseguía una finalidad legítima y permite respetar el derecho de acceso a un Tribunal, el tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de la defensa, así como el derecho a un recurso efectivo.

Puesto que los demandantes recibieron la notificación antes del vencimiento del plazo de cinco días, el Gobierno no discute la existencia de una discordancia entre la fecha del sello de la sentencia por la Secretaría y la fecha real de la salida de la carta certificada. Considera que esta discordancia es totalmente excepcional, pero que, de hecho, los demandantes pudieron legítimamente creer que todavía podían interponer un recurso de casación el 24 de septiembre de 1999. En estas condiciones que califica de «rarísimas», el Gobierno no discute que el derecho de acceso de los demandantes al Tribunal fue vulnerado. Sobre este punto, se remite a la sabiduría del Tribunal.

Los demandantes parten del reconocimiento efectuado por el Gobierno de la vulneración de su derecho de acceso a un Tribunal. Pero consideran que el Gobierno sólo admite una violación parcial, puesto que considera que la fijación del momento inicial del plazo para recurrir es el día en que la carta fue enviada, que es conforme al artículo 6 del Convenio. Sin embargo, esta parte opina que tanto las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Penal como su interpretación son incompatibles con las disposiciones del citado artículo del Convenio, en la medida en que la garantía del derecho a un recurso efectivo implica que empieza a transcurrir el plazo a partir de la fecha en la que la persona interesada ha recibido la decisión o puede tener conocimiento de ella. Insisten también los demandantes en la brevedad del plazo para recurrir en casación, sin equivalente en el proceso judicial, y pretenden que la parte en el proceso sólo disponga de cinco días para interponer un recurso en la materia. Los demandantes discuten el carácter presuntamente ilegítimo y proporcional de una práctica que hace que el plazo para recurrir comience a transcurrir a partir de la fecha que figura en la sentencia.

4.2.2. *Apreciaciones del Tribunal*

El Tribunal recuerda la doctrina que tiene establecida a este respecto en pronunciamientos anteriores. Así, es relevante para la resolución del presente caso tener en cuenta que el «derecho a un tribunal» no es un derecho absoluto, sino que se presta a limitaciones implícitamente admitidas, especialmente en lo que concierne a las condiciones de admisión de un recurso, ya que requiere por su propia naturaleza ser regulado por el Estado, quien goza al respecto de cierto margen de apreciación. Ahora bien, las limitaciones aplicadas no deben restringir el acceso abierto a un individuo hasta un punto que vulnere el derecho en su propia sustancia. Además, no es conforme con el artículo 6.1 del Convenio salvo si persigue una finalidad legítima y si existe un vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

El papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se limita a verificar la compatibilidad con el Convenio de los efectos de la interpretación de

las normas realizada por los Tribunales nacionales. Esto es particularmente cierto tratándose de la interpretación de las reglas de naturaleza procesal como los plazos que regulan la presentación de documentos o la interposición de recursos. Por otro lado, el Tribunal considera que la regulación relativa a las formalidades y a los plazos a respetar para interponer un recurso trata de garantizar la buena administración de la justicia y el respeto del principio de la seguridad jurídica. Los interesados deben esperar a que las reglas sean aplicadas. Sin embargo, dichas reglas, o la aplicación de ellas, no deberá impedir a los justiciables utilizar una vía de recurso disponible.

En el presente caso, el Tribunal constata que el Tribunal de casación admitió la fecha de la notificación inscrita sobre la sentencia, es decir, el 17 de septiembre de 1999, y no la fecha efectiva de envío de dicha notificación que certificaba el sello de correos, a saber el 20 de septiembre de 1999. Por ello, el Tribunal constata que la fecha que figura en la sentencia no corresponde a la fecha de envío efectivo, lo que redujo el plazo que debían haber dispuesto los demandantes para interponer su recurso. Tratándose de un plazo particularmente breve (cinco días naturales), su reducción, en este caso de la mitad, restringió de manera especialmente rigurosa el plazo real para recurrir. Por otro lado, el Tribunal señala que el Gobierno, al calificar las circunstancias del caso de «rarísimas», no discutió que el derecho de acceso de los demandantes al Tribunal de casación hubiera sido vulnerado y se remitió a la sabiduría del Tribunal sobre este punto.

4.3. Fallo

El Tribunal concluye que hubo violación del artículo 6.1 del Convenio, motivada por el hecho de que a los demandantes se les negó el derecho de acceso a un Tribunal. El Tribunal incide especialmente en la consideración de que las formalidades y plazos procesales se establecen, precisamente, para garantizar la buena administración de la justicia y respetar el principio de seguridad jurídica.

V. COMENTARIO

En la medida en que todo ordenamiento jurídico trata de garantizar a los ciudadanos seguridad, no puede olvidarse que las normas procesales son una de las claves para conseguirlo. En efecto, sólo en la medida en que se garantice el cumplimiento de las reglas de juego por parte de todos los operadores jurídicos, podrá garantizarse la libertad de las personas. La regulación de un procedimiento, lejos de limitar a los ciudadanos, les otorga una protección, siempre y cuando también las autoridades lo respeten. En este caso, el Tribunal hace especial hincapié en la importancia de los plazos procesales. Reconoce la libertad del legislador para fijarlos, pero, una vez delimitados, constituyen una garantía ineludible para la seguridad jurídica.

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.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Achour c. Francia
67335/01
29 de marzo de 2006

4.2. Antecedentes

El 16 de octubre de 1984, el Tribunal correccional de Lyon condenó al ahora demandante, el nacional argelino M. Couider Achour, a tres años de prisión por tráfico de drogas. Por sentencia de 14 de abril de 1997, el Tribunal correccional de Lyon condenó de nuevo al demandante por infracción de la legislación sobre estupefacientes a ocho años de prisión y expulsión del territorio francés por un período de diez años. El 25 de noviembre de 1997, el Tribunal de Apelación de Lyon elevó la pena a doce años de prisión confirmando la expulsión del territorio francés. Para la determinación de la gravedad de la pena, el Tribunal se basó en el artículo 139-2 del Código Penal que contemplaba la reincidencia como circunstancia agravante de la pena en el caso de que se hubiese cometido un delito con una pena asignada de hasta diez años y dentro de los diez años siguientes a la expiración de la pena o a la prescripción se cometiese otro al que también correspondiese una pena de hasta diez años. El demandante recurre en casación por infracción del principio de irretroactividad de la pena al considerar que le ha sido de aplicación una norma sobre reincidencia más desfavorable que la existente en el momento de la comisión del primer delito. El primer delito se comete en el año 83, año en el que todavía regía un régimen de reincidencia según el cual se procedía al agravamiento de la pena si entre la expiración o prescripción de la pena correspondiente al primer delito y la comisión del segundo ha transcurrido un plazo máximo de cinco años. Este régimen dejó de regir a la entrada en vigor el 1 de marzo de 1994 del artículo 139.2 del Código Penal ya referido. El Tribunal de Casación rechazó el recurso por resolución de 29 de febrero de 2000.

El demandante recurrió ante el TEDH por vulneración del artículo 7 del Convenio. El Tribunal, en sentencia de 10 de noviembre de 2004, estimó el recurso al considerar que el régimen legal que entra en vigor el 1 de marzo de 1994 se proyecta sobre una infracción por la que el demandante fue condenado el 16 de octubre de 1984, infringiendo así el principio de legalidad penal.

El 4 de febrero de 2005 el Gobierno de Francia solicita la revisión del caso por la Gran Sala al amparo de lo dispuesto en el artículo 43 del Convenio.

4.3. Fallo

La Gran Sala estima el recurso del Gobierno de Francia y concluye que no ha habido vulneración del artículo 7 del Convenio.

V. COMENTARIO

Cuando comentamos la sentencia de 10 de noviembre de 2004, advertimos del interés que revestía el caso y así ha sido considerado por el propio Tribunal, ya que, de conformidad con el artículo 43 del Convenio, la remisión ante la Gran Sala tiene carácter excepcional, pues sólo procederá *si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general*.

Para centrar la cuestión haremos una primera referencia a la primera sentencia. En ella el Tribunal partía de la base de que la reincidencia como causa de agravación de la sanción está formada por dos elementos que integran un conjunto indivisible. El primer término es una condena penal y el segundo consiste en una nueva infracción. La ley fija el plazo dentro del cual se puede considerar que una segunda infracción implica una reincidencia. Pues bien, los dos términos de la reincidencia no pueden separarse y, sin embargo, es lo que habrían hecho los Tribunales franceses al aplicar una ley que hace revivir una situación que quedó extinta transcurrido el período de cinco años que fijaba la normativa originaria.

El punto de vista de la Gran Sala, que se expresa en una sentencia excelente tanto por el *iter* argumental como por el resultado, es diferente. El punto de partida consiste en analizar si la aplicación de las normas por los Tribunales franceses se ajusta a los estándares de predecibilidad que exige el Convenio, los cuales pueden cumplirse tanto atendiendo a la ley como a los precedentes. En primer lugar, analizando los antecedentes penales del demandante se ve que la primera condena de 16 de octubre de 1984 no ha sido borrada, porque, como argumenta el Gobierno y acoge el Tribunal, la expiración de un período de tiempo a efectos de reincidencia nada tiene que ver con que desaparezcan los antecedentes penales. Dicho de otro modo, no existe un «derecho al olvido» (*droit à l'oubli*). Además, el Tribunal constata que la jurisprudencia de los Tribunales franceses viene manteniendo desde finales del siglo XIX la misma postura: si se introducen nuevas reglas en materia de reincidencia, es suficiente con que la segunda infracción haya sido cometida con posterioridad a la entrada en vigor de las mismas. Por lo tanto, no se plantea problema desde el punto de vista de la predecibilidad. Pero es que además el Tribunal deja meridianamente claro que no hay retroactividad de la Ley penal, porque ésta se está aplicando a la segunda infracción y subraya que la práctica de considerar eventos anteriores debe distinguirse de la aplicación retroactiva de la Ley penal en sentido estricto. Por todo ello no concurre violación del artículo 7 del Convenio.

Derecho al respeto a la vida privada y familiar

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.—3.1. Intimidad.—3.2. Vida familiar.—3.3. Protección del domicilio.—3.4. Secreto de las comunicaciones.—3.5. Protección de datos personales.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Los hechos.—4.2. Fundamentos de Derecho.—4.2.1. El Derecho interno.—4.2.2. Alegaciones de las partes.—4.2.3. Las consideraciones del Tribunal.—4.3. Fallo.—4.4. Votos particulares.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. 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.

2.2. 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.

2.3. 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 previsto 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.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. 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 protección del derecho a la intimi-

dad obliga a los Estados a proteger específicamente a los menores e incapaces, sancionando las agresiones sexuales que puedan producirse contra los mismos (*STEDH X e Y 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*).

3.2. 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*). 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*).

3.3. 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 Hoecsht contra Comisión, de 21 de septiembre de 1989*).

3.4. 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 autori-

zación 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 son objeto de investigación delitos graves (*STEDH 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*).

3.5. 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 (*STEDH Rotaru contra Rumanía, 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

Caso Dickson v. Reino Unido.
Núm. 44362/04.

4.1. Los hechos

Los demandantes del presente caso son dos ciudadanos británicos, los Sres. Dickson. El señor Dickson estaba en prisión desde 1994, condenado a

cadena perpetua por un caso de asesinato, con la obligación de cumplir al menos quince años de prisión. En 1999, a través de una red de correspondencia de presos, conoció a la ahora Sra. Dickson, que estaba entonces también encarcelada y ambos contrajeron matrimonio en 2001. La esposa tenía tres hijos, mientras que el Sr. Dickson no tenía descendencia. Cuando la Sra. Dickson salió de prisión, los ahora demandantes se plantearon tener un hijo, por lo que en octubre de 2001 solicitaron de las autoridades que les concedieran facilidades para proceder a la inseminación artificial. En su escrito, el matrimonio alegaba la edad de la mujer, la estabilidad de su relación y el hecho de que, dada la condena del marido, era difícil que los demandantes pudieran tener un hijo juntos sin acudir a la inseminación artificial.

Por carta de 28 de mayo de 2003, la Secretaría de Estado rechazó la petición, alegando que en estos casos la política seguida era concederlo sólo en supuestos excepcionales, cuidadosamente analizados. En este caso concreto, las autoridades consideraron que si bien la relación parecía estable, no había existido ninguna convivencia en libertad. Asimismo, no consideraban que se dieran garantías suficientes para el bienestar material del niño; además, éste pasaría gran parte de su niñez antes de que el padre pudiera tener opción a la libertad condicional. A todo ello se une, además, la violencia del crimen cometido por el padre, que podría ser causa de legítima preocupación pública. En sucesivas instancias los Sres. Dickson solicitaron la revisión de esta resolución denegatoria, pero la decisión de los Tribunales coincidió siempre con la de la Administración.

4.2. Fundamentos de Derecho

4.2.1. *El Derecho interno*

Legislación de prisiones de 1952.

Reglas de prisiones de 1999 (SI 1999, núm. 728).

Caso R (Mellor) v. Secretary for the Home Department (2001) 3 WLR 533.

4.2.2. *Alegaciones de las partes*

Los demandantes sostuvieron que la razón de la restricción tenía que ser un castigo (puesto que no existían obstáculos de seguridad, físicos o financieros), pero que, si éste era el objetivo, sería incoherente admitir excepciones a esta política punitiva.

En cualquier suceso, se requiere una justificación considerable para quebrantar un derecho fundamental. De hecho, el punto de partida de esta política era todo él erróneo: debería ser que tenían derecho a concebir un hijo, salvo que hubiera razones que justificaran la negativa. Sostuvieron que los

factores sociales que subyacen esta política no estaban contemplados en el párrafo segundo del artículo 8 de la Convención.

En el presente caso no había circunstancias que justificaran la restricción. Una solicitud de inseminación artificial no era contraria a la seguridad. No existía ningún vínculo racional entre la ofensa y el castigo: una persona condenada por ofensas a los menores podría coherentemente ser privada de sus derechos paternos, pero no en otros supuestos.

En este caso, consideran los demandantes que no existía motivo para la negativa, mientras que se justificaba acudir a esta técnica, como único medio posible de que el matrimonio pudiera concebir un hijo.

El Gobierno mantuvo que la restricción era un castigo, cuyas consecuencias no eran desproporcionadas al objetivo de mantener la confianza en el sistema penal vigente. Considera el Gobierno que su política es acorde con el artículo 8 de la Convención y encuentra su justificación en tres principios: perder la oportunidad de tener hijos es una de las consecuencias normales del encarcelamiento; la confianza pública en el sistema penitenciario sería minada si los presos pudieran continuar concibiendo hijos mientras hacían frente a largas condenas por delitos graves; y la ausencia inevitable de un progenitor por un largo período de tiempo tendría consecuencias negativas para el niño y para toda la sociedad. Por tanto, el punto de partida normal era que el procedimiento de inseminación artificial no sería otorgado salvo que su rechazo pudiera evitar la formación de una familia todos juntos. Finalmente, el Gobierno mantuvo que debe permitirse un amplio margen de apreciación, en un campo donde los derechos sociales implican la adopción de complejas decisiones, entre los derechos individuales y las necesidades de la sociedad. Asimismo, se constató la inexistencia de un consenso europeo a favor de facilitar la inseminación artificial a los prisioneros.

4.2.3. *Las consideraciones del Tribunal*

Recuerda el Tribunal que los prisioneros no pierden los derechos reconocidos en la Convención como consecuencia de su pena y continúan disfrutando de los mismos salvo del derecho a la libertad. Estos derechos incluyen el derecho de continuar disfrutando de su familia y vida privada (*Hist v. Reino Unido*, núm. 2, núm. 74025/01). En el presente caso, la inseminación artificial afecta a la vida privada y familiar de los demandantes de tal modo que cae bajo el ámbito del artículo 8 de la Convención.

Sin embargo, indica el Tribunal que cualquier medida de privación de libertad conlleva también por definición determinados efectos y limitaciones a los derechos de la Convención, incluyendo medidas de control en los contactos de los presos con el mundo exterior, y la posibilidad de engendrar un niño. La cuestión está en determinar si la naturaleza y el grado del control son compatibles con la Convención.

El Tribunal acepta la posibilidad que tiene el Estado de establecer ciertas restricciones en el ejercicio de los derechos de contacto con el exterior de

los prisioneros. Sin embargo, en el presente caso, la Corte opina que la restricción impugnada no limita un derecho general, pero limita lo que sería un derecho excepcional como es acudir a la inseminación artificial. Los requisitos de la noción de «respeto» a la vida privada y familiar no están claramente determinados más allá de ser obligaciones positivas relacionadas con ese concepto, y varían considerablemente de un caso a otro, teniendo cada Estado que apreciarlas en cada situación. Esto es especialmente relevante en este caso. En opinión del Tribunal, las autoridades habían examinado «con cuidado» la situación de los demandantes, incluido el hecho de que probablemente no puedan procrear después de la excarcelación del esposo, antes de llegar a la conclusión de que estos elementos pesaban menos que los otros. Considera que la naturaleza y gravedad del crimen cometido por el Sr. Dickson, el bienestar eventual del hijo dada la ausencia prolongada del padre durante buena parte de su infancia y la falta manifiesta de ayuda material y de una red de apoyo de proximidad para la madre y el niño, son argumentos suficientes para la respuesta negativa.

4.3. Fallo

Consideró el Tribunal que, a la vista de las circunstancias del caso, no se había demostrado que la denegación fuera arbitraria o carente de razón y, por ello, resuelve que no hubo violación de los artículos invocados por los demandantes.

4.4. Votos particulares

La Sentencia comentada contiene tres votos particulares, uno concurrente y dos disidentes de la opinión mayoritaria.

La primera de las opiniones disidentes del fallo parte de la consideración de la inseminación artificial como una parte más del derecho fundamental a la procreación. Partiendo de ello, opinan los jueces firmantes, en primer lugar, que si se permite a los presos tener visitas conyugales, no tiene demasiada justificación que no se les autorice acudir a la inseminación artificial. Sólo en el caso de que se prohibiera lo primero, sería legítima la prohibición de lo segundo. Asimismo, estiman los jueces de este voto particular que la política británica ha convertido en regla general lo que tendría que ser una excepción. Pero, aun admitiendo que dicha política tuviera cabida dentro de la Convención, consideran que la misma no sería de aplicación al presente caso, puesto que es un supuesto extremo y no le corresponde al Estado decidir quién y cuándo puede tener hijos.

El segundo de los votos disidentes pone de manifiesto que la argumentación del Tribunal se ha basado exclusivamente en las circunstancias que afectan al señor Dickson, mientras que su esposa es la «persona olvidada». Para el autor de este voto, si la participación del marido en el proceso de insemina-

ción es importante, más aún lo es el papel que desempeña la mujer en la misma. Además, se dice que la decisión de las autoridades lo que logra es una esterilización temporal, puesto que el señor Dickson podría mantener relaciones y ser padre tras salir de prisión, sin que entonces «la naturaleza y gravedad del crimen» hayan dejado de existir.

V. COMENTARIO

Se trata de un caso controvertido, como lo prueba que se adoptara la decisión final por cuatro votos contra tres. El Tribunal ha optado por dar primacía a los derechos de un eventual niño, que a los de los padres de formar una familia.

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 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 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 formas 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 en 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 Manoussakis 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 confron-

tada 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

Kosteski c. antigua República Yugoslava de Macedonia.

55170/00.

13 de abril de 2006.

4.2. Antecedentes

El 29 de enero de 1998 el demandante no acudió al trabajo a pesar de la instrucción del superior, según la cual, debido a la carga de trabajo, ningún empleado podía tomarse vacaciones esa semana alegando la celebración de una fiesta musulmana reconocida tanto en la Constitución como en las leyes.

El 3 de febrero de 1998 el Comité Disciplinario de la compañía consideró que el demandante había infringido las normas disciplinarias por ausentarse del trabajo sin autorización y le impuso una sanción de recorte del 15 por 100 en el salario de los tres meses siguientes. El demandante interpuso

los correspondientes recursos internos y judiciales, todos ellos desestimatorios por considerar que el demandante no había probado su ejercicio de la fe musulmana.

4.3. Fallo

El Tribunal desestima la demanda por considerar que no hay vulneración del artículo 9 CEDH.

V. COMENTARIO

El caso resulta especialmente interesante porque en gran medida es reconducible a un problema de prueba. Los Tribunales internos desestiman la demanda porque el demandante no consigue probar el ejercicio de la fe musulmana, pues se limita a señalar que la pertenencia a una determinada creencia es una cuestión individual de fe y, por lo tanto, el hecho de que no asista a la mezquita nada prueba en contrario. Sin embargo, los Tribunales internos, y entre ellos el Constitucional, rebaten acertadamente esta tesis. Es cierto que el Derecho interno concede vacaciones a los musulmanes para la celebración de determinadas festividades. Pero para ello hay que ser musulmán y éste es el talón de Aquiles del demandante, porque no ofrece prueba alguna de ser realmente musulmán. Desde el punto de vista del artículo 9 del Convenio, ¿es preciso demostrar la adscripción a una determinada creencia o es suficiente la afirmación por parte del individuo de su pertenencia a la misma? El Tribunal parte de que en el marco de un contrato laboral surgen derechos y deberes para ambas partes y si concurre una excepción al cumplimiento de un deber, no parece desmesurado exigir cierto nivel de justificación para beneficiarse de un privilegio.

En este caso los Tribunales internos siguen la tesis mantenida por los representantes tanto de la Comunidad cristiana como de la Comunidad islámica, según la cual existen criterios objetivos para determinar si un ciudadano participa o no de una creencia. En este caso se comprobó que el demandante carecía de las nociones básicas referidas a la religión musulmana, por lo que todo hacía indicar que decía profesar dicha fe para ausentarse del trabajo. En conclusión, no hay discriminación por motivos religiosos.

Libertad de expresión

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.—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.—3.7. Personas de relevancia pública.—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

Libertad de expresión.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio de Roma

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 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.

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, *Ortüzük 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, vuelve 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 cualesquiera

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).

3.7. Personas de relevancia pública

En el análisis de informaciones que puedan afectar a la vida privada de las personas, se ha de distinguir adecuadamente si la libertad de expresión ampara la difusión de hechos (que pueden ser probados) o meros juicios de valor (no susceptibles de prueba). Si éstos están suficientemente basados en los primeros quedan bajo la protección del artículo 10 del Convenio, sobre todo cuando se refieren a personas y asuntos de relevancia pública. En estos casos, si se da prioridad a la protección de la personalidad de los afectados sobre la libertad de expresión, las autoridades nacionales han de justificar suficientemente tal decisión, produciéndose una vulneración del artículo 10 del Convenio en caso contrario (*Sentencia Han v. Turquía*, de 13 de septiembre de 2005).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs (VDSÖ) y Gubi contra Austria (R. núm. 15153/89).

4.2. Los hechos

La demanda se introduce ante el Tribunal por la Comisión el 9 de septiembre de 1993 al amparo de lo previsto en los artículos 32 y 47 de la Convención. Su origen se encuentra en un recurso dirigido contra la República de Austria por una asociación austríaca de Derecho privado, la Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs, así como en otro recurso de un ciudadano de ese Estado, el Sr. Berthold Gubi. Los hechos de los que traen causa ambos recursos son los siguientes.

La asociación vienesa (VDSÖ) publica y difunde una revista mensual, «*Igel*», dirigida a los soldados del ejército austríaco, que contiene información y algunos reportajes críticos sobre la vida militar. El día 27 de julio de 1987, la citada asociación solicita al Ministro Federal de Defensa que proceda a incluir su publicación en los boletines oficiales que difunde en los cuarteles del ejército de la misma forma que lo hace con otras dos revistas editadas por otros dos grupos privados (*Milz-Impuls* y *Visier*). El Ministro no respondió a la solicitud. Preguntado al respecto por un miembro del Parlamento, contesta en una carta de 10 de mayo de 1989 señalando que no autorizará la difusión de *Igel* en los cuarteles. Según él, el artículo 46.3 de la Ley Militar confiere a todo militar el derecho a recibir sin restricción alguna, por medio de las fuentes accesibles al público en general, cualquier información sobre la actualidad política. Sin embargo, en el interior de los acuartelamientos, sólo pueden ser difundidas aquellas publicaciones que tengan un mínimo de identificación con los principios constitucionales del ejército, no atenten contra su reputación ni realicen proselitismo partidista. Incluso algunos periódicos de tono crítico, como *Hallo*, se difunden sin censurar sus propios criterios.

En cambio, la revista *Igel*, a juicio del Ministro, no cumple las exigencias mínimas. El Ministro fundamenta su poder de decisión en la materia en el artículo 79 de la Constitución austríaca y en los artículos 44.1 y 45 de la Ley Militar, artículo 116 del Código Penal y en el 1.3 del Reglamento General del Ejército.

Respecto al segundo demandante, M. Gubi, miembro de la VDSÖ, hay que reseñar que comenzó a prestar su servicio militar el 1 de julio de 1987 en el cuartel Schwarzenberg de Salzburgo. El día 29 presenta un escrito de queja contra el Presidente de la República; en los meses siguientes presenta numerosas quejas y publica, con otros veintiún soldados, una carta abierta denunciando el número de castigos que le han sido impuestos y formulando una petición a favor de un objeto de conciencia. Los días 9 y 22 de julio fue personalmente informado del derecho militar aplicable a su situación. El 29 de diciembre de 1987, mientras distribuía ejemplares del número 3/87 de *Igel* en su cuartel, un oficial ordena su arresto.

En su editorial, el número en cuestión, hacía referencia a la necesaria colaboración entre la tropa y los oficiales y mandos militares en base a la defensa de sus intereses comunes. Algunos artículos adoptaban un tono crítico, otros trataban principalmente acerca del adiestramiento militar, del procedimiento disciplinario seguido contra M. Gubi y de los principios que regían el servi-

cio militar. En cuanto al resto, se hacía referencia a diversas noticias coincidentes aparecidas en la prensa, al congreso de jóvenes sindicalistas, a los objetivos de acción de la VSDÖ y a la queja de un soldado que había visto cómo su sueldo se veía reducido en una parte en concepto de gastos de material.

El 12 de enero de 1988, otro oficial informa al interesado del contenido de las circulares de 1975 a 1987 así como del Reglamento del Cuartel de Schwarzenberg, modificado el 4 de enero de 1988, en donde se prohibía cualquier distribución o envío de publicaciones sin la autorización del Comandante en Jefe. El 22 de abril, M. Gubi denuncia esta prohibición y la Orden de 29 de diciembre de 1987 ante la Comisión de Reclamaciones Miliare, dependiente del Ministerio Federal de Defensa. El 7 de abril se rechazan sus quejas. Según la Comisión, el asunto se centra en una Circular de 1987 del Segundo Cuerpo del Ejército, donde se hace referencia al régimen de difusión de los escritos impresos, con apoyo en el artículo 6 de la Ley Fundamental del 1867, artículo 19 del Reglamento General del Ejército y artículo 13 de la Ley Militar. La primera de estas disposiciones protege la propiedad de las personas jurídicas de Derecho público en los mismos términos que la propiedad de los particulares, por lo que es ajustado a Derecho considerar al Cuartel de Schwarzenberg como propiedad del Estado Federal, donde los derechos se han de ejercer por medio de la autoridad del Comandante en Jefe. En cuanto a la libertad de expresión recogida en el artículo 13 de la Ley Fundamental de 1867, ésta se encuentra sujeta a los «límites legales», dentro de los cuales se encuadra la obligación de discreción y de obediencia prevista en los artículos 17 y 44 de la Ley Militar y de la naturaleza misma de las órdenes particulares de la autoridad. Las medidas adoptadas respecto a M. Gubi, desde estos parámetros, no habían supuesto restricción alguna de la libertad de expresión.

Sin embargo, el mismo día, la Comisión anula los tres días de arresto impuestos a M. Gubi por el Comandante del Batallón el día 3 de enero, por entender que la disposición en que se fundamentaba no estaba vigente el día en que sucedieron los hechos, toda vez que entraron en vigor el día 4 de enero.

4.3. Fundamentos de Derecho

Respecto a la primera demandante, la asociación VDSÖ, el Tribunal considera que la negativa del Ministro de Defensa de excluir a la revista *Igel* del sistema de difusión utilizado con carácter general por dicho Ministerio y en el que sí se incluyen otras publicaciones de otros grupos particulares, constituye una injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de la citada asociación. Tras esta constatación, procede a analizar si la citada injerencia es admisible a la luz del Convenio de Roma, es decir, si tiene justificación suficiente, en el sentido de que esté prevista por la ley, persiga un fin legítimo y sea necesaria en una sociedad democrática.

Contestadas afirmativamente las dos primeras cuestiones, al señalar que la medida está prevista en la Circular de 14 de marzo de 1975 con base legal

suficiente dentro de las pautas que han de observarse en materia de disciplina militar (que admite mayor amplitud en el tipo normativo) y que la finalidad de mantener el orden y la disciplina de las fuerzas armadas es un fin legítimo, el Tribunal se detiene en el análisis del tercer requisito.

Aquí, tras recordar el contenido de la revista *Igel*, expuesto en los antecedentes de hecho, el Tribunal recuerda que la libertad de expresión protegida por el artículo 10 del Convenio ampara también las informaciones o ideas que puedan resultar hirientes, chocante o inquietantes para el Estado o una parte determinada de su población, toda vez que así lo exige la búsqueda del pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto necesarios para garantizar la existencia de una sociedad democrática (*Sentencia Observer y Guardian contra Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991, y *Castell contra España*, de 23 de abril de 1992). Esta premisa no se modifica cuando los destinatarios son militares, para los que el Convenio es tan válido como para las otras personas sujetas a la jurisdicción de los Estados contratantes.

El Tribunal constata que la única publicación privada de contenido militar excluida de los boletines oficiales difundidos por el Ministerio de Defensa era precisamente «*Igel*», y que la circunstancia de que la citada revista pudiese hacerse llegar a los soldados también a través del correo, no es suficiente para compensar la desventaja en su difusión que representaba la no inclusión en los boletines del Ministerio; se recuerda en este sentido que las excepciones a la libertad de expresión han de ser interpretadas restrictivamente (*Sentencia Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de abril de 1979).

El Tribunal considera que las afirmaciones del Gobierno señalando que el contenido de la revista era crítico y satírico y que suponía un riesgo mensual para el mantenimiento del orden y la disciplina de las fuerzas armadas, no pueden ser aceptadas, toda vez que no se apoyan en hechos concretos, no pudiendo considerarse como tales el aumento de quejas en el cuartel de Schwarzenberg (que el Gobierno atribuía a la difusión de la revista en cuestión), toda vez que quedaban circunscritas a un solo acuartelamiento sin influir en las instalaciones militares del resto del territorio nacional. Es decir, el hipotético problema era reducido y perfectamente localizado.

En consecuencia, al considerar que la medida del Ministro de Defensa, ha de reputarse desproporcionada para la consecución de un fin legítimo, el Tribunal declara que ha existido violación del artículo 10 del Convenio en relación con la primera demandante.

Respecto al segundo demandante, M. Gubi, la suerte es la misma, al afirmar que la distribución por éste de la revista *Igel* en el cuartel de Schwarzenberg, a la vista del contenido de la misma, no ponía en cuestión el deber de obediencia ni el sentido del ejército, no constituyendo una seria amenaza para la disciplina militar, por lo que, al revelarse la medida adoptada contra él como desproporcionada, el Tribunal concluye que ha existido también en su caso una violación del artículo 10 del Convenio.

4.4. Fallo

El Tribunal de Estrasburgo declara que ha existido violación del artículo 10 del Convenio tanto respecto a la demandante VDSÖ como en relación con el demandante M. Gubi.

V. COMENTARIO

El Tribunal en esta sentencia mantiene su criterio de interpretar restrictivamente las limitaciones legítimas al ámbito de eficacia de la libertad de expresión, que se proyecta también sobre el personal militar, al igual que sobre el resto de la población de los Estados contratantes, y en cuya virtud las medidas desproporcionadas para mantener el orden y la disciplina de las fuerzas armadas, que impliquen restricciones a la difusión de publicaciones en las instalaciones militares, han de reputarse contrarias al artículo 10 del Convenio.

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; *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

Tsonev c. Bulgaria.
45963/99.
13 de abril de 2006.

4.2. Antecedentes

El 10 de noviembre de 1996 el demandante y otras cuarenta y nueve personas se reúnen en Varna para aprobar los Estatutos y elegir los órganos de un partido político con la denominación Partido Comunista de Bulgaria, uno de cuyos principales fines, según los Estatutos, sería el cambio revolucionario de la sociedad búlgara. El 3 de diciembre el demandante, como Presidente del Partido, acude al Tribunal municipal de Sofía para obtener el registro. Apreciados una serie de defectos formales se abre un período de subsanación tras el cual, y habiéndose modificado los Estatutos, el Tribunal dicta resolución negándose a inscribir el partido invocando la identidad de fines con otro partido ya inscrito, la incompleta descripción de la estructura del partido y de las funciones de sus órganos y la falta de claridad sobre la baja de los miembros. La decisión fue recurrida, pero el Tribunal Supremo la confirmó considerando además que la existencia de otro partido ya inscrito con una denominación muy similar obstaculizaba la inscripción del partido del demandante y que además sus fines eran contrarios a lo establecido en la Constitución de Bulgaria.

Agotada la vía interna el demandante acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando la vulneración del artículo 11 del Convenio, pues tanto la Constitución de Bulgaria como la Ley de Partidos Políticos garantizan la creación de partidos políticos con el solo límite del respeto a una serie de formalidades que según el demandante se han cumplido.

4.3. Fallo

El Tribunal estima la demanda por vulneración del artículo 11.

V. COMENTARIO

Se trata de una sentencia continuista con la línea jurisprudencial previa tanto en el resultado al que llega como en cuanto a la estructura de la sentencia, pues el Tribunal va analizando de una forma sistemática y ordenada la concurrencia de los distintos elementos que exige el Convenio para que haya una vulneración del artículo 11.

En primer lugar, el Tribunal analiza el requisito de que la restricción venga prevista en la ley. Efectivamente, en la medida en que tanto la Constitución de 1991 como la Ley de Partidos Políticos de 1990 tratan esta cuestión, el Tribunal considera que esta injerencia está prevista en la ley. Lo fundamental, por lo tanto, será analizar la necesidad de la injerencia en una sociedad democrática. Partiendo de estas afirmaciones, el Tribunal constata que los Tribunales internos negaron el registro por dos cuestiones diferentes, formales y de fondo. En cuanto a las formales, el Tribunal considera que la negativa no es de recibo. Primero, porque los defectos no revestían la suficiente relevancia como para negar la inscripción, y, en segundo lugar, porque los Tribunales internos tampoco orientaron a los promotores sobre la subsanación de las deficiencias. En segundo lugar, otro de los defectos invocados, el nombre similar al de otros partidos ya inscritos, no justifica la negativa, máxime cuando en Bulgaria existen numerosos partidos en los que el la palabra «comunista» aparece en la denominación. Más importantes son las consideraciones en cuanto al fondo. Desde luego, lo que no se comprende es que la semejanza de fines con otros partidos pueda ser un obstáculo para la inscripción. Pero además, el hecho de que los estatutos del partido contengan una referencia a la revolución, no significa que el partido tenga finalidades violentas o persiga la dominación de una clase sobre otra. Es verdad que la experiencia política de los Estados contratantes demuestra que partidos con finalidades antidemocráticas no las han expresado claramente hasta que han tomado el poder, pero los fines de un partido no simplemente pueden extraerse del tenor literal de sus estatutos, pues también hay que tener en cuenta elementos como la conducta política de sus líderes. En el caso presente no hay ningún elemento que haga pensar en fines violentos del partido. Es más, no podría saberse, puesto que su creación ha sido impedida por la negativa a inscribirlo. También hay que tener en cuenta, dice el Tribunal, que si el partido hubiese deseado emprender alguna acción ilegal o anticonstitucional, las autoridades hubiesen tenido a su alcance los instrumentos que el ordenamiento jurídico les confiere, como la disolución del partido. En conclusión, las autoridades internas han procedido de manera radical a evitar la actividad de una formación que podría reunir las condiciones para ser partido político y por ello han incurrido en la vulneración del artículo 11 del Convenio. Las razones invocadas para no proceder al registro han sido poco relevantes e insuficientes y no se justifican en una sociedad democrática.

Derecho a contraer matrimonio

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio europeo.—2.2. Constitución española.—2.3. Proyecto de Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Los hechos.—4.2. Fundamentos de Derecho.—4.2.1. El Derecho interno.—4.2.2. Las alegaciones de las partes.—4.2.3. Las consideraciones del Tribunal.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

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. Proyecto de 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 PREVIA

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 vincular (*STEDH Johnston contra Irlanda*, de 18 de diciembre de 1986), quedando el legislador nacional en libertad de introducirlo o no.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

STEDH de 13 de diciembre de 2005 en el asunto B. y L. contra el Reino Unido, dictada en la demanda número 36536/02.

4.1. Los hechos

Los demandantes nacieron en 1947 y 1969 respectivamente y viven en Warrington. El primer demandante B estuvo casado con A y este matrimonio finalizó en divorcio en 1987. B y A tuvieron un hijo en común, C. El primer demandante entonces se casó con D y se separó de ésta en 1994, formalizándose el divorcio el 9 de julio de 1997.

La segunda demandante, L, estuvo casada con C, el hijo que el primer demandante tenía de su primer matrimonio; así el primer demandante y la segunda demandante fueron suegro y nuera. La segunda demandante y C se separaron en 1995 y su divorcio se formalizó el 8 de mayo de 1997. La segunda demandante y C tuvieron un hijo en común, W. Así, el primer demandante es el abuelo de W.

Una relación afectiva se desarrolló entre el primer y la segunda demandante en 1995, después de que C hubiese abandonado el hogar de la segunda demandante. Los demandantes han estado cohabitando desde 1996. W vive con los demandantes y sólo esporádicamente tiene contacto con su padre, C. W ahora llama «papá» al primer demandante. Los demandantes quieren adoptar a W, lo que está permitido por la legislación interna sobre adopciones.

Mediante un escrito de 29 de mayo de 2002, el primer demandante solicita del Encargado del Registro Civil de Warrington su opinión sobre si podría contraer matrimonio con la segunda demandante. Con fecha 13 de junio de 2002, el Encargado del Registro le contesta que, según la legislación interna británica, será imposible para los demandantes contraer matrimonio, salvo que A y C estén, ambos, muertos.

Los demandantes buscaron consejo jurídico para estudiar la posibilidad de remediar la situación, pero se les informó de que no existía ninguna solución, toda vez que la decisión del Encargado del Registro Civil se había fundamentado en la Ley de Matrimonio de 1949, modificada por Ley de 1986, (sobre grados de parentesco que impedían el vínculo matrimonial).

4.2. Fundamentos de Derecho

4.2.1. *El Derecho interno*

La Ley de Matrimonios de 1949 contiene una prohibición absoluta respecto al matrimonio entre un suegro y su nuera, aunque no prohíbe el matrimonio entre un tío y su sobrina o una tía y su sobrina si entre ellos no existe relación de consanguinidad.

En la tramitación de la Ley de Matrimonios de 1986, que modificaba la de 1949, se formuló una enmienda que postulaba la supresión de la prohibición total de matrimonio entre suegro y nuera por entender que, en algunos casos, no estaba justificada por ninguna razón lógica, racional o práctica. La enmienda, que no prosperó, fue defendida por un voto particular que propugnaba la supresión de la prohibición en aquellos casos en los que no se apreciase rivalidad sexual entre padres e hijos o madres e hijas que pudiesen destruir las relaciones paternofiliales o perturbar el normal desarrollo de la personalidad de los niños. Se pretendía una regulación similar a la que permite el matrimonio entre personas ligadas mediante una relación de adopción cuando ambas partes son mayores de 18 años. Si se permite el matrimonio entre personas con vínculo adoptivo, mucho más problemático, no se entendía por los enmendantes por qué no se permitía entre suegro y nuera.

No obstante, el Derecho inglés admite una posibilidad de matrimonio entre suegra y nuera si éstos obtienen un permiso especial del Parlamento a través de una ley de excepción personal, como ocurrió, por ejemplo, en 1985 a través de la Valerie Mary Hill and Alan Monk Act. Aunque no existe establecido ningún criterio general que garantice la obtención de una ley de

excepción personal en el Parlamento, siendo, por otra parte, el coste para su tramitación muy elevado.

La Ley de Derechos Humanos de 1998, que entró en vigor el 2 de octubre de 2000, faculta al Gobierno para promover la legislación interna que resulte contraria al Convenio de Roma sobre Derechos Humanos.

4.2.2. *Las alegaciones de las partes*

Los demandantes alegan una violación del artículo 12 del Convenio que garantiza al hombre y a la mujer en edad de casamiento el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen el ejercicio de este derecho. Afirman que la restricción establecida en la legislación británica lesiona la verdadera esencia del derecho, siendo, por lo demás, desproporcionada e injustificada. Aunque la prohibición no es completamente absoluta, la solución propuesta por el Gobierno, de obtener una ley de excepción personal en el Parlamento, requiere un gran desembolso económico y se sitúa en un alto grado de incertidumbre, al no existir un criterio general para el otorgamiento de estas leyes personales. Hacen suyos, como fundamento de su petición, los argumentos propuestos en la enmienda minoritaria a la Ley de Matrimonios de 1986. Hacen notar además, que la sociedad británica y los modelos de conducta han evolucionado notablemente en estos 18 años.

El Gobierno británico alega que el artículo 12 del Convenio, según la jurisprudencia del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha de ejercerse en los términos que establezca la legislación nacional y que ésta no establece una prohibición absoluta, sino que admite la posibilidad de la ley de excepción personal, por lo que no se ve afectada la esencia del derecho al matrimonio reconocido en el Convenio. Las restricciones establecidas por la legislación británica se fundamentan en razones de orden moral, familiar y de protección a la infancia generalmente admitidas por los Estados firmantes del Convenio.

4.2.3. *Las consideraciones del Tribunal*

El Tribunal recuerda que el ejercicio del derecho al matrimonio conlleva consecuencias sociales, personales y jurídicas, y corresponde a las leyes nacionales de los Estados contratantes regularlas, pero las limitaciones resultantes no pueden restringir o reducir el ejercicio del derecho de una manera o de un grado tal que afecten a sus propia sustancia (*STEDH F. c. contra Suiza*, de 18 de diciembre de 1987).

El Tribunal considera que el remedio ofrecido por el Gobierno británico, la obtención de una ley de excepción personal, no representa en realidad una solución, dados los elevados costes que conlleva y la inexistencia de un criterio y un procedimiento previo y general, hace que la decisión quede al puro arbitrio y discreción del Parlamento.

Las razones de orden moral, familiar y de protección a la infancia han de ser respetadas, pero en el presente caso, de los hechos probados, se comprueba que no ha existido incesto, pues las relaciones entre los demandantes comenzaron después de la ruptura de los respectivos vínculos matrimoniales previos y que no se ha producido ninguna perturbación o inseguridad emocional en el hijo de la segunda demandante. Lo que determina que, en el presente caso, la restricción de las autoridades británicas se revela como una medida falta de racionalidad y lógica.

4.3. Fallo

Por ello, el Tribunal concluye que, en el presente caso, ha habido violación del artículo 12 del Convenio y comunica al Reino Unido que ponga en marcha, en un tiempo razonable, las medidas que estime oportunas para garantizar a los demandantes el ejercicio efectivo de su derecho a contraer matrimonio. Se condena al Reino Unido al pago a los demandantes de una cantidad de 17.000 euros en concepto de costas del procedimiento.

V. COMENTARIO

El Tribunal de Estrasburgo entra a analizar la racionalidad de las restricciones establecidas en la legislación interna respecto al derecho a contraer matrimonio consagrado en el artículo 12 del Convenio, reputándolas injustificadas e irracionales cuando sitúan a los sujetos titulares del derecho ante una situación excepcional y gravosa; en este caso, esta situación se produce porque la única vía de remedio a la restricción requiere un alto coste económico y carece de un procedimiento cierto y predeterminado tanto en lo que respecta a la tramitación como a la decisión.

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 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 calificada 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 investigador. 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 inadmisibles 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

Menesheva c. Rusia.
59261/00.
9 de marzo de 2006.

4.2. Antecedentes

Los hechos del caso que nos ocupa reflejan la inmadurez del sistema democrático ruso: intervención policial poco transparente, fiscalía voluble y garantías jurisdiccionales prácticamente ausentes.

Resumiremos los antecedentes dando simplemente unas pinceladas, porque los detalles, aparte de algún toque escabroso, no añaden nada al fondo del asunto.

En febrero de 1999 la policía inicia una investigación sobre un crimen en el que el presunto novio de la ahora demandante aparece como principal sospechoso. De ahí que la policía intentara en reiteradas ocasiones inspeccionar el domicilio de la demandante, aunque sin autorización judicial, hasta que policías vestidos de paisano la intimidan obligándola a introducirse en un coche sin identificación policial alguna y la llevan a la comisaría. A este episodio le sigue un interrogatorio violento en el que la demandante es agredida físicamente y tras el cual se le niega tanto la asistencia médica como letrada solicitada. Sí que aparece el fiscal tras el interrogatorio y es al mismo al que la demandante le cuenta lo sucedido, ante lo cual el fiscal le insta a presentar una queja por escrito sobre la detención ilegal, consejo que la demandante sigue al momento, pero le disuade de hacer referencia a los malos tratos. Pocas horas después se reitera lo sucedido: la policía conduce a la demandante a su apartamento y ante la negativa de acceder a una inspección, pues la policía seguía sin contar con autorización judicial, es conducida de nuevo de forma violenta a la comisaría. Al día siguiente, todavía bajo detención, a la demandante se le quitan las llaves de su piso y unas horas después la autoridad competente emite una orden de registro. Ese mismo día es conducida en presencia de un funcionario que sin identificarse se limita a señalar que ordena una detención de cinco días. Después la demandante averigua que el funcionario era el juez y que los cinco días de detención se le imponían por resistencia violenta a la autoridad.

En el mes de marzo, el Comisionado para la Defensa de los Derechos Humanos de Rostov inicia los procedimientos por malos tratos y por deten-

ción ilegal. Desde el Gobierno se desestiman por considerar las quejas infundadas, pero se da traslado de las mismas a la Fiscalía. A partir de este momento nos vamos a encontrar con una actuación lamentable por voluble de la Fiscalía. Inicialmente se afirma desde la misma que no se va a continuar con la investigación. Poco después el Fiscal informa de que no se encuentran documentos referentes a la detención. Unos meses después, en diciembre de ese mismo año, el Tribunal, al que había acudido la demandante, considera la detención ajustada a Derecho e improcedente la acusación por malos tratos. Este fallo es confirmado en apelación. A partir de enero de 2003, la Fiscalía cambia de criterio e inicia una nueva investigación. En febrero solicita de los Tribunales que anulen la pena de prisión que en su momento se impuso por considerarla desproporcionada, ya que además la detención previa habría sido ilegal. El Tribunal estima la petición, pero en agosto de ese mismo año la Fiscalía vuelve a cambiar de criterio y culmina la investigación concluyendo que la detención no era ilegal y que no había habido malos tratos. En marzo de 2004, un nuevo cambio de criterio de la Fiscalía hace revivir la conclusión de detención ilegal y de malos tratos, si bien a 19 de abril de 2004 el Gobierno manifiesta que prosigue la investigación, sin que se tuvieran ulteriores noticias sobre la misma.

4.3. Fallo

El Tribunal estima la demanda por considerar vulnerados los artículos 3, 5.4 y 13 del Convenio.

V. COMENTARIO

Hemos elegido esta sentencia no tanto por el contenido del fallo, que realmente no es novedoso, sino porque los antecedentes nos muestran las deficiencias del Estado ruso en cuanto a las garantías básicas de los derechos fundamentales. Esto nos refleja a su vez la composición caleidoscópica del Consejo de Europa, del que forman parte países muy diferentes en tamaño, cultura y evolución democrática.

Tras considerar vulnerado el artículo 3 al apreciar que no se ha seguido una investigación efectiva, el Tribunal entra a analizar la supuesta vulneración del artículo 13. Recapitula su jurisprudencia anterior recordando que como regla general si un remedio singular no satisface las exigencias del artículo 13 al menos el conjunto de remedios existentes en un ordenamiento jurídico sí que debe hacerlo. Los remedios varían en función de las alegaciones del demandante, pero en el caso del artículo 3 del Convenio, el artículo 13 lo que exige es que se siga una investigación efectiva tendente a la identificación de los responsables. En el caso que nos ocupa de los antecedentes se desprende que no se ha seguido una investigación criminal seria y eficaz y el Tribunal señala que una posible demanda ante el orden jurisdiccional civil no se con-

figura como una alternativa para dar satisfacción a las exigencias del artículo 13 del Convenio. Aunque los Tribunales civiles realizan su propia apreciación de los hechos, es evidente que no tienen el mismo peso que los constatados tras una investigación criminal, como demuestra el hecho de que aquéllos se limitaron a considerar la demanda infundada, sin entrar a analizar los hechos. Por todo ello, la posibilidad de reclamar en la vía civil se configura en este caso como un remedio inefectivo, puramente ilusorio, por lo que se vulnera el artículo 13.

Prohibición de discriminación

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio europeo.—2.2. Constitución española.—2.3. Proyecto de Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Los hechos.—4.2. Fundamentos de Derecho.—4.2.1. Preceptos jurídicos relevantes.—4.2.2. Las alegaciones de las partes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Prohibición de discriminación.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio europeo

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. Proyecto de Constitución europea

Artículo II-20

Todas las personas son iguales ante la ley.

Artículo II-21

1. Se prohíbe toda discriminación, en particular 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 ejercida por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de sus disposiciones específicas.

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, han de superar un muy estricto juicio de razonabilidad, requiriendo su justificación un interés público inaplazable y no tan sólo legítimo (*STEDH 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

Uçar contra Turquía, de 11 de abril de 2000, dictada en la demanda 53.392/99.

4.1. Los hechos

La demanda se plantea ante el Tribunal por la Comisión al amparo del artículo 34 de la Convención para la protección de los derechos humanos por un nacional turco, el señor Seydo Uçar (el demandante), el 4 de noviembre de 1999. La demanda trata de la detención ilegal y de los malos tratos inferidos a Cemal Uçar, hijo del demandante. En el momento en que ocurrieron los hechos, Cemal tenía 26 años. Los hechos que se produjeron en torno a la detención son controvertidos para las partes.

Según el demandante, el 5 de octubre de 1999, alrededor de las 11 de la mañana, Cemal Uçar salió de su casa para comprar agua. Cuatro encapuchados, portando armas y transmisores, intentaron secuestrarle. Cemal trató de escapar corriendo, sin embargo, le capturaron detrás de su casa. Estas personas le dijeron que eran policías y le introdujeron en un vehículo con los ojos vendados. El demandante afirma que un vecino fue testigo del secuestro. Según este vecino, Cemal se resistió a la detención pero fue introducido a la fuerza en un coche de color rojo oscuro. Después de dar vueltas durante algún tiempo, Cemal fue llevado a un lugar desconocido.

Entre el 11 y el 26 de octubre de 1999, el demandante dirigió peticiones al fiscal de Diyarbak, requiriéndole que iniciase una investigación sobre el secuestro de Cemal para que le informase del paradero de su hijo.

Desde el 5 de octubre al 2 de noviembre, Cemal Uçar estuvo detenido por los secuestradores; le mantuvieron con los ojos vendados, privado de comida y sometido a descargas eléctricas. El 2 de noviembre, los secuestradores llevaron a Cemal Uçar al estado de la ciudad de Diyarbak y le dejaron allí solo, con una capucha en la cabeza y tendido en el suelo. Los secuestradores le dijeron que pronto enviarían a la policía.

Sobre las 3,30 de la madrugada, a los 3 o 5 minutos de que los secuestradores le abandonasen, la policía llegó al estadio y arrestó a Cemal. Los policías encontraron una tarjeta de identidad caducada en el bolsillo de la chaqueta de Cemal. Había sido puesta allí por los secuestradores. Fue llevado al hospital de Diyarbak y examinado por un médico que observó que existían varias heridas en diversas partes de su cuerpo.

El 10 de noviembre Cemal fue forzado por la policía a firmar una declaración, de acuerdo con la cual él había sido el responsable de las actividades de la organización Hizbullah en Diyarbak.

En el mismo día Cemal prestó una nueva declaración ante el fiscal de Diyarbak y negó la veracidad de la declaración prestada ante la policía. Seguidamente fue llevado ante el Tribunal de la Seguridad del Estado de Diyarbak, donde repitió las declaraciones efectuadas ante el fiscal. El Tribunal ordenó su detención e ingreso en prisión.

Según la versión ofrecida por el Gobierno turco, la policía, en una patrulla rutinaria encontró a Cemal el 2 de noviembre de 1999, sobre las 3,15 de la madrugada, enfrente del estadio de la ciudad. Los oficiales le solicitaron su identificación y le encontraron una tarjeta caducada a nombre de Cemal Uçar. El 4 de noviembre, el fiscal de Diyarbak amplió su detención por un

período de dos días y el 6 de noviembre fue ampliada por seis días más por orden del Tribunal de la Seguridad del Estado de Diyarbak. El 11 de noviembre el mismo Tribunal ordenó su ingreso en prisión y fue trasladado a la prisión de Diyarbak.

Una vez en prisión, y según el demandante, el detenido fue encerrado en una celda de aislamiento durante once días. El 24 de noviembre de 1999, Cemal Uçar murió en la prisión de Diyarbak. En una carta fechada el 27 de septiembre de 2000, los representantes del demandante informaron al Tribunal de que creían que los policías habían asesinado a Cemal y el 15 de septiembre de 2005 afirmaron que podría haber sido asesinado por otros internos.

Para el Gobierno turco el descubrimiento de la muerte de Cemal se produce durante el recuento matinal de las 8,15 del 24 de noviembre, cuando un oficial descubre el cadáver colgado con un cinturón a los pies de la cama. El médico de la prisión certificó la defunción y en su informe al director de la prisión señaló que la causa de la muerte era el ahorcamiento por un cinturón. El mismo día, el fiscal y el director de la prisión redactaron un informe sobre la muerte de Cemal y sus circunstancias. Seguidamente se practicó una autopsia; según la misma no existían indicios de malos tratos en el cuerpo y concluía que la causa de la muerte era la asfixia mecánica por suspensión. Se tomó declaración a los oficiales de la prisión y a otros internos. El 2 de diciembre el fiscal decidió no dictar orden de procesamiento al entender que la causa de la muerte era el suicidio.

4.2. Fundamentos de Derecho

4.2.1. Preceptos jurídicos relevantes

En la época en que sucedieron los hechos, la ley turca no contenía ninguna provisión sobre las relaciones de los presos con sus familiares. El 6 de febrero de 2002, se modificó el tercer párrafo del artículo 128 del Código de Procedimiento Criminal, que establece que en el momento en que una persona sea detenida, un miembro de su familia u otra persona designado por el detenido, será inmediatamente informada de la detención o de su prolongación.

Otros preceptos jurídicos relevantes para este caso pueden consultarse en el material expuesto en la STEDH Tekda contra Turquía, de 15 de enero de 2004.

4.2.2. Las alegaciones de las partes

En la demanda se alegaba por el demandante la violación de los artículos 2, 3, 5, 8, 13 y 14 del Convenio de Derechos Humanos. El Tribunal entendió que había existido violación del 5.3, 5.5 y 13 del Convenio, rechazando

las demás. Por lo que respecta a la alegada violación del artículo 14, el demandante alegó que se había producido una práctica administrativa discriminatoria por razones de origen étnico. Recordó el tenor del artículo 14 del Convenio que garantiza:

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.

El demandante afirma que la desaparición de su hijo, los malos tratos, la subsiguiente muerte y la desidia de las autoridades a la hora de llevar a cabo una investigación efectiva, tenían como fundamento su origen étnico.

El Gobierno turco respondió a estas afirmaciones señalando que las alegaciones del demandante eran inciertas e inconsistentes.

El Tribunal ha examinado las alegaciones del demandante con detenimiento; sin embargo, no encuentra violación del artículo 14 del Convenio sobre la base de las evidencias probadas.

En consecuencia, considera que no ha existido violación del artículo 14 del Convenio, en relación con los artículos 2 y 3 del mismo.

4.3. Fallo

Por el ello, el Tribunal concluye que, en el presente caso, no ha habido violación del artículo 14 del Convenio en relación con sus artículos 2 y 3.

V. COMENTARIO

En esta Sentencia el Tribunal mantiene su exigencia de que para apreciar una violación del artículo 14 ha de acreditarse la existencia de una discriminación prohibida por el Convenio de forma autónoma y suficientemente fundada, no siendo suficiente las meras alegaciones genéricas.

V

**CRÓNICA DE ACTIVIDAD
PARLAMENTARIA**

El Registro General

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—1.1. Antecedentes históricos.—II. TIPOLOGÍA Y FUNCIONES.—2.1. Tipos de Registro.—2.2. Funciones del Registro.—III. DIFERENCIA ENTRE EL REGISTRO DE UNA ADMINISTRACIÓN GENERAL Y EL REGISTRO DE UN PARLAMENTO.—IV. EL REGISTRO GENERAL DE LA ASAMBLEA DE MADRID.—4.1. Evolución del número de documentos tramitados en el Registro General de la Cámara.

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Antecedentes históricos

Los registros contienen documentos originales o copias de los mismos. En época romana, los registros (*commentarii*) constituían unos rollos de papiros, transcripciones de las actas expedidas por el Senado y los Cónsules y, posteriormente, por la cancellería imperial y las administraciones provinciales. Esta tradición cayó en desuso en la Alta Edad Media, pero se conservó la cancellería pontificia. A finales del s. XII y en el s. XIII, las cancellerías reales de Occidente utilizaron asimismo los registros; en los reinos hispanos se llevaba un control de la entrada y salida de documentos, con un resumen de su contenido [*se conserva la serie de la Corona de Aragón desde el reinado de Jaime I (1252)*]; en Francia se remontan a la época de Felipe Augusto: *Registres du trésor des chartes*, hasta 1568, y en Inglaterra se empleó la transcripción en rollos de pergamino. Los registros se extendieron pronto al notariado, a los cuerpos constituidos y a las jurisdicciones ordinarias y especiales, reales y señoriales, eclesiásticas y laicas.

Si nos remitimos a la etimología encontramos: Registro: «*Acción de registrar, lugar y oficina donde se registra, departamento especial en las diversas dependencias de la Administración pública donde se entrega, anota y registra la documentación referente a dicha dependencia.*» Registrar: «*Anotar, inscribir o incluir algo en un libro,*

★ Jefe de la Sección de Registro General e Información de la Asamblea de Madrid.

registro, periódico, etc. Transcribir literalmente o extractar, en las oficinas y libros de un registro público, los actos o contratos de los particulares y las resoluciones de las autoridades administrativas o judiciales.» Registrador: «Que registra. Funcionario que tiene a su cargo algún registro público.»

Del registro de documentos se han dado definiciones diversas, algunas de ellas lejanas a nosotros en el tiempo, como la que aparece en *«Las Partidas de Alfonso X»* que se refiere al registro como *«libro que es fecha para remembranza de las cartas, e los preillejos que son fechos»*, más próximo a nuestro mundo actual encontramos definiciones como: *«Libro en el que regularmente se contiene la inscripción de información homogénea ordenada cronológicamente y alfabéticamente»* (*Diccionario de terminología archivística*). *«Libro o cuaderno donde se anotan ciertas cosas para que consten permanentemente.»*

De las definiciones apuntadas puede concluirse que por registro se entiende aquel libro en el que se asientan documentos que se han expedido o recibido en un organismo.

Si nos centramos en el concepto de registro en relación con la Administración, hay que decir que los cambios que se van produciendo en ésta, a lo largo de la historia, afectan también a los registros. Con la aparición de los Consejos y los Secretarios en la Edad Moderna y, más tarde con la aparición de los Ministerios, desaparece el Registro Único para la Administración Central para dar paso a los distintos Registros Generales de cada Departamento Ministerial.

Ya en época más reciente, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, contienen escasas referencias normativas a ese instrumento básico en las Administraciones Públicas que es el Registro, refiriéndose al uso y empleo de estos libros en los siguientes términos:

- a) Respecto del Registro General, la Ley establece la obligatoriedad de que exista uno en cada Ministerio: *«en todo Ministerio u Organismo Autónomo se llevará para todas sus dependencias radicadas en un mismo inmueble un Registro General en el que se hará constar el correspondiente asiento de todo escrito, comunicación u oficio que sea presentado o que se reciba en cualquiera de dichas dependencias y de los proveídos de oficio que hayan de iniciar el procedimiento cuando así lo acordare la autoridad que los adopte»* (art. 65.1)
- b) Datos que debe contener el Registro: *«En cada asiento del Registro General se hará constar el número, epígrafe expresivo de su naturaleza, fecha de presentación, nombre del interesado u oficina del remitente y dependencia a la que se envía, sin que deba consignarse en el registro extracto alguno de su contenido»* (art. 65.3).

Ya, posteriormente, dichas leyes son sustituidas por una normativa básica que regula los registros administrativos, es la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), artículo 38 de la Ley (reforma-

do, en sus apartados 4 y 5, por la Ley 4/1999, de Modificación de la Ley 30/1992), dicho precepto (en sus apartados 1 a 3) dice:

1. *Los órganos administrativos llevarán un registro general en el que se hará el correspondiente asiento de todo escrito o comunicación que sea presentado o que se reciba en cualquier unidad administrativa propia. También se anotarán en el mismo, la salida de los escritos y comunicaciones oficiales dirigidas a otros órganos o particulares.*

2. *Los órganos administrativos podrán crear en las unidades administrativas correspondientes de su propia organización otros registros con el fin de facilitar la presentación de escritos y comunicaciones. Dichos registros serán auxiliares del registro general, al que comunicarán toda anotación que efectúen.*

Los asientos se anotarán respetando el orden temporal de recepción o salida de los escritos y comunicaciones, e indicarán la fecha del día de la recepción o salida.

Concluido el trámite de registro, los escritos y comunicaciones serán cursados sin dilación a sus destinatarios y a las unidades administrativas correspondientes desde el registro en que hubieran sido recibidas.

3. *Los registros generales, así como todos los registros que las Administraciones públicas establezcan para la recepción de escritos y comunicaciones de los particulares o de órganos administrativos, deberán instalarse en soporte informático.*

El sistema garantizará la constancia, en cada asiento que se practique, de un número, epígrafe expresivo de su naturaleza, fecha de entrada, fecha y hora de su presentación, identificación del interesado, órgano administrativo remitente, si procede, y persona y órgano administrativo al que se envía, y, en su caso, referencia al contenido del escrito o comunicación que se registra.

Asimismo, el sistema garantizará la integración informática en el registro general de las anotaciones efectuadas en los restantes registros del órgano administrativo.

Regulan además los registros generales en el ámbito de la Administración General del Estado el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro, modificado por el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos.

Y el Decreto 21/2002, de 24 de enero, por el que se regula la atención al ciudadano en la Comunidad de Madrid.

II. TIPOLOGÍA Y FUNCIONES

2.1. Tipos de Registro

De la serie de registros existentes, unos pueden considerarse comunes en todos los organismos públicos y otros de carácter específico en virtud del objeto del mismo.

Registros comunes son Registro General, Registro de entrada de documentos, Registro de salida de documentos. Registros específicos son el Registro de la Propiedad, Registro Mercantil, Registro Civil, etc.

Con los registros de entrada y salida de los documentos se intenta satisfacer la presentación de garantías de los administrados y también de la Administración, además de acreditar la recepción y despacho de documentación y la fecha de entrada y salida del documento. Son operaciones básicas de los registros la recepción de documentos, la expedición del recibo o copia de entrega del documento, la clasificación de documentos, la operación de sellados y numeración, la confección de las hojas de registro y la distribución de la documentación a sus destinos.

Según lo dispuesto en el artículo 38.1 LPAC, resulta la diferenciación de dos categorías de Registros: Registro General y Registro Auxiliar. Cada una de ellas tendrá una función característica y reglada.

2.2. Funciones del Registro

El registro tiene un valor administrativo, histórico y legal. Dejando a un lado el innegable valor histórico, que nadie discute y de cuya importancia dan fe los investigadores, el registro tiene un enorme interés administrativo y legal y no es un interés reconocido recientemente, sino, como ya se ha dicho anteriormente, desde antiguo, cuando al referirse a cómo reflejaban los escribanos los documentos en el registro, se decía *«que escriban las cartas lealmente como gelas dieron, non menguando nin añadiendo ninguna cosa en ellas»* (valor administrativo) o, cuando al referirse a los documentos *«por el registro se pueden cobrar las pérdidas, e renovarse las ciejas...»* (valor legal).

Aunque en la actualidad en los registros no se copia tan *«en extenso»* los documentos como se hacía en la práctica en la antigüedad, el registro sigue manteniendo ese valor administrativo, porque en realidad con el registro se pretende prestar a los administrados un servicio público que va unido al valor legal al que aludíamos.

Así, la razón de ser del registro es también dar fe, dejar constancia del documento en un triple sentido: *a)* Positivo (el documento ha entrado salido del organismo); *b)* Negativo (el documento no registrado se presupone que no ha entrado o salido del registro, y *c)* Cronológico (se da fe de la fecha de presentación).

En este sentido es importante recordar que la fecha en los asientos de los registros es un dato fundamental en los casos de vencimientos de plazos, e incluso la hora (presentación de recursos, instancias, enmiendas, etc.).

III. DIFERENCIA ENTRE EL REGISTRO DE UNA ADMINISTRACIÓN GENERAL Y EL REGISTRO DE UN PARLAMENTO

El Registro es un elemento de garantía de los ciudadanos ante la Administración. En función de la complejidad de un organismo de la Administración, el Registro General de ese organismo cumple la función de receptáculo de cuantos documentos el ciudadano o personas jurídicas puedan presentar ante dicho organismo; una vez presentados dichos documentos el Registro canaliza a los departamentos competentes los documentos presentados. El ciudadano con su copia «registrada» tiene la garantía de que no decaen sus derechos en caso de pérdida, falta de contestación, etc., de sus documentos.

En el Parlamento, el Registro tiene análogas funciones, pero con la peculiaridad de que la mayoría de los documentos están dirigidos a la estricta función parlamentaria, por lo cual no estamos ante el hecho del ciudadano que presenta un escrito dirigido a un departamento abstracto de un ente de la Administración, sino que estamos ante el hecho de que los documentos que se presentan en general y en su mayor parte, van dirigidos al Presidente del Parlamento como Presidente de la Mesa de la Cámara y aquélla como máximo órgano funcional de la organización democrática de la que se dota un Parlamento.

En la organización de la que se dota la Asamblea de Madrid, es la Secretaría General el elemento estructural que asiste a la Mesa y sobre el que pivota la propia eficacia del órgano director del Parlamento.

Es por esto, por lo que, en mi opinión, el Registro General de la Cámara no es más que una prolongación de la propia Secretaría General, como elemento conductor de lo exógeno a la dinámica y actividad de la propia Mesa de la Asamblea y el nexo de unión entre una y otra Legislatura.

Será la Secretaría General la que tenga que articular el procedimiento de comunicación a las distintas estructuras organizativas del Parlamento, para que no haya documento que no sea trasladado a quien corresponda, mediante una mecánica ágil que preste todas las garantías posibles a las personas físicas o jurídicas implicadas.

De esta forma, habrá un mayor acercamiento al principio democrático de representación parlamentaria y se acortarán distancias entre el presentador del documento y el receptor del mismo. El presentador no necesariamente tiene que ser un Diputado que conoce la mecánica parlamentaria y sabe que detrás de la forma actual del Registro está la propia esencia democrática, también puede tratarse de un ciudadano individualizado que quiere dirigirse a sus representantes por él elegidos, p. ej.: en los escritos de petición. El receptor siempre es un órgano del Parlamento, ya la Presidencia, ya la Mesa de la Cámara.

IV. EL REGISTRO GENERAL DE LA ASAMBLEA DE MADRID

Inicialmente la Asamblea de Madrid se regía por unas Normas Provisionales de 17 de octubre de 1984¹, sustituidas con posterioridad por el Reglamento de Régimen Interior aprobado por la Mesa de la Asamblea de 8 de noviembre de 1986², ya establecía en relación al Registro una regulación en su artículo 20.1, atribuyéndole:

g) *«La apertura de correspondencia oficial y la recepción de documentos dirigidos a la Cámara, cualquiera que fuere su procedencia, su inscripción en el libro de Registro de Entrada y distribución de la misma a los Órganos y Unidades destinatarios.*

h) *El Registro de Salida de todos los documentos emitidos por los Órganos de la Cámara destinados a terceros...»*

Y, por último, en su apartado 2 establecía:

«Existirá un único Registro de Entrada y Salida para todos los Servicios de la Cámara. La presentación de documentos en el Registro General de la Asamblea se efectuará conforme a lo dispuesto en el artículo 88 del Reglamento de la Cámara y preceptos concordantes de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo.»

El Reglamento de Régimen Interior, aprobado por Acuerdo de la Mesa de 6 de septiembre de 1988³, en su artículo 18.2, se ocupaba del Registro incluyendo varios aspectos:

Primero: Dispone la existencia de dos Registros Generales (o, si se quiere, de un Registro dual), por razón de la materia: administrativa *«dedicado exclusivamente a la documentación administrativa»* y parlamentaria *«dedicado exclusivamente a las iniciativas y demás documentos parlamentarios»*.

Segundo: Se remite, en cuanto a la presentación de escritos, a lo dispuesto en la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (Ley 30/1992), amén de al artículo 131 del Reglamento de la Asamblea (que se limita a conferir a la Mesa la competencia para fijar los días y horas en que permanecerá abierto el Registro General para la presentación de escritos).

Tercero: Se atribuye la competencia para regular los Registros Generales, dentro del marco normativo, al Presidente, a propuesta del Secretario General, dando cuenta a la Mesa. Precisamente en ejercicio de esta habilitación se adoptó la Resolución de la Presidencia sobre Registro General y Registros Interiores de la Secretaría General de 18 de febrero de 1998.

La última reforma del Reglamento de Régimen Interior de la Asamblea de Madrid, aprobado por la Mesa en su reunión de 3 de diciembre de 2001⁴,

¹ Cfr. *Boletín Oficial de la Asamblea*, núm. 62, de 30 de octubre de 1984.

² Cfr. *Boletín Oficial de la Asamblea*, núm. 188, de 27 de noviembre de 1986.

³ Cfr. *Boletín Oficial de la Asamblea*, núm. 54, de 14 de septiembre de 1988.

⁴ Cfr. *Boletín Oficial de la Asamblea*, núm. 126, de 4 de diciembre de 2001.

en el artículo 22, sigue manteniendo el mismo espíritu en lo relativo al Registro General de la Cámara.

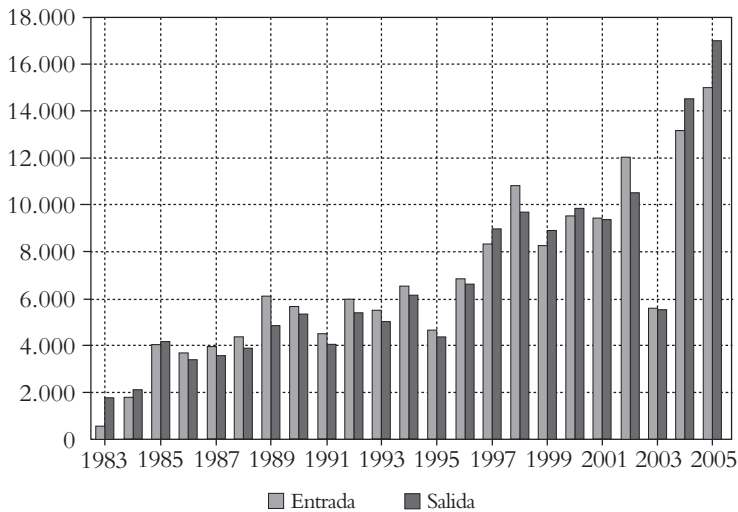
La Mesa de la Asamblea, en el ejercicio de la competencia prevista en el artículo 49.1.f) del Reglamento de la Asamblea de Madrid y de conformidad con lo establecido en el artículo 131 del mismo texto normativo y el artículo 22 del Reglamento de Régimen Interior de la Cámara, acordó en su reunión de 15 de marzo de 2002⁵ establecer el «Calendario y horario de funcionamiento del Registro General de la Asamblea de Madrid».

4.1. Evolución del número de documentos tramitados en el Registro General de la Cámara

Con los gráficos estadísticos que se reflejan, se pone de manifiesto la espectacular progresión que se ha producido en el número de documentos tramitados por el Registro General de la Cámara.

REGISTRO GENERAL ASAMBLEA DE MADRID

EVOLUCIÓN 1983-2005



⁵ Cfr. *Boletín Oficial de la Asamblea*, núm. 180, de 25 de octubre de 2002.

La Actividad Parlamentaria de julio a diciembre de 2005 (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 2005).—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 quinto período de sesiones de la VII Legislatura, que comprende los meses de julio a diciembre de 2005.

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 quinto 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. Luis Eduardo Cortés*, del Grupo Parlamentario Popular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.1.e) del Reglamento de la Asamblea,

★ Jefa de Sección de Archivo, Jefe de Negociado de Archivo Administrativo y Administrativo dependiente del Negociado de Archivo Parlamentario, respectivamente, de la Asamblea de Madrid.

causó baja por renuncia a su condición de Diputado el 6 de septiembre de 2005, Acuerdo de Mesa de 08 de septiembre de 2005 (BOAM, núm. 112, de 08 de septiembre de 2005) y fue sustituido por la Ilma. Sra. D.^a *Mírian Villares Gonzalo*, del Grupo Parlamentario Popular, que tomó posesión de su cargo en la sesión plenaria de 14/15 de marzo de 2005 (BOAM, núm. 115, de 19 de septiembre de 2000).

La Ilma. Sra. D.^a *Carmen Álvarez-Arenas Cisneros*, 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 Diputada el 30 de septiembre de 2005, Acuerdo de Mesa de 03 de octubre de 2005 (BOAM, núm. 119, de 06 de octubre de 2005) y fue sustituida por la Ilma. Sra. D.^a *Ana Paula Vicente Benítez*, del Grupo Parlamentario Popular, que tomó posesión de su cargo en la sesión plenaria de 06 de octubre de 2005 (BOAM, núm. 120, de 07 de octubre de 2005).

III. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA

3.1. El Pleno de la Asamblea de Madrid

Se han celebrado 13 sesiones plenarias ordinarias en el período de julio/diciembre de 2005.

A continuación se reseñan las fechas concretas de las sesiones, el número del Diario de Sesiones y de Acta.

Sesiones Plenarias

Septiembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de acta
	1	14 y 15-09-2005	498	19/2005
	Total sesiones mes de septiembre 20051			
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de acta
	1	06-10-2005	510	20/2005
	2	13-10-2005	518	21/2005
	3	20-10-2005	531	22/2005
	Total sesiones mes de octubre 20053			
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de acta
	1	03-11-2005 (mañana)	543	23/2005
	2	03-11-2005 (tarde)	544	24/2005
	3	10-11-2005	551	25/2005
	4	17-11-2005	564	26/2005
	Total sesiones mes de noviembre 20054			
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de acta
	1	01-12-2005	577	27/2005
	2	07-12-2005	582	28/2005
	3	22-12-2005	593	29/2005
	4	21 y 22-12-2005	600	30/2005
	5	22-12-2005 (tarde)	601	31/2005
	Total sesiones mes de diciembre 20055			
Total sesiones quinto período (julio/diciembre 200513				

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 94, 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 (D. SS. 3, de 03-12-03).

3.2.1.2. *Composición*

Se han producido las siguientes modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de Comisión	Publicación
GPS	Ilmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez	Ilma. Sra. D. ^a Ruth Porta Cantoni	—	BOAM 121, de 13-10-2005
GPP	Dar de Alta al Ilmo. D. Francisco de Borja Sarasola Jaúdenes		—	BOAM 121, de 13-10-2005

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.
Noviembre	1	21-11-2005	s/n.º
	Total sesiones mes de junio 20051		
Total sesiones julio/diciembre 2005.....1			

3.2.2. *Comisión de Presidencia*

3.2.2.1. *Constitución*

3 de diciembre de 2003 (D. SS. 4, de 03-12-2003).

3.2.2.2. *Composición*

Se han producido las siguientes modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de Comisión	Publicación
GPP	Ilmo. Sr. D. Francisco de Borja Sarasola Jaúdenes	Ilmo. Sr. D. Jacobo Beltrán Pedreira	—	BOAM 121, de 13-10-2005
GPS	Ilmo. Sr. D. José Luis García Sánchez	Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Ruiz Castillo	—	BOAM 124, de 27-10-2005

3.2.2.3. Sesiones de la Comisión de Presidencia

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE PRESIDENCIA

Julio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	27-07-2005	497
Total sesiones mes de julio 20051			
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	04-10-2005	502
	2	11-10-2005	513
Total sesiones mes de octubre 20052			
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	08-11-2005	547
Total sesiones mes de noviembre 20051			
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	20-12-2005	598
Total sesiones mes de diciembre 20051			
Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)5			

3.2.3. Comisión de Justicia e Interior

3.2.3.1. Constitución

3 de diciembre de 2003 (D. SS. 5, de 03-12-2003).

3.2.3.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de Comisión	Publicación
GPP	—	Ilmo. Sr. D. Álvaro Moraga Valiente	—	BOAM 121, de 13-10-2005
GPP	Designación del Ilmo. Sr. D. Federico Jiménez de Parga como Portavoz Adjunto en la Comisión		—	BOAM 121, de 13-10-2005

3.2.3.3. Sesiones de la Comisión de Justicia e Interior

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE JUSTICIA E INTERIOR

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	05-10-2005	506
	Total sesiones mes de octubre 20051		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	02-11-2005	541
	Total sesiones mes de noviembre 20051		
Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)2			

3.2.4. Comisión de Presupuestos y Hacienda

3.2.4.1. Constitución

3 de diciembre de 2003 (D. SS. 7, de 03-12-2003).

3.2.4.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de Comisión	Publicación
GPP	Designación del Ilmo. Sr. D. Ignacio García Velayos como Portavoz Adjunto en la Comisión en sustitución de D. ^a Sonsoles Aboín Aboín		—	BOAM 53, de 23-09-2005
GPS	Ilma. Sra. D. ^a Ruth Porta Cantoni	Ilmo. Sr. D. Enrique Echegoyen Vera	—	BOAM 121, de 13-10-2005
GPS	Ilmo. Sr. D. Alejandro Lucas Fernández Martín	Ilma. Sra. D. ^a Dolores Rodríguez Gabucio	—	BOAM 121, de 13-10-2005

3.2.4.3. Sesiones de la Comisión de Presupuestos y Hacienda

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE PRESUPUESTOS Y HACIENDA

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	04-10-2005	503
	2	18-10-2005	523
	3	18-10-2005	525
	4	19-10-2005	526
	5	19-10-2005	528
	6	21-10-2005	532
	7	24-10-2005	535
	8	24-10-2005	536
	9	25-10-2005	537
	10	25-10-2005	538
	11	26-10-2005	539
	Total sesiones mes de octubre 200511		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	15-11-2005	556
	2	15-11-2005	558
	3	16-11-2005	559

Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	4	16-11-2005	561
	5	17-11-2005	562
	6	18-11-2005	565
	7	21-11-2005	566
	8	21-11-2005	568
	9	22-11-2005	569
	10	22-11-2005	571
	11	23-11-2005	572
	12	23-11-2005	573
	Total sesiones mes de noviembre 200512		
	Diciembre	N.º de sesión	Fecha
1		02-12-2005	578
2		12-12-2005	584
3		12-12-2005	585
4		13-12-2005	586
5		13-12-2005	588
6		14-12-2005	589
7		14-12-2005	590
8		15-12-2005	591
9		16-12-2005	594
10		20-12-2005	599
Total sesiones mes de diciembre 200510			
Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)33			

3.2.5. Comisión de Economía e Innovación Tecnológica

3.2.5.1. Constitución

3 de diciembre de 2003 (D. SS. 8, de 03-12-2003).

3.2.5.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de Comisión	Publicación
GPP	Ilmo. Sr. D. Francisco de Borja Carabante Muntada	Ilma. Sra. D. ^a Míriam Villares Gonzalo	—	BOAM 121, de 13-10-2005
GPP	Ilmo. Sr. D. José Ignacio Echevarría Echániz	Ilma. Sra. D. ^a Ana Paula Vicente Benítez	—	BOAM 121, de 13-10-2005
GPP	Designación de la Ilma. Sra. D. ^a Míriam Villares Gonzalo como Secretaria de la Comisión en sustitución de D. Francisco de Borja Carabante Muntada		—	D. SS. 514, de 11-10-2005 BOAM 123, de 20-10-2005

3.2.5.3. Sesiones de la Comisión de Economía e Innovación Tecnológica

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	11-10-2005	514
	Total sesiones mes de octubre 20051		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	08-11-2005	548
	2	15-11-2005	557
	Total sesiones mes de noviembre 20052		
Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)3			

3.2.6. Comisión de Transportes e Infraestructuras

3.2.6.1. Constitución

3 de diciembre de 2003 (D. SS. de 18-05-2000).

3.2.6.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de Comisión	Publicación
GPP	Ilmo. Sr. D. David Pérez García	Ilma. Sra. D. ^a Ana Fernández Mallo	—	BOAM 131, de 01-12-2005

3.2.6.3. Sesiones de la Comisión de Transportes e Infraestructuras

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE TRANSPORTES E INFRAESTRUCTURAS

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	14-10-2005	519
	Total sesiones mes de octubre 20051		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	11-11-2005	552
	Total sesiones mes de noviembre 20051		
Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)2			

3.2.7. Comisión de Educación

3.2.7.1. Constitución

4 de diciembre de 2003 (D. SS. 11, de 04-12-2004).

3.2.7.2. Composición

No se han producido modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) 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	05-10-2005	505
	2	19-10-2005	527
	Total sesiones mes de octubre 20052		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Noviembre	1	02-11-2005	540
	2	16-11-2005	560
	Total sesiones mes de noviembre 20052		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Diciembre	1	07-12-2005	581
	Total sesiones mes de diciembre 20051		
Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)5			

3.2.8. *Comisión de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio*3.2.8.1. *Constitución*

4 de diciembre de 2003 (D. SS. 12, de 04-12-2003).

3.2.8.2. *Composición*

Se han producido las siguientes modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de Comisión	Publicación
GPP	Ilmo. Sr. D. Álvaro Moraga Valiente	Ilmo. Sr. D. Pablo Morillo Casals	—	BOAM 121, de 13-10-2005

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

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	04-10-2005	504
	2	11-10-2005	515
	3	18-10-2005	524
	Total sesiones mes de octubre 20053		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	08-11-2005	549
	2	22-11-2005	570
	Total sesiones mes de noviembre 20052		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	13-12-2005	587
	Total sesiones mes de diciembre 20051		
Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)6			

3.2.9. *Comisión de Sanidad y Consumo*

3.2.9.1. *Constitución*

4 de diciembre de 2003 (D. SS., 13 de 13-12-2003).

3.2.9.2. *Composición*

Se han producido las siguientes modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de Comisión	Publicación
GPP	Ilmo. Sr. D. Jacobo Beltrán Pedreira	Ilma. Sra. D. ^a Ana Paula Vicente Benítez	—	BOAM 121, de 13-10-2005
GPP	Ilma. Sra. D. ^a Elena Utrilla Palombi	Ilmo. Sr. D. Pablo Morillo Casals	—	BOAM 121, de 13-10-2005
GPP	Designación de la Ilma. Sra. D. ^a Ana Paula Vicente Benítez como Secretaria de la Comisión en sustitución del Ilmo. Sr. D. Jacobo Beltrán Pedreira		—	D. SS. 542, de 02-11-2005 BOAM 127, de 10-11-2005

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	05-10-2005	507
	Total sesiones mes de octubre 20051		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Noviembre	1	02-11-2005	542
	2	23-11-2005	574
	Total sesiones mes de noviembre 20052		
	Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)3		

3.2.10. Comisión de Cultura y Deportes

3.2.10.1. Constitución

4 de diciembre de 2003 (D. SS. 14, de 04-12-2003).

3.2.10.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de Comisión	Publicación
GPP	—	Ilma. Sra. D. ^a M. ^a Carmen Martín Irañeta	—	BOAM 121, de 13-10-2005
GPP	Designación del Ilmo. Sr. D. Jacobo Beltrán Pedreira como Portavoz en la Comisión		—	BOAM 121, de 13-10-2005
GPP	Ilma. Sra. D. ^a Carmen Rodríguez Flores	Ilma. Sra. D. ^a Teresa Calatayud Prieto	—	BOAM 131, de 01-12-2005

3.2.10.3. Sesiones de la Comisión de Cultura y Deportes

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE CULTURA Y DEPORTES

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	03-10-2005	500
	2	17-10-2005	522
	Total sesiones mes de octubre 20052		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	14-11-2005	555
	Total sesiones mes de noviembre 20051		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	19-12-2005	597
	Total sesiones mes de diciembre 20051		
Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)4			

3.2.11. Comisión de Familia y Asuntos Sociales

3.2.11.1. Constitución

4 de diciembre de 2003 (D. SS. 15, de 04-12-2003).

3.2.11.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de Comisión	Publicación
GPP	—	Ilmo. Sr. D. Francisco de Borja Carabante Muntada	—	BOAM 121, de 13-10-2005

3.2.11.3. Sesiones de la Comisión de Familia y Asuntos Sociales

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	03-10-2005	499
	2	17-10-2005	521
	Total sesiones mes de octubre 20052		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	14-11-2005	554
	Total sesiones mes de noviembre 20051		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	19-12-2005	596
	Total sesiones mes de diciembre 20051		
Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)4			

3.2.12. Comisión de Empleo

3.2.12.1. Constitución

4 de diciembre de 2003 (D. SS. 16, de 04-12-2003).

3.2.12.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de Comisión	Publicación
GPP	Ilma. Sra. D. ^a M. ^a del Carmen Martín Irañeta	Ilmo. Sr. D. Javier Moreno Rebate	—	BOAM 121, de 13-10-2005
GPS	Ilma. Sra. D. ^a Teresa Calatayud Prieto	Ilmo. Sra. D. ^a Carmen Rodríguez Flores	—	BOAM 131, de 01-12-2005

3.2.12.3. Sesiones de la Comisión de Empleo

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE EMPLEO

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	03-10-2005	501
	Total sesiones mes de octubre 20051		
	Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)1		

3.2.13. Comisión de Mujer

3.2.13.1. Constitución

3 de diciembre de 2003 (D. SS. 6, de 03-12-2003).

3.2.13.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de Comisión	Publicación
GPS	Ilma. Sra. D. ^a Helena Almazán Vicario	Ilmo. Sr. D. Francisco Hernández Ballesteros	—	BOAM 121, de 13-10-2005
GPP	Ilmo. Sr. D. Álvaro González López	Ilma. Sra. D. ^a Míriam Villares Gonzalo	—	BOAM 121, de 13-10-2005
GPP	Ilma. Sra. D. ^a Ana Fernández Mallo	Ilma. Sra. D. ^a Ana Paula Vicente Benítez	—	BOAM 131, de 01-12-2005

3.2.13.3. Sesiones de la Comisión de Mujer

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE MUJER

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	14-10-2005	520
	Total sesiones mes de octubre 20051		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	04-11-2005	545
	Total sesiones mes de noviembre 20051		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	09-12-2005	583
	Total sesiones mes de diciembre 20051		
Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)3			

3.2.14. Comisión de Juventud

3.2.14.1. Constitución

4 de diciembre 2003 (D. SS. 18, de 04-12-2003).

3.2.14.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el cuarto período de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de Comisión	Publicación
GPP	Ilma. Sra. D. ^a Margarita Lozano Martín	Ilma. Sra. D. ^a Ana Paula Vicente Benítez	—	BOAM 121, de 13-10-2005
GPP	Ilmo. Sr. D. José Ignacio Fernández Rubio	Ilma. Sra. D. ^a Míriam Villares Gonzalo	—	BOAM 121, de 13-10-2005
GPP	Ilma. Sra. D. ^a Ana Fernández Mallo	Ilma. Sra. D. ^a Paloma Martín Martín	—	BOAM 131, de 01-12-2005

3.2.14.3. Sesiones de la Comisión de Juventud

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE FAMILIAS Y ASUNTOS SOCIALES

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	07-10-2005	512
	2	21-10-2005	533
	Total sesiones mes de octubre 20052		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	11-11-2005	553
	Total sesiones mes de noviembre 20051		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	02-12-2005	579
	2	16-12-2005	595
	Total sesiones mes de diciembre 20052		
Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)5			

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 221, de 16/09/2005).

Acuerdo de Mesa de 03/10/2005 (BOAM 119, de 06/10/2005).

3.2.15.2. *Constitución*

Sesión constitutiva 13 de octubre de 2005.

D. SS. 517, de 13/10/2005.

3.2.15.3. *Composición*

Miembros de la Comisión (BOAM 121, de 13/10/2005)

— Grupo Parlamentario Popular:

Ilmo. Sr. D. Juan Soler-Espiaúba Gallo (Portavoz)

Ilma. Sra. D.^a Ana María Abella Álava (Portavoz Adjunta)

Ilmo. Sr. D. José Ignacio Echevarría Echániz

Ilmo. Sr. D. Francisco de Borja Carabante Muntada

Ilma. Sra. D.^a Míriam Villares Gonzalo

Ilma. Sra. D.^a Mónica García Molina

Ilma. Sra. D.^a Rosa Posada Chapado

Ilma. Sra. D.^a Isabel Redondo Alcaide

Ilmo. Sr. D. José Cabrera Orellana

— Grupo Parlamentario Socialista

Ilmo. Sr. D. Francisco Contreras Lorenzo (Portavoz)

Ilma. Sra. D.^a Matilde Fernández Sanz (Portavoz Adjunta)

Ilma. Sra. D.^a Virginia Aranda Pizarro

Ilmo. Sr. D. Rafael Gómez Montoya

Ilma. Sra. D.^a M.^a Isabel Manzano Martínez

Ilmo. Sr. D. Antonio Fernández Gordillo

— Grupo Parlamentario de Izquierda Unida

Ilma. Sra. D.^a Caridad García Álvarez (Portavoz)

Ilmo. Sr. D. Jorge García Castaño (Portavoz Adjunto)

Mesa de la Comisión (BOAM 123, de 20/10/2005)

— Ilmo. Sr. D. José Ignacio Echevarría Echániz (Presidente)

— Ilma. Sra. D.^a Virginia Aranda Pizarro (Vicepresidenta)

— Ilmo. Sr. D. Francisco de Borja Carabante Munta (Secretario)

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	13-10-2005 (sesión constitutiva)	517
	Total sesiones mes de octubre 20051		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Noviembre	1	07-11-2005	546
	Total sesiones mes de noviembre 20051		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Diciembre	1	05-12-2005	580
	2	23-12-2005	602
	Total sesiones mes de diciembre 20052		
Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)4			

COMISIONES PERMANENTES NO LEGISLATIVAS

3.2.16. *Comisión de Vigilancia de las Contrataciones*3.2.16.1. *Constitución*

4 de diciembre de 2003 (D. SS. 17, de 04-12-2003).

3.2.16.2. *Composición*

No se han producido modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) 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	06-10-2005	508
	Total sesiones mes de octubre 20051		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Diciembre	1	03-12-2005	576
	Total sesiones mes de diciembre 20051		
	Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)2		

3.2.17. *Comisión de Control del Ente Público Radio Televisión Madrid*3.2.17.1. *Constitución*

3 de diciembre de 2003 (D. SS. 4, de 03-12-2003).

3.2.17.2. *Composición*

No se han producido modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) de la VII Legislatura.

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.
Octubre	1	06-10-2005	509
	2	20-10-2005	530
	Total sesiones mes de octubre 20052		
	Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)2		

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 (D. SS. 86, de 18-03-2004).

3.2.18.2. *Disolución*

Acuerdo de Mesa 21/11/2005. Sesión plenaria: 01/12/2005.
D. SS. 577, de 01/12/2005 - BOAM 132, de 09/12/2005.

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 (D. SS. 209, de 23-06-2004).

3.2.19.2. *Composición*

No se han producido modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) de la VII Legislatura.

3.2.19.3. *Sesiones de la Comisión de Estudio para la Reducción de la Lista de Espera Diagnóstica*

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE ESTUDIO PARA LA REDUCCIÓN DE LA LISTA DE ESPERA DIAGNÓSTICA

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06-10-2005	511
	2	13-10-2005	516
	3	20-10-2005	529
	Total sesiones mes de octubre 20053		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	10-11-2005	550
	2	17-11-2005	563
	Total sesiones mes de noviembre 20052		
	Diciembre	N.º de sesión	Fecha
1		01-12-2005	575
2		15-12-2005	592
Total sesiones mes de diciembre 20052			
Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)7			

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 (D. SS. 208, de 23-06-2004).

3.2.20.2. *Composición*

Se han producido las siguientes modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de comisión	Publicación
GPP	Ilmo. Sr. D. David Pérez García	Ilmo. Sr. D. Federico Jiménez de Parga Maseda	—	BOAM 121, de 13-10-2005
GPP	Designación del Ilmo. Sr. D. Federico Jiménez de Parga Maseda como Presidente de la Comisión en sustitución del Ilmo. Sr. D. David Pérez García		—	D. SS. 534, de 24-10-2005 BOAM 126, de 04-11-2005

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.
Octubre	1	24-10-2005	534
	Total sesiones mes de octubre 20051		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Noviembre	1	21-11-2005	567
	Total sesiones mes de noviembre 20051		
	Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)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 8, de 18-12-2003).

3.3.2. *Designación de miembros*

Se han producido las siguientes modificaciones en el quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Sesión Plenaria	Designación	Publicación
GPP	03-11-2005	Designación de D. Federico Jiménez de Parga como suplente de D. ^a Esperanza Aguirre Gil de Biedma	D. SS. 544, de 03-11-2005 BOAM 127, de 10-11-2005
GPP	03-11-2005	Designación de D. Francisco de Borja Carabante Muntada como suplente de D. ^a Beatriz Elorriaga Pisarik	D. SS. 544, de 03-11-2005 BOAM 127, de 10-11-2005
GPP	03-11-2005	D. ^a Cristina Cifuentes Cuencas (titular) D. ^a Concepción Lostau Martínez (suplente)	D. SS. 544, de 03-11-2005 BOAM 127, de 10-11-2005
GPP	03-11-2005	D. Jacobo Ramón Beltrán Pedreira (titular) D. ^a Elena Utrilla Palombi (suplente)	D. SS. 544, de 03-11-2005 BOAM 127, de 10-11-2005
GPP	03-11-2005	D. José Ignacio Echevarría Echániz (titular) D. Pedro Muñoz Abrines (suplente)	D. SS. 544, de 03-11-2005 BOAM 127, de 10-11-2005
GPP	03-11-2005	D. David Pérez García (titular) D. ^a M. ^a Isabel Redondo Alcaide (suplente)	D. SS. 544, de 03-11-2005 BOAM 127, de 10-11-2005

3.3.3. Sesiones de la Diputación Permanente

Sesiones de la Diputación Permanente

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Julio	1	22-07-2005	496
	Total sesiones mes de julio 20051		
Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)1			

3.4. La Mesa de la Asamblea de Madrid

3.4.1. Sesión constitutiva de 12 de noviembre de 2003 (D. SS. 1, de 12-11-2003)

Elección de los miembros de la Mesa de la Asamblea.

3.4.2. Composición de la Mesa de la Asamblea (BOAM 1, de 18-11-2003)

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)

Modificaciones quinto período de sesiones (julio/diciembre 2005):

- Renuncia como Vicepresidente Primero del Ilmo. Sr. D. Ignacio Echevarría Echániz y nombramiento de la Ilma. Sra. D.^a Cristina Cifuentes Cuencas.

Sesión plenaria: 06 de octubre de 2005.

D. SS. 510, de 06/10/2005 - BOAM 120, de 07/10/2005.

- Renuncia como Secretaria Tercera, por renuncia de la condición de Diputada, de la Ilma. Sra. D.^a Carmen Álvarez-Arenas Cisneros y nombramiento del Ilmo. Sr. D. Jacobo Ramón Beltrán Pedreira.

Sesión plenaria: 06 de octubre de 2005.

D. SS. 510, de 06/10/2005 - BOAM 120, de 07/10/2005.

3.4.3. Sesiones de la Mesa de la Asamblea

Sesiones de la Mesa

Julio	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	MESA DE LA DIPUTACIÓN PERMANENTE		
	1	12-07-2005	25/2005
	2	22-07-2005	26/2005
	Total sesiones mes de julio 20052		
Septiembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	05-09-2005	27/2005
	2	08-09-2005	28/2005
	3	12-09-2005	29/2005
	4	14-09-2005	30/2005
	5	15-09-2005	31/2005
	6	19-09-2005	32/2005
	7	26-09-2005	33/2005
	Total sesiones mes de septiembre 20057		
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	03-10-2005	34/2005
	2	06-10-2005	35/2005
	3	10-10-2005	36/2005
	4	17-10-2005	37/2005
	5	25-10-2005	38/2005
	6	25-10-2005	39/2005
	7	31-10-2005	40/2005
	Total sesiones mes de octubre 20057		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	03-11-2005	41/2005
	2	07-11-2005	42/2005
	3	14-11-2005	43/2005
	4	21-11-2005	44/2005
	5	28-11-2005	45/2005
	Total sesiones mes de noviembre 20055		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	05-12-2005	46/2005
	2	12-12-2005	47/2005
	3	19-12-2005	48/2005
	4	20-12-2005	49/2005
Total sesiones mes de diciembre 20054			
Total sesiones quinto período (julio/diciembre 2005)25			

3.5. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid

3.5.1. Composición

Quinto Período de Sesiones (julio/diciembre 2005) de la VII Legislatura.
Designación de asistentes a la Junta de Portavoces

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
Julio	1	08-07-2005	23/2005
	Total sesiones mes de julio 20051		
Septiembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	06-09-2005	24/2005
	2	13-09-2005	25/2005
	3	14-09-2005	26/2005
	4	27-09-2005	27/2005
	Total sesiones mes de septiembre 20054		
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	04-10-2005	28/2005
	2	06-10-2005	29/2005
	3	11-10-2005	30/2005
	4	18-10-2005	31/2005

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	5	25-10-2005	32/2005
	6	31-10-2005	33/2005
	Total sesiones mes de octubre 20056		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	08-11-2005	34/2005
	2	15-11-2005	35/2005
	3	22-11-2005	36/2005
	4	29-11-2005	37/2005
	Total sesiones mes de noviembre 20054		
Diciembre	1	05-12-2005	38/2005
	2	13-12-2005	39/2005
	3	20-12-2005	40/2005
	Total sesiones mes de diciembre 20053		
Total sesiones cuarto período (julio/diciembre 2005).....18			

IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA CÁMARA

En el quinto período de sesiones de la VII Legislatura (julio/diciembre 2005) se han aprobado 5 Leyes.

4.1. Relación de Leyes aprobadas

[LEY 4/2005, de 14 de diciembre] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 5/2005 (VII).

De la Agencia Regional para la Inmigración y la Cooperación.

BOAM, núm. 133, fecha 12 de diciembre de 2005, **BOCM**, núm. 309, fecha 28 de diciembre de 2005, **BOE**, núm. 51, fecha 01 marzo de 2006.

[LEY 5/2005, de 20 de diciembre] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 3/2005 (VII).

Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid.

BOAM, núm. 134, fecha 21 de diciembre de 2005, **BOCM**, núm. 310, fecha 29 de diciembre de 2005, **BOE**, núm. 52, fecha 02 marzo de 2006.

[LEY 6/2005, de 23 de diciembre] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 6/2005 (VII).

De Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2006.

BOAM, núm. 135, fecha 27 de diciembre de 2005, **BOCM**, núm. 311, fecha 30 de diciembre de 2005, **BOE**, núm. 53, fecha 03 marzo de 2006.

[LEY 7/2005, de 23 de diciembre] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 7/2005 (VII).

De Medidas Fiscales y Administrativas.

BOAM, núm. 135, fecha 27 de diciembre de 2005, **BOCM**, núm. 311, fecha 30 de diciembre de 2005, **BOE**, núm. 52, fecha 02 marzo de 2006.

[LEY 8/2005, de 26 de diciembre] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 4/2005 (VII).

De Protección y Fomento del Arbolado Urbano de la Comunidad de Madrid.

BOAM, núm. 135, fecha 27 de diciembre de 2005, **BOCM**, núm. 312, fecha 31 de diciembre de 2005, **BOE**, núm. 52, fecha 02 marzo de 2006.

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 quinto período de la VII Legislatura (julio/diciembre 2005) y su estado de tramitación.

Initiatives	Presentadas	Pendientes	Tramitadas	Decaidas	No admitidas	Transformadas	Retiradas
Proyectos de Ley	6	1	5	—	—	—	—
Proposiciones de Ley	1	1	—	—	—	—	—
Proposiciones no de Ley	35	14	Aprob.: 6 Rechaz.: 8 14	—	5	—	2
Interpelaciones	7	3	3	—	1	—	—
Mociones	6	—	Aprob.: 1 Rechaz.: 4 5	—	1	—	—
Comparecencias	317	Pleno: 14 Comis.: 233 247	Pleno: 8 Comis.: 49 57	—	10	—	3
P. orales Pleno	151	1	121	1	2	22	4
P. orales Comisión	197	1	45	1	5	88	57
Preguntas escritas	1.233	202	933	—	16	81 Calif. como PI	1
P. de Información	1.053	139	830	—	84	—	—
Total	3.006	609	2.013	2	124	191	67
C. de Gobierno	38	7	31	—	—	—	—

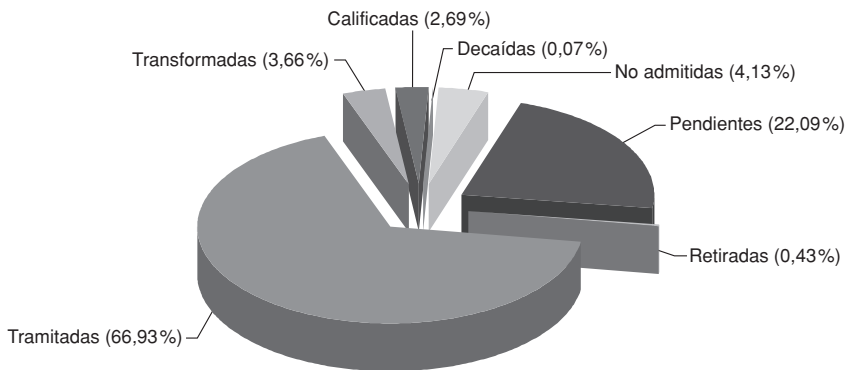
El cuadro resumen que se expresa a continuación recoge las iniciativas parlamentarias presentadas por Autores.

Iniciativas Parlamentarias	TOTAL	GP Popular	GP Socialista	GP Izquierda Unida	GP Popular/ Socialista/ Izquierda Unida	Comisión de Presupuestos y Hacienda	Comisión de Empleo	Gobierno
Proyectos de Ley	6	—	—	—	—	—	—	6
Proposiciones de Ley	1	—	—	1	—	—	—	—
Proposiciones no de Ley	35	9	13	13	—	—	—	—
Interpelaciones	7	—	4	3	—	—	—	—
Mociones	6	—	4	2	—	—	—	—
Comparecencias	317	40	202	67	1	—	—	7
Preguntas orales Pleno	151	52	63	36	—	—	—	—
Preguntas orales Comisión	197	54	127	16	—	—	—	—
Preguntas escritas	1.233	—	1.180	53	—	—	—	—
P. de Información	1.053	6	910	135	—	1	1	—
Totales	3.006	161	2.503	326	1	1	1	13

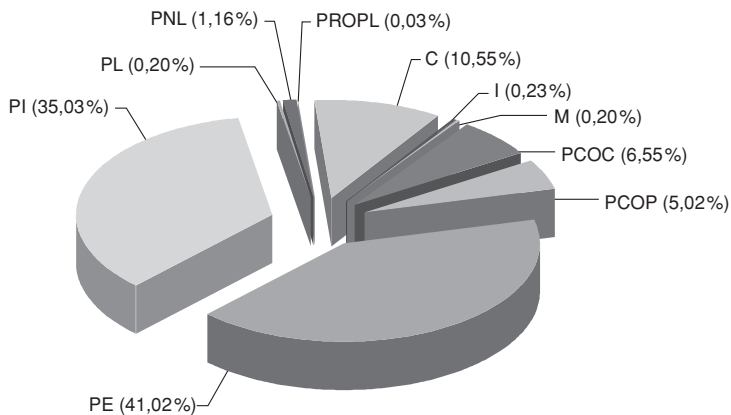
5.2. Gráficos estadísticos

Los dos gráficos que se reseñan a continuación muestran los porcentajes de iniciativas parlamentarias presentadas y su estado de tramitación durante el quinto período de sesiones de la VII Legislatura (julio/diciembre 2005).

**GRÁFICO PORCENTUAL POR TRAMITACIÓN
INICIATIVAS PRESENTADAS: 3.006
JULIO/DICIEMBRE 2005**



**GRÁFICO PORCENTUAL DE INICIATIVAS
INICIATIVAS PRESENTADAS: 3.006
JULIO/DICIEMBRE 2005**



VI

DOCUMENTACIÓN

La conciliación de la vida familiar y laboral, un compromiso y una oportunidad para la modernización de la Administración Pública

Conciliar: Poner en armonía o de acuerdo (a dos o más personas o cosas, o una con otras). Hacer compatibles (dos o más cosas, unas con otras).

Corresponsabilidad: Condición de corresponsable (que participa de la responsabilidad con otro u otros).

Definiciones del Diccionario Español Actual (Manuel Seco) de los términos conciliar y corresponsabilidad (correspondiente).

Una de las principales demandas sociales en la actualidad es el equilibrio razonable entre trabajo y vida o familia. Esta nueva demanda social surgida por los profundos cambios socio-demográficos experimentados en los últimos tiempos (*la normalización de la incorporación de la mujer al mundo laboral; la dificultad en la atención a los hijos en edad escolar debido a que es cada vez mayor el número de hogares en los que ambos cónyuges trabajan, y a la dificultad en la conciliación horaria laboral con la escolar y con las necesidades educativas de los hijos; el aumento de la población de la tercera edad y sus necesidades de atención*), necesita de una apuesta clara y responsable de los gobiernos y sus políticas públicas.

En este sentido corresponde a los Gobiernos liderar esta política del cambio, no sólo por medio de las oportunas reformas legales de ámbito general, sino convirtiéndose en su verdadero motor, a través de las condiciones de trabajo en las distintas Administraciones Públicas, siendo un modelo en el cumplimiento de los principios de igualdad. Las políticas de integración deben de rotar sobre tres ejes:

* Jefe de la Sección de Recursos Humanos de la Asamblea de Madrid.

- Financiando los costes económicos.
- Dotando de infraestructuras destinadas al cuidado y educación de los miembros dependientes de la familia.
- Fomentando la flexibilidad horaria, permisos, etc.

Hay cuatro grandes factores que condicionan la puesta en marcha de estas políticas en las empresas. El primero es el vinculado con su tamaño, el segundo el relacionado con la competitividad y el tercero con la necesidad de las empresas de retener a los mejores talentos.

El tamaño de la empresa incide naturalmente en el tipo de medidas que se pueden adoptar. En el caso de grandes empresas la sustitución de trabajadores, la adaptación de horarios flexibles e incluso medidas novedosas como el teletrabajo se pueden realizar con mayor facilidad. En las pequeñas y medianas empresas, la adopción de este tipo de medidas resulta más complicada, pero bien es cierto que esta relación laboral, y a veces familiar, es más informal y los cambios pueden «negociarse» a nivel particular. Por lo general, las relaciones empresario/empleado son más cercanas y personales.

El aplicar estas políticas de «empresa flexible y responsable» en un principio puede verse como de coste, pero sin duda redundan en una mayor satisfacción de los trabajadores que repercute directamente en la productividad, en un menor absentismo y en la mejor valoración de la empresa, ampliándose el compromiso con la misma. Esta visión de coste hace unos años también se mantenía en las políticas de formación, pero ya está superado y la inversión en formación es, sin paliativos, una inversión en valor, y no me cabe ninguna duda que pronto la percepción de la adaptación y adopción de medidas de conciliación será vista con normalidad y se considerará un valor intrínseco de la organización.

Al igual que hoy en día se ha «normalizado» el reconocimiento empresarial en torno al respeto al medio ambiente, en la utilización responsable de los recursos energéticos, y en el compromiso con el reciclaje, una buena iniciativa a la hora de vincular a las empresas en la aplicación y el desarrollo de estas prácticas sería que las empresas más avanzadas con el modelo europeo de conciliación e igualdad gocen de un reconocimiento público, y sea éste un distintivo más de la calidad de estas empresas en la prestación del servicio.

Puede parecer que este tipo de políticas o bien forman parte de un discurso teórico convencional, o bien que están reservadas a las Administraciones Públicas, pero nada más lejos de la realidad. Podemos encontrar numerosos ejemplos de empresas privadas líderes, no sólo en la aplicación de la norma, sino que también destacan por la incorporación de medidas más novedosas. En la guía de buenas prácticas de la Empresa Flexible editada por la Consejería de Empleo y Mujer de la Comunidad de Madrid, podemos encontrar numerosos exponentes de empresas flexibles y responsables que igualmente son modelos de eficiencia empresarial.

En cuanto a las medidas legales de ámbito estatal, un paso importante ha sido la aprobación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral, por la que se reconocen la mayoría

de los derechos como individuales, a excepción de los relacionados con el parto y el disfrute obligatorio del período mínimo de 6 semanas por parte de la madre. Una última apuesta legislativa es el proyecto de Ley de Igualdad entre hombres y mujeres que aprobó el Consejo de Ministros el pasado 3 de marzo. Entre otras medidas, se reconoce un permiso de paternidad de 8 días, que se suman a los dos días ya existentes en el Estatuto de los Trabajadores, se fija un nuevo subsidio de maternidad para las trabajadoras que no reúnan las condiciones para acceder a la actual prestación por maternidad, así como distintas medidas de «equilibrio» en el empleo público y la representación de la mujer en órganos directivos públicos.

En el ámbito de la Administración Pública, estas medidas legislativas se han acompañado de otras acciones, que sirven de impulso social, como la firma del denominado Plan Concilia que afecta al personal de la Administración General del Estado, unos 500.000 empleados, y cuyas iniciativas, por la inercia de este importante empuje, se irán incorporando a las distintas Administraciones Locales y Autonómicas y sin lugar a dudas servirá como referente en las negociaciones de los distintos convenios colectivos en el ámbito privado.

Este Plan Concilia ha supuesto la incorporación, en el punto 4 del Acuerdo de la Mesa General de Negociación (Orden APU/3902/2005, de 15 de diciembre, BOE del 16 de diciembre), de las siguientes medidas para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral:

«— Ampliar la reducción de jornada por razón de guarda legal, actualmente reconocida, a quienes tengan a su cuidado directo hijos menores de 12 años, así como a quienes estén al cuidado directo de un familiar en los supuestos contemplados en la letra g) del artículo 30.1 de la Ley 30/1984.

— Establecer la concesión de 10 días de permiso por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, a disfrutar por el padre, a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

— Establecer el derecho a flexibilizar en un máximo de una hora el horario fijo de jornada para quienes tengan a su cargo personas mayores, hijos menores de 12 años o personas con discapacidad, así como quien tenga a su cargo directo a un familiar con enfermedad grave hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

— Excepcionalmente, previa autorización del responsable de la Unidad, se podrá conceder, con carácter personal y temporal, la modificación del horario fijo en un máximo de dos horas por motivos directamente relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y en los casos de familias monoparentales.

— Reconocer el derecho a solicitar una reducción de hasta el 50 por 100 de la jornada laboral, de carácter retribuido, para atender el cuidado de un familiar en primer grado, por razón de enfermedad muy grave, por el plazo máximo de un mes. En el supuesto de que los familiares del sujeto causante de este derecho fueran empleados públicos de la AGE, podrán disfrutar de este permiso de manera parcial, respetando en todo caso el plazo máximo.

— Incorporar la posibilidad de sustituir, por decisión de la madre, el permiso de lactancia de los hijos menores de doce meses por un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. Dicho permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

— Ampliar a dos años el período de excedencia con reserva del puesto de trabajo que desempeñaban, al que tienen derecho los empleados públicos para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida. Se amplía en un año el período de excedencia con reserva del puesto que desempeñaban en el caso de la excedencia para el cuidado de cada hijo. En ambos casos el período máximo de la excedencia será de tres años, siendo la reserva, durante el último año, a puesto de trabajo en la misma localidad y de igual nivel y retribución.

— En los casos de nacimiento de hijos prematuros o en los que, por cualquier motivo, éstos tengan que permanecer hospitalizados después del parto, el empleado público tiene derecho a ausentarse del lugar de trabajo hasta un máximo de dos horas diarias, percibiendo las retribuciones íntegras. En dichos supuestos, el permiso de maternidad puede computarse, a instancia de la madre o, en caso de que ella falte, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de este cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre.

— Los empleados públicos que tengan hijos con discapacidad psíquica, física o sensorial, tendrán dos horas de flexibilidad horaria diaria a fin de conciliar los horarios de los centros de educación especial y otros centros donde el hijo o hija discapacitado reciba atención, con los horarios de los propios puestos de trabajo.

— Los empleados públicos que tengan hijos con discapacidad psíquica, física o sensorial tendrán derecho a ausentarse del trabajo por el tiempo indispensable para asistir a reuniones de coordinación de su centro de educación especial, donde reciba tratamiento o para acompañarlo si ha de recibir apoyo adicional en el ámbito sanitario.

— Los empleados públicos tendrán derecho a ausentarse del trabajo para someterse a técnicas de fecundación asistida por el tiempo necesario para su realización y previa justificación de la necesidad dentro de la jornada de trabajo.

— Derecho a disfrutar de un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este período exclusivamente las retribuciones básicas, en los supuestos de adopción internacional cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado.

— Derecho de las madres y de los padres a acumular el período de disfrute de vacaciones al permiso de maternidad, lactancia y paternidad, aun habiendo expirado ya el año natural a que tal período corresponda.

— Reconocimiento de los permisos retribuidos en casos de adopción o acogimiento de menores de más de 6 años.

— De acuerdo con lo previsto en el artículo 30.2 de la Ley 30/1984, podrán concederse permisos por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y los relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral.

— De conformidad con lo establecido en el IV Acuerdo de Formación Continua en las Administraciones Públicas de 21 de septiembre de 2005, se fomentarán las medidas, en materia de formación, que tiendan a favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, así como la participación de los empleados públicos con cualquier tipo de discapacidad.

— Los empleados públicos podrán recibir y participar en cursos de formación durante los permisos de maternidad, paternidad, así como durante las excedencias por motivos familiares.

— *Se procurará que las medidas acordadas puedan hacerse efectivas en centros donde resulte difícil la sustitución de empleados públicos que precisen conciliar su vida familiar y laboral.»*

Centrándonos ya en nuestra Organización, examinaremos algunos datos de la incorporación y participación de la mujer en la estructura de la Asamblea de Madrid y seguidamente detallaremos las medidas encaminadas en la conciliación familiar/laboral adoptadas por la Cámara, teniendo en cuenta que en el momento de la redacción de este artículo se encuentra abierto el proceso negociador de la VII Legislatura, que posiblemente incorporará las directrices del Plan Concilia y avanzará en otras medidas.

En la Asamblea de Madrid, la proporción de mujeres es ya superior a la de hombres. Esto hoy en día ya no resulta novedoso, aunque persisten en la sociedad determinados sectores en los que hay que seguir incidiendo para llegar a la paridad, en la Administración Pública la incorporación de la mujer es mayoritaria. Esta tendencia podemos observarla en el cuadro resumen de la distribución por sexos de las últimas incorporaciones de personal funcionario en la Asamblea de Madrid. En la Función Pública el esfuerzo hay que centrarlo en la superación de las «barreras» para que la mujer desempeñe en la misma proporción cargos de responsabilidad o directivos. En este sentido los datos de la Asamblea de Madrid nos mostrarían ya la consolidación de la mujer en puestos u órganos directivos en mayor proporción que los hombres. Veamos esta distribución:

DISTRIBUCIÓN DE LA PLANTILLA POR SEXOS				
Plantilla Total Asamblea de Madrid ¹	Número de mujeres	Porcentaje de mujeres	Número de hombres	Porcentaje de hombres
218	137	63	81	37

ÓRGANOS SUPERIORES DE PERSONAL DE LA ASAMBLEA DE MADRID					
Órgano	Total miembros	Número de mujeres	Número de hombres	Porcentaje de mujeres	Porcentaje de hombres
Mesa de la Asamblea	7	5	2	71,42	28,57
El Presidente	1	1	0	100	0
El Consejo de Personal	11	No hay datos. No se realiza un nombramiento nominal y permanente por Legislatura			

¹ Se incluye el personal del Defensor del Menor y las vinculaciones de funcionarios de carrera, funcionarios interinos, laboral fijo y personal eventual.

SECRETARÍA GENERAL Y DIRECCIONES ORGÁNICAS DE LA ASAMBLEA DE MADRID					
Estructura Orgánica	Total miembros	Número de mujeres	Número de hombres	Porcentaje de mujeres	Porcentaje de hombres
Secretaría General Dirección de Gestión Parlamentaria Dirección de Gestión Administrativa Dirección de Informática y Tecnología Intervención	5	3	2	60	40

PROPORCIÓN DE FUNCIONARIOS Y FUNCIONARIAS INCORPORADAS A LA ASAMBLEA DE MADRID EN LOS ÚLTIMOS PROCESOS SELECTIVOS			
Pruebas de Acceso	Porcentaje de mujeres	Porcentaje de hombres	Total
Cuerpo de Letrados de la Asamblea de Madrid (junio 2004)	100	0	100
Cuerpo Facultativo de Técnicos en Informática, Escala Superior, de la Asamblea de Madrid (noviembre 2001)	100	0	100
Cuerpo Facultativo de Técnicos en Informática, Escala Gestión, de la Asamblea de Madrid (noviembre 2001)	66,66	33,33	100
Cuerpo de Administrativos de la Asamblea de Madrid (noviembre 2001)	94	6	100
Cuerpo de Especialistas del Defensor del Menor (noviembre 2001)	100	0	100
Cuerpo Facultativo de Especialistas en Audiovisuales, Escala Auxiliar	0	100	100
Cuerpo de Especialistas en Reprografía, Escala Auxiliar (noviembre 2001)	0	100	100
Cuerpo de Subalternos, Escala de Conductores (noviembre 2001)	0	100	100
Cuerpo de Subalternos, Escala de Ujieres (noviembre 2001)	100	0	100
Distribución Porcentual de la Incorporación	62,30	37,70	100

En cuanto a las medidas encaminadas a la conciliación laboral/familiar las agruparemos en las de carácter económico (reguladas en el reglamento de prestaciones sociales) y las que facilitan la flexibilidad horaria, la concesión de permisos, etc.:

Medidas de carácter económico. El reglamento de prestaciones sociales del personal de la Asamblea de Madrid² supone un gran avance en cuanto a prestaciones económicas directas y a la amplitud del concepto «beneficiario». Contempla a «cónyuges, ascendientes y descendientes menores de 26 años, cuando convivan con el titular y a sus expensas, presumiéndose dichas circunstancias en los hijos menores de 18 años, así como en las uniones de hecho, los miembros de las mismas». Las ayudas de protección social a las familias contenidas en el meritado reglamento son las siguientes:

- Ayuda destinada a la rehabilitación y educación de hijos, cónyuge, pareja de hecho o ascendientes, así como los hijos aportados a la familia por el cónyuge o pareja del hecho del funcionario que convivan con el titular y a sus expensas, que sean disminuidas psíquicos o físicos. El derecho a esta prestación permanece incluso en caso de fallecimiento, jubilación o invalidez del titular, la Asamblea de Madrid se compromete al pago de las cuotas necesarias a la Mutualidad correspondiente a fin de que el minusválido perciba la pensión correspondiente con carácter vitalicio.
- Ayudas para el tratamiento de fecundación asistida.
- Para los gastos de estudio y formación de los hijos del personal de la Asamblea de Madrid menores de 26 años que convivan a sus expensas, se establecen ayudas desde la educación infantil de primer ciclo (guarderías) hasta los estudios universitarios.
- Ayudas para los gastos de comedor en educación infantil y primaria.
- Prestaciones por nacimiento de hijo.

Medidas que afectan a la jornada de trabajo, flexibilidad horaria, permisos y licencias, etc.:^{3,4}

- Flexibilidad del 25 por 100 de la jornada. Se fija como presencia obligatoria, para el horario establecido como general, 5 horas y 15 minutos diarios, el resto de la jornada corresponde al horario flexible (salvo la tarde semanal para el personal con horario de mañana).
- Durante los meses de julio, agosto y septiembre y las vacaciones de Semana Santa y Navidad se establece la jornada reducida.
- Se posibilita que cuando finalice la situación de maternidad o incapacidad temporal se continúe con el disfrute del permiso por vacaciones anuales, aunque hubiera expirado el año natural.

² No se incluyen las ayudas de mejora al sistema de asistencia sanitaria.

³ No se contempla la posible adecuación a la nueva normativa estatal derivada de los Acuerdos sobre condiciones de trabajo (Plan Concilia).

⁴ No se incluyen las excedencias recogidas en el reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios y que son de aplicación supletoriamente, en la Asamblea de Madrid.

- Permiso de 15 días por razón de matrimonio.
- Permiso de 4 días por el nacimiento o adopción de un hijo.
- Permiso retribuido de dos, cinco o siete días naturales consecutivos por operación quirúrgica o enfermedad del cónyuge o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Este permiso será de dos días en el caso de tíos o sobrinos por vía consanguínea.
- Permisos por el tiempo indispensable para el acompañamiento de hijos y personas dependientes a la asistencia sanitaria.
- Permiso por el tiempo indispensable para el acompañamiento a la madre en las pruebas diagnósticas y de preparación al parto.
- Permiso retribuido para someterse a tratamientos de fecundación asistida.
- Permiso retribuido con ocasión de las Fiestas de Navidad y Semana Santa.
- Permiso de 122 días naturales consecutivos por maternidad. La Asamblea completará mensualmente la prestación por maternidad que corresponde al INSS hasta alcanzar la cuantía de las retribuciones íntegras de la funcionaria.
- En los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, el permiso tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del funcionario, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. La duración del permiso será, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores, mayores de seis años de edad, cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que, por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios competentes. En caso de que el padre o la madre trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlos de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos.

En los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los apartados anteriores o de los que se correspondan en caso de parto múltiple.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, podrá iniciarse otro permiso de hasta cuatro semanas antes de la Resolución por la que se constituye la adopción.

- Reducción de la jornada en una hora diaria para el cuidado y atención de hijos menores de 24 meses. El permiso será de dos horas en los supuestos de más de un hijo menor de 24 meses. La reducción de la jor-

nada podrá acumularse semanalmente, de manera que exima al interesado de la prestación de la jornada de tarde o de mañana dependiendo del turno de trabajo.

- Permiso retribuido excepcional de 15 días naturales consecutivos como máximo, en función de la gravedad de la situación. No obstante, éste podrá prorrogarse atendiendo a las circunstancias personales, familiares y económicas del funcionario y las previsibles soluciones al caso, incluida la ayuda que la Asamblea pudiera ofrecer dentro de sus recursos.
- Licencia con retribución parcial, por la disminución de jornada de trabajo, como mínimo de un tercio y como máximo de la mitad de la duración de aquélla, autorizada por razones de guarda legal, al personal que tenga a su cuidado directo algún menor de seis años, anciano o disminuido físico o psíquico, que no desempeñe ninguna actividad retribuida.
- El personal que cuente con un mínimo de un año ininterrumpido anterior de servicio activo, podrá disfrutar, en caso de necesidad justificada, de una licencia sin retribución por un tiempo no inferior a siete días naturales consecutivos ni superior a un año.
- Durante el período de descanso maternal el funcionario afectado puede participar en los cursos de formación ofertados por la Asamblea de Madrid.

Estas políticas que hemos detallado llevan ya tiempo implementadas en la Asamblea de Madrid, en cierta manera forman parte de la cultura organizacional y existe flexibilidad en la interpretación y aplicación de las mismas —se admite una acepción amplia de familia y enfermedad en el cuidado de familiares enfermos, etc.—. En este sentido, dado el tamaño de nuestra organización, nos encontramos con una característica favorable de las pequeñas y medianas empresas, la cercanía con el personal y la posibilidad de estudiar de manera particular cada caso concreto. Pero no todo son ventajas, a la hora de incorporar nuevas medidas nos encontramos con inconvenientes de «las grandes empresas», la supeditación a las prácticas de otras administraciones y su incorporación mediante procedimientos muy reglados, como las Mesas de Negociación. Como la experiencia nos demuestra, esto dilata más de lo deseable su integración a la normativa propia. Sería bueno establecer en los Acuerdos de Negociación, cláusulas de «incorporación automática» de las medidas que a escala general se estén aprobando en el marco estatal o autonómico.

Terminando, todo este conjunto de políticas dirigidas hacia la conciliación de la vida familiar y laboral nunca serán totalmente efectivas si no se identifican con la corresponsabilidad dentro de la familia, de ahí que empezáramos este artículo con la definición de conciliación y corresponsabilidad. La verdadera conciliación es la corresponsabilidad. La clave fundamental está en combinar estas políticas públicas con los cambios sociales que equilibren, entre los integrantes de la familia, los tiempos dedicados al trabajo fuera de casa y aquellos otros dedicados al cuidado y atención de hijos y mayores

dependientes. Esta tarea no es sólo de la madre, también lo es del padre. Hay que hacer un gran esfuerzo en la educación de la sociedad, empezando por la educación de los hijos en el seno de la familia, en la corresponsabilidad, para que todo este conjunto de medidas puedan ser efectivas.

Éste es el reto de futuro, coadyuvado por las políticas públicas: llegar a la corresponsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- CABALLERO BELLIDO, María, *Políticas Empresariales de Conciliación. Vida Familiar y Laboral: Buenas Prácticas*.
- CHINCHILLA, N.; POELMANS, S.; LEÓN, C., y TARRÉS, J. B., «Hacia la Conciliación de la Vida Laboral, Familiar y Personal», *Guía de Buenas Prácticas de la Empresa Flexible*, IESE, Business School, Universidad de Navarra, Consejería de Empleo y Mujer, Comunidad de Madrid.
- LÓPEZ LÓPEZ, María Teresa, y VALIÑO CASTRO, Amelia, «Conciliación Familiar y Laboral en la Unión Europea», *Valoración de las Políticas Públicas*, CES.
- Plan Concilia tu vida personal y laboral*, Ministerio de Administraciones Públicas.
- 1.^{er} Encuentro sobre la iniciativa Europea EQUAL, Conciliación de la Vida Laboral y Familiar en España.

VII

RECENSIONES

Carmona Cuenca, Encarna:
La crisis del recurso de amparo. La protección
de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial
y el Tribunal Constitucional

Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones,
Madrid, 2005, 144 pp.

I

Esta obra, que le sirvió a su autora para alcanzar la plaza de profesora titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Alcalá de Henares, constituye un análisis del recurso de amparo desde el punto de vista de sus deficiencias y dificultades puestas de manifiesto después de más de veinte años de funcionamiento de la justicia constitucional, que le han abocado a una «crisis» —de ahí el título del libro objeto de la recensión—, denunciada con cierta frecuencia, pero a la que no siempre se aportan soluciones. En este sentido la profesora CARMONA CUENCA hace una apuesta valiente con sus propuestas de reforma.

La obra recensionada cobra toda su actualidad en momentos como el presente en que se está tramitando en las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, con el fin de corregir, entre otras cosas, la situación descrita en el libro. Se ha tomado conciencia, como señala la Exposición de Motivos del Proyecto, de que «la experiencia acumulada tras más de 25 años de actividad del Tribunal Constitucional desde su creación ha puesto de manifiesto la existencia de una serie de situaciones y circunstancias en la realidad práctica que con el transcurso del tiempo han llegado a convertirse en problema para el mejor resultado del trabajo del Tribunal. Entre ellas destaca, por un lado, el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal».

* Letrada de la Asamblea de Madrid y Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

II

La obra se estructura en cuatro capítulos precedidos de una Introducción en la que se anticipa al lector el contenido básico de la monografía a la que se enfrenta, para pasar, a continuación, a un capítulo preliminar (pp. 29 a 36) referente a las vías de protección de los derechos fundamentales; un segundo capítulo (pp. 37 a 73), que pone el énfasis en el carácter subsidiario del recurso de amparo; el tercer capítulo (pp. 75 a 98) centrado en la problemática actual del amparo constitucional y, por último, el capítulo cuarto (pp. 99 a 133) en el que se aportan las posibles soluciones a los problemas planteados.

El meritado esquema estructural es antecedido por una nota de agradecimiento y un excelente prólogo del Catedrático de Derecho Constitucional y Magistrado del Tribunal Supremo, el profesor LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, y se cierra con una referencia bibliográfica, principalmente española, ordenada alfabéticamente y una pequeña *addenda* incorporada con motivo de la publicación en Internet de un estudio del Profesor FERNÁNDEZ FARRE-RES: *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*.

Como puede apreciarse, una estructura sencilla que refleja la sencillez expositiva, que no simplicidad, con que se aborda la problemática del recurso de amparo.

III

Se plantea desde el inicio —en la misma introducción— la doble problemática que en nuestros días presenta el recurso de amparo: por un lado, el elevado número de recursos que se interponen ante el Tribunal Constitucional, cuya resolución constituye la principal tarea del Tribunal desde una perspectiva puramente cuantitativa; por otro, el posible conflicto entre el Supremo Interpreté de la Constitución y la jurisdicción ordinaria en la tutela de los derechos fundamentales. Asimismo, se avanza la senda por la que se ha de intentar la solución, que no es otra que el énfasis en el carácter subsidiario con que se ha configurado, al menos legalmente, el recurso de amparo, y se propone la distinción de dos tipos de recursos de amparo en función del poder público del que procede la violación del derecho fundamental con un régimen jurídico diferenciado.

En el Capítulo Preliminar se efectúa una breve referencia histórica de los derechos fundamentales poniendo el énfasis en la teoría de los derechos públicos subjetivos y su decisiva contribución en el establecimiento de instrumentos de garantía de los derechos. De entre estas garantías destaca la jurisdiccional, que se ha articulado de diversa manera en los diferentes sistemas jurídicos: bien a cargo de la jurisdicción ordinaria, como es el caso italiano, bien atribuyéndose a la jurisdicción constitucional, como sucede en Austria, Alemania y España, si bien en los dos últimos supuestos no es misión exclusiva del Tribunal Constitucional velar por la garantía de los derechos fundamentales, sino compartida con los Jueces y Tribunales integrantes del

Poder Judicial al configurarse el recurso de amparo constitucional como un recurso subsidiario. La subsidiariedad, característica común al amparo constitucional en la mayoría de los Estados que lo contemplan, es, en nuestro ordenamiento jurídico, como advierte la profesora CARMONA, una nota no impuesta por la Constitución, sino derivada de la legislación, concretamente de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que el propio Tribunal se ha encargado de enfatizar en reiterada jurisprudencia.

Se pregunta la autora de la obra recensionada si el recurso de amparo constitucional es un verdadero proceso jurisdiccional, ofreciendo una respuesta afirmativa, dado que el Tribunal Constitucional, tanto por su composición como por las funciones que ejerce es un órgano de naturaleza jurisdiccional; ahora bien, se trata de un proceso especial —un proceso constitucional— porque aquel Tribunal tiene una naturaleza jurídica peculiar que le hace no integrarse en el Poder Judicial. Determinado lo anterior, se cuestiona la profesora CARMONA si constituye un proceso autónomo respecto del que se desarrolla ante la jurisdicción ordinaria o, por el contrario, dependiendo de él, habida cuenta del carácter subsidiario del recurso de amparo; inclinándose por la primera de las opciones tomando en consideración que la pretensión no es idéntica en los dos procesos y la jurisdicción constitucional es especial.

Tras el análisis del carácter subsidiario del recurso en función del órgano del que procede la violación del derecho fundamental, según la sistemática seguida en los artículos 42 a 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se procede al estudio de los posibles efectos de la sentencia estimatoria del amparo con especial referencia al problema que se puede plantear cuando la violación del derecho fundamental tiene su origen en un órgano jurisdiccional, supuesto en el que de modo latente se vislumbra un conflicto entre la potestad jurisdiccional ordinaria y la constitucional, al que coadyuva sobremanera la dificultad de mantener ambas jurisdicciones como compartimentos estancos y cerrados, así como la ausencia de criterios claros y precisos de delimitación competencial entre ambas jurisdicciones en la protección de los derechos fundamentales.

El foco principal de tensión entre los Tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional lo constituyen los supuestos en que el recurso de amparo se interpone por vulneración de derechos fundamentales de carácter procesal, ya que, mediante la invocación del artículo 24 de la Constitución se puede revisar casi cualquier actuación de los Jueces ordinarios. Ello no significa, empero, que toda estimación del amparo por vulneración de derechos procesales sea fuente de conflicto, dado que, en estos casos, normalmente el fallo suele consistir en declarar la nulidad de la resolución judicial que lesionó el derecho y ordenar la retroacción de las actuaciones procesales a un momento anterior a la vulneración del derecho. Sin embargo, el problema se suscita con aquellas sentencias del Tribunal Constitucional que otorgan el amparo y confirman una sentencia anterior a la anulada, hipótesis en la que el conflicto entre el Supremo Intérprete de la Constitución y el Tribunal Supremo es manifiesto.

La problemática, que originó la creación de un Grupo de Trabajo en el seno del Ministerio de Justicia para mejorar la articulación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en la defensa de los derechos fundamentales, se ha suscitado con toda su crudeza al hilo de algunas sentencias, concretamente las SSTC 7/1994, de 17 de enero; 115/2000, de 5 de mayo, y la de 23 de enero de 2004.

A lo anterior se añade, como ya se señalaba anteriormente el excesivo número de recursos de amparo que se plantean ante el Tribunal Constitucional, lo que tiene tres importantes consecuencias de orden negativo: sobre el propio amparo constitucional hasta llegar, incluso, a privarlo de sentido; sobre los demás procesos constitucionales, que constituyen la esencia de la jurisdicción constitucional; y sobre la jurisdicción ordinaria, al contribuir a las dilaciones indebidas de aquél.

El origen de la problemática es dual: por una parte, la falta de desarrollo legal del amparo ordinario al que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución y; por otra, la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley como derechos fundamentales tutelables en amparo, derechos, además, de los que se hace una interpretación muy amplia tanto del derecho como de la relevancia constitucional de las infracciones procesales.

Estudiadas las causas que originan la situación comentada, se centra la profesora CARMONA en el análisis de las posibles vías de solución. La primera de ellas y la más drástica supondría eliminar el recurso de amparo con el doble argumento de que este tipo de recurso se aparta del sentido originario de la justicia constitucional, así como que los derechos fundamentales se encuentran suficientemente garantizados con la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, tal medida no goza de la simpatía de la doctrina y tampoco de la profesora CARMONA tanto por su difícil encaje constitucional como por razones de oportunidad política y jurídica.

No han faltado propuestas dirigidas a atribuir al Tribunal Constitucional la facultad de «seleccionar» los asuntos que acceden a su examen si bien la dificultad estriba en delimitar los criterios de selección: desde la más amplia técnica norteamericana del *writ of certiorari* a la limitada reforma alemana de 1993 que posibilitó inadmitir el recurso por motivos de fondo.

Una tercera vía de solución consistiría en distinguir a fin de delimitar los ámbitos respectivos de las jurisdicciones ordinaria y constitucional entre las cuestiones de ilegalidad y la vulneración de un precepto constitucional. No obstante, esta distinción, quizá posible en la esfera teórica, se torna extremadamente dificultosa cuando nos movemos en la práctica, especialmente en relación al derecho a la tutela judicial efectiva.

Las dificultades que este derecho entraña, desde la perspectiva de sus garantías judiciales, ha propiciado que algunos autores propugnen la exclusión del mismo del recurso de amparo constitucional, propuesta que no deja de ser constitucionalmente cuestionable, pues, como afirma la profesora CARMONA, el «artículo 53.2 de la Constitución incluye, entre los derechos protegibles en amparo ordinario y constitucional, el mencionado derecho a

la tutela judicial efectiva y el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la Norma Fundamental».

Lo que sí sería viable es la restricción del acceso al Tribunal Constitucional cuando el amparo se fundamente en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva o del principio de igualdad en aplicación de la ley, lo que conduciría a distinguir entre los recursos de amparo por violación de derechos sustantivos y los recursos de amparo por vulneración de derechos procesales, a los que se le aplicaría un severo régimen de admisión. No puede ocultarse que esta diferenciación de régimen pudiera quedar burlada si se invocan, como, por otra parte, es bastante frecuente, varios derechos de distinta naturaleza.

Por esta razón la profesora CARMONA CUENCA se muestra proclive a distinguir el régimen jurídico del recurso de amparo en función de que la vulneración del derecho (ya sea procesal o sustantivo) proceda directamente de una resolución judicial, o tenga su origen en cualquier otro órgano público o particular, sin perjuicio de que su acto pueda haber sido confirmado por los Tribunales ordinarios. En el primer supuesto, el recurso de amparo sólo sería admitido si concurre una de las siguientes causas, que el demandante debe motivar suficientemente: que se «plantée un problema de gran trascendencia constitucional, cuyo interés objetivo haga preciso sentar doctrina en un determinado sentido» o que «el perjuicio causado sea extremadamente grave». Si no concurre ninguna de estas dos circunstancias el recurso sería inadmitido mediante providencia.

De esta propuesta *de lege ferenda* se predicen una serie de ventajas tales como servir de medida disuasoria para la interposición de recursos de amparo contra actuaciones judiciales, así como contribuir a reforzar el carácter subsidiario del amparo constitucional; superar la contradicción que en la actualidad presentan los recursos de amparo frente a particulares; asimilar el régimen del amparo constitucional al del amparo ordinario, a lo que hay que añadir, fundamentalmente, que permitiría reducir la posibilidad de conflicto entre los Tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional y disminuir la carga de trabajo del Supremo Intérprete de la Constitución.

La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que en los momentos que se escriben estas líneas está en tramitación parlamentaria se adentra en la exploración de esta vía (si bien sin hacer diferenciaciones en función de la instancia de la que procede la vulneración del derecho fundamental), dificultando el acceso al Tribunal Constitucional mediante la modificación de las causas de admisión del recurso de amparo en el sentido de exigir que «el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales», haciendo recaer, además, sobre el demandante la carga de la alegación y acreditación de estos extremos.

Consciente de que la medida propuesta pudiera ocasionar una insuficiencia de mecanismos de garantía de los derechos en el seno de los proce-

sos judiciales, la profesora CARMONA propone completar la anterior reforma ampliando los supuestos en que cabe plantear el incidente de nulidad de actuaciones en el sentido de incluir la violación de cualquier derecho fundamental susceptible de recurso de amparo, permitiendo así la posibilidad de que las violaciones de los derechos con origen judicial puedan ser corregidas por el propio Poder Judicial, lo que justificaría la restricción del acceso al Tribunal Constitucional. En este sentido se orienta, asimismo, la reforma en tramitación al incluir la modificación del artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la línea indicada, admitiendo el incidente de nulidad de actuaciones fundada en la vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

IV

Se incorpora a la obra una pequeña *addenda* con el fin de comentar la reforma del recurso de amparo propuesta por el Prof. FERNÁNDEZ FARRERES en una publicación aparecida en Internet durante la fase final de impresión del libro, propuesta consistente en crear una Sala Especial en el Tribunal Supremo para conocer del «recurso de amparo judicial» frente a las vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión producidas por la jurisdicción ordinaria, cuya desestimación dejaría expedita la vía del recurso de amparo constitucional si el Ministerio Fiscal se hubiera pronunciado favorablemente a la estimación del amparo ordinario o en las distintas instancias judiciales algún magistrado hubiera emitido voto particular apreciando la vulneración del derecho fundamental.

La autora del libro recensionado se muestra crítica con la propuesta. A su juicio, la creación de una Sala *ad hoc* en el seno del Tribunal Supremo puede suponer trasladar a éste la «avalancha» de asuntos que en la actualidad sufre el Tribunal Constitucional, a la vez que podría ser un nuevo foco de fricciones con él. A ello se añade que no se lograría impedir el acceso al Tribunal Constitucional de las conculcaciones de los derechos por parte de los órganos jurisdiccionales, pues las demandas de amparo frecuentemente incluyen la vulneración de varios derechos fundamentales.

V

Como fácilmente se deduce de lo expuesto, la obra de la profesora CARMONA no se queda en la denuncia de unas disfunciones, sino que, además, se adentra en el análisis de las causas que la originan como método necesario para la búsqueda de soluciones, tarea que se afronta sin ambages y en la que no se escatiman esfuerzos.

Vázquez-Portomeñe Seijas, Fernando:
El falso testimonio ante comisión parlamentaria
de investigación (art. 502.3 CP). Tipo de injusto

Colección Justicia Penal.
Atelier Libros Jurídicos, 2005

El Profesor VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Santiago de Compostela, analiza el tipo de injusto de una de las figuras delictivas más relevantes en el seno de la protección de las instituciones, dentro del genérico tratamiento de los Delitos contra las instituciones del Estado y la división de Poderes del Capítulo III del Título XXI del Código Penal. Lo cierto es que la protección de las instituciones, y más en concreto del Parlamento, es uno de los sectores más abandonados en el tratamiento jurídico y por este motivo es de agradecer esta breve obra que arroja luz sobre una vertiente más específica cual es la de la protección penal. Tiene la virtud en esta obra de dejar aparte el delito de no comparecencia ante Comisión de Investigación y entrar en el más específico del falso testimonio.

Contamos con un autor muy detallista en algunos de los aspectos, lo cual no sólo demuestra su condición de buen jurista, sino, más específicamente, de su formación penalista. Desde el punto de vista general también hay que lamentar algún aspecto como que el autor no incluya dentro de la obra general algunas de las notas al pie que atribuirían y completarían muchas opiniones dotando de un gran volumen de información al lector.

Entrando ya en la estructura de la obra, se encuentra dividida en tres capítulos: el primero destinado a la naturaleza jurídica del delito, el segundo a sus presupuestos y el tercero y más relevante a la descripción del tipo de injusto del falso testimonio ante comisión de investigación, todos ellos precedidos de una pequeña introducción.

En la introducción el autor explica los motivos y razones de política criminal que llevaron a la tipificación de este comportamiento y las complejidades interpretativas a las que ha dado lugar con lagunas y paralelismos con la figura delictiva en el plano judicial. Igualmente pone de manifiesto las dis-

* Letrado de las Cortes Generales.

crepancias doctrinales en cuanto a la necesidad o no de llegar al instrumento último de sanción del Estado, el Derecho Penal; y a la posible vulneración de uno de los grandes principios de este sector del ordenamiento, el principio de intervención mínima. La decisión de la inclusión de una conducta en el Código Penal es propia de la política criminal y, en este caso concreto, vino influida, al igual que muchos otros aspectos de la regulación de las comisiones de investigación tales como la publicidad o el acceso a información tributaria, como consecuencia de las vicisitudes que se vivieron en la primera mitad de los noventa en algunas de las comisiones más relevantes que han existido dentro de un sistema político, el español, en el que las comisiones de investigación son uno de los instrumentos de control, y aquí ya nos posicionamos, más discutidos.

En referencia a la naturaleza jurídica del delito, el autor comienza con un aspecto curioso cual es el de la relevancia o no del juramento como elemento de la conducta típica y, más en concreto, en el desvalor penal de la conducta, señalando, postura con la que coincidimos, que no cabe esta exigencia. En cuanto al fundamento de la figura penal, el autor lleva a cabo un pequeño análisis de la verdadera naturaleza de las comisiones de investigación y de sus similitudes o no con el quehacer de la Administración de Justicia, concluyendo, con base en las principales obras sobre la materia, que en España no se pueden asimilar a diferencia de lo que ocurre con otros ordenamientos como el italiano o el alemán.

En cuanto al bien jurídico protegido y al objeto concreto de protección, el autor lo va delimitando mediante una cuidada labor de aproximación, señalando que el bien jurídico que se protege no es la virtualidad probatoria del testimonio, sino que el bien jurídico institucional que fundamenta el tipo delictivo es la actividad parlamentaria y, más en concreto, el control parlamentario del Gobierno, postura a la que llega tras reflejar la sempiterna polémica de la diferenciación entre la actividad de control y la actividad de información sobre la que ni siquiera quienes trabajamos en el Parlamento tenemos una postura unánime. En el plano ya del objeto de protección, esta obra descarta una de las tesis más relevantes del fundamento último de la figura delictiva cual es el de la corrección de las conclusiones. Lo hace con base en argumentos tales como que las comisiones de investigación pueden concluir de manera distinta a la corrección del dictamen de conclusiones, porque las conclusiones son un mero acto de instrucción de la comisión que es sometido con posterioridad al Pleno y, por último, que lo que se busca determinar es la verdad política y no la plasmación jurídica de la realidad. De este modo el autor se inclina por señalar que el injusto típico no guarda relación con el contenido del dictamen final, sino con el procedimiento investigador como tal, indicando que desde el punto de vista axiológico el aval más importante de este posicionamiento es que lo más relevante de la comisión de investigación es la proyección pública del procedimiento. Coincidimos con el autor en que la trascendencia pública de las comisiones de investigación, fruto del acceso de los medios de comunicación a las mismas, es, desgraciadamente, uno de los exponentes fundamentales de la proyección del Parlamento en la

sociedad, dejando de lado otras funciones mucho más relevantes de la sede de la soberanía nacional. Se trata de una plasmación indirecta de la genéricamente denominada *crisis del Parlamento*.

Cierra el autor este primer capítulo entrando en algunas de las diferentes clasificaciones de las figuras delictivas, apuntando que nos encontramos ante un delito especial propio, por la situación de deber de quien comparece, y más en concreto ante un delito de posición jurídica; un delito de lesión, y más en concreto un delito procedimental, es decir, cuando la quiebra de las reglas de actuación frustran *per se* el fin esencial del procedimiento; y un delito de mera actividad, puesto que sin exigir un resultado, la declaración falsa supone ya como tal la realización del tipo de lo injusto.

El segundo capítulo tiene un tratamiento más jurídico-parlamentario que jurídico-penal, ya que está enfocado a delimitar qué es una comisión de investigación a los efectos de establecer el presupuesto parlamentario de comisión del delito. No se trata de una tarea fácil porque nos encontramos con que se entremezclan dos ramas del ordenamiento jurídico, la penal y la parlamentaria, cuyos caracteres difieren. El caso del Derecho Penal, informado por principios ilustrados esenciales como el de legalidad y el de tipicidad, exige del mayor detalle y precisión posible; el caso del Derecho Parlamentario, manifestación por excelencia de las relaciones entre Derecho y Política, está informado por los contornos difusos, y la importancia de otras dos grandes categorías de fuentes del Derecho, la costumbre, reflejada en el precedente parlamentario, y la construcción principialista que sirve a los fines propios de ordenar el juego vivo de la política en el seno de la institución. El primer aspecto que trata es el de delimitar el ámbito de actuación finalista de una comisión de investigación, sobre qué materia va a *investigar*, tarea muy delicada en la que las opiniones son muy divergentes. Por eso es de destacar el resumen que recoge la obra en aspectos tan interesantes como los límites derivados de la estructura territorial, de la naturaleza de los órganos constitucionales o de relevancia constitucional y, partiendo de la no posibilidad de examinar decisiones judiciales, la posibilidad o no de atender a determinadas vertientes de actuación del Consejo General del Poder Judicial. El autor además, sobre la base de nuevo de la mejor doctrina, estudia con especial interés la distinción entre las comisiones de investigación y las denominadas comisiones de estudio, y recuerda las dos interpretaciones que existen en quienes se han acercado dentro de obras más generales al estudio de la figura delictiva que nos ocupa: la restrictiva, que delimitaría las comisiones de investigación respecto de las de estudio y conllevaría que el falso testimonio sólo sea aplicable a las primeras; y la interpretación amplia, que supondría que el falso testimonio también fuera trasladable a las segundas. Debemos decir que para diferenciarlas no puede atenderse a la trascendencia política del hecho, aunque normalmente las comisiones de investigación reflejan no tanto un problema social cuanto un escándalo social y político, pero sí, en el seno de una obra jurídica como la que nos ocupa, a la vía de constitución (aunque sea cierto, como dice el autor, que la práctica ha deparado muchas sorpresas) y por supuesto al tratamiento jurídico, siendo la obligación de comparecer la

punta de lanza de esta realidad. Este último aspecto es recalcado por el autor para encuadrar los presupuestos de la tipificación penal y nosotros lo compartimos desde estas líneas. Se trata, en definitiva, de establecer de manera clara el respeto a los principios de legalidad y de tipicidad. Igualmente coincidimos con el autor en que las posibles comparecencias ante ponencias o subcomisiones no servirían como presupuesto para la tipificación penal. Se trata de órganos de las comisiones y, por tanto, no son comisiones como tales, sin que sea lugar estas líneas para realizar un más profundo análisis en la materia.

Es éste el momento también de reflejar uno de los grandes aciertos de la obra del Profesor VÁZQUEZ-PORTOMEÑE cual es el de no olvidar, como no ha hecho tampoco nuestro Código Penal actual, la realidad territorial, razón por la cual es digno de destacar el recorrido que el autor hace de la normativa autonómica. Ciertamente es que, a título de anécdota, sería discutible alguna afirmación de corte jurídico-público como que, en virtud del principio de autonomía, las instituciones autonómicas tienen en su ámbito territorial *idéntico significado* que las Cortes Generales en el conjunto del Estado.

El tercer capítulo lo dedica el autor ya al análisis específico del tipo de injusto. En él el autor lleva a cabo un cuidadoso estudio, motivo por el que nos vamos a detener especialmente, ya que constituye el núcleo central del trabajo. En primer lugar, explica la figura del sujeto activo que sólo lo puede ser el convocado, quien, para ostentar la condición de sujeto activo no sólo cumplirá con la personación, sino que también tiene la obligación de declarar. En realidad el autor utiliza como parámetros y exigencias las propias del delito de desobediencia grave al que hace referencia el artículo 502.1 del Código Penal. La condición de convocado la define el autor como caracterizada por determinadas notas como que se trate de una persona física, lo que argumenta en motivos jurídico-penales como la imposibilidad de exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, materia en todo caso sobre la que como mínimo hay que señalar que es discutible; aunque también en otras de naturaleza lógica, como que el falso testimonio es «faltar a la verdad en la emisión de un testimonio».

Comparto un aspecto destacado por el autor cual es el de la no exención de comparecer por ostentar una posición institucional, aunque haga uso en este punto de algún argumento más superfluo, como, por ejemplo, en referencia a los miembros del Consejo General del Poder Judicial, cuando dice que el hecho de que esté regulada la presentación de la memoria del Poder Judicial no impide que sean llamados ante comisiones de investigación los miembros del Consejo. Resulta obvio a este respecto que existen diversas normas específicas para regular las relaciones entre algunas autoridades y el Parlamento, siendo ejemplos claros el Defensor del Pueblo o el Tribunal de Cuentas, pero también otros como el Consejo General del Poder Judicial. Ahora bien, éstas no nos pueden servir de parámetro porque se enmarcan en el seno de unas relaciones de normalidad y, con independencia de consideraciones sobre la naturaleza de las comisiones de investigación, al menos sí que coincidiremos todos en que reúnen la nota de la excepcionalidad.

En esta labor de encuadre del tipo de injusto destaca también la posición contraria del autor a lo que podríamos llamar el control cruzado, es decir, la necesidad de respetar el principio de autonomía de tal modo que no cabe el control de las autoridades autonómicas o locales en una comisión de investigación estatal, lo cual no impide la posibilidad de que sean llamadas a comparecer ante las mismas con el objeto de depurar la responsabilidad política del gobierno central.

Relevante es también el cuidado análisis de los elementos normativos del tipo, y más en concreto, de la no necesidad de salvaguarda de los derechos del compareciente ante comisión de investigación a los efectos de que se cumpla la conducta típica, sin perjuicio de que señale que los excesos de las comisiones de investigación puedan suponer una causa de justificación, ya, por tanto, en el plano de la antijuridicidad, como tercer escalón, tras la teoría de la acción y la tipicidad, de la estructura clásica del estudio del Derecho penal.

El deber de secreto no sería, sin embargo, una causa de justificación, sino una causa de atipicidad, postura que compartimos al igual que su opinión en cuanto a que no cabe un tratamiento diferenciado en la categoría de los comparecientes con respecto de lo que podrían ser expertos técnicos o peritos. Es cierto que en el plano judicial sí tienen distinto régimen jurídico pero en absoluto se contempla esa diferencia en el régimen de las comisiones de investigación donde todos los comparecientes se encuentran investidos de las mismas garantías y, por tanto, se encuentran en la misma situación potencial de sujetos activos de la conducta típica analizada.

Una misma reflexión, que podría haber realizado el autor en el mismo apartado, merece la persona afectada por la comisión de investigación que goza del mismo estatuto jurídico que cualquier otro compareciente, ya que no existe *status* diferenciado en las normas que la rigen, sin perjuicio de que gocen de las garantías clásicas como la del derecho a guardar silencio o el derecho a no declarar contra sí mismo.

Discrepamos del escueto tratamiento que realiza el autor del sujeto pasivo del delito, ya que considera como tal al pueblo soberano y, sin embargo, desde aquí sostenemos que lo sería la propia institución parlamentaria, en cuanto que la comisión de investigación es un órgano de ésta con independencia de disquisiciones sobre la teoría de la representación que, como es lógico, no son abordadas por el autor y tampoco por quien suscribe.

La obra se cierra con el apartado referido a la conducta típica en sí. El autor parte de la escasa regulación que se da a las comparecencias en la normativa parlamentaria. Esta crítica puede ser correcta desde la perspectiva penalista, pero hay que hacer dos matices por los cuales esta postura es comprensible pero equivocada: en primer lugar, las notas propias del Derecho parlamentario, que es un pequeño sector del ordenamiento informado por la naturaleza propia de la vida política y, por otro, que las normas parlamentarias no están pensadas para conformar los requisitos jurídicos de las conductas tipificadas penalmente, sino que están destinadas a su fin primero y último, ordenar el juego político.

Puesta de manifiesto esta discrepancia con el Profesor VÁZQUEZ-PORTO-MEÑE, éste entra en un doble estudio sobre los propios conceptos que delimitan la conducta típica: el concepto jurídico-penal de testimonio parlamentario y la falsedad de la declaración. El primer aspecto lo estudia utilizando como parámetro comparativo la figura del testimonio en el plano judicial, lo que sirve no tanto a efectos de la concreción exacta, por la realidad de que todos los que acuden ante la comisión de investigación lo hacen en la condición de comparecientes, a diferencia de los numerosos estatutos jurídicos que presentan las personas partícipes en un proceso judicial; sino a efectos de marcar algunos de los perfiles jurídicos propios de lo que es un testimonio. En cuanto al contenido penalmente relevante de la declaración se cuestiona el autor varias modalidades de testimonio: primero sobre si es jurídico-penalmente relevante el falso testimonio sobre datos que afectan a la intimidad, y al respecto señala que si bien hay que garantizar el derecho a la intimidad frente al carácter inquisidor de la actuación de las comisiones de investigación por la propia naturaleza garantista de nuestra Constitución, no resulta motivo suficiente para que el falso testimonio en dichos supuestos escape a la conducta delictiva, con la salvedad, recalca el autor, de que cuando el falso testimonio afectase a cuestiones personales o íntimas que sean totalmente irrelevantes para el quehacer investigador de la comisión entonces podría ser causa de atipicidad. Sin perjuicio de que es digna de elogio esta voluntad de equilibrio, no deja de plantear enormes dificultades susceptibles únicamente de respuestas *ad hoc* y no de pronunciamientos generales. En segundo lugar, se plantea si es igualmente relevante desde el punto de vista penal el falso testimonio sobre la identidad del compareciente, su relación con los afectados y con el objeto de la investigación, y afirma que sólo lo será cuando pueda afectar a la veracidad o integridad del testimonio.

En lo que concierne a la falsedad destaca su resumen de lo que debe entenderse por *falso*, esto es, si nos inclinamos por el sentido objetivo o subjetivo, es decir, si se contrapone lo manifestado a lo efectivamente acaecido en la realidad o a lo realmente contemplado en la conciencia del compareciente, inclinándose a este respecto por las tesis objetivas, trasladando, con gran acierto en mi opinión, el plano subjetivo al ámbito de la culpabilidad, último estadio de la construcción jurídica de la teoría del delito, aunque algunos añaden el de la punibilidad. En cuanto a la relevancia o no de la falsedad a efectos de su inclusión en la conducta tipificada, debe tratarse de una falsedad sustancial. Aquí el autor recurre de nuevo a un análisis paralelo con respecto al falso testimonio judicial, de tal modo que si bien en esta figura delictiva se contemplan dos modalidades en función del carácter sustancial o no de la falsedad (arts. 458 y 460 del Código Penal) hay que señalar que únicamente el primer supuesto está contemplado en el falso testimonio parlamentario. ¿Qué es sustancial? Ése es el siguiente estadio en la obra, y el autor concluye, reconociendo que se trata de una difícil tarea, que sólo lo será, en un paralelismo que establece con el plano procesal, cuando se encuadre en la relación en que se halla el contenido de la declaración y el objeto de atención por la comisión de investigación.

Por último, se atiende a las modalidades de comisión del delito, reconociéndose sin objeción dos de las posibilidades que se dan en el ámbito judicial, la afirmación de lo falso o la negación de lo verdadero. Mayores dificultades encuentra la justificación de poder punir la omisión como vía de realización de la conducta típica. El Profesor VÁZQUEZ-PORTOMENÉ se inclina por admitir esta vía de comisión del delito, aunque reservándola a los supuestos en los que en el plano jurídico-penal pudiera valorarse como una falta equivalente a la verdad. Discrepo, sin embargo, con esta opinión del autor con base en los propios argumentos por él transmitidos (de nuevo una manifestación de la gran virtud del autor al exponer, a modo de dictamen jurídico, las opiniones contrarias a las que él ha decidido apoyar para ir descartándolas con posterioridad); puesto que si esa modalidad de conducta omisiva ha sido expresamente contemplada en la vía del falso testimonio judicial, hay que presumir con base en los principios de legalidad, de tipicidad y de intervención mínimas, que la voluntad del legislador fue la de no recoger esta modalidad en el falso testimonio en sede parlamentaria.

En conclusión, quepa dar la bienvenida a esta obra en el seno de los escasos escritos jurídicos que abordan la relación entre dos sectores aparentemente tan alejados como el Derecho penal y el Derecho parlamentario. Se trata de una obra breve que goza del acierto de cuidar el detalle cuando la explicación penalista lo requiere, a la par que reflejar los contornos difusos y perturbadores que para nuestro Derecho penal puede tener la escueta regulación de las comisiones de investigación en una manifestación más de las notas propias del siempre interesante Derecho parlamentario. Esta obra se impone a partir de ahora como punto de partida en los posteriores tratamientos de la determinación de las características propias del delito de falso testimonio.

Ahumada Ruiz, Marian:
La Jurisdicción Constitucional en Europa

El libro que se va a recensionar es un libro producto de un buen esfuerzo. Es el resultado de la tesis doctoral de Marian AHUMADA y aborda la fundación de la jurisdicción constitucional en Europa, entendida como «una institución, un poder, una técnica y una práctica». En la presentación de toda tesis es habitual (y obligado) hacer referencia a todo el elenco académico que ha participado en su construcción. En la publicación de Marian AHUMADA se ve enseguida que va a estar bien construida, con abundante cita y mucha (quizá demasiada) nota a pie de página. Personas de tanta relevancia académica y en la vida de nuestro Tribunal Constitucional como M. ARAGÓN REYES o F. RUBIO LLORENTE han participado en la formación de esta obra dirigiéndola o juzgándola, sin olvidar la cita agradecida a J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA o P. BIGLINO. Buen libro, en definitiva, el publicado por M. AHUMADA y todo un acierto de la Editorial Thomson-Civitas y de la Cátedra Garrigues de la Universidad de Navarra. No está de más, en estos tiempos de ciertas tensiones constitucionales y de extensión de las intenciones de reformas estatutarias, una reflexión seria y pausada y bien dirigida sobre uno de los temas más relevantes de la Teoría constitucional. No debe olvidarse, por tanto, que los Tribunales Constitucionales desempeñan y han desempeñado un papel fundamental en los procesos políticos de transición o de cambio importante en el sistema constitucional.

Todo el libro es una continua tensión entre el principio de democracia representativa y el de democracia constitucional. Se mueve bien en el abstracto mundo de la fundamentación teórica de la jurisdicción constitucional: planteándose preferentemente la cuestión de la profunda justificación del Tribunal Constitucional y su obra, y abordándose en menor medida los problemas más concretos y cotidianos que plantea su existencia. El libro está lejos de ser laudatorio y admirador del sistema de control de constitucionalidad de las leyes y si hay alguna idea que predomina es la de la necesaria prudencia que debería alumbrar el ejercicio de este peculiar «poder legislativo negativo». En este sentido, se intenta también encontrar el límite adecuado al poder de control de los jueces constitucionales sin socavar ni

* Letrado del Parlamento de Cantabria. Profesor Asociado del Derecho Constitucional de la Universidad de Cantabria.

reducir su eficacia. Sería, sin duda, este libro una buena lectura para alguien, ahora que se está tramitando en las Cortes Generales una (para casi todos decepcionante) reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

El libro aborda la implantación y la extensión de la jurisdicción constitucional en Europa, dividiéndose en cuatro partes: la primera referida a la expansión del control de constitucionalidad y el sistema de los Tribunales Constitucionales, la segunda al estudio de la tensión entre constitucionalismo y democracia, la tercera a las justificaciones de la jurisdicción constitucional y, finalmente, un cuarto capítulo referido a la consideración del denominado «modelo europeo» como alternativa al *judicial review*. Como idea previa, al lector le sugiere el libro una noción de Tribunal Constitucional muy próxima a aquel famoso guardián de la Constitución, producto del discutido, y ya casi olvidado, Carl SCHMITT.

Al hilo de la lectura del libro y del planteamiento de los problemas que hay en esta materia, no debería olvidarse que el problema de la jurisdicción constitucional en España es, sin duda, el de su masificación y la paralización de las decisiones importantes, por atender, sobre todo, al aluvión de recursos de amparo en defensa (presunta) del artículo 24 CE. La autora opta por defender una cierta restricción de los poderes del Tribunal, pero lo hace desde el punto de vista teórico, como freno a un «peligroso» gobierno de los jueces, que restringe las virtualidades de la democracia representativa. Es lógico pensar que la reforma legislativa (y por qué no constitucional) debería limitar el alcance del recurso de amparo constitucional, e incluso suprimir su propia existencia. No en vano, el entonces Senador Sr. MARTÍN-RETORTILLO se pronunció en el debate constituyente, a modo de presagio, sobre la más que conveniente no inclusión del recurso de amparo en nuestro sistema. Sin embargo, el libro recensionado se mueve por otros parámetros más dogmáticos y elevados.

I

No podía ser de otra forma. Una tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa debe comenzar lejos de Europa. Sin embargo, un libro de esta naturaleza no puede convertirse en una suma de obviedades sobre la jurisdicción constitucional, por ello la autora se limita a dejar planteada con varias pinceladas la caracterización de la jurisdicción norteamericana. Huyendo de tópicos que expliquen más o menos su origen, se considera que la *judicial review* viene a solucionar el problema de la rigidez de la Constitución al fallar el procedimiento de reforma constitucional norteamericana. En efecto, la primera parte del libro de Marian Ahumada trata de la expansión del control de constitucionalidad y el sistema de control de constitucionalidad de las leyes. Como premisa inicial, se defiende la idea de que la *judicial review* fue una técnica con la que se dotó el sistema para solucionar el «problema» de la rigidez de la Constitución, cuando los mecanismos de reforma o no son utilizados cuando deberían serlo, o bien no están creados por el constituyente. Y es que la revisión judicial ha sido interpretada, en cierta forma, como un instrumento propio de una «democracia inmadura», como lo califica la autora. En este sentido (y sólo en éste) puede verse también como una marca de desconfian-

za hacia un sistema que fue diseñado desde unos postulados quizá excesivamente democráticos para las pretensiones de una minoría, que veía peligrar una situación social potencialmente privilegiada.

Lo que queda de aquella *judicial review* es una evidente influencia fuera de Estados Unidos y una novedad del constitucionalismo norteamericano. Aunque la autora no profundiza en exceso en ello, la extensión de la creación norteamericana del control de constitucionalidad de las leyes tiene una explicación geopolítica, basada en la victoria militar y su liderazgo añadido en el ámbito jurídico constitucional. La época en que todo esto sucede no es baladí y su relevancia es patente. A finales de los años cuarenta, el Tribunal Supremo norteamericano vivía una época de transformación, pues empezaba a contar con la legitimidad basada en la protección de derechos constitucionales. La idea de los derechos estaba «de moda» en EEUU, y los nuevos Tribunales Constitucionales europeos lo adaptan también como guía principal, sobre todo en los sistemas constitucionales alemán e italiano. Y lo hace por diversos motivos, pero sobre todo por la necesaria fundamentación de los derechos. En palabras de la autora, los Tribunales Constitucionales «carecen» de la experiencia y la tradición de los Tribunales americanos ejerciéndole control de constitucionalidad, pero, a cambio, cuentan con la considerable ventaja de tener a su cuidado Constituciones «modernas», Constituciones que incluyen un catálogo de derechos «puesto al día» (p. 35).

La introducción de la jurisdicción constitucional en Europa supuso la alteración del sistema de fuentes del Derecho, lo cual ha llevado a F. RUBIO LLORENTE a decir que su introducción «no ha sido producto de una evolución, sino de una revolución» («La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho», en *La forma del poder*, 1997, p. 475). La jurisdicción constitucional se instala para garantizar un sistema de libertades y de este modo la autora señala, en una expresión que es objeto de alguna matización, que «el sistema de los Tribunales Constitucionales fue la vía para introducir en Europa, bajo otra forma, la sustancia de la *judicial review*». De hecho, nuestros Tribunales han acabado siendo Tribunales de última casación más que legisladores negativos. Sea como fuere, los Tribunales Constitucionales se han extendido fácilmente por Europa, Iberoamérica y más recientemente por los Estados del Este europeo. No debería olvidarse, en todo este proceso, el ya aludido papel (arbitral y político) en procesos políticos de transición y de inestabilidad, además de su posición menos condicionada por el pasado que la que tienen los Tribunales ordinarios. Sin embargo, es obvio su paso de Tribunal de constitucionalidad a Tribunal de «microconstitucionalidad», por utilizar la famosa fórmula de L. Favoreu que utiliza la autora, y más si se tiene en cuenta la generosa configuración del recurso de amparo. Aquí estaría situada buena parte de la posición de nuestro Tribunal Constitucional.

Y es que la función de los Tribunales Constitucionales en los sistemas constitucionales no es la de un exclusivo legislador negativo ni la de un guardián del *statu quo*, pues su función es la «realización» de la Constitución. Su contribución al debate de los valores protegidos por la Constitución le confía al Tribunal Constitucional «la responsabilidad de mantener vivo el pacto que está detrás de la Constitución» (p. 56). Por eso, con el tiempo es importante constatar que muchas controversias se resuelven apelando a doctrina constitucional previamente establecida,

pues su posición de fuente del Derecho adquiere una relevancia más que notable. En conclusión, la fuerza normativa de la Constitución deriva del trabajo casi diario del Tribunal Constitucional. Ésta es su principal grandeza, pero también su principal peligro.

II

El libro, seguidamente, analiza la problemática planteada al hilo de la sugerente pregunta: ¿democracia tutelada por Jueces? Desde luego resolver la paradoja de la misma existencia de la jurisdicción constitucional en un sistema de democracia representativa es algo de casi imposible resolución. La simple voluntad del constituyente no es suficiente para explicarlo. La autora es consciente de todas las insuficiencias y en este capítulo expone cuáles son las principales vías interpretativas para justificar la existencia de un órgano (en el mejor de los casos) «extra» democrático. La autora no resuelve la paradoja, porque no es posible, pero sí la expone de un modo muy gráfico. Utiliza la «paradoja Ulises» de Stephen HOLMES que podría ser así expuesta: «los ciudadanos necesitan una Constitución, de la misma forma que Ulises necesitó ser atado al mástil. Si se permitiera a los votantes obtener lo que quisieran, provocarían inevitablemente su naufragio. Vinculándose a sí mismos a reglas rígidas, se colocan en la mejor situación para conseguir metas colectivas sólidas y duraderas». Desde esta premisa la autora señala que los Jueces constitucionales no son más que los encargados de «mantener a Ulises atado al mástil llegado el momento» (p. 66).

Es obvio que esta parábola puede ser útil para explicar en un determinado momento, de forma ocurrente, la función de la jurisdicción constitucional, pero no para justificar ni fundamentar su existencia. Minimizada (o «puesta en su sitio») en el primer capítulo la función del Tribunal Constitucional (como fuente del Derecho), no queda más remedio que reconocer su posición como factor político dentro del sistema. Seguramente sea éste el sentido que GARCÍA PELAYO (no utilizado ni citado por la autora) dio al Tribunal Constitucional cuando lo calificó como órgano constitucional. Es un factor político que actúa como cualquier otro (con sus errores y aciertos), pues además en el largo plazo el Tribunal Constitucional nunca va a imponer una visión de la Constitución que no sea compartida por la mayoría. Por todo ello la autora efectúa un largo excursus sobre la democracia y la democracia constitucional como modo de proveer de legitimidad a un sistema de gobierno imperfectamente democrático. Así, la Constitución democrática es condición para la democracia y la jurisdicción constitucional entra de lleno en una de esas autolimitaciones del sistema (la más importante seguramente). Si bien atribuir a los Jueces la función de velar por el respecto de las condiciones esenciales del proceso democrático, va más allá de lo dispuesto en las Constituciones escritas. No debería valer, por tanto, un todopoderoso Tribunal Constitucional; más bien, asumida su función de fuente del Derecho, habría de situarse al Tribunal en unos términos justos y adecuados.

Por todo esto, la autora acaba concluyendo que la opción se centra en un sistema de democracia constitucional con una Constitución que sustrae algunas

materias a la decisión democrática y «delega en los Jueces la competencia para decidir sobre el contenido y alcance de ciertos derechos considerados fundamentales, es una opción de democracia restringida, “rebajada”, “*más limitada*”». Sin que deba caerse en el pesimismo, parece no haber más remedio que reconocer que, al modo de un gobierno mixto, se incorporan a la Democracia elementos no democráticos. La cita y el fundamento doctrinal en autores tan dispares como ZAKARIA, HOLMES, BÖECKENFÖRDE, ALFORD, GRAYMN o WALDROM sirven para concluir que la democracia constitucional es una forma de democracia limitada sujeta a obligaciones y restricciones, que van más allá de lo procedimental y que van a condicionar el resultado del proceso democrático. En definitiva, se configura un sistema de cuasi-tutela de difícil legitimación teórica y a cuya crítica no procede nuestra autora de forma atrevida, seguramente porque no pueda efectuarse tal tarea. En cualquier caso, planteadas en el capítulo segundo estas premisas sobre la democracia y la democracia constitucional, en el Capítulo siguiente se analizan las diferentes justificaciones de la jurisdicción constitucional.

III

La justificación de la jurisdicción constitucional es estudiada por la autora siguiendo la teoría de ACKERMAN, muy contestada por cierto desde diversos puntos, pero que se valora en su conjunto de un modo positivo. La posición «vertebral» de esta opinión es la actitud hacia el Tribunal Constitucional. Según este planteamiento, existirían tres modelos de democracia, como principios para entender el control ejercido por los Tribunales. El primer modelo sería el de la democracia dualista, representado por el supuesto norteamericano, y que consistiría en la existencia de dos niveles de adopción de decisiones: el de los ciudadanos (*the people*) y el de sus representantes. El primero reservado a los grandes momentos, que ACKERMAN denomina «momentos constitucionales» (y que es el verdadero talón de Aquiles de esta teoría), y el segundo a la cotidianeidad de las decisiones políticas. En estos sistemas, la jurisdicción constitucional protege las decisiones tomadas por el primer sujeto, de las decisiones adoptadas por el segundo. Los sistemas monistas, por contra, se caracterizarían porque no conocen ninguna duplicidad en la adopción de decisiones, pues cuando deciden los representantes, lo hace el pueblo. Por ello, la democracia monista no reconoce ninguna función a los Tribunales en el control de las decisiones adoptadas por los representantes. No podría reconocer un órgano que controlase al Parlamento, simplemente porque ninguna autoridad se puede situar por encima de las decisiones adoptadas por el soberano. Es obvio decir que democracia monista es la británica. Por último, el tercer modelo es el que se centra en la protección de los derechos fundamentales y su ejemplo sería Alemania.

El debate sobre la jurisdicción constitucional en cada uno de los tres sistemas es muy diverso. En este ámbito, Estados Unidos se plantea la cuestión del carácter de la Constitución americana y se llega a cuestionar, incluso, cuál debe ser el cometido propio del Tribunal Supremo en el ejercicio de su función. Desde allí, algún autor ha planteado (H. BERTZ, p. 209) si los norteamericanos tienen o no una

Constitución escrita. En Europa la cuestión es distinta, pues entre nosotros la ideología del constitucionalismo democrático se ha impuesto, seguramente como desconfianza hacia la propia democracia. Aquí, el establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes se efectúa para reforzar la pretensión de legitimidad del poder político y como cierta garantía de estabilidad al inicio de la andadura constitucional.

La tensión que ve la autora entre democracia representativa y democracia constitucional se traslada sobre todo a la misma existencia y justificación de la jurisdicción constitucional. Llega, incluso, M. AHUMADA a negar que los Tribunales Constitucionales pueden apelar a la voluntad del pueblo para justificar las consecuencias de su intervención sobre el proceso democrático, sobre todo cuando se trata de la determinación del alcance de los derechos constitucionalizados. Al final, la opción se debe producir entre un Estado legislativo parlamentario o un Estado legislativo de jurisdicción constitucional. De hecho, consciente de las limitaciones teóricas y prácticas de la jurisdicción constitucional, no duda la autora en plantear que el Tribunal Constitucional (allí donde exista) debe «aceptar restricciones a su propia autoridad... limitando su intervención a los casos de vulneración flagrante de los derechos o a infracciones que amenazan la integridad del proceso político». No dice la autora, sin embargo, cómo se verifica esa flagrancia de la violación de derechos, ni cómo se pueden defender los derechos de los ciudadanos, ni cómo evitar el riesgo de la politicidad de las decisiones de los Jueces.

Pero, la autora cree encontrar legitimidad en el propio ejercicio de la jurisdicción constitucional, es decir, en la estrategia recurrente de todos los Tribunales Constitucionales de basar sus decisiones en las decisiones adoptadas por otros Tribunales. «Es una forma de reconocer», se añade en el libro, «que el derecho constitucional de un país democrático, no se construye exclusivamente sobre la pura voluntad del “pueblo”. Tener una Constitución democrática es también adherirse a ciertos principios que forman parte de una tradición que se quiere común, el de las naciones democráticas» (p. 228). Desde luego eso enmarcaría la democracia (y a la jurisdicción constitucional) en un Derecho común en el que, por cierto, los Estados Unidos se suelen mostrar muy remisos a sentirse inmersos.

IV

El último capítulo se centra en analizar el modelo europeo de control de constitucionalidad y, como es natural, el *tertium comparationis* no podía ser otro que el sistema constitucional norteamericano. Dos premisas son importantes y la autora las defiende con razón: primero, no hay que minusvalorar en absoluto la aportación europea a la jurisdicción constitucional, pues el modelo de Tribunales Constitucionales constituye una contribución fundamental en el moderno constitucionalismo y, segundo, se ha producido una convergencia lenta pero evidente entre los dos modelos. Que la doctrina norteamericana obvie estos datos, no puede ser más que interpretado como un acto más de los propios de un país líder que se considera a sí mismo único portador (y obligado exportador) de los valores propios de la democracia liberal. Y es más, para (casi) toda la doctrina norteamericana lo que

nosotros denominamos modelo europeo, no es sino una versión sucedánea de su *judicial review*, adaptado a las necesidades propias del sistema europeo. Pero parece haber convenio en que hay dos modelos y que representan «dos formas de enfrentar el problema de las leyes constitucionales y la garantía jurisdiccional de la Constitución».

Es muy revelador el hecho de que en Europa se impusiese la jurisdicción constitucional cien años más tarde, pero finalizado el dogma de la soberanía del legislador y la tradicional y «montesquiniiana» desconfianza hacia los Jueces, la adopción del sistema austríaco no era sino una cuestión de tiempo. Son múltiples las causas por las que tuvo una modesta acogida el modelo de *judicial review* en Europa (que no va más allá del Proyecto de Constitución federal española de 1873), pero sí es seguro que fue una omisión consciente. En particular las objeciones europeas al modelo norteamericano fueron tres: el principio de separación de poderes; la supremacía en la que colocaba al Juez la *judicial review* y la intervención de los Tribunales en la política que el ejercicio de esta competencia significaba. En este sentido, el diseño del modelo europeo trataba de obviar las objeciones que se planteaban al modelo norteamericano. La autora, sin embargo, no muestra demasiado entusiasmo por el argumento generalmente utilizado, de que la no implantación del modelo norteamericano en Europa se debió a la falta de eficacia normativa de la Constitución en la Europa continental del siglo XIX-principios del siglo XX. En este punto el libro parece apartarse un tanto de la impecable tesis (admitida por todos) que en su momento elaboró GARCÍA DE ENTERRÍA¹, que nos advirtió hace algunos años que la causa de la falta de fuerza normativa de la Constitución fue la ausencia de un Tribunal Constitucional (y también al revés en cierta forma).

En este momento del razonamiento se expone en el libro la obra de la figura clave de H. KELSEN. Ahora la explicación y la fundamentación dan cuenta de una de las grandes obras jurídico-políticas planteadas por un jurista moderno, con alusiones continuas a la *Teoría Pura del Derecho* (UNAM, México, 1986) y a *Esencia y valor de la democracia* (trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, Barcelona, 1977)². Y el principio afirmado es claro: no es que las leyes se *presuman* constitucionales en tanto no se declare su inconstitucionalidad, sino que son constitucionales hasta que no se declare, pues la función del Tribunal Constitucional es una función legislativa. La diferencia entre los dos sistemas es obvia si se compara el sistema kelseniano con la *judicial review*, que se basa en la conexión entre constitucionalidad y legitimidad, de «manera que un acto del poder contrario a la constitución es un acto nulo, carente de autoridad, incapaz, por tanto, de obligar» (p. 273).

Además, la tesis de la autora es sugerida con convicción: «hay razones para sospechar que la experiencia americana con la *judicial review* hubo de influir en el diseño de la jurisdicción constitucional austríaca bastante más que la teoría de la *Stufenbau* del Derecho» (p. 276). KELSEN quiso resolver los problemas principales

¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985.

² Hay una edición más moderna (y que aparece con posterioridad al libro recensionado), cuya edición y traducción corresponde a J. L. REQUEJO PAGÉS y publicado por KRK Ediciones, Oviedo, 2006.

que planteaba la jurisdicción constitucional, fundamentalmente encontrar una composición del Tribunal Constitucional que convenciera y conviniera a los «actores políticos». Pero también quiso resolver el problema de la seguridad jurídica, arbitrando un procedimiento de determinación de la constitucionalidad de las leyes, autónomo de cualquier otro y cuyo objeto habría de ser la protección del *interés público*. En definitiva, se pretendió crear un órgano que garantizara el principio de constitucionalidad y que, a la vez, su funcionamiento no perturbara el principio de división de poderes de la Constitución. Sin embargo, no se aporta argumento alguno sobre la justificación teórica del Tribunal Constitucional, más allá de la voluntad constituyente.

En definitiva, el lector que abra este libro entenderá los problemas teóricos y los postulados dogmáticos de la jurisdicción constitucional y conocerá, además, con buen apoyo doctrinal las razones para la implantación general y exitosa del modelo kelseniano de Tribunal Constitucional. Conocerá otra forma de explicar los problemas de fundamentación teórica. Y sabrá, en un último apartado que no sirve de conclusión pero sí de corolario, por qué sistemas de amplia tradición democrática han incorporado un Tribunal Constitucional. Pero no deben olvidarse aquí los problemas del Tribunal en materia de protección de derechos: un ciudadano no está legitimado para plantear un recurso de inconstitucionalidad contra una Ley que vulnerase sus derechos. Admitir esto aproximaría al sistema europeo al modelo de control difuso, lo cual acabará sucediendo, asegura de forma premonitoria la autora. Pero, además, consentir esto acabaría por hacer ineficaz del todo a nuestro Tribunal Constitucional, que necesita una limitación de la legitimación activa, y no precisamente una ampliación de la misma.

**Sánchez, Francisco; Nolte, Detlef,
y Llanos, Mariana:**

***Bicameralismo, Senado y Senadores
en el cono Sur Latinoamericano***

Publicacions del Parlament de Catalunya
Institut de Ciències Polítiques y Socials,
adscrit a la Universitat Autònoma de Barcelona,
Barcelona, 2005, 192 p.

El libro que aquí traemos a recensión es la plasmación escrita de una sesión de trabajo que tuvo lugar en el *Parlament de Catalunya* el 30 de enero de 2004, a la que el comentarista tuvo el placer de asistir, y se encuadra en el ámbito de la política comparada en sentido amplio, como rama complementaria del Derecho constitucional comparado, que al análisis meramente jurídico y normativo de las instituciones políticas añade el empírico del funcionamiento *real* de las mismas, contribuyendo, de ese modo, a enriquecer el conocimiento que tenemos de ellas.

A tenor de lo que en su momento anunció la página web del *Parlament*, cuya transcripción conservo, éstos eran los objetivos de la jornada o *Workshop*, cuya culminación ha sido cumplidamente realizada con la obra ahora publicada: presentar y discutir el tema del bicameralismo y los Senados desde una perspectiva integral, teórica y empírica; examinar los bicameralismos latinoamericanos desde la diversidad de formas con que cumplen las funciones que les son propias; analizar el rol del Senado como Cámara de representación territorial en los países federales y unitarios de la región; explorar el efecto que tiene la *idiosincrasia* del Senado —menos miembros, más edad, experiencia y trayectoria políticas, etc.— en el ejercicio de sus funciones; presentar las diversas percepciones que tienen los Senadores sobre su institución y su trabajo; y, por último, pero no por ello menos relevante, establecer elementos comparativos entre los presidencialismos latinoamericanos y los parlamentarismos europeos, especialmente el español y el alemán.

* Letrado-Director de Informática y Tecnología de la Asamblea de Madrid.

Los autores del estudio, investigadores integrados en el *Institut für Iberoamerika-Kunde* de Hamburgo (IIK), aunque formalmente el mismo se adscriba a la Universidad Autónoma de Barcelona, y, dentro de ésta, al *Institut de Ciències Polítiques y Socials*, lo enmarcan dentro del proyecto «Funciones y funcionamiento de los Senados del Cono Sur», realizado en el citado Instituto entre septiembre de 2001 y octubre de 2004¹.

A diferencia de lo que sucedió en el transcurso del seminario, la estructura formal de la obra permite una lectura más reposada, al dividirse en dos partes, la investigación o estudio en sentido estricto y los coloquios habidos entre los asistentes después de cada parte, en los que las intervenciones se reproducen en la lengua empleada por el autor de cada una de ellas, no obstante lo cual el libro no ofrece ninguna dificultad al lector, dados «el texto y el contexto», como bien se encarga de recordar en el *Liminar* el Letrado del *Parlament* y coordinador de la sesión de trabajo, D. Ismael E. PITARCH. A ello se une un anexo con todos los datos que conforman el estudio, además de la abundante bibliografía que subsigue a éste.

El mismo tiene por finalidad poner de relieve la importancia de los problemas planteados en América Latina en torno a las segundas Cámaras o Cámaras Altas, cuestión ésta no privativa del constitucionalismo del otro lado del Atlántico: las funciones y competencias de los Senados, y, por ende, cuestiones capitales anexas, como su composición, las relaciones con las Cámaras Bajas y su función integradora de los territorios en que se descentraliza un Estado, se agrupan en uno de los temas recurrentes de la llamada *crisis de los Parlamentos*.

Dos manifestaciones de este particular e intenso debate, político a la vez que jurídico y académico, son el rechazo de la reforma de la Constitución de la República Italiana de 27 de diciembre de 1947, referéndum tras el resultado del celebrado el 25 y 26 de junio de 2006, y que incorporaba un Senado de vocación *federalizante*²; y la variedad de las propuestas que, en torno a la reforma del Senado español, ha manejado nuestra doctrina desde hace años, y que se reflejan de modo palmario en el **Informe sobre modificaciones de la Constitución Española**, aprobado por el Consejo de Estado en Pleno con fecha 16 de febrero de 2006. De igual modo, la reforma del sistema federal alemán, que implica tanto a las competencias de los *Länder* como al rol y funcionamiento del *Bundesrat*, situándose en el primer plano

¹ Muy conectado con el mismo, incluso en el enfoque, y parcialmente coincidente en la autoría, es el proyecto sobre el papel del Legislativo en el conjunto de los sistemas políticos latinoamericanos, del que trae causa el libro de ALCÁNTARA SÁEZ, GARCÍA MONTERO y SÁNCHEZ LÓPEZ (comps.), *El Poder Legislativo en América Latina a través de sus normas*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005. Es un completo repertorio normativo dividido en cinco partes: aspectos generales, representación, legislación, control y Legislativo como organización; en relación con el mismo, puede visitarse el sitio web <http://iberoame.usal.es/legislativo/legislativos/>

² Por no hablar de las elecciones del 9 y 10 de abril de 2006, con el sorprendente resultado arrojado por la vuelta al sistema proporcional, auspiciada por la Ley Calderoli, aprobada tras la modificación operada por la Ley Constitucional 1/2001, de 23 de enero, por la que se reformaron los artículos 56 y 57 de la Constitución en lo concerniente al número de Diputados y Senadores en representación de los italianos en el extranjero.

de la agenda del Gobierno de *Grosse-Koalition* presidido por la Canciller Merkel, se ubica en este mismo terreno, aunque en un sentido claramente *revisor* de la dinámica adquirida hasta ahora por dicho sistema³.

Pero la investigación que nos ocupa, insistimos, se sale de este plano para traernos, a juristas, parlamentarios y Letrados, una perspectiva *de campo* basada en la toma de datos mediante los instrumentos comúnmente admitidos en la sociología política: encuestas y cuestionarios con indicadores homogéneos y su interpretación por los investigadores, partiendo de referentes teóricos e históricos, hasta llegar a unas conclusiones que invitan a la reflexión y la comparación con la situación de los Senados en otros Estados; en definitiva, a su extensión a ámbitos similares en los que puedan buscarse respuestas a las cuestiones aquí tratadas.

La primera parte, que lleva por título **[Bicameralismo y Senados: un estudio desde las percepciones de los senadores del Cono Sur latinoamericano]**, comienza por destacar el interés periodístico, más que propiamente científico, que la cuestión ha despertado en los países objeto de examen: la mayoría de los análisis han abordado cuestiones solamente conexas con el papel que corresponde a los Senados en los sistemas políticos latinoamericanos. Tal falta de atención al fenómeno y consecuencias del bicameralismo puede tener su raíz, según los autores, en la percepción pública negativa de los Legislativos, y de las segundas Cámaras en particular, en aquellos países, a pesar de que la ola democratizadora iniciada allá en las dos últimas décadas del s. XX pudiera apuntar a lo contrario. Así, se destacan tanto la supresión del Senado en las Constituciones del Perú, de 1 de julio de 1993, y de la República Bolivariana de Venezuela, de 30 de diciembre de 1999, como las numerosas propuestas de reducción de las dimensiones del Legislativo en su conjunto, o de abolición pura y simple de las Cámaras Altas; sin contar con la reciente reforma de la Constitución chilena, plasmada en el texto refundido de 17 de septiembre de 2005 y afectante igualmente al Senado⁴.

El estudio se centra en las cuatro siguientes Repúblicas: Brasil, Chile, Argentina y el Uruguay⁵, señalándose la crisis de los sistemas de partidos como causa genérica de tal descrédito, pero también el mal diseño del equilibrio de poderes en países que cuentan con una forma de gobierno presidencial, con predominio del Ejecutivo. Sobre ese panorama, el trabajo se presenta como *exploratorio* de las Cámaras Altas, abriendo las siguientes áreas de interés: particularidades del bicameralismo, funciones y utilidad de los Senados y lo que podríamos denominar, convencionalmente, *rendimiento real y efec-*

³ Véase la recensión de la obra de Thomas DARNSTÄDT *La trampa del consenso*, Trotta, Madrid, 2005, publicada en esta misma Revista por Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (*Asamblea*, núm. 13, diciembre de 2005, pp. 527-532).

⁴ Las reformas constitucionales de los Estados de América Latina pueden consultarse con regularidad en la Revista *Foro Constitucional Iberoamericano*, de la Universidad Carlos III de Madrid, que se encuentra en el sitio web <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-00portada.htm>

⁵ Es de imprescindible consulta ALCÁNTA SÁEZ, *Sistemas políticos de América Latina*, vol. I, *América del Sur*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.

tivo de la institución senatorial en los países indicados. Todo ello partiendo de la propia percepción de los Senadores encuestados, previa advertencia de la subjetividad que ello puede aportar; y dentro de un proyecto investigador más amplio ⁶, precaviéndonos igualmente los autores de que, de los cuatro Estados, dos presentan una estructura territorial federal y dos unitaria, teniendo todos en común un *bicameralismo perfecto*, por lo que pueden salvarse, en parte, las diferencias *nacionales* que guardan entre sí.

Tras analizar las características generales del bicameralismo y las justificaciones de la existencia de las Cámaras Altas, se ubican los casos estudiados dentro de las categorías expuestas en la obra de Arend LIJPHART ⁷, señalándose sus características institucionales, que parten de dos rasgos comunes: la legitimación democrática directa de dichas Cámaras y, según se acaba de consignar, el establecimiento de poderes constitucionales casi equivalentes a los de las otras Cámaras, las Bajas, con las que componen los Legislativos.

A partir de ahí, son numerosas las variaciones, que afectan a dos dimensiones, simetría e incongruencia, así como a los fines de la segunda Cámara en el sistema de representación, dando lugar a bicameralismos *fuertes* y *débiles* en función de aquellas variables. Igualmente, abundan las diferencias con las respectivas Cámaras Bajas, lo que los investigadores llaman *dispositivos institucionales*, situándose en el segundo de esos ejes: los requisitos de elección, incluyendo la edad; la renovación, parcial en tres de los supuestos y con diferentes fórmulas, a semejanza, en algún caso, del común patrón del Senado de los EEUU, yendo ello unido a un mandato más largo; y el tamaño de la Cámara, siendo así que el número de Senadores suele ser entre tres y seis veces inferior al de Diputados.

Asimismo, se matizan las similitudes en el primer eje, por cuanto que en tres de los casos la Cámara Baja conserva cierta primacía como órgano legislativo de origen; por los diferentes métodos de resolución de conflictos o de sacuerdos intercamerales; y por las funciones de control parlamentario. Por tanto, de ello puede extraerse una variedad en el diseño de los poderes de los Senados del Cono Sur en las Constituciones de los cuatro países de referencia, mayor que la que cabría imaginar en principio.

Inmediatamente, los autores advierten de las posibles disonancias entre la letra de los textos constitucionales y la práctica política, algo que está en la naturaleza de la teoría de la Constitución y de la interpretación de las normas que contiene, dando lugar, como sabemos, no sólo a peculiares métodos hermenéuticos que difieren parcialmente de los habitualmente utilizados en Derecho, sino también a institutos que la doctrina ha ido catalogando en la propia dinámica político-constitucional y *adosando* a la teoría de la reforma de la Constitución, como es la *mutación* de la misma a través de su desarrollo y aplicación.

Ello les sirve de pretexto para entrar en la percepción que los Senadores de los Estados examinados tienen del bicameralismo, las funciones y el fun-

⁶ Puede consultarse el sitio web: <http://www.duei.de/iik/show.php/es/content/invest/senados.html>

⁷ *Modelos de democracia: formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Ariel, Barcelona, 2000. *Vid.* la recensión de Mariángela PETRIZZO en *Quórum, Revista de Pensamiento Iberoamericano*, núm. 2, primavera de 2001, pp. 278-280.

cionamiento de las Cámaras de las que son miembros, buscando de ese modo la posible existencia o no de una *identidad institucional* que permita diferenciarlas de las primeras Cámaras. Se llega a varias conclusiones generales: un mejor funcionamiento de los Senados por comparación con las mismas, si bien con una visión clara de la división de funciones entre unas y otros, así como de las diferencias en su origen y composición, plasmándose aquél, no obstante, en la mayor propensión de las Cámaras Altas al acuerdo y en algunos tópicos que también se han constatado, según coincide la doctrina en destacar, en el Senado español, como pueden ser su papel *reflexivo* en el procedimiento legislativo, contribuyendo a la calidad de las leyes, o su carácter de instancia *revisora*⁸ o de *enfriamiento* de la tensión política, con las repercusiones de toda índole. Además, es ocioso recordar la idea, resaltada asimismo por los Senadores argentinos y brasileños, del carácter de representación territorial federal que ostenta su Cámara; a diferencia del Senado uruguayo, más vinculado a los partidos que a los intereses locales.

Punto capital de la encuesta es el relativo a las funciones de las Cámaras Altas, en el que vuelven a destacarse las diferencias entre Senados de Estados federales y no federales, ya que en estos últimos sobresale más su papel en el procedimiento legislativo, en tanto que en los otros ocurre lo propio con la citada representación de Provincias y Estados federados, sin menoscabo de la función legislativa por la simetría bicameral existente.

En cuanto a la diferencia de *intereses* como justificadora de lo que el Senado encarna dentro de la función legitimadora que le corresponde cumplir como Cámara parlamentaria, bien se trate de territorios federados, de élites sociales o de grupos lingüísticos o étnicos, recogiendo una idea avanzada de representación de las minorías⁹, tal representación territorial suele basarse en un sistema electoral mayoritario corregido, con un resultado de igualdad de cada Estado, Provincia o circunscripción, dando lugar a sistemas senatoriales multipartidistas, con diferentes avatares históricos en cada caso. Partiendo de que los Senados han mantenido casi íntegro su poder con independencia de las reformas constitucionales y de la evolución de los sistemas políticos, la idea territorial es la que prevalece en los Senadores, con relativa primacía sobre la representación partidaria, sobre todo en Argentina¹⁰ y Chile.

⁸ Función ésta expresamente reconocida para el Senado brasileño, en el que, por diferentes motivos, existe una mayor percepción de la mejora en la calidad de las leyes.

⁹ Serían los casos de los Senados belga, canadiense o colombiano, por citar tres de áreas geográficas, políticas y culturales diferentes, que mencionan los autores del estudio. Con respecto a las minorías y pueblos indígenas y a las *políticas de reconocimiento* como fuente de una nueva concepción de la representación, *vid.* CRESPO MARTÍNEZ y MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, «La calidad de la democracia en América Latina», en CRESPO MARTÍNEZ y MARTÍNEZ RODRÍGUEZ (eds.), *Política y Gobierno en América Latina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. La elección de Evo Morales como Presidente de la República de Bolivia, en diciembre de 2005, nos exonera de cualquier ejemplo o aclaración sobre este particular.

¹⁰ Para una correcta comprensión no ya del sistema de partidos, sino de todo el sistema constitucional argentino, es necesario tener presente la actual Constitución de 22 de agosto de 1994, fruto del llamado «Pacto de los Olivos» entre la Unión Cívica Radical y el Partido Justicialista. Puede consultarse, aparte de la bibliografía citada en estas notas al pie, el enlace http://es.wikipedia.org/wiki/Pacto_de_Olivos.

En lo que concierne a la función legislativa, en porcentajes muy altos, los Senadores de los cuatro Estados coinciden en las bondades del sistema bicameral, ya mencionadas: mejora en la calidad técnica de las leyes; aumento del grado de consenso ¹¹; ampliación de la diversidad de los intereses sociales presentes —lo que, sin duda, puede ligarse a la representación de los territorios en los sistemas federales—; y, aunque en esto la opinión no sea ni mucho menos unánime, una demora en la tramitación de las iniciativas, proyectos o proposiciones, que se considera perjudicial, sobre todo en los dos Senados de países de estructura territorial unitaria: Chile y el Uruguay. En general, insistimos, en comparación con los Legislativos estatales y provinciales, pero, sobre todo, con la Cámara de Diputados, el funcionamiento del Senado es percibido como más eficaz, sobre todo por las peculiaridades de su composición y su tamaño más reducido, entre otros factores.

En punto al control parlamentario, se estudian tres de los casos, dada la ausencia de atribuciones de fiscalización del Senado chileno, con resultados muy dispares sobre la valoración del papel y los resultados de las Comisiones de Investigación. También forman parte de la encuesta las preguntas sobre dos atribuciones de las Cámaras Altas, que tienen con carácter privativo y que las diferencian netamente de las Cámaras Bajas, acercándolas, nuevamente, al modelo norteamericano: el juicio político ¹² y la autorización de nombramientos de funcionarios del Ejecutivo. En cuanto a la primera de estas competencias, a pesar de lo que los autores extraen como conclusión, no es tan alta como señalan la vinculación del voto de los Senadores a la posición del partido al que pertenecen, dándose un predominio de la respuesta según la cual, antes de decidir, escuchan las alegaciones del acusado y de quienes le acusan. Por lo que respecta a la segunda, se observa una preeminencia de criterios profesionales en las designaciones de altos cargos del Poder Judicial, sin menoscabo de los de índole política.

Pasando a continuación al detalle sobre el funcionamiento de los Senados, si en anteriores apartados los autores hicieron referencias a la teoría del bicameralismo y su relación con los sistemas federales, en éste dibujan previamente, con carácter más amplio, los caracteres de la forma de gobierno presidencial, resumidos en la existencia de tres actores con capacidad de veto, lo que trae causa tanto del carácter *perfecto* o *simétrico* del sistema bicameral como de un Ejecutivo con poderes *fuertes* a la vez que nítidamente separados de los del Legislativo.

Partiendo de un índice de poderes parlamentarios en estos sistemas, tras puesto a los cuatro Estados objeto de estudio, los Senadores de éstos ven como preferible e ideal un mayor poder del Legislativo, en comparación con el estado de cosas que aprecian en la realidad de sus países, dándose una ten-

¹¹ En menor medida en el Senado uruguayo, donde la minoría no compartía esta percepción.

¹² Sobre los problemas generados por el enjuiciamiento de Magistrados de la Corte Suprema argentina, entre otros, puede leerse a Néstor Pedro SAGÜÉS, «Desafíos de la jurisdicción constitucional en América Latina», *Foro Constitucional Iberoamericano*, núm. 8, octubre-diciembre de 2004, publicado en la dirección URL <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/FCINNPS.pdf>

dencia general hacia un presidencialismo atenuado. Igualmente, sobre los datos así expuestos se proyecta no sólo la ubicación ideológica de los Senadores según la habitual escala izquierda-derecha, sino también el influjo del sistema de partidos en la conformación de los poderes del Estado, como, por lo demás, corresponde a una investigación en la que, como indicábamos *supra*, no se trata tanto de comparar la regulación normativa de las Cámaras Altas como de escrutar su dinámica política.

Aquí aflora de nuevo la búsqueda, por los autores, de la existencia de una *identidad colectiva* de los Senados, al medir el grado de estima y confianza de sus miembros en la Cámara de la que forman parte, pero también en los demás poderes del Estado, con resultados disímiles por países, en razón del diferente panorama político e institucional que se delinea en cada uno de ellos. En este sentido, resulta también esencial el contexto en que se realizó la encuesta en cada Estado, con una clara incidencia tanto de momentos o situaciones de eventual descrédito de las instituciones como de procesos políticos que estaban teniendo lugar al tiempo de efectuarse el estudio entre los Senadores.

Además de todo lo anterior, la extensión de la idea de la *colaboración* entre poderes viene a desmentir parcialmente la constitucionalización de su separación, siendo nuevamente un dato relevante la pertenencia a coaliciones de partidos o bloques políticos homogéneos, que vendría a atenuar la rigidez de esa separación al establecer puntos de conexión insoslayables entre Legislativo y Ejecutivo. La fuerza de los partidos aproxima estas Cámaras a sus homólogas europeas, dada la influencia de las bancadas en el proceso de toma de decisiones de los Senadores no sólo en cuanto legisladores, sino en todas las funciones que ejercen.

Así, un interesante punto del análisis funcional, relacionado pero distinto del puramente competencial, de los Senados del Cono Sur, es el referido a su estructura interna y organización. Se estudia lo que los autores llaman *estructuras de privilegio*, que no son sino las Comisiones, los Grupos Parlamentarios y los denominados *puestos jerárquicos de autoridad*; y *estructuras de apoyo*, a saber, la organización administrativa interna, lo que en Europa llamaríamos Secretaría General o Administración parlamentaria, servicios que suelen ser comunes a ambas Cámaras en los países examinados, como sucede con respecto al personal al servicio de las Cortes Generales. En general, la valoración que de ellos hacen los Senadores es positiva, muy en particular en el caso brasileño, y se centra en los propios de este ámbito: asistencia técnico-legislativa y parlamentaria, estudios y documentación, Biblioteca, Comisiones, servicios informáticos e infraestructura y equipos; además, el Senado chileno cuenta con apoyo externo, formado por fundaciones e institutos de estudio cuya eficiencia es enjuiciada positivamente.

En cuanto a las Comisiones, se pregunta a los Senadores por los criterios para determinar su composición, siendo factores influyentes al efecto el territorial en Argentina, los de partido en Brasil y el Uruguay y los meramente individuales, reveladores de una posición personal reforzada, en el Senado chileno. Tales criterios, valorados por orden de importancia, serían: el grado de interés o especialización del Senador en los temas objeto de la Comisión;

su formación profesional o técnica; las normas que establece el Reglamento de la Cámara y, por Estados, los ya citados.

La valoración del funcionamiento de las Comisiones es también positiva salvo en el supuesto argentino, lo que acaso augura larga vida a este central órgano funcional de las Cámaras, conclusión que se extrae a partir de tres elementos de juicio: su eficacia en el trabajo legislativo, el número de las mismas y la participación activa de los Senadores como acicate para aumentar su utilidad y prestigio. Sin embargo, no casa ese dato con la visión negativa que, en algunos casos, merecen los servicios adscritos a las Comisiones, más *profesionalizados* en el Senado brasileño y, en los demás, con una combinación de personal funcionario y de confianza, estando vinculada la figura del asesor, en muchos Legislativos latinoamericanos, al Diputado o Senador *uti singuli*, más que guardar una relación estatutaria con la Cámara y sus órganos.

En lo que respecta a las bancadas o Grupos Parlamentarios, en este epígrafe vuelve a destacarse la importancia de los partidos políticos, incluso en los sistemas donde sus intereses específicos se combinan con los individuales de los Senadores, percibiéndose una interacción entre ambos; ello crea una identidad colectiva diferenciada y, a la vez, superpuesta a la que representa la respectiva institución parlamentaria. Otro dato que surge de la encuesta, añadido a la colaboración entre poderes, es el de la cooperación entre partidos y bloques políticos dentro de las Cámaras, lo que vendría a confirmar no sólo la posición de poder que ostentan, sino lo esencial de su papel en el Parlamento y, por extensión, en el conjunto del sistema, como han resaltado prácticamente todos los teóricos y estudiosos de la representación política y según expresa la conocida y feliz metáfora de RADBRUCH sobre las *calles adyacentes*, cuando hacía referencia al origen fáctico y normativo de los partidos, en las elecciones y en las Asambleas y, por qué no decirlo, al aire que insuflan a los sistemas constitucionales contemporáneos.

Sin embargo, al desglosar la encuesta por países, todos los indicadores reflejan un sistema de partidos más robusto en Argentina, Brasil y, sobre todo, el Uruguay, frente a una posición de independencia más destacada de los Senadores chilenos. Las preguntas formuladas para llegar a estas conclusiones fueron las relativas a disciplina del voto; consecuencias políticas del abandono, por un Senador, del partido por cuyas listas fue elegido; influencia de los líderes del partido en las decisiones políticas; e importancia de órganos internos, sin entender por esto los órganos rectores del Senado, sino más bien los líderes de las bancadas.

El último punto de esta primera parte, conexo con lo inmediatamente anterior, versa sobre los postulados y perfil ideológico de los Senadores en el proceso de establecimiento de las políticas públicas, siendo el pluralismo la base del principio de libre competencia por el poder en los Estados democráticos; el propósito de los autores es aquí indagar en la identificación de *familias* programáticas similares entre los Senadores. En primer lugar, casi la totalidad de ellos se situaron en el eje ideológico izquierda-derecha, lo que para el estudio desmiente la influencia del populismo en estos países, de

manera que éste no habría borrado ni anulado las diferencias en las concepciones del Estado, la sociedad y la economía, ni en las decisiones derivadas de las mismas. Ahora bien, los propios autores señalan las diferencias entre los respectivos sistemas de partidos de los países del Cono Sur y entre el conjunto de éstos y otras democracias¹³. De este modo, aparece una mayor polarización izquierda-derecha en Brasil, Chile y el Uruguay que en Argentina, quedando el centro político prácticamente vacío en la colocación de los partidos; no así en las posiciones que los Senadores se atribuían a sí mismos en la escala, muy parecidas a las que imputaban a sus propios partidos, situando a los demás hacia los extremos.

En lo que se refiere a la supervisión del Estado sobre la actividad económica, ítem muy relevante en Estados cuyas decisiones en dicho ámbito dependen en gran medida de su relación con las instituciones financieras internacionales, y que han sido lugar preferente de aplicación del llamado *Consenso de Washington*, la posición global de los Senadores se manifestó a favor de que el Estado tuviera una fuerte potestad reguladora de los mercados, salvo la clara posición diferenciada de los Senadores chilenos en razón de su filiación política.

Esto se hace extensivo a las otras tres Repúblicas al enunciarse diversas preguntas sobre esta materia, así como sobre el rol del Estado en la reducción de las desigualdades sociales, con la excepción de los Senadores de la fuerza actualmente gobernante en Brasil, el Partido de los Trabajadores del Presidente *Luiz Inácio Lula da Silva*, lo que se explica por las singulares circunstancias históricas de este país, que los autores detallan, muy en especial una experiencia dictatorial hasta cierto punto similar, y parcialmente coetánea, al salazarismo y caetanismo portugueses. En este concepto se preguntó a los encuestados tanto por la amplitud como por la intensidad de la intervención estatal, propugnándose una mayor subsidiariedad, lo que acaso puede contradecir otros indicadores; también se les inquirió por la influencia de grupos empresariales y sindicatos en la toma de decisiones, siendo más relevante la de los segundos en el Uruguay y en Chile, y la de los primeros en Brasil y Argentina.

Otro punto ideológico y programático, muy importante en América Latina, es la toma en consideración de la opinión de la Iglesia católica y demás confesiones religiosas a la hora de la adopción de decisiones políticas¹⁴, observándose muy diversos resultados a ambas orillas del Río de La Plata: a la alta

¹³ Con todo, los tres países del Cono Sur de habla hispana, aun habiendo tenido precedentes muy recientes de dictaduras y regímenes de Junta Militar, son, a nuestro modesto entender y con las matizaciones que se quieran para el caso de Argentina, los que tienen sistemas de partidos más asimilables a los de los Estados europeos, con una tendencia cada vez mayor a un bipartidismo modulado o un pluripartidismo corregido, siendo la presencia de *plataformas* electorales el mayor elemento diferencial, pero también un factor de simplificación de los sistemas y de reducción de las fuerzas en liza. En cambio, el grado de fragmentación partidaria es considerablemente superior en Brasil. Vid. ALCÁNTARA SÁEZ y F. FREIDENBERG, *Partidos políticos de América Latina. Cono Sur*, 1.ª ed., Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, diciembre de 2001.

¹⁴ Vid. DUVERGER, *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, 6.ª ed., 3.ª reimpr., Ariel, Barcelona, 1984, pp. 626-628.

influencia de las iglesias en Argentina se opone una acendrada tradición laica del lado oriental, además de darse un fuerte peso de la democracia cristiana en Chile y una llamativa pluralidad, por la presencia de iglesias evangélicas, en el Brasil, lo que no se ha traducido en mayor peso, pese a la ocupación de cargos públicos por pastores o fieles. La variedad de las respuestas aportadas, con todo, no permite llegar a conclusiones comunes o válidas para todos los países.

De igual modo, se pregunta a los Senadores por el papel de las Fuerzas Armadas en la política¹⁵, un aspecto esencial en países que sólo recientemente han visto consolidadas sus democracias con la sujeción del Ejército al poder civil democrático, y en los que la memoria de las víctimas de los regímenes autoritarios sigue siendo objeto de dolorosa controversia. Los Senadores argentinos y uruguayos hicieron una valoración bastante más negativa que sus homólogos de Chile y Brasil; una vez más, la particular trayectoria histórica y particular de cada sociedad explica los resultados respectivos, más que el auto-posicionamiento ideológico de los encuestados, aunque éste sí incide en la relación actual de confianza hacia el Ejército, ítem distinto de la opinión que merece su papel en el pasado y en el futuro. Sobre este último concepto, las opciones preferidas sobre las funciones de las Fuerzas Armadas siguen más un canon tradicional, al destacarse la defensa del territorio nacional y la intervención en casos de catástrofes o desastres naturales, que actual, ya que apenas se valora la participación de efectivos en misiones de paz en el extranjero, esencial para entender el rol contemporáneo de los Ejércitos y la orientación de las políticas de defensa.

La segunda parte de la obra está formada por el *Coloquio* o, por mejor decir, los coloquios que en la jornada de trabajo sucedieron a cada una de las partes en que se dividió la exposición de la investigación, los cuales se han agrupado para facilitar la lectura, si bien pueden buscarse las correspondencias entre cada parte o sección del estudio y cada coloquio o fragmento del mismo.

Aquí debe anotarse que el Presidente del *Parlament*, el *Molt Honorable* Sr. Ernest BENACH, tuvo la amabilidad de acudir a saludar a los participantes en el coloquio al comienzo de la sesión de tarde, a pesar de las peculiares circunstancias políticas que se daban aquel día en la sede parlamentaria, con una intensísima actividad de la Diputación Permanente.

En su presentación, Ismael E. PITARCH justifica por qué se centraban el estudio y la sesión de trabajo en el Senado, basando la respuesta en la necesidad de considerar su utilidad y legitimación funcional o de ejercicio; por qué Hispanoamérica, alineándose con los investigadores en despojar de elementos de excesiva abstracción a su trabajo, al indagar en el funcionamiento *real* de los Senados; y por qué el Parlamento, «casa del diálogo, puente entre culturas, punto en el que todas las personas, toda la ciudadanía, ha de encontrarse para analizar la realidad y después, si puede, transformarla».

¹⁵ En torno a este aspecto, y para una breve explicación sociopolítica y constitucional de los regímenes militares inspirados en la doctrina de la Seguridad Nacional, *vid.* DUVERGER, *op. cit.*, pp. 595-596, 600-603 y 624-626.

Por estas líneas, y por las suscitadas por la investigación, discurrió el debate: se discutió sobre el papel de las segundas Cámaras en general, sobre la exigencia de dotarles de funciones diferenciadas de las Cámaras Bajas, en especial en el procedimiento legislativo, con especial mención de la calidad técnica de las normas aprobadas; amén de las cuestiones que plantean para la teoría de la representación política, en especial en aquellos Estados, latinoamericanos o no, que no son federales, y donde la concepción de la soberanía nacional ha conducido a una tradición unicameral. En suma, se llegó a la conclusión de que sólo una profundización en esa distinción funcional puede proporcionar esa legitimidad de ejercicio por la que todos nos preguntamos *ab initio*; de igual modo, se trató el diferente papel de los Senados en razón de la forma de gobierno, presidencial o parlamentaria, en la que se insertan, tema anclado en su legitimidad de origen. El caso del Senado español¹⁶, como puede verse y en consonancia con el último de los objetivos del *Workshop* que hemos enumerado *supra*, salió reiteradamente a escena al compararlo con los de los países objeto de estudio; también, por poner otro ejemplo enunciado en esos objetivos, la discusión sobre la operatividad del *Bundesrat* alemán.

Siguiendo con la representación política, se debatió sobre la configuración de la misma con criterios étnicos, señalándose, como elemento principal, la falta de reconocimiento específico de los mismos, salvo excepciones testimoniales, por el *tabú* que supone aún el factor indígena en algunas sociedades, destacándose las dificultades que encuentra su presencia en las instituciones, además de la pervivencia de algunas propias de estos pueblos; así como por los problemas técnicos que podría llegar a acarrear el establecimiento de cuotas de representación, incluyendo las que implican preferencia de la mujer¹⁷. En el caso del Senado argentino, los autores comentaron la incidencia de una mayor presencia de Senadoras en el contenido de las Leyes, sin perjuicio de que siguieran estrictamente la disciplina de su Grupo Parlamentario; este factor, además, incide en el objetivo primordial de los autores del estudio, al constatar que esa novedad redunda en una *identidad institucional* menos marcada de ese concreto Senado.

Igualmente, otra de las conclusiones relevantes fue el papel *secundario* al que se destina a los Senadores indígenas en las Comisiones de las Cámaras, siendo usualmente relegados dentro de sus Grupos políticos a cuestiones específicamente relacionadas con su etnia o pueblo. Ello entronca, indirecta-

¹⁶ D. Claro José FERNÁNDEZ-CARNICERO, Letrado de las Cortes Generales, lanzó una interesante idea, que en la doctrina española ha tenido en el Prof. ARAGÓN REYES a su principal valor: la Ley Orgánica a la que se refiere el artículo 69.2 de la CE para regular la elección al Senado no tiene por qué identificarse con la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, además de que el tenor literal de dicho precepto no obliga a que la circunscripción electoral para la Cámara Alta sea la Provincia. Éste es uno de los aspectos más discutidos de las numerosas propuestas doctrinales de la reforma del Senado.

¹⁷ Sin ánimo de adelantar acontecimientos, parece que la más importante reforma del régimen electoral español, en punto a las candidaturas, incluirá este requisito, dentro del desarrollo legislativo del principio-valor constitucional de igualdad actualmente en trance de iniciarse. De hecho, una de las intervinientes en el coloquio, la Letrada de las Cortes Valencianas D.^a Julia SEVILLA MERINO, hizo hincapié en las reformas de las Constituciones de Portugal, Francia, Bélgica e Italia, para consolidar la igualdad de sexos en la representación política más allá de sus parámetros *tradicionales*.

mente, con los problemas de algunos Estados latinoamericanos en su organización territorial: además de cuestiones como la de Chiapas en Méjico, conviene recordar, por ejemplo, las reivindicaciones autonomistas de la Provincia de Santa Cruz, en Bolivia, por citar dos Estados donde recientes reformas constitucionales han abordado los derechos de los indígenas.

Una reflexión aportada por la Prof. Mariana LLANOS en el coloquio fue la necesidad de aportar criterios representativos diferentes de los *clásicos* en las Cámaras Altas, incluyendo los relativos a los indígenas, precisamente por la necesidad de dotarles de una legitimidad democrática diferenciada, respecto de las primeras Cámaras: aquí aflora nuevamente su función de integración de los territorios en el conjunto del Estado, ya mencionada, si bien no cabe duda de que la presencia de las minorías en los Senados, por otra parte de dimensión más reducida, con el designio de facilitar los acuerdos políticos, modula esa reflexión y esta finalidad, como lo hace igualmente la repercusión de los intereses estatales y/o provinciales en estas Cámaras.

En cuanto a los sistemas de partidos, así como en temas como la corrupción o la visión general que los Senadores tenían de sus Cámaras por comparación con otras instituciones, de acuerdo con la metodología empleada en la encuesta, se incidió en los mismos aspectos que en el estudio: en el primer aspecto, se insistió en la fortaleza de las formaciones o bloques políticos, así como de los Grupos parlamentarios, planteándose la eventual necesidad de Grupos territoriales en las segundas Cámaras; en cuanto a la corrupción, los autores de la investigación manifestaron, en el coloquio, que habían contrastado los datos obtenidos en la misma con los de entidades como *Transparency International*, dando a conocer un modo de proceder por otra parte generalizado no sólo en todos los temas tratados en la investigación, sino entre los sociólogos y politólogos en este tipo de encuestas.

Volviendo más tarde al auto-posicionamiento ideológico de los Senadores, a la pregunta sobre si su identificación en bloques opuestos podía suponer una mayor inestabilidad de la institución senatorial en estos países, o mayor enfrentamiento con el Ejecutivo¹⁸, los autores de la investigación contestaron que esa posición debe diferenciarse claramente de la calidad del trabajo parlamentario, teniendo en cuenta los tópicos sobre los Senados, antes apuntados y, en un contexto general, los efectos benéficos de los procesos democratizadores experimentados por los Estados estudiados. Con todo, los propios autores relativizan aquella dimensión, señalando que es necesario combinarla con lo que llaman la *variable «país»*, basado en la experiencia de cada Estado, lo que no impidió que los Senadores accedieran a ese auto-posicionamiento. Por lo

¹⁸ Nuevamente debe aludirse al caso argentino, en el que el Senado ha estado casi siempre dominado por el Partido Justicialista, en no siempre fácil *cohabitación* con Presidentes de la República pertenecientes a la Unión Cívica Radical o al Frepaso (Frente País Solidario). El caso brasileño parece, según los autores, más proclive a coaliciones auspiciadas desde el Gobierno en ambas Cámaras, lo que ha hecho que el sistema tendiera a una *parlamentarización*, como por otra parte puede predicarse, en abstracto, de las Constituciones que parten de una forma de gobierno presidencial. El sistema de partidos de Méjico no entra dentro del estudio, pero no por ello deja de ser también interesante, y de hecho se mencionó en el coloquio.

demás, se debatió, al final, sobre la particularidad de cada concreto sistema nacional de partidos y la posibilidad de buscar correspondencias entre las formaciones de cada país, así como aquellos puntos de diferencia, más móviles que fijos, que marcan la escala izquierda-derecha, lo que en inglés se conoce como *cleavage*, y que no tiene una traducción nítida en castellano.

La tercera parte es un *Anexo estadístico* con las percepciones de los Senadores, y a ella se incorporan los datos técnicos del estudio, además de las preguntas de la encuesta, divididas en los siguientes trece conjuntos, la mayoría de las cuales fueron desarrolladas en las conclusiones de la investigación y comentadas en los coloquios, teniéndose en cuenta que algunas sólo fueron pasadas en tres de los países por las singularidades del cuarto —así, las de contenido eminentemente territorial no lo fueron en el Uruguay—:

- *Legislativos y opinión pública*, inquiriéndose a los Senadores sobre las posibles causas de la percepción negativa de la labor del Poder Legislativo: críticas de los medios de comunicación, corrupción de algunos de sus miembros, incomprensión de los ciudadanos, predominio del Ejecutivo, crisis de los partidos políticos, escasa difusión de la labor del Legislativo.
- *Comparación* entre el funcionamiento del Senado y el de la Cámara de Diputados.
- *Efectos del bicameralismo* sobre la tramitación de los proyectos de ley: mejora de la calidad técnica de la ley, aumento del grado de consenso, ampliación de la diversidad de los intereses sociales representados, demora en el trámite.
- *Confianza en grupos e instituciones*: Iglesia católica, Fuerzas Armadas, Poder Legislativo, Poder Judicial, Presidente de la República, organizaciones de empresarios, medios de comunicación, Policía, sindicatos, partidos políticos, Administración Pública, Cámara de Diputados y el propio Senado.
- *Representación por partidos y por territorios*, con preguntas relativas a la importancia de la disciplina de Grupo en las distintas votaciones que tienen lugar en la Cámara, solicitándose opinión sobre dicha disciplina y las eventuales consecuencias de su ruptura por un Senador; así como a la posible colisión entre la posición de un partido y los intereses de un Estado o Provincia; y a las causas por las que el Senador cree que ha sido elegido, esto es: arrastre electoral del líder de su partido, programa y campaña electoral, simpatía personal, ideología política del partido, etc.
- *Grado de importancia de las funciones del Senado*: representar a la Nación, elaborar las leyes, controlar la actuación del Gobierno, discutir y aprobar los Presupuestos del Estado, representar los intereses territoriales, defender los intereses del partido al que pertenece el Senador.
- *Opinión de grupos y personas en la toma de decisiones de los Senadores*: líderes del partido, opinión pública, medios de comunicación, votantes del partido, Presidente de la República, Ministros, ciudadanos y Gobierno de la Provincia, Estado o Región, grupos empresariales,

asociaciones ciudadanas y ONG's, sindicatos, Colegios profesionales, Iglesia católica y otras iglesias.

- *Asesoría, servicios e instancias del Senado y su importancia*: refiriéndose a los asesores personales del Senador, se valoraba el llevar la agenda de trabajo, elaborar iniciativas legislativas, intermediar en su relación con los distintos grupos de interés y en la relación con otros Senadores, facilitar información y documentación para el trabajo del Senador y asistir en tareas de técnica legislativa. Se incluía aquí la valoración de los distintos servicios del Senado y del Poder Legislativo, y la evaluación del grado de importancia de la Presidencia del Senado, las Comisiones bicamerales, la Mesa directiva de la Cámara, los *bloques* parlamentarios y sus líderes y las Comisiones del Senado.
- *Comisiones del Senado*: se preguntaba por la importancia de una serie de criterios en la integración de tales órganos, que iban desde las normas que establece el Reglamento de la Cámara hasta la formación profesional y técnica de los Senadores, pasando por el grado de interés del Senado en los temas de la Comisión, las disposiciones del partido o los intereses territoriales. Asimismo, se pidió la valoración de los servicios de apoyo administrativo y asesoría de las Comisiones, y de ciertos enunciados o afirmaciones sobre el funcionamiento de éstas.
- *Comisiones en general*: se expusieron diversos enunciados sobre el papel de las Comisiones de control del Senado, pidiéndose que fueran valorados.
- *Funcionamiento interno y externo del Senado*: se solicitó una valoración general de los proyectos de ley en cuya tramitación hubiesen participado los Senadores, para que los puntuasen atendiendo a su calidad y su respeto a la técnica legislativa; se preguntó sobre la preeminencia de criterios políticos o profesionales en la ratificación senatorial de nombramientos en el Poder Judicial; se pidió a los Senadores que valorasen el rendimiento global de los Poderes Ejecutivo y Judicial, el propio Senado y la Cámara de Diputados, así como las relaciones entre los Senadores de diferentes Grupos parlamentarios, del Senado con la Cámara de Diputados y del Senado con el Poder Ejecutivo. Por último, se preguntó por la frecuencia de la falta de quórum de asistencia en la Cámara.
- *Posiciones ideológicas y programáticas*: son las preguntas acerca del que hemos llamado auto-posicionamiento izquierda-derecha de los Senadores y el lugar, en esa escala, en que se sitúan a los partidos y coaliciones de su país. Se incluye aquí la valoración de las afirmaciones sobre el papel del Estado en la vida socioeconómica y su intervención en campos concretos, así como sobre la iniciativa privada, las reglas del mercado y el papel supervisor del Estado. Aquí se daba cabida, también, a las cuestiones sobre el papel de las Fuerzas Armadas y los principios éticos o religiosos en la política; y sobre la fuerza *real* y la *ideal* de los poderes del Estado.
- *Posición socioeconómica de los Senadores*: se preguntó a los Senadores sobre su dedicación exclusiva o combinada con otras actividades

remuneradas, y se les pidió que valorasen sus ingresos y situación económica anteriores al mandato parlamentario.

Al final del libro aparece la relación de asistentes a la sesión de trabajo. Para elogio de la organización, debe añadirse que se nos proporcionó un valioso material de trabajo formado por diversos *papers* del *Institut für Iberoamerika-Kunde* de Hamburgo (IIK) ¹⁹, oportunamente numerados y que ahora conforman un relevante complemento de la obra aquí comentada:

- En primer lugar, un artículo del Prof. Detlef NOLTE, con el título «Funciones y funcionamiento de los Senados en los sistemas bicamerales de América Latina: un enfoque comparado».
- A continuación, otro de la Prof. Mariana LLANOS, «El bicameralismo en América Latina».
- De la misma Profesora, «Los Senadores y el Senado en Argentina y Brasil: informe de una encuesta».
- Del Prof. Francisco SÁNCHEZ LÓPEZ, «Radiografía del Senado de Uruguay: informe de la encuesta 2002».
- De nuevo, del Prof. Detlef NOLTE, en colaboración con los Profs. Ruth FUCHS y Francisco SÁNCHEZ LÓPEZ, «Radiografía del Senado de Chile: informe de la encuesta 2002».
- Finalmente, en otro folleto encuadernado se incluyó otro *paper*, de los Profs. Ruth FUCHS y Mirjam HÄGELE, «El bicameralismo en las Constituciones de América Latina», junto con una tabla descriptiva de las variables de las dimensiones o factores de incongruencia y simetría bicameral.

Por último, por nuestra parte, aportamos los siguientes enlaces, de cada uno de los Senados objeto de análisis en el estudio:

<http://www.senado.gov.br/sf/>

<http://www.senado.cl>

<http://www.senado.gov.ar/principal.php>

<http://www.parlamento.gub.uy/palacio3/index1024.htm>

Como colofón, no queda sino el agradecimiento a los organizadores de la sesión de trabajo y a los editores de la obra, fruto, una y otra, de la necesaria y siempre fructífera colaboración entre el Parlamento y la Universidad o los centros e institutos de investigación, una experiencia siempre llamada a intensificarse por los mutuos beneficios que reporta, de un lado, a la institución que encarna la democracia representativa y, de otro, al lugar donde reside el saber y la ciencia, y donde la curiosidad intelectual e investigadora encuentra siempre sus mejores realizaciones.

¹⁹ El listado de éstos y de otros puede consultarse en la siguiente página, ya citada, de la que pueden descargarse estos documentos: <http://www.duei.de/iik/show.php/es/content/invest/senados.html>

González-Trevijano, Pedro:

La mirada del poder

Temas de Hoy. Universidad Rey Juan Carlos,
Madrid, 2006, 515 pp.

Son muchas las virtudes de la presente obra, pero sin duda hay que destacar la originalidad del profesor GONZÁLEZ-TREVIJANO al concebir este libro. El lector tiene en sus manos un análisis serio, riguroso y documentadísimo —cerca de mil cuatrocientas notas apoyan lo expuesto en el texto— de los diez principales estadistas del pasado milenio, uno por cada siglo (Gregorio VII, Gengis-Kan, Alfonso X el Sabio, Felipe IV el Hermoso, Fernando el Católico, Carlos V, Richelieu, Washington, Napoleón y Churchill). De por sí, esta estructura ya es atractiva, al presentarnos la vida y obra de cada uno de ellos, sin embargo, la singularidad del libro radica en la incorporación de un estudio de los citados personajes a través de sus diferentes representaciones artísticas. La combinación no puede ser más sugerente y el resultado sumamente enriquecedor.

Así, el lector no sólo se aproxima a la vida de Gengis-Kan, al contexto social y político de la época, o al tablero de ajedrez que era la Europa del siglo XVI donde Fernando el Católico movía sus piezas con verdadera maestría —tal y como nos recuerda el autor—, sino que podrá además acercarse al Emperador Carlos V de la mano del incomparable Tiziano, escudriñar la excepcional personalidad de Richelieu a través del arte de Champagne o conocer las particulares relaciones entre Napoleón y su principal retratista: Jacques Louis David.

Hay que reconocer que el profesor GONZÁLEZ-TREVIJANO ha resuelto con éxito un reto nada sencillo: abordar la historia de la teoría y *praxis* política del pasado milenio, amén del examen concienzudo desde la perspectiva jurídico-constitucional, con la reflexión y disertación artística —principalmente pictórica, aunque se incluyen también esculturas, vidrieras, códices, tapices, miniaturas, grabados, estampas, etc.—.

Nos encontramos realmente ante un trabajo minucioso y, sin duda, fruto necesariamente, de no pocos años de dedicación. Son muchos los lectores

* Profesor Titular de Derecho Constitucional y Vicerrector de la Universidad Rey Juan Carlos.

potenciales de este elaborado libro: los amantes de las biografías de grandes vidas, los seducidos por el conocimiento de la historia práctica de la política de Estado, los que buscan la evolución de las instituciones políticas y jurídicas desde la Edad Media hasta nuestros días; pero a nosotros se nos antoja claro que los principales beneficiarios serán también los apasionados por las bellas artes y la documentación sobre nuestros diez personajes escogidos. En este campo el profesor GONZÁLEZ-TREVIJANO ha realizado una labor verdaderamente exhaustiva y actualizada, sobre todo en lo referido a la representación artística de los diez estadistas, de forma y manera que el lector tiene una auténtica monografía sobre la materia.

Respecto de la elección de los principales protagonistas por cada siglo, se puede señalar que otros pudieran estar (Isabel I de Inglaterra, Federico de Prusia, por citar dos ejemplos significativos), pero es indiscutible que los escogidos tienen el peso histórico y político requerido para detentar la representación de su centuria. Por lo demás, se aprecia en la lectura del libro y en las propias notas a pie de página, la predilección y admiración del autor por determinados personajes como Fernando el Católico, Richelieu o Napoleón. Igualmente, se deja sentir la especial sensibilidad del profesor GONZÁLEZ-TREVIJANO, experto conocedor del mundo de la pintura, por la indiscutible genialidad de Tiziano, la pintura psicológica de Champaigne —demasiado realista incluso para el propio Richelieu— o la arrolladora estética de Louis David.

La obra, por lo demás, dada la exhaustividad expositiva del autor, nos muestra junto con los personajes protagonistas, aquellos otros, también relevantes, que formaron parte de sus vidas como familiares, amigos o, no menos relevante, antagonistas. Así, dentro de este último supuesto, podemos recordar, por ejemplo, al Emperador Enrique IV y sus encuentros y desencuentros con nuestro representante del siglo XI, Gregorio VII; o, a la inversa, entre Felipe IV el Hermoso con el Papa Bonifacio VIII; el Emperador Carlos V frente a Francisco I de Francia o las constantes tensiones entre Richelieu y el Conde-Duque de Olivares. De esta manera, podemos conocer con bastante detalle, tanto los capítulos finales de la teoría *gelasiana* o de las dos espadas, esto es, las tensiones por el poder entre el Emperador y el Papa, como el predominio primero del Imperio español, cuyo principal exponente es Carlos I, y después del poderío francés, que magistralmente se personifica en Richelieu. Evidentemente el libro, dentro de las muy diversas lecturas que puede suscitar —artística, biográfica, histórica, etc.—, desde luego, tiene en nuestro tiempo actual especial interés conocer cómo actuaron, qué construyeron, con qué dificultades se encontraron y, principalmente la deuda que, reconozcámoslo o no, tenemos contraída con verdaderos hombres de Estado de la talla de Fernando el Católico o George Washington. Inevitablemente el conocimiento de la historia nos ayuda a valorar en sus justos términos y, por contraste, a los hombres de Estado de antaño y a los actuales.

En fin, estamos ante un gran libro, principalmente de historia, que con la original excusa de los personajes elegidos, podemos conocer en no más de cincuenta páginas, su vida y obra, el contexto político, jurídico y social del

tiempo que les tocó vivir y las representaciones artísticas más significativas de los mismos. Por lo demás, está redactado de forma ágil y amena, sin dejar de ser riguroso y con un importantísimo soporte de fuentes.

Deseamos manifestar expresamente, es de justicia reconocerlo, nuestra admiración por la formación humanista que rezuma el libro y, por lo tanto, su autor. En un tiempo en que la especialización ha ahogado la perspectiva global y transversal de los acontecimientos, y el saber enciclopédico queda para escritores de pretéritas épocas ilustradas, es un verdadero placer encontrar una obra escrita, como nosotros entendemos que debe ser, por un único autor, esto es, que conjuga en su persona de manera magistral el conocimiento del arte, especialmente de la pintura, con la descripción de la historia en sus diferentes campos: biografía, teoría política, instituciones políticas, sociales y jurídicas.

Por lo demás, hoy puede tener especial interés para nosotros —como españoles y como ciudadanos del siglo XXI— leer con atención la vida de algunos de los personajes históricos seleccionados por el autor. Podría hablarse ampliamente de los diez, pero tan sólo nos vamos a centrar en Fernando el Católico, George Washington y Winston Churchill.

Es obligado, dada la actual situación de tensión en la política territorial interna que se vive en España, esbozar, siquiera muy sucintamente, alguna pincelada de quien posiblemente fue el mejor monarca de la historia de España, Fernando el Católico. Estimo que es muy importante para los actuales tiempos de disgregación, separación y división que vivimos en España, traer vivamente a nuestra memoria la excepcional labor de medida y calculada precisión política desarrollada por el Rey Fernando de Aragón. En las páginas que GONZÁLEZ-TREVIJANO le dedica al Rey católico se puede apreciar con meridiana claridad la profunda admiración, totalmente justificada, que el autor siente por quien con inteligencia, mucho trabajo y una gran habilidad política, contribuyó a crear la gran realidad que durante siglos ha sido y es España. Por la contra, hoy vivimos un tiempo donde determinados supuestos líderes políticos cultivan otros proyectos que minan y no están a la altura de quien representó con brillantez, generosidad y valentía la Corona de Aragón.

Acercarnos a la obra de George Washington, primer Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, es ver cómo se forjó y en qué contexto, una de las democracias más estables del planeta, conocer a los *Padres* de la Constitución norteamericana de 1787 —la primera Constitución moderna y aún en vigor—, su formación, actuaciones, proyectos, ambiciones. Todo ello se encuentra en el entorno vital y político que rodeó a Washington y donde podemos aprender de personajes tan ilustres como Benjamín Franklin, y los también Presidentes John Adams, Thomas Jefferson o James Madison. Los españoles llevamos realmente pocos años de experiencia democrática y es la Constitución de 1978 la primera que verdaderamente está funcionando como tal norma jurídica superior, proporcionando a España, sin ninguna duda, sus años de mayor progreso, paz y estabilidad. No está desde luego de más, aprovechar la magnífica oportunidad que nos brinda un experto constitucionalis-

ta como el profesor GONZÁLEZ-TREVIJANO, para tomar buena nota de lo que es una democracia y un régimen constitucional vigente y estable durante ya más de dos siglos, como el que contribuyó a crear un hombre tan excepcional, especialmente en sus cualidades humanas, como fue George Washington.

También la figura de Winston Churchill está siempre de actualidad. En el libro queda perfectamente plasmado cómo nos encontramos ante un auténtico hombre de Estado. No deja de resultar ciertamente empobrecedor, la desaparición del panorama político internacional actual de personas con el carácter, compromiso y sentido internacional que en su tiempo tuvo el Primer Ministro británico. A través de las páginas que GONZÁLEZ-TREVIJANO le dedica, apreciamos la singular personalidad de un político creativo, especialmente preparado para las ocasiones excepcionales. No le falta razón al autor del libro al traer a colación, en el inicio del capítulo sobre Churchill, las palabras de Albert COHEN que nos recuerdan que «cada hombre nace y se forma para un gran momento de su vida». Por lo demás, no sólo hoy hemos perdido a esos hombres de Estado y de gran carácter como Churchill, sino también al humanista, polifacético y enciclopédico. El especialismo reinante y el marketing político y mediático dan como lamentable resultado políticos con gran poder, pero que posiblemente no tenga la *formación* suficiente, en el más amplio sentido del término, para enfrentarse, con alguna mínima garantía de éxito, a los complejísimos problemas que sufre nuestro siglo XXI. Hoy, y con los vientos que soplan en la política internacional, sería prácticamente imposible poder encontrar un primer ministro que haya sido aventurero, reportero de guerra, amante de la pintura y Nóbel de literatura (año 1953).

En este sentido, el libro del profesor GONZÁLEZ-TREVIJANO puede adquirir una lectura muy especial y enriquecedora para la altura de los tiempos —que diría ORTEGA Y GASSET— que vivimos en los inicios de este nuevo siglo y milenio. Leyendo la vida y obra de los personajes escogidos por el autor, se puede llegar a la conclusión de que no sólo temporalmente hemos concluido un milenio y comenzado otro, sino que, en importante medida, es muy difícil que el nuevo milenio estrenado nos puede deparar vidas y —por qué no decirlo ante la, nuevamente citamos a ORTEGA, deshumanización del arte— obras artísticas, como las que el segundo milenio nos ha regalado. Tenía razón John STUART MILL —en este año 2006 conmemoramos el bicentenario de su nacimiento— cuando era de los primeros en percibir y señalar, junto con Alexis DE TOCQUEVILLE, la paulatina pérdida de los grandes individualidades, la peligrosa comprensión de la democracia como igualación en todos los niveles, pudiéndose ahogar el surgimiento de las siempre necesarias individualidades que contribuyen a enriquecer cualquier tiempo. Con posterioridad NIETZSCHE, MANHEIM u ORTEGA Y GASSET desarrollaron estos posibles riesgos de las sociedades democráticas modernas. La lectura del presente libro bien pudiera ser una constatación de la consolidación de los temores fundados del brillante historiador, sociólogo y político —teórico y práctico— francés del siglo XIX.

Sólo nos resta ya, para concluir, desear al lector que disfrute de la intensa y enriquecedora lectura que esta elaborada obra, seguro, le va a proporcionar.