

ASAMBLEA

REVISTA PARLAMENTARIA DE LA ASAMBLEA DE MADRID



Número 33 • Diciembre 2015

SUMARIO

I. TEMA DE DEBATE

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO: *El debate sobre el uso de los espacios públicos, ¿andar por la calle desnudo o con la cara tapada?*

II. ESTUDIOS

- PAREJO ALFONSO, LUCIANO: *Estado y procesos de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación.*
- CID VILLAGRASA, BLANCA: *Las teorías aplicadas a la práctica en la realidad jurídica de la Unión Europea.*
- LÓPEZ SÁNCHEZ, ELISEO y CASAL OUBIÑA, DANIEL: *Las capitales federales de Europa.*

III. NOTAS Y DICTÁMENES

- DOMÍNGUEZ LUIS, JOSÉ ANTONIO: *La sentencia dictada en el recurso de casación en interés de la ley contencioso-administrativo: efectos.*
- ARÉVALO GUTIÉRREZ, ALFONSO: *Las declaraciones institucionales: su procedimiento de tramitación.*
- DE BLAS GALBETE, ANDER: *Herida, muerte y resurrección. Crónica judicial del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid.*
- CALVO VÉRGEZ, JUAN: *En torno al plazo para interponer la reclamación económico-administrativa y sus consecuencias en materia de prescripción.*

IV. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

- NIETO LOZANO, ÁNGELES; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, SANTIAGO y DURÁN RAMOS, JOSÉ MARÍA: *La Actividad Parlamentaria de enero a 8 de junio de 2015 (IX Legislatura).*

V. RECENSIONES

- MARAÑÓN GOMEZ, RAQUEL: *Democracias inquietas, una defensa activa de la España Constitucional*, de Benigno Pendas.
- DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, LUIS: *Puedo prometer y prometo. Mis años con Adolfo Suárez*, de Fernando Ónega.
- NAVARRO JIMÉNEZ-ASEÑO, PATRICIA: *Participación política y derechos sociales en el siglo XXI*, de VV.AA.
- GARRIDO RUBIA, ANTONIO: *Presente y futuro de los sistemas políticos y los modelos constitucionales*, de Óscar Mateos y de Cabo.

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la
Asamblea de Madrid

33

Diciembre
2015

Asamblea de Madrid

- *Servicio de Publicaciones* -

Plaza de la Asamblea, 1. 28018 – Madrid

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

Edita: Asamblea de Madrid
Depósito Legal: M. 30.989-1999
I.S.S.N.: 1575-5312
Imprime: LERKO PRINT, S.A.
Paseo de la Castellana, 121
28046 Madrid

MADRID, 2016

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid

PRESIDENTE

- Paloma Adrados Gautier
Presidenta de la Asamblea de Madrid

CONSEJO DE HONOR

- Ramón Espinar Gallego
- Pedro Díez Olazábal
- Juan Van-Halen Acedo
- Jesús Pedroche Nieto
- Concepción Dancausa Treviño
- María Elvira Rodríguez Herrer
- José Ignacio Echeverría Echániz
Ex-Presidentes de la Asamblea de Madrid

CONSEJO ASESOR

- Juan Trinidad Martos
Vicepresidente Primero de la Asamblea de Madrid
- Modesto Nolla Estrada
Vicepresidente Segundo de la Asamblea de Madrid
- Laura Díaz Román
Vicepresidenta Tercera de la Asamblea de Madrid
- Rosalía Gonzalo López
Secretaria Primera de la Asamblea de Madrid
- María Carmen López Ruiz
Secretaria Segunda de la Asamblea de Madrid
- Juan Antonio Gómez-Angulo Rodríguez
Secretario Tercero de la Asamblea de Madrid
- D. Enrique Matías Ossorio Crespo
Portavoz del Grupo Parlamentario Popular en la Asamblea de Madrid
- Ángel Gabilondo Pujol
Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en la Asamblea de Madrid
- José Manuel López Rodrigo
Portavoz del Grupo Parlamentario Podemos Comunidad de Madrid en la Asamblea de Madrid
- Ignacio Jesús Aguado Crespo
Portavoz del Grupo Parlamentario Ciudadanos en la Asamblea de Madrid
- Manuel Alba Navarro
- Manuel Aragón Reyes
- Feliciano Barrios Pintado
- José Antonio Escudero López
- Manuel Fraile Clivillés
- Pedro González-Trevijano Sánchez
- Carmen Iglesias Cano
- Luis López Guerra
- Lorenzo Martín-Retortillo Baquer
- José F. Merino Merchán

- Santiago Muñoz Machado
- Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona
- Luciano Parejo Alfonso
- Benigno Pendás García
- José Luis Piñar Mañas
- Emilio Recoder de Casso
- Francisco Rubio Llorente
- José Manuel Sala Arquer
- Miguel Sánchez Morón
- Juan Alfonso Santamaría Pastor
- José Eugenio Soriano García

CONSEJO TÉCNICO

- Alfonso Arévalo Gutiérrez
- Almudena Marazuela Bermúdez
- Antonio Lucio Gil
- Javier Sánchez Sánchez
- Blanca Cid Villagrasa
- Esteban Greciet García
- Mónica Martín de Hijas Merino
- Tatiana Recoder Vallina
- Roberto González de Zárate Lorente
- Lidia García Fernández (*excedencia voluntaria*)
- Esther de Alba Bastarrechea (*servicios especiales*)
- Ana María del Pino Carazo (*servicios especiales*)
- Andrés Sánchez Magro (*excedencia voluntaria*)
- Laura Seseña Santos (*excedencia voluntaria*)
- Clara Garrido Criado (*excedencia voluntaria*)
Letrados de la Asamblea de Madrid

DIRECTOR

- Raquel Marañón Gómez
Secretaria General de la Asamblea de Madrid

SECRETARIO

- Alfonso Arévalo Gutiérrez
- Esteban Greciet García
Letrados de la Asamblea de Madrid

SERVICIO DE PUBLICACIONES

- Ana Villena Cortés
Jefa del Servicio de Publicaciones
- Gema Moreno Rodríguez
Jefa de la Sección de Publicaciones
- Susana Moreno Rodríguez
Jefa del Negociado de Publicaciones no Oficiales
- Raquel del Sol Herreros
Administrativa del Negociado de Publicaciones no Oficiales

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES PARA LA PUBLICACIÓN EN LA REVISTA «ASAMBLEA»

La Revista *Asamblea* tiene una vocación esencialmente jurídico-pública, constitucional y administrativa, centrándose su enfoque en el Derecho constitucional, parlamentario y autonómico, con especial atención a las cuestiones referentes al Parlamento y a la Comunidad de Madrid. Su carácter es semestral.

1. Lugar y modo de presentación de originales

Los trabajos o colaboraciones remitidos para su publicación en la Revista *Asamblea* deberán ser inéditos y no estar pendientes de publicación en otras revistas. Se presentarán escritos en lengua castellana y se enviarán por correo electrónico, en formato Microsoft Word, al Secretario de la Revista, a la dirección: egreciet@asambleamadrid.es, o bien en papel acompañado de soporte electrónico (CD) dirigidos al Servicio de Publicaciones. Plaza de la Asamblea de Madrid, 1. 28018 – Madrid.

La Revista no mantendrá correspondencia sobre los originales no solicitados que se le remitan.

La Revista se reserva la iniciativa, especialmente en números monográficos, de invitar a los más prestigiosos especialistas en la materia.

2. Extensión y formato de presentación

— Datos del autor

Los trabajos originales irán encabezados por el nombre del autor o autores, número de teléfono, de fax y dirección de contacto y de correo electrónico. Deberá incluirse a pie de página con asterisco (*) la profesión, cargo principal o condición profesional con la que deseen ser presentados.

— Extensión y formato

Los trabajos tendrán una extensión máxima aproximada de treinta y cinco páginas (DIN A4) y las recensiones de seis a ocho páginas. El tipo de letra deberá ser Times New Roman, cuerpo 12, con interlineado sencillo y sangría en primera línea.

— Título del trabajo

Los trabajos irán encabezados por el título o enunciado, en letra negrilla, Times New Roman, cuerpo superior a 12, texto en minúscula y en mayúsculas solo las palabras pertinentes. Ejemplo:

**La técnica legislativa en Derecho comparado,
en especial en América Latina**

— Sumario

Al principio del trabajo se incluirá un sumario, que permita identificar los apartados y subapartados del mismo. Los epígrafes de los apartados principales irán en mayúscula, numerados I, II, III... y los epígrafes de los subapartados en minúscula 1.1, 2.1, 2.2...3.1... etc. Ejemplo:

Sumario: RESUMEN.—I. LA TÉCNICA LEGISLATIVA EN EUROPA.—1.1. El modelo alemán: origen de la normativa sobre técnica legislativa.

— Resumen, palabras clave, abstract y key words

Los trabajos incluidos en las Secciones de la Revista II. ESTUDIOS y III. NOTAS Y DICTÁMENES, deberán presentar un RESUMEN en español de entre 120 y 150 palabras, así como tres o cuatro palabras clave identificativas del tema tratado. Si fuera posible, el resumen y las palabras clave se presentarán también en inglés.

Ejemplo:

RESUMEN

La sentencia del Tribunal Constitucional de noviembre de 2012 declarando la plena constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio...

PALABRAS CLAVE: Constitucionalidad, matrimonio, igualdad.

ABSTRACT

The ruling of the Spanish Constitutional Court of November 2012 declaring the full constitutionality of the 13/2005 law, of 1 July, amending the Civil Code in matters of law to marry...

KEYWORDS: Constitutionality, marriage, equality.

— Notas a pie de página y referencias bibliográficas

Las notas a pie de página deberán ir en Times New Roman, cuerpo 9, numeradas correlativamente. Cuando se cite a un autor y su obra seguirá el siguiente formato: apellidos del autor, nombre con inicial mayúscula en versalita (o nombre completo de autores y literatos de relevancia histórica como José ORTEGA Y GASSET, etc.), título del artículo entrecomillado y obra a la que pertenece en cursiva, número de la obra a la que hace referencia en abreviatura núm. Para señalar el número de páginas utilizarán p. o pp., y ss. para indicar las siguientes. Ejemplo:

¹ FERRERES COMELLA, V., «El principio de igualdad y el derecho a no casarse» (a propósito de la STC 222/1992). *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, 1994, p. 170.

— Bibliografía

Las obras citadas o referencias bibliográficas se incluirán siempre al final del trabajo en un listado, con el siguiente formato.

Ejemplo:

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo. «Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común de 1992», en *Revista de Administración Pública*, núm. 130, pp. 205-222.

— Ilustraciones

Las ilustraciones, fotos, gráficos, mapas, tablas, cuadros...etc., deberán ir insertados en el texto en el lugar exacto donde deban reproducirse, tendrán la suficiente calidad técnica y contener el título y la fuente de los datos mostrados.

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

IN MEMORIAM

El pasado 19 de junio, cuando el anterior número de esta Revista acababa de salir de la imprenta, recibimos con hondo pesar la noticia del luctuoso suceso: había fallecido en Bélgica nuestro compañero y amigo Gregorio Valero Jordana.

Gregorio fue Letrado de la Asamblea de Madrid, ocupando la Secretaría General de la Cámara entre 1990 y 1992, pasando ulteriormente a prestar servicio en la Comisión Europea.

Asimismo, fue miembro fundador y primer Presidente de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos Autonómicos.

Nuestro homenaje de respeto y el cariño de todos aquéllos que con él coincidimos y tuvimos ocasión de disfrutar de su grandeza personal y humana. Por ello, es para nosotros un honor dedicar este número de la Revista a su memoria.

Descansa en paz, Gregorio.

ÍNDICE

	Pág.
I. TEMA DE DEBATE	
MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO: <i>El debate sobre el uso de los espacios públicos, ¿andar por la calle desnudo o con la cara tapada?</i>	13
II. ESTUDIOS	
PAREJO ALFONSO, LUCIANO: <i>Estado y procesos de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación</i>	73
CID VILLAGRASA, BLANCA: <i>Las teorías aplicadas a la práctica en la realidad jurídica de la Unión Europea</i>	99
LÓPEZ SÁNCHEZ, ELISEO y CASAL OUBIÑA, DANIEL: <i>Las capitales federales de Europa</i>	139
III. NOTAS Y DICTÁMENES	
DOMÍNGUEZ LUIS, JOSÉ ANTONIO: <i>La sentencia dictada en el recurso de casación en interés de la ley contencioso-administrativo: efectos</i>	169
ARÉVALO GUTIÉRREZ, ALFONSO: <i>Las declaraciones institucionales: su procedimiento de tramitación</i>	193
DE BLAS GALBETE, ANDER: <i>Herida, muerte y resurrección. Crónica judicial del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid</i>	211
CALVO VÉRGEZ, JUAN: <i>En torno al plazo para interponer la reclamación económico-administrativa y sus consecuencias en materia de prescripción</i>	225
IV. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA	
NIETO LOZANO, ÁNGELES; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, SANTIAGO y DURÁN RAMOS, JOSÉ MARÍA: <i>La Actividad Parlamentaria de enero a 8 de junio de 2015 (IX Legislatura)</i>	247
V. RECENSIONES	
MARAÑÓN GÓMEZ, RAQUEL: <i>Democracias inquietas, una defensa activa de la España Constitucional</i> , de Benigno Pendás	271
DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, LUIS: <i>Puedo prometer y prometo. Mis años con Adolfo Suárez</i> , de Fernando Ónega	275

	Pág.
NAVARRO JIMÉNEZ-ASENJO, PATRICIA: <i>Participación política y derechos sociales en el siglo XXI</i> , de VV.AA.	281
GARRIDO RUBIA, ANTONIO: <i>Presente y futuro de los sistemas políticos y los modelos constitucionales</i> , de Óscar Mateos y de Cabo	289

I

TEMA DE DEBATE

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer*

El debate sobre el uso de los espacios públicos, ¿andar por la calle desnudo o con la cara tapada?

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. EL USO DE LOS ESPACIOS PÚBLICOS.—2.1. Regulación administrativa de los bienes.—2.2. El papel de la ley.—2.3. El universo de las ordenanzas municipales.—2.4. ¿Incidencia sobre la forma de vestir?—III. LA OPCIÓN DE CAMINAR CON LA CARA TAPADA.—3.1. La problemática del ocultamiento del rostro. El ejemplo de la Ordenanza Municipal de Lérida y la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013.—3.2. La proyección europea: La Ley francesa prohibiendo el ocultamiento del rostro y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “S.A.S. c. Francia”, de uno de julio de 2014.—IV. LA OPCIÓN DEL DESNUDO.—4.1. El debate sobre el nudismo en público. Un expresivo testimonio europeo: el caso de “the naked rambler” (el excursionista desnudo) y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Gough c. Reino Unido”, de 28 de octubre de 2014.—4.2. También en España interesa el problema: la Ordenanza Municipal de Barcelona y la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015.—V. REFLEXIÓN FINAL.

RESUMEN

¿Qué está permitido hacer en la calle? En concreto, el debate sobre el desnudo público y sobre el ocultamiento de la cara. La tensión entre la libertad y la protección de los derechos de terceros.

PALABRAS CLAVE: Derechos de terceros, espacios públicos, nudismo, ordenanzas municipales, velo integral.

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

ABSTRACT

Must be allowed to walk naked or with the face hidden across the city? The limits of human rights: the protection of the rights of others.

KEYWORDS: *nikab, protection of the rights of others, public nudity, public streets.*

I. INTRODUCCIÓN

1. Me viene interesando últimamente la problemática del especial significado de los espacios públicos, tan decisivos para la vida en sociedad, en los que importa asegurar una correcta convivencia entre los tan variados como numerosos usuarios¹. Parto de la base de que el panorama está presidido por el canon de libertad, arraigado con energía en nuestro sistema constitucional desde la Carta Magna de 1978 y reforzado luego por los instrumentos europeos que nos presiden. Canon de libertad que ha de propiciar sin falta una pluralidad de respuestas, en un mundo tan rico en sugerencias, deseos, aspiraciones, incitaciones personales, hábitos de vida, prácticas que se generalizan, y ello sin contar el permanente reflejo en la sociedad de tantas experiencias que se manifiestan a lo largo del ancho mundo. A su vez, la intensidad y movilidad que caracteriza hoy a nuestro sistema de vida, las innovaciones técnicas para los desplazamientos, a lo que se une la abundante presencia de extranjeros, no pocos, turistas, de permanencia temporal limitada –y, en general, respetuosos con los hábitos del país–, pero también, los que por tan variadas razones vienen a instalarse –ya sea buscando trabajo o una mejora de las condiciones de vida–, con sus hábitos y costumbres, a veces tan distintos de los habituales, todo ello unido al señalado impulso de la libertad que puede sugerir tan diversos tipos de comportamientos, va a hacer que si lo normal sea la compatibilidad de respuestas, a veces la convivencia aparezca marcada por tensiones y enfrentamientos, lo que hará, como me gusta recalcar, que el espacio público deba ser considerado con tanta frecuencia como un “bien escaso”. Bien escaso que, por eso mismo, ha de reclamar criterios de utilización y de reparto, así

¹ El presente trabajo desarrolla y complementa la ponencia que desarrollé en Lérida el 23 de octubre de 2014, con motivo de unas Jornadas pluridisciplinares sobre el uso de las vías públicas, y que bajo el título *Derechos fundamentales y vía pública*, ha de aparecer en breve en la “Revista Andaluza de Administración Pública”, núm. 91, 2015, y, en su día, en el volumen colectivo que reúna las diversas intervenciones de aquellas jornadas, “Uso y control del espacio público: viejos problemas, nuevos desafíos”, Aranzadi, 2015. Al interés por determinados aspectos de aquella problemática, como el uso de vestimentas señaladas, se deben mis trabajos, *Los ayuntamientos y el régimen jurídico de atuendos y vestimentas*, “Anuario del Gobierno Local”, 2010, pp. 341 ss.; el capítulo noveno de mi libro *Estudios sobre libertad religiosa*, titulado “Los atuendos de significado religioso según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Reus, Madrid, 2011, pp. 201 ss.; así como, algo antes, el capítulo dedicado a “El problema del velo islámico” en mi libro *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa*, 2.^a edición, Cuadernos Civitas, Madrid, 2007, pp. 57-90.

como, en tal caso, garantías para el correcto funcionamiento. Pesa mucho, como digo, el énfasis del criterio de libertad.

2. A su vez, he cuidado de recalcar, en una línea que me parece decisiva para el mejor afianzamiento de la democracia, que la fuerza atractiva de la libertad no debe hacernos olvidar que derechos y libertades no son valores absolutos: tienen cada uno su confín y han de respetar con frecuencia una serie de límites e injerencias. Entre los que aparecen algunos como la seguridad pública, la sanidad, el orden público, etc., presente siempre, en todo caso, la vieja y arraigada regla —que hoy recalcan con insistencia las diversas regulaciones—, del respeto a los derechos de los demás. De ahí que surjan una serie de interrogantes que habrá que abordar sin falta. Cuando hablo de espacios públicos concretaría que me estoy refiriendo a los bienes de dominio público, municipal, provincial, autonómico o estatal, abiertos al uso común, como caminos, calles, plazas, parques y jardines, las playas y la zona marítimo terrestre, etc., como también aquellos lugares sede de los servicios públicos en sentido amplio abiertos al uso indiscriminado de los ciudadanos, como las estaciones de transporte, bancos, grandes almacenes, lugares de espectáculos, sin perjuicio de que en estos últimos haya que observar algunos requisitos —objetivos y al alcance de todos, como sacar entrada—.

3. Penden, en efecto, interrogantes como los siguientes: ¿Habrá que tolerar cualquier tipo de uso, contando con una especie de autorregulación espontánea? Es decir, ¿estará permitido hacer cualquier cosa en los espacios públicos? ¿Se puede regular el espacio de modo que con un reparto de los tiempos se hagan compatibles diversas actividades? Más aún, ¿habría actividades que deberían quedar prohibidas? En caso de prohibición, ¿resulta legítimo sancionar las actividades contempladas para así incentivar a asegurar el debido respeto? ¿A quién incumbirá la supervisión de lo que acaezca en dichos espacios públicos?

4. Pero la experiencia evidencia que no funciona el autocontrol y la espontaneidad. De ahí, la importancia de la regulación y del reparto. Aparte de que hay usos incompatibles con las aspiraciones de convivencia propias de cada época y cada sociedad, por lo que deberán ser prohibidas. Lo que exigirá a su vez la correspondiente vigilancia, así como la puesta en marcha de las medidas disuasorias necesarias, que pueden traducirse incluso en sanciones.

II. EL USO DE LOS ESPACIOS PÚBLICOS

2.1. **Regulación administrativa de los bienes**

5. En esta concatenación de razonamientos viene al caso recordar, como ya he tenido ocasión de estudiar en otra ocasión, la funcionalidad de la regulación administrativa que afirma el carácter de dominio público de los más significativos de esos espacios públicos, recalándose la propie-

dad de la correspondiente Administración Pública, lo que llevará implícitas importantes competencias de gestión si bien, como es regla general, las potestades derivadas de la propiedad hayan de convivir en ocasiones con la competencia de otras Administraciones. Como norma de aplicación general vinculante para todas las Administraciones –de modo que se incluya tanto a la Administración General del Estado como a las autonómicas y a las locales–, destaca especialmente el artículo 6 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, la 33/2003, de 5 de noviembre, en el que, presidido por el rótulo “Principios rectores de los bienes y derechos de dominio público”, se dispone: “La gestión y administración de los bienes y derechos demaniales por las Administraciones Públicas se ajustarán a los siguientes principios: (...) c) Aplicación efectiva al uso general o al servicio público, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas. / d) Dedicación preferente al uso común frente a su uso privativo. / e) Ejercicio diligente de las prerrogativas que la presente Ley u otras especiales otorguen a las Administraciones Públicas, garantizando su conservación e integridad”.

Otra muestra destacable, aunque afecte a un sector específico, bien que de gran trascendencia, es la que ofrece el artículo 31.1 de la Ley de Costas, la 22/1988, de 28 de julio, tantas veces reformada, si bien no en este punto –afectando, recuérdese, a lo que según el artículo 132.2 de la Constitución (en adelante, CE), son “bienes de dominio público estatal”–, cuando indica: “La utilización del dominio público marítimo terrestre y, en todo caso, del mar y su ribera será libre, pública y gratuita para los usos comunes y acordes con la naturaleza de aquél, tales como pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y marisco y otros actos semejantes que no requieran obras e instalaciones de ningún tipo, y que se realicen de acuerdo con las leyes y reglamentos o normas aprobadas conforme a esta ley”.

Una tercera referencia, para concluir la exposición, me lleva a la regulación de los bienes de las corporaciones locales, de donde proceden en gran medida los criterios que hemos encontrado en las dos normas anteriores, personalizándola ahora en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, R.D. 1372/1986, de 13 de junio. En su artículo 75 se recoge el tradicional criterio² de que se considerará uso común, “el correspondiente por igual a todos los ciudadanos indistintamente de modo que el uso de unos

² Recuérdese que tales conceptos ya estaban en la anterior versión del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, D. de 27 de mayo de 1955, cuyo artículo 59 vale la pena reproducir dada la precisión de sus conceptos: “En la utilización de los bienes de dominio público se considerará: / 1.º Uso común el correspondiente por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados, y se estimará: / a) general, cuando no concurran circunstancias singulares, y / b) especial, si concurrieran circunstancias de este carácter por la peligrosidad, intensidad del uso o cualquiera otra semejante. / 2.º Uso privativo, el constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados. / 3.º Uso normal, el que fuere conforme con el destino del dominio público a que afecte. 4.º Uso anormal, si no fuere conforme con dicho destino”.

no impida el de los demás interesados” (apartado primero), mientras que, por el contrario, será uso privativo “el constituido por la ocupación de una porción de dominio público de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados” (ap. 2). Con la característica de que el uso privativo, como principio, estará sujeto a concesión administrativa (art. 78.1.a). Quedando en medio el supuesto de uso común especial, caracterizado por su intensidad, que se sujeta a licencia (arts. 75.1.b, y 77.1). Siendo de destacar la gran regla del artículo 76, de acuerdo con el cual, “El uso común general de los bienes de dominio público se ejercerá libremente con arreglo a la naturaleza de los mismos, a los actos de afectación y apertura al uso público y a las leyes, reglamentos y demás disposiciones generales”³.

6. Del análisis de estas regulaciones se pueden extraer algunas conclusiones del mayor interés.

a) Se refleja claramente el canon de libertad señalado y de ahí que, como punto de partida se ponga énfasis en el uso libre de los bienes: “se ejercerá libremente”, “la utilización será libre”. Se consagra así esta regla de gran trascendencia en la práctica: libertad para andar y caminar por la calle, para sentarse en los bancos, para correr por los parques, para ir en bicicleta por la calzada, para tumbarse en la playa, para nadar en el mar, y así, en principio, una larga lista de alternativas.

b) A su vez, y como reflejo del criterio de libertad, preferencia en principio del uso común –“dedicación preferente al uso común”, libertad “para los usos comunes”–, y sólo excepcionalmente, y por causas justificadas, otras modalidades, como el uso privativo. Importancia así de que el uso de los unos no excluya o limite el uso de los demás. Lo que afecta no sólo a los usos especiales o privativos formalmente considerados como tales –formalizados así como regla a través del correspondiente permiso o concesión–, pero también para cualquier otra alternativa *informal* que *de hecho* implique tales restricciones.

c) Ahora bien, esa libertad y amplitud de uso se enmarca necesariamente en el respeto de determinados requisitos que paso a exponer a continuación, todos y cada uno de ellos de gran significado.

d) Me parece de gran alcance la precisión de que el uso de los bienes habrá de hacerse “con arreglo a la naturaleza de los mismos”. Ciento que habrá que interpretar en cada caso que es lo que supone esa “naturaleza” de los bienes, pero entiendo que es criterio que en la práctica puede desempeñar un papel destacado. Así, la playa ocupada por bañistas un caluroso día de verano, no es lugar para dar un paseo a caballo, del mismo modo que el espacio acotado del parque donde hay juegos para niños pequeños, que probablemente caerán al suelo en más de una ocasión –columpios, toboganes, redes para trepar, etc.–, no es espacio para perros.

³ El precepto es reproducción literal del artículo 60 de la anterior versión de 1955 del Reglamento de Bienes.

e) A su vez, habrá que tener en cuenta “los actos de afectación y apertura al uso público”, que resultarán determinantes a la hora de admitir unas opciones y excluir otras. Si un tramo de una calle, vía o camino se abre al tráfico y circulación, es obvio que resulta incongruente que alguien pretenda instalarse para dormir allí.

f) De gran trascendencia es la remisión a lo que dispongan las normas aplicables, con esa triple referencia a leyes, reglamentos y demás disposiciones que, como enseguida paso a indicar, han de predeterminar en gran medida la amplitud y características del uso de los bienes públicos.

g) Muy presente siempre la responsabilidad del titular del espacio público para proceder a su supervisión, vigilancia y defensa: “ejercicio diligente de las prerrogativas que la presente Ley u otras especiales otorguen a las Administraciones públicas, garantizando su conservación e identidad”. Entiendo que no se trata sólo de la integridad de los bienes, sino también de la defensa de su funcionalidad y del cuidado para que se respete su naturaleza y la concreta afectación.

2.2. El papel de la ley

7. De gran alcance, como decía, la remisión a las diversas normas que concretarán y matizarán exigencias en el uso de los bienes públicos, entre ellas, ante todo, “la ley”. En efecto, al regular los derechos fundamentales que se desarrollan en los espacios públicos, la ley correspondiente suele contener minuciosas reglas para asegurar la efectividad del derecho y que, obviamente, pueden afectar a otros hipotéticos usuarios. Expondré así una muestra de tres leyes específicas, para cerrar este punto con dos referencias finales, primero a una importante ley que al proteger un valor muy destacado va a imponer limitaciones significativas en el uso de las vías públicas y, en segundo lugar, a una decisiva ley con vocación de generalidad, cuajada así mismo de reglas de gran impacto.

8. La Ley que regula el derecho a la intimidad, la 1/1982, de 5 de mayo, contiene la disparatada regla que ha sido a su vez interpretada de manera despiadada por periodistas y fotógrafos desaprensivos, de que en los “lugares abiertos al uso público” –además de en los “actos públicos”–, es libre e ilimitada la toma de fotografías –y su reproducción–, tratándose de personas con notoriedad o que ejerzan un cargo público (art. 8.2.a). Y digo “disparatada regla” porque también las personas notables tienen un cierto derecho a la intimidad⁴ y no se ve lógico que cualquier posible salida a la calle, aún las más normales y cotidianas, abra la veda para una persecución despiadada y sin límites de dichas personas.

⁴ Me remito a mi trabajo, ¿Tienen derecho a la intimidad las personas famosas? (El asunto “Carolina de Mónaco”, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 2004, visto desde la perspectiva española), en “Administración y Justicia. Liber Amicorum Tomás Ramón Fernández”, Civitas, 2012, vol. II, pp. 2967-2995.

9. Desde otra perspectiva bien diferente, la Ley que regula el derecho de reunión⁵, la Orgánica 9/1983 de 15 de julio, contiene minuciosas reglas para asegurar que las manifestaciones y las reuniones en lugares de tránsito público funcionen con normalidad, tratando de asegurar y proteger la plenitud del ejercicio del derecho desde una especial “reserva” a su favor de las vías públicas correspondientes, que el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha interpretado de manera muy generosa. Al margen de que dichas alternativas no autorizan “cualquier cosa”: el derecho de manifestación no otorga una libertad absoluta de disposición de la calle, debiendo también los manifestantes observar unas reglas de respeto a los derechos de terceros.

10. Por su parte, y con significado similar, la Ley sobre libertad religiosa, la Orgánica 3/1980, de 5 de julio, ha cuidado de asegurar que la libertad religiosa y de culto implica el derecho a “reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos” (art. 2.1.d), lo que se traducirá a veces en una utilización cualificada de las vías públicas, con la protección inherente. Poco hay que decir al respecto en un país en que cuentan con tanto arraigo y popularidad las variadas y tan diversas “procesiones” de la Iglesia Católica, en tan gran medida asumidas y celebradas por los no creyentes, y en el que poco a poco van apareciendo otras variantes de presencia religiosa en las calles.

11. Significativas matizaciones acerca del libre uso de las vías públicas –aunque no sólo sobre ellas–, va a ofrecer, desde una perspectiva colateral, la Ley del Ruido, la 39/2003, de 17 de noviembre, siguiendo muy de cerca las exigencias y orientaciones del Derecho europeo. Preocupa profundamente el deterioro que implica la contaminación acústica, más si se tiene en cuenta la tan arraigada costumbre en la sociedad española de educar para la irresponsabilidad. De ahí que la Ley establezca severas reglas para marcar topes acústicos con carácter general –que afectan también, sin duda, al ámbito privado de instalaciones, fábricas, edificios, etc.–, pero también se parte de una minuciosa distribución de los espacios públicos, que implicará necesariamente restricciones de las actividades que puedan causar contaminación acústica. Contempla así la Ley con detalle una serie de figuras, como los mapas de ruido, planes de acción en materia de contaminación acústica, zonas de protección acústica especial, delimitación de zonas tranquilas, etc., siendo de destacar el protagonismo que ha querido otorgarse a los ayuntamientos a través de la correspondiente ordenanza municipal (art. 6). En general, como digo, la metodología se traduce en significativas restricciones en cuanto el uso de los espacios públicos pueda afectar a la contaminación acústica por encima de los límites previstos.

La Ley, que por cierto es difícil y compleja, se completa con un capítulo final, en el que, para que lo anterior no quede en letra muerta, se contemplan las labores de inspección, así como un amplio elenco de infracciones, sanciones y medidas provisionales. Debo decir, sin embargo, que si no han

⁵ He estudiado con detalle su contenido y efectos en mi trabajo, *Derechos fundamentales y vía pública*, cit.

faltado medidas y autoridades diligentes, en general, la situación, a los doce años de la entrada en vigor de la Ley, es muy poco satisfactoria y falta, lo primero, una concienciación general, por lo que debería haberse comenzado, y sobre lo que bien poco se ha hecho. No se quiere educar para el respeto, y sin un respeto asumido por los ciudadanos bien poco puede hacerse. Es curioso que la operación que tantos ayuntamientos han fomentado recientemente de instalar veladores y terrazas en las plazuelas más recoletas y tranquilas –tanto en verano como en invierno, dándose paso así a las más variadas formas de “calefacción”–, en lugar de imponerse con cuidado y moderación, para respetar el encanto tradicional de los espacios, se ha llevado a cabo sin tomar ninguna precaución, lo que se ha traducido en un notable y desconsiderado incremento del ruido, con el consiguiente deterioro de los ambientes placenteros.

Para concluir este punto, y ya que escribo en pleno verano, no quiero dejar de llamar la atención sobre un fenómeno reciente, muy molesto y sobre el que parece no haberse tomado medidas adecuadas. Traslado ahora al lector al paisaje de tantos pueblos y ciudades de España al borde del mar, uno de los grandes encantos de nuestro país. El uso del mar es libre, como se recodaba más arriba, pero como también se decía, tiene que haber reparto y límites: no deberían atracar los yates de recreo al borde mismo de la playa, molestando a bañistas y nadadores, con sus movimientos, con sus motores o con la peste de sus gasolinas. Reglas hay, y no falta quien se las toma en serio, tanto usuarios como autoridades, pero no son pocas entre éstas las que se caracterizan por la pasividad más absoluta frente a los desaprensivos, lo que se traduce en clara indefensión de los sufridos bañistas.

Pero a lo que iba, hablando del ruido: debe ser muy apetecible que quien tenga los cuatro mil euros que deben costar, se pueda comprar una moto de agua –por supuesto mucho más baratas en el mercado de segunda mano–. Sabido es que uno de los encantos del mar es su “paisaje sonoro”, manifestado en mil silencios y en mil rumores, sobre todo el chapotear de las olas más aquí o más allá, los graznidos de las gaviotas, el sonido de los remos, o de las velas, o esas voces lejanas que llegan amortiguadas. Una única moto, marchando a toda velocidad, como suelen, con el rosario de idas y venidas, giros y revueltas, puede arruinar del todo el paisaje sonoro del mar, dando presencia sólo al estrépito que produce el chico de la moto.

Sin duda, como se viene sosteniendo, es muy importante el libre uso de la mar, pero no debería olvidarse que no es en absoluto legítimo que el placer de una sola persona destruya lo que tantos buscan al acercarse al mar: el respeto a los derechos de los terceros debería hacerse presente sin falta. En cambio, está muy generalizada la pasividad más absoluta y nadie defiende a las pacíficas personas que pretenden disfrutar con el mar. En absoluto importaría el uso desenfrenado de una moto en alta mar, pero parece que eso no sirve, lo que cuenta es hacerse ver y, de paso, molestar a los demás.

12. Cerraré la referencia a la ley con una mención a la reciente Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, la Orgánica 4/2015, en la que, desde la óptica de la protección de los derechos fundamentales y de la

convivencia, se incluyen numerosas previsiones que afectan al normal uso de las vías públicas. Se recalca que uno de los fines de la Ley lo constituye el asegurar “La pacífica utilización de las vías y demás bienes demaniales y, en general, espacios destinados al uso y disfrute público” (art. 3.f). Contemplándose numerosas modalidades de actuación, como la posibilidad de que los agentes puedan “limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad” (art. 17.1), así como “establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos” (art. 17.2). Del mismo modo que, desde la vertiente sancionadora, se va a conceder señalada importancia a las sanciones para proteger las vías y establecimientos públicos (aunque no omitiré mis críticas severas por el desproporcionado monto de tantas de ellas). En este sentido, del artículo 35, que enumera las infracciones muy graves, se pueden destacar dos de los apartados. Según el número uno, las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se presten servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, así como la intrusión en los recintos de éstas, incluso su sobrevuelo, cuando en cualquiera de los supuestos se haya generado un riesgo para la vida o la integridad física de las personas”. Según el apartado tres, también se considera infracción, “La celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas quebrantando la prohibición o suspensión ordenada por la autoridad correspondiente por razones de seguridad pública”.

Por su parte, el artículo 36 que enumera las infracciones graves, ofrece también destacados ejemplos de conductas relacionadas con la utilización de los espacios públicos. Así, en el apartado dos se alude a “La perturbación grave de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”. Lógica protección de las sedes de la soberanía nacional, que permite recordar las interesantes reflexiones de Fernando Sainz Moreno sobre las manifestaciones junto al Parlamento⁶. En el apartado ocho se aborda otra vertiente, de gran importancia también, cubriendo otro flanco destacable, al considerarse sancionable “la perturbación del desarrollo de una reunión o manifestación lícita”.

¿Se admitirá el comercio en las vías públicas? Muchos ejemplos avalan la respuesta positiva, aunque sólo sea pensando en tantos mercados en calles y plazas, pero no sólo con puestos y tenderetes, sino a veces muy importante comercio de productos agrícolas que se realiza de palabra en plena calle sin que aparezcan para nada los productos. La pregunta será: ¿cuálquier comercio? Concluiré el muestreo con una aparentemente pintoresca referencia –aunque a veces tenga su tinte de patética–, que afecta a problema de gran trascendencia, y que evidencia una peculiar manera de utilizar la calle. Será también infracción grave –seguimos el propio precepto, aunque ahora sea

⁶ SAINZ MORENO, F, *Reuniones y manifestaciones ante la sede de los parlamentos*, “Cuadernos de Derecho Público”, núm. 15 (2002).

el apartado undécimo—, “La solicitud o aceptación por el demandante de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público en las proximidades de lugares destinados a su uso por menores, como centros educativos, parques infantiles o espacios de ocio accesibles a menores de edad...”. Es decir, la prostitución en plena calle, que tanto se ha generalizado en algunas ciudades⁷. También se modula el uso de la calle por parte de las personas que ofrecen los mencionados servicios, al disponer el párrafo segundo del apartado nueve que, “Los agentes de la autoridad requerirán a las personas que ofrezcan estos servicios⁸ para que se abstengan de hacerlo en dichos lugares, informándoles de que la inobservancia de dicho requerimiento podría constituir una infracción del párrafo seis de este artículo [desobediencia o resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones]”.

En resumen, que la selección que he aportado evidencia el tan destacado papel de la ley, desde sus más variadas especialidades, a la hora de moldear y matizar el uso de los espacios públicos.

2.3. El universo de las ordenanzas municipales

13. Por importante que sea el papel que desempeñan las prescripciones de la ley, no sólo las que he referido sino muchísimas otras, con tan enorme incidencia en la vida real desde su ámbito concreto, no cabe olvidar el gran juego que en el día a día desempeñan las ordenanzas municipales, concretando y desarrollando aquellas, completando los mil detalles accesorios y necesarios o supliendo las abundantes lagunas, sin perjuicio de los ajustes competenciales introducidos por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, la 27/2013. Al fin y al cabo, los municipios –¡tantos miles!–, presencia más próxima del Estado en la vida de los ciudadanos, propietarios de gran parte de las vías públicas, son en gran medida los responsables de su buen funcionamiento y de su supervisión. Lo que lleva a destacar sin falta el protagonismo que están llamadas a desempeñar estas sencillas normas municipales, de tan fácil disposición, aprobadas por el órgano plenario y representativo de cada ayuntamiento, si bien a través de un procedimiento de elaboración que se pretende participativo, tan presentes por lo dicho en la vida cívica de cada día. Y es que, en efecto, las ordenanzas vienen asumiendo tradicionalmente la regulación de numerosas actividades, con gran influencia sobre la vida de los ciudadanos. A la vista de ello, y no sin un cierto debate doctrinal, se defendió que debían tener vedada su entrada para incidir por sí mismas, en una vertiente decisiva, y de gran trascendencia, cual es la sancionadora, como recientemente –luego se verá–, se ha planteado lo mismo para incidir en el ámbito de los derechos

⁷ Y surge una duda: ¿si se prohíbe en ciertos lugares es como si se estuviera asumiendo que se autoriza con carácter general?

⁸ Adviértase que la expresión es intencionadamente genérica por lo que obviamente se refiere a personas de ambos sexos.

fundamentales. El debate se cerraría cuando el Tribunal Constitucional vino a exigir la presencia de una ley habilitadora para disponer en el ámbito sancionador⁹. Tal es el criterio introducido por la sentencia 132/2001, de 8 de junio, en relación con multa que había impuesto el Ayuntamiento de Madrid a un taxista desaprensivo. Hoy, las leyes sectoriales tratan de incluir esa previsión habilitadora –como ya se venía haciendo en algún sector–. Aludiré así a dos ejemplos significativos que nos trasladan al ámbito del ruido y del tráfico, pero a la par se buscó ocasión propicia para hallar una fórmula de habilitación general para los supuestos específicos que corresponden a la competencia municipal, llevándola a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LRBRL).

14. En efecto, la mencionada Ley del Ruido, prevé expresamente en su artículo seis, como ya se indicó, que “Corresponde a los ayuntamientos aprobar ordenanzas en relación con las materias objeto de esta Ley...”. Luego, a lo largo del articulado, la propia Ley incluye diversas atribuciones destacables. Así, como cuando el artículo 28.5, prevé que “Las ordenanzas locales podrán tipificar infracciones en relación con: a) El ruido procedente de usuarios de la vía pública en determinadas circunstancias. b) El ruido producido por las actividades domésticas o los vecinos, cuando exceda de los límites tolerables de conformidad con los usos locales”. O, cuando el artículo 30.1.a), en relación con la “potestad sancionadora” establece que, sin perjuicio de las excepciones que se consignan a continuación, la imposición de las sanciones corresponderá con carácter general a los ayuntamientos. De esta manera, queda cuidadosamente afianzada una amplia presencia municipal en la gestión y control del uso de los espacios públicos en lo referente al ruido.

15. Por su parte, en el importante ámbito del tráfico, el Texto articulado de la Ley de Seguridad Vial (R.D.L. 339/1990, de dos de marzo, modificado en tantas ocasiones), en su amplio artículo 7 sobre “Competencias de los municipios”, atribuye a éstos, remitiéndose a la Ordenanza Municipal de Circulación, muy amplias potestades para ordenar el tráfico en sus vías, determinando direcciones, restricciones, zonas de aparcamiento, medidas de estacionamiento limitado, etc., etc., y, sin falta, también, la denuncia y sanción de las infracciones que se cometan¹⁰.

16. Bien expresivos resultan los anteriores ejemplos de leyes sectoriales que vienen a habilitar decididamente a los ayuntamientos, dándose así cabida a la amplia respuesta que puedan albergar las ordenanzas municipales. Podrían citarse no pocos supuestos más en dicha dirección, pero ello no tiene sentido a los efectos del presente trabajo. En cambio, paso a referirme directamente a una bien intencionada previsión del legislador, decidido a

9 En mi citado trabajo, *Derechos fundamentales y vía pública*, me refiero a las interesantes aportaciones de JUAN PEMÁN GAVÍN y de JOAN MANUEL TRAYTER sobre el ámbito de las ordenanzas municipales, así como al reciente y renovador libro de JULIA ORTEGA BERNARDO, *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, Madrid, 2014, a los que ahora me remito.

10 Me remito a la importante monografía de TOMÁS CANO CAMPOS, *Las sanciones de tráfico*, 2.^a edición, Aranzadi, 2014.

habilitar a los municipios de manera global en relación con la amplia esfera de la competencia municipal sobre el uso habitual de los espacios públicos, la consecuente convivencia ciudadana, así como la protección de equipamientos, infraestructuras e instalaciones. Con lo que se quería afianzar una sólida habilitación para las ordenanzas, con su inherente secuela de imposición de “deberes, prohibiciones o limitaciones”, así como las necesarias sanciones derivadas del mal uso.

Se aprovechó la Ley 17/2003, de 16 de diciembre, sobre grandes ciudades, para introducir un nuevo título a la LRBRL, el XI y último, incluyendo la “tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias”, materias que, precisamente, como se dice en la exposición de motivos de la nueva Ley, tienen que ver con “las singularidades locales, y siempre en defensa de la convivencia ciudadana en los asuntos de interés local y de los servicios y el patrimonio municipal, conforme a la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio”.

La sentencia del TC había resultado, en efecto, exigente, para atender a la visión del principio de legalidad introducida por la Constitución, aunque también, como certamente se destacó¹¹, una vez cumplida la exigencia de reserva legal, se daba paso a “un criterio de flexibilidad” a la vista del carácter representativo del pleno del ayuntamiento, que es quién aprueba las ordenanzas, además de que, “por estar presente el interés local existe un amplio campo para la regulación municipal”. Sin olvidar la impronta, aunque limitada real, del principio de autonomía municipal.

El precepto que abre el título, el artículo 139, ya es indicativo de la relación directa con la problemática que nos interesa, cuando indica: “Para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidas en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes”.

Llamo especialmente la atención, por lo que luego se verá, acerca del inicio tan expresivo de este precepto, que está predeterminando el alcance de toda la reforma: “para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local”, en fórmula del todo similar a la que se utiliza en la exposición de motivos: “y siempre en defensa de la convivencia ciudadana en los asuntos de interés local”. Resulta determinante, en suma, la faceta de la defensa de la convivencia ciudadana llamada a presidir la utilización de los espacios públicos.

Por su parte, las siguientes enumeraciones de la Ley abundan en referencias a la problemática de la utilización de los espacios públicos. Así,

¹¹ Véase LUIS MARTÍN REBOLLO, en la introducción al citado título XI, en sus *Leyes Administrativas*, 20.^a edición, Aranzadi, 2014, pp. 1367-8.

bien claramente, cuando entre las infracciones muy graves se incluye: “El impedimento del uso de un espacio público por otra u otras personas con derecho a su utilización” (art. 140.1.e). Igualmente, aunque de forma más genérica, la infracción que se contempla en la letra a) del mismo precepto: “Una perturbación relevante de la convivencia que afecte de manera grave, inmediata y directa a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas, al normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable a la salubridad u ornato público...”¹². Otra variante próxima la ofrece la referencia de la letra f) del propio artículo, a “Los actos de deterioro grave y relevante de espacios públicos o de cualquiera de sus instalaciones y elementos, sean muebles o inmuebles...”.

Resulta evidente que todas las infracciones tienen que ver con el uso –mejor, con el mal uso– de los espacios públicos. No hay duda de que los municipios quedan fortalecidos para introducir en sus ordenanzas reglas de funcionamiento y para tipificar muy diferentes infracciones referentes al uso de los espacios públicos. Lo que implica que están habilitados para regular, vigilar, inspeccionar y sancionar a fin de lograr la defensa del buen uso de dichos bienes públicos, en definitiva, para que no queden lesionados los derechos de terceros. Importa, en efecto, la defensa de los bienes y las secuelas económicas de las perturbaciones, pero ello no debe hacer olvidar que es la defensa de la convivencia ciudadana lo que orienta toda la regulación que, en definitiva, tiene muy presentes los derechos de los terceros.

17. Si penetramos así en el incommensurable mundo de las ordenanzas locales –o de otros instrumentos similares propios del poder municipal–, van a ser numerosísimas y bien diversas las previsiones que tienen que ver con el uso de los espacios públicos. Que consistirán tanto en órdenes y mandatos, en prohibiciones, o en meras opciones abiertas. Todo ello, completado con la encomienda de vigilancia y supervisión y, eventualmente, con la potestad sancionadora. Valgan algunos ejemplos que deparan unas u otras ordenanzas y que sonarán familiares: regulación de mercadillos y venta ambulante; instalación de terrazas de bares y restaurantes en plazas y aceras; obligación de barrer la acera delante de la casa o de limpiar la nieve; prohibición de tender ropa en las fachadas; prohibición de dormir en los bancos y en calles y parques; prohibición de concentraciones tipo “botellón”; prohibición –o autorización– de pisar los céspedes de parques y jardines; prohibición de lavar los coches en la calle; obligación de recoger los excrementos de los perros, o prohibición de llevarlos sueltos, o de llevarlos a los parques públicos; por supuesto, todas las previsiones en relación con el ruido, en línea con lo que antes se indicaba; hay también reglas que funcionan para determinadas horas, como no cantar en la calle por la noche, respetar el silencio en la hora de la siesta o fijar tiempos para la carga y descarga; peatonalización y selección de usos en determinados espacios, como

¹² Por cierto que a las razones sanitarias y de ornato me refería al criticar en mi citado trabajo, *Derechos fundamentales y vía pública*, la pasividad frente a determinadas ocupaciones irregulares de las calles y plazas, aún las más señaladas de la ciudad, montando un campamento para dormir.

por ejemplo reserva exclusiva para los peatones de aceras, plazas y parques (prohibiéndose bicicletas, patines, etc., o jugar a la pelota), y en esa línea todas las disposiciones conectadas con la regulación del tráfico (fijación de direcciones obligatorias, zonas de aparcamiento o de prohibición, de reserva a favor de los residentes o de limitación horaria) entre las que hay que contar la interdicción de señales sonoras, como las antiguas bocinas; a veces, la prohibición de hacer prácticas de conducir; todas las reglas derivadas de las previsiones urbanísticas; etc., etc.

Tantos de los supuestos enumerados son testimonio evidente de un esquema de tensión que se repite: de una parte, todas las opciones de libertad, ya sea la libertad, en general, o las libertades concretas, la de libre circulación, la libertad de expresión, etc. Pero de otra parte, la exigencia de defender los espacios públicos para garantizar la convivencia, los derechos de terceros, en suma, lo que se traduce en las obvias limitaciones: cantar, sí, ¡qué bien!, pero no a las tantas de la noche, a la hora de la siesta, o cuando se moleste; dormir, sí, ¿cómo no?, pero no en plena calle molestando a los demás; tocar las campanas, por supuesto, la tradicional ordenación del tiempo, pero sin abusar por lo extemporáneo de la hora o la insoportable intensidad de los sonidos. Y así, un muy largo etcétera.

2.4. ¿Incidencia sobre la forma de vestir?

18. Entre el rico conjunto de ordenaciones llegamos a un interrogante en el que me fijaré de manera especial: ¿puede ordenarse, restringirse o prohibirse el uso en la calle de determinadas prendas de vestir, o el no uso de ninguna? Aunque pudiera parecerlo, no es una mera elucubración, o una pregunta simplemente pintoresca, sino que es tema de la mayor actualidad, en España, en concreto, pero también en el más amplio ámbito europeo, prescindiendo ahora de lo que suceda, más allá, en el ancho mundo. Por más que, como siempre, no falten precedentes, que habrá que interpretar, por supuesto, a la altura de su propio tiempo.

19. En otra ocasión¹³ he recordado la que quizá sea más notable prohibición de la historia de España, la que introdujo en 1766 el ministro Marqués de Esquilache, que fuera persona de confianza de Carlos III, que lo había traído al venir de Nápoles, importante reformador introduciendo disciplina en el funcionamiento del Estado, y que osó desterrar el uso de la “capa larga y sombrero redondo”, para que se sustituyeran por “capa corta y sombrero de tres picos”, tratando de evitar, entre otras cosas, que se portaran armas camufladas. Llamo la atención sobre esta fórmula de desaconsejar una determinada vestimenta para impedir que se escondieran armas: luego me referiré a un supuesto similar. Conocido es el tumultuoso motín que estalló en la plaza madrileña hoy denominada de Antón Martín, que se prolongó los días 23 a 26 de marzo de 1766, que se expandiría por

¹³ En el citado trabajo, *Los ayuntamientos y el régimen jurídico de atuendos y vestimentas*.

diversas ciudades, y que hizo que el marqués hubiera de abandonar España rápidamente.

Especialmente pintorescos pueden parecer hoy los dos textos que reproduczo a continuación, una vez que el paso del tiempo nos hace olvidar las dramáticas circunstancias propias de la época. Comencemos por un documento aragonés. En los “Fueros emitidos por Don Jaime [II], Rey de Aragón, de Valencia, de Murcia y Conde de Barcelona, en las segundas Cortes que celebró en la ciudad de Zaragoza para los aragoneses, que fueron publicados el martes, quinto día de las nonas de Octubre, en el año 1301 desde el nacimiento del Señor”¹⁴, encontramos, bajo la rúbrica “*Que los sarracenos vayan sin melenas con el cabello cortado en redondo*”, el siguiente: “Debido a que los sarracenos en el reino de Aragón y Ribagorza no van señalados y van al modo de los cristianos, muchos escándalos y pecados han sido cometidos en numerosas ocasiones, puesto que a muchos de ellos no se les reconoce como a sarracenos. El señor Rey dispuso con la voluntad y beneplácito de la Corte que, desde la próxima fiesta de Todos los Santos en adelante, todos los sarracenos del reino de Aragón, La Ribagorza y la Litera, hasta el Clamor de Almacellas, de cualquier dueño que sean, paseen sin melenas, para reconocerlos como sarracenos, y no tengan oportunidad de cometer equivocaciones ni tampoco pecados. Y aquel que en adelante se le encuentre de otro modo, se le capture, y por cada vez que fuera capturado, pague al señor de aquel lugar en donde sea encontrado así cinco sueldos jaqueses. Y si no puede o no quiere pagar dicho dinero, soporte diez azotes como castigo”.

Por su parte, en la primera parte del Quijote, capítulo XXXVII, encontramos el siguiente texto: “Entró luego tras él, encima de un jumento, una mujer a la morisca vestida, cubierto el rostro, con una toca en la cabeza; traía un bonetillo de brocado, y vestido una almalaña, que desde los hombros a los pies la cubría”. En la edición del Instituto Cervantes, Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, 2004, dirigida por Francisco Rico, se puntualiza en nota: “La vestimenta a la morisca había sido prohibida varias veces a lo largo del siglo XVI, por premáticas que fueron discutidas y que no siempre se cumplieron” (p. 481).

20. Pero no sólo la historia, también la actualidad de nuestro tiempo. Es tema que preocupa en no pocas de nuestras ciudades y pueblos, la reciente aparición de mujeres que, al parecer por razones religiosas, circulan con la cara prácticamente tapada. Se ha iniciado un debate público e, incluso, algunos municipios modificaron recientemente sus ordenanzas para prohibir en el ámbito de los servicios municipales que se llevara la cara tapada, incluyéndose varias opciones, como pasamontañas, pero, de manera especial, el burka o el nikab. Tal es el caso, entre otros, de Lérida, cuya nueva ordenanza, entendiendo que restringía las opciones de libertad religiosa

¹⁴ Tomado de PASCUAL SAVALL Y DRONDA y SANTIAGO PENEN Y DEBESA, *Fueros, observancias y actos de Corte del Reino de Aragón*, [Zaragoza 1866], tomado de la edición facsímil editada por el Justicia de Aragón, Zaragoza, 1991, III, p. 282.

de las mujeres afectadas, fue descalificada por la sentencia del TS, de 14 de febrero de 2013, al entender que se había producido ausencia de soporte legal para incidir en la libertad religiosa.

En el otro extremo: ¿y si alguien se siente tentado de emular a lady Godiva, y no se trata de comer bombones de chocolate, sino de andar desnudo por la calle? No es cuestión de imaginación calenturienta o de fantasía, sino tema de la máxima actualidad, que está conociendo un cierto debate público y que, por citar una muestra, nos lleva a la discusión en torno a la prohibición de andar desnudo por la calle, o en traje de baño (salvo, en este último caso, en la proximidad de la playa), introducida en la Ordenanza por el Ayuntamiento de Barcelona. La prensa se ha hecho amplio eco del caso dado que la Ordenanza fue impugnada por dos asociaciones y una organización política que defendían el nudismo, terminando el asunto en el TS, que zanjó el asunto a través de la reciente sentencia de 10 de marzo de 2015, defendiendo la corrección de la prohibición introducida por la Ordenanza.

Dos interesantes sentencias del TS que vale la pena estudiar y comparar, dado el significado aparentemente contradictorio de ambas ante situaciones de cierta similitud. Pero no acaba ahí la cosa, dado que entra de lleno la perspectiva europea. Con muy escasas semanas de diferencia, bien recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), se ha pronunciado sobre dos asuntos en los que se planteaban las dos opciones polémicas que acabo de mencionar. La sentencia –de la Gran Sala– “S.A.S. c. Francia”, 1.VII.2014, ha tenido ocasión de enjuiciar a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁵, la reciente Ley francesa que, con carácter general, y salvo las obvias excepciones, prohíbe circular por las calles con la cara tapada. Semanas después, la sentencia “Gough c. Reino Unido”, 28.X.2014, estudia el caso de Mr. Stephen Peter Gough, que cree que el cuerpo humano es algo hermoso, por lo que asume, sin que haya ninguna connotación sexual, que es legítimo andar desnudo por la calle, cosa que él practica. ¡Y así le ha ido!

Curioso contraste, caminar desnudo, caminar demasiado tapado. A pesar de la aparente contradicción se trata, en ambos casos, de un esquema jurídico del todo similar. Aparece así la tensión a que antes me refería, entre las opciones de la libertad y las exigencias de la convivencia ciudadana, que se manifiesta en la fórmula por la que se ha decantado la ordenanza municipal en cada caso. Una interesante situación límite en ambos supuestos, que el derecho está llamado a resolver y que, podemos adivinar, ha de suponer, como es obvio, que habrá quien tendrá que sufrir alguna limitación en el ejercicio de su derecho, dado que, como dijimos, los derechos no son absolutos sino que conocen restricciones e injerencias.

¹⁵ Me refiero al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, del Consejo de Europa, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Es, como se sabe, el texto por el que se rige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y se citará como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Convenio o, simplemente, CEDH.

III. LA OPCIÓN DE CAMINAR CON LA CARA TAPADA

3.1. La problemática del ocultamiento del rostro. El ejemplo de la ordenanza de Lérida y la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013

21. Comencemos por la opción de caminar por la ciudad con la cara tapada. Preocupación general, decía, en parte de Europa y, en concreto, también en España. Debate en la opinión pública pero, incluso, reflejo en algunas ordenanzas municipales. Por centrar nuestra atención, podemos fijarnos así en el acto de aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de Lérida, el 8 de octubre de 2010, de la modificación de tres artículos de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia. Lo más significativo de la innovación, sintetizando ahora su contenido, sería lo que expresa el párrafo primero del nuevo artículo 26.2: “La normativa reguladora de los servicios y del uso de los edificios y equipamientos municipales [la fórmula del nuevo artículo 27.9, hablaba, con fórmula aparentemente mucho más amplia, de “Acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso o servicio público”], (reglamentos, normas de funcionamiento, instrumentos, etc.) podrá limitar o prohibir acceder o permanecer en los espacios o locales destinados a tal uso, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas u accesorios que impidiesen o dificultasen la identificación y la comunicación visual de las personas”. Simultáneamente se modificaban diversos Reglamentos municipales para adecuarlos a la nueva redacción de la Ordenanza¹⁶.

Como se advertirá, la expresión utilizada se caracteriza por un cierto tono de generalidad, incluyendo diversas opciones, referido genéricamente a “las personas”, lo que implica que la medida afectará tanto a hombres como a mujeres. Con todo, se entendió que la norma estaba expresamente dirigida a las mujeres musulmanas que portan el burka o el nikab. De ahí que una organización vinculada a ellas –la “Asociación Watani por la Libertad y la Justicia”–, la impugnara ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa alegando violación de la libertad religiosa así como del principio de igualdad, rechazándose la competencia municipal para adoptar tal medida y recalando la ausencia de una ley que habilitara la adopción de tal prohibición.

22. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Cataluña suspendió cautelarmente la medida tras la interposición del recurso, pero cuando se llegó a fallar sobre el fondo, la sentencia de 7 de junio de 2011 estimó acertada la medida, recha-

¹⁶ Dejo constancia escrita, por lo que luego se dirá, de la modificación introducida en el párrafo segundo del artículo 21 del Reglamento del Servicio de Transportes de Viajeros, que pasaría a expresar: “El uso de las diferentes tarjetas de tarifa social o de precio reducido en función de colectivos especiales, habrá de estar debidamente acreditado. El personal del servicio podrá demandar acreditación de la personalidad de los beneficiarios y comprobar la concordancia con las fotografías de los titulares de transporte. Ningún usuario podrá hacer uso de estas tarjetas si se niega a identificarse para hacer estas comprobaciones”.

zándose el recurso. Se trata de una sentencia muy ponderada y razonable, y acertada en mi opinión, con abundante apoyo jurisprudencial –tanto del TS como del TEDH–, que estimaría suficientes para sostener la competencia municipal, así como el contenido de la medida, los artículos 139 y 140 LRBR, antes referidos, a la luz de la jurisprudencia europea.

23. La sentencia sería recurrida en casación por la asociación indicada, dándose lugar a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección séptima), del TS, de 14 de febrero de 2013, en el recurso n.º 4118/2911, y de la que fue ponente el magistrado Vicente Conde Martín de Hijas. Se trata de una sentencia muy elaborada y muy equilibrada, muy académica, con un minucioso planteamiento de datos ilustrativos, y con muy amplias referencias de la jurisprudencia del propio TS, del TC y del TEDH. Es bien consciente la Sala de “la trascendencia actual de la cuestión que se somete a nuestro enjuiciamiento y del hecho de que es la primera vez que la misma llega hasta este Tribunal, y en su manifestación más extrema del velo integral, siendo, como lo es, tal cuestión de intenso debate, tanto en España, como antes en muchos otros países” (FD segundo). Pero el planteamiento de altura lo hará el Tribunal con enorme elegancia, no sin advertir, reiterándose a lo largo de la sentencia, que su enjuiciamiento se refiere al punto concreto de la corrección de los preceptos de la Ordenanza, dejando muy claro que no se trata de un pronunciamiento general sobre la prohibición del uso cuestionado¹⁷ y menos aún de inmiscuirse en un terreno que queda del todo abierto a la decisión del legislador¹⁸. Tal concreción resulta del mayor interés pero sin olvidar que resulta evidente que la toma de postura en este caso, por fuerza

¹⁷ Se dirá así en el FD segundo, 3.º: “esta sentencia no tiene, en modo alguno el sentido de respuesta del Tribunal a si en España y en el marco de nuestra Constitución cabe o no una prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos al estilo de la ley francesa aludida en 1.2, sino que la sentencia se mueve en el limitado espacio lógico acotado, primero, por la especialidad del proceso en que se formuló el recurso y, dentro de él, por los motivos de casación, no teniendo así otro sentido que el de respuesta a la impugnación de una concreta Ordenanza Municipal”.

Hay, incluso, un detalle curioso que de alguna manera “complica” el alcance de la sentencia. Algo antes –FD primero–, se había afirmado: “Conviene precisar para delimitar el alcance del proceso, que en él sólo se impugna la veda del uso del velo integral, no así de los demás elementos de ocultación del rostro, por lo que en cuanto al contenido de la Ordenanza y de los Reglamentos aludidos lo atinente a esos otros elementos ha de considerarse ajeno al proceso y por tanto no afectado por él la vigencia de los correspondientes preceptos. / Es pues sólo lo relativo al velo integral a lo que afecta la sentencia”.

Siendo el motivo de la impugnación la libertad religiosa, que se entiende vulnerada por la prohibición del velo integral, nada tiene que ver con ella “el pasamontañas, casco integral u otras vestimentas u accesorios que impidan la identificación y la comunicación visual de las personas”. Lo que supone que al aceptarse el recurso de casación en los términos en que enseguida se dirá, habrá que considerar anulada la ordenanza en cuanto se refiera al velo integral pero no en relación con los otros elementos que se enumeran. Fórmula que en puridad resulta ridícula y que sitúa a la libertad religiosa en una cualificada situación de privilegio: si hay razones lógicas para impedir que se oculte la cara, desentonaría esta fórmula quebrada según la cual unos sí y otros no.

¹⁸ Se razona así en el FD décimo: “Conviene advertir que, al razonar como lo hacemos, no nos pronunciamos respecto a lo que el legislador pueda, en su caso, hacer sobre el uso del atuendo religioso que nos ocupa. Si lo hicieramos ello constituiría una intromisión en el espacio del legislador, inaceptable en un órgano jurisdiccional, (aunque este sea el TS desde la superior posición constitucional en que el artículo 123 CE lo sitúa), dada su posición constitucional (art. 117.1 CE) de sumisión a la ley. Simplemente nos limitamos a afirmar la inexistencia de la Ley, con la consecuencia que ello implica, ya razonada”.

predetermina la posición del alto Tribunal que, sin duda, habrá de tenerse en cuenta cuando se produzcan nuevos supuestos de alcance similar. Es lo que hemos de ver al final, cuando glosemos la solución deparada por el propio TS en relación con otra Ordenanza Municipal que incidió en una prohibición similar, aunque de contenido radicalmente contrario, dado que la interdicción consistiría precisamente en la prohibición de andar desnudo por la calle.

24. Asumiendo que la prohibición del uso del velo integral tiene que ver con la defensa de la libertad religiosa, se hace una aplicación rigurosa –entiendo que demasiado rigurosa–, del artículo 53 CE, interpretando que “La pretendida atribución a los Ayuntamientos de competencia para regular aspectos accesorios de los derechos fundamentales resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 53 CE” (FD séptimo), concluyendo que “todo el ejercicio del derecho fundamental está reservado a la Ley. Y no puede ser por ello objeto directo de la regulación por una ordenanza municipal”. Interpretación, sin duda bien intencionada, pero demasiado rigurosa, que, junto al vaciamiento de las opciones de las ordenanzas locales¹⁹, conduce a una injustificable potenciación de ese instrumento excepcional que son las leyes orgánicas, lo que me lleva a pensar en las precisiones que tanto la doctrina como la jurisprudencia han elaborado en torno a la referencia a los derechos fundamentales y a las libertades públicas en la regulación de las leyes orgánicas²⁰, o de los decretos-leyes²¹.

¹⁹ En línea del potenciamiento de las ordenanzas locales es muy interesante la aportación del libro de JULIA ORTEGA BERNARDO, *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, cit.

²⁰ Parece claro que la sentencia está pensando en una “ley orgánica”. Lo que me lleva a recordar que la mejor doctrina ha entendido sin titubeos que la exigencia del artículo 81 CE que reserva a la ley orgánica lo referente al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, debe ser objeto de interpretación restrictiva. JUAN SANTAMARÍA PASTOR, que ha insistido reiteradamente sobre el argumento, lo destaca con claridad: “Pero qué significue «desarrollo» (...) es algo que el precepto no puntualiza y que admite una pluralidad de respuestas: desde la maximalista, según la cual sería desarrollo cualquier regulación que de cualquier forma, incluso tangencial, parcial o indirecta, afectase al régimen de estos derechos y libertades; hasta la minimalista, que exigiría reservar el concepto para las leyes que de modo directo, frontal y global, aborden la regulación de un derecho. Parece claro que la opción minimalista es claramente preferible: no sólo porque es difícil imaginar una norma legal que no afecte, directa o indirectamente, a alguno de los derechos o libertades mencionados (lo que llevaría al absurdo de que la inmensa mayoría del sistema normativo debería hallarse integrado por leyes orgánicas (...)", *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1988, 569. Por su parte, JUAN PEMÁN GAVÍN, *Las leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del Derecho*, en el volumen colectivo “Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA”, I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 153-154, manifestaba: “Si hay alguna pauta clara que se desprende de la jurisprudencia constitucional en este punto, ésta es sin duda la del alcance restrictivo que debe darse a la interpretación de las previsiones constitucionales que establecen reservas de ley orgánica. Esta orientación apuntaba ya en la primera sentencia sobre la materia –la sentencia 5/1981, de 13 de febrero– y se formula en la 6/1982, de 22 de febrero, en relación especialmente con la expresión «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas»: «El artículo 81 de la CE se refiere al desarrollo “directo” de los derechos fundamentales, pues este artículo y las otras muchas alusiones de la Constitución al instrumento de la Ley Orgánica en materias concretas...no puede extremarse con los importantes problemas de consenso interno que conlleva, al punto de convertir al ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes Orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión al menos remota con un derecho fundamental» (FJ 6.º). Véase también, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA-TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 16.^a edición, Civitas, Madrid, 2013, 159 ss.

²¹ Aparte de lo que se ha dicho sobre las leyes orgánicas en la nota anterior, para ayudar a interpretar el caso presente, me parece de interés recordar también el planteamiento que, desde una

Con todo, en esa rigurosa interpretación se deja un pequeño resquicio abierto, cuando se afirma en ese contexto: “Caso diferente es que la regulación de materias propias de los títulos competenciales, que constitucional y legalmente corresponden a los entes locales, pueda incidir (que no directamente regular) en aspectos accesorios del derecho fundamental; pero esa incidencia vendrá condicionada en su licitud a que el límite al ejercicio del derecho fundamental, que, en su caso, pueda suponer, cumpla con las exigencias constitucionales para poder limitar el ejercicio del derecho fundamental”.

Bien podía haberse interpretado que la ordenanza al prohibir el velo no “regulaba” sino simplemente “incidía”. Entiendo que en absoluto se está regulando la libertad religiosa, sino simplemente incidiendo en un aspecto muy concreto y mínimo de su ejercicio²². Para nada se afectan las grandes opciones de la religión –en absoluto se roza el “contenido esencial” de la misma, por usar la expresión consagrada–, del mismo modo que las mujeres contempladas por la norma pueden hacer ostensibles en público sus creencias, sin necesidad de taparse la cara, con la variedad de modalidades de toca que usan la mayoría de mujeres musulmanas. Pienso, en cambio, que es razonable entender que el legislador ha querido habilitar a los ayuntamientos para determinar en su territorio las reglas propias de la convivencia ciudadana, con la elasticidad que ha reconocido la jurisprudencia del TC. Sin olvidar, como se viene recalando a lo largo de estas páginas, que los derechos fundamentales

perspectiva inversa pero bien similar, se ha hecho en relación con los decretos-leyes y su posible incidencia sobre los derechos fundamentales, problemática que obviamente llegó al TC y que éste ha solventado también permitiendo cierta elasticidad. En efecto, como se recordará, según el artículo 86 CE, los decretos-leyes no podrán afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos. Pues bien, JAVIER SALAS, el gran especialista sobre el tema, podría concluir: “En definitiva, el TC ha optado claramente por una interpretación no literal de la expresión «afectar», identificándola con la regulación general de los derechos o instituciones a que se refiere el artículo 86.1 de la Constitución o con la incidencia en el contenido esencial de tales derecho o en los elementos esenciales o estructurales de dichas instituciones”. Y es que, en efecto, como recuerda, el TC, había afirmado que “la tesis partidaria de una expansión de la limitación contenida en el artículo 86.1 de la Constitución se sustenta en una idea tan restrictiva del Decreto-ley que lleva en su seno el vaciamiento de la figura y la hace inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I de la Constitución, sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo «afectar» de un contenido literal amplísimo” (*Los decretos-leyes en la teoría y en la práctica constitucional*, en el volumen “Estudios sobre la Constitución Española”, cit., I, 279-280. Últimamente, véase LUIS MARTÍN REBOLLO, *Uso y abuso del decreto-ley (un análisis empírico)*, en “Revista Española de Derecho Administrativo”, 174, 2015.

²² Del mismo modo que no se puede considerar cercenada la libertad religiosa, por recordar algún ejemplo expresivo de la jurisprudencia del TEDH, por el hecho de que no se permita incluir la referencia a su religión en el documento oficial de identidad, como pretendían en Grecia algunos miembros de la Iglesia Ortodoxa, o, por traer un caso bien reciente, porque no se permita a una enfermera de la sala de geriatría, a la vista de las peculiaridades y riesgos de su trabajo, llevar una cadena con un crucifijo. Véase sobre el primer ejemplo la decisión “Sofianopoulos y otros c. Grecia”, 12.XII.2002, que he comentado en el segundo capítulo de mi citado libro “Estudios sobre libertad religiosa”, bajo el título de ¿Deben estar presentes las opciones religiosas en el carné de identidad?, 69 ss. Sobre el segundo supuesto es bien interesante el reciente caso de la enfermera inglesa Shirley Chaplin, que se recoge en la sentencia “Eweida y otros c. Reino Unido”, 15.I.2013, que he comentado en mi trabajo, *Libertad religiosa y exigencias laborales*, “Revista de Administración Pública”, 195 (2014), 171 ss.

pueden tener límites cuando haya fines que lo justifiquen, como puede ser en el caso el de la seguridad pública y el de la convivencia ciudadana, en los términos en que más adelante se irá insistiendo. De ahí la validez del apoyo de la habilitación de los nuevos artículos 139 y 140 LRBRL, tal y como había interpretado la Sala de TSJ de Cataluña. Pero el TS no da por buena la fórmula, rectificando en esto la sentencia de instancia, descalificando dicha habilitación legal al entender que el artículo 139 LRBRL se refiere a “las relaciones de convivencia de interés local”, rechazándose que sea de interés local la limitación de un derecho fundamental que por definición corresponde a todos los ciudadanos de la Nación, que de esta manera quedaría limitado en una parte del territorio nacional y no en otros²³. Juzgo que se trata de una interpretación demasiado rigurosa, de consecuencias incalculables, y entiendo, en cambio, que es correcta la habilitación de la LRBRL renovada, del mismo modo que las leyes antes referidas habilitan a las ordenanzas municipales para incidir de forma diferenciada en algunos derechos fundamentales: libertad, libertad de circulación, libertad de expresión, etc., o piénsese en los planes de urbanismo y en la fiscalidad y su incidencia de tan diferente manera sobre el derecho de propiedad variando en cada municipio. Sin duda, de manera limitada, como era el caso en el pleito debatido y como se ha intentado razonar, pero no se puede desconocer la presencia del interés local así como el peso de la autonomía municipal. Recalco que no se trata de regular los derechos fundamentales sino de que, algunos aspectos del interés local *rocen* con dichos derechos.

Por cerrar la exposición, recalcaré que la sentencia, como ya se habrá ido suponiendo, entiende que la ordenanza no tiene base legal, resultando por consiguiente incorrecta, por lo que se acepta el recurso, pronunciándose la nulidad de los preceptos cuestionados en los términos que antes se concretó.

Curiosamente se salva de la condena, con toda lógica, la innovación introducida en el Reglamento del Servicio de Transportes Urbanos, que antes se transcribía. Se razona así en el FD undécimo: “La exigencia de identificación que en dicho reglamento se establece, como control del uso de un beneficio al que la portadora del velo integral se acoge libremente, no supone limitación del ejercicio del derecho de libertad religiosa, ni supone regulación de ésta, precisada de previa regulación por ley; por lo que tiene la cobertura plena de los títulos legales que el Ayuntamiento invoca,

²³ Me da la impresión de que el TS está tomando en consideración el modelo de Francia, que introduce la prohibición de circular con la cara tapada con una ley ad hoc, de aplicación en todo el territorio de la República, ley que expresamente se cita a lo largo de la sentencia y de la que enseñada me ocuparé con detenimiento.

Yo mismo, en mi citado trabajo, *Derechos fundamentales y vía pública*, señalaba: “entiendo que no sería chocante que una prohibición similar se llevara aquí en España a algún texto de aplicación general –con la suficiente motivación en el preámbulo–, como la Ley de Seguridad Ciudadana, bien como inmediatamente vinculante, bien como soporte para que las ordenanzas municipales pudieran disponer al respecto”. A la vista de los razonamientos que desarrollo en el presente trabajo, entiendo que, como principio, no sería necesario tal tipo de respuesta, útil acaso pero no imprescindible, dado que es suficiente con lo que hay.

lo que impone la desestimación en lo concerniente a ese concreto y limitado contenido del recurso”.

Como digo, la solución en este punto es del todo lógica y creo que hay que defenderla por su sensatez. Ante la situación, sin duda hay un plus añadido, cual es el dato de que al uso de los transportes se acude por propia voluntad. Pero en el esquema de fondo, no deja de suscitarse la duda de si en realidad el presente supuesto es tan diferente del anterior, el contemplado con carácter general, de modo que en aquel habría “regulación” y se exigiría el respaldo de una ley orgánica, y en el de ahora, no. No hay duda de que también aquí habría una restricción del derecho, lo que sucede es que está plenamente legitimada dada la voluntariedad.

En resumen, y para concluir este punto, el TSJ había aplicado el que podemos denominar “canon de Estrasburgo”, al haberse dado cumplimiento a las exigencias que impone el TEDH: que la injerencia estuviere contemplada en una ley —y ahí jugaba su papel la LRBRL renovada—, dado que se estimaba que respondía a los fines previstos, como la seguridad y la defensa de la convivencia, y que no era desproporcionada. El TS no admite en cambio ese esquema, optando por el que podemos denominar “canon constitucional español”: no es suficiente una ley cualquiera sino que, al tratarse de derechos fundamentales, se requería una ley orgánica, cosa que evidentemente no se daba.

3.2. La proyección europea: La Ley francesa prohibiendo el ocultamiento del rostro y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “S.A.S. c. Francia”, de uno de julio de 2014

25. Pero no sólo en España preocupa el tema, es cuestión que se ha suscitado también en otros países europeos, y bien cercanos, no sólo desde el punto de vista geográfico sino también desde el punto de vista histórico y cultural. Curiosamente, el supuesto de fondo contemplado por la sentencia del TS que se acaba de comentar, sería abordado algo después, en términos bien parecidos, aunque con solución radicalmente diferente, por una reciente sentencia del TEDH. Aunque con el dato peculiar de que el Supremo se encontrará ante una situación de “ausencia de ley”, mientras que lo que se le plantearía al Tribunal de Estrasburgo sería precisamente la promulgación de una ley, una ley ad hoc que pretendía prohibir el ocultamiento de la cara, lo que incluye, entre sus opciones implícitas, la prohibición del velo integral. Se pasa así ahora a estudiar la sentencia “S.A.S. c. Francia”, 1.VII.2014. El asunto trae causa de la promulgación de la ley de 11 de octubre de 2010, prohibiendo ocultar la cara en los espacios públicos (“interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public”). Se trata de una ley preparada con la seriedad y rigor con que se abordan en Francia las grandes decisiones que han de regir en todo el territorio de la República, especialmente cuando está en cuestión algo polémico.

El referido paso me trae a la memoria una ley de significado parecido, la Ley de la Laicidad, 15.III.2004, en la que, para defender la laicidad y la convivencia en la escuela pública, abierta a personas de tan distintas creencias, tras un periodo en que se ensayaron fórmulas diversas –como los reglamentos internos de los centros–, en relación sobre todo con el afán de ostentación de sus símbolos por parte de alumnas musulmanas, se concluyó que lo más adecuado era adoptar una fórmula de validez general, que resolviera el problema de una vez por todas, y es así como se llegó a la promulgación de la ley, con el objetivo de prohibir en “escuelas, liceos y centros públicos” a los estudiantes de ambos sexos, los símbolos o atuendos por los que los alumnos manifiestan ostensiblemente su adscripción religiosa. Una Ley que trató de explicarse didácticamente, en el afán de convencer y de explicar las medidas que podían parecer rigurosas. En otro lugar he glosado algunas afirmaciones de la circular que complementa a la Ley, que paso a reproducir a continuación, pues estimo que las razones de fondo son muy similares a las que años después justificaron la ley prohibiendo el ocultamiento de rostro. Se insistía en la proyección a la escuela de los valores de República, entre los que destaca el afán de asegurar una convivencia conjunta (“la loi conforte son rôle en faveur d'un vouloir vivre ensamble”)²⁴, apostándose por “la unidad nacional más allá de las aportaciones personales”, en la intención de que “al preservar a los centros públicos que acogen a todos los niños, sean o no creyentes y cualesquiera que sean sus convicciones religiosas o filosóficas, de cualquier tipo de presiones que puedan resultar, lo que la ley pretende es garantizar la libertad de conciencia de cada uno”. En este sentido, “del mismo modo que el Estado es el protector del ejercicio individual y colectivo de la libertad de conciencia, la neutralidad del servicio público es a este respecto prenda de la igualdad y del respeto a la identidad de cada uno”. En suma, que “el respeto a la ley no implica una renuncia a las convicciones propias”. De ahí, la prohibición de los signos ostensibles –vestimenta, turbantes, sombreros, velos, o lo que sea–, recalándose que “la ley no pone en causa el derecho de los alumnos a llevar símbolos religiosos discretos”²⁵.

Me ha parecido de interés recalcar este episodio, pues entiendo que la ley sobre ocultamiento del rostro es un paso destacado en la dirección de afianzar la convivencia, resultando de plena aplicación las razones que entonces se esgrimieron y que tan bien explican las palabras que he transcrita²⁶.

²⁴ Advertiré que la expresión francesa “vivre ensemble”, que se usa reiteradamente, la traduciré siempre por la tan expresiva palabra española de “convivencia”.

²⁵ Véase, LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre libertad religiosa*, cit., 212.

²⁶ En este sentido, me parece de interés reproducir mis propias palabras al comentar la jurisprudencia que entonces estudiaba pues creo expresan razones del todo válidas perfectamente aplicables al nuevo supuesto que ahora estudiamos: El Estado –se afirmará– no debe pronunciarse acerca de la legitimidad o no de las creencias religiosas, pero el pluralismo y la democracia deben fundarse igualmente en el diálogo y el espíritu de compromiso, lo que por fuerza implicará que cada uno haga concesiones, en la idea de salvaguardar y proteger los ideales y valores de una sociedad democrática. Pues –se dirá también, recurriendo a bien conocidas palabras–, “el Tribunal constata que en una so-

26. A la ley de 11 de octubre de 2010 sobre prohibición de ocultamiento del rostro en los espacios públicos, se llega tras un minucioso y laborioso proceso de preparación que voy a exponer siguiendo la documentación que ofrece la sentencia y que permite constatar cómo se va depurando la tramitación. Inicialmente, la Conferencia de Presidentes de la Asamblea Nacional creó una comisión de información integrada por diputados de diversos partidos para preparar un informe “sobre la práctica del velo integral en el territorio nacional”. En el informe, se acredita que se trata de una práctica nueva en Francia, no presente en general antes del 2000 –inexistente de hecho, se dice, en los países de Europa central y oriental–, que en el 2009 afectaría a unas dos mil personas, de las cuales, doscientas setenta en las colectividades de ultra mar, de las que el 90% tenían menos de cuarenta años. Se constata que “se trata de una práctica preislámica (“antéislamique”) importada, que no ofrece el carácter de una prescripción religiosa y que forma parte de la afirmación radical de personalidades a la búsqueda de identidad en el espacio social, así como de la acción de movimientos integristas extremistas”. En suma, se denuncia “una práctica en las antípodas de los valores de la República, expresados por la divisa de libertad, igualdad y fraternidad”. Aprecia también el informe que el velo integral es expresión de la negación de cualquier fraternidad, a través del rechazo de los demás y de la negación frontal de la concepción francesa de la convivencia. Terminaría proponiendo, entre otras cosas, una resolución reafirmando los valores republicanos y condenando, como contraria a ellos, la práctica de llevar el velo integral, así como la promulgación de una ley al objeto de proteger a las mujeres que se vieran forzadas a adoptar dicha práctica. En el informe, se dejaba constancia de que no había una respuesta unánime ni en el seno de la comisión redactora ni en los partidos presentes en el Parlamento.

Casi simultáneamente, la Comisión Nacional Consultiva sobre Derechos del Hombre, publicaba una nota mostrándose contraria a una ley que prohibiera de manera general y absoluta la llevanza del velo integral.

Por su parte, el Primer Ministro solicitó al Consejo de Estado que estudiara las soluciones jurídicas que permitieran de la manera más amplia y efectiva posible la prohibición de la llevanza del velo integral. El Consejo de Estado analizó las soluciones parciales ya existentes, constatando la ausencia en Francia de una fórmula efectiva, como del resto en las demás

ciedad democrática, en la que conviven diversas religiones en el seno de una misma población, puede resultar necesario sujetar la libertad religiosa a ciertos límites con el fin de conciliar los intereses de los diversos grupos y de asegurar el respeto a las convicciones de cada uno” (...) En resumen, la conclusión de todos los casos referentes a quienes aspiran a llevar prendas que testimonian a las claras de un decidido compromiso religioso concreto, es inequívoca y lineal. No deja de reconocerse la importancia, el significado, la variedad y amplitud de opciones propias de la libertad religiosa, o de la libertad de conciencia por decirlo con mayor proyección, pero se concluye que en aras al pluralismo y al respeto de los demás, es legítimo que haya espacios o situaciones no adecuados para tales expresiones y en los que haya que renunciar a las ostentaciones señaladas (...) Hay en la vida de sociedad sobrado espacio para las más diversas manifestaciones religiosas. Lo que permite concluir que sea del todo razonable que, por lo mismo, haya igualmente espacios o momentos en que se excluya cualquier ostentación o alarde. Vid LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre libertad religiosa*, cit., 213-214.

democracias equiparables. Estima decididamente que considera muy frágil desde el punto de vista jurídico una prohibición en exclusiva del velo integral. En cambio, con gran sagacidad, sugiere una doble fórmula, implicando, de una parte, la prohibición de cualquier vestimenta o procedimiento que oculte el rostro, impidiendo la identificación, ya desde la salvaguarda del orden público, ya en cuanto la identificación resulte necesaria para el acceso o circulación en determinados lugares o para el cumplimiento de ciertas gestiones administrativas; y de otra parte se trataría de agravar los instrumentos represivos frente a quienes obliguen a otros a ocultar su cara.

Otro paso destacable en el proceso lo constituye una resolución de la Asamblea Nacional sobre “la vinculación al respeto de los valores republicanos frente al desarrollo de prácticas radicales que atenten contra ellos”, que sería aprobada por unanimidad. Esta resolución asume, entre otros acuerdos, que son contrarias a los valores de la República las prácticas radicales que atenten a la dignidad y a la igualdad entre hombres y mujeres, entre las que se encuentra la llevanza del velo integral; también, que el ejercicio de la libertad de expresión, de opinión o de creencia no puede ser reivindicado por nadie para considerarse exonerado de las reglas comunes frente al desprecio de los valores, los derechos y los deberes que fundamentan la sociedad.

Tras este rico proceso, que daría lugar a un debate parejo en la sociedad, el Gobierno se decantaría por presentar un proyecto de ley prohibiendo el ocultamiento del rostro en el espacio público. Le acompaña una amplia, minuciosa y didáctica exposición de motivos en la que, aludiendo al vivo debate público que se ha producido, se van a contener duras afirmaciones, todo ello presidido por la idea de que la llevanza del velo integral implica un rechazo a los valores de la República y a los valores esenciales del contrato social republicano; así, “al negar la pertenencia a la sociedad de las personas afectadas, el ocultamiento del rostro en los espacios públicos, conlleva una violencia simbólica y deshumanizante que daña al cuerpo social”. O, algo más adelante, “El ocultamiento sistemático del rostro en el espacio público, contrario al ideal de fraternidad, no casa con la exigencia mínima de civismo necesaria en la relación social”. Por supuesto, que no faltan las referencias a la seguridad. Contemplando un significativo espacio de vacatio legis, se asume que se requiere un tiempo “de explicación y pedagogía”.

El proyecto sería juzgado positivamente por la Delegación de la Asamblea Nacional sobre los derechos de las mujeres y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, así como por la Comisión de Leyes. Y ya en el momento clave de la votación parlamentaria, sería aprobado por una impresionante mayoría rayana en la unanimidad: en la Asamblea Nacional, 335 votos a favor, uno en contra y tres abstenciones, y en el Senado, por 246 votos contra uno. Por su parte, el Consejo Constitucional dio la ley por buena, con una pequeña interpretación a la que luego aludiré, y la ley sería promulgada.

27. Es una ley bien corta, clara y precisa, lo que da la impresión de algo muy pensado y elaborado a conciencia. El artículo primero, de manera

bien simple y sencilla, contiene la prohibición: “En los espacios públicos nadie puede llevar una prenda destinada a ocultar el rostro”. El artículo dos incluye dos apartados, indicando el primero qué se entiende por espacios públicos: “las vías públicas y los espacios abiertos al público o afectados a un servicio público”. En el apartado segundo se marcan las obvias excepciones: cuando la prenda esté prescrita o autorizada por disposiciones legales o reglamentarias (se puede pensar en los policías que cumplen determinados servicios), si está justificada por razones de salud (pensemos en quien tiene que llevar vendada la cabeza), o por motivos profesionales (todos aquellos trabajadores que deban llevar cascos, mascarillas, etc.), si tiene que ver con prácticas deportivas (caso de los jugadores de rugby, los pilotos en carreras de coches, determinadas pruebas en la nieve, etc.), o con manifestaciones artísticas o tradicionales (donde encajaría por ejemplo las máscaras de carnaval). El artículo 3 contempla la respuesta sancionatoria derivada del incumplimiento de la prohibición. Debo destacar, en efecto, que se cuenta con una modalidad punitiva, con lo que se refuerza el significado de la prohibición, pero que dicha sanción, penal, es manifiestamente leve, lo que me parece también de gran importancia: o bien una multa por un máximo de 150 euros, o bien el tener que realizar un curso de ciudadanía, o bien ambas cosas a la vez. Se evidencia que no hay ningún afán represivo, aparte de que el dato de la levedad podría jugar positivamente, cosa que efectivamente sucedió (p. 152), en el caso de una posible impugnación ante el TEDH. Se cierra la ley –art. 4– introduciendo un nuevo tipo en el código penal, con severa sanción para los que fuercen a otra persona a esconder su cara por razón del sexo, modalidad en la que la sanción se duplica en caso de que el afectado sea menos de edad. Como digo, me parece ejemplar la regulación, sin que sobre ni falte nada.

La ley sería completada, siguiendo una tan positiva costumbre francesa, por dos circulares, ante todo, una muy minuciosa del Primer Ministro, detallando el alcance de la ley y precisando el significado de algunos de sus puntos. Explicando así que se consideran espacios afectados por la prohibición las calles, plazas, jardines y paseos públicos, incluso a los que cualquiera puede acceder aunque sea pagando una entrada, como cines o teatros; pero también, tiendas y comercios, como cafés, restaurantes, establecimientos bancarios, estaciones, aeropuertos y cualesquiera medios de transporte en común. Alcanza también a las diversas Administraciones y establecimientos públicos, como ayuntamientos, tribunales, prefecturas, hospitales, correos, centros de enseñanza como escuelas, colegios, institutos y universidades, servicios de la seguridad social, museos, bibliotecas, etc. No afectaría la prohibición, en cambio, a quien viaja dentro de un coche privado.

Hay también una segunda circular, más concreta ya, del Ministro de Justicia, dirigida a quienes tienen que aplicar la faceta represiva.

Como ya señalé, el Consejo Constitucional había dado por buena la ley apreciando su conformidad con la Constitución, si bien formuló una reserva que no será ocioso recordar. Apreciando que la vieja Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, forma parte del bloque

de la constitucionalidad, y en cuyo artículo décimo se garantiza la libertad religiosa, se formula la reserva de que la ley será correcta siempre que se interprete que la prohibición no afecta a los lugares de culto abiertos al público. Interesante precisión que acredita la virtualidad de la vieja declaración de los revolucionarios. Resultando incluso paradójico que esa ampliación del espacio de libertad religiosa provenga del texto que elaboró la Revolución Francesa nada más echarse a rodar. Un pequeño retoque, en suma, asumiendo el significado de la libertad religiosa así como la importancia de los lugares de culto.

Es así como la ley comenzaría su andadura. Sus pasos serían seguidos pronto en Bélgica, donde se elaboró una ley de similar alcance.

28. El propio día de la entrada en vigor de la ley, se interpondría ante el Tribunal de Estrasburgo el recurso cuya resolución dio lugar a la sentencia que ahora nos ocupa. Destacaré ante todo que la Sala correspondiente, ante el interés del problema, elevaría el asunto a la Gran Sala, por lo que se contará con una decisión de diecisiete jueces.

La recurrente es una mujer nacida en Paquistán y residente en Francia, que pide ocultar su nombre, musulmana, nacida en una familia de tradición cultural sunita, y que tenía 21 años en el momento de interponer su recurso. “Afirma –cito literalmente del párrafo 12 de la sentencia– que lleva el nikab tanto en público como en privado, si bien no de forma sistemática; así, por ejemplo, puede no llevarlo cuando va a la consulta de un médico o cuando se cita con amigos en un lugar público o trata de hacer amistades. Asume por tanto el no llevar siempre el nikab en el espacio público pero desea poder hacerlo a su gusto, sobre todo cuando se lo pide su humor particular. Hay así momentos (como en las fiestas religiosas tipo el ramadán) en que tiene el sentimiento de deber llevarlo en público para testimoniar su religión y su fe personal y cultural; sin que se trate de desagradar a los demás sino de estar de acuerdo consigo misma”. También, “precisa que no reclama el poder mantener el nikab cuando haya de someterse a un control de seguridad, cuando va a un banco o toma un avión y que está de acuerdo en hacer ver su cara cuando lo imponga un control de identidad necesario” (p. 13). Concreta también que ni su marido ni nadie de su familia se lo imponen.

La recurrente, asesorada por abogados ingleses, va a enumerar un arsenal de preceptos del Convenio como fundamento de su reclamación. En concreto, los artículos 3, alegando trato degradante, el 8, respeto de la vida privada, el 9, libertad religiosa, el 10, libertad de expresión, y el 11, libertad de asociación, todos ellos, bien de manera separada, bien en conjunción con el artículo 14, en cuanto contempla la discriminación. Empero, la alegación referida al artículo 3 se consideraría inadmisible, pues se estima que los malos tratos deben representar un mínimo de gravedad para ser tomados en consideración, cosa que no sucede en el supuesto. También se consideraría inadmisible la reclamación apoyada en el derecho de asociación, pues entiende el Tribunal que no se ha demostrado en qué medida la prohibición del velo le afecta.

El Tribunal decidirá centrarse en los artículos 8 y 9 conjuntamente, aunque apoyándose más en este último. Lo que hará que cuando se razone y se resuelva sobre tales argumentos, se entenderá, como suele ser usual en la jurisprudencia del Tribunal, que no se plantea ninguna cuestión distinta para tomar en consideración la libertad de expresión, y no se entrará en el argumento. Pero será oportuno proceder por partes antes de abordar el fondo de la argumentación.

29. Cuatro organizaciones no gubernamentales –“Amnesty International”, “Liberty, Open Society Justice Initiative” y “ARTICLE 19”–, así como el “Centro de Derechos del Hombre de la Universidad de Gante” y el Gobierno Belga, fueron autorizados a intervenir como terceros en el proceso, enviando sus alegaciones, permitiéndose además a ese último participar en la vista oral.

La sentencia, consciente el Tribunal de su alto significado, aparece muy preparada y, por ende, muy documentada, y ofrece una amplia muestra de instrumentos internacionales o de Derecho comparado atinentes al tema. De interés así dos documentos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la Resolución 1743 (2010) y la Recomendación 1270 (2010), ambas de la misma fecha –23 de junio de 2010–, instando a superar lo que implique situaciones de discriminación de la mujer y a protegerlas frente a cualquier situación de violencia física o psicológica. En principio, mientras se trate de una aceptación voluntaria, se apuesta por no adoptar una prohibición general del velo integral aunque se reconoce la posibilidad de restricciones legales por diversas razones, como la seguridad o cuando funciones públicas o profesionales de una persona le exijan mantener una situación de neutralidad religiosa o directamente de mostrar su rostro.

Se recoge también la toma de postura –en 2011– del Comisario de Derechos del Hombre del Consejo de Europa, Thomas Hammerberg. En su detallado informe se muestra contrario a la prohibición general del velo integral, aunque asume que nada debe impedir la obligación de mostrar la cara por razones de seguridad o a efectos de identificación.

Espacio señalado se dedica también a la Observación general número 22 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 20 de julio de 1993, relativa al artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, referente a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Se destaca la amplitud de fórmulas que derivan de la libertad religiosa, entre ellas la de llevar ciertas prendas, recalándose que determinadas reglas sobre vestimentas impuestas a las mujeres pueden violar numerosos derechos reconocidos por el Pacto.

Se recogen también noticias de la situación en otros países europeos. En Suiza, la Asamblea Federal rechazó en 2012 una iniciativa del Cantón de Argovia para prohibir el velo integral, mientras que al año siguiente en el Cantón de Tessino se habría votado a favor de la iniciativa.

Se recuerda que el tema está en discusión en otros países, como Italia y Holanda. En cambio, en Bélgica se habría promulgado en 2011 una ley de prohibición en línea similar a la francesa. Se aporta también el testimonio

del Tribunal Constitucional de Bélgica, de 2012, decidido partidario de la corrección de la ley. En su sentencia, se destacan los tres objetivos que la han inspirado: la seguridad pública, la igualdad entre el hombre y la mujer y una determinada concepción de la convivencia en sociedad. Se va a poner el acento en las razones de seguridad, no sin insistir en la importancia del aspecto relacional en la vida de sociedad. Se razona así acerca de cómo la individualidad de todo sujeto de derecho en una sociedad democrática no cabe concebirla sin que pueda vérsele la cara que constituye un elemento fundamental de aquélla y de cómo si bien el pluralismo y la democracia implican la libertad de manifestar las creencias por medio de la llevanza de signos religiosos, el Estado debe velar no menos por las condiciones en que son utilizados dichos signos y por las consecuencias que acarrean: “Dado que el ocultamiento de la cara –se dirá– conlleva la consecuencia de privar al sujeto de derecho, miembro de la sociedad, de cualquier posibilidad de individualización por el rostro cuando dicha individualización constituye una condición fundamental vinculada a su propia esencia, la prohibición de llevar en los lugares públicos tal vestimenta, aunque sea expresión de una convicción religiosa, responde a una necesidad social imperativa en una sociedad democrática”. Incidiendo en la misma idea, en otro punto se concreta: “Dado que la individualización de las personas, de las que la cara es un elemento fundamental, constituye una condición esencial al funcionamiento de una sociedad democrática en la que cada miembro es un sujeto de derecho, el legislador ha podido considerar que ocultar el rostro podría poner en peligro el funcionamiento de la sociedad así concebida, por lo que debía ser reprimida penalmente”.

Se menciona igualmente la sentencia del TS español de 14 de febrero de 2013, antes comentada, sobre la pretensión de la ordenanza municipal de Lérida de oponerse al ocultamiento de la cara en los lugares públicos, dando cuenta minuciosa de los argumentos utilizados, destacándose el central de todos ellos, el de la ausencia de ley habilitadora, recalando también que la prohibición no podía impedir la identificación de quienes utilizaran los medios de transporte públicos.

Por último, se aporta el testimonio del Consejo de Estado holandés, que se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el argumento, la última en 2011, ante un proyecto de ley de prohibición que el Gobierno holandés justificaba por “la necesidad de garantizar una comunicación abierta, esencial a la interacción social”. El Consejo de Estado es radicalmente contrario a la corrección del proyecto, que considera incompatible con el derecho a la libertad religiosa.

30. Entrando ya en el enjuiciamiento del caso, hay que comenzar por las excepciones preliminares que suscitó el Gobierno francés. Este punto tiene especial interés, dado el particular planteamiento del recurso. El mismo día de la entrada en vigor de la Ley, decía, se presentó la reclamación. Es decir, ésta no podía haber surtido efecto todavía. Y de hecho, no hubo ninguna incidencia concreta sobre la recurrente, nadie la reprimió por andar por la calle con la cara tapada. Lo que, por cierto, no deja de dar una cierta

sensación de “montaje”. Ello hace que, al menos en apariencia, no pueda considerarse “víctima de una violación” de su derecho²⁷, que es requisito indispensable que impone el artículo 34 del Convenio para poder personarse ante el Tribunal Europeo. Pero el Tribunal parece decidido a querer entrar en el fondo, aunque tenga que forzar la situación. Recurre así a una línea jurisprudencial que se había manifestado en alguna ocasión cuando en el asunto debatido ocupara lugar relevante una norma penal incriminatoria. Dirá así el Tribunal: “Aun con todo, un particular puede sostener que una ley viola sus derechos, en ausencia de actos individuales de ejecución, y considerarse por tanto «víctima» en el sentido del artículo 34, si se considera obligado a cambiar de comportamiento ante la amenaza de ser perseguido o si forma parte de una categoría de personas expuestas a sufrir directamente los efectos de la legislación” (p. 57). La recurrente había alegado, en efecto, las tres primeras sentencias que abordaron el problema de la implicación penal de las relaciones entre varones homosexuales, aunque fueran mayores de edad y se tratara de conductas consentidas²⁸. En tales supuestos, no había habido un acto concreto de condena sino sólo los efectos difusos de una legislación que podía serles aplicada a los recurrentes. Y el Tribunal, no sin cierto debate interno, no dudó en rechazar la inadmisión del recurso, que incluso terminaría aceptando. Siguiendo dicha línea jurisprudencial, dirá así el Tribunal en relación con las mujeres habituadas a llevar el velo integral, que “se encuentran por ello ante un dilema comparable *mutatis mutandis* al que el Tribunal había identificado en las citadas sentencias «Dudgeon» y «Norris»: o se pliegan a la prohibición renunciando a vestirse conforme a la elección que han hecho siguiendo sus ideas religiosas, o no lo hacen y se exponen a sanciones penales”. Por lo que el Tribunal concluye rechazando la excepción que había alegado el Gobierno.

De donde, en ausencia de tener que dilucidar una incidencia concreta, va a resultar la consecuencia de que el Tribunal adoptará la postura de convertirse en juez de la “convencionalidad” de la ley, cuestión que, por cierto, hoy, está suscitando muy vivo interés²⁹. No importa, en efecto, en el caso, si las autoridades actuaron incorrectamente contra la señora S.A.S., sino que lo va a resultar del proceso es la valoración de si la ley es compatible con el Convenio Europeo, metodología a la que, por cierto, se opone habitualmente el TEDH³⁰.

²⁷ Véase LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *El concepto “víctima de una violación de los derechos” como determinante para el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, “Revista de Administración Pública”, 175 (2008), 253 ss.

²⁸ Se trata, en efecto, de la importante y rompedora sentencia “Dudgeon c. Reino Unido”, 22.X.1981 –la primera de la serie, afectando a Irlanda del Norte–, a la que seguirían luego “Norris c. Irlanda”, 26.X.1988, y “Modinos c. Chipre”, 22.IV.1993.

²⁹ Véase el reciente libro de RAÚL CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, Civitas, 2015.

³⁰ En el trabajo *Derechos fundamentales y vía pública*, tantas veces citado (nota 24, que en gran parte transcribo), he recordado dos decisiones de inadmisión del propio Tribunal, similares ambas y versando sobre el mismo problema, los asuntos “Hafid Ouardiri” y “Liga de Musulmanes de Suiza y otros”, ambas contra Suiza, y las dos de 28 de junio de 2011, en relación con un problema curioso y escandaloso en gran medida. A consecuencia de una iniciativa popular que obtuvo resultado favorable, a pesar de que tanto el Gobierno suizo (el Consejo Federal), como el Parlamento Federal Suizo, recomen-

Tampoco aceptará el Tribunal la excepción de falta de agotamiento de las vías internas de recurso.

31. Pero hay una nueva cuestión previa de la que me parece oportuno hacerme eco, pues muestra bien a las claras las complejas peculiaridades de este asunto. Si el planteamiento del caso nos llama la atención a cualquiera, no sorprende pensar que el Gobierno francés se sintiera extrañado por la forma en que se presentó el asunto: una joven mujer extranjera residente en Francia que, asesorada por abogados ingleses, presenta el recurso el mismo día de la entrada en vigor de la ley, sin que ésta hubiera tenido efectividad todavía, sin haber sufrido ella ninguna incidencia, ninguna presión directa. Todo suena a extraño, sin duda. Con el dato curioso de que, como se reconoce (p. 62), los propios abogados ingleses presentaron otros dos recursos similares tanto en el fondo como en la forma. A la vista de ello, el Gobierno manifestaría que “es lícito preguntarse sobre la realidad efectiva del asunto planteado”, al entender que el caso “se sitúa bien lejos del uso normal del derecho de recurso individual”, dado que se trataría de una “actio popularis”. El Tribunal afirma incluso que da la impresión de que el Gobierno piensa que la recurrente actúe a modo de “hombre de paja” (“la requerente fait office de prête-nom”). Lo que lleva al Gobierno a afirmar que se hace un uso abusivo del recurso, de donde derivaría que se está ante una “desviación del derecho de recurso individual” (“detournement du droit de recours individuel”), por lo que solicitará que se declare la inadmisión del recurso, con apoyo en el artículo 35.3.a) del Convenio, que así lo prevé cuando se trate de una demanda abusiva.

Pero el Tribunal razona acerca de la excepcionalidad de tal fórmula, aplicada sólo en casos muy concretos e indudables, se remite a su decisión sobre la calidad de “victima” de la recurrente, y niega por ende que se trate de una acción popular. Por lo que se rechaza la declaración de inadmisión solicitada.

32. Entrando ya en el fondo del asunto y para situar la exposición, recordaré de entrada que, como dije, el Tribunal se centra en los argumentos del derecho al respeto de la vida privada y de la libertad religiosa, una vez que ha rechazado enfocarlo desde la perspectiva del trato degradante o de la libertad de asociación, del mismo modo que alcanzada una solución satisfactoria en relación con aquellos dos argumentos, no se considera preciso ya entrar a analizar si se ha afectado a la libertad de expresión.

daron que se votara en contra, se reformó la Constitución, añadiendo un precepto que decía: “Queda prohibida la construcción de minaretes” (art. 72.3). Recurrieron al Tribunal Europeo, un ciudadano musulmán individualmente (francés, residente en Suiza, se dice), y varias organizaciones musulmanas. Al no haberse aportado prueba de que los recurrentes pudieran ser incluidos en la categoría “victima de una violación”, el Tribunal entiende que el recurso en puridad equivale a “una acción popular”, a través de la cual se pretendería hacer controlar “en abstracto” la disposición constitucional discutida, confrontándola con el CEDH, opción que no encaja, se recalca, en la regulación establecida. De ahí que se estime que hay una incompatibilidad “ratione personae” y se inadmita el recurso. Y en este caso suizo se daba además el plus de que lo que se intentaba contrastar con el Convenio Europeo era nada menos que la Constitución del Estado afectado.

La recurrente indica que, nacida en Paquistán, proviene de una familia de tradición sunita, en la que es habitual que las mujeres lleven en público el velo integral. Recalca por eso que ha sufrido una grave injerencia en sus derechos garantizados por el artículo 9 del Convenio –la libertad religiosa, en concreto–, dado que la ley “que trata de impedir que las mujeres musulmanas se vistan con el velo integral en los lugares públicos, le impide manifestar su fe así como vivirla y observarla en público”. Recalca también que dicha intromisión, si prevista por la ley, ni responde a ninguno de los fines legítimos admitidos, ni es “necesaria en una sociedad democrática” (p. 76). Se opone también al argumento del Gobierno de que la exposición recíproca de la cara sería fundamental en la sociedad francesa, recalando que de tal modo dejan de respetarse las prácticas culturales de las minorías que no comulgan con tal filosofía, dada la existencia de modos de comunicación distintos a los visuales. Insiste en que la llevanza del velo es expresión frecuente de la emancipación de las mujeres así como que el pretender que la prohibición tiene por objeto “el respeto a la dignidad de las personas” parte de la suposición machista de que las mujeres están minusvaloradas. Insiste en que una sociedad realmente libre puede acoger una gran variedad de gustos, actividades, costumbres y comportamientos y que no corresponde a los Estados decidir acerca de la validez de las convicciones religiosas. Así mismo, la imposibilidad de llevar el velo integral supondría una violación al respeto de su vida privada, privándole de un elemento importante de su personalidad socio-cultural, dado que además, la protección de la vida privada va más allá del círculo familiar íntimo, pues ofrece también una dimensión social, aparte de que el aparecer llevando el velo integral le expondría probablemente aparte de a las sanciones penales, a sufrir los efectos de la hostilidad. “De este modo –señala–, obligada a retirarlo y no pudiendo llevarlo más que en casa, «como si estuviera en prisión», se vería forzada a adoptar «una personalidad a lo *Jekyll y Hyde*». Aparte de la discriminación que implica, fundada en el sexo, la religión y el origen ético, en perjuicio de las mujeres musulmanas, dado además que la excepción de acuerdo con la cual se salvan “las fiestas o manifestaciones artísticas o tradicionales” conduce directamente a favorecer a la mayoría cristiana.

33. Por su parte, el Gobierno afirma con énfasis que la prohibición es necesaria y está dirigida a fines legítimos. El primero de ellos sería la “seguridad pública”, desde la necesidad de identificar a cualquiera para prevenir atentados contra la seguridad de las personas y de los bienes y para luchar contra el fraude identitario. Pero en segundo lugar figurará “la protección de los derechos y libertades de terceros”. Se quiere así asegurar “el respeto al soporte mínimo de los valores de una sociedad democrática y abierta”, que se proyectará en la defensa de tres valores concretos. Ante todo, la consideración de que el rostro desempeña un papel importante en la interacción de las relaciones entre los seres humanos: a través suyo, de manera preponderante, y más que a través de cualquier otra parte del cuerpo, se manifiesta la existencia del individuo en tanto que persona única, al mismo tiempo que se reconoce su humanidad compartida con su interlocutor a

la par que su alteridad. El ocultamiento del rostro en los espacios públicos produciría el efecto de romper el vínculo social y de manifestar el rechazo a la convivencia (un refus de «vivre ensamble»). Se trataría en segundo lugar del respeto a la igualdad entre hombres y mujeres, pues el entender que las mujeres deben ocultar su cara en los espacios públicos por la única razón de ser mujeres se traduce en la negación de su derecho a existir como individuos y a reservar la expresión de su individualidad al espacio privado familiar o a un espacio exclusivamente femenino. En tercer lugar se trataría del respeto a la dignidad de las personas en la medida en que las mujeres vestidas de tal modo se encuentran, por así decir, borradas del espacio público. Y tal exclusión, ya sea deseada o sufrida, resulta deshumanizante y difícilmente puede considerarse compatible con la dignidad de la persona humana. Del mismo, y entre otras razones, alega el Gobierno que la práctica del velo integral es reciente y muy poco corriente en Francia y que ha sido criticada en numerosas ocasiones por importantes personalidades musulmanas. Por lo que no puede menos e mostrar extrañeza ante la afirmación de la recurrente de que el velo integral sería testimonio con frecuencia de la emancipación de las mujeres (pp. 81-85).

34. En las manifestaciones de los terceros intervinientes aparece una significativa disparidad de criterios. El Gobierno belga –que, como se dijo, consiguió aprobar una ley similar a la francesa–, destaca ante todo que la prohibición del velo integral no responde a ninguna prescripción del Corán, sino a una costumbre minoritaria de la península arábiga. Se reproducen los aspectos más consistentes de la sentencia del Tribunal Constitucional belga que rechazó los dos recursos que se habían presentado contra la ley, en la que se recalca que el velo integral plantea problemas de seguridad. Constituye un obstáculo al derecho de las mujeres a la igualdad y a la dignidad, poniendo en peligro, sobre todo, los presupuestos mismos de la convivencia. “Se considera en todo caso –se dirá expresamente–, que el derecho al aislamiento tiene sus límites, que los códigos sobre vestimentas imperantes en nuestras sociedades son producto de un consenso social y fruto de un compromiso entre las libertades individuales y los códigos de interacción en sociedad, y que las personas que ocultan su cara dan a los demás el aviso de que no quieren participar de manera activa en la sociedad por lo que resultan deshumanizadas. Cuando uno de los valores que constituyen las bases del funcionamiento de la sociedad democrática es que sea posible un intercambio activo entre las personas”. El Gobierno subraya también “que el legislador belga ha tratado de defender un modelo de sociedad que hace prevalecer al individuo sobre sus vinculaciones filosóficas, culturales o religiosas, en la idea de favorecer la integración de todos y de conseguir que los ciudadanos compartan un patrimonio común de valores como la democracia, la igualdad entre hombres y mujeres o, incluso, la separación Iglesia Estado”.

En cambio, las organizaciones no gubernamentales que comparecen son unánimemente contrarias a la prohibición, con argumentos que se van repitiendo, basados sobre todo en la libertad religiosa. “Amnistía Internacio-

nal” recalcará entre sus alegatos, que las restricciones al uso del pañuelo o del velo pueden afectar al derecho al trabajo, al derecho a la educación y al derecho a la igualdad ante la ley, pudiendo incentivar el acoso y la violencia.

La organización “ARTICLE 19” afirmará entre otros argumentos que la prohibición podría resultar contraproducente al ocasionar el efecto de confinar en su casa a las mujeres afectadas, de excluirlas de la vida pública, de marginarlas y de exponer a las musulmanas a violencias físicas y verbales.

El Centro de Derechos del Hombre de la Universidad de Gante, insistiendo en argumentos similares a los anteriores, recuerda que si numerosas feministas consideran señaladamente que el velo integral minusvalora a las mujeres, afecta a su dignidad y es una expresión del patriarcado, también hay otras que ven en ello un símbolo de su fe.

“Open Society Justice Initiative” da cuenta de un estudio sobre 32 mujeres llevando el velo en Francia, del que resultaría que mayoritariamente no llevan el velo por imposición, que muchas habrían decidido llevarlo contra la opinión de su familia, que un tercio no lo llevaba permanentemente todos los días y que la mayoría mantenía una vida social activa. Concluye sus alegaciones recalmando que no hay un consenso europeo contra la llevanza en público del velo integral y que son posibles medidas menos contundentes dada la falta de proporción de la prohibición integral.

35. A la vista del resumen de todas las alegaciones, es el momento de entrar en el razonamiento del Tribunal. Éste asume directamente y sin objeciones que la elección de las vestimentas está conectada a la expresión de la personalidad de cada uno, en definitiva, a su vida privada. De ahí que cualquier medida de una autoridad pública que limite tal elección constituya una injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada, en el sentido del artículo 8 del Convenio (p. 107), y, si además resulta que se prohíbe una prenda relacionada con la práctica de su religión, queda también afectada la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, garantizada por el artículo 9 (p. 108). Sin que importe para nada, se dice expresamente, la circunstancia de que tal práctica sea minoritaria o resulte cuestionada.

Asumida tal injerencia, el Tribunal pasará a cuestionarse si se dan los tres requisitos necesarios para admitirla, a saber, que lo prevea una ley –lo que en el caso no ofrece ninguna duda–, que responda a fines legítimos y que sea necesaria en una sociedad democrática, es decir, que sea proporcional.

Se rechaza expresamente que “el respeto a la dignidad de las personas”³¹ pueda ser un motivo que justifique la prohibición (p. 120). Se asume también que no es posible identificar en Europa una concepción uniforme del significado de la religión en la sociedad, así como que el sentido o impacto de los actos referentes a la expresión pública de una convicción religiosa varían según épocas y contexto. Lo cual conduce a reconocer a los Estados

³¹ Véase sobre el tema el interesante y reciente volumen colectivo dirigido por RICARDO CHUECA, *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

un cierto margen de apreciación. Se recuerda también que en no pocas sentencias se ha dado por bueno que en los establecimientos públicos de enseñanza se prohíban prendas con las que se expresaba una concreta vinculación religiosa.

Entrando ya en el fundamento de los argumentos alegados, y al referirse a la “seguridad pública”, el Tribunal entiende que un Estado considere esencial poder identificar a los ciudadanos al objeto de prevenir atentados contra la seguridad de las personas, de los bienes y para luchar contra el fraude identitario. Reconocerá así que en señaladas decisiones ha dado por buena la necesidad de obligar a quitarse prendas de significado religioso al objeto de llevar a cabo comprobaciones puntuales. En cambio, se manifiesta contrario a que el argumento sirva con carácter general y permanente y, en este sentido, será tajante su afirmación de que “una prohibición absoluta de tocarse en los espacios públicos con prendas que oculten el rostro, no puede considerarse proporcionada más que en un contexto de amenaza general contra la seguridad pública”. De ahí que la conclusión sea que la prohibición general que introduce la ley cuestionada no pueda justificarse desde el punto de vista de la seguridad pública (p. 139). Se rechaza por tanto, con cierta energía, esta alegación que parecía tener peso decisivo.

Pasando a otro argumento, se reconoce la importancia que otorgan las autoridades francesas a la preocupación de responder a las exigencias mínimas de la vida en sociedad, como elemento de “la protección de los derechos y libertades de los demás”. Se hará hincapié así en las afirmaciones de la exposición de motivos de la ley, que antes recordaba, y en las que se insistía “en las exigencias fundamentales en la sociedad francesa de un «vivir juntos», así como que el ocultamiento sistemático del rostro, contrario al ideal de fraternidad, no responde a las exigencias mínimas de civismo necesarias en la relación social”. Se alcanza así una conclusión de peso que va a pesar en la decisión final: de ahí, se dirá, que “el Tribunal pueda aceptar que un Estado juzgue esencial en tal situación conceder particular importancia a la interacción entre las personas y que considere que quedaría alterada por el hecho de que algunos oculten su cara en los espacios públicos”. Es así como se alcanza el paso decisivo: “En consecuencia el Tribunal estima que la prohibición cuestionada puede considerarse justificada en principio si bien sólo en la medida en que se dirija a garantizar las condiciones de «convivencia»” (p. 142).

En cuanto a la proporcionalidad de la medida, el Tribunal afirma sentirse preocupado por las indicaciones de algunos de los tres participantes, en el sentido de que el inicio del debate que condujo a la elaboración de la ley aparecía marcado por cierta islamofobia. Da por eso algunos avisos. Recuerda así que un Estado que se embarca en un proceso legislativo como el analizado asume el riesgo de contribuir a la consolidación de estereotipos que afectan a ciertas categorías de personas así como de favorecer las expresiones de intolerancia para con ellas, cuando debía promover en cambio la tolerancia. Insiste por eso el Tribunal en recalcar que lo que constituya un ataque general y vehemente contra un grupo identificado por una religión

o por unos mismos orígenes étnicos, sería incompatible con los valores de tolerancia, de paz social y de no discriminación implícitos en el Convenio y que no está legitimado por la libertad de expresión que éste consagra. Pero, tras estos avisos, el Tribunal tiene oportunidad de recalcar otros aspectos de significado diferente. Como que la ley prohíbe el velo integral, pero no lo hace específicamente por unas razones religiosas sino por el hecho del ocultamiento de la cara. O que, si hay una prohibición del velo integral, no se prohíben en cambio otras prendas, de innegable significado religioso, pero que no ocultan la cara. Se asume también que si es cierto que hay sanciones, incluso penales, estas se caracterizan por su levedad.

Al Tribunal le toca en suma dilucidar un problema controvertido en el que no faltan razones por ambas partes. Me parece así muy interesante cómo se define esta tesisura en el párrafo 153, que por eso voy a transcribir íntegro: “Por lo demás, sin duda, como subraya la demandante, prohibiendo con carácter general en el espacio público que se lleve una prenda destinada a tapar la cara, el Estado restringe en cierto modo el campo del pluralismo, en la medida en que la prohibición obstaculiza que algunas mujeres manifiesten su personalidad y sus convicciones llevando en público el velo integral. Pero el Estado señala por su parte, que en su caso se trata de responder a una práctica que considera incompatible, en la sociedad francesa, con las modalidades de comunicación social y, más ampliamente, con la convivencia. Desde esta perspectiva el Estado considera que está protegiendo una modalidad de interacción entre los individuos, esencial, desde su punto de vista, para la expresión no sólo del pluralismo, sino además de la tolerancia y del espíritu de apertura, sin los cuales no hay sociedad democrática. De donde resulta que la cuestión de la aceptación o no de la llevanza del velo integral en el espacio público constituye una apuesta de la sociedad (“*constitue une chance de société*”)). Aún se insiste, completando la exposición, en el párrafo siguiente: “Por tanto, ante tal tipo de figura, el Tribunal debe actuar con reservas en el ejercicio de su control de convencionalidad desde el momento que le conduce a valorar un arbitraje realizado en el seno de la sociedad según fórmulas democráticas. Y ya ha tenido ocasión de recordar que cuando están en juego problemas de política general, sobre los que en un Estado democrático pueden razonablemente existir profundas divergencias, corresponde conceder particular importancia al papel de quien decide en el ámbito nacional” (p. 154). Se alcanzaría así la conclusión de que en este caso Francia disponía de un amplio margen de apreciación. Lo que unido a la ausencia de consenso sobre el asunto en el ámbito europeo, lleva al Tribunal a admitir que la medida se considere proporcionada al fin perseguido, es decir, el de la defensa de las condiciones de “convivencia” como elemento propio de “la protección de los derechos y libertades de los demás”. O sea, que la restricción puede considerarse necesaria en una sociedad democrática, conclusión válida tanto a la vista del artículo 8 (derecho a la propia personalidad y a la vida privada), como del artículo 9 (libertad religiosa). De ahí se alcanza la conclusión de que la ley no viola ninguno de los preceptos, siendo, por ende, correcta. Y así concluirá el asunto, sin que el

Tribunal juzgue necesario plantearse las opciones de la libertad de expresión o de la discriminación, con una muy señalada votación de quince votos a favor y dos en contra. Se manifestaron en contra las jueces de Alemania y Suecia, que redactaron conjuntamente un voto particular disidente, si bien es verdad que otras jueces votaron a favor de la mayoría. En el voto particular, recalcan que “si la comunicación resulta esencial para la vida en sociedad, el respeto al derecho de la vida privada comprende igualmente el derecho a no comunicarse y a no entrar en contacto con los demás en el espacio público, en suma, el derecho de considerarse un «outsider»”. Y van a objetar, sobre todo, lo que constituye la aportación más novedosa de la sentencia, el que la protección de la idea de convivencia pueda incluirse en la lista restrictiva de los motivos enumerados por el Convenio. Pero esa es la expresión de dos de los jueces, mientras que la sentencia queda conformada por la opinión mayoritaria de los otros quince jueces.

36. Entiendo que se trata de una muy interesante e importante sentencia aunque, para iniciar mi comentario, indicaré ante todo que disiento del punto de vista del Tribunal cuando rechaza como justificante el fin de la seguridad. En mi modesta opinión, la seguridad es algo decisivo en nuestras sociedades, sin duda en el momento actual, a cuyo servicio hay que arbitrar bien variadas fórmulas. Claro que los registros puntuales, que nadie discute, son imprescindibles, pero hay también otras alternativas continuadas y de carácter permanente, como pueden ser, aparte del testimonio de las personas, las cámaras grabadoras, reproducción irrebatible de todo lo que ha sucedido en su campo de acción. Recordaré así, porque lo conozco de cerca, lo eficaz que han resultado en los puntos álgidos de la concentración turística de Madrid para erradicar a los carteristas que asolaban a nuestros visitantes venidos de lejos. De ahí su papel innegable en bancos, grandes almacenes así como en numerosos establecimientos y lugares de servicios públicos. De recordar es el excelente funcionamiento, complementado con el trabajo ímpmodo de la policía, para desvelar y detener a los causantes de los atentados en diversas estaciones del metro de Londres, ahora hace diez años, en julio de 2005. Resulta incuestionable el significado de la identificación permanente de las personas, lo que es lo mismo que decir que tan cualificado remedio no funciona si se puede andar con la cara tapada. Lejos de mi ánimo sospechar que las mujeres que ocultan su rostro por razones religiosas vayan a ser protagonistas de atentados contra la seguridad, pero mantener su atuendo implica dar luz verde a otros similares que podrían ser aprovechado impunemente por otras personas.

37. En línea con lo que acabo de decir, del peso del motivo seguridad para prohibir el ocultamiento del rostro, vale la pena detenerse en un pequeño inciso para echar una ojeada a la prensa, donde casi cada día encontramos no pocas noticias bien indicativas. Muestra bien reciente, con el elemento común de que todas ellas aparecen protagonizadas por personas que cubren su cara para llevar a cabo actos violentos y formando parte de conductas antisociales, ya se trate de un atraco, de un robo, de un asesinato múltiple suicidio mediante, aunque también, paradójicamente –y es que

hay países en que puede suceder cualquier cosa—, de un asesinato perpetrado al parecer por policías. Con el dato curioso de que da la impresión —no puede saberse del todo por eso de la cara tapada—, de que en todos los casos los protagonistas eran varones. Aunque en uno de los supuestos, la fórmula para ocultar la cara fuera un burka, experiencia que da fuerza especial al argumento que vengo desarrollando. Destacaré incluso que no parecen sucesos excepcionales a la vista de la frecuencia con que se producen. Paso a exponer los casos a los que me refiero³², aunque debo decir que interrumpí la serie pues no cesaban de aparecer continuamente nuevos supuestos.

a) Prensa del 19.II.2015. Titulares: “Cuatro encapuchados atracan el Carrefour de San Fernando. Irrumpieron antes del cierre con mazas y una pistola. No han sido detenidos”. Texto parcial de la noticia: “Cuatro encapuchados armados con mazas y una pistola entraron a la 20’30 en el Carrefour de San Fernando de Henares, en el que había numerosos clientes. Se dirigieron a una joyería y, sin mediar palabra, destrozaron a mazazos todas las vitrinas y se apoderaron de las alhajas que estaban expuestas (...) Los ladrones se marcharon a toda velocidad en el mismo vehículo en el que habían llegado”.

b) Prensa del 24.V.2015. Titulares: “Cuatro encapuchados roban cien armas en una galería de tiro. La instalación está en un polígono de San Sebastián de los Reyes”. Texto parcial de la noticia: “Cuatro encapuchados irrumpieron ayer en la galería de tipo privada situada en un polideportivo en San Sebastián de los Reyes (...) Los ladrones utilizaron un BMW 318 que después incendiaron en un descampado de Rivas-Vaciamadrid (...) Las primeras investigaciones apuntan a que los ladrones se apoderaron de un centenar de armas: 20 armas largas (tipo escopetas y rifles) y 80 pistolas. Otras fuentes elevan a 150 las armas sustraídas”.

c) Prensa del 12.VII.2015. Titulares: “Un suicida con burka explota una bomba en el mercado de Yamena”. Texto de la noticia: “Quince personas han muerto y ochenta han resultado heridas tras un atentado suicida perpetrado por un hombre vestido con burka en el mercado más importante de la capital. Chad prohibió el uso de burka para evitar que pudiera utilizarse precisamente para ocultar explosivos. El país es objetivo de Boko Haram desde que envió tropas a Camerún y Nigeria para combatirles”. Llamo la atención, empalmando con lo que antes decía, acerca de la prohibición de una vestimenta al objeto de impedir que pudiera utilizarse para esconder armas de fuego. Y la referencia al burka no puede ser más expresiva.

d) Prensa del 16.VII.2015. Titulares: “El Parlamento griego aprueba las reformas. Crece la disidencia en Syriza, parte de cuyos diputados votaron en contra del acuerdo. La guerrilla urbana vuelve a Atenas”. Texto

³² Todos ellos bien recientes, como se verá. Con todo, no quiero dejar de aludir a un ya lejano suceso, al que me he referido en alguna otra ocasión, aunque no guarde la referencia de prensa ni recuerde la fecha, cuando aprovechando los fastos del carnaval, miembros de ETA penetraron con la cara tapada en una entidad crediticia de una ciudad del norte para perpetrar un atraco.

parcial de la noticia referida a este último aspecto, en el panorama de un día caliente en el que al caer la tarde la plaza Syntagma comenzó a llenarse: “Tras una concentración de unas 12.000 personas opuestas al acuerdo, varias docenas de jóvenes con cascós y enmascaradas se enfrentaron con la policía arrojando proyectiles y cócteles molotov, a los que los agentes respondieron con gases lacrimógenos. Desde que Syriza se impuso en las urnas el pasado enero no se veían escenas así. Ahora, las tácticas de guerrilla urbana han vuelto a Atenas”.

e) Prensa del 27.VII.2015. Titulares: “La policía israelí irrumpie en la mezquita de Al Aqsa”. Se trata de un enfrentamiento en la Explanada de las Mezquitas (ocupada por Israel) en la que sólo pueden rezar los musulmanes, mientras que los judíos tienen permitido el paso pero no el rezo, episodio violento tras la entrada de judíos ultraortodoxos y colonos con filacterias, las tiras de piel que usan durante sus rezos. Texto parcial de la noticia: “La policía israelí decidió intervenir cuando enmascarados comenzaron a tirar piedras a la entrada de judíos”.

f) Pero estando atentos, no cesan las noticias similares. Así, de la prensa de 29.VII.2015, tomo la siguiente noticia: “Los Mossos d’Esquadra buscan a un encapuchado que en la tarde de ayer disparó a dos hombres, hiriendo de gravedad a uno de ellos, a escasos metros de la cétrica Rambla de Barcelona. Los hechos ocurrieron a las tres de la tarde...”.

g) Tres días más tarde, la prensa de 1.VIII.2015, al dar noticia de una sentencia del TC, informa de los hechos que dieron origen al caso: dos personas “una vez concluida una manifestación en protesta por la visita de los Reyes a Gerona, quemaron, con el rostro cubierto, una fotografía oficial de Juan Carlos I y Sofía de Borbón”.

h) Prensa del 15.VIII.2015. Titulares: Brasil. Encapuchados siembran el caos en Sao Paolo al matar a 19 personas. Texto de la noticia: “Una verdadera masacre perpetrada por un grupo armado de encapuchados dejó al menos 19 muertos y 7 heridos en la noche del jueves en menos de dos horas y media en tres localidades de la región metropolitana de Sao Paolo. Las autoridades no descartan que se trate de una revancha policial por la muerte de dos agentes ocurridas en la última semana”.

Los ocho supuestos me parecen suficientemente expresivos, destacando en todos ellos la presencia de los “protagonistas” con la cara tapada. Incluso, curiosamente, en uno de los casos, como indiqué, con la realidad de un hombre –el suicida asesino– ocultándose sorprendentemente con ese atuendo “religioso” del burka, en principio destinado a las mujeres.

Para concluir con este punto, me gustaría recalcar que cuando escribo estas páginas –verano de 2015–, tanto en España como en otros países de nuestro entorno, se ha hecho público que los servicios de seguridad mantienen algún tipo de situación de alarma ante la amenaza de atentados terroristas.

En suma, el argumento de la seguridad no es baladí y yo creo –disintiendo, como digo, de la opinión del Tribunal– que por sí tiene peso suficiente para avalar la prohibición que se viene contemplando.

38. En todo caso, había otro motivo que sí consideró suficiente el Tribunal. Pero antes de llegar a ello, me parece imprescindible consignar algunas reflexiones sobre la autora del recurso. Estuviera o no preparado éste desde una cierta altura –por no hablar directamente de montaje–, entiendo que las características de la persona que figura como promotora de la reclamación no dejan de suscitar algunas dudas. Recuérdese que se trata de una mujer musulmana, extranjera, residente en Francia, que tenía 21 años cuando interpuso el recurso, lo que hizo sin haber sufrido incidencia alguna pues al interponerlo el mismo día de la entrada en vigor de la ley, ésta no había podido surtir ningún efecto inmediato sobre ella, al margen de la preocupación por lo que pudiera suceder en el futuro. Tras aclarar que nadie le hace presión para que vista de tal manera, se precisan determinadas circunstancias que me parece de interés recordar, aunque sea repetir, para reflexionar sobre ellas. Se dice así: “Añade³³, que lleva el nikab tanto en público, como en privado, si bien no de manera sistemática; así, por ejemplo, puede no llevarlo cuando va a la consulta de un médico, cuando se cita con amigos en un lugar público, o cuando trata de hacer amistades. Acepta, por tanto, que no lleva siempre el nikab en los espacios públicos, pero le apetece hacerlo cuando así lo deseé, en especial cuando se lo pide su humor espiritual. Y es que hay momentos (por ejemplo, con ocasión de acontecimientos religiosos como el ramadán) en que tiene el sentimiento de deber llevarlo en público para manifestar su religión y su fe personal y cultural; su objetivo no es molestar a los demás sino estar de acuerdo consigo misma” (p. 12).

Este breve párrafo, auténtica confesión, nos suscita algunas reflexiones, referidas sin duda a la personalidad concreta de la referente, pero que es útil tener en cuenta.

a) La nacionalidad no cuenta, y de hecho no son pocos los extranjeros que recurren al Tribunal Europeo contra el Estado en que residen, no en balde hay que tener muy presente que según nuestras concepciones, tan positivas, cualquier persona es titular de los derechos fundamentales, pero no se debería olvidar que, al margen de ello, no es ocioso recordar que el extranjero debe guardar cierto respeto para con las tradiciones y usos del país que le recibe. Por lo mismo, no cuenta la reciprocidad, pero también es interesante tener presente cómo se practican en su país los derechos que el extranjero quiere reclamar en el país que le acoge. Y al respecto, no estará de más tener presente la angostura que se otorga a la libertad religiosa con tanta frecuencia en el país de origen de la recurrente, Paquistán³⁴.

³³ Algo más adelante –p. 76–, se precisa que nacida en Paquistán, su familia se inscribe en una tradición cultural sumita en la que las mujeres están habituadas a llevar en público el velo integral.

³⁴ En efecto, la sentencia del propio TEDH, “N.K. c. Francia”, 19.III.2014 –contra Francia, precisamente, adviértase–, es un doloroso testimonio de la intransigencia religiosa que se practica en Paquistán. Véase mi trabajo, *Algunas manifestaciones de la libertad de conciencia en una sociedad globalizada*, “Revista Vasca de Administración Pública”, 99-100, mayo-diciembre 2014, Homenaje a Demetrio Loperena, 1992 ss.

b) A veces se utiliza la imagen de la señora mayor habituada por razones religiosas o tradicionales a determinadas costumbres que se verían truncadas al llegar a un país extranjero. El hecho de que la recurrente sea una persona de 21 años rompe sin duda dicho estereotipo.

c) Alegará la recurrente que no se le permite dar testimonio de su religión al impedírselle el velo integral. Argumento del todo falaz pues la religión puede testomoniarse de muy diversas maneras. Y no es difícil en nuestras sociedades asumir que determinadas mujeres son musulmanas dada la manera con que van tocadas, sin que tengan necesidad de taparse la cara. Alude la recurrente a que hay momentos, como el ramadán en que de manera especial tiene el sentimiento de deber manifestar su religión. Está claro que aun con la prohibición del velo integral nadie le impide llevar cualquier tipo de prenda que todos identifican con las mujeres musulmanas, sin necesidad de tener que llegar a taparse la cara. Bien claramente reconoce el Tribunal que la prohibición tiene un alcance limitado³⁵. De manera que no es cierto que no se le permita dar testimonio de su religión. No lo podrá hacer con el burka pero, si quiere, sobradamente tiene de manifestar sus creencias.

d) Otro argumento recurrente suele ser, y antes se recordaba, el de que la prohibición en lugar de defender a las mujeres tendería a recluirlas en su casa. Ciertamente, no es ese el caso de la recurrente, dado que, según manifiesta, nadie le impide ni nada le coarta para entrar o salir cuando se le antoja sin taparse la cara.

e) La última reflexión me lleva en efecto al argumento de “su antojo”. El que el velo integral pueda tener un significado religioso, a lo que parece y evidencia la recurrente, para nada se tratará de una práctica obligatoria e inexcusable. Como se deduce del ejemplo contemplado, no parece ser por tanto “una obligación”, sino una afición o devoción, lo que es algo bien diferente, sin perjuicio de que indudablemente forme parte en principio de la esfera de decisión de cada persona y, como tal, vinculado a las opciones de la propia personalidad. Pero que casi estaría más vinculado al derecho al respeto de la vida privada (art. 8 del Convenio) que al derecho a la libertad religiosa (art. 9).

39. Y es que los preceptos alegados como fundamento de la pretensión, admiten excepciones, como es bien sabido. Se ha venido insistiendo en que derechos y libertades no son absolutos sino que conocen límites.

³⁵ En el p. 151, afirma el Tribunal: “Así, si es cierto que el ámbito de prohibición es amplio dado que afecta a todos los lugares abiertos al público (salvo los lugares de culto), la ley de 11 de octubre de 2010 no afecta a la libertad de llevar en los espacios públicos cualquier hábito o vestimenta –tenga o no significado religioso– que no trate de ocultar la cara”.

La línea jurisprudencial de Estrasburgo es clara en el sentido de que, si es lógico que por razones legítimas, como de neutralidad, se prohíban determinadas prendas de significado religioso en centros de enseñanza pública, o en oficinas o servicios públicos, en cambio, al margen de tales circunstancias, nada impide llevar por la calle túnicas u otros hábitos de significado religioso. Bien clara a este respecto la sentencia “Ahmet Arswlan y otros c. Turquía”, 23.II.2010, que he comentado en el capítulo noveno de mi citado libro *Estudios sobre libertad religiosa*, 215 ss.

Puede producirse una injerencia en el derecho, se decía, si responde a unos fines cualificados que el propio Convenio contempla de manera exhaustiva. En el caso, se ha recurrido, en efecto, a la tradicional y consagrada fórmula del “respeto a los derechos de los demás”, a la cual se llega a través de un salto novedoso en la jurisprudencia del Tribunal, y que no deja de sorprender, pues siempre se ha sostenido que los fines o motivos, en cuanto juegan como excepciones a las opciones del derecho deben ser interpretados de manera restrictiva. Salto novedoso que, entiendo, constituye una aportación bien interesante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asumiendo las pretensiones del Gobierno francés de proteger la normal interacción de las personas en sociedad, como un ingrediente de los valores republicanos de consolidado arraigo en Francia, tan bien esbozadas en el lema imperante desde la Revolución, de “libertad, igualdad y fraternidad”, y que ha de reflejarse en la normal “convivencia”, que se rompería cuando una persona oculta habitualmente su rostro en las relaciones de cada día. Importante paso del Tribunal, que no deja de aparentar cierta timidez ante la elocuencia de los argumentos franceses. Se constataría así, indudablemente, una incidencia sobre los derechos de los terceros. De esta forma, se legitima de manera decidida el papel del Estado en la defensa de un positivo hábito social, a la par que se rompe un tabú que parecía pesar como una losa, como si las opciones de la libertad religiosa pudieran autorizar cualquier cosa.

Y es que, en efecto, sin perjuicio de las peculiaridades y aspiraciones de la República francesa, los países del entorno vivimos también en una tradición cultural en que se valoran sobremanera las relaciones sociales en un sistema de “convivencia” abierta. Convivencia en la que tan decisiva resulta la mutua contemplación directa y sin ocultamientos. Tradición cultural presidida por la conocida y arraigada constatación que tan bien expresan, entre otras, las palabras de Cicerón³⁶: “*Imago animis vultus, iudices oculi*”, es decir, “El rostro es el espejo del alma, los ojos son sus intérpretes”³⁷. Que se completaría además con lo que expresa la certera formulación de Ennio³⁸, “*Inimicitiam atque amiticiam in frontem promptam gero*”, es decir, “Llevo visible en la frente la amistad y la enemistad”³⁹. Tradición cultural de presencia que contribuye desde la convivencia a la seguridad de todos.

Recuerdo cómo nos sorprendió en la adolescencia –sin saber todavía quién era el autor de la creación literaria que estaba en el fondo– la famosa

³⁶ CICERÓN, *De oratore*, 3, 59, 221. Debo agradecer a mi buen amigo el latinista JOSÉ FREIRE CAMANIEL, que interpretando mis ideas, supo facilitarme los textos latinos que cito.

³⁷ Que el propio CICERÓN, *Leges*, 1, 9, expresa también en estos términos: “*Vultus indicat mores*”, es decir, “El rostro revela el carácter”. Recuérdese también a OVIDIO, *Epistulae ex Ponto*, 3, 47: “*Vultus certissima pignora mentis*”, a traducir como: “El rostro es la más segura garantía del pensamiento”.

³⁸ ENNIO, *Gellia*, 19, 8.

³⁹ Que otros autores expresan con fórmulas parecidas: así, HEMISTICH CAMERS, *Moral, et Prover.*, 6, 19, 33 y 41, “*Fronte patet quod mens geris*”, es decir, “En la frente se describe lo que llevas en la mente”; o, Q. CICERÓN, *De petitione consulatus*, 11, 44, “*Frons est animi ianua*”, a traducir como “La frente es la puerta del alma”; y, muy parecido, OTTO, 147, “*Frons animi interpres*”, o, “La frente es intérprete del alma”.

película “El hombre invisible”⁴⁰: sin perjuicio de los golpes cómicos a que se prestaba, se comprende que sería imposible la vida en sociedad si los hombres fueran invisibles.

Y es que “los demás” merecen una confianza que se empaña con el ocultamiento. Los extranjeros que llegan –y ¡bienvenidos sean!–, deben asumir que hay formas de vida que deben ser respetadas. Resulta por tanto legítimo defender esas peculiaridades asumidas, cuyo desconocimiento no puede menos que producir recelo y extrañeza. Supuesto, el ahora contemplado, que podría ampliarse a otros ejemplos paralelos: los extranjeros habituados a vivir desnudos en su lugar de origen, o a hacer uso de sustancias estupefacientes, incluso como proyección de su libertad religiosa⁴¹, tienen que asumir que en su nuevo lugar de residencia hay hábitos que no forman parte del consenso social y que no van a estar permitidos.

Valoro por eso muy positivamente la doctrina del Tribunal de Estrasburgo que he venido comentando. No sería de extrañar que a partir de esta importante decisión fueran apareciendo en otros países europeos nuevas prohibiciones del ocultamiento de la cara en la convivencia cotidiana. Del mismo modo que las reflexiones de la sentencia, centradas en la sociedad francesa, me parecen plenamente trasvasables a la realidad española. De ahí que personalmente entienda que, por todo lo que se ha dicho, sería razonable prohibir en España circular por la calle ocultando el rostro, salvando las excepciones obvias, dando para ello los pasos jurídicos correctos⁴².

IV. LA OPCIÓN DEL DESNUDO

4.1. El debate sobre el nudismo en público. Un expresivo testimonio europeo: el caso de “the naked rambler” (el excursionista desnudo) y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Gough c. Reino Unido”, de 28 de octubre de 2014

40. Hemos partido del canon de libertad. Algunas personas lo interpretarán como la opción de ir por la calle con la cara tapada, tal como acaba de exponerse. También podría presentarse la opción de ir sin ropa. Lo que

⁴⁰ Se trata de una vieja película de 1933, dirigida por James Whale, basada en la novela homónima de HERBERT GEORGE WELLS (1866-1946), autor de obras tan famosas como “La máquina del tiempo” o “La guerra de los mundos”, considerado junto con JULIO VERNE uno de los precursores de la ciencia ficción, cuya novela ahora recordada había sido publicada originariamente por entregas en 1897.

⁴¹ Sobre el tema del desnudo, me remito a lo que se va a exponer a continuación. Sobre el uso de sustancias estupefacientes por extranjeros en sus servicios religiosos, es muy expresiva la sentencia del TEDH, “Alida María Franklin-Bootjó y Cefu luz da Floresta c. Holanda”, 6.V.2014, que he comentado en mi trabajo, *Algunas manifestaciones de la libertad de conciencia*, cit., 1997 ss.

⁴² Concluido mi trabajo, aparece publicada la interesante reflexión de JULI PONCE SOLER, ¿Hacia un nuevo concepto europeo de orden público? A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2014 sobre el burka: ¿obligación jurídica de vivir juntos o derecho a auto-excluirse y ser un outsider?, “Revista Española de Derecho Administrativo”, 170 (2015), 215-240.

no es un mero producto de la imaginación, sino pretensión realmente efectiva que algunos defienden con tesón, o, incluso, practican. Tema del mayor interés ahora en España, pero que no se circscribe sólo a nuestro ámbito.

Resulta sorprendente, en efecto, la pintoresca historia —que casi da pena—, de Mr. Stephen Peter Gough, tal y como se narra en la sentencia del TEDH, 28.X.2014, en el recurso que él mismo interpuso contra el Reino Unido. Como se observará, sólo unas semanas separan este caso del supuesto S.A.S. contra Francia que acabamos de analizar (aquél aproximadamente sólo cuatro meses posterior).

Mr. Gough cree en la belleza del cuerpo humano y en el carácter inofensivo de ir desnudo por las calles, lo que practica —sin que, por cierto, haya ninguna connotación sexual en su conducta—, pretensión además de especial mérito dado el clima del Reino Unido, de Escocia, en concreto, que es el escenario donde transcurren los hechos. Una de las primeras referencias de su caso aparece cuando lleva a cabo una marcha de Inglaterra a Escocia, con motivo de la cual se gana el apodo de “the naked rambler”, es decir, el caminante o el excursionista desnudo.

Hay que reconocer que se trata de una sentencia en cierto modo observativa, sobre todo cuando se leen los 99 primeros apartados describiendo los hechos: una agobiante sucesión de experiencias de caminar desnudo por la calle, detenciones, condenas y períodos de privación de libertad. Incluso, cuando tiene que acudir al juzgado lo hace desnudo —y los agentes tienen que taparle, ante su desobediencia a la orden del juez de cubrirse—. En la cárcel, habrá de estar aislado y al margen de los servicios comunes, dada su contumacia en permanecer desnudo. Incluso, cuando ha cumplido la condena y es liberado, en la propia puerta de la cárcel se desnuda, lo que hace que comience de nuevo el ciclo aludido —detención, condena y privación de libertad⁴³—, que se irá repitiendo de manera incesante desde 2003 a 2011. Impresiona la cantidad de condenas judiciales que fue sufriendo, así como el montante de las penas de privación de libertad. Inicialmente, se le imponían sanciones leves —entre dos semanas y tres meses—, pero en vista de su contumacia, la duración del castigo se iría ampliando; incluso, en 2009, el juez tanteó la posibilidad de no privarle de libertad si aceptaba moverse vestido, pero en vista de su rechazo le impuso una condena de un año. Cuando en 2011 se le condenó a 330 días, ya había sido detenido en más de 30 ocasiones y condenado al menos 20 veces, habiendo estado en la cárcel un total de cinco años y tres meses, con sólo cuatro días en el periodo para disfrutar de libertad. Hasta el punto de que cuando abandonó Escocia

⁴³ Se dice así en la sentencia (p. 72), tras informarse de que acababa de ser puesto en libertad: “El 24 de octubre de 2010, minutos después de su salida de la cárcel fue detenido el recurrente, imputado por causar alarma social («breach of the peace»), al estar desnudo en público. Se le fijó prisión preventiva («He was detained on remand»)”. O, en otra de las numerosas ocasiones similares, se dirá: “El 20 de julio de 2011, minutos después de su puesta en libertad, alrededor de las nueve de la mañana, fue abordado por dos oficiales de policía en “Mansion Terrace”, una carretera pública que lleva de la cárcel de Perth a la carretera de Edimburgo. Los oficiales le instaron a que se pusiera algunas ropas, lo que él rehusó. Fue detenido por causar alarma social y se le fijó prisión preventiva” (p. 75).

en 2012, había permanecido en la cárcel seis años y medio consecutivos, con menos de una docena de días en libertad (pp. 174-175). Insisto que la lectura de los hechos resulta tan desoladora como firme su intención de la práctica del desnudo.

¿Qué podía guiarle? ¿Por qué ese afán de transgredir, que tan perturbadoras consecuencias le acarreaba? ¿Tenía tal fuerza el gusto de hacer lo que sus creencias le dictaban? No tengo base para responder a estas preguntas. Entre los fundamentos que se alegaban en el proceso figuraba la infracción del artículo 9 del Convenio, que garantiza la libertad de pensamiento, de creencias y de religión. Pero el Tribunal entendió, primero que esta alegación no fue en absoluto razonada o argumentada; pero observó, en segundo lugar, que sus creencias no alcanzaban el grado necesario de seriedad, cohesión o imperatividad para considerarlas incluidas en el ámbito del artículo 9. Por todo lo cual, este aspecto del recurso se consideró inadmisible.

Acaso cabría pensar en otro tipo de razones, a las que en la propia sentencia se alude, pero la escueta referencia no ofrece ninguna argumentación profunda al respecto. En efecto, en el p. 69 se afirma: “El 11 de enero de 2010 fue condenado por causar alarma social pero la sentencia fue suspendida hasta el 8 de febrero para que pudiera asistir a sus citas psiquiátrica y psicológica”. Nada más se dice al respecto. Pero a continuación se señala que ese 8 de febrero se daba aplicación efectiva a la condena.

En las numerosas citas judiciales se le imputan a Gough dos cargos: en principio, “breach of peace”, que traducimos por causar alarma social o perturbar la vida ciudadana. Pero tampoco faltan los supuestos de “contempt of Court”, es decir, desacato, al no respetar la orden del juez de que se vistiera en su presencia.

41. La sentencia ofrece una breve aportación de elementos de Derecho comparado (pp. 124-126). Se puede saber así que sólo uno de los Estados del Consejo de Europa, Holanda, sanciona como tal el ir desnudo por la calle, con multa administrativa; varios sancionan el exhibicionismo, y bastantes tienen legislación sobre decencia pública, orden público o tranquilidad ciudadana (“public decency, public order or public peace legislation”), que puede aplicarse al desnudo público. En general, se trata en estos casos de multas, pero, al menos en nueve países, se contempla la privación de libertad. Por supuesto se ofrece también la legislación del Reino Unido, aportándose la jurisprudencia más relevante en lo que concierne al “breach of the peace” en Escocia. Varía el castigo según los tribunales que actúen, pero en los supuestos en que ha quedado implicado Stephen Peter Gough, la sanción prevista consiste en multa de hasta quinientas libras esterlinas o privación de libertad de un año.

42. El recurrente había presentado diversos argumentos en defensa de su recurso, que luego no fueron suficientemente razonados, poniéndose el acento en cambio en la libertad de expresión y en el respeto de la vida privada, que es lo que va a analizar el Tribunal.

Alega el recurrente que el desnudo público es una forma de expresión, protegida por el artículo 10 del Convenio, recordando que el Tribunal ha

dado al término expresión un amplio significado, en el sentido de que puede hacerse efectiva a través de palabras, pero también en cuadros, en vídeos o a través de conductas que quieran representar una idea o una información. En su caso, la decisión de no llevar traje, sería manifestación directa de sus puntos de vista sobre el cuerpo humano.

El Gobierno, por su parte, se opone a que la llevanza o no de traje tenga que ver con la libertad de expresión.

En cambio, el Tribunal entenderá que la protección del artículo 10 ha de extenderse no sólo a la sustancia e información de las ideas expresadas, sino también a la forma, lo que implica que haya que tener en cuenta su manera de vestir o su conducta, citando jurisprudencia que acoge esta visión amplia. Llamo la atención sobre esta postura tan abierta del Tribunal, que nos hace pensar, aunque haya una gran distancia con el desnudo, en los oradores o locutores de fama, en los que importa sí el contenido de sus palabras, pero también el mensaje que suponen sus gestos y ademanes, el énfasis de sus palabras, o los silencios, cómo le cae la melena o, entre otras muchas cosas, el tipo de corbatas que usan, si no se han subido a la moda de los descorbatados. En general, muchos cantantes y músicos modernos administran su atuendo de las diversas maneras que cualquier sabe: ropa de todo tipo, variedad de prendas de cabeza, torso desnudo o casi, los tan elegantes como limpios e higiénicos tatuajes, infinita variedad de peinados, etc., etc. Lo que lleva a que en la sentencia se puntualice en estos términos: “En el presente caso, el recurrente ha elegido el ir desnudo en público como expresión de su opinión de la naturaleza inofensiva del cuerpo humano. El Tribunal queda convencido sin duda de que el desnudo público del recurrente puede ser visto como una forma de expresión que encaja en el artículo 10 del Convenio, por lo que su detención, persecución, condena y privación de libertad constituyen medidas represivas contra tal forma de expresión de sus opiniones. Por lo que ha habido una injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión” (p. 150). Conclusión radical, que queda así inserta con energía en la jurisprudencia del Tribunal, y que ha de pesar para supuestos futuros. Asumida la injerencia, el paso siguiente consiste, según la regla, en comprobar si está prevista por la ley, si responde a fines legítimos y si es necesaria en una sociedad democrática.

El recurrente niega, sin dar mayores explicaciones, que esté prevista por la ley. Pero el Tribunal entiende, en cambio, que la jurisprudencia aplicativa es suficientemente precisa y previsible, por lo que, de acuerdo con el peso que se otorga a la jurisprudencia en el sistema inglés, no tiene dudas acerca de que esté “prevista por la ley”.

En cuanto a los fines que justifiquen la medida, el recurrente niega también que existan, sin ofrecer ahora tampoco razones. El Gobierno, se apoya en la prevención de desórdenes y de delitos a los fines de evitar que se produzca alarma social, lo que el Tribunal acepta, teniendo en cuenta especialmente la incidencia sobre otros miembros de la sociedad.

El peso del razonamiento va a centrarse así en el tercer aspecto. El recurrente recalca que no había necesidad social alguna para restringir el

desnudo. Insiste en la falta de proporción, dado que la mayoría de Estados no consideran el desnudo en público como un delito penal, y los que lo castigan lo hacen con una multa o con un breve periodo de privación de libertad, mientras él habría estado en la cárcel casi siete años, con todo el conjunto de molestias derivadas de las sucesivas detenciones, incriminaciones, condenas, ingreso en prisión, puesta en libertad y vuelta de nuevo a tenerlo. El Gobierno se defiende manifestando que al configurar el delito de alarma social se era especialmente sensible a los hábitos y costumbres de cada Estado. Recalca que al ejercer la libertad de expresión se asumen deberes y responsabilidades –recuérdese que es expresión del propio artículo 10–, que implican la obligación de evitar expresiones ofensivas a los demás. Puntualiza también que la elevada duración de la privación de libertad no es sino consecuencia de la reiterada repetición de las infracciones, aparte de que en no pocas ocasiones ni siquiera se le condena.

43. El Tribunal inicia su razonamiento, como de habitual, resumiendo los principios generales de su jurisprudencia. Se parte de la conocida y reiterada afirmación de que la libertad de expresión es una de las bases esenciales de la sociedad democrática, así como que se trata de garantizar no sólo las ideas o informaciones que son favorablemente recibidas o que tratan de materias indiferentes o inofensivas, sino también las que ofenden, chocan o molestan: tales serían las exigencias del pluralismo y tolerancia sin las cuales no hay sociedad democrática. Pero también, el artículo 10, en su apartado segundo conoce excepciones, bien que deben ser aplicadas de manera estricta y obedecer a “una necesidad social imperativa”. La amplitud del margen de apreciación de los Estados, dependerá de diversos factores. Así, en materia de moral, a falta de una concepción uniforme en Europa, el margen de apreciación será amplio. Será angosto, en cambio, en relación con los debates o problemas de interés público, cuidando incluso de que los grupos minoritarios puedan propagar sus informaciones e ideas. Sin que se olvide que quien ejerce la libertad de expresión asume deberes y responsabilidades, recalándose que en el ámbito de las opiniones religiosas y creencias se incluye la obligación de evitar expresiones gratuitamente ofensivas y que no contribuyan en absoluto al progreso de los asuntos humanos. Sin dejar de tener en cuenta la proporcionalidad y severidad de las sanciones previstas.

Entrando ya en el enjuiciamiento del caso, el Tribunal entiende que la discusión acerca de si el desnudo público es aceptable en las modernas sociedades, y en qué circunstancias lo sea, es un asunto de interés público. Por lo que, sin duda, el recurrente estaría habilitado para iniciar y sostener un debate tal. Aunque sin olvidar que el asunto del desnudo público implica consideraciones morales y de orden público. Y que quien ejerce la libertad de expresión se halla en principio sometido a un deber general de respeto a las leyes de su país, así como de tratar que el cambio legislativo o social se haga de acuerdo con ellas. Se constata al respecto que son muchos los caminos para la expresión de su opinión sobre el desnudo o para iniciar un debate público en torno a ello. Y si él –se seguirá dicien-

do-, pretende tolerancia y respeto para su conducta, está en el deber de mostrar tolerancia y sensibilidad para los puntos de vista de otros miembros de la sociedad. “En cambio –se afirma literalmente– el recurrente rechaza cualquier sugerencia de que la aceptación del desnudo público pueda variar dependiendo de la naturaleza, del lugar o de la presencia de otros miembros de la sociedad. Sin la más mínima consideración de sensibilidad para los puntos de vista de otros y de que su conducta pueda considerarse ofensiva, insiste en su derecho de aparecer desnudo en cualquier lugar y a cualquier hora, incluyendo los tribunales, las áreas comunes de la cárcel o los aviones” (p. 175).

En cuanto a la severidad efectiva de la sanción, el Tribunal acepta que se debe a la propia responsabilidad del recurrente, por su contumacia y reiteración, debiendo considerar cada condena individualmente y no la suma de todas, dado incluso que en varias ocasiones no se le sancionó o, incluso, que el juez le había propuesto en algún caso levantarle la sanción si aceptaba vestirse. Se asume que el Estado tiene el deber de proteger a los ciudadanos frente a daños y molestias públicas y por supuesto frente a una conducta antisocial intencionadamente reiterada. Por todo lo cual, el Tribunal entiende que las medidas adoptadas por la policía, las diversas autoridades y los tribunales eran adecuadas y suficientes, y que respondían a una consiste necesidad social como respuesta a la reiterada conducta antisocial del recurrente. De ahí que se decida, por unanimidad, que no hubo violación del artículo 10.

A la vista de lo que se ha dicho, los razonamientos en cuanto al otro motivo, el respeto de la vida privada, son ya más escuetos, en este fallo que, por más que se refiera a un supuesto pintoresco, no ofrecía especiales dificultades y resulta simple, sin necesidad de tener que incorporar grandes aportaciones doctrinales. Es mucho lo que cabe –razona el Tribunal–, en relación con el concepto de vida privada garantizada por el artículo 8 del Convenio, y no sólo en el espacio privado sino también en el público: sin duda las elecciones personales en cuanto a la propia apariencia; también el desarrollo de relaciones con otras personas y todo lo que suponga la autonomía personal. Pero, y llega sin duda el pero, no cualquier actividad que implique relaciones con otras personas habrá de resultar protegida. Ciento que el recurrente pretendía dar testimonio público de su creencia en la naturaleza inofensiva del cuerpo humano. Sería sí una forma de expresión protegida por el artículo 10, pero lo mismo que se dice en relación con el ejercicio de la libertad religiosa, hay opciones personales que no pueden ser protegidas. Debe haber, se dice, un nivel “de minimis” de seriedad. Y se asume que en ninguna sociedad democrática conocida del mundo alcanza el nivel de seriedad exigido el aparecer desnudo a cualquier hora en cualquier lugar público. Por lo que, remitiéndose a las razones antes expuestas sobre la libertad de expresión, se asume que las injerencias en relación con la vida privada del recurrente quedaban justificadas, según los límites contemplados en el apartado segundo del artículo 8. Por lo que, en conclusión, también por unanimidad, no habría habido violación del artículo 8 del

Convenio. Lo que equivale a afirmar que se rechaza el recurso en todo su contenido.

44. En suma, la opción de andar desnudo por la calle, a cualquier hora y en cualquier lugar, no se justifica, por mucho que el interesado pretenda manifestar sus ideas—creencias, o lo considere inherente al desarrollo de su vida privada. Juegan con fuerza las excepciones previstas al alcance de los respectivos derecho. Por más que sea un tema vivo, e incluso polémico, las actuales sociedades no están por esa fórmula amplia e indiscriminada de permitir el desnudo en público a cualquier hora y en cualquier lugar. Creo que hay que recalcar que la decisión del Tribunal es respuesta circunscrita a la postura indiscriminada y sin distingos, es decir, de carácter absoluto, que está empeñado en protagonizar el recurrente. Aparecerá a primera vista la defensa de la moral o el evitar alarma social. En el fondo, lo que se está protegiendo son en realidad los derechos de los terceros que no tienen por qué encontrarse con ese “espectáculo” ni querido ni buscado⁴⁴. Con todo, el Tribunal no deja de manifestar una postura elástica de cierta relativización. Aunque no se aluda expresamente en la sentencia, todo el mundo sabe que existen playas nudistas, clubes o asociaciones nudistas, así como no pocos espectáculos en los que el desnudo figura como algo normal, que se pretende incluso. Pero en estos casos, nadie se sorprenderá dado que se trata de algo querido e, incluso, buscado, y ninguno de quienes los frecuentan, con el afán de complacerse, puede considerarse ofendido. No resultará ociosa tampoco la apelación a la historia: recuérdese, por traer un ejemplo, la intensidad con que se vivía en la Grecia clásica el culto a la belleza del cuerpo humano, así como las reuniones del estadio con tantas variedades de ejercicios y contiendas de atletismo.

⁴⁴ El caso me recuerda, salvadas las distancias, a las circunstancias propias del asunto “Müller y otros c. Suiza”, fallado por el propio Tribunal Europeo el 24.V.1988. Nadie se escandalizará en nuestros días porque un pintor traslade a sus lienzos las escenas eróticas más provocadoras o escabrosas, lo que puede ser expresión de los sentimientos o preocupaciones del artista, o acaso una pose de principiante para ganar notoriedad. El pintor Josef Félix Müller, de 26 años, pintó en tres noches tres cuadros enormes titulados “Drei Nächte, drei Bilder”, es decir, “Tres noches, tres cuadros”. Al parecer eran lienzos altamente escabrosos con muy crudas escenas de sexo duro. El Tribunal de Estrasburgo constataría luego que “provocaban aversión y repugnancia”, “con imágenes vulgares de sodomía, felación entre varones, bestialidad, falos en erección y masturbación” (p. 16). Pero el caso es que los lienzos, sin advertencia o indicación alguna, se situaron en un lugar muy visible en una exposición abierta al público para celebrar en 1981 los quinientos años de la incorporación del Cantón de Friburgo a la Federación Helvética. Libre entrada, digo, lo que hizo que un padre con su niña acudiera a visitar la exposición, y la niña que quedara impresionada ante la visión. Se armó el escándalo, y el caso es que el juez de instrucción, tras acudir a contemplar las pinturas, ordenó retirar y aprehender los cuadros, y algo después acordó su secuestro. Se condenaría al pintor y a los organizadores a una multa de 300 francos suizos, resolviendo entregar los cuadros secuestrados al Museo de Arte y de Historia del Cantón. Más tarde, los cuadros le serían devueltos. Pues bien, el Tribunal de Estrasburgo, decidido defensor de la libertad de expresión, consideraría correcto que en este caso se sancionara. Comenté con detalle este caso en mi participación al homenaje al querido profesor Justino Duque —a quien recuerdo con cariño tras su reciente muerte—, que editó en 1998 la Universidad de Valladolid, y que titulaba, *Libertad artística y de expresión y protección de la infancia y juventud*, Vol. I, 1348. El TEDH garantiza con énfasis la libertad de expresión y, en concreto, la de creación artística, pero también es muy sensible a la protección de los derechos de los demás, no digamos si se trata de niños. Es decir, entiendo que ningún problema hubiera habido de exponerse los cuadros en un lugar no abierto a los menores, o en un ámbito separado en que luciera la advertencia de las características de las pinturas.

Cierto que, como regla, sólo acudían varones, pero el caso es que los atletas realizaban sus ejercicios desnudos, como se acredita en tantísimos testimonios históricos, ya de piedra, ya de cerámica o en las propias obras literarias. Pero cada tiempo tiene sus hábitos y circunstancias, sus opciones y sus límites, y hoy, en nuestras sociedades⁴⁵, no se admite el desnudo inesperado, contando de manera especial con el respeto a los demás.

4.2. También en España interesa el problema: la Ordenanza Municipal de Barcelona y la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015

45. Pero dejemos las brumas de Escocia y vengamos a nuestro cálido y sugerente Mediterráneo. También en nuestra geografía interesa la cuestión del nudismo y hay quienes, al parecer, aspiran a ir desnudos por la calle. La cuestión ha aflorado especialmente con motivo de la decisión del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, de 6 de mayo de 2011, de modificar la Ordenanza de medidas para fomentar la convivencia ciudadana, introduciendo la prohibición de la práctica del desnudo por las calles de Barcelona. El recurso y la ulterior sentencia del TS han dado una cierta publicidad al asunto. Pero hay que decir que el problema es más general, ha preocupado también en otras ciudades, y no ha sido sólo la Ordenanza de Barcelona la que lo ha afrontado.

En el caso de esta última, se parte de la previsión de su artículo 74, de “la protección del derecho de las personas que utilizan el espacio público a no sufrir molestias como consecuencia de la falta de respeto a las pautas mínimas generalmente admitidas en relación con la forma de vestir de las personas que igualmente están o transitan por el espacio público”. Para lo cual se añade un artículo 74 bis, que prohíbe, en principio, ir desnudo o casi desnudo por los espacios públicos o el ir en bañador u otra prenda de ropa similar. Si bien esta última prohibición no es de aplicación a los paseos marítimos o vías inmediatamente contiguas a las playas y al resto del litoral. Se prevé la consideración de “infracciones leves”, que se sancionan también de forma mesurada: de 300 a 500 euros, en el primer caso, de 120 a 300 euros, en el segundo. Aparte de que, en cuanto a la forma de reaccionar, se ha optado por una respuesta no contundente: los agentes de la autoridad advertirán en su caso a las personas infractoras que su conducta está prohibida “y sólo si la persona persiste en su aptitud se procederá a la formulación de la denuncia pertinente” (art. 74, ter, 3).

⁴⁵ Destaco lo de “en nuestras sociedades” pues es obvio que en otras tierras hay otros hábitos. Y no sólo en los pueblos primitivos. La prensa de 24 de septiembre de 2015 da noticia de una industria, al parecer floreciente, que se desarrolla en la plaza Times Square, de Nueva York, y que ha desbancado a las anteriores “estatuas humanas” que posaban protagonizando las más variadas actitudes o actividades. Ahora se trata de mujeres sin ropa –se supone que esculturales–, pintarrajeadas –las “desnudas”, en español, se hacen denominar–, y cuyo negocio consiste en dejarse fotografiar junto a los turistas a cambio de una propina.

46. El acuerdo, que parece razonable, no sería empero del gusto de todos: sería recurrido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por dos asociaciones naturistas y por una organización política, la “Federación Española de Naturismo”, la “Associació per a la defensa del dret a la nuesa” (ADDAN) y la “Candidatura d’Unitat Popular” (CUT). Alegaban que la regulación “carecía de cobertura legal suficiente para establecer la prohibición del nudismo e imponer sanciones, vulneraba la reserva de ley orgánica al estar dicha práctica amparada por los derechos de libertad ideológica y de pensamiento, intimidad y propia imagen e igualdad, infringía el principio de tipicidad al introducir conceptos jurídicos indeterminados en el establecimiento de los tipos infractores, iba en contra de los actos propios y había sido dictada por órgano incompetente” (antecedente segundo de la sentencia del TS). Pero la Sala desestimó el recurso, considerando las alegaciones sin fundamento. Los razonamientos de la Sala del Tribunal Superior de Cataluña parecen razonables y acertados, tal y como se describen en síntesis en la sentencia del TS. Donde se dice, en efecto: “Fundamentan los jueces *a quo* el fallo desestimatorio en cinco proposiciones: a) Aunque la práctica del nudismo puede considerarse una manifestación de la libertad de creencias amparada en el artículo 16 de la Constitución, su proyección externa tiene su límite en la coexistencia de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, por lo que puede ser restringido por la necesidad de mantener el orden público y la convivencia pacífica; b) El Ayuntamiento tiene competencias para abordar una regulación como la que nos ocupa en la medida en que la misma repercute en la convivencia local, que puede ser ponderada por la Corporación desde la legitimidad democrática y representativa que le es propia con el consiguiente margen de apreciación razonable; c) La Ordenanza impugnada no vulnera el principio de igualdad en cuanto la restricción de la práctica del nudismo no puede ser reputada irrazonable o desproporcionada, ni tampoco el derecho a la intimidad y a la protección de datos, pues la previsión de un requerimiento anterior a la formulación de una denuncia no implica la incorporación de tal requerimiento a un fichero de datos; d) no infringe el principio de los actos propios, pues los cambios en la percepción de la Corporación municipal sobre el nudismo (expresados en decisiones anteriores) están amparados en su facultad de configuración legal, de modificar la normativa correspondiente; e) La Ordenanza respeta las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad en la medida en que los conceptos jurídicos indeterminados que emplea no impiden un suficiente grado de conocimiento previo sobre el alcance de la prohibición y de los ilícitos administrativos asociados a la misma” (fundamento de derecho primero).

La sentencia de la Sala de Barcelona, ponderada y razonable, no logró solventar el problema, dado que dos de las organizaciones mencionadas, en concreto las dos asociaciones, recurrieron en casación ante el TS, lo que dio lugar a la sentencia de 23 de marzo de 2015, de la que fue ponente el magistrado Jesús Cudero Blas. El TS tiene ante sí una difícil papeleta y va a

verse obligado a tener que hacer auténtico encaje de bolillos por una razón muy sencilla: advertía antes de la similitud de esquemas entre la prohibición de ir con la cara tapada y la prohibición de ir desnudo, pues bien, el Tribunal se encuentra ahora con la barrera que la propia Sala del TS había levantado con la sentencia de 14 de febrero de 2013, que antes se comentó, y que obviamente han citado los recurrentes para defender su tesis. Si la incidencia en un derecho fundamental, decía aquella sentencia en relación con la cara tapada y la libertad religiosa, necesita que intervenga una ley orgánica, la prohibición del desnudo, dirán ahora los recurrentes, requeriría también necesariamente de una ley orgánica, por lo que, en ausencia de ella, las ordenanzas municipales no estarían habilitadas para establecer la interdicción. Y es que, como dije, la sentencia de 14 de febrero de 2013 es tajante, demasiado tajante en mi opinión, como traté de explicar, y creaba un precedente demasiado riguroso.

Ello le sitúa ahora a la Sala en una posición difícil: parte del convencimiento de que la solución de la Ordenanza es del todo razonable, pero la barrera levantada pesa mucho. ¿Cómo abordar el problema? La táctica que utilizará ahora el Supremo va a consistir en un brusco “negar la mayor” con toda energía. Y es que, en efecto, en una sentencia muy poco sistemática, se va a repetir reiteradamente que en el supuesto del desnudo no se está ante ningún derecho fundamental o libertad pública. Así, con este tan brusco salto, se va a acudir a la LRBRL renovada, con la amplia habilitación para regular la convivencia y dar por solucionado y zanjado el problema. Se afirma así en la nueva sentencia, incidiendo ahora sí en un criterio razonable y jurídicamente correcto, como antes recalqué: “no podemos olvidar que las Entidades Locales tienen potestad para «la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y el uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos» (art. 139 LRBRL, introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), sin que pueda negarse, por obvio, que el Ayuntamiento puede ejercitar en relación con los espacios públicos municipales las competencias que el ordenamiento le otorga para garantizar aquellas relaciones de convivencia” (FD cuarto). Parece razonable, y algo así defendía yo en relación con el supuesto de la cara tapada. Pero el que este punto sea acertado, no significa que el anterior lo sea. La sentencia, como digo, es reiterativa en el afirmar que la práctica del desnudo no constituye el ejercicio de ningún derecho. Se dirá así, por ejemplo, en otro pasaje: “Por eso, no compartimos la argumentación contenida en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida sobre la inclusión (al parecer, a efectos dialécticos) de la práctica del nudismo en el derecho a la libertad ideológica que contempla el artículo 16 de la Constitución. Si realmente fuera así, el Ayuntamiento de Barcelona no podría establecer la prohibición que nos ocupa⁴⁶, ni tipificar como tipo infractor la conducta que contraviene dicha prohibición, pues la manifestación externa de aquel derecho fundamental sólo podría regularse por ley formal,

⁴⁶ Adviértase como el TS juega fuerte o, casi diría, juega con fuego.

que habría en todo caso de ser respetuosa, por exigencias constitucionales, con el núcleo esencial de tal derecho” (FD tercero). El argumento se va reiterando, así en otro lugar se afirma: ”A juicio de la Sala, cuando el primero de los preceptos citados prohíbe *«ir desnudo o desnuda por los espacios públicos»* y cuando define como infracción leve esa misma conducta no está condenando, restringiendo o limitando las creencias o las opiniones de los ciudadanos en relación con el naturismo. Lo que hace la Ordenanza en este particular es mucho más simple: prohíbe la desnudez en los lugares de uso público general del territorio municipal y tipifica como infracción leve el incumplimiento de esa prohibición” (FD tercero). Y aún se insiste con mayor énfasis en la misma dirección: ”Desde esta perspectiva, no entendemos que el derecho a la libertad ideológica contenido en el artículo 16.1 de la Constitución resulte afectado en el supuesto que analizamos ni, por tanto, que la Ordenanza en estudio afecte a la dimensión externa de tal derecho fundamental (es decir, al *agere licere* o facultad de actuar con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción, compulsión o injerencia de los poderes públicos), pues no puede compartirse la idea de que *“estar desnudo”* en cualquier espacio público constituya, sin más, la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias⁴⁷ o que la desnudez misma deba ser entendida como un auténtico derecho ejercitable en todo lugar público. Ni qué decir tiene que tampoco puede defenderse la existencia de un derecho fundamental a deambular, transitar o estar en esos lugares *“en bañador”*, pues no se alcanza a entender qué libertad fundamental se ejercita, necesariamente, vestido con esa prenda” (FD tercero)⁴⁸.

Tras tan contundentes como poco fundadas afirmaciones, ya se ha roto el ensalmo y se considera que puede desactivarse la argumentación de la anterior sentencia: ”Y por eso mismo –se dirá– no puede defenderse con éxito que resulten de aplicación al caso los argumentos contenidos en la sentencia de este Tribunal de 14 de febrero de 2013, pues en el supuesto analizado por la Sala en dicha sentencia estaba en cuestión el uso de una determinada vestimenta (el velo), que fue considerada expresión directa e indubitable de un determinado sentimiento religioso, claramente conectada con la dimensión externa del derecho fundamental a la libertad religiosa y, por ello, inmune a la limitación, restricción o prohibición de uso que una Ordenanza municipal había establecido, al considerar que solo la ley, respe-

⁴⁷ Recuérdese que, como ya indiqué más arriba, el Tribunal de Estrasburgo, en el caso de Mr. Gough y su desnudo, entendió, al alegarse la libertad de pensamiento, creencias y religión del artículo 9 del Convenio, que sus creencias no alcanzan el grado de seriedad, cohesión o imperatividad para considerarlas incluidas en el citado precepto. Se dice, en efecto, literalmente, ”the Court finds that he has not shown that his belief met the necessary requirements of cogency, seriousness and importance to fall within the scope of article 9 of the Convention”. Lo que no impide, en cambio, que sí se considere afectada la libertad de expresión.

⁴⁸ Algo más adelante se afirma: ”Por consiguiente, los motivos de casación que denuncian la infracción del artículo 16.1 de la Constitución y, por ello, el artículo 53.1 del mismo texto legal en cuanto exige regulación por ley orgánica de las limitaciones de aquel derecho fundamental deben rechazarse, pues la Sala no considera que la prohibición de estar desnudo en los lugares públicos de la ciudad o transitar por los mismos en bañador, así como la previsión de una infracción por su incumplimiento, conculquen los derechos fundamentales recogidos en aquel precepto constitucional”.

tando el núcleo esencial de ese derecho, podía establecer alguna regulación sobre la materia". Se insistirá al abordar las alegaciones sobre el principio de igualdad: "En definitiva consideramos que acierta en este punto la sentencia recurrida cuando rechaza la infracción del principio de igualdad dado que la medida controvertida, proporcional y razonable, ha sido aprobada por el órgano que ostenta la legitimidad democrática para ponderar el estado de opinión social y su proyección en la regulación de la convivencia. / A ello cabría añadir que la Ordenanza de convivencia que se modifica por la resolución recurrida en la instancia prohíbe otras prácticas en los espacios públicos (como dormir, hacer tatuajes, practicar el tarot, acampar, vender o comprar alimentos, ofrecer servicios sexuales, realizar actividades que obstruyan el libre tránsito de los ciudadanos). Condicionándolas en muchos casos a la correspondiente autorización expresa. En todos estos supuestos (incluido el nudismo) no se «discrimina» al ciudadano por sus circunstancias personales o porque se quiera impedir el ejercicio legítimo de un derecho sino que, simplemente, se restringen ciertas actividades con una finalidad claramente vinculada al aseguramiento de la pacífica convivencia y con el objetivo de hacer posible el uso compartido de los espacios públicos sin que una parte de la población se sienta perturbada por la práctica de actividades que, como la que ahora nos ocupa, es notorio que no ha alcanzado la unánime e indiscutida aceptación que se defiende por las recurrentes".

Y ya, para ir concluyendo, transcribiré lo que se razona al abordar el principio de proporcionalidad: "A juicio de la Sala, tales previsiones han de considerarse respetuosas con este último principio, en cuanto se atemperan tanto a las exigencias del uso general de tales espacios públicos (en cuanto destinados al disfrute de todo tipo de personas), como a la intensidad de la perturbación que la Corporación municipal ha considerado a efectos de considerar como leve el comportamiento. Es más: la propia Ordenanza ha dejado abierta la puerta a la posibilidad de practicar el nudismo o de estar en bañador en ciertas circunstancias, al prever eventuales autorizaciones, pues solo se sanciona dicha actividad en los lugares en los que no esté autorizada expresamente o, en el caso del bañador, en los sitios en los que no es habitual vestir esta prenda. De esta forma, la propia Corporación municipal ha tenido en cuenta que puede autorizarse, mediante los sistemas que los representantes municipales entiendan convenientes, la actividad que analizamos, lo que pone de manifiesto que ha contemplado como posible una solución que permita a los defensores del naturismo su ejercicio en los lugares públicos situados en el territorio municipal" (FD quinto).

De todas maneras, la apuesta del TS por la corrección de la Ordenanza resulta inequívoca, como bien puede apreciarse en el siguiente párrafo con el que se responde a la alegación de discriminación: "parece evidente que ha de reconocerse a la Corporación municipal, integrada por los representantes que los ciudadanos han elegido democráticamente, la capacidad de acotar el concepto *«relaciones de convivencia»*, estableciendo para ello las medidas que impidan su perturbación con la finalidad última de asegurar la tranquilidad de los ciudadanos y el libre ejercicio de sus derechos. Ese

es el mandato contenido en la ley al que debe atemperarse la actuación municipal, ajustándose en todo caso a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo perseguido (art. 84.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local” (FD cuarto).

En definitiva, se salva la Ordenanza a la par que se apuesta por una situación de cierta elasticidad, al igual que se recalca antes al comentar la sentencia de Estrasburgo. Lo que me lleva a su vez a insistir en un aspecto importante: la libertad o derecho fundamental que pueda estar en uno de los platos de la balanza, no queda afectada en su contenido esencial, no queda “regulada”, sino que se afecta sólo a una de las posibilidades de su manifestación, pero que no impedirán otras. Todo ello porque pesa más el otro plato de la balanza, el de las exigencias de la convivencia con el inherente respeto a los derechos de los demás. En suma, el TS deja zanjado el asunto de manera correcta en mi opinión, por más que no esté afortunado en una de las patas de la argumentación”⁴⁹.

47. Llegados a este punto, y antes de concluir, resaltaré un aspecto curioso. Sorprende que tan fiel el Supremo en citar la jurisprudencia del TEDH, no se haga mención en la ocasión presente al asunto “Gough c. Reino Unido”, antes estudiado, en que de forma tan terminante se manifiesta contra la variante del desnudo libre en la calle y a cualquier hora. Recuérdese que la sentencia del TS es de 23.III.2015 y la de Estrasburgo de 30.X.2014, es decir, una diferencia de casi cuatro meses. Y el Supremo suele estar bien informado de la jurisprudencia de éste, aparte de que

⁴⁹ Por otro lado, para completar la exposición, no quiero dejar de reflejar que la sentencia, que es tajante en cuanto al aspecto principal del asunto, accede, en cambio, a admitir el recurso en uno de los aspectos laterales y marginales. Se había objetado que en la tipificación de los ilícitos se hubieran utilizado conceptos jurídicos indeterminados, apuntándose, en concreto, a las expresiones “casi desnudo”, y, en relación con el bañador, “otra prenda de ropa similar”. El Tribunal objeta tal forma de proceder estimando que “hubiera sido necesario un mayor esfuerzo de la Corporación para acotar este indeterminado concepto (...) y no dejar al aplicador del precepto tan extraordinario margen de apreciación en una materia que, desde luego, no puede afirmarse que se presente con indiscutible claridad”. Por lo que aceptará el recurso en este punto, condenando a suprimir las expresiones de la Ordenanza. Entre los razonamientos, se ofrecen los siguientes: “es llano que el adverbio precedente «casi» indica, gramaticalmente, que no se da, ocurre o existe completamente la desnudez, aunque falta muy poco para ello. La evolución de las costumbres en lo que a la forma de vestir se refiere hace difícil, sin embargo, desentrañar en qué términos puede decirse que una persona está prácticamente desnuda o cuando cabe afirmar que su vestimenta le aproxima a la desnudez. Sin necesidad de descender a casos o ejemplos concretos, están en la mente de todos supuestos, incluso en conocidos y relevantes acontecimientos sociales, en los que están plenamente aceptadas determinadas indumentarias que dejan al descubierto de manera apreciable, prácticamente en su totalidad, la mayoría del cuerpo de la persona, sin que ello suponga reproche alguno desde el punto de vista de la percepción social”.

No estoy de acuerdo con el argumento ni con la solución en este punto. Una cosa es que en una fiesta haya quien haga ostentación de su cuerpo –lo que formaría parte del juego normalmente admitido por los asistentes–, y que no planteará mayores problemas, y otra bien diferente que dicho concepto indeterminado –pensando en su incidencia en la calle, no en una fiesta–, no pueda concretarse. Que sí se puede, obviamente con el correspondiente margen o halo. Concretará el aplicador y, en su caso, puntualizará el juez correspondiente, afianzando la solución la experiencia reiterada. Y es que en tantos campos jurídicos, y sin duda en el ámbito de lo sancionatorio, es imprescindible recurrir en ocasiones a los conceptos jurídicos indeterminados. Nuestro ordenamiento está lleno de ellos. Pero en este caso, es como si el Tribunal hubiera querido compensar la tajante –y acertada– decisión en cuanto al núcleo del problema con esta pequeña concesión.

cuente con eficaces servicios de apoyo. El tema objeto de enjuiciamiento era bien especializado, y no era de materia que suela repetirse, es decir, se trataba de una sentencia única que destaca en el repertorio. No puedo saber si estamos ante un descuido o ante una omisión intencionada. Y es que si en la solución coinciden ambas sentencias, difieren en cambio en un aspecto clave del razonamiento. El Tribunal Europeo asume con normalidad que el desnudo implica ejercicio de un derecho fundamental, sea la libertad de expresión, sea la vida privada en su proyección exterior, si bien, aun admitida tal constatación, no le supone ningún esfuerzo considerar que el ejercicio del derecho debe ceder para respetar los derechos de los demás. Pero esa primera parte del razonamiento no le convence al TS, o no la puede utilizar, pues si no quedaría afectado por la barrera de la anterior sentencia sobre el ocultamiento de la cara.

V. REFLEXIÓN FINAL

48. Como lo más normal del mundo, y gracias al ambiente de libertad social imperante, de pronto, pueden aparecer, junto a tantas otras opciones, las dos variantes estudiadas, cara tapada o cuerpo desnudo, que constituyen así un ejemplo palmario de la riqueza de comportamientos en nuestras sociedades, pero, a la par, de la situación de tensión a que aludía al comienzo. Exigencias nuevas que demandan respuestas adecuadas, y ya se ha visto la solución que mayoritariamente juzgo satisfactoria, como se razonó. Además, interesante coincidencia en el tiempo de ambas variantes.

Con todo, no quiero dejar de hacer una pequeña observación pues sin mengua de la importancia de la jurisprudencia y de que creo que hay base para dejar certamente resueltos los problemas, diré, para terminar, que no dejo de observar algún aspecto polémico en tres de las cuatro sentencias que se han estudiado con detenimiento, opiniones personales que se exponen con el máximo respeto a la vieja fórmula de quedar sometidas a cualquier otra mejor fundada en derecho. Creo, en efecto, que lo importante es que se acierte en la solución de los casos, se alcance en cada supuesto la solución más correcta y a la vista de ello se cree firmeza y seguridad para que cada uno pueda saber a qué atenerse.

a) Entiendo así que la sentencia del TS de 14 de febrero de 2013, sobre la Ordenanza de Lérida referente a la ocultación de la cara, es demasiado rigurosa: la Ordenanza de Lérida no entraba a *regular* la libertad religiosa, no la cercena en absoluto, como destaqué. Nada impide manifestar ostensiblemente la propia religión, como hacen tantas mujeres musulmanas con tal variedad de prendas, a modo por ejemplo de variantes de toca, sin necesidad de tener que ocultar la cara. Se trataría de limitar muy coyunturalmente algunas muy concretas modalidades del amplio abanico del ejercicio de la libertad religiosa, a la vista del mayor peso que merece la defensa de la convivencia cívica y del significado que se otorga a la protección de

los derechos de los terceros. No hacía falta en puridad una ley orgánica, era suficiente la LRBRL, con lo cual ya había una ley. Los argumentos sostenidos por el TEDH en la sentencia “S.O.S. c. Francia” avalan certeramente lo que digo. Aparte de que es manifiesta y reiterada la jurisprudencia de dicho Tribunal Europeo que entiende que la libertad religiosa, sin mengua de su virtualidad, en ocasiones tiene que reconocer y soportar injerencias. Me remito así globalmente a lo que indico en mi citado libro “Estudios sobre libertad religiosa”. Por ello entiendo que al ser demasiado rigurosa la posición del TS, no se falló correctamente el caso y se creó un precedente que iba a pesar como una losa. Sin duda, me parecía más acertada la posición del Tribunal *a quo*, que daba por buena la Ordenanza, al considerar suficiente la apoyatura proporcionada por la LBRRL en defensa de la convivencia ciudadana, considerando además la elasticidad que había autorizado el TC al contemplar las respuestas municipales en dicho campo. Sin olvidar a la par la propia elasticidad aconsejada al interpretar la referencia a los derechos fundamentales que se hace al regular las leyes orgánicas y los decretos leyes.

b) No me parece acertado el razonamiento del TS en el supuesto del nudismo, al afirmar tajante y reiteradamente que quien quiere ostentar el desnudo de su cuerpo no está ejerciendo ningún derecho o libertad. El razonamiento del TEDH en el asunto “Gough c. Reino Unido”, constituye argumento decisivo, se tome la libertad de expresión o el derecho a la propia personalidad. Lo que no me impide entender que el TS acierte en el caso sosteniendo la corrección de la Ordenanza de Barcelona. Y es que creo que cabe trasponer las razones que yo mismo daba para sostener la Ordenanza de Lérida: no habría regulación del derecho o libertad pertinente, sino mera incidencia colateral.

c) Por último, no comparto como ya razoné, la opinión del TEDH en el asunto “S.O.S.”, en el sentido de que no quepa traer a colación en el caso el argumento de la seguridad pública como motivo para prohibir el ocultamiento de la cara, en lo que implica de incidencia sobre la libertad religiosa. Ya señalé que hoy la seguridad pública tiene muchas exigencias en nuestras sociedades y puede utilizar muchas alternativas, una de las cuales es la de que se pueda identificar a las personas en cualquier momento, sin más formalidades y sin necesidad de que tenga que aparecer la policía haciendo controles, y aunque ellas no se den cuenta —o, al contrario, haciendo que sepan que van a ser identificadas—, de ahí el significado de las cámaras grabadoras pero también los posibles testimonios de los testigos. Lo que no me impide entender que la sentencia acierte en su solución al dar peso al otro motivo alegado, el de la protección de los derechos de los terceros, como una de las reglas elementales de la convivencia en nuestras sociedades. Por lo que la sentencia constituye muy eficaz apoyo para interpretar la solución del problema en España.

49. Los supuestos contemplados ofrecen ejemplo inmejorable para recalcar la necesidad de exigir que los espacios públicos logren la regulación adecuada para garantizar el uso correcto de lo que sin duda es un “bien es-

caso”: importan mucho las libertades concretas, pero también la defensa de la convivencia, lo que equivale a decir, el respeto a los derechos de terceros. Se exigirá, por tanto, regulación, pero, también, administración y gestión, lo que reclama vigilancia y supervisión y, eventualmente, prohibiciones o incluso sanciones. No vale la pasividad, por más que resulte cómoda. Me permito por eso incluir una seria llamada para que frente al tan frecuente descuido, no deje de actuarse para asegurar la imprescindible compatibilidad de usos⁵⁰. Las autoridades tienen el deber inexcusable de proteger a los ciudadanos y una de sus manifestaciones es la defensa de la fluidez y respeto en el uso de los espacios públicos. Asumiendo que no todo ha de ser obra de los agentes y autoridades, o del Derecho, sino que hay que contar necesariamente con la educación de los ciudadanos para el respeto, en suma, para la convivencia, lo que representa saber exigir, pero también saber ceder cuando corresponda. Tarea no menos ardua, que exige abordar los temas con tiempo y antelación. Porque lo que está claro es que no todo cabe en el ámbito de ese bien escaso. Me agrada por eso esta oportunidad para llamar la atención sobre este tema tan importante en nuestros días cual es el del correcto uso de los espacios públicos. Las dos sentencias del TS y las dos del TEDH han proporcionado sin duda material muy valioso para la reflexión, a la par que evidencian la actualidad de los problemas contemplados así como la presencia de hábitos o aspiraciones similares en unos y otros países. El fluido social hace que las fronteras vayan desapareciendo y así ejemplos como los mostrados, y su coincidencia, van abriéndonos los ojos poco a poco para que advirtamos que estamos viviendo en un mundo diferente. En ese sentido, es muy interesante también corroborar cómo para alcanzar la solución jurídica adecuada importan sin duda los razonamientos de nuestros Tribunales, pero va a jugar también un papel muy destacado el poder contar con el respaldo de la jurisprudencia de Estrasburgo, tan precisa y certera en la ocasión. Al fin y al cabo, este talante de *interconexión* es lo que pretendíamos cuando se insertó en la Constitución española un precepto tan destacado como el artículo 10.2. ¡Y hay que ver el juego que ha dado!

Redes, 12 de septiembre de 2015

⁵⁰ Un interesante alegato en pro de que las autoridades garanticen la compatibilidad de usos del espacio público, puede verse en la reciente sentencia del TEDH en el asunto “Karaahmed c. Bulgaria”, 24.II.2015, bien diferente a los ahora estudiados pero incidiendo de lleno en el uso del espacio público, pues tiene que ver con el comportamiento de miembros del partido “Ataka” –anti musulmán y anti turco, una de esas lacras de la Europa de la convivencia–, en relación con los musulmanes que se han reunido para la oración en la mezquita de Sofía y en sus aledaños. Bulgaria sería condenada por no haber adoptado las medidas necesarias para evitar el enfrentamiento.

II
ESTUDIOS

Luciano Parejo Alfonso*

Estado y procesos de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. LAS TRANSFORMACIONES EN CURSO DEL ESTADO Y SU DERECHO.—1.1. El Estado.—1.2. El Derecho; los retos de la innovación en la sociedad del conocimiento y la información.—1.3. Principales consecuencias.—II. LA MODULACIÓN EN CURSO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: EL DENOMINADO ESTADO GARANTE DE LA SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES SOCIALES.

RESUMEN

La situación actual del Estado y su Derecho es paradójica. El primero se ve inmerso en un proceso de transformación en el que si, de un lado, experimenta pérdidas en su soberanía y queda reducido cada vez más a instrumento para la adaptación al cambio permanente, de otro ve reforzada su responsabilidad de dirección y control sociales. Y el Derecho, si bien padece una clara crisis por su exposición a una innovación acelerada, se ve forzado a seguir construyendo confianza mediante predictibilidad, afrontando la incertidumbre desde una mayor flexibilidad y capacidad de aprendizaje. Este trabajo, tras un repaso a los aludidos procesos de transformación, se centra en el análisis, comprensión y determinación del fenómeno en curso de enorme porte: la asunción por el Estado social, sin dejar de ser tal, de una nueva dimensión, la de Estado garante de la dación de bienes y prestaciones de interés público mediante el recurso instrumental al mercado y su lógica propia al servicio de la realización del interés general.

PALABRAS CLAVE: Transformaciones del Estado; transformaciones del Derecho; Estado prestacional; Estado garante.

* Letrado Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid.

ABSTRACT

The current situation with respect to the State and its Law is paradoxical. The State is in a process of a transformation in which if it goes through a loss of sovereignty reducing its presence to a simple tool for continuous change adaptation, it reinforces its management and social control responsibilities. And the Law, even though is clearly going through a crisis due to its exposure to an accelerated innovation, has been forced to keep on building trust by means of predictability, facing uncertainty from a more flexible perspective and a greater learning ability. This article, after a review of those transformation processes, focuses on the analysis, understanding and establishment of this trend that is reaching an enormous size: the assumption by the social State, still being such, of a new dimension, the one referred as the State guarantor that gives out goods and services of public interest using the market and its logic for the achievement of the general interest.

KEYWORDS: State's transformations; law's transformations; welfare state; guarantee state.

I. LAS TRANSFORMACIONES EN CURSO DEL ESTADO Y SU DERECHO

1.1. El Estado

Hoy, el Estado constitucional, incluso en su avanzada versión de Estado social y democrático de Derecho, y su Derecho se hallan, de un lado, perfecta y sólidamente asentados, pero, de otro, incursos en procesos de transformación, no en último término por la alteración de sus relaciones con la sociedad¹. En la era planetaria actual de predominio de la economía, la sociedad de los individuos e, incluso, la ulterior de las organizaciones han dado paso a la sociedad de las redes basada en el conocimiento y la información; sociedad compleja, contradictoria e innovadora a la que es inherente la incertidumbre y el riesgo, haciendo difícil aún vislumbrar el nuevo sistema que parece estar fraguando. Tanto más en el contexto de la crisis económica internacional y sistémica desencadenada en 2008 y toda-

¹ Sobre ello, recientemente, J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2013.

Sobre la revalorización de la lógica social, véase K.-H. LADEUR, *Der Staat gegen die Gesellschaft. Zur Verteidigung der Rationalität der "Privatrechtsgesellschaft"*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen 2006.

En general sobre las transformaciones a que se alude en el texto y además de los trabajos específicamente citados luego, véase F.J. SÄCKER, "Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht", *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, vol. 130, 2005; C. FRANZIUS, "Der Gewährleistungssstaat – ein neuer Leitbild für den sich wandelnden Staat", *Der Staat* 2003; y A. VOSSKUHLE, "Cooperation between the public and private sector in the enabling state", en M. RUFFERT (ed.), *The public-private law divide: potential for transformation?*, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2009.

vía en curso. Por razones obvias aquí solo es posible apuntar las principales manifestaciones de tales procesos.

Por de pronto, el Estado padece un claro declive como agente y espacio soberano, especialmente en su dimensión social, por dos causas fundamentales:

- 1.^a La pérdida progresiva de independencia hacia el exterior y de estanqueidad en el interior como consecuencia de la afirmación e internacionalización de un modelo económico capaz de imponer sus exigencias, incluso sobre los valores propios del orden constitucional nacional, con surgimiento de la cuestión sobre el valor del constitucionalismo y la afirmación del “pluralismo constitucional” como recurso para seguir afirmando la pretensión normativa de aquél en un contexto de coexistencia de órdenes jurídicos no jerarquizados, es decir, en un mundo de posible construcción sobre el principio de la *salience* o importancia, conforme al cual el código de prácticas sentado, mediante convenio o cualquier forma de coordinación, por un número significante de Estados (con población significativa) hace surgir en los restantes, en principio, la obligación moral de adhesión al mismo².
- 2.^a La emergencia de los límites de la acción configuradora y redistribuidora del Estado; límites, que se han acentuado con la crisis económica actual y hoy tienen, al menos en la Europa comunitaria y sus Estados miembros rango constitucional: la estabilidad presupuestaria y la contención del déficit.

Como bien explicó en su momento M. García Pelayo³, el Estado, presa aún de los esquemas establecidos, se revela incapaz para absorber la creciente complejidad de su ambiente, de reaccionar con prontitud a las nuevas exigencias planteadas por las transformaciones sociales y los requerimientos derivados de las mismas para la dirección y el control de la sociedad. Este fenómeno se ha visto acentuado, más recientemente, por: i) la acción combinada de la progresiva afirmación del dominio de lo financiero y del mercado como mecanismo preferente de satisfacción de las necesidades sociales en bienes y servicios y la desterritorialización de la economía; y ii) la consecuente imposición de un pragmatismo en el que las claves de la actividad del poder público pasan a ser la eficacia y la eficiencia, que —aún desprovistas de significado preciso, más allá del extrapolado desde el mundo de la economía privada— sirven de medida y valoración del papel y de la acción del Estado. Surgen, así, las tendencias a la racionalización de éste y, más allá aún, a la desregulación y la privatización. Tendencias éstas que, en los últimos años y al menos en la Europa comunitaria, vienen determinan-

² En este sentido, R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*. The Belknap of Harvard University Press, Cambridge, 2011.

³ M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid 1977.

do la complementación de la caracterización del Estado con la fórmula de Estado garante de las prestaciones y los servicios o *Gewährleistungsstaat* al que luego haremos mención.

Paralelamente la interdependencia a escala planetaria y la mundialización de la vida colectiva —especialmente de la economía— ha conducido, aparte el reforzamiento de las organizaciones internacionales, a la búsqueda de estructuras de poder público más amplias que las del Estado nacional, es decir, a la integración supranacional no sólo económica, sino también política, proceso del que sería ejemplo la Unión Europea. Esta transformación del Estado nacional clásico “hacia afuera” ha ido acompañada de un conjunto de complejos procesos en el orden interno. Pero sin olvidar que ello no impide el simultáneo desarrollo, lento pero progresivo, de sistemas transnacionales de regulación que desplazan la toma de decisiones desde el escalón estatal al internacional o global y limitan el margen de acción estatal interna. Estos sistemas van desde la regulación mediante la no regulación, pasando por la autorregulación (p. ej. la practicada por numerosos asociaciones de empresas), la regulación híbrida privada-privada (p. ej., la desarrollada por la *Fair Labor Association*, que reúne Universidades, representantes de la sociedad civil y empresas socialmente responsables) y público-privada (p. ej., acuerdos de reconocimiento mutuo por los que una organización privada certifica el cumplimiento de estándares públicos fijados por otro Estado, o el sistema de certificación ambiental del *Forest Stewardship Council*), hasta el gobierno en forma de redes de funcionarios estatales (es el caso de la OCDE o del Comité de Basilea de supervisión bancaria) o por organizaciones intergubernamentales con poderes regulatorios bien indirectos (p. ej. el Comité Ejecutivo del Protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan el ozono), bien directos (p. ej. el Consejo de Seguridad de la ONU en materia de control, en áreas sujetas a sanciones, del movimiento de armas, alimentos y dinero; el sistema de resolución de disputas comerciales de la OMC; y el Banco Mundial en punto a supervisión de políticas de países en desarrollo).

Relacionado con la mundialización está también el calificado como desorden global⁴, que induce el desplazamiento del centro de gravedad del Estado hacia la prevención y, por tanto, la garantía de la seguridad conducente al llamado Estado preventivo (*Präventionsstaat*). Entre las causas eficientes destaca la progresiva centralidad del riesgo en la vida social: todos los tipos de riesgo, desde los naturales, hasta los inducidos por la acción humana, incluido el económico-financiero, pasando por el derivado de las consecuencias derivadas del cambio climático y la puesta en peligro, incluso, de las bases naturales de la vida, hasta el generado por el terrorismo internacional. Con la consecuencia de que en el mundo actual la paz y la seguridad han pasado a ser, aunque amenazados (y precisamente por ello), bienes de primerísimo rango, determinando el crecimiento de la

⁴ Así E. DENNINGER, “Der Präventionsstaat”, artículo incluido en la recopilación llevada a cabo en el libro *Der gebändigte Leviathan*, Nomos, Baden-Baden 1990.

necesidad-demanda de protección de la población, generadora, a su vez, del peligro de pérdida de la perspectiva sobre todo cuando se quiere garantizar la seguridad a costa de los valores que, en realidad, deben ser protegidos: los derechos fundamentales de los ciudadanos. Éstos son, en efecto y desde la Ilustración y la Revolución francesa, la clave de bóveda del orden de la convivencia y el fluido del funcionamiento de la democracia, de manera que su efectividad y tutela no pueden depender de las circunstancias y la coyuntura. El problema es crucial, pues como señala E.W. Böckenförde⁵, la gran apuesta del Estado de Derecho, secularizado y basado en la libertad, consiste en que vive de presupuestos que él mismo no puede garantizar. Pues solo puede existir si regula la libertad que garantiza a sus ciudadanos desde dentro, desde la sustancia moral de cada uno y la homogeneidad de la sociedad. El resultado está siendo por ahora doble. De un lado, la ampliación del concepto de seguridad (desdibujador de las diferencias tradicionales y, en especial, las referidas a la seguridad civil y militar y la seguridad interior y exterior), con la consecuencia de la creciente exigencia de la configuración de un nuevo sistema de seguridad. Y de otro lado, la afirmación de un derecho (incluso fundamental) a la seguridad⁶ como nuevo derecho que postula incluso preferencia sobre los demás (relativizándolos). Aunque no pueda justificarse, ni compartirse, éste es el origen y el caldo de cultivo de la aparición de planteamientos desorientadores de la función del Derecho penal, como el del Derecho penal del enemigo criticado por G. Jakobs⁷, según el cual nuestro ordenamiento no es aplicable a los autores de acciones que, por principio, no quieren reconocer dicho ordenamiento, de modo que para ellos (los nuevos bárbaros) debe regir un nuevo Derecho penal liberado de las limitaciones propias del Estado de Derecho. Pero también y especialmente el dilema de la frontera entre la prevención y la vigilancia total (propia, esta última, del por B. Hirsch⁸ llamado *Überwachungsstaat* o Estado de la vigilancia).

La situación actual es, pues, de considerable confusión: el Estado —no obstante las progresivas pérdidas en su soberanía tradicional— ve paradójicamente reforzada su responsabilidad de dirección y control sociales, que debe cumplir, además, en un contexto de dependencia de los mercados financieros cuya lógica escapa a su disposición (como ha puesto crudamente de manifiesto la actual profunda crisis económica). Por ello mismo, la realidad le demanda casi diariamente profundos cambios y una radical adaptación a las nuevas circunstancias, haciendo surgir con pujanza nuevas

⁵ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staats- und Verfassungstheorie*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1976, p. 60.

⁶ En tal sentido J. ISENSEE, *Recht auf Sicherheit: zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates* (texto reelaborado de la conferencia pronunciada en la Berliner Juristischen Gesellschaft el 24 de noviembre de 1982), Berlin 1983.

⁷ G. JAKOBS, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, De Gruyter, 97 (1985).

⁸ B. HIRSCH, *Auf dem Weg in den Überwachungsstaat?*, Conferencia pronunciada en la Dresdner Juristischen Gesellschaft el 24 de octubre de 2007. Accesible en http://www.djgev.de/download/Vortrag_Hirsch.pdf

soluciones. La vida actual del Estado se caracteriza, pues, por un proceso de transformación.

No puede extrañar, así, que los últimos veinte años hayan sido un tiempo de privatización, concepto éste último que engloba variados fenómenos de desplazamiento de tareas públicas al ámbito de lo privado o a zonas grises, que han adoptado cuatro formas básicas: i) la privatización patrimonial (la venta de activos públicos); ii) la privatización de la organización de la actividad o privatización formal; iii) la privatización de tareas o responsabilidades o privatización material; y iv) la privatización mediante la interposición de privados a efectos de la ejecución de tareas públicas retenidas o privatización funcional (calificable como de cooperación público-privada). Parece, sin embargo, que la época de la euforia privatizadora ha dejado atrás su momento culminante y comienza a desvanecerse la confianza incondicional en la potencia del mercado y a extenderse la apreciación de la necesidad de la recuperación de la estatalidad clásica (se habla así de remunicipalización o reestatalización de servicios).

La situación actual del papel y las funciones del Estado se caracteriza en todo caso por el añadido a las de dirección, ordenación, prestación y garantía, en una u otra forma, de las de prevención general de riesgos; regulación de sectores económicos; y, en general, organización, planificación, coordinación, moderación, incentivación e intermediación en las actividades sociales y privadas. La ampliación y diversificación del papel y de las funciones estatales han debido ir cumpliéndose sin referencia a un esquema teórico coherente, y además en un ambiente de relativización de la diferenciación y contraposición clásicas entre interés público y privado, preparada y alimentada por la consolidación del Estado social. Crecientemente, pues, el poder público se ve en la necesidad de inducir la colaboración de la economía privada y acudir a fórmulas de concierto, transacción y cooperación con grupos sociales y agentes privados. A lo que se añade, paralelamente, la crítica a las formas tradicionales de acción del poder público y su desbordamiento por la emergencia de otras alternativas de difícil encaje, con riesgo del equilibrio entre ambas y dificultad seria para la continuación de la explicación del sistema desde la imagen que resulta de su formalización legal.

1.2. El Derecho; los retos de la innovación en la sociedad del conocimiento y la información

Todo lo anterior se inserta, además, en la crisis actual del Derecho en su función tradicional de orden, que, paradójicamente, es más importante que nunca. Se trata de una crisis derivada de las siguientes transformaciones:

- Superación del estadio del Derecho exclusivamente estatal con paralelo deterioro de su unidad y dilución de su articulación jerárqui-

ca en la que ha sido denominada⁹ “multiplicación heterárquica de las fuentes”, así como –en correspondencia con las transformaciones del Estado– pérdida de su estabilidad (con afectación, por tanto, de la seguridad jurídica) e inserción en un sistema de pluralidad de estratos normativos de diversa procedencia y requirentes de complejas reglas de colisión (fenómenos no suficientemente contrarrestados por el recuso a la “constitucionalización” del Derecho administrativo). Y ello, por una doble vía: i) la europeización e internacionalización-globalización; y ii) la emergencia de normas de origen privado gracias, sobre todo, a la comunicación internacional (ej.: regulaciones sobre asignación de direcciones del protocolo IP por ICANN; el arbitraje del enrutamiento en internet), que representan una innovación jurídica de bulto sin instancia legitimada democráticamente garante del equilibrio de intereses.

- Sujeción a un proceso rápido y continuo de variación imposible de dominar con las técnicas interpretativas clásicas y conducente, por razón de la debilitación de la potencia directiva de la Ley, a la necesidad del recurso a las operaciones de ponderación y composición (así en las colisiones entre derechos fundamentales) corruptoras de la separación de las funciones estatales y la juridificación progresiva de la política (no restrictiva sino ampliadora de la esfera de acción del poder).
- Debilitación de su potencia ordenadora (puesta de manifiesto por la emergencia de los conceptos de gobernanza y *compliance*) en virtud de i) la ruptura de la equivalencia entre eficacia vinculante y coerción-sanción por surgimiento –en sectores como el de la técnica o el medio ambiente– de un estrato de estándares y criterios técnicos y científicos determinantes de una nueva forma de reproducción del Derecho (ilustrativas son las nuevas formas de la *lex mercatoria*); y ii) emergencia, vía recepción de normas fácticas y generación de nuevas reglas de sanción del conocimiento, presunción y prueba para –en caso de incertidumbre– determinar el aceptado jurídicamente (por ej. reglas sobre la carga de la prueba en controversias sobre nuevos riesgos), así como la remisión a procedimientos dirigidos a alcanzar el necesario saber decisional, delegándose así en los propios actores económico-sociales el hallazgo de la solución (ej.: la normativa REACH comunitaria sobre productos químicos, especialmente en los campos de la alimentación y los medicamentos).

Así pues, aunque el Derecho continúe generando orden, lo hace en el contexto de los requerimientos innovadores de la dinámica social actual (el credo de la “modernización continua”) exigente de una estrategia ca-

⁹ Por K-H. LADEUR, *Was bedeutet die “Normativität” des Rechts in der postmodernen Gesellschaft? Voriüberlegungen zur Beobachtung des Rechtssystems durch die Rechts und die Politikwissenschaft*, accesible en

<http://www2.jura.uni-hamburg.de/ceri/publ/A2.12.09-neu.pdf>

paz, simultáneamente, de la conservación de la capacidad de innovación y la resolución de los problemas que de ésa derivan. Lo que explica que se perciba hoy a la vez –y en función de las circunstancias– como impedimento o traba, incentivo y recurso (al que se puede recurrir cuando algo ha ido mal en una innovación; p. ej. en punto a responsabilidad). Esto no es sorprendente si se cae en la cuenta que debe crear seguridad para todos y defender frente a peligros, en especial frente a los inducidos por los riesgos de la evolución científico-técnica (de modo que cuanto mayor sea el riesgo de descontrol de una evolución, tanto mayor es la demanda al Derecho). De esta suerte, el reto hoy para el Derecho es el cumplimiento de la expectativa social de mantenimiento de las innovaciones dentro de límites aceptables; tarea que requiere su acople a los valores y fines sociales y, en definitiva, constitucionales a fin de garantizar que las ventajas de las innovaciones excedan sus inconvenientes, neutralizando en la mayor medida posible sus riesgos en todo caso (así, p. ej., aunque una mayoría desee los beneficios de la técnica genética para la medicina, el Estado debe proteger de sus riesgos y consecuencias colaterales).

Una cosa parece clara en todo caso: en la medida en que las innovaciones no se pueden imponer y si solo posibilitar o facilitar, desplazan normalmente, cuando están en juego, el Derecho clásico de la intervención administrativa, que se ofrece *prima facie* inadecuado al menos como medio principal, por más que siga siendo indispensable (especialmente para la prevención de riesgos: establecimiento de límites para ciertas innovaciones como las manipulaciones genéticas en el ser humano; el empleo de la energía atómica; las emisiones industriales). No puede descartarse, sin embargo, su utilidad para estimular innovaciones (p. ej. la reducción de emisiones dañinas), pero teniendo en cuenta que es proclive a inducir acciones elusivas. Se explica la creciente preferencia, en este contexto, por la puesta a disposición de condiciones, estructuras e institutos posibilitadores del despliegue de potenciales creativos e, incluso, la renuncia a la regulación a favor del establecimiento de deberes de nuevo cuño referidos al seguimiento y control de los riesgos (en especial de los productos), el diseño de procedimientos, la información sobre existencia de reservas sobre la idoneidad de procedimientos, etc.... De esta forma, el establecimiento de límites y el recurso al *imperium* se ofrece como *ultima ratio* una vez agotadas las posibilidades de la técnica de incentivación (ej.: el mercado de derechos de emisión).

Ante la presión innovadora actual el Derecho debe reunir, pues, dos condiciones fundamentales:

- 1^a. Apertura a la innovación, pero teniendo en cuenta que tanto en la modernización económica y técnica como en la social se generan riesgos (sean medioambientales, sean de bienestar y sostenibilidad) y no hay autosuficiencia social correctora, requiriéndose la intervención pública (sea para lograr una modernización ecológica, sea para lograr una determinada calidad de los procesos sociales).

2^a. Aseguramiento de una innovación responsable (lo que significa: sujeción de éstas a las orientaciones normativas de la sociedad), pues por sí mismas las innovaciones no aseguran automáticamente tal fin, desde luego no en términos de su distribución entre el mayor número posible, es decir, considerando en la debida medida el bien común. Lo que cuenta en una democracia es la tolerabilidad social de las innovaciones definida jurídicamente. Formando parte la garantía del bien común por el Derecho del contenido nuclear del principio de Estado de Derecho, la abstención de aquél en el proceso de innovación implicaría una pérdida de responsabilidad normativa. Si el Estado social de Derecho ha sido un acompañante de la evolución de la sociedad industrial moderna, ha de serlo también de la sociedad del riesgo, la información y el conocimiento, aunque para ello debe cambiar sus medios. El S. XXI precisa un Derecho siquiera parcialmente nuevo, que —en el movimiento actual de devolución de responsabilidad a la sociedad que se expresa en el Estado garante— debe evitar caer en el exceso, como alerta ya el hecho de que cuando se precisa la defensa frente a peligros o la compensación de perjuicios también los que consideran al Estado como un mal claman por su intervención. El Estado conserva intacta, en efecto, su responsabilidad política y jurídica por el interés común. Y justamente por ello está obligado a reconvertir su instrumentario de acción; reconversión en la que indefectiblemente viejo y nuevo Derecho se mezclan no siempre con la conveniente coordinación.

En palabras de W. Hoffmann-Riem¹⁰: el Derecho debe seguir construyendo confianza mediante predictibilidad, pero, cuando no lo pueda conseguir, debe reorientarse en mayor medida —afrontando la inseguridad— hacia el manejo de la incertidumbre mediante una mayor flexibilidad y capacidad de aprendizaje para obtener resultados que estén dentro del interés de la generalidad de los ciudadanos¹¹.

1.3. Principales consecuencias

El Estado y el Derecho experimentan así, cada vez más, una reducción a instrumento para la adaptación al cambio continuo y a la complejidad social. Han pasado a la condición de medios de dirección social y no sólo ni preferentemente de organización y control de situaciones y relaciones sociales y del tráfico de bienes, sino de la actuación de todo

¹⁰ W. HOFFMANN-RIEM, “Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht. Aufgaben rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung”, *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 131.

¹¹ Véase al respecto M. MERCÈ DARNACULLETA i GARDELLA, J. ESTEVE PARDO e I. SPIECKER GEN. GÖHMANN (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2015.

tipo de sujetos para la efectividad de los procesos sociales: un medio de evitar perturbaciones en éstos. Y ello en un contexto de: i) quiebra del modelo de reparto de responsabilidades entre el propio Estado y el ciudadano y, en el seno de la sociedad, singularmente entre el empresario y el trabajador; ii) privación al Estado de muchas de las posibilidades para el cumplimiento de sus tareas y cometidos, muy especialmente de la de cumplimiento de éstos por sí mismo para evitar situaciones de déficit de ejecución; y iii) presión por el cambio en el instrumentario de la acción con entronización de la confianza en el mercado y, por tanto, en la co— y autorregulación y, por ello, principalmente en el sentido de la supresión de las normas de tipo imperativo.

La reticencia al recurso a medios imperativos y de intervención, unida a la mayor dependencia de la colaboración de los particulares, dificulta la influencia en los comportamientos de los actores sociales. Y la consecuente renuncia a controles preventivos aboca a la consecuencia indeseada del incremento o el reforzamiento de la vigilancia, la supervisión, la intervención imperativa o el control represivo *ex post*, el recurso a la tipificación de infracciones y la imposición de sanciones cada vez más severas (en su caso, a golpe de la coyuntura y sin observancia de la proporcionalidad); con la consecuencia del agravamiento del déficit en el control social por la dificultad de la ejecución de tales medidas y la regresión —en búsqueda de la “eficacia”— en las conquistas alcanzadas por el Estado de Derecho como respuesta a aquel déficit y esta dificultad (especialmente por recurso al efecto intimidatorio inherente a la sobre-prevención general, en detrimento obviamente del espacio reconocido a la libertad y los derechos-garantías a ellos conectados). Esto es especialmente perceptible en los ámbitos de la seguridad pública y la lucha contra la delincuencia especialmente dañosa y el terrorismo. Se impone, así y en cuanto a la dirección social, una actitud crítica y atenta a la salvaguarda del acervo de valores y bienes constitucionales, pero que no desfallezca en pesimismo, sino que, por el contrario, se mantenga en la búsqueda permanente del mejor instrumentario jurídico para encontrar la vía adecuada entre apertura al cambio y la innovación, la precaución y la responsabilidad ante ellas.

II. LA MODULACIÓN EN CURSO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: EL DENOMINADO ESTADO GARANTE DE LA SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES SOCIALES¹²

Los cambios que viene experimentando, en concreto y según lo expuesto, el Estado se manifiestan sobre todo en el plano de la asunción y el cumplimiento de tareas y cometidos tradicionalmente en mano pública y,

¹² Sobre la recepción en nuestra doctrina de la categoría de Estado y Administración garantes, J. ESTEVE PARDO, “La Administración garante. Una aproximación”, *RAP* núm. 197, 2015, pp. 11 a 39; y *Estado garante. Idea y realidad*, INAP, Madrid, 2015.

por tanto, a cargo, con normalidad, de la Administración; fenómenos éstos que se imputan bien sin más a los procesos de privatización de sectores de relevancia económica (que al propio tiempo son también de “europeización” de los mismos)¹³, bien a tales procesos en el contexto más amplio de los efectos derivados de la transición hacia una sociedad global de la información y el conocimiento¹⁴. La novedad de los cambios debe tomarse, sin embargo, en su justa medida¹⁵.

La respuesta a esta mutación viene consistiendo, principalmente en la doctrina jurídico-pública alemana¹⁶, en la acuñación de fórmulas que intentan expresar las características fundamentales del tipo de Estado hacia el

¹³ En este sentido, por ejemplo, F. SCHOCH, “Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privat-rechtsgesellschaft?”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, n.º 3/2008, pp. 241 a 247; y C. FRANZIUS, *Der Gewährleistungsstaat*, reelaboración de intervención en la *Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften* en Speyer el día 1.02.2007, accesible en <http://userpage.fu-berlin.de/~europe/team/FranziusC/texts/gew%E4hrleistungsstaat.pdf>.

¹⁴ Así Th. VESTING, *Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat. Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung Öffentliche Aufgaben in der Informations-oder Wissensgesellschaft*, accesible en <http://www.jura.uni-frankfurt.de/43748343/Zwischen-Gewehrleistungsstaat-und-Minimalstaat.pdf>.

¹⁵ F. Schoch (op. cit. en nota 11, p. 242) apunta que la evolución que se pretende captar con la fórmula Estado garante no constituye una completa novedad. El mercado ha regulado en Europa occidental desde la II Guerra mundial, de forma exclusiva o predominante, la oferta dirigida a la cobertura de necesidades básicas (por ejemplo alimentación, vestido, vivienda), asumiendo en tales ámbitos el Estado también una cierta responsabilidad de garantía. Lo nuevo consiste en que el Estado se retira ahora también más decididamente del cumplimiento de tareas allí donde hasta ahora actuaba fuera en forma jurídico-pública o privada, abriendo así tales tareas a los sujetos privados. Los ejemplos van desde el suministro de bienes necesarios para la vida (por ejemplo el suministro de agua) hasta los ámbitos en que se hacen presentes requerimientos ambientales (por ejemplo eliminación de residuos y aguas usadas), desde las tareas sensibles en punto a seguridad (por ejemplo el control aéreo, la ejecución de penas y gestión de cuarteles) hasta las infraestructuras públicas (por ejemplo, correos y telecomunicaciones, carreteras) y desde el control de la seguridad de productos hasta la protección de la juventud en los medios de comunicación.

¹⁶ Lo que en modo alguno puede sorprender, toda vez que el concepto de garantía ha pasado a ser jurídico-positivo de rango constitucional tras la última e importante reforma constitucional en Alemania. El artículo 87 f de la Grundgesetz determina ahora, en efecto, lo siguiente:

(1) **La Federación garantiza**, de conformidad con una Ley federal precisada de la conformidad del Bundesrat y en los ámbitos de los servicios postales y de las telecomunicaciones, **servicios adecuados y suficientes en todo el territorio** (*Nach Maßgabe eines Bundesgesetzes, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, gewährleistet der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen*).

(2) **Los servicios** a que se refiere el apartado (1) **se prestan en calidad de actividades económicas privadas** por empresas derivadas del Patrimonio Especial Federal de Correos y otros oferentes privados. **Las tareas de autoridad en el ámbito de los servicios postales y las telecomunicaciones** se realizan por la administración propia de la Federación (*Dienstleistungen im Sinne des Absatzes 1 werden als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter erbracht. Hoheitsaufgaben im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation werden in bundeseigener Verwaltung ausgeführt*).

(3) Sin perjuicio de lo dispuesto en la frase segunda del apartado (2), la Federación desarrolla, de acuerdo con una Ley federal, tareas determinadas en relación con las empresas derivadas del Patrimonio Especial Federal de Correos bajo la forma de un establecimiento federal directo de Derecho público (*Unbeschadet des Absatzes 2 Satz 2 führt der Bund in der Rechtsform einer bundesunmittelbaren Anstalt des öffentlichen Rechts einzelne Aufgaben in bezug auf die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen nach Maßgabe eines Bundesgesetzes aus*).

que parece caminarse –Estado directivo¹⁷, Estado regulador¹⁸, Estado abierto y, sobre todo, por ser la que mayor éxito parece estar teniendo, Estado garante (*Gewährleistungsstaat*)¹⁹– y su relación con otros mejor definidos o enunciados en modelos políticos de mayor o menor éxito, como es el caso del Estado social de bienestar y su polo opuesto, el Estado mínimo neoliberal, pero también el llamado Estado activador^{20/21}. Si, por sus carac-

¹⁷ Es el propugnado por la llamada nueva ciencia del Derecho Administrativo en Alemania. Vid. L. PARÉJO ALFONSO, *Transformación y ¿reforma? en el Derecho Administrativo en España*, INAP/Derecho global, Madrid 2012.

¹⁸ Como señala Ch. REICHARD [*Das Konzept des Gewährleistungsstaates*, conferencia pronunciada en la reunión anual de 2003 del Consejo científico de la *Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft* (sociedad para la economía pública) accesible en http://www.econbiz.de/archiv/p/up/public_management/konzept_gewaehrleistungsstaat.pdf], por regulación debe entenderse la intervención estatal limitadora de las libertades de empresa y contractual de los sujetos económicos más allá de lo que resulta de las reglas generales de juego en el tráfico jurídico. Lo que quiere decir: su finalidad no es otra que la fijación y efectividad de ciertos estándares para la protección de los ciudadanos, ya que, de un lado, se considera más eficiente una regulación pública que la consecución de resultados en el mercado vía prueba y error por parte de los ciudadanos (en determinados sectores, como, por ejemplo, en el de la alimentación o el de los fármacos) y, de otro, se pretende una tutela pública frente a los riesgos de formación de precios excesivos en mercados liberalizados pero en los que la libre competencia no es totalmente efectiva.

La regulación, por tanto, lejos de proporcionar justificación a la burocracia, despliega su razón de ser en el plano de la mejora de la dirección y supervisión de los procesos de dación de bienes y prestación de servicios. Por tanto, el Estado regulador no representa tanto un tipo de Estado distinto al garante, cuanto más bien una dimensión de éste. Pues la paradoja (mas aparente que real) del Estado garante radica en que cuanto mayor sea la descarga de tareas en los actores privados actuantes en el mercado mayor cantidad de regulación le es precisa. Dicho en otros términos: el Estado garante es, también, un Estado regulador (o, si se prefiere, re-regulador) que opera, sin embargo, no solo a través de normas convencionales, sino también de decisiones de instancias u organismos reguladores, procedimientos de adjudicación de contratos y convenios o acuerdos voluntarios, procedimientos de adjudicación o decisiones de instancias reguladoras.

¹⁹ Pero también fórmulas como las de “responsabilidad compartida” (al parecer acuñada por E. SCHMIDT-ASSMANN en el contexto de los trabajos de reforma de la ciencia jurídico-administrativa), “gobernanza público-privada” (N.J. NOVAK, “Public-private governance: a historical introduction”, en J. FREEMAN & M. MINOW (eds.), *Government by contract*, Ed. Harvard University Press, Cambridge 2009); “gobernanza cooperativa” (J. FREEMAN, “Collaborative governance in the administrative state”, *UCLA Law Review* 1997; “interdependencia entre actores públicos y privados” (C. DONNELLY, “The response of english public law to private actors in public governance”, en M. RUFFERT (ed.), *The public-private law divide: potential for transformation?*, Ed. British Institute of International and comparative Law, Londres 2009).

²⁰ El llamado Estado activador fue el propugnado por el Gobierno alemán de la coalición rojo-verde de finales de la década de los años 90 del s. XX en Alemania y basado en el *enabling state* inglés, que se traducía (según Ch. REICHARD, op. cit. en nota 16) en un esfuerzo por ajustar y desarrollar el llamado “Estado delgado” defendido desde 1982 por el Gobierno conservador y en cuyo contexto se habían producido desregulaciones, privatizaciones y recortes sucesivos en la política social. El concepto de Estado activador, además de retomar la idea del *enabling state*, incluía elementos del pensamiento colectivo del comunitarismo y de la responsabilidad del tercer sector en el contexto de una “nueva subsidiariedad” (en la que el Estado posee funciones de dirección y configuración). El objetivo perseguido era una nueva división de responsabilidades entre Estado, economía, tercer sector y ciudadanos.

²¹ Es de todo punto pertinente aquí la advertencia de F. SCHOCH, op. cit. en nota 11, p. 241) de que el actual debate doctrinal en torno al Estado de garantía opera con “modelos” que proporcionan orientaciones básicas y asumen –en el plano descriptivo– una suerte de función de agrupación para la identificación y el análisis de nuevos desarrollos significativos en el sistema jurídico, pero irradian con ello también una especie de fuerza sugestiva que los convierte en conceptos clave, cuya cercanía a conceptos jurídicos y dogmáticos no debería ser pasada por alto y minusvalorada. Aunque nada

terísticas, este último no parece que pueda considerarse contradictorio con el concepto que parece estar triunfando, el de Estado garante, éste presenta –según la perspectiva que se adopte– rasgos tanto del Estado social, como del Estado mínimo²², de modo que es incierta aún la calificación jurídico-política que deba merecer y, sobre todo, es discutible que vaya a poder desembocar en una síntesis de uno y otro²³. En todo caso es claro que –no estando impedido su desarrollo, al menos con carácter general y en virtud de sus principios estructurales, por el orden constitucional²⁴– no supone lo que en principio aparenta: un repliegue sin más del Estado.

Implica únicamente un cambio en el modelo de actuación del Estado en términos de adaptación de la estatalidad a un contexto en proceso acelerado de cambio; adaptación en la que el Estado, si bien reafirma su responsabilidad última por las condiciones de vida en sociedad, es decir, el bien común, cumple su misión de configuración social desde el postulado de la posibilidad de renuncia a la ejecución por sí mismo de determinadas tareas sobre la base de la confianza en la capacidad autorreguladora de la sociedad. Pero en el bien entendido de que no hay en ello privatización, ni formal, ni material, sino –todo lo más– funcional y ni siquiera hay tampoco una radical transformación de la actividad ejecutivo-administrativa tradicional o establecida²⁵. La idea subyacente es la de que toda tarea precisa para el bien común es susceptible, en principio, de ser entregada a la referida capacidad siempre que tal entrega se vea acompañada indisociablemente de la pertinente estructura de garantía de la efectiva satisfacción de las ne-

pueda oponerse al de estos modelos ha de tenerse claro su valor y sobre todo no solo su potencial explicativo, sino también los límites de éste. En todo caso, según al autor, “...los modelos permiten echar una mirada tras el telón ante el cual hace sus piruetas el arlequín jurídico” cuando se emplean adecuadamente, posibilitando reflexiones sobre evoluciones generales en el orden jurídico (y en el sistema político) que pueden aclarar novedades, fricciones, déficits y riesgos para valores jurídicos fundamentales.

²² Si se atiende preferentemente a la responsabilidad de garantía de la dación de bienes y prestación de servicios a los ciudadanos que comporta, el Estado garante puede considerarse próximo al Estado social. Pero si se atiende a la descarga de la realización material de tareas tradicionalmente en mano pública que supone, dicho Estado se ofrece próximo al Estado mínimo.

²³ En este sentido, Ch. REICHARD, op. cit. en nota 16.

Así lo entiende también F. SCHOCH (op. cit. en nota 11, p. 247), para el que no parece que el Estado garante vaya a convertirse en un Estado mínimo, ya que le es consustancial la articulación de estructuras y contenidos regulatorios aseguradores del bien común.

Lo que parece claro –sobre todo teniendo en cuenta las tendencias que imperan en el Derecho comunitario– es que la evolución en curso sea meramente transitoria o presente rasgos indicativos de su atenuación en el futuro al menos inmediato; menos aún que sea fácilmente reversible (por la pérdida por el Estado de conocimiento, infraestructura y habilidad en los sectores afectados que supone).

²⁴ Para F. SCHOCH (op. cit. en nota 11, pp. 243 y 244) los principios estructurales constitucionales y del orden de los derechos fundamentales (con mayor vigor el segundo que los primeros) ejercen un papel directivo de las decisiones en el marco del Estado garante, es decir, en las de determinación de la forma de cumplimiento de las tareas públicas.

²⁵ Como señala F. SCHOCH (op. cit. en nota 11, pp. 242 y 243) los clásicos ámbitos de la administración del orden y la prestación seguirán existiendo en el futuro (incluso: deben seguir existiendo). El análisis detenido de las condiciones funcionales del Derecho administrativo de garantía muestra, además, que, junto a nuevos instrumentos directivos, seguirán siendo indispensables elementos ejecutivos acreditados del Derecho administrativo clásico. Se está, pues, ante una evolución, no una revolución.

cesidades sociales. De esta suerte la descarga de la realización material de tareas en sujetos privados activa de suyo la dimensión imperativa del poder público (dirección, regulación, control y supervisión). De donde la emergencia de la que los alemanes llaman ya “Administración de la garantía de la prestación”, que reclama el desarrollo de un “Derecho administrativo de la garantía de la prestación” en que la supervisión adquiere renovada importancia.

A resultado equiparable conduce el planteamiento que hace K. Waechter²⁶ sobre la base de la filosofía de Rawls y tomando como sectores de referencia el Derecho de las cosas públicas y la teoría del servicio público. Concibiendo la Administración pública como organización al servicio de la satisfacción de las necesidades sociales²⁷, sistematiza la entera actividad materialmente administrativa en torno a un conjunto reducido de principios sustantivos extraídos de los tipos de administración de intervención, prestación y configuración social, incluyendo justamente las formas de ejecución de tareas públicas a que da lugar el Estado garante. Con independencia de que las premisas constitucionales pertinentes (en relación con la identificación de los bienes básicos para las personas y el o los responsables de su producción y suministro) puedan resultar y de hecho sean escasas, sostiene que es claro en todo caso que cuanto deba hacerse pero esté prohibido a los sujetos privados ha de ser llevado a cabo por el Estado. De esta suerte, en tal ámbito existe solo la alternativa entre Estado y ciudadano, mientras que en otros ámbitos la cuestión presenta carácter más secundario, no siendo infrecuente una doble legitimación de actuación del Estado y los ciudadanos (por ejemplo en la educación o en la sanidad). De ello deduce la falsedad, con carácter general, de la afirmación de una relación de exclusión recíproca entre responsabilidad estatal y responsabilidad social y la corrección de la existencia más bien de un cierto solapamiento entre una y otra como ilustra justamente el Estado garante. Lo que vale incluso para ámbito tan nuclear al sector público como la seguridad (siempre que en ésta no se incluya la coerción), donde es frecuente deducir equivocadamente la exclusividad de la tarea desde los fines del Estado. Que la coerción estatal pueda ser legítima por garantizar la seguridad ciudadana no implica que el ciudadano no pueda y, en su caso, deba procurarse por sí mismo seguridad, siempre que emplee para ello solo medios no coercitivos, es decir,

²⁶ K. WAECHTER, *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen 2008, pp. 1 a 21.

²⁷ Según el autor citado esta perspectiva permite la definición de un marco único para todas las formas de actuación de la Administración (intervención, prestación y configuración social); marco, que presenta las siguientes ventajas: i) identificación de la situación de concurrencia y complementariedad de la Administración y la sociedad (el mercado básicamente) en la satisfacción de las necesidades sociales; ii) integración de todas las manifestaciones de la actividad administrativa y comprensión adecuada de los procesos de privatización de tareas y cometidos materialmente públicos; iii) clarificación tanto de la responsabilidad social en punto al suministro de bienes básicos, como de la multipolaridad de las relaciones administrativas; v) clasificación de la administración de configuración social; y vi) articulación de un conjunto de principios fundamentales para la totalidad de la administración en sentido sustantivo o material.

meramente técnicos, sociales o culturales. Solo el *imperium* determina la reserva de la tarea correspondiente al Estado (por estar reservada al mismo la coerción, como regla general, a fin de no perder la conquista capital que supone la estatalidad constituida jurídicamente). Desde estas apreciaciones afirma que la idea de los deberes de protección de los derechos fundamentales no está conectada ya hoy a una potestad y, por tanto, competencia pública exclusiva²⁸. Por tanto, es posible la concurrencia de deberes públicos y privados de protección de derechos fundamentales, pudiendo cumplirse la pública justamente mediante la caracterización de los deberes sociales como verdaderas obligaciones. Lo que significa: el deber estatal de protección de los derechos fundamentales alude a un estándar mínimo (como resultado) de protección, pero nada dice acerca de cómo tiene lugar tal protección. En estos supuestos de concurrencia hay, pues, tareas o cometidos ciertamente públicos pero accesibles por igual, en principio, para los sujetos públicos y privados; en modo alguno competencias estatales exclusivas. En consecuencia: en la práctica existen, en el terreno de las tareas o los cometidos materialmente públicos para la satisfacción de necesidades sociales, ámbitos en que la actividad administrativa es exclusiva; ámbitos en que desarrollan sus respectivas actividades, de forma concurrente, el Estado y los sujetos privados; y, finalmente, ámbitos en que es exclusiva la actividad de estos últimos.

En una primera aproximación, el llamado Estado garante es, pues, aquél que, sin sustituir y simplemente modular el Estado social y democrático de Derecho, se centra en garantizar la ejecución de determinados cometidos (dación de bienes y prestación de servicios) decidida en sede política sin por ello tener que asumir directamente aquella ejecución, la cual puede ser llevada a cabo igualmente por sujetos privados (es decir: el mercado), organizaciones de interés social (tercer sector) o, incluso, los propios ciudadanos. La comprensión cabal de la nueva categoría requiere hacerse presente la

²⁸ Dos ejemplos extraídos de nuestro ordenamiento bastan para justificar la afirmación:

1. En el Derecho privado, la patria potestad comprende, conforme al artículo 154 del Código civil español, los deberes de vela, amparo, compañía, alimentación, educación y procura de formación integral, siendo factible recabar, en su ejercicio, el auxilio de la autoridad y coexistiendo con el deber de protección de menores por parte de la entidad pública en cada caso competente a que se refiere el artículo 172 del propio Código Civil).

2. En el Derecho público español: i) el artículo 26 de la reciente Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, contempla el establecimiento, mediante reglamento y en desarrollo de la propia Ley, la legislación de seguridad privada, la de infraestructuras críticas o cualquier otra normativa sectorial, de medidas de seguridad en establecimientos e instalaciones industriales, comerciales y de servicios, así como en las infraestructuras críticas, con la finalidad de prevenir la comisión de actos delictivos o infracciones administrativas, o cuando generen riesgos directos para terceros o sean especialmente vulnerables; y ii) el artículo 5.2 de la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil, establece la obligación de los titulares de los centros, establecimientos y dependencias o medios análogos de dedicados a actividades que puedan dar lugar a situaciones de emergencia incluidas en el catálogo aprobado a tal efecto por el Gobierno de establecer las medidas de seguridad y prevención que reglamentariamente se establezcan.

gradación teórica de la responsabilidad del Estado²⁹ por las condiciones de la vida social en:

- Responsabilidad de garantía (también calificada de directiva o infraestructural), alusiva al deber de aseguramiento de cometidos o tareas a estándares prefijados (no inclusiva del desarrollo o ejecución, pero que puede llevar aparejada una discutida responsabilidad de sustitución³⁰).
- Responsabilidad de cumplimiento o ejecución, referida a la realización efectiva de las tareas o los cometidos.
- Responsabilidad de financiación, atinente a la cobertura económica del desarrollo de las tareas o los cometidos en beneficio de sus destinatarios.

Estas tres dimensiones de la responsabilidad estatal se ofrecen agrupadas, confundidas o indiferenciadas únicamente en el caso de las tareas o cometidos conceptuados como nucleares por tener una relevancia estratégica para la pervivencia de la comunidad políticamente organizada. Pues se sobreentiende que el Estado no puede asumir en ellas el riesgo de una no realización o realización deficiente. En el polo opuesto se sitúan las calificadas como tareas nucleares privadas por inscribirse en la lógica de la plena libertad en cualquiera de sus dimensiones, incluida desde luego la económica, de modo que respecto de ellas al Estado no incumbe responsabilidad de ninguna clase. Justamente en un terreno intermedio entre unas y otras se hallan las tareas o los cometidos (consistentes fundamentalmente en dación de bienes o prestación de servicios) calificados precisamente por ello como “garantizados”, pues es en ellos donde opera la desagregación de la responsabilidad estatal: mientras el Estado retiene en todo caso la relativa al aseguramiento del cumplimiento, las otras dos (la de efectiva realización y la de financiación) pueden tanto ser retenidas por aquél como trasladadas a

²⁹ Sobre esta gradación, elaborada por la dogmática alemana, véase G.F. SCHUPPERT, *Verwaltungswissenschaft*, Ed. Nomos, Baden-Baden 2000, pp. 400 y ss.; y E. SCHMIDT-ASSMANN, “Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung”, *Die Öffentliche Verwaltung* (DÖV) 1997, pp. 433 y ss.

Como señala P. ACOSTA GONÇALVES, *The enabling state and the market* (punto 2 del texto accesible en http://www.pedrocostagoncalves.eu/PDF/textos/the_enabling_state.pdf): “In general use, the concept of *public responsibility* –with an essentially initial descriptive or heuristic value and meaning – has been used by doctrine to indicate the entire spectrum of public tasks, as well as to explain the various forms or degrees of public administrative intervention in social life. In the latter sense, attention has been drawn to the *relational* nature of the concept and to the fact that it connects the poles of State and Society, insofar as it indicates the point of separation or distinction of roles between those poles”.

³⁰ Se trataría de una nueva dimensión de la responsabilidad del Estado surgida justamente de los novedosos supuestos de diferenciación de la responsabilidad de garantía (retenida por el Estado) y de cumplimiento (referida a sujetos privados) y consistente en el deber de reasumir esta última en caso de incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las tareas o cometidos por los sujetos privados.

Para F. SCHOCH (op. cit. en nota 11, p. 244), se trata de la que califica como “responsabilidad recepción” o *Auffangverantwortung*, consistente en una función administrativa de reserva que, en los ámbitos objeto de privatización, debe activarse en caso de no cumplimiento o defectuoso cumplimiento de las correspondientes tareas por los sujetos privados.

los sujetos privados como consecuencia de la asignación a los mismos de las tareas o cometidos correspondientes. Por ello ha podido sostenerse que hay aquí una extensión de la esfera de acción de los sujetos privados que se produce en el contexto de articulación de dicha acción y la del poder público calificada por M. Eifert³¹ como autorregulación regulada (públicamente).

En todo caso y como ha destacado F. Schoch³², la nueva calificación del Estado pretende aludir a un proceso exigente: el de superación de la dicotomía clásica entre los principios de orden inherentes al *imperium* estatal, de un lado, y el social-económico de libre concurrencia, de otro lado. De ahí que la combinación de ambos elementos, en principio antinómicos, no permita esperar que uno de ellos (p. ej. el mercado) venza completamente y el otro (p. ej. la Administración imperativa estatal) pueda así quedar referido –como algo ya terminal– al pasado³³. El Estado garante no es, pues, un sistema puro, pues descansa en soluciones diferenciadas según materias, sectores o ámbitos (extremo que luce claramente en la Comunicación de la Comisión Europea “Los servicios de interés general en Europa” [COM (2000) 580 final]. Su *vis* atractiva reside cabalmente en la apuntada mezcla o combinación de racionalidades: la del orden social-económico, de un lado, y la del sector estatal, de otro; lo que para el indicado autor le hace merecedor, en definitiva, de la consideración de cifra misma de lo que la Comisión Europea denomina el modelo social europeo³⁴.

Como bien apunta C. Franzius³⁵, esta nueva distribución entre Estado y sociedad y en ciertos sectores o ámbitos de la responsabilidad por las condiciones de vida en comunidad tiene como presupuesto basal el mecanismo adecuado para garantizar la obtención de los resultados políticamente deseados y, por tanto, que los actores privados observen los pertinentes estándares de calidad (desde el punto de vista del bien común), lo que hace

³¹ M. EIFERT, “Regulierungsstrategien”, en W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann/ A. Vosskuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts* I, Ed. C.H. Beck, München 2006, pp. 1262 y ss.

³² F. SCHOCH, op. cit. en nota 11, p. 242.

³³ P. COSTA GONÇALVEZ (op. cit. en nota 27, apdo. 2) resume así su análisis del estado de la cuestión: “As a system or structure that serves the common good, the institutional model of the Enabling State lies halfway between two model poles –*Market model* and *State model*– and the doctrine proposes to designate it as a *regulatory model*.

Although the literal wording may not fully suggest it, the new model reflects the result of an *interaction* and an *optimal sharing of tasks and responsibilities* between the two polarities, rejecting the totalitarian and excluding trend focused by the two first models. The new grade or level of public guaranteeing responsibility seeks to promote a linkage between the two poles or subsystems which divide a politically organized community –State and Society (Market)–, in order to preserve their inherent rationale and seize their benefits”.

³⁴ Cabalmente por ello en el nuevo modelo de Estado se ponen esperanzas de superación de la sobrecarga del Estado, de las finanzas públicas, de las burocracias, el incremento del déficit de la disposición de información y conocimiento por parte del estado y de la ejecución administrativa mediante el aprovechamiento de las posibilidades de la iniciativa privada, el conocimiento experto individual, el capital privado y la mayor cercanía de prestadores privados respecto del cliente. Y todo ello, sin renuncia por parte del Estado a la configuración social y la compensación entre libertad e igualdad, que representan desde luego en la Europa continental un elemento esencial de la cultura social. Y también conservando en muchos ámbitos también la decisión última por el gobierno democrático y no por las fuerzas del mercado invisibles a las que difícilmente se les puede exigir responsabilidad.

³⁵ C. FRANZIUS, op. cit. en nota 11, en especial apdo. C.

imposible que el proceso se entregue sin más a la dinámica de la autorregulación e impone, por ello, el acompañamiento de la descarga de la realización material de tareas y cometidos con el adecuado régimen de regulación y supervisión³⁶. Lo que quiere decir en lo que aquí importa: el fenómeno descrito supone nuevos retos para la función estatal de supervisión (en este contexto fundamentalmente económica por razones obvias). Y ello, porque el Estado garante no se agota en la distribución de responsabilidades precisa para conseguir la liberación de la dinámica propia de la actuación privada, sino que va mucho más allá: limita esa dinámica para colocarla al servicio de la obtención de resultados públicos. En términos de F. Schöch³⁷: en el ámbito de la Administración de la garantía de la prestación se produce una concretización del bien común conjuntamente por el Estado y los sujetos privados, si bien –en términos jurídicos– no tanto de verdadera división, como de reparto de la responsabilidad (pues los actores privados pueden continuar orientando su actuación por la racionalidad propia de la competencia en el mercado). Lo que significa que las medidas de privatización tienen un efecto de mayor alcance que la mera privatización de la organización de la correspondiente tarea (privatización formal), concretamente el de renuncia por el Estado al desarrollo por sí mismo de la correspondiente tarea, con la consecuencia de cierta pérdida en su potencia directiva por efecto de la penetración de la racionalidad propia de la acción privada en el cumplimiento de tareas materialmente públicas (sin perjuicio de la responsabilidad estatal de garantía).

De modo que, como afirma el antes citado Th. Vesting, el Estado de garantía obtiene su verdadera faz de la apuesta por la activación de fuerzas privadas y la posibilitación del cumplimiento de tareas materialmente públicas mediante la articulación de estructuras regulatorias aseguradoras del bien común. No hay en él, por tanto, ni regreso a la sociedad de Derecho privado, ni abandono del ciudadano a sí mismo, sino asunción de deberes de protección en términos de garantías de determinados resultados mínimos (lo que hace aflorar a primer plano el orden constitucional de derechos y deberes propios del status del ciudadano).

Las transformaciones que esta nueva dimensión del Estado induce pueden resumirse del modo siguiente:

1. La responsabilidad de garantía se cumple preferentemente por medio del Derecho, pero en modo alguno en términos de monopolio, pues las fuentes de su producción vienen experimentando un doble proceso horizontal y vertical de pluralización y desestatalización (europeización, internacionalización, autorregulación) determinando el tránsito, ya apreciable, de una situación de jerarquía a la por

³⁶ Sobre el incremento por los procesos de privatización de las funciones públicas de vigilancia y control, R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la administración*, Ed. Tecnos, Madrid 2000.

³⁷ F. SCHÖCH, op. cit. en nota 11, pp. 244 y 245.

el propio Th. Vesting³⁸ calificada de “heterarquía”. En todo caso, la legislación estatal no es ya solo, ni predominantemente, programación material, decantándose cada vez más por las regulaciones organizativas (como recurso de “gobernanza”) y procedimentales (para el acierto de las decisiones). Su fin no se circumscribe, en todo caso, a la estructuración, esencialmente económica, de dinámicas de mercados; se extiende al establecimiento de un verdadero orden general de la garantía de las prestaciones decididas políticamente a favor de los ciudadanos (orden que está aún por establecer y que ha de resultar de un esfuerzo doctrinal de sistematización de la normativa sectorial a la luz de la constitucional).

2. La Administración propia del Estado garante no encaja ya, por ello y sin más, en el molde clásico de aparato de ejecución heteroprogramado, pues es ella misma la llamada ahora (muy particularmente en forma de organismos reguladores) a establecer el programa de la ejecución. Lo que no puede dejar de tener repercusiones en categorías establecidas como las de la reserva de Ley y los derechos fundamentales³⁹. En la primera cuando menos en el plano de los términos de su satisfacción a efectos del control jurídico de su cumplimiento. Y en la segunda, toda vez que la igualdad de las condiciones de actuación de los actores en el mercado pasa a ser esencial y, con ella, la delimitación de las respectivas esferas de libertad.

³⁸ Th. VESTING, op. cit. en nota 12, apdos. II y III.

³⁹ A este respecto, C. FRANZIUS (op. cit. en nota 11, apdo. B, II, 1) señala que: i) el fenómeno que viene analizándose agudiza de modo tal el potencial de los conflictos multipolares que deja inservibles las reacciones dogmáticas consistentes en el cambio en la función de los derechos fundamentales (de defensiva a protectora de su contenido) y en la activación de la dimensión objetiva de dichos derechos (a efectos del reconocimiento de un mayor margen de configuración al legislador), de modo que sigue siendo incierto el alcance preciso de posición de garante del Estado (la idea de la retención por éste de la decisión última es puramente descriptiva y no proporciona una verdadera solución); y ii) la insuficiencia de la doctrina de la *Drittewirkung* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales para fundamentar los deberes impuesto ahora a los actores privados (como consecuencia de su colocación material en la posición tradicional de la responsabilidad estatal de ejecución, pues dicha doctrina hace que la eficacia de los derechos en las relaciones jurídico-privadas precisa la intermediación de deberes del Estado, haciéndose precisa una apertura a un modo horizontal de resolución de conflictos entre derechos fundamentales. Por estas razones el autor sostiene la plausibilidad de la solución de la dirección estatal mediante estructuras regulatorias (a la que se hace referencia en el texto) puesto que en ella se pretende no una esquemática traslación de deberes a los sujetos privados, sino el hallazgo de un equivalente funcional basado en una preeminente responsabilidad estatal de legitimación.

Por su parte, F. SCHOCH (op. cit. en nota 11, p. 244) ve en los deberes constitucionales de protección de los derechos pertinentes la base misma del que denomina Derecho de garantía en los correspondientes ámbitos, materias o sectores. Pues, en su dimensión objetiva, los derechos fundamentales operan de forma múltiple en términos de deberes estatales de garantía prestacional. Por ello, aunque existan desde luego márgenes de libertad de configuración (respecto del cómo de la asunción de los deberes de protección), cabe la afirmación de que cuanto más confie el Estado en los sujetos privados tanto mayor ha de ser su garantía del cumplimiento correcto de la tarea o el cometido pertinentes. Lo que sostiene que prueba, en el Derecho alemán, la regulación de la seguridad de los productos (especialmente en relación con el control de acceso al mercado y la supervisión de éste) y de la protección de la juventud en los medios.

De esta suerte, la tarea principal de la Administración en este terreno no es otra que la articulación de estructuras jurídicas idóneas para inducir una colaboración de los sujetos públicos y los privados a efectos de la consecución de los resultados pretendidos, es decir, una coordinación eficaz de las contribuciones de unos y otros a la realización del bien común en términos respetuosos con la racionalidad respectiva. De ahí que el papel de la Administración pueda ser conceptuado como dirección y, por tanto, control de la actuación de los actores privados; dirección y control inscritos en el que la doctrina alemana califica como “Derecho de garantía mediante estructuras jurídicas” y cuya construcción dogmática está por hacer, pero cuyo eje guía es la operación administrativa mediante la determinación de las condiciones de la contribución de los sujetos privados al bien común.

Ocurre, sin embargo, que cuanto queda dicho no logra despejar la ambigüedad inherentes, en este contexto, a los conceptos de garantía y responsabilidad; conceptos que, tomados en sentido estricto, suscitan expectativas que el Estado garante no puede cumplir.

Por de pronto es de por sí cuestionable la insistencia en el Estado (desde las ideas implícitas de Estado nacional soberano y representativo de la unidad de la política y el Derecho) como referencia última. Aunque esta referencia pueda seguir siendo en cierto sentido plausible, lo es solo desde la constatación, de un lado, de la porosidad de las fronteras de política, Derecho y Administración, con consecuente potenciación de las funciones del sistema jurídico (en virtud de un nuevo acoplamiento de política y Derecho en sede constitucional), y, de otro lado, del abandono de la idea de la sociedad centrada en el Estado y, por ello, definida por el poder político. Th.Vesting⁴⁰ destaca convincentemente:

- a) La obsolescencia de esta última idea, toda vez que la sociedad se ofrece con entidad diferenciada, rompiendo la antes aludida unidad y quedando la política y el Derecho como simples partes del proceso constante de automodificación de aquélla⁴¹. La sociedad actual reposa sobre la objetivación e institucionalización de diversas racionalidades y esferas de valor, es decir, de sistemas autónomos aunque interdependientes (la política, la economía, el Derecho, la cultura, etc...) y aunque tal situación concurriera ya en la sociedad liberal de los siglos XVIII y XIX, su característica actual radica en el incremento de la interdependencia en términos paradójicos de simultánea potenciación de los factores de independencia y dependencia.
- b) La incapacidad de la política para poner la lógica de la economía (orientación hacia el beneficio) al servicio de otros fines sin poner en riesgo la dinámica prestacional e innovadora de la misma. Pues

⁴⁰ Th.VESTING, op. cit. en nota 12, apdo. II,2.

⁴¹ Lo que ha supuesto la quiebra de la idea –válida desde Platón hasta Hobbes– de una heteroestabilización normativo-teleológica de la sociedad y su sustitución por la de una autoestabilización social-inmanente o de sistemas autónomos dependientes recíprocamente vía diferenciación funcional.

esta dinámica expresa no tanto la racionalidad específica económica, cuanto la autonomía misma del sistema económico.

- c) La consecuente puesta en cuestión de las representaciones tradicionales del Estado por la conversión de la sociedad en una red de sistemas autónomos. Pues cada uno de estos sistemas operan sobre la base de diferenciaciones elaboradas desde sí mismos y en la relación con su ambiente propio, de modo que –más allá de la continuada reproducción de su propia racionalidad– no reconocen responsabilidad alguna, lo que se hace especialmente evidente en la economía mundializada y su específica reacción frente a las necesidades sociales (haciendo impracticable la imputación de responsabilidad a alguien en concreto). Se está, pues, en presencia no solo de una transformación de las formas de cumplimiento de las tareas públicas, sino de un verdadero cambio (al menos parcial) en el Estado determinado por un mayor desplazamiento de la función de la política desde la generación autoritaria de decisiones vinculantes colectivamente hacia formas cooperativas de la moderación de intereses y la incentivación de soluciones. Cambio en la estatalidad éste, que arrastra el de la Administración por imposibilidad creciente de la reproducción, en muchos ámbitos, del modelo ejecutivo tradicional al dejar la sociedad de ser un objeto estable cuyas regularidades confluyen en el Estado o en la Administración y pueden ser descritas, dirigidas y responsabilizadas desde uno u otra.
- d) Todo lo cual aboga –sin perjuicio de su mantenimiento a falta de un concepto mejor– por la actualización del concepto de responsabilidad para aludir a la asumida por la política y el Derecho en relación con procesos sociales. La noción de responsabilidad proviene de la filosofía moral y del Derecho, presuponiendo un sujeto capaz de tomar decisiones y, por tanto, de ser o no negligente y, por tanto, la conexión con relaciones entre tal sujeto y objetos relativamente estables permisiva de la identificación –desde la causalidad– de cadenas de responsabilidad (haciendo posible, así, la atribución de ésta a concretos sujetos por razón de determinadas actuaciones). Se sitúa, pues, en la tradición de la filosofía subjetiva de la ilustración y se vincula a la idea del individuo como persona fundamento de todas las posibilidades del conocimiento, la actuación, obligación, etc... No es sorprendente, por ello, la inexistencia de un modelo de responsabilidad colectiva equivalente al de la responsabilidad individual.

Esta construcción resulta desbordada en la actualidad en punto, de un lado, al modelo clásico de causalidad que –bajo condiciones de creciente complejidad– resulta indudablemente forzado (así, especialmente en el medio ambiente), y, de otro lado, a la idea de que el Estado en tanto que sujeto es responsable al igual que un individuo, en cuanto que la consideración del Estado o la Administración como persona jurídica (es decir, centro de

imputación en calidad de una suerte de “persona grande”) resulta de todo punto insuficiente ante la emergencia de organizaciones, en particular bajo la forma de redes flexibles (transnacionales) de relaciones.

Un concepto de la responsabilidad a la altura de nuestro tiempo requiere, pues, afrontar la cuestión de la responsabilidad colectiva sobre la base de los planteamientos que, abandonando ya el hombre como sujeto y elemento último del orden social, recurren a otras referencias, cual sucede en la teoría de sistemas de N. Luhmann, que sustituye el sujeto por la diferencia sistema/ambiente en sistemas autopoieticos. El esfuerzo habría de concentrarse así en la determinación del papel de las organizaciones y redes en la sociedad actual, haciendo énfasis no tanto en la construcción en la calidad de personas, cuanto en el momento abstracto e impersonal de la teoría de la persona jurídica. Para ello pueden encontrarse precedentes útiles en la tradición, pues ya el Derecho canónico del s. XII admitía imputar acontecimientos (por ej. actuaciones dañosas) a corporaciones y, aunque no disponía aún de un concepto consolidado de corporación, proporcionó la base para el desarrollo del momento abstracto e impersonal tal como se produjo⁴² desde la idea política de los dos cuerpos del rey (ya corriente en la Inglaterra del s. XVI) y se consolidó en la obra de los revolucionarios ingleses y, especialmente, en la de Hobbes, cuyo Leviatán es –además de una teoría del poder absoluto– una teoría de la supraordenación del cuerpo político respecto de todos los cuerpos naturales y, con ello, de la inclusión del imperante en las reglas y regularidades del sistema jurídico.

Con ayuda de una teoría de sistemas autónomos debería, pues, poderse alcanzar la actualización antes apuntada como necesaria. El punto de partida sería la adopción de un nuevo lenguaje para describir adecuadamente el incremento de complejidad en el sistema jurídico. Y el objetivo sería la reconstrucción de las proposiciones constitutivas del trasfondo del modelo clásico de la responsabilidad de modo que ésta pueda desplegar efectos de vinculación jurídica bajo las condiciones ambientales completamente nuevas de una sociedad de las organizaciones.

Lo que, en cualquier caso, parece claro es que con la responsabilidad de garantía se alude –en un contexto de pérdida por el Estado de potencia directiva y de control de los procesos sociales y económicos y como sostiene F. Schoch⁴³– a un deber jurídico estatal de resultado; deber que deriva –según cada sector y a partir de las premisas deducibles del orden constitucional– de la Ley en cada caso aplicable. De este concepto resultan, según dicho autor, las siguientes consecuencias que importa resaltar:

- 1.^a El deber no se agota en la introducción de una estructura regulatoria dirigida a la inserción en la lógica del correspondiente mercado (en situación de competencia efectiva) de fines colectivos

⁴² Según demostración efectuada en su día por E. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton 1957.

⁴³ F. SCHOCH, op. cit. en nota 11, pp. 245, 246 y 247.

ajenos a ella. Comprende igual y necesariamente el apoderamiento al poder público con facultades de intervención y supervisión, compañeras indispensables de las de regulación. Pues la libre competencia no es, en este plano, un valor protegible *per se* en tanto que la comunidad política no puede confiar ciegamente en ella (en tanto que procedimiento totalmente abierto a efectos de resultados) para la satisfacción de necesidades mediante actividades no siempre atractivas económicamente. El Derecho administrativo de la garantía solo puede asignar a la libre competencia, pues, una función más bien instrumental al servicio de la consecución del bien común (lo cual se hace especialmente evidente en la incorporación de la libre concurrencia en la adjudicación de contratos del sector público, pues en el Derecho de la contratación pública no existen fines consustanciales a la misma ajenos –como el de la competencia– a los inherentes a la contratación en sí misma considerada).

- 2.^a Los elementos característicos del Derecho administrativo de garantía (de las prestaciones) son, por ello, los siguientes.

De un lado y como pieza nuclear, la regulación entendida como todo mecanismo, instrumento o medida de influjo estatal en procesos sociales, en particular económicos, con finalidad de producción –más allá del caso concreto– de un determinado orden específico. Lo que implica que se manifiesta fundamental, pero no exclusivamente, en forma de Derecho, operando éste así en ella tanto como medio central, cuanto como límite de necesaria observancia en cualquier caso. De esta suerte y respetando la lógica de los subsistemas Estado y sociedad, el Derecho administrativo de garantía:

- Comprende formas jurídico-públicas y jurídico-privadas de actuación.
- Incluye mecanismos e instrumentos de aseguramiento del resultado (y su calidad) en la realización por sujetos privados de las tareas o los cometidos en ellos descargadas, poniendo a disposición y estableciendo, respectivamente, mecanismos de selección adecuada de sujetos privados idóneos para la cooperación con el sector público y de protección de los derechos de terceros (competidores privados, usuarios, consumidores, etc...).
- Y, para ello, articula instrumentos eficaces de dirección y control públicos (en forma diversa, incluidas la publicidad, los deberes de información, la autovigilancia o autocontrol, pero sobre todo la evaluación y la supervisión), así como, en último término, de sustitución pública (mediante la recuperación de las actividades en que no se respeten los correspondientes estándares de resultado).

Es claro, pues, que la responsabilidad de garantía característica del nuevo perfil del Estado requiere –como condición indispensable– la asignación al

mismo de los medios jurídicos precisos para hacer efectivo el cumplimiento por los sujetos privados de la tareas o los cometidos correspondientes a necesidades sociales cuya satisfacción material se entregue al mercado. Y estos medios comprenden:

- a) Además desde luego de nuevos y específicos instrumentos que, en su caso, modulan previos existentes, tales como: la privatización puramente funcional de enteros sectores o ámbitos de actividad; la inserción en éstos de la técnica clave del servicio universal, así como las no menos importantes de las obligaciones de servicio público y de compensación; la introducción de la lógica de la libre competencia en la adjudicación de contratos del sector público; y la de origen comunitario llamada autorregulación regulada.
- b) Todo el instrumentario del Derecho administrativo de intervención y, en particular, la supervisión, que lejos de ser incompatible, sigue siendo irrenunciable obviamente según las características del ámbito o sector de que en cada caso se trate.

En este sentido, la tesis de K. Waechter⁴⁴ ya expuesta de la Administración como actividad para la satisfacción de necesidades sociales aboca a las siguientes conclusiones:

- i) Procedencia de la diferenciación, en orden a la satisfacción de necesidades sociales, entre las siguientes decisiones públicas: regulación, planificación, organización y supervisión, de modo que la privatización funcional de que se ha venido hablando se sitúa cabalmente en la fase de la decisión sobre la organización de la satisfacción de la necesidad que sea del caso.
- ii) Existencia de un conjunto de principios generales que rigen toda actividad de satisfacción de necesidades sociales (materialmente pública, cualquiera que sea la forma en que se desarrolle).
- iii) Sujeción, por tanto, también de la actividad de los sujetos privados dirigida a la satisfacción de necesidades sociales (en virtud de la organización de ésta mediante entrega al mercado) desde luego a los principios (derivados de la teoría del servicio público) de continuidad, igualdad (acceso general en condiciones asequibles e igualdad de los ciudadanos en la prestación), suficiente calidad (también en el tiempo y, por tanto, adecuación a la evolución de las condiciones de prestación y, en especial, variación de la demanda y compensación por modificaciones imperativas).
- iv) Sometimiento consecuente de la actividad de los sujetos privados a control y supervisión públicos.

⁴⁴ K. WAECHTER, op. cit. en nota 10, especialmente pp. 273 y ss.

La pertenencia a la privatización funcional de tareas y cometidos de la supervisión radica en la inscripción de ésta en la responsabilidad estatal de garantía, toda vez que ésta tiene como correlato necesario la habilitación para la observación, es decir, la vigilancia, la regulación y, justamente, la supervisión. Si la constatación en el contexto de la vigilancia de una situación deficiente determina la procedencia de la adopción de medidas regulatorias, la supervisión tiene por objeto la observancia de los deberes que resultan de los principios antes expuestos. Este objeto la hace análoga a la supervisión orgánica sobre los entes locales, en la medida en que ésta persigue el cumplimiento regular de sus tareas por dichos entes, pero respetando su autonomía. Pues ha de tenerse en cuenta que en la privatización funcional los sujetos privados cumplen tareas materialmente públicas, lo que permite un cierto paralelismo con la ejecución administrativa delegada. La semejanza llega incluso más allá, pues si la supervisión orgánica sobre los entes locales es también de oportunidad, la supervisión económica de sujetos privados no es tampoco solo de estricta legalidad (incluyendo decisiones adoptadas en el contexto de márgenes de mayor o menor discrecionalidad). En la medida en que en la privatización funcional cabe hablar, así, de un condominio estatal-sujetos privados sobre las tareas y los cometidos correspondientes, es posible jurídicamente, finalmente, la privatización funcional también de la propia supervisión (dando lugar así a la retención por la Administración de una supervisión superior o última).

Blanca Cid Villagrasa*

Las teorías aplicadas a la práctica en la realidad jurídica de la Unión Europea

“Cread un hecho: la inteligencia lo justificará”
Luis Legaz y Lacambra¹

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS DIFERENTES TEORÍAS DE LA PRIMACÍA.—2.1. Monismo.—2.2. Dualismo.—2.3. Pluralismo.—III. EL RECONOCIMIENTO PRÁCTICO DE ESTAS TEORÍAS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE.—3.1. Los postulados monistas y su aplicación por el Tribunal de Justicia.—3.2. Los tintes pluralistas en la jurisprudencia europea desde el Tratado de Lisboa.—IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIÓN EUROPEA.—4.1. La Unión Europea como organización internacional.—4.2. La Unión europea como Estado federal o confederal.—4.3. La Unión Europea como Estado constitucional.—V. CONCLUSIONES.

RESUMEN

La primacía del Derecho de la Unión representa aun hoy, uno de los misterios más fascinantes y controvertidos del Derecho. No por su originalidad, “pacta sunt servanda”, sino por haberse convertido en el eje jurídico principal del proceso de integración europeo. El principio de primacía del Derecho de la Unión se ha instalado en la jerga de la jurisprudencia europea tanto en su vertiente estructural como normativa.

Por esta razón, el presente Estudio se centra en las tres teorías (monismo, dualismo y pluralismo) que intentan explicar este fenómeno desde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y, en consecuencia también en el estudio de las diferentes teorías que intentan explicar la naturaleza jurídica de la Unión Europea, que si

* Letrada de la Asamblea de Madrid.

¹ LEGAZ Y LACAMBRA, L. (2004) “La primacía de lo espiritual en la construcción jurídica internacional (la base sociológico-axiológicas del nacionalismo y del internacionalismo)”, *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*, vol. 5, pp. 387-433.

bien son muy difíciles de sistematizar, se pueden englobar en dos: las internacionalistas (con su variante supranacionalista) y las federalistas y/o constitucionalistas.

PALABRAS CLAVE: Primacía del Derecho de la Unión Europea, monismo, dualismo, pluralismo, naturaleza jurídica de la Unión Europea.

ABSTRACT

The primacy of the European Union Law represents, even today, one of the most fascinating and controversial mysteries of the Law. This is not due to its novel-nature, “pacta sunt servanda”, but due to the fact that it has become the main juridical axis for the European integrating process. The principle of primacy of the European Union Law has been widely spread within the European jurisdictional jargon, both in its structure and in its norms.

For this reason, this analysis will focus on the three theories (monism, dualism and pluralism) that try to explain this phenomenon based on the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. Consequently this analysis will also study the different theories that try to explain the juridical nature of the European Union. These theories, on the one hand, are very difficult to systematize, but on the other hand could be included in two groups, namely the internationalists (with its supranationalist version) and the federalists and/or constitutionalists.

KEY WORDS: *Primacy of the European Union Law, monism, dualism, pluralism, juridical nature of the European Union.*

I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los principios de primacía y eficacia directa del Derecho europeo, y como consecuencia de ello la posición que este derecho ocupa en el Derecho nacional de los Estados miembros y el Derecho internacional sigue siendo un tema polémico entre la doctrina.

Ahora bien, si prácticamente ningún sector doctrinal discute que a través de vías distintas, con justificaciones diversas según los Estados y la doctrina, y con una mayor o menor seguridad jurídica, la primacía del Derecho europeo sobre la ley nacional anterior y posterior ha acabado por imponerse², no cabe decir lo mismo respecto a la imposición de este derecho

² GORDILLO PÉREZ, L. I. (2013) “Las relaciones entre el Derecho constitucional nacional y el Derecho de la Unión Europea: principios clásicos y nuevas tendencias”, *Revista de Derecho público y diálogo multidisciplinar*, Universos Jurídicos, Instituto de Investigaciones Jurídicas /Universidad Veracruzana Xalapa, Veracruz, México, Año 1, núm. 1, noviembre – abril 2013, pp. 43-137. Ver también en <http://revistas.uv.mx/index.php/univerjuridicos/index>. Recuerda este autor que la argumentación que conduce al juez nacional a reconocer la primacía de la norma europea no tiene nada de extraordinario, dado que ésta encuentra su origen en el propio Derecho constitucional nacional, ya se trate de una cláusula clásica que establezca la supremacía de los tratados internacionales

sobre el Derecho constitucional nacional y el Derecho internacional, y, más concretamente en materia de derechos humanos.

En efecto, tras la aprobación del Tratado de Lisboa el 18 de octubre de 2007, con el reconocimiento de la cláusula de salvaguardia de las identidades constitucionales de los Estados miembros y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión con el mismo valor jurídico que los Tratados, el reconocimiento de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (como principios generales del Derecho de la Unión) y la obligación³ de la UE de adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴, se ha empezado a cuestionar el principio de primacía del Derecho de la Unión.

Y, es que la aprobación del Tratado de Lisboa ha reafirmado, por un lado, el carácter limitado de la trasferencia de soberanía efectuada por los Estados a favor de la UE y, por otro, ha creado, en materia de derechos humanos, un espacio jurídico europeo en el que confluyen diferentes ordenamientos cuya aplicación ya no va a depender del principio de jerarquía sino de competencia. Lo que a su vez ha generado que los tribunales, tanto nacionales como internacionales, empiecen a plantear sus dudas respecto al intérprete último del Derecho nacional e internacional cuando entra en conflicto con el Derecho europeo.

o (actualmente), una más específica relativa a la pertenencia del Estado en cuestión a una organización supranacional. Ver también LEHMANN, W. (2010) “Democracia europea, identidad constitucional y soberanía: Repercusiones de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa en la doctrina constitucional europea”. European Parliament, Departamento Temático, Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, C. Brussels. Ver en <http://www.europarl.eu/studies>. Este autor recuerda que en las constituciones de posguerra de los tres mayores Estados fundadores de las Comunidades europeas (Francia, Italia y Alemania) se habían introducido disposiciones que dejaban margen para limitaciones de soberanía o el traspaso de competencias a organizaciones internacionales por medio de un tratado. El resto de los Estados miembros, salvo el Reino Unido y Finlandia, aprobaron cláusulas constitucionales similares antes de su adhesión a la UE. Pero sólo Francia decidió modificar su Constitución a raíz de la ratificación del Tratado de Lisboa, p. 17.

³ LLOPIS NADAL, P. (2015) “La necesidad procesal de la adhesión de la Unión Europea al CEDH: un asunto que continúa pendiente tras el Dictamen 2/13 del TJUE”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 29, pp. 1-39.

⁴ El artículo 4.2 del TUE dice: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional...” y el artículo 6 dice: “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

Dudas que el Tribunal de Justicia de la UE no se plantea pues al elevar la Declaración número 17 (aneja al Tratado)⁵ el principio de primacía a la categoría de principio fundamental de la UE, le sirve de base suficiente para seguir considerándose el Tribunal que tiene la última palabra cuando una norma nacional entre en conflicto con la norma europea. Lo que ha llevado a Fausto Vecchio⁶ a entender que la codificación de la regla de la primacía se ha hecho salir por la puerta para dejarla entrar por la ventana.

Resultado de lo anterior, será que el Tribunal de Justicia se acoge a una postura netamente monista del Derecho europeo. Ya que se basa en el carácter definitivo de la transferencia de soberanía de los Estados miembros a la UE y el papel existencial de la primacía del Derecho europeo designada como base jurídica de la Unión.

Frente a la postura de algunos tribunales nacionales e internacionales que consideran que, a pesar de la reticencia del TJUE de acudir a los ordenamientos jurídicos nacionales o internacionales, al reconocer los Tratados principios tales como: la identidad nacional, la subsidiariedad, las tradiciones constitucionales nacionales, la CDFUE y el CEDH, está obligado a abandonar las posturas monistas y dejar entrar a ciertos postulados dualistas.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina, fundamentalmente tras la sentencia *Kadi*, considera necesario superar estas teorías y reconocer que el TJUE se ha visto obligado a aproximarse a la teoría pluralista, y, más concretamente a la teoría del constitucionalismo multinivel, ya que se ha visto forzado a reconocer la existencia de múltiples sistemas normativos. Pues, aunque el Derecho europeo sea un derecho diferente del Derecho internacional y nacional, que sólo puede ser enjuiciado por los jueces europeos, se integra en ambos.

Monismo, dualismo y pluralismo al que me referiré en los epígrafes siguientes para a través de estas teorías intentar averiguar qué tribunal tiene la última palabra y cuál es la naturaleza jurídica de la Unión Europea. Pues la convivencia conjunta de diferentes órdenes legales autónomos, sin cláusula

⁵ Recordar que el principio de primacía del Derecho europeo sobre el Derecho nacional estaba incorporado en el artículo I.6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 29 de octubre de 2004. Pero, el resultado negativo de su aceptación por referendo en Francia y los Países Bajos paralizó el proceso de su aprobación y terminó finalmente con la aprobación del Tratado de Lisboa que excluyó este precepto deliberadamente. Sin embargo se incorporó en la Declaración 17 establece que: “*La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia. Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260): Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007. Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/64 (1) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia*”.

⁶ VECCHIO, F. (2012) “primacía del Derecho europeo y contra límites como técnicas para la relación entre ordenamientos” REDCE, año 9, núm.17, enero-junio 2012, pp. 67-102.

de supremacía inequívoca que regule las relaciones de jerarquía entre ellos o que especifique la ley de leyes, afectará al comportamiento de los encargados de interpretar y aplicar las normas de esos ordenamientos jurídicos, y, con ello la determinación del tribunal que debe tener la última palabra.

Ahora bien, el llegar a una u otra conclusión dependerá de la jurisprudencia que se estudie (la nacional, europea o internacional)⁷. Es por ello, por lo que en el presente estudio me ceñiré a los fallos y resoluciones del TJUE por un lado, en relación con el Derecho nacional de los Estados miembros y, por otro en relación con el Derecho convencional o internacional.

II. LAS DIFERENTES TEORÍAS DE LA PRIMACÍA

Si partimos de la concepción clásica del Derecho internacional como *el conjunto de normas positivadas por los poderes normativos peculiares de la Comunidad internacional*⁸, cabe llegar a la conclusión de que el Derecho internacional es un ordenamiento jurídico cuyo destinatario es el Estado y que se limita a regular las relaciones diplomáticas entre los Estados, la distribución de los espacios y las competencias entre los diversos países. Razón por la cual no goza aún de ninguna norma general que disponga cómo los respectivos Estados deben incorporarlo en sus sistemas jurídicos internos. De hecho, ni siquiera existe la obligación general de hacer que ingrese en el Derecho interno. Ello significa que se haga depender la aplicación del Derecho internacional en el Derecho interno de cada Estado de su forma de gobierno, prácticas internacionales, sistema constitucional de establecer las relaciones diplomáticas, declarar la guerra, firmar la paz, suscribir tratados, etc⁹.

Es decir, al ser los Estados los principales creadores y receptores del Derecho internacional, la eficacia de la norma internacional dependerá en amplia medida de que los ordenamientos jurídicos estatales estén conformes en que las reglas internacionales se apliquen y se les de efecto. De este modo, el Derecho internacional remite al ordenamiento jurídico interno

⁷ MADURO, M.P. (2003) "Las formas del poder constitucional de la Unión Europea", *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 119, enero-febrero. Este autor recuerda que si un extraterrestre se interesase en la relación entre el Derecho europeo y el derecho nacional, su percepción de la realidad variaría considerablemente dependiendo si aterrizarase sobre el TJUE o sobre alguno de los Altos tribunales nacionales. Hay algo, que sin embargo no cambiaría: no tendría ninguna duda acerca de la cuestión de la última autoridad, pues si uno lee exclusivamente la jurisprudencia del TJUE sobre las relaciones entre Derecho de la Unión y derecho nacional se encontraría con la primacía absoluta del Derecho europeo, y si leyese exclusivamente la jurisprudencia de algún Alto tribunal nacional seguiría estando convencido de que no hay ninguna duda acerca de quién tiene en última instancia la autoridad, pero en este caso se trataría de las Constituciones nacionales, pp. 13-16.

⁸ Según la definición de Pastor Ridruejo. Ver PASTOR RIDRUEJO, J.A. (1996) "Curso de Derecho internacional Público y Organizaciones Internacionales", Ed. 6.^a, Madrid.

⁹ LOAYZA JUÁREZ, J. E. (2008), "Las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho Internacional", Cap. 3 de la Tesis, *Relación entre el Derecho de los Tratados y el Derecho interno: modificación constitucional acerca de la declaración de inconstitucionalidad de un Tratado por el Tribunal Constitucional peruano, en base a una armonización en el Derecho*, Lima, Perú, diciembre, pp. 147-200.

de cada Estado la decisión acerca de cómo habrán de incorporarse las normas de Derecho internacional en el Derecho interno. Así, las normas de un Estado pueden disponer la aplicación automática y directa de las normas internacionales en el ámbito interno, o exigir que cada norma convencional tenga que ser receptada por una norma interna que la incorpore¹⁰.

Todo lo anterior supone que se deje en manos del orden jurídico interno resolver las relaciones de jerarquía normativa entre la norma internacional y la norma interna. Cuestión ésta que es de gran interés, no sólo porque desde el punto de vista positivista permite analizar la repuesta que ofrece cada uno de los ordenamientos jurídicos acerca de cómo se integran las normas internacionales en su orden jurídico interno, sino también porque permite al juez averiguar cuál es la norma aplicable en cada caso concreto, o lo que es lo mismo, qué posición ocupa la norma internacional en la jerarquía de las fuentes de Derecho interno. Ante tales interrogantes surgieron las teorías monista y dualista tendentes a averiguar, por un lado, si el Derecho internacional y el Derecho interno configuran dos órdenes jurídicos independientes y separados entre sí, o, si constituyen una rama de un mismo tronco común; y por otro, el problema de las jerarquías de los órdenes jurídicos, es decir, cuál prima entre ellos.

Ahora bien, como recuerda José Martín y Pérez Nanclares¹¹ parece claro que desde la globalización y la consiguiente intensificación de las relaciones transnacionales, el Derecho internacional ha pasado a ordenar conductas inmediatamente exigibles a los individuos o que los tienen por beneficiarios, pues ha pasado a fragmentarse de tal forma que regula materias que antes correspondían de forma exclusiva a la jurisdicción interna de los Estados. Esta internacionalización incide muy directamente en el contenido de las normas jurídicas de los ordenamientos nacionales, una de cuyas consecuencias es una cierta convergencia entre ordenamientos jurídicos y una multiplicación de jurisdicciones internacionales¹².

En efecto, tras la Segunda Guerra mundial, se han generado en Europa dos procesos interestatales que constituyen hitos jurídicos muy notables

¹⁰ Por estas razones muchos autores niegan la existencia del Derecho internacional. Aunque la razón de esta actitud negadora no es la misma en todos. Están aquellos que identifican más o menos abiertamente el Derecho con la fuerza y la coacción, y no pueden reconocer la existencia del Derecho internacional, pues es un Derecho en el que falta esta autoridad sancionadora incondicionada, quedando su cumplimiento al arbitrio de las partes. Otros, sin embargo, lamentan que no exista, ni acaso pueda existir, un Derecho internacional positivo, aunque se afirme la existencia de una moral que se imponga a los Estados en sus relaciones exteriores. Finalmente están aquellos que ven en estas imperfecciones técnicas del Derecho internacional, un sistema jurídico *sui generis* o de “derecho imperfecto”. Ver LEGAZ Y LACAMBRA, L. (2004), op. cit., pp. 390-391.

¹¹ MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J. (2013) “El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo jurídico europeo”. En *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 161-208, en concreto p. 169.

¹² Así este autor se refiere al Tribunal Internacional del Derecho del Mar de Hamburgo, o los mecanismos de la OMC con carácter universal, el TEDH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el TJUE, etc.

para el Derecho internacional y para el Derecho constitucional nacional: uno consistente en la articulación de mecanismos eficaces para la protección internacional de los derechos humanos en torno al Consejo de Europa; y otro encaminado a la construcción económica y política que, sobre la base inicial de un mercado común, ha conducido a la actual Unión Europea. Aunque el devenir de ambas empresas ha discurrido por caminos diferentes, la primera lo ha hecho por el cauce de la cooperación y la segunda por el de la integración¹³.

La aparición del particular como sujeto en el ámbito del Derecho internacional público tuvo lugar a lo largo del s. XX¹⁴, siendo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) el primer instrumento que le reconoció como actor con pleno *ius standi* en el nivel regional de garantías. La aprobación de un catálogo internacional de derechos con carácter jurídico vinculante y su refuerzo mediante la creación de un órgano de fiscalización, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han hecho del sistema del Convenio de Roma el más completo y desarrollado sistema de protección de los derechos del particular en el ámbito internacional¹⁵.

Por otro lado, la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero¹⁶, junto con la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica¹⁷ a la que seis Estados europeos transfieren un conjunto de competencias de carácter casi exclusivamente económico y que pasan a ser ejercidas por unas instituciones comunes, convirtieron a la Comunidad Europea primero y a la Unión Europea después, y con ella al Derecho europeo, en un subsistema de Derecho internacional de carácter supranacional, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dotado de autonomía, primacía y eficacia directa.

Ambos subsistemas de Derecho internacional, a través de sus tribunales han revolucionado la aplicación del Derecho internacional y han transformado a sus Organizaciones internacionales en organizaciones de naturaleza *sui generis* a caballo entre lo internacional y nacional o más concretamente constitucional. Y, en concreto, el TJUE encarna sin duda la jurisdicción internacional más evolucionada de cuantas existen en el panorama mundial.

Consecuencia de lo anterior, la doctrina empieza a elaborar nuevas teorías que intenten resolver el problema de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno, lo que reabrirá de nuevo el debate monismo *versus* dualismo.

¹³ MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J., op. cit., pp. 170-171.

¹⁴ En concreto mediante la creación del Consejo de Europa a través del Estatuto de Londres de 5 de mayo de 1949 y la posterior aprobación del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1953.

¹⁵ MONTESINOS PADILLA, C. (2015) “Nivel internacional: restricciones en el acceso al TEDH y la problemática ejecución de sus sentencias”, Cap. III, de la Tesis, *Titela multinivel de los derechos: Obstáculos procesales*, Dir. Pablo Pérez Tremps /Itziar Gómez Fernández, Universidad Carlos III de Madrid, enero, pp. 189-330.

¹⁶ Con la firma del Tratado de París, de 18 de abril de 1951.

¹⁷ Con la firma de los Tratados de Roma, de 25 de marzo de 1957.

Este debate se inició con la obra “*Völkerrecht und Landesrecht*” del jurista Heinrich Triepel en 1889, cuando publicó su postulado dualista y supuso como reacción la posición contraria o monista por los seguidores del positivismo jurídico¹⁸. Tras el surgimiento de las nuevas formas de entender y aplicar el Derecho internacional (fundamentalmente por el TEDH y el TJUE) en donde las normas nacionales se entremezclan con las internacionales y/o supranacionales de forma totalmente nueva, un sector de la doctrina ha ampliado el debate a nuevos postulados que intentan explicar la articulación e interpretación de la realidad jurídica, a través del pluralismo.

2.1. Monismo

Los positivistas parten de la premisa de que la fuerza obligatoria del ordenamiento jurídico se encuentra fuera del individuo y del Estado, e invocan la unidad del orden jurídico. Lo que les lleva al reconocimiento de un único sistema jurídico.

Las dos escuelas más famosas en las explicaciones objetivistas son: la escuela de Viena que surgió en el periodo de entre guerras (1918-1938) con Hans Kelsen como máximo exponente, quien en su “*Teoría Pura del derecho*”, fundamentó sus análisis en el Derecho constitucional y el Derecho internacional; y, la escuela francesa realista de Georges Scelle, inspirada por Leon Duiguit quien, en sus obras de 1901 y 1903 combate, a través de las tres negaciones, la doctrina alemana del Estado y del Derecho, la concepción francesa del Estado y la Teoría de los derechos fundamentales basada en la soberanía absoluta del Estado.

Para Hans Kelsen como “*nadie puede servir a dos señores*”, una construcción monista del derecho resulta inevitable y por ello, no debería existir una línea demarcatoria que separase el Derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Kelsen era de la creencia de que una centralización creciente desembocaría en una comunidad jurídica organizada que se extendería a todo el Orbe y constituiría un Estado mundial. Partiendo del razonamiento lógico, llegó a la creencia de que tanto las normas del Derecho internacional como las de Derecho nacional, son normas jurídicas y por tanto simultáneamente válidas, pues, la fuerza obligatoria del ordenamiento jurídico se encuentra fuera de la voluntad del individuo o del Estado, y demanda la unidad del orden jurídico. En este sentido el Derecho es un conjunto normativo, y, todo sistema normativo está determinado por su fuente, la cual es el único fundamento de validez. En la medida en que el Derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias, y no

¹⁸ MALPICA DE LAMADRID, L. (2002) “Relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno”, Cap. 3, en *La influencia del Derecho internacional en el Derecho mexicano: la apertura del modelo de desarrollo de México*. Ed. Limusa, S.A. Mexico, pp. 69-73.

como conjunto de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente.

En presencia de dos sistemas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. Para que el Derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una subordinación o de una coordinación¹⁹.

En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña, así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa.

En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Por su parte Leon Duguit²⁰ parte de que el Derecho es el que atiende y se ocupa de la problemática generada por los hechos sociales; el Derecho, en consecuencia, no puede mirarse más bajo la óptica del individualismo jurídico, productos de la metafísica científica, sino bajo el sentido de lo colectivo, pasando en esta dinámica a constituirse en un Derecho en esencia social, objetivo y positivo; nominado por el mismo Duguit, como “Derecho Social”. Situación que da como resultado palpable en el pensamiento de Duguit, el que el Derecho es un producto de la vida social, que surge de las necesidades evolutivas de la misma sociedad. Conforme a los postulados de la teoría realista, en la base del Derecho, tan sólo puede subyacer solidaridad humana en relación con los conflictos propios de la interdependencia social; de aquí la necesidad de que cualquier construcción jurídica se haga a partir del hecho social²¹.

La teoría realista de Leon Duguit fue aplicada al Derecho de gentes por sus dos grandes discípulos: Nicolás Polítis y George Scelle, quienes desarrollan su aplicación al Derecho internacional fundamentando este derecho en unos principios objetivos superiores a los Estados: la solidaridad y la justicia, y, entendieron que el carácter obligatorio del Derecho internacional no es para los Estados personificados, sino para los individuos, únicos sujetos del

¹⁹ KELSEN, H. (1986) “Teoría Pura del derecho”, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Vigésimo tercera edición, pp. 206-207.

²⁰ DUGUIT, L. (2013) “Soberanía y Libertad”. Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New York, 1920-1921). Dir. José Luis Montero Pérez, Colección Crítica del Derecho, Ed. Granada, Comares, pp. 1-159.

²¹ ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, J. (2011) “León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 5, primer semestre/2011, pp. 43-86.

Derecho internacional. Por ello, Scelle²² consideró que entre el Derecho internacional y el Derecho interno hay una relación de delegación, a la que denomina “*monismo jurídico integral o social*”. La fuente de este derecho social es única y se encuentra en el hecho social. El monismo jurídico social consigue de esta forma suprimir toda oposición entre el tradicional Derecho interno y el tradicional Derecho internacional, para fundir los dos en un derecho inter-social unificado, pues hace descansar la unidad del sistema jurídico sobre la unidad social de los grupos que entran en relación.

Ahora bien, es evidente que el orden jerárquico de las normas dependerá del punto de partida elegido por su intérprete; es por ello por lo que, tanto Adolf Merkl²³ como Hans Kelsen, sostienen que desde un punto de vista científico los dos sistemas a cuyo nacimiento puede conducir el monismo, ya sea la primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno o a la inversa, son aceptables para fundamentar el sistema jurídico total. La formulación de la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional variará, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro²⁴.

A) *Primacía del Derecho interno*

Esta teoría ha sido defendida en Alemania por la denominada escuela de Bonn, entre otros por Albert Zorn, Erich Kaufmann y Max Wenzel en cuanto a la teoría del Derecho estatal interno²⁵ y por Rudolf Ihering,

²² SCELLE, G. (1932) «*La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens*», *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, núm. 2 y POLITIS, N (1932) «*L'influence de la doctrine de L. Duguit sur le développement du droit international*», *Trabajos publicados en los Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique*, núms. 1-2.

²³ MERKL, A. (2004) “*Teoría general del derecho administrativo*”, Ed. Comares. Ver también KUCSKO STADLMAYER, G. “La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del Derecho”, Revista de la Facultad de Derecho de Méjico, pp. 243-258, ver en www.juridicas.unam.mx o www.derecho.unam.mx

²⁴ LOAYZA JUÁREZ, J. op. cita, pp. 147 y ss.

²⁵ ZORN, A. (1903) “*Grundzüge des Völkerrechts*”, Ed. 2^a, Leipzig, para este autor el Derecho internacional se trasforma así en el “derecho externo del Estado”, en la medida en que sólo se le puede atribuir juridicidad cuando ha sido incorporado por la legislación de cada uno de los Estados. KAUFMANN, E. (1911) “*Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus*” Tübingen, Mohr, pp. 7-12. En esta obra el autor expone la teoría del Estado total como realidad histórica y espiritual de Europa y sobre la base de la cláusula *rebus sic stantibus* ha negado el Derecho internacional. Para Kauffmann la opinión acerca del Derecho internacional como superior al Estado surgió de un nihilismo moral, no histórico. Debido a que el Estado -y no el reinado superficial y discontinuo del cosmopolitanismo- era la inclusión concreta de la espiritualidad humana, el Derecho internacional no podía aspirar nunca a una normatividad mayor que el Estado. WENZEL, M. (1909) “*Zur Lehre von den vertrasmässigen: Elementen der Reichsverfassung*” Tübingen. Según este autor, el Estado, como expresión absoluta de soberanía, decide, autónomamente, obligarse en el plano internacional, sin más requisito que su propia voluntad, pudiendo dar por terminado, también unilateralmente, cualquier compromiso. Ver también (1920) “*Der Begriff des Gesetzes: zugleich eine Untersuchung zum Begriff des Staates und Problem des Völkerrechts*” Ed. F. Dümmler, pp. 1-529.

Raymond Carré de Malberg y sobre todo Georg Jellineck en cuanto a la teoría de la autolimitación del Estado²⁶. Según esta concepción, el Derecho internacional deriva del Derecho interno, por lo que prima el orden interno en el internacional. La ausencia de una autoridad supraestatal, es un presupuesto base que determina el que cada Estado establezca libremente sus obligaciones internacionales, siendo en principio juez único de la forma de ejecutarlas. El Estado soberano está por encima del Derecho internacional, de forma que éste no puede ser más que un derecho estatal externo, ya que sus reglas derivan de la misma fuente que las del Derecho interno, es decir, de la voluntad del Estado mismo. Aunque otra de sus tesis estriba en el fundamento puramente constitucional y por consiguiente interno de las obligaciones competentes para concluir tratados en nombre del Estado y comprometer a éste en el plano internacional. Esto es, como dice Charles Rousseau²⁷, al no considerarse obligatorio el Derecho de gentes, éste se encuentra subordinado al Derecho interno de cada Estado y en él fundamenta su existencia, así el Derecho internacional se convierte en un derecho público externo, pues su fuerza obligatoria deriva de su reconocimiento por el Derecho interno.

B) *Primacía del Derecho internacional*

La postura anterior fue fuertemente criticada por Hans Kelsen quien entendió que, aunque se partiese de la *metáfora de que la validez del Derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido, aun así estaríamos en presencia de un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía de un Derecho nacional que desempeña el papel de un orden jurídico supremo*²⁸. Ahora bien, el dogma de la soberanía del Estado y su consecuencia, la primacía del orden jurídico nacional, sólo cabe hacerlo desde una concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al “yo” en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del “yo”. El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del “yo” y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del “yo” soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del “yo”, que revindique la misma soberanía, un “tu” que quiera ser un “yo”, pueda tener la misma naturaleza que un “yo”²⁹.

²⁶ IHERING, R. (1998) “*El fin en el derecho*”, Ed. Comares. JELLINECK, G. (1981) “Teoría general del Estado”, Albatros, Buenos Aires. Este autor elabora su teoría de la autolimitación del Estado y gracias a él tenemos la teoría de los derechos públicos subjetivos. La doctrina de la autolimitación supone que el Estado se subordina al orden jurídico en virtud de su propia potestad y puede asegurar mejor el respeto de ese orden por cuanto ha sido el primero en sujetarse al mismo, renunciando a su fuerza originaria.

²⁷ ROUSSEAU, CH. (1996) “*Derecho internacional público*”, Barcelona, Ed. Ariel.

²⁸ KELSEN, H, op. cita, p. 210.

²⁹ KELSEN, op, cita, p. 210.

Al referirse al “futuro del Derecho internacional”³⁰, la tesis central de Kelsen es el monismo o la supremacía del Derecho internacional³¹. La construcción monista de la primacía del Derecho nacional, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos, de donde resultaría también que no hay Derecho internacional en el sentido propio del término. Si el Estado es tomado como base de la construcción, sería el único que tendría el carácter de un orden jurídico, lo que significaría que el Derecho internacional se estuviese transformando en Derecho nacional. Habría tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y en cada uno de estos sistemas otro Estado estaría sirviendo de base a la construcción. Para Kelsen el gran obstáculo para el desenvolvimiento del Derecho internacional es la idea de soberanía, tal como se sostuvo en el derecho público a lo largo del siglo XIX y en las primeras décadas del XX. Sólo desplazando esa doctrina sería posible que el Derecho internacional pasara de un estadio “primitivo” al de una comunidad de naciones, o *civitas maxima*, “también en el sentido político-material de esta palabra”.

Es por ello, por lo que este autor parte de la primacía del Derecho internacional, pues la tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él, se funda en el Derecho internacional positivo, el cual determina, en efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del Derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene carácter constitutivo. El Derecho internacional no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, pues su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del Derecho internacional.

Establece así su famosa teoría piramidal, hasta llegar a la norma hipotética fundamental, que es la *pacta sunt servanda*. La primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno se explica porque el Derecho internacional regula las relaciones entre Estados jurídicamente iguales, y en él existen normas que tienen una existencia objetiva, independiente de la voluntad de los Estados. El carácter objetivo del Derecho internacional frente a los Estados no consiste sólo en una objetividad formal, sino que implica a la vez que tiene una fuente propia, diferente de la del Derecho interno.

Por su parte Alfred Verdross³², considera que sólo se puede explicar de forma adecuada la realidad jurídica a través de la teoría del monismo moderado o estructurado, donde aun persistiendo la independencia entre De-

³⁰ KELSEN, H. (1928) “Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre”, Scientia Verlag, Aalen, 1981, reimpresión de la segunda edición de 1928.

³¹ VILLAR BORDA, L. (2006) “Hans Kelsen y el Derecho internacional” *Derechos y Libertades*, núm. 14, Época II, enero 2006, pp. 221-234.

³² VERDROSS, A. (1923) “Die Einheit des rechtlichen Weltbildes”, Tübingen.

recho Interno y Derecho Internacional, cada uno de ellos goza de su propia individualidad, de manera que la norma interna no es nula pero puede generar responsabilidad jurídica internacional del Estado cuando contravenga las normas del Derecho Internacional. Aun reconociendo desde luego la posibilidad de conflictos entre el Derecho internacional y el Derecho interno, se advierta que tales conflictos no tienen carácter definitivo y encuentran su solución en la unidad del sistema jurídico. Esta teoría, postula la distinción entre el Derecho internacional y el Derecho estatal y la primacía del Derecho internacional sobre el interno, pero, a la vez, subraya la conexión de ambos ordenamientos dentro de un sistema jurídico unitario basado en la “*constitución de la comunidad jurídica internacional*”. Sin embargo, Alfred von Verdross en su última obra *Völkurrecht* (1937 y 1950) se emmarcará en el más clásico iusnaturalismo, y llegará a la conclusión de que el derecho natural es el conjunto de principios que resultan necesariamente de la naturaleza de los grupos humanos. Estos principios se reflejan igualmente en la conciencia jurídica y en el sentimiento jurídico de los miembros de tales grupos. Como los preceptos jurídicos positivos son deducciones y aplicaciones de principios jurídicos materiales, los principios generales del derecho son, según Verdross, el punto de unión entre el derecho natural puro y el derecho positivo. Tales principios iluminan completamente el orden jurídico internacional.

Boris Mirkine-Guetzvitch³³ formula una explicación monista de tales relaciones a través del método histórico-empírico, basada en el “*principio de unidad del derecho público*” que descansa sobre “*la unidad de conciencia jurídica y sobre la unidad empírica de la evolución histórica*”. Este autor considera que el Derecho internacional es universal, independientemente de todas las controversias en torno al Derecho internacional regional, puesto que los más avisados partidarios del regionalismo reconocen que hay un cierto número de reglas internacionales que tienen alcance universal. El Derecho constitucional, por el contrario, no es universal, varía de país a país. A veces se habla de tipos constitucionales, pero jurídicamente, las constituciones que más se parecen siempre son diferentes. Y, si con frecuencia, las constituciones tienen una base común, jurídica e históricamente es cada constitución un fenómeno individual. El Derecho internacional es universal, el Derecho constitucional, por el contrario, es individual. Hay tantos regímenes como Estados, y por eso no se puede ignorar el problema del régimen político del Estado concreto, y, no se puede en consecuencia admitir la existencia de un Estado abstracto. Premisas éstas sobre las que construyó su teoría del constitucionalismo internacional. Esta concepción acepta pues que un derecho deriva de otro, llegándose a una concepción unitaria del orden jurídico con base en el principio de primacía.

En este sentido hay quienes opinan que existen dos teorías monistas: la que considera que el Derecho internacional está subordinado al Derecho

³³ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. (2009) “*El Derecho constitucional internacional*”, Ed. Reus, Colección Clásicos del Derecho, pp. 1-406.

nacional y la que asume que el orden jerárquico ubica al Derecho interno por debajo del Derecho internacional, ya que es de éste de donde nace un orden normativo superior. Según la primera posición, el Derecho internacional no requiere ninguna transformación o recepción, para tener fuerza obligatoria pues deroga de pleno derecho las reglas de Derecho interno que sean incompatibles con él.

2.2. Dualismo

La tesis dualista postula que los dos ordenamientos jurídicos son independientes, distintos, separados o impenetrables. Se concibe el Derecho internacional como un sistema de relaciones exclusivamente entre Estados. Por lo que sus normas sólo pueden penetrar en la esfera del Derecho nacional en virtud de un acto específico de transformación que emana del legislador nacional. Esta tesis ha sido expuesta principalmente en Alemania por Heinrich Triepel, Karl Strupp y Paul Heilborn, y, en Italia por Dionisio Anzilotti, Arrigo Cavaglieri, Giulio Diena y Gabriele Salvioli aunque las dos exposiciones más brillantes que han devenido clásicas son la de Heinrich Triepel³⁴ y Dionizio Anzilotti³⁵. Los dualistas consideran que el Derecho interno e internacional son dos sistemas jurídicos iguales, independientes y separados y no se confunden ni se mezclan jamás. El valor propio del Derecho internacional es independiente del Derecho interno y el de éste lo es del internacional. Estos autores sostienen que hay diferencias estructurales, confirmadas por la praxis, entre ambos ordenamientos. Gaetano Morelli³⁶ señala que, además de diferentes, el Derecho internacional y el Derecho interno son dos ordenamientos separados debido al “*carácter originario*” que tiene cada uno de ellos, dado que reposan en normas fundamentales diferentes.

Estas diferencias estructurales vienen determinadas por razones de principio y de hecho.

Las razones de principio se deducen de la diversidad de fuentes del derecho por un lado, pues los dos órdenes jurídicos emanan de fuentes distintas (el Derecho interno procede de la voluntad unilateral del Estado y el Derecho internacional general dimana de la voluntad común de varios Estados), y de la diversidad de sujetos por otro, pues las normas internacionales tienen como sujeto a los Estados y, en cambio, las normas internas están destinadas únicamente a los individuos.

Las razones de hecho se apoyan a su vez en la diferente estructura de los órdenes jurídicos, ya que las instituciones destinadas a la realización coercitiva del derecho sólo existen con carácter permanente en el orden interno, y, en la validez de las normas internas irregulares, ya que las leyes nacionales

³⁴ TRIEPEL, H. (1899) “*Völkerrecht und Landesrecht*”.

³⁵ ANZILOTTI, D. (1935) “*Curso de Derecho internacional*”. Tomo I, Ed. Reus.

³⁶ MORELLI, G. (1935) “*Lezioni di diritto internazionale: diritto processuale civile internazionale*”, Padova, CEDAM.

conservan su fuerza obligatoria en el orden interno, aun cuando estén en oposición con las reglas del Derecho internacional general.

Las consecuencias de la doctrina dualista son por tanto:

- Que no puede haber, en ninguno de los dos sistemas jurídicos, norma obligatoria, emanando del otro.
- La validez del Derecho internacional depende de que previamente sea transformado en norma de Derecho interno, esto es, como decía Anzilotti, para que una norma de Derecho internacional sea recibida por el Derecho interno, ésta debería ser transformada al sistema de normas de Derecho interno. La norma internacional debe, pues, si pretende obligar al Derecho nacional, ser convertida en norma interna.
- Los tribunales nacionales aplican el Derecho internacional, como Derecho interno, el que es transformado en Derecho nacional. Por tanto, no puede haber conflicto entre los dos órdenes jurídicos, sino sólo, reenvíos de un ordenamiento jurídico a otro. Cuando el reenvío es receptivo, es porque el orden jurídico acepta la competencia; es no receptivo cuando la competencia es rechazada por el ordenamiento jurídico en cuestión.

2.3. Pluralismo

El debate inacabable y aún sin resolver, reflejo de las insuficiencias tanto teóricas como prácticas del monismo y el dualismo, ha llevado a un sector de la doctrina a plantear la polémica doctrinal clásica desde una óptica distinta: la práctica. Así, Daniel Patrick O'Connell³⁷ entiende que la polémica anterior es irreal pues el punto de partida del debate ha de ser el derecho como medio para solucionar los conflictos humanos. El derecho debe de ser armónico y no debe de permitir la contradicción de normas de comportamiento. Por su parte, Ángel José Rodrigo Hernández, considera que la polémica dualismo-monismo evidencia insuficiencias teóricas porque se descubren en ellas contradicciones internas y una cierta incapacidad para convencer sobre las cuestiones que plantean las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno. Pero también muestran insuficiencia práctica porque fracasan en el momento de explicar los problemas concretos que la práctica internacional, y, sobre todo, europea presenta: una práctica que no confirma ni al dualismo ni al monismo sino que más bien desmiente ambos³⁸. Para superar estas teorías, surgió la del pluralismo jurídico.

³⁷ O'CONNELL, D.P. (1970) "International Law", vol. I, 2.^a ed., London, Stevens, pp. 43-46.

³⁸ RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J. (1996) "La Recepción de las resoluciones obligatorias de las Organizaciones Internacionales Intergubernamentales en el Ordenamiento jurídico español", Universidad Pompeu Fabra, Facultad de Derecho, Barcelona, pp. 89-103.

Se considera el creador de esta teoría a Nomberto Bobbio³⁹, que postuló la idea de que nadie tiene el monopolio de la palabra “derecho”. Esta palabra puede ser utilizada en un sentido largo o limitado, según las oportunidades, donde el juez es el único científico mismo. Así, pese a que la idea de norma jurídica es clave para definir el concepto de derecho como sistema en el que esas normas se integran en su totalidad, el concepto de derecho no puede definirse desde el punto de vista exclusivo de la norma jurídica aisladamente considerada, sino que se hace imprescindible ampliar la perspectiva hasta tomar en consideración el modo en que una norma es eficaz gracias a una compleja organización que determine la naturaleza y entidad de las sanciones, las personas que deben aplicarlas y su ejecución. Tal organización recibe la denominación de ordenamiento jurídico. Así pues, el problema de la definición del derecho ha de ubicarse en el ámbito de la teoría del ordenamiento y no en el de la teoría de la norma. Bobbio parte de la consideración kelseniana del ordenamiento jurídico como unidad⁴⁰. Una vez expuesta la idea de unidad del ordenamiento jurídico siguiendo la línea argumental de la norma fundamental de Kelsen, Bobbio se plantea si tal unidad se identifica con una “*totalidad ordenada*”, o sea, si está integrado por “un conjunto de entes entre los cuales existe un cierto orden”. Orden que ha de entenderse referido no exclusivamente a la unidad de todas las normas en la norma superior, sino que todas las normas han de estar en relación de coherencia, no ser incompatibles entre sí.

No obstante, Bobbio reconoce que en el ordenamiento jurídico existen normas incompatibles, a las que denomina antinomias, que perteneciendo al mismo ordenamiento jurídico y coincidente en los cuatro ámbitos de validez: temporal, espacial, personal, y material, ofrecen soluciones contradictorias⁴¹. Pero, la tendencia de todo ordenamiento se dirige a eliminar tales contradicciones, para convertirse en un todo unitario y coherente, en un “*sistema*”. Y ello lo hace a través de la jurisprudencia. El juez va elaborando reglas que permiten eliminar la incompatibilidad existente entre las normas, unas veces utilizando la “*interpretación correctiva*” o de modificación leve o parcial del texto de la norma; y otras veces se ha basado en la no-aplicación de una de las normas en conflicto. En otros supuestos la antinomia se resuelve inaplicando las dos normas en conflicto buscando una solución intermedia. Así, a través de la hermenéutica, las antinomias presentes en un ordenamiento jurídico son subsanables.

Bobbio defiende la concepción pluralista surgida con el institucionalismo, de acuerdo con la cual cada grupo social organizado posee su propio ordenamiento jurídico. Así, considera que además de ordenamientos estatales existen ordenamientos supraestatales, como el ordenamiento internacional o europeo; Por tanto, según esta concepción, al analizar la estructura

³⁹ BOBBIO, N. (1987) “Teoría general del derecho”, Temis, Bogotá, p. 11.

⁴⁰ SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A. (2006) “Los orígenes del pluralismo jurídico” *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, Vol. 1, pp. 471-485.

⁴¹ BOBBIO, N. op. cit, en concreto Cap. III, la Coherencia del ordenamiento jurídico, epígrafes 66-69, pp. 184-196.

de un ordenamiento, hay que tener en cuenta su probable relación con otros ordenamientos jurídicos que operan en su entorno, pues la estructura jerárquica de un ordenamiento puede prolongarse fuera del mismo, si tal ordenamiento está subordinado a otro superior, o éste reenvía a otros ordenamientos menores o parciales la regulación de determinados comportamientos, o el ordenamiento superior absorbe las normas de un ordenamiento inferior. Así, los ordenamientos estatales además de estar integrados por varias fuentes, son compuestos, al configurarse como un producto de la estratificación de ordenamientos diversos, que se amalgaman en un único ordenamiento estatal vigente. Éste amalgama cabe definirlo como pluralismo jurídico.

El pluralismo permite pues ilustrar las relaciones entre ordenamientos inter o supranacionales. Consiste en entender que las relaciones entre los sistemas normativos son horizontales, y no jerárquicos. En efecto, una construcción basada en el principio de jerarquía no permitiría en la situación actual dar cuenta de la realidad ni responder a los problemas concretos que se plantean, y, de dudosa utilidad. Así si la construcción basada en la pirámide kelseniana mantiene una evidente utilidad en el marco de las relaciones interordinamentales donde, cada ordenamiento considera que sus normas prevalecen sobre las del otro. Una visión fundada en una red o malla, llamada pluralismo sería conceptualmente más exacta.

A) *El pluralismo constitucional*

Dentro del pluralismo surgió una nueva corriente constitucionalista, en la que ninguna Constitución es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un pluriverso normativo, como pone especialmente de manifiesto el caso europeo. El pluralismo jurídico descansa pues en la asunción pluralista de diversos ordenamientos. En este contexto, un concepto que podría resultar útil para explicar las relaciones normativas sería el de “*acoplamiento entre ordenamientos jurídicos*”. Este acoplamiento se llevaría a cabo a través de las doctrinas del efecto directo y de la interpretación conforme a la luz de sus roles constitucionales.

En este sentido, sería necesario referirse al pluralismo constitucional, como la concreción del pluralismo jurídico explicado desde la norma superior, porque en parte explica la creación del Derecho europeo y la siguiente transformación del Derecho nacional de abajo hacia arriba⁴².

El pluralista constitucional tiene en Rafael Bustos Gisbert⁴³ uno de sus máximos exponentes que lo define como aquel en el que existen, al menos

⁴² DOMÍNGUEZ VALVERDE, C.A. (2008) “*La relación entre el Derecho de la Comunidad Europea y el Derecho de los Estados miembros: Aproximación teórica y la revisión de los casos de Alemania, España y Francia*”, julio, Santiago de Chile, pp. 75-78.

⁴³ BUSTOS GISBERT, R. (2004) “Integración y pluralismo de constituciones. Hacia una red de constituciones o un constitucionalismo en red”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, pp. 23-54.

dos constituciones, cada una reconocida como válida, pero sin que ninguna reconozca a la otra como su fuente de validez. Esto es, situaciones en las que existe una pluralidad de órdenes normativos institucionales, cada uno con una constitución (en el sentido de cuerpo normativo de rango superior que establece y condiciona el ejercicio del poder político) y, en el que se reconocen, mutuamente la legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme supremacía de uno sobre otro.

Para llegar a esta conclusión Bustos Gisbert, parte de que en la realidad actual de la globalización no cabe seguir con las categorías y conceptos tradicionales del derecho constitucional. Esto es, la idea básica de Constitución como la norma jurídica suprema del Estado soberano tal y como fue definido por la dogmática del derecho público y por la Teoría del Estado del siglo XIX y principios del XX debe ser superada por una concepción de constitución desprendida de las lentes estatales pero, sin prescindir totalmente del concepto de Estado. El Estado ha perdido la posición de exclusividad característica del siglo XIX. *El Estado al atribuir a entes ajenos a su control el ejercicio de competencias esenciales derivadas de su antigua soberanía, también ha devenido un lugar incompleto pues ha perdido su carácter omnicomprensivo.* La aparición de normas constitucionales supranacionales y su conexión con la constitución nacional sólo puede explicarse a partir de conceptos lo suficientemente amplios como para identificar múltiples lugares en los que se desarrolla el proceso constitucional. Esto es, la transformación en la premisa ontológica del concepto de Constitución no puede sino tener consecuencias también transformadoras en el propio concepto madre de todo el Derecho constitucional⁴⁴.

Es necesario recordar también que este fenómeno no es sólo europeo, es universal. No podemos entender el Derecho constitucional hoy sin tener en cuenta este factor. Como tampoco podemos entender los procesos de integración regional (sean económicos, políticos, o una integración a través de los derechos fundamentales) sin tener en cuenta que la superación del Estado no sólo se produce como consecuencia de fenómenos de ámbito territorial continental, sino en un contexto que no conoce de naciones, pero tampoco de continentes por muy lejanos que se encuentren entre sí. Es un nuevo mundo en el que buena parte de los problemas planteados sólo pueden afrontarse desde instancias internacionales o desde la profunda interconexión entre centros de ejercicio del poder alejados sólo en el espacio, no en su interdependencia. La situación descrita recibe el nombre de pluralismo constitucional, “*cuya definición más certera, a nuestro entender, es atribuible a uno de sus mejores teóricos, Maccormick: aquella situación en la que existen, al menos, dos constituciones, cada una reconocida como válida, pero sin que ninguna reconozca a la otra como fuente de su validez. Esto es, situaciones en las que existe una pluralidad de órdenes normativos institucionales, cada uno con una cons-*

⁴⁴ BUSTOS GISBERT, R. (2012) “Elementos constitucionales en la red global: Constitución y Supranacionalidad”, en Monográfico. *Constitución y globalización: la constitucionalización de espacios supranacionales*, Estudios de Deusto, vol. 60/2, julio-diciembre 2012, pp. 14-21.

titución, al menos en el sentido de cuerpo de normas de rango superior que establecen y condicionan el ejercicio del poder político y en el que se reconocen, mutuamente, legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre otro”⁴⁵.

Miguel Poiares Maduro⁴⁶ entiende que dentro del pluralismo constitucional hay dos teorías. La que versa sobre la naturaleza constitucional del Derecho europeo, que aún no ha conseguido proporcionar una verdadera teoría constitucional de la legislación de la UE. Y, la que centra toda su atención en la resolución de los conflictos sobre quién es la autoridad constitucional última. Esta última sería la teoría empírica.

Respecto a esta segunda teoría cabe definirla como aquella que intenta definir la relación del Derecho de la Unión con otros órdenes constitucionales (nacional y, posiblemente, internacional). Es decir el pluralismo constitucional empírico se debe identificar con el fenómeno de una pluralidad de fuentes constitucionales y de reclamos de autoridad final, que crean un contexto para que los potenciales conflictos constitucionales no estén regulados ni se resuelvan de forma jerárquica. En términos generales, se refiere a la ampliación de las fuentes jurídicas pertinentes, la multiplicación de las fuentes legales y de los órdenes jurisdiccionales, y la existencia de los conflictos constitucionales de competencia.

En el derecho de la UE, el pluralismo constitucional va dirigido fundamentalmente a que el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los tribunales constitucionales nacionales, reduzcan los riesgos de conflictos constitucionales, atendiendo a sus respectivas pretensiones de autoridad final. Por ello, dice este autor, que si tuviera que resumir el núcleo fundamental del pluralismo constitucional empírico, sería considerándolo como aquel que mejor describe la realidad jurídica actual, de averiguar quién debe ser la autoridad última en los conflictos constitucionales entre los diferentes ordenamientos jurídicos (que pertenecen al mismo sistema legal) y en los intentos judiciales de acomodarlos. Esto deja abierta la cuestión de si es más apropiado concebir el pluralismo constitucional en el UE como el pluralismo de los ordenamientos jurídicos (UE y nacionales) o como un pluralismo de reclamaciones constitucionales de última autoridad dentro del mismo ordenamiento jurídico nacional (el TJUE o los tribunales constitucionales nacionales). Para resolver estos conflictos se debe partir de concebir al orden legal como aquel que está compuesto por el nacional y europeo. Es decir se debe entender al ordenamiento de la UE y al ordenamiento nacional como ordenamientos jurídicos autónomos, pero que forman parte de un mismo Sistema Jurídico Europeo. Para el ejercicio de este derecho en Europa, este Sistema Jurídico Europeo debe tener compromiso con ambos ordenamientos jurídicos (el de la UE y el nacional) e imponer la obligación de acomodar e integrar sus respectivas pretensiones. La consecución de este acoplamiento, entre otras cosas, reside en los criterios

⁴⁵ BUSTOS GISBERT, R. op. cita, p. 24.

⁴⁶ MADURO, M. P. (2012) “Three Claims of Constitutional Pluralism”, en *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Ed. Matej Avbelj and Jan Komárek, Studies of Oxford Institute of European and Comparative Law 2, pp. 40-67.

hermenéuticas impuestos a los tribunales nacionales y europeos cuando actúan dentro del sistema jurídico de la UE.

Esta afirmación empírica es, sin embargo, cuestionada, entre otros, por Alexander Somek⁴⁷ que elabora una de las teorías más desafiantes de la tesis empírica del pluralismo constitucional, pues, en su opinión, el pluralismo no se ajusta a la práctica legal ya que “*la ley es intrínsecamente monista*”. El pluralismo constitucional sería una forma de monismo del Derecho nacional, donde la cuestión de la autoridad final no está abierta, ya que siempre tiene una respuesta legal. Si los tribunales nacionales dejan que el Derecho de la Unión triunfe sobre el Derecho constitucional, actuarán claramente como agentes del sistema supranacional y cortarán sus lazos con el sistema nacional. Si, por el contrario actúan desde la perspectiva nacional, no actuarán como tribunales y producirán declaraciones jurídicamente irrelevantes. Ello se debe a que los tribunales nacionales no tienen fuerza material para imponer el cumplimiento de sus resoluciones en el proceso político y, los Tratados comunitarios, en sí, tampoco pueden impedir que los jueces nacionales adopten resoluciones no respetando el Derecho de la UE (“*falsas decisiones*”) ya que en última instancia, sus decisiones no serán anuladas, la única consecuencia puede ser la responsabilidad extracontractual del Estado.

B) *El constitucionalismo multinivel*

Dentro de esta corriente destaca también Ingolf Pernice⁴⁸ quien elaboró la teoría del constitucionalismo multinivel, como aquel basado en una aproximación contractual de cómo las instituciones políticas están establecidas y organizadas por aquéllos para cuya actuación están diseñadas: El pueblo o la sociedad de un país o territorio específico que forma una comunidad y se organiza por una decisión libre. Sobre la base de un concepto funcional “*postnacional*” del constitucionalismo, no cabe asumir que solo los Estados pueden tener una constitución.

En general, por constitución hay que entender como el instrumento legal por el cual el pueblo de un territorio específico acuerda crear instituciones investidas de poder público, es decir, de poderes para alcanzar ciertos objetivos en su interés común o general, y definir sus respectivos derechos con relación a tales instituciones y su estatus como ciudadanos de la organización, “*comunidad*” o políticas así creadas. Los pueblos de los Estados miembros de la UE lo han hecho así para su respectivo Estado, y al

⁴⁷ SOMEK, A. (2010). “Monism: A Tale of the Undead”, *Research Paper* núm. 10-22, University of Iowa College of Law Legal Studies, pp. 1-66.

⁴⁸ PERNICE, I. (2002) “El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea”, *European Law Review*, núm. 5, pp. 511-529, traducido al español por Cristina Elías Méndez en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, (2012). Ver también GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2015) “*Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*”, Ed. Sanz y Torres, 3.^a Ed.

elaborar los Tratados europeos, también y de forma adicional para la Unión Europea.

Llega así a la conclusión de que en razón de su evolución histórica, el proceso de integración europea puede ser, en consecuencia, conceptualizado como un proceso de “*constitucionalismo multinivel*” o proceso de establecimiento progresivo de un nivel supranacional de poder público basado en las constituciones nacionales, todo ello unificado en un sistema constitucional compuesto: un sistema dividido de poderes para hacer frente a los retos de la globalización en la era “*postnacional*”, en el que la distribución de los poderes compartidos por los niveles nacionales y europeos se reorganiza y cambia constantemente, mientras que todo el poder público –nacional o europeo– extrae su legitimidad de los mismos ciudadanos.

Esto significa que el proceso constituyente europeo debe ser un proceso conducido por los ciudadanos, con un fuerte impacto sobre las realidades de las constituciones nacionales, los poderes y las funciones de los Estados miembros y sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en general. De tal forma que los ciudadanos de los Estados miembros han adoptado identidades múltiples –local, regional, nacional, europea– que corresponden a los varios niveles de la comunidad política de la que son ciudadanos. Así, concluye Pernice que “*tales identidades están basadas respectivamente en el contrato social acordado con las personas involucradas en ciertos objetivos de dimensión y carácter local, regional, nacional y europeo, estableciendo así un ordenamiento jurídico auto-referencial que es la Constitución del correspondiente sistema político. Ninguno de estos sistemas cubre todas las posibles cuestiones de interés público, pero son complementarios y están vinculados entre sí por disposiciones relativas a la atribución de los respectivos poderes y responsabilidades, la participación y representación de uno en el funcionamiento del otro, y normas de conflicto que aseguran que, en cualquier nivel de toma de decisión, el sistema produce solo una solución para cada caso*”.

En razón de este proceso, la integración europea puede ser, en consecuencia, conceptualizado como un proceso de “*constitucionalismo multinivel*”. Donde el carácter multinivel de este sistema es lo que hay que tener en cuenta al abordar la cuestión de la gobernanza en Europa y cuando se discute una revisión de los Tratados europeos con el fin de llevarlos hacia un formato más democrático, más eficiente y mejor entendido por los ciudadanos.

III. EL RECONOCIMIENTO PRÁCTICO DE ESTAS TEORÍAS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

El TJUE prácticamente desde sus comienzos y a través de un proceso evolutivo jurisprudencial, pues nunca ha estado consagrado en los Tratados, ha elaborado la doctrina de la primacía del Derecho europeo, creando un sistema por el cual la normativa europea tiene prioridad sobre la normativa en conflicto de los Estados miembros, obligando con ello a los órganos

jurisdiccionales nacionales a asegurar la eficacia práctica y la supremacía del Derecho de la Unión, hasta el punto de afirmar que: “*la condición misma de su existencia es el reconocimiento del carácter vinculante de las normas del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros, las instituciones y los particulares... es el guardián de la legalidad de los actos y de la aplicación uniforme de las normas comunes, ... y ejerce funciones que, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros incumben, según los casos, a los tribunales constitucionales, ordinarios y administrativos...*”⁴⁹.

Ahora bien, dado que la doctrina de la supremacía del Derecho europeo es resultado de la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia y no el producto de negociaciones intergubernamentales, los tribunales nacionales no estaban por ley o norma obligados a su aplicación y han tenido que hacer frente a este principio también por vía jurisprudencial. Naturalmente la recepción de esta doctrina se ha hecho de forma muy variada y no exenta de problemas tanto teóricos como prácticos, ya que la primacía de la norma europea no es absoluta *per se*, sino hasta donde lleguen las competencias que los Estados miembros le han atribuido a través de los Tratados a la Unión, lo que ha dado lugar a muchas y variadas teorías en torno a la naturaleza jurídica del Derecho de la Unión.

La génesis de la primacía del Derecho de la Unión representa aun hoy, uno de los misterios más fascinantes y controvertidos del Derecho europeo. No por su originalidad, “*pacta sunt servanda*”, sino por haberse convertido en el eje jurídico principal del proceso de integración europeo. El principio de primacía del Derecho de la Unión se ha instalado en la jerga de la jurisprudencia europea tanto en su vertiente estructural como normativa.

Ello ha llevado a un sector de la doctrina, como Manuel Fondevilla Marón⁵⁰, a considerar que el reconocimiento jurisprudencial de este principio, con esa fuerza e importancia, vuelve a colocar al positivismo jurídico como el paradigma epistemológico por excelencia de la ciencia jurídica, y, con

⁴⁹ Apartados 4 y 5 del Informe del Tribunal de Justicia sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea - Contribución del Tribunal de Primera Instancia con vistas a la conferencia intergubernamental de 1996 en *Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas*, semanas del 22 al 26 de mayo de 1995 núm. 15/95. Añaden estos apartados: “*En su calidad de jurisdicción constitucional, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre las competencias respectivas de las Comunidades y de los Estados miembros, así como sobre las competencias de las Comunidades en relación con las demás formas de cooperación en el marco de la Unión... y contribuye así al mantenimiento del equilibrio institucional; controla el respeto de los derechos fundamentales y de los principios generales del derecho tanto por las instituciones como por los Estados miembros, cuando sus actividades se situán en el ámbito de aplicación del derecho comunitario; se pronuncia sobre las relaciones entre derecho comunitario y derecho nacional, así como sobre las obligaciones recíprocas de los Estados miembros y de las instituciones comunitarias; por último, puede pedírselle que dictamine sobre la compatibilidad con los Tratados de las obligaciones internacionales que las Comunidades proyecten contraer... Es de todo punto evidente que la necesidad de garantizar la interpretación y la aplicación uniformes del derecho comunitario, así como de los convenios indissociablemente ligados a la consecución de los objetivos de los Tratados, requiere la existencia de un órgano jurisdiccional único, como el Tribunal de Justicia, que fije definitivamente el derecho para toda la Comunidad. Esta exigencia es fundamental en todo asunto que revista carácter constitucional o plantea cualquier otro problema importante para el desarrollo del derecho...*”

⁵⁰ FONDEVILLA MARÓN, M. (2014) “*Dos visiones del Derecho europeo: Hans Kelsen y Herman Heller*”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 166, pp. 187-214.

él, a la dialéctica monismo-dualismo. En concreto las premisas de la teoría monista de Kelsen, especialmente las de su obra “*Das problema der Souveränität*”, de un modo consciente o inconsciente volverán a ser usadas en los razonamientos del TJUE. Mientras que las contrarías dualistas se asientan en una parte de la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

Sin embargo tras la aprobación del Tratado de Lisboa, el 18 de octubre de 2007, y el reconocimiento en los artículos 4.2 y 6.2 TUE, de la identidad constitucional de los Estados miembros, la adhesión al CEDH y la elevación a principios generales del Derecho de la Unión las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, otro sector de la doctrina entiende que ya no cabe aplicar las teorías anteriores pues la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo se ha visto obligado a acudir a postulados pluralistas.

3.1. Los postulados monistas y su aplicación por el Tribunal de Justicia

El acto judicial que fundó el monismo comunitario se refleja ya en la sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto C-26/62, *Van Gend en Loos*, cuando afirmó que “[...] la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias”. Lo que se completó con el reconocimiento de la eficacia directa, al permitir a los nacionales de los Estados miembros invocar derechos europeos que el juez nacional debía proteger. Poco después se dicta la sentencia de 25 de julio de 1964, asunto C-6/64, *Costa v E.N.E.L.*, relativa a la primacía del Derecho comunitario. Y, esta decisión, que tiene la misma raíz que la sentencia *Van Gen & Loos*, (pues la primacía no es entendible sin la eficacia directa y sin la autonomía), apunta toda una nueva serie de matizadas monistas en cuanto a que califica al Derecho europeo como un ordenamiento jurídico autónomo, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y supranacional. Esto es, se califica a este nuevo ordenamiento como un cuerpo normativo aplicable simultáneamente a los Estados miembros y a sus nacionales. El TJ subraya, el carácter definitivo de la transferencia de soberanía de los Estados miembros a la Comunidad y el papel existencial de la primacía del Derecho europeo designada como “*base jurídica de la Comunidad*”. El Tribunal de Justicia convierte al Derecho europeo en un orden jurídico objetivo y no voluntarista.

Esta auto-aplicación objetiva del Derecho europeo lo codificará de manera concluyente en la sentencia de 9 de marzo de 1978, asunto C-106/1977, *Simmenthal*, que añade varios matices a las precedentes. Tras recordar el acervo jurisprudencial en los relativo al efecto directo y a la primacía sobre el derecho de los Tratados, en términos visiblemente inspirados en el artículo 27 de la Convención de Viena, reitera la doctrina de la primacía al decir, que las disposiciones del Derecho europeo, por formar parte integrante del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros, impiden la formación válida de actos legislativos incompatibles con el Derecho europeo. Lo que reiterará en las sentencias de 17 de diciembre de 1970, asunto C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* o, de 8 de septiembre de 2010, asunto C-409/06, *Winner Wetten*, en términos absolutos y globales, al especificar la primacía del Derecho europeo sobre el Derecho interno incluido el constitucional.

La consolidación de los principios de autonomía, eficacia directa, primacía del Derecho europeo e integración, culminará en la década de los ochenta en las sentencias, de 22 de junio de 1989, asunto C-103/88, *Fratelli Costanzo Spa* o de 13 de diciembre de 1989, asunto C 322/88, *Grimaldi*, para todas las instancias nacionales y en relación tanto del derecho primario como derivado. Para conseguir este objetivo, el TJUE recela del Derecho interno de los Estados miembros e impone a los tribunales nacionales un método interpretativo teleológico, que gire en torno a los objetivos o fines perseguidos por los Tratados.

Con la sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto C-283/81, *CILFIT*, en relación con la cuestión prejudicial se asienta un nuevo elemento monista. Y es que según Miguel Poires Maduro, la relación simbiótica entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia en la puesta en funcionamiento de la eficacia directa en confluencia con la supremacía y aneja a la consideración del individuo como sujeto europeo, junto con su identidad nacional, décadas antes de que la UE institucionalizase la ciudadanía de la unión, son los elementos que, han conseguido calificar al Derecho europeo como verdadero derecho supranacional⁵¹.

La sentencia de 19 de junio de 1990, asunto C-213/89, *Factortame I*, puede verse también como otro ejemplo de cómo el TJUE reforzó de modo particular los medios de que disponían los particulares para imponer el respeto del Derecho europeo a las autoridades nacionales, estableciendo el reconocimiento general del principio de la responsabilidad del Estado por violación del Derecho europeo, con independencia de cuál sea el órgano del Estado autor de la violación o de la naturaleza de la norma comunitaria infringida. Incluso en la sentencia de 28 de mayo de 1991, asuntos C-6/90 y C-9/90, *Francovich*, el TJ aplica la sanción aun cuando la normativa comunitaria en cuestión carezca del efecto directo. De este modo, como dice la sentencia de 13 de noviembre de 1990,

⁵¹ MADURO, M.P. (2003) "Las formas del poder constitucional de la Unión europea", *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 119, enero-febrero, pp. 11-55.

asunto C-106/89, *Marleasing*, se podrá dar efecto a la obligación del Estado para con la Comunidad, para con los restantes Estados y para con los particulares. Llega incluso a matizar en la sentencia de 26 de septiembre de 2000, asunto C-443/98, *Uniliver*, la posibilidad de que un particular invoque una directiva frente a otro a los puros efectos de oponerse a la aplicación de Derecho interno con ella incompatible, y en la sentencia de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, *Seda Kiçükdeveci*, se admite la posibilidad de la eficacia horizontal de aquellas directivas que se limiten a concretar principios generales del Derecho de la Unión, sobre todo si los citados principios se localizan en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, tal y como reitera la sentencia de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, *Maribel Domínguez*.

Basándome en esta jurisprudencia, me atrevo a decir que, a pesar de las tesis que ven en las sentencias relaciones con la aplicación del Derecho internacional un claro ejemplo del pluralismo constitucional, no cabe decir que en ellas, el Tribunal de Luxemburgo se aleje de las concepciones monistas pues, en el Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, reconocerá que “*En efecto, los Tratados comunitarios han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados, sino también sus nacionales. Los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario así creado son, en particular, su primacía con respecto a los Derechos de los Estados miembros y el efecto directo de toda una serie de disposiciones*”. O en la sentencia de 21 de septiembre de 2005, asunto T-315/01, *Kadi*, que vuelve a reconocer frente al dominio del orden internacional la primacía del Derecho europeo sobre las normas, incluidas las de Derecho internacional.

Pero, incluso en materia de derechos humanos, y, antes de que se aprobase el Tratado de Maastricht y el Tratado de Lisboa, el TJUE (que parecía entrar en rivalidad con el TEDH), utilizó de forma muy sutil el contenido del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y, a través de él, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, como vía indirecta para incorporar la protección de los derechos fundamentales al ámbito de la UE, y resolver él todas las cuestiones en materia de derechos fundamentales que afectasen a la Unión. El TJUE a través de la sentencia de 12 de noviembre de 1969, asunto C-29/69, *Stauder*, comenzó a reconocerse competente para proteger los derechos fundamentales de la persona cuando afectasen a las políticas de la UE, pese al silencio de los Tratados constitutivos, y lo hizo con la inteligencia de reconocer a estos derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario. Lo que volverá a reconocer en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, o en la sentencia de 14 de mayo de 1974, asunto C-4/73, *Nold*, en términos absolutos y globales, recordando la primacía del Derecho europeo considerado en su conjunto sobre el Derecho interno también considerado en su conjunto, incluido el constitucional y, considerando del ámbito de competencia europeo la protección de los derechos fundamentales, y, en especial el CEDH. Hasta el punto de afirmar algún autor, como José

Martín y Pérez Nanclares⁵², que hasta bien entrada la década de los noventa, “la rivalidad entre el TJUE y el TEDH”, ha sido sustituida en favor del primero y con ello en favor del Derecho de la Unión. En la década pasada Estrasburgo, aceptó la protección dada por el TJUE a los derechos fundamentales. Desde la sentencia recaída en los asuntos *Mattieuvs o Bosphorus*⁵³ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que el ordenamiento jurídico de la Unión ofrece en relación con los derechos humanos una protección equivalente a la del Convenio y ello permite presumir que los Estados miembros cumplen las obligaciones derivadas del CEDH cuando se limitan a aplicar obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión. Esto es, el TEDH adhiere formalmente la Unión Europea al CEDH, dando un claro trato de favor al ordenamiento de la Unión, o, más concretamente reconociendo su primacía⁵⁴.

Tras la aprobación del Tratado de Lisboa con el reconocimiento de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y la obligación de la UE de adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el TJUE ha mantenido íntegramente la anterior jurisprudencia y ha preservado su monopolio en el control de validez del Derecho de la Unión. En este contexto el Tribunal de Luxemburgo vuelve a acogerse a los paradigmas monistas y asume la idea de que la protección de los derechos fundamentales es algo que el Derecho europeo no puede obviar y por ello, aun a pesar del límite del artículo 51.1 TUE, se arroga la función de determinar cuál es el estándar nacional de protección de estos derechos fundamentales que debe utilizar el juez nacional que aplica el Derecho europeo. De hecho en sentencias como la de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, *Seda Küçükdeveci* o la de 9 de marzo de 2010, C-518/07, *Comisión v Alemania*, confirma la plena continuidad jurisprudencial en materia de derechos fundamentales.

Ello ha reavivado en los últimos tiempos el debate en torno a la primacía última, respecto a los derechos fundamentales. Y es que, aunque los derechos fundamentales estén presididos tradicionalmente por la doctrina del estándar máximo de protección, lo cierto es que la diferencia de los tratados internacionales circunscritos a los derechos humanos con la Carta está para el Tribunal de Justicia meridianamente clara. Los derechos humanos internacionales tienen una clara vocación de complementariedad de los sistemas nacionales de protección, mientras que la Carta se enmarca en el propio contexto de la UE, el cual construido conceptualmente en términos de autonomía y con vocación integradora, tiende a desplazar en aras a la uniformidad y a través del principio de primacía, las disparidades de los

⁵² MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J. op. cit., pp. 186-187.

⁵³ STEDH de 10 de febrero de 1999, *Matthews v Reino Unido* y STEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus v Irlanda*, 45036/98, FJ. 165.

⁵⁴ Lo que se reafirma con los convenios impulsados por el Consejo de Europa que, desde la década de los años ochenta, reconocen que si un convenio entra en colisión con una norma comunitaria sobre la misma cuestión para los Estados miembros de la UE prevalece la norma europea. Tal fue el caso del Convenio sobre Televisión Transfronteriza de 5 de mayo de 1989 o el Convenio Europeo sobre Prevención del Terrorismo de 16 de mayo de 2005.

Estados miembros, incluidas las derivadas de hipotéticos niveles nacionales de superior protección⁵⁵.

De igual forma acometió con toda naturalidad, desde el momento de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la labor de considerar la Carta como parámetro de validez de los actos de la UE. E incluso aunque la verdadera novedad del Tratado se centra en la creación de un nuevo control externo en la materia, el TJUE emitió el Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014, sobre el Proyecto de acuerdo de adhesión de la UE al CEDH, donde de forma clara establece la peculiaridad del Derecho europeo y en concreto el respeto al principio de autonomía del sistema jurídico de la Unión recogido en el artículo 344 TFUE. El Tribunal de Justicia considera que los Tratados someten la adhesión al CEDH, al cumplimiento de diversos requisitos: la necesidad de preservar las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión y garantizar que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones, ni a la situación particular de los Estados miembros respecto del CEDH, ni tampoco al artículo 344 TFUE. La autonomía de que goza el Derecho de la Unión con respecto a los derechos de los Estados miembros y con respecto al Derecho internacional exige que esos derechos fundamentales se interpreten en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión. Para garantizar la preservación de las características específicas y la autonomía de este ordenamiento jurídico, los Tratados han creado un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho europeo. En ese marco, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento confiere a los justiciables⁵⁶.

El Tribunal de Justicia actúa en el ámbito del Derecho internacional como con el Derecho nacional de los Estados miembros y entiende que un acuerdo internacional únicamente puede afectar a las propias competencias de la UE si se cumplen los requisitos esenciales para la preservación de la naturaleza de éstas y, por lo tanto, no se pone en peligro la autonomía del sistema jurídico europeo. Tal es el sentido de la sentencia de 30 de mayo de 2006, asunto C-459/03, *Comisión v Irlanda* o de la sentencia de 2 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, o de la sentencia del Tribunal General, de 17 de diciembre de 2014, asunto T-400/10, *Hamás v Comisión*.

La consecuencia de esta auto-aplicación objetiva o primacía del Derecho europeo será que el dualismo en relación con el Derecho de la Unión es imposible. La tesis defendida en los inicios de la integración por la cual el Derecho de la UE se aplicaba en virtud de un transformación en Derecho nacional se ha abandonado, y, con ello todo intento de explicar la UE

⁵⁵ ALONSO GARCÍA, R. (2014) "Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Estudio y Jurisprudencia, 5.^a Edición, Ed. Thomson Reuters, pp.1-717, en concreto p. 86.

⁵⁶ Lo que ya había reiterado en su Dictamen 1/09.

desde los paradigmas dualistas. Con la aparición del Derecho de la Unión, normas no estatales pasan a ser objeto normal de lo jurídico, y en el curso de la integración no sólo se construye un mercado sin Estado y un sistema de gobierno sin Estado, sino también un derecho sin Estado, que incluso tiene como función superar la ordenación estatal del continente.

Es así como Estados miembros con una clara tradición dualista no han podido oponerse a la aplicación de una norma europea frente a una norma fundamental constitucional. Tal fue el caso de la República Federal Alemania, que no pudo oponerse a la aplicación de una norma europea auto-aplicable frente a una norma fundamental constitucional, en la sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* o que una directiva prevaleciese sobre la Ley Fundamental, en la sentencia de 11 de enero de 2000, asunto C-285/98, *Tanjia Kreil*. Tal fue también el caso de Grecia con la sentencia de 16 de diciembre de 2008, asunto C-213/07, *Michaniki* o con la sentencia de 23 de abril de 2009, asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07 *Kiriaki Angelidaki y otros*. Y, en Austria con la sentencia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09 *Sayn Witgenstien*.

Ello se debe a que como dice Carlos Rodríguez Iglesias⁵⁷, la innovación que el Derecho europeo hace en esta materia es que, a diferencia del Derecho internacional, excluye el dualismo como opción en la relación entre sistemas pues el Derecho de la UE no sólo proclama la supremacía sobre el Derecho interno de los Estados miembros, sino que además determina las consecuencias de esta primacía en caso de conflicto en el orden interno de cada Estado.

3.2. Los tintes pluralistas en la jurisprudencia europea desde el Tratado de Lisboa

Las recientes modificaciones a las que ha sido sometido el Tratado de la UE, representan el factor más importante que pone en discusión el principio de primacía del Derecho europeo y, con él, la tesis monista. En efecto, el Tratado de Maastricht primero y el Tratado de Lisboa después, establecen (en los arts. 4.2 y 6 respectivamente) la cláusula de salvaguardia de las identidades constitucionales de los Estados miembros; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión con el mismo valor jurídico que los Tratados; el establecimiento de que ninguna de las disposiciones de la Carta puede interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en sus respectivos ámbitos de aplicación, y; finalmente que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión

⁵⁷ RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C. (1999) "Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo" *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 200, pp. 11-25.

como principios generales. Todos estos preceptos suponen una europeización de los contra límites o cláusulas intangibles de las constituciones nacionales, lo que parece modificar desde el punto de vista teórico de manera significativa la concepción monista del Derecho europeo.

Con la aprobación del Tratado de Lisboa, el Tratado de la Unión intenta no aferrarse a un ordenamiento europeo puramente monista, tratando de buscar una fórmula más respetuosa con la unidad pero en la diversidad que caracteriza el sistema europeo, o lo que es igual, establecer una primacía condicionada o en terminología de Di Antonio Ruggeri⁵⁸ primacía invertida, lo que choca con alguna sentencia del TJUE y sus principios totalmente europeístas. En este sentido, un sector de la doctrina insiste en afirmar que el TJUE se ha visto en la encrucijada de tener que recuperar los principios nacionales en los que se personifica la identidad constitucional de los Estados miembros, lo que se vislumbra en sentencias recientes como la de 24 de abril de 2012, asunto C-571/10 (*Servet Kamberaj/Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano*, al especificar la necesidad de respetar las identidades nacionales de los Estados miembros y recordar que: “*Dicha disposición del Tratado UE refleja la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia según la cual los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia (en particular, la sentencia de 29 de septiembre de 2011, *Elf Aquitaine/Comisión*, C 521/09)...*”, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales”. Es por ello por lo que, según Fausto Vecchio⁵⁹, en la actualidad podemos encontrar en la jurisprudencia de Luxemburgo una teoría monista con grandes tintes pluralistas, donde los Tribunales supremos o constitucionales, aun reconociendo el rol del TJUE siguen defendiendo su derecho al veredicto final sobre las cuestiones relacionadas con la identidad constitucional, pues, el uso de la fórmula de la identidad constitucional en los Tratados, les ha llevado a interpretar las cláusulas de salvaguarda como un reconocimiento a las reivindicaciones de sus competencias y, de manera más general, como una afirmación de sus doctrinas dualistas “nacional-soberanistas”.

Será sin embargo en política exterior, y con la sentencia de 3 de septiembre de 2008, asunto C-402/05 y C-415/05, *Kadi I*, la que al reconocer en su FJ 4 que, “la Comunidad Europea es una comunidad de Derecho, (...) en la que, un acuerdo internacional no puede menoscabar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia” ha permitido a un sector de la doctrina afirmar que se ha producido el triunfo de los postulados pluralistas en lo relativo a la relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho internacional. Y es que, según Ignacio Gordillo Pérez⁶⁰, *Kadi* pertenece a una

⁵⁸ “*Tiattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle Antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*”.

⁵⁹ VECCHIO, F. (2012) “Primacía del Derecho Europeo y contralímites como técnicas para la relación entre ordenamientos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17.

⁶⁰ GORDILLO PÉREZ, L.I. (2012) “constitución y ordenamientos supranacionales”, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, pp. 475-501.

nueva generación de decisiones en las que el TJ no se limita a proclamar la autonomía del Derecho de la Unión sino que trata de identificar un núcleo constitucional de principios cuya violación justifica su intervención dando entrada con ello a las teorías pluralistas o en terminología de De Burca al pluralismo extremo.

Así, si en la sentencia de 19 de julio de 2008, asunto C-308/06, *Intertanko*, el Tribunal de Justicia analiza una serie de cuestiones vinculadas a la relación entre Derecho internacional y Derecho europeo y niega por primera vez, la posibilidad de que las disposiciones de un acuerdo internacional contemplado en su totalidad, produzcan efecto directo y puedan por tanto ser invocadas ante los Tribunales de la Unión⁶¹, en la sentencia *Kadi*, lo confirmará de forma incuestionable. En ella el TJ reconoce de forma clara y abierta la autonomía y separación del orden legal de la UE frente al dominio del orden internacional y la primacía del Derecho europeo sobre las normas de Derecho internacional. Esto es, el TJ actúa en el asunto *Kadi* de la misma forma que en el asunto *Solange*⁶² pero con la diferencia de que en *Solange* el TJ partió de la supremacía de un único orden jurídico, el europeo y de un problema de interpretación, no de la existencia de diferentes órdenes legales. En *Kadi* aprovecha el TJ para recordar que el Derecho europeo es un derecho autónomo, propio, e independiente del Derecho internacional.

Según DE BURCA⁶³, parece que en política exterior, el TJ reconoce al menos la existencia de dos ordenamientos separados el Internacional y el Supranacional. Al decir el TJ que en un mundo cada vez más interdependiente, los diferentes ordenamientos jurídicos tendrán que esforzarse en hacer compatibles entre sí las respectivas pretensiones judiciales, está reconociendo la existencia de una pluralidad de ordenamientos todos válidos en su ámbito. E incluso reconoce que, en alguno de estos casos, no siempre podrá reclamar el monopolio de determinar cómo han de conciliarse determinados intereses fundamentales, pues, entiende que siempre que resulte posible, se deberá reconocer la autoridad de aquellas instituciones que, como el Consejo de Seguridad, han sido creadas en virtud de un ordenamiento jurídico distinto del suyo y que en ocasiones se encuentran mejor situadas para sopesar los mencionados intereses fundamentales. Esto es, el TJ reconoce la existencia de múltiples ordenamientos jurídicos a los que no podrá dar la espalda cuando afecten a los valores fundamentales en los que se sustenta el ordenamiento jurídico europeo y cuya protección debe garantizar. Añade incluso que el respeto a otras instituciones tan sólo tendrá

⁶¹ En el FJ 2 dirá “el Tribunal de Justicia comprueba así pues, en virtud del artículo 234 CE, la validez del acto comunitario de que se trate en relación con todas las reglas del Derecho internacional, siempre que se cumplan dos requisitos. En primer lugar, la Comunidad ha de estar vinculada por dichas reglas. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia sólo puede examinar la validez de una normativa comunitaria en relación con un Tratado internacional si la naturaleza y el sistema de éste no se oponen a ello y si sus disposiciones son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas”.

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 29 de mayo de 1974, BVerfGE, 37, 271.

⁶³ DE BURCA, G. (2012), “The ECJ and international legal order” in *The Worlds of European Constitutionalism*. Ed. by G. de Burca & J.H.H. Weiler, Cambridge, pp. 105-149.

sentido si puede edificarse basándose en un entendimiento común de los referidos valores y en el mutuo compromiso de protegerlos.

De hecho, justamente desde la sentencia *Kadi II*, pero sobre todo en la última sentencia de 2013, se pone de manifiesto que el corpus normativo de la UE no es ni independiente ni autosuficiente para proteger los derechos fundamentales. La respuesta legal ofrecida por el TJUE se remite al proceso de diálogo entre el Consejo de Seguridad y la UE, a dinámicas de cooperación, y a procesos destinados a cubrir las lagunas sobre la protección efectiva de los derechos⁶⁴.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIÓN EUROPEA

Si bien es cierto que desde la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo no es posible averiguar la naturaleza jurídica de la Unión Europea, si se puede observar desde las primeras sentencias cómo va situando al Derecho europeo en la línea de lo que será la solución técnico jurídica de su jurisprudencia posterior. Pues, aun denominando al Derecho europeo como Derecho internacional⁶⁵, empieza a sentar las bases de un derecho propio, con parámetros propios y que no necesita ni del Derecho internacional ni del nacional⁶⁶, para

⁶⁴ FJ. 67 de la STJUE de 18 de julio de 2013, asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *Kadi*: “Por otra parte, la inexistencia de inmunidad de jurisdicción en el caso de los actos de la Unión que aplican medidas restrictivas a nivel internacional ha sido confirmada por la sentencia de 3 de diciembre de 2009, *Hassan y Ayadi/Consejo y Comisión* (C-399/06 P y C-403/06 P, Rec. p. I-11393, apartados 69 a 75), y, más recientemente, por la sentencia de 16 de noviembre de 2011, *Bank Melli Iran/Consejo* (C-548/09 P, Rec. p. I-11381)”, cuyo apartado 105 afirma, basándose en la sentencia *Kadi*, que, sin que ello obste a la primacía de las resoluciones del Consejo de Seguridad en el plano internacional, “el respeto a las instituciones de las Naciones Unidas al que están obligadas las instituciones comunitarias no puede conllevar la falta de control de la legalidad de tales actos de la Unión desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho de la Unión”.

⁶⁵ STJ de 5 de febrero de 1963, asunto C-26/62, NV, *Algemene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend & Loos v. Nederlandse Administratie der belastingen*. En el FJ. II.B. dirá “[...] la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias”.

⁶⁶ STJCE de 13 de noviembre de 1964, asunto C-90 y 91/63, *Comisión v Luxemburgo y Bélgica*, en la que sostiene que, si bien el Derecho internacional permite a quien es parte en un tratado internacional justificar su incumplimiento sobre la base de que otra parte también lo ha incumplido (*exceptio inadimplenti contractus*), en el Derecho comunitario no hay espacio para el principio de reciprocidad. En la STJCE de 14 de diciembre de 1971, asunto C-7/71, *Comisión v Francia*, recuerda que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho internacional, la falta de ejercicio de las competencias comunitarias no supone la caducidad de las mismas, ya que la limitación de la soberanía de los Estados miembros es definitiva. Y en la STJCE de 23 de febrero de 1988, asunto C-68/86, *Reino Unido v Consejo*, recuerda que los Tratados constitutivos no pueden ser tácitamente modificados por vía consuetudinaria, ya que las instituciones comunitarias carecen de un poder de disposición sobre ellos.

incluso otorgar posteriormente a los Tratados fundacionales la consideración de Carta Constitucional de la Unión⁶⁷.

Esta forma de ver y entender el Derecho europeo ha sido interpretado de forma muy distinta por la doctrina, pues las categorías tradicionales y los parámetros empleados por la Teoría general del Derecho, la Teoría del Estado o la teoría de la constitución resultan ser sólo parcialmente eficaces para proporcionar un modelo conceptual adecuado y un patrón objetivo de interpretación para valorar y clasificar el nuevo fenómeno europeo. Por esta razón, como recuerda Armin von Bogdandy⁶⁸ a medida que se consolida la integración europea, cada vez son más difíciles de sistematizar las teorías doctrinales pues, la inseguridad y diversidad de visiones sobre la naturaleza jurídica de la Unión Europea no consigue atenuarse en la literatura jurídica de los países miembros, lo que evidencia una preocupante asimetría entre la evolución del ordenamiento comunitario y los análisis doctrinales.

En esta línea, y, aun a pesar de las muy diferentes visiones que en torno a esta cuestión se pueden suscitar, destacan principalmente dos teorías doctrinales, la internacionalista, en la que se engloba su variante supranacionalista y la constitucionalista o federalista.

4.1. La Unión Europea como organización internacional

La teoría internacionalista (con sus variantes en torno a la supranacionalidad) considera que es necesario examinar a la Unión Europea desde el punto de vista de las normas jurídicas sobre las que se funda, y, con ello, es forzoso concluir que pertenece al ámbito del Derecho internacional. Es obligado reconocer que la Unión Europea tiene un origen inequívocamente internacional, pues, ha sido creada por toda una serie de tratados internacionales, normalmente designados como “Tratados constitutivos”. Éstos establecen una estructura permanente a la que encomiendan la realización de determinados fines. Es evidente, por ello, que los Tratados constitutivos dan vida a una organización internacional. En esta línea, Wolf-

⁶⁷ La STJCE de 23 de abril de 1984, asunto C- 294/1983, *Parti écologiste “Les Verts”* dirá que “es pertinente subrayar, en primer lugar, que la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado.” Lo que vuelve a reconocer en el Dictamen 1/1991, de 14 de diciembre de 1991, y en el 2/1996, de 28 de marzo, al decir que “el Tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Tratados comunitarios han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales... Los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario así creado son, en particular, su primacía con respecto a los Derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos”. Destacan también esta línea la STJUE de 3 de diciembre de 2008, asuntos acumulados C-402/05 y C-415/05, *Kadi y Al Barakaat International Foundation v. Consejo y Comisión*.

⁶⁸ BOGDANDY, A.Von (2000) “Notas sobre la Ciencia del Derecho europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, pp. 203-237, primer semestre, traducción de MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ.

Dietrich Grussmann, entendió, siguiendo la tradicional escuela vienesa del derecho, que el ordenamiento jurídico europeo, conforme a la Teoría pura del derecho se basa en una norma fundamental, de modo que numerosas características del Derecho de la UE se modelan en el marco de una “*gran teoría*”. E incluso Niklas Luhmann reflexiona sobre un sistema jurídico ordenador del mundo⁶⁹. Carlos Fernández Liesa⁷⁰, consideran que el derecho comunitario constituye un Derecho internacional particular, en el que: “*a pesar de los particularismos y de los avances en relación a otros modelos, la construcción europea sigue constituyendo un fenómeno jurídico-político que puede y debe seguir siendo analizado desde parámetros de orden jurídico internacional*”.

Tal es también la posición de Javier Diez-Hochleitner, al que no le parece exacto sostener que el Derecho europeo no es Derecho internacional, pues, la Unión Europea aún no ha trascendido la categoría de Organización internacional. El Derecho internacional sigue constituyendo el fundamento del Derecho europeo, ya que sigue operando con categorías e instituciones del Derecho internacional. Si bien es cierto que el Derecho de la UE es un ordenamiento jurídico propio, según expresión del propio TJUE, o un ordenamiento jurídico autónomo, sigue siendo un ordenamiento autónomo de Derecho internacional, un subsistema de Derecho internacional, que cuenta con sus propias normas secundarias, normas que, en parte toma prestadas de los ordenamientos estatales. Junto a las razones expuestas, existen otras de mayor peso. Aun cuando el Derecho europeo constituya un ordenamiento de Derecho internacional de carácter autónomo no es completamente autosuficiente, no posee los rasgos propios de un sistema cerrado sino, a lo sumo, semi-cerrado. Eso significa que en el ámbito comunitario queda un cierto espacio para el juego de las normas de Derecho internacional general. Tal es el caso de la eficacia directa, y la primacía o *pacta sunt servanda* del Derecho de la Unión, del procedimiento de revisión de los Tratados constitutivos o del sistema competencial comunitario. Este carácter semi-cerrado se aprecia incluso al estudiar a fondo los mecanismos que ofrece el Derecho europeo en materia de arreglo de controversias y de la responsabilidad de los Estados miembros por infracción de sus obligaciones, pues el Derecho europeo no está cerrado a la posible exigencia por un Estado miembro de una reparación de los daños que para él se derivan de la infracción por otro, como ocurrió en los ataques sufridos por los transportistas españoles en el territorio francés en julio de 2015. El camino que queda por recorrer hasta convertir a la UE en una entidad superior, de tipo estatal como los Estados miembros es largo y hay que confiar que no muera de éxito.

La concepción afín al Derecho del Estado ve en la UE una organización internacional de corte intergubernamental, si bien con algunas peculiari-

⁶⁹ LUHMANN, N. (1981) “*Die Aussdifferenzierung des Rechts*”, Suhrkamp, Frankfurt. Este autor se elabora su teoría sobre la caracterización del ordenamiento jurídico como un sistema social y su diferencia funcional con los demás subsistemas sociales.

⁷⁰ FERNÁNDEZ LIESA, C.R. (2002) “Sobre la unidad del Derecho internacional”, *Homenaje al Prof. Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Ed. Trotta, Madrid, pp. 265-299, en especial 274-278.

dades. Esta organización no puede dotarse de autonomía política y jurídica, sino que permanece fundamentalmente dependiente de los Estados miembros, los Estado nación soberanos. Desde esta base Paul Kirchhof ha caracterizado a la UE como una unión de Estados⁷¹, pues TUE contiene elementos que pueden confirmar esta posición.

Luis María Diez Picazo⁷² opina que hay que estudiar a la UE desde otra óptica diferente, y recordar que, si bien nadie discute el origen inequívocamente internacional de la Unión Europea, estos Tratados fundacionales dotaron desde el principio a la Comunidad primero y la Unión Europea después, de una estructura política, económica y jurídica que no se corresponde con ningún modelo conocido hasta la fecha. La excepcional ambición del objetivo perseguido por los Tratados, (la integración europea) separa a esta organización de las internacionales. Más aun, este objetivo fue acompañado, desde sus orígenes, de instrumentos particularmente poderosos y de cláusulas que hicieron a esta empresa una institución siempre abierta a nuevas tareas comunes, en donde lo normal fue la producción sistemática y cotidiana de derecho, de manera que este derecho se convirtió en el medio principal de realización de los fines de esta organización internacional. La Unión Europea es ante todo una entidad reguladora en la que el derecho es la clave de la integración europea. La combinación de unos objetivos ambiciosos y unos instrumentos poderosos suele conducir a reconocer que la UE, aun siendo su matriz original el Derecho internacional, es una organización internacional *sui generis*, a la que se le ha acuñado el término de organización supranacional, que se contrapone al carácter intergubernamental que tradicionalmente han tenido las relaciones internacionales. Y, añade este autor que, la UE es supranacional en un doble sentido: en sentido normativo, porque muchas de sus normas vinculan directamente a las autoridades nacionales y a los particulares, y en sentido decisional porque la aprobación de dichas normas no está necesariamente sometida a la regla de la unanimidad. Por ello, aun existiendo muchas teorías internacionalistas al respecto⁷³, se debe observar a la UE desde el punto de vista de sus fines y su funcionamiento, en lugar de hacerlo desde el punto de vista de su origen, por lo que aun siendo formalmente una organización internacional, sustancialmente es algo más. La UE es, pues, una organización a caballo entre lo internacional y lo constitucional que

⁷¹ KIRCHHOF, P. (2003) “Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund”, en A.V BOGDANDY (ed), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und Dogmatische Grundzüge*, pp. 892 y ss. Ver también RAINER WAHL, R. (2006) “¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos fundamentales de teoría del Estado?” *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, pp. 105-129.

⁷² DÍEZ PICAZO, L.M. (2008) “La naturaleza de la Unión Europea”, *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre, InDret 4/2008.

⁷³ FERNÁNDEZ LIESA, C. R. (2002) “Sobre la unidad del Derecho internacional”, *Homenaje al Prof. Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Ed. Trotta, Madrid, pp. 265-299, en especial 274-278. En opinión de este autor el Derecho comunitario constituye un Derecho internacional particular, y, añade que: “A pesar de los particularismos y de los avances en relación a otros modelos, la construcción europea sigue constituyendo un fenómeno jurídico-político que puede y debe seguir siendo analizado desde parámetros de orden jurídico internacional”.

se beneficia tanto de las características del Derecho internacional como del constitucional, y que por ello no puede prescindir del juego en él de normas de Derecho internacional y de su inspiración en el derecho estatal, al que la doctrina ha bautizado como supranacional.

Teoría ésta, que ha sido criticada por Armin von Bogdandy⁷⁴ quien entiende que a menudo, la fórmula *sui géneris* es sólo una careta que enmascara impotencia clasificatoria, y no un motivo para reflexionar genéricamente sobre cómo un instituto jurídico marcado por el Derecho del Estado puede ser trasladado con pleno sentido al Derecho de la Unión. Por su parte Robert Shütze⁷⁵ considera que referirse a la naturaleza jurídica de la UE como *sui géneris* no es una teoría sino más bien una falta de teoría.

4.2. La Unión europea como Estado federal o confederal

La segunda de las corrientes es aquella que ya fue sugerida en 1946, por Winston Churchill cuando lanzó la idea de que “*hay una panacea que permitiría a Europa recuperar su pulso y su personalidad: los Estados Unidos de Europa*”⁷⁶. Lo que fue también recogido por Francés Robert Schuman en 1950 que se plantea la federación europea, y se intenta llevar a efecto en el artículo 9 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de Defensa, que nunca llegó a aprobarse.

Seguidores de este postulado como Gabriel Pérez Pérez⁷⁷ parten de la idea de que, la UE, desde sus orígenes, se fue desarrollando como un modelo de federalismo principalmente económico, por ser una Unión Económica federal en la que los postulados de Friedrich List se identifican con claridad. Roberto González Ibán y Manuel Ahijado ven en la Comunidad Económica Europea la heredera directa de las uniones económicas federales tanto en la forma como en el contenido. Antonio La Pergola, dirá que “*en la historia de los ordenamientos federales, el mercado único ha venido a ser el régimen que consiente a los individuos disfrutar de sus ventajas en condiciones de paridad en toda el área integrada, casi siempre con el soporte de una preexistente unidad monetaria y política*”, por ello, “*la integración llega a ser un federalism by analogy*”, sustentada en tres principios fundamentales: la cohesión socioeconómica, la legitimación democrática, y la supremacía del Derecho Comunitario.

⁷⁴ BOGDANDY, A. Von (2000) “Notas sobre la Ciencia del Derecho europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, pp. 203-237, en concreto p. 209, primer semestre, traducción de MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ.

⁷⁵ SHÜTZE, R. (2009) “*From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*”, Oxford Studies in European Law.

⁷⁶ Formuló sus conclusiones, fruto de las lecciones de la historia, en su famoso Discurso para la juventud académica, pronunciado en la Universidad de Zúrich en 1946: “*Existe un remedio que... en pocos años podría hacer a toda Europa... libre y... feliz. Consiste en volver a crear la familia europea, o al menos la parte de ella que podamos, y dotarla de una estructura bajo la cual pueda vivir en paz, seguridad y libertad. Debemos construir una especie de Estados Unidos de Europa*”.

⁷⁷ PÉREZ PÉREZ, G. (2009) “El modelo federal de la Unión Europea”, *Cotidiano*, núm. 58, noviembre-diciembre, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, México pp. 67-74.

A su vez esta teoría del federalismo económico ha dado entrada al concepto de “*federalismo intergubernamental*” que aplicado al ámbito de la Unión Europea, se debe a los profesores Maurice Croisat y Jean-Louis Quermonne, pues, desde la aprobación del Tratado de Maastricht la UE toma elementos tanto del federalismo como del inter-gubernamentalismo. Hasta el punto de que Hallstein⁷⁸ o Federico Mancini⁷⁹ sostienen una concepción de la UE que orienta la integración hacia una estatalización como una forma de dominio político y jurídico que realiza elementos del constitucionalismo federal.

Lo que lleva a manifestar a José Martín y Pérez Nanclares, el número elevado de elementos de naturaleza federal que se pueden percibir en el sistema comunitario, tales como: la arquitectura o dimensión institucional, que prevé la existencia de mecanismos por los que se canaliza la participación de los entes estatales en la federación, y viceversa, así como un órgano encargado de resolver los conflictos que puedan surgir (el Tribunal de Justicia); el sistema jurídico, integrado por principios básicos como la primacía, lealtad federal, solidaridad financiera, vigilancia federal o medios coercitivos de la federación; el sistema de competencias y el principio de subsidiariedad, y la moneda única.

A pesar del número tan elevado de la doctrina seguidora de esta teoría, hay voces discordantes con estas afirmaciones que hacen una crítica importante al proceso de federalización de la Unión que no parece tener todavía un límite claro, pues como recuerda Maurice Duverger⁸⁰, ninguno de los Estados miembros de la Unión Europea, que son todos ellos verdaderos Estados, titulares de lo esencial de la soberanía, parece estar dispuesto a cambiar de estatus para convertirse en una simple unidad federada.

4.3. La Unión Europea como Estado constitucional

Por otro lado, Ignacio Gordillo y Gisseppe Martinico⁸¹ recuerdan que la mayor parte de la doctrina cuando se refieren a federalización de la UE están haciendo referencia ora a constitucionalización como humanización ora constitucionalización como federalización de la Unión.

Respecto a la primera opción, Álvaro Rodríguez Bereijo⁸², recuerda que uno de los pasos más importante que se ha dado en la construcción del

⁷⁸ HALLSTEIN, W., (1973) “*Die Europäische Gemeinschaft*”, Econ Verlag, Düsseldorf.

⁷⁹ MANCINI, G.F. (1989) “The Making of A Constitution For Europe”, *Common Market Law Review*, vol. 26, Issue 4, pp. 595–614.

⁸⁰ DUVERGER, M. (1995) “*Europa de los hombres: una metamorfosis inacabada*”, Madrid, Alianza Editorial, pp. 17–56.

⁸¹ GORDILLO PÉREZ, L.I. y MARTINICO, G. (2013), “La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, pp. 429–478. Ver también GORDILLO PÉREZ, L.I. (2005) “Constitución, Constitucionalización y Constitucionalismo de la Unión Europea”, *Estudios de Deusto*, vol. 53/2, julio-diciembre, pp. 254–306.

⁸² RODRÍGUEZ BEREJO, A. (2001) “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 1-2, semestre 2001, pp. 45–57.

Estado federal es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya que “trasciende la mera visión economista imperante de la Unión, como un vasto mercado basado en la libre circulación de trabajadores capitales, bienes y servicios, y en la moneda común, y mira hacia la Unión y a los ciudadanos que la integran como una entidad política fundada en valores comunes, en la que, sin embargo, tanto el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona y los principios de paz, democracia y el Estado de Derecho constituyen pilares básicos”. Ello es así porque este autor considera que federalismo debe ser entendido en sentido de constitucionalización, por ello dirá que, *formalmente la Carta no se inserta en un proceso constituyente que se haya abierto en la UE, sea del de una federación de Estados miembros, sea el de una federación europea en el sentido expuesto recientemente. Aunque materialmente una Carta de derechos fundamentales es parte imprescindible de toda Constitución moderna.* Constitucionalismo asociado a la idea de “humanización” del ordenamiento jurídico comunitario (es decir, la afirmación de los derechos fundamentales a nivel supranacional) o de un Derecho nacido para disciplinar el mercado común.

La constitucionalización como federalización consiste en entender que si por federalización normalmente se entiende la transformación de la UE en un verdadero estado federal o en una federación, al que se refiere Maurice Duverger, muchos autores, en cambio, con esta fórmula, hacen referencia a un “*federalizing process*”, entendido como el progresivo alejamiento del Derecho de la UE de la lógica meramente internacionalista, es decir como un fenómeno que ha producido la progresiva sustitución del principio internacionalista de la unanimidad por el principio constitucional de la mayoría.

Esta idea está presente en los escritos de los comparatistas americanos que ya en los años sesenta escribían sobre las Comunidades Europeas. Eric Stein⁸³, conceptualizó la idea de las Comunidades Europeas como entidades caracterizadas por una estructura constitucional parecida a la de un sistema federal. Para este autor, el proceso judicial europeo, que se caracteriza por una relación simbiótica entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, es un proceso dialéctico complejo (aún más compleja que la de un sistema judicial nacional) con el poder dividido como en una federación, en una gran variedad de participantes que interactúan en varios foros. Joseph Weiler⁸⁴ al explicar su teoría de la tolerancia constitucional sigue utilizando terminología propia de un Estado federal. Así dirá que el federalismo es una filosofía política y jurídica que se adapta a todos los contextos políticos, tanto el municipal como el internacional, siempre y cuando se den dos requisitos básicos: la búsqueda de la unidad, junto con verdadero respeto por la autonomía y los intereses de las legítimas entidades participantes. Por esta razón han constituido un rasgo básico en el debate sobre la integración europea las comparaciones entre los federalismos de

⁸³ STEIN, E. (1981) “Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution”, *The American Journal of International Law*, vol. 75(1), pp. 1–27. <http://doi.org/10.2307/2201413>.

⁸⁴ WEILER, J.H.H. (2000) “Federalism and Constitutionalism: Europe’s Sonderweg”, *Harvard Jean Monnet Paper*, núm. 13.

América del Norte y de Europa. Y, en concreto ha atraído mucha atención la aparente divergencia de la experiencia europea de la federación típica americana. En contraste con el modelo clásico del estado federal, la estructura institucional de Europa todavía se adhiere a la concepción supranacional originaria de la Comisión y el Consejo, y el Parlamento junto con la garantizada voz decisiva de la gobernanza europea en manos de los gobiernos de los Estados miembros. El empoderamiento formal de, por ejemplo, el Parlamento Europeo en los últimos años ha sido contrarrestado por el empoderamiento informal Consejo. Por su parte, la Comisión ha tenido que luchar para preservar su propio peso en el proceso de toma de decisiones. Aunque aparentemente podría compararse a la Comisión con un Poder Ejecutivo federal, al Consejo con una cámara tipo Senado y al Parlamento con una cámara representativa, la realidad sigue siendo una Europa intergubernamental. Para utilizar un lenguaje un tanto arcaica del arte de gobernar, institucionalmente Europa está más cerca del estado confederal que de un estado a la federal.

No faltan tampoco autores, como Neil MacCormick⁸⁵ (al que se le considera como la fuerza impulsora del movimiento del pluralismo constitucional), que abrazan la idea de constitucionalismo como pluralidad de varios ordenamientos jurídicos, a través del positivismo institucional que une en un todo el entendimiento práctico del derecho, los conocimientos sociológicos y la teoría del pragmatismo. Al que se le une Joseph Weiler⁸⁶ al articular su principio de tolerancia constitucional y el análisis de constitucionalismo europeo. Miguel Poiares Maduro, por su parte también dirá que, el pluralismo constitucional no sólo es un remedio para los conflictos constitucionales de autoridad, sino la teoría que mejor puede abrazar y regular la naturaleza de la entidad política de la Unión Europea. Pues, es una teoría creadora de un verdadero constitucionalismo europeo. Es decir se centra en el estudio tanto de la legitimidad del constitucionalismo europeo como de su modelo de poder organizar.

Ingolf Pernice cree que el elemento central no es el Estado, sino la Constitución. Pernice eleva los Tratados constitutivos de las relegadas Comunidades europeas a la categoría de Constitución. Sin embargo, no debe entenderse la constitución europea como la estatal, por el contrario el surgimiento del constitucionalismo de la UE no necesita agotar el constitucionalismo del Estado nación, ya que ambas dos formas de constitucionalismo son expresiones de la idea del constitucionalismos en cuanto tal. Se trata pues de un derecho constitucional integrado en un sistema multinivel, de una Constitución multinivel europea. El discurso ha de girar en torno a conceptos como el orden constitucional europeo, sistema de interdepen-

⁸⁵ MACCORMICK, N. (1993) "Beyond the Sovereign State", *The Modern Law Review*, núm. 56, pp. 1-18.

⁸⁶ WEILER, J.H.H. (2001) "Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg" *Harvard Jean Monnet Working paper* núm. 10/00. Ver también (2000) 'Why should Europe be a Democracy: The Corruption of Political Culture and the Principle of Toleration', in F. Snyder (ed.) *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European integration* (Oxford, Hart Publishing), pp. 213 y 217.

dencia constitucional o red constitucional europea. Se centra en las interconexiones entre los ordenamientos nacionales y el europeo, y ello sobre la base de que los Tratados constitutivos efectivamente cumplen las funciones de un texto constitucional. Wallter Hallstein concibió a la Comunidad Europea como una comunidad de derechos y así creó un concepto central necesario de entendimiento.

V. CONCLUSIONES

Al no existir en los Tratados de la UE una cláusula de supremacía inequívoca que regule la relación de jerarquía entre los diferentes ordenamientos legales o que especifique la ley de leyes, el TJUE prácticamente desde sus comienzos y, a través de un proceso evolutivo, ha reconocido en sus resoluciones judiciales los principios de primacía, eficacia directa y autonomía del Derecho de la Unión. Y ha creado un sistema por el cual la norma de la Unión europea goza de prioridad sobre la norma en conflicto del Estado miembro, obligando con ello a los tribunales nacionales e Internacionales a asegurar la aplicación del Derecho europeo aun cuando entra en conflicto con el Derecho nacional (incluido el constitucional) e internacional.

Este nuevo derecho ha revolucionado las concepciones tradicionales y obligado a la doctrina a buscar nuevas explicaciones que permitan entender cómo un órgano salido del Derecho internacional que no es ni Legislativo ni Ejecutivo, ha conseguido imponerse a los tribunales nacionales de los Estados miembros e integrar de manera uniforme el Derecho europeo en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Sea como fuere, desde el punto de vista empírico, la realidad es que el TJUE se ha arrogado la competencia de las competencias incluso en determinar el común de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, lo que para un sector de la doctrina se debe a que el TJUE se acoge a una postura netamente monista del Derecho de la Unión, frente a la dualista de algunos Estados miembros.

Para otros sin embargo, a pesar de las reticencias del TJUE de acudir a otros ordenamientos jurídicos, al reconocer el Tratado de Maastricht primero y el de Lisboa después, principios tales como: la identidad nacional, la subsidiariedad, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y adherirse al CEDH se ha visto obligado a abandonar su monismo y dejar entrar a postulados pluralistas, o la menos dualistas.

Teorías estas tres que desde la perspectiva teórica, hacen muy difícil explicar la naturaleza jurídica de la UE, pues, a medida que se consolida la integración europea, la inseguridad y diversidad de visiones sobre la misma no consigue atenuarse en la literatura jurídica de los Estados miembros. Esto evidencia una preocupante asimetría entre la evolución del ordenamiento jurídico europeo y los análisis doctrinales.

Para un sector de la doctrina, el sentido común aconseja que la UE sea observada desde el punto de vista del origen internacional de sus Tra-

tados fundacionales, y, con ello concluir que la UE es una organización internacional de carácter supranacional. Es decir definir a la UE como una organización internacional de categoría especial, en la que junto a las características especiales de estas organizaciones se da la nueva nota de que su ordenamiento jurídico sea directamente aplicable en la esfera interna de los Estados miembros y por tanto de obligado cumplimiento.

Esta auto-obligación o supranacionalidad del Derecho de la UE ha llevado a otro sector de la doctrina a considerar a la UE está más cerca del concepto de Estado que del de una Organización Internacional, y, por ello, que se deba definir a la UE como una entidad federal o más concretamente confederal.

Para otros, la naturaleza jurídica de la UE, es federal pero entendiendo este término como sinónimo de constitucional, o caballo entre lo estatal e internacional.

Y, finalmente no faltan aquellos autores que al referirse a la UE como entidad constitucional, lo hacen desde una nueva idea de Constitución que no se equipara con la concepción tradicional de constitución de los siglos XIX y principios del XX de los Estados miembros, sino en el sentido de una Constitución creadora de un ordenamiento cuyo funcionamiento no sólo es tarea de los gobiernos de los Estados miembros, sino también de los ciudadanos, elevando con ello a los Tratados fundacionales a la categoría de norma constitucional. Donde la aparición de la norma constitucional supranacional y su conexión con la norma constitucional nacional e internacional se explique a partir de un concepto suficientemente amplio de Constitución que identifique múltiples lugares en los que se desarrolla el proceso constitucional. Esto es, que la relación de ordenamientos jurídicos sea en vez de un modelo piramidal, un modelo en red o plural. Lo que equivale a considerar al pluralismo constitucional como el proceso explicativo de la constitucionalización europea. En este sentido, en el marco de un sistema de varios niveles de gobierno, como se produce en el ámbito europeo, se trata de entender al Derecho europeo como aquel que se desarrolla desde una perspectiva integral, dentro de un proceso que afecta al mismo tiempo a la legislación tanto nacional, como europea e internacional. De hecho la teoría del pluralismo constitucional encuentra su más nítida utilidad interpretativa en el marco de la definición de relaciones entre el Derecho de la Unión europea y el derecho producido por los Estados miembros sin olvidar que esta teoría del constitucionalismo multinivel fue elaborada para poder explicar los conflictos constitucionales entre el Derecho europeo y el nacional.

Sin embargo, y, a pesar de que el pluralismo constitucional es lo que más se acerca a la realidad de la UE, no permite explicar la génesis de la primacía del Derecho europeo, que, incluso hoy en día, sigue representando uno de los misterios más fascinantes y controvertidos del Derecho de la Unión.

Eliseo López Sánchez y Daniel Casal Oubiña*

Las capitales federales de Europa

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. CAPITALIDAD Y DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER.—II. LAS CAPITALES EN LOS ESTADOS FEDERALES.—III. LAS CAPITALES EN LOS ESTADOS FEDERALES DEL CONTINENTE EUROPEO.—3.1. Las Capitales de la República Federal de Alemania: Bonn y Berlín.—3.2. La Capital de la República de Austria: Viena.—3.3. La Capital del Reino de Bélgica: Bruselas.—3.4. La Capital de la Confederación Helvética: Berna.—3.5. La Capital de la República Federal de Rusia: Moscú.—3.6. La Capital del Reino de España: Madrid.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Este artículo analiza las capitales federales del continente europeo partiendo, en primer término, de la relevancia política que tienen este tipo de ciudades, ya que son producto de las circunstancias históricas por las que atraviesan los Estados y sus territorios, y reflejan tanto el pasado como el presente, en términos políticos, económicos y culturales. En segundo término, el artículo se focaliza en los Estados federales de Europa así como en el Estado de las autonomías español, puesto que si bien no es un modelo federal, se asemeja en su funcionamiento y estructura. En este tipo de estados se hace complejo mantener los equilibrios territoriales, tanto en el plano político como en los económicos y culturales, y las capitales reflejan estas dificultades. Proponemos una clasificación para el análisis de las capitales federales europeas que incluye los tres planos, describiendo brevemente cada uno de ellos, y comparándolos.

PALABRAS CLAVE: *Las ciudades capitales, federalismo, distrito federal, centros, periferias, territorios.*

* ELISEO LÓPEZ SÁNCHEZ, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Departamento de Ciencias Políticas y de la Administración II; DANIEL CASAL OUBIÑA, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Carlos III de Madrid.

ABSTRACT

This article analyzes the federal capital cities of Europe on the basis, first, of the policy relevance that have this type of cities, since they are the product of the historical circumstances what through States and territories, and reflect both the past and the present, in political, economic and cultural terms. Secondly, the article focuses on the European States, and the state of the Spanish autonomous regions, since although it is not a federal model, is similar in function and structure. Since in such States is complex to maintain the territorial balance, both at the political level and in the economic and cultural also, and capitals cities reflect these difficulties. We propose to analyze the european federal capital cities a classification which includes three levels, briefly describing each of them and compare them.

KEYWORDS: *Capitals cities, federalism, federal district, centers, peripheries, territories.*

I. CAPITALIDAD Y DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER

En cualquier país destaca entre todas sus ciudades la capital, por su valor simbólico y por ser la sede de las principales instituciones políticas del país, aunque ésta no sea la principal ciudad en número de habitantes o renta.

Una capital es un centro político, una ciudad en la que se desarrollan las funciones políticas al máximo nivel de un país y sus élites tienen el control de los principales recursos políticos del estado. Es el lugar desde donde los gobernantes pretenden estandarizar los valores culturales nacionales, expandir su administración, cuyo personal se dedica a procesar y comunicar información e instrucciones gubernamentales a las dependencias del estado que ocupan el conjunto del territorio. Las capitales sirven como centro de organización del territorio y al tiempo que buscan, en muchos casos, una centralidad geocultural, y en otros más también tienen una centralidad geoeconómica (ROKKANY URWIN, 1982 y 1987).

Las capitales, como centros de decisión política, ejercen una influencia sobre otras ciudades de su mismo país, e incluso sobre el exterior. Pero además, las capitales también se sitúan en la escala jerárquica de las ciudades de sus países, según su capacidad de centralidad sobre el conjunto del territorio nacional e internacional. Estas jerarquías se forman a partir de las actividades sociales de las ciudades, en la medida en que albergan los centros de decisión en asuntos económicos y financieros, culturales, articulación social, académicos y científicos. En este sentido cuando una ciudad es sede permanente de los cuarteles generales de los bancos, grandes empresas, es un importante centro bursátil y comercial, sus edificios albergan las oficinas centrales de las asociaciones sociales principales del país y de las instituciones religiosas y culturales, en sus teatros y cines se estrenan las principales obras teatrales y películas, están las principales editoriales, los

mejores y más conocidos museos, posee prestigiosas universidades y centros de investigación, entonces estamos ante un núcleo de población central, un centro con primacía (ROKKAN y URWIN, 1982 y 1987). En el caso de que la capital sea también el centro económico, cultural y social del país, la jerarquía de las ciudades de ese país será piramidal, pero en muchos casos la situación está más repartida y existen varios centros de decisión económicos, culturales, sociales, científicos, etc. en diferentes ciudades de un mismo país, produciendo una jerarquía de ciudades más difusa.

En este sentido se puede señalar que la mayor parte de las capitales (HALL, 1993) lo son únicamente porque son sedes de los gobiernos. Sin embargo pueden desarrollar otras funciones, relacionadas o atraídas por la capitalidad. Por ello se puede establecer una clasificación (HALL, 1993) de las capitales según las funciones que desarrollan y el ámbito espacial en el que se realizan, que como vemos, en muchos casos se solapan:

- a. *Capitales multifuncionales*: combinan la mayoría o todas las funciones de alto nivel.
- b. *Capitales globales*: son un caso especial del primero y ocurre cuando juegan un papel supranacional en política o comercio.
- c. *Antiguas capitales*: ya no son sedes del gobierno, pero retienen otras funciones históricas y culturales.
- d. *Capitales políticas*: las que no tienen otras funciones y fueron creadas como sedes de gobierno.
- e. *Excapitales imperiales*: son un caso especial de antiguas capitales, y se produce en ciudades cuyos países han perdido sus imperios, aunque siguen siendo capitales de estado y juegan un importante papel comercial y cultural con sus antiguas colonias.
- f. *Capitales provinciales*: que se dan en los estados federales (y regionales), donde las capitales provinciales se solapan en algunos casos con antiguas capitales, ya que son ciudades que funcionaron de hecho como capitales políticas, pero han perdido ese papel.
- g. *Supercapitales*: que son las ciudades que sirven como sedes de organismos internacionales.

Los tipos de capitales funcionales que plantea Hall (1993) pueden dar problemas conceptuales, al mezclar en un mismo parámetro los aspectos políticos, junto a algunos económicos, sin distinción cronológica, lo cual provoca confusión al incluirse una misma capital en dos o más tipos distintos e incluso al considerar la sede de organizaciones internacionales igual que la sede de un gobierno nacional. Sin embargo su clasificación tiene utilidad porque permite que nos fijemos en tres aspectos básicos de las capitales, las funciones que desarrolla además de las políticas, el alcance territorial de las mismas y la importancia de crucial del momento histórico en el que una ciudad se convirtió en capital.

Siguiendo a Hall (1993) podemos identificar tres fuerzas para el cambio de funciones de una capital: político, tecnológico y económico (HALL,

1993). Los cambios políticos generan la creación de nuevos estados y nuevas capitales, así como la redefinición de las viejas. Los cambios tecnológicos cambian la relación entre las capitales y otros centros urbanos nacionales mediante dos factores. El primero es la revolución de la información, que relocaliza ciertos centros de investigación hacia la periferia de las ciudades¹. La segunda innovación que se está imponiendo son las redes de transporte, que exigen grandes infraestructuras como terminales y nudos intermodales y favorecen la centralidad frente a las ciudades con infraestructuras intermedias o de paso. Además se pueden considerar otros factores que condicionan el grado de centralidad de las capitales, como es la tendencia hacia la privatización y desregulación, que deja en manos de privados la localización de centros, perdiendo posiciones los planificadores gubernamentales (MEISEL, 1993).

Las características comunes de las capitales son, en definitiva, la centralidad como sede de gobierno y como punto de transacción, con preeminencia sobre otras ciudades en el ejercicio del control político, de la riqueza y de la toma de decisiones y la existencia de amplias imágenes que simbolizan la identidad nacional, estatus y poder (RAPAPORT, 1993). En este sentido, una característica de las capitales son los monumentos y edificios singulares que simbolizan la identidad nacional y afirman la imagen que pretende tener el estado.

La concentración de edificios singulares y monumentos en una determinada área central de las ciudades requiere de un diseño urbano que proyecte y organice esa imagen. Las capitales en muchos casos exhiben grandes diseños urbanos, con amplios espacios y edificios singulares. Así, sus construcciones reflejan imágenes, esquemas y símbolos en lugares localizados de carácter elitista o “sagrado”; disponen de lugares para ceremonias y rituales donde se manifiesta la autoridad política, en actos que comunican esquemas culturales específicos de legitimación y de refuerzo de la definición oficial del Estado (RAPAPORT, 1993), aunque en muchas ocasiones el carácter de la capital es tan propio que se parece poco a la cultura real del país.

Sobre este esquema general de las capitales, hemos de señalar la gran particularidad que suponen las capitales de los Estados federales así como en el Estado autonómico español, ya que el grado de centralidad política o la simbología de la unidad nacional se matizan en determinados casos. Además, en las capitales federales es en los casos en los que se ejemplifican más claramente los efectos políticos de que la capital sea además centros culturales y económicos de sus estados.

II. LAS CAPITALES EN LOS ESTADOS FEDERALES

En los estados federales el poder político se reparte entre diferentes centros y, aunque la capital federal suele mantener la sede de las instituciones

¹ Las áreas que más demandan tecnologías de la información son aquellas que previamente tenían concentraciones de industrias de la información.

federales, el peso de estas es menor que en un sistema unitario. La disseminación de la sede del poder político provoca unas relaciones diferentes entre los distintos entes territoriales federados, pudiendo ser la capital un elemento equilibrador, si estas relaciones son conflictivas, o un catalizador de los conflictos. Por eso, en los sistemas federales, cuál es la capital y el papel que ésta juega como centro en los ámbitos cultural y económico tiene una gran importancia.

Por la propia naturaleza de la federación, existen varios centros políticos en el territorio. Estos centros pueden además serlo a nivel económico y a nivel cultural o tan sólo uno de ellos. Las capitales de los entes federados reproducen, a su propia escala, el carácter simbólico de su región, compitiendo entre ellos y con el centro en muchos casos. A su vez la capital federal debe incorporar los valores nacionales junto con la convivencia o tolerancia de los distintos valores de los distintos componentes de la federación. La incorporación de estos símbolos o valores y su expresión en la capital federal no es siempre fácil ni completa.

En el caso de que la distancia cultural entre el centro federal y alguno de los centros de los estados federados sea alta, la capital regional tenderá a señalar más esta diferencia en sus rasgos urbanos. Este es el caso de estados en los que unas partes del territorio se identifican con el centro y otras no. También, puede que coexistan distintos centros, haciendo que la capital política sea tan sólo una sede de gobierno que incorpore los diferentes valores de los distintos territorios. (ROKKAN E URWIN, 1982).

La competición entre los centros en los niveles económicos y culturales también toma un papel relevante en el caso de los países federales. Si existen centros que compiten en los planos económicos y culturales con la capital, las relaciones entre el centro y esos territorios tenderán a ser más conflictivas. Estos factores se reflejarán en los aspectos simbólicos y urbanísticos de la capital federal, lo que implica que su imagen sea la del centralidad, lo cual en una federación suele ser un aspecto negativo. Además, si la capital federal es el centro indiscutible del país en los planos económico y cultural, aunque existan otros centros políticos, la realidad hará que el país tienda a centralizarse, ya que la atracción que ejerza la capital en los ámbitos cultural y económico se ejercerá también sobre las élites políticas periféricas. En último caso, si la capital es sólo un centro político federal y no tiene un relevante papel cultural no económico, se convertirá en un punto de equilibrio entre los otros centros del país que compiten en estos ámbitos. En estos dos últimos supuestos, la capital mantendrá sus símbolos políticos, pero el aspecto grandioso será mayor en el caso de que la ciudad acumule los diversos aspectos de la centralidad, porque añadirá edificios singulares de carácter cultural y económico, aunque la ausencia de competencia en ambos casos favorezca la concentración de recursos federales.

La cuestión no es simplemente simbólica, porque las capitales tienen un papel en el juego político territorial que se abre en los estados federales. El poder constituyente de cada país, cuando elabora su constitución federal, ha de tomar la decisión de cuál será la capital en la que albergar las institu-

ciones federales. Es un momento histórico en el que el poder constituyente se ha de plantear seguir uno de dos senderos de dependencia respecto a la capitalidad, y su decisión será cada vez más difícil de revertir con el paso del tiempo (PIERSON, 2000), porque tiene muy altos costes de instalación. De manera dicotómica, hay que optar por crear una “capital Camelot”, una nueva capital que mitifique el nuevo régimen y sus valores, o por mantener una capital antigua, con todas sus cargas históricas, simbólicas, identitarias e institucionales, lo que podríamos denominar “capital Roma”, ya que la ciudad italiana ha sido capital de sucesivas formas y regímenes políticos.

En la decisión de la capitalidad federal intervienen distintos factores en cada país, pero podemos agruparlos en dos grandes bloques: los históricos y los de equilibrio territorial.

De forma sintética, los factores históricos condicionan la decisión en un sentido inercial, manteniendo la capital en la ciudad que ya lo era cuando el territorio se articulaba como un estado unitario o como una colonia. Es la decisión de no cambiar la capital, en la que pesan los retornos crecientes de la capitalidad existente hasta entonces (PIERSON, 2000). Esto nos lleva de nuevo al carácter simbólico de las capitales, pues las capitales históricas conservan en muchos casos el carácter y la personalidad del sistema político anterior a convertirse el país en federación. En algunos casos, las capitales más veteranas, no sólo conservan la estética y los símbolos del inmediato pasado, si no de los varios y diferentes regímenes políticos por los que cada país ha pasado a lo largo de su historia: épocas imperiales, coloniales, dictaduras, etc. Una consecuencia es que una parte de la población del país identificará a la capital federal con el pasado, con regímenes políticos anteriores. Si a esto le añadimos que una gran parte de la población de la capital se identifica con los valores y símbolos de su ciudad, como los habitantes de cualquier ciudad del mundo, tendremos que la capital no siempre será una ciudad representativa de las ideas y valores federales. Las rivalidades entre las ciudades son habituales en todos los países y es normal que la capital entre en estas rivalidades, especialmente si es una ciudad grande. Esta circunstancia no pasa de ser una anécdota en la mayoría de los casos, pero si las diferencias culturales entre el centro en el que está la capital y la periferia en la que están otras ciudades importantes son grandes, la rivalidad pasará a ser una tensión cultural, económica y política. En estas circunstancias, de diferencias lingüísticas, étnicas o religiosas, las capitales históricas tienen más dificultad para integrar en los símbolos urbanos de la ciudad a la cultura de estas zonas diferenciadas.

Los factores de equilibrio territorial llevan a decidir un cambio contra las inercias históricas, y sitúan la capital en una ciudad que no se identifique con el centralismo anterior ni con unas partes del territorio estatal frente a otras. La decisión de situar la capital en el momento de fundar un nuevo régimen federal, intenta crear un nuevo espacio urbano que simbolice plenamente los ideales y valores de la nueva constitución, una Camelot. Estas capitales no sólo incorporan los símbolos relacionados con el federalismo, sino sobre todo los símbolos relacionados con la modernidad y el progreso.

Estas nuevas capitales tienen más facilidad para integrar las culturas periféricas y las rivalidades con otras ciudades suelen tener poca importancia, porque las capitales nuevas no suelen tener una población muy grande en los primeros años, ya que aunque se sitúen en ciudades ya existentes, suelen ser de tamaño medio o pequeño, y carecen del grado de centralidad suficiente en los planos cultural y económico. A pesar de esto, permiten que el centro político no esté tan identificado con el centralismo, sirven como punto de equilibrio entre zonas del país que compiten por la hegemonía cultural y económica, y también sirven como nuevos focos de desarrollo, puesto que atraen inversiones. Tampoco conviene olvidar que supone un perjuicio para la ciudad que deja de ser capital, ya que pierde recursos, lo que puede ser fuente de agravios y rivalidades.

En el siguiente cuadro podemos ver las capitales federales del continente europeo clasificadas según este criterio histórico. El momento en el que una ciudad se convirtió en capital y los motivos y circunstancias que en ese tiempo llevaron a esa decisión, son elementos que nos ayudan a dar un primer paso para explicar las notables diferencias que hay entre las capitales de los países federales europeos.

Cuadro I. Clasificación cronológica de las capitales en los sistemas federales y en el sistema autonómico español

Capitales históricas	Berlín Viena Bruselas Madrid Moscú
Capitales nuevas	Bonn Berna

Fuente: Elaboración propia.

Se puede ver que las capitales históricas son las ciudades más pobladas de sus países. Además son importantes centros económicos y culturales, aunque puedan existir otros centros en su país.

Las capitales nuevas, en cambio, son centros políticos, pero juegan un papel menor en los planos económicos y culturales, distan de ser las mayores ciudades de sus países y ocupan un puesto medio en la jerarquía de ciudades. Por el contrario, las capitales nuevas son ciudades comparativamente pequeñas en la jerarquía de centros económicos y culturales de sus países.

Siguiendo la clasificación de capitales de Hall (1993), las capitales históricas se relacionan con las capitales multifuncionales de su modelo, mientras que las capitales nuevas están relacionadas con las capitales políticas. La relevancia de la centralidad económica y cultural, del gran tamaño poblacional, reside en que supone centralismo al fin y al cabo, afecta a la forma en que se toman las decisiones desde el gobierno central, a la identificación del personal de la administración con la ciudad en la que viven y a la

percepción que tienen en la periferia sobre las decisiones del centro, sobre todo a las de carácter administrativo. En definitiva, si la capital federal es una capital histórica y una gran ciudad en el contexto del país, puede provocar una centralidad política encubierta que genera una tensión entre el centro y la periferia. Este centralismo encubierto no hace que un estado sea o no federal, ni afecta al grado de descentralización formal, sino a la manera de hacer la política, al grado de confianza e identificación con el estado federal y de este con los entes federados. Si la hegemonía en el nivel cultural y económico es total y las capitales son el centro indiscutible, el impacto sobre la periferia será mayor y culturalmente el país será más homogéneo y económicamente la capital y su área metropolitana estarán más desarrollada que la media nacional.

Si un alto grado de centralidad es consecuencia del hecho de ser capital antes de la constitución de la federación y de haber sido residencia de las élites que tenían el control de los principales recursos del territorio circundante, un bajo grado de centralidad es producto de la decisión de situar la capital después o en el momento de la constitución de la federación como elemento de equilibrio entre otros centros o como punto de vertebración territorial. En este sentido, los sucesos tempranos son fundamentales para comprender los contemporáneos (PIERSON, 2000), el momento en que se tomaron las decisiones es fundamental para entender el papel que juegan hoy esas capitales.

La gobernación de una capital (ROWAT, 1993) plantea un problema específico, la necesidad de equilibrar los intereses de los habitantes y los intereses de la nación. En el caso de las capitales federales se plantea además un problema adicional, la relación de la capital federal con el estado o provincia en el que está situado y con el territorio circundante. Se puede afirmar que no existe un estándar de gobierno de capitales federales sino más bien una tipología de capitales federales basada en tres tipos (ROWAT, 1993).

1. El primero es el territorio federal, que son territorios especiales dentro de un estado que no pueden ser gobernados o dominados por ningún ente federado² no existiendo este tipo de capitales en el continente europeo.
2. El segundo tipo es la ciudad sin un estatus específico, que es tratada como cualquier otra dentro del estado federado del que forma parte³.
3. El tercer tipo es la ciudad ente federado, con el mismo estatus que el resto⁴.

Adicionalmente, Rowat (1993) señala dos elementos. Por un lado, la forma de gobierno de la ciudad y su zona metropolitana influye en el po-

² Como por ejemplo serían los casos de Washington D.C., Buenos Aires, Brasilia, Caracas o México D.F.

³ Por ejemplo sería el caso de Madrid, Moscú y Berna.

⁴ Son los casos de Viena, Berlín o Bruselas en Europa.

tencial de centralidad que puede desarrollar la capital dentro del sistema federal. Por otro lado, la forma de gobierno afecta radicalmente a la población de la ciudad, pudiendo provocar conflicto entre los intereses locales y los nacionales.

A continuación vamos a exponer brevemente los casos de las capitales federales europeas para ilustrar ejemplarmente lo anterior.

III. LAS CAPITALES EN LOS ESTADOS FEDERALES DEL CONTINENTE EUROPEO

3.1. **Las Capitales de la República Federal de Alemania: Bonn y Berlín**

Durante los cuarenta años de separación entre la República Federal y la República Democrática, Berlín permaneció como una zona especial, con un régimen vigilado por las potencias ganadoras de la II Guerra Mundial. La zona oriental, bajo control soviético, se integró como un distrito administrativo más en la República Democrática, un estado centralizado, convirtiéndose en la capital del mismo. En la zona occidental de la ciudad, controlada por Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos, las instituciones locales berlinesas occidentales se integraron en la República Federal con un estatus particular a la hora de participar en las instituciones federales y en el sistema de cooperación, debido a su posición aislada en medio del territorio germano oriental.

Esta especial condición de ocupación de Berlín en el contexto de la especial situación de Alemania entre 1949 y 1990 se debía al fuerte carácter simbólico que tenía la ciudad como capital de Alemania desde que se produjera la unificación de 1870. Las condiciones a la que sometieron a la ciudad sus ocupantes la hicieron todavía más simbólica de la situación de división del país y la limitación de soberanía de ambas partes durante todos esos años. Este papel simbólico tenía su reconocimiento oficial, ya que Berlín oriental, o concretamente el distrito de Pankow, era la capital de la RDA, mientras que la Ley Fundamental de la RFA reconocía a la ciudad de Berlín, entera y no dividida, como la capital de Alemania, aunque provisionalmente la sede de las instituciones federales estuviera en Bonn en tanto el país permaneciera dividido y ocupado (GOETZ y CULLEN, 1995). Así pues, el caso de la actual República Federal de Alemania es uno de los más expresivos del simbolismo y el papel de las capitales, especialmente si se contempla a Bonn junto a Berlín, como haremos a continuación.

Con la reunificación el estatus jurídico-político de Berlín ha cambiado y la ciudad no sólo se ha vuelto a unir, si no que ya no tiene ningún tipo de tutela por parte de potencias extranjeras, integrándose plenamente como una ciudad-estado en las instituciones federales. El nuevo Berlín se ha convertido en un land de pleno derecho cuyo territorio abarca los límites municipales, y al tiempo es un municipio con sus correspondientes

instituciones. Como cualquier land Berlín tiene una Constitución, que fue aprobada en 1995 y se basa en la que tenía la parte occidental de la ciudad-estado desde 1950, aunque modernizada a los nuevos tiempos, esto es, incluyendo derechos medioambientales, protección de datos informáticos o mecanismos de democracia directa, como petición, iniciativa popular o referéndum más sencillos.

Institucionalmente, el land de Berlín tiene un parlamento regional de ciento treinta miembros, llamado Cámara de Representantes, elegido directamente por los ciudadanos berlineses. Esta Cámara de Representantes elige a su vez al alcalde-presidente, que asume las funciones de Ministro-presidente del land de Berlín, en un modelo parlamentario que varía respecto al modelo de canciller federal. Una vez elegido el alcalde-presidente, éste propone a ocho personas para senadores, para que formen un gobierno regional, llamado Senado. Estos candidatos propuestos deben ser aprobados por la Cámara de Representantes berlinesa, siendo una vez elegidos, responsables individualmente de sus actos políticos, cada uno de su área sectorial, ante la Cámara de Representantes, mediante moción de censura. Este Senado-Cancillería de carácter ejecutivo sigue las líneas políticas que le marca el alcalde-presidente, junto al cual componen el máximo órgano del Ayuntamiento de Berlín. Lógicamente el alcalde-presidente no tiene el liderazgo del canciller federal respecto a su gobierno, aunque los miembros de su Senado sean del mismo partido.

Se fusionan así, en principio, las instituciones políticas ejecutivas, y legislativas, del land con las municipales, asumiendo las competencias que ambos niveles de poder tiene asignados en la República federal de Alemania. Estas instituciones se apoyan en una administración que sume las funciones ejecutivas de un land con las cuestiones generales de la ciudad, como planeamiento urbano o servicio de bomberos. Pero más allá de los asuntos que son generales de toda la ciudad, la mayor parte de los servicios públicos municipales son prestados en Berlín por la administración de los distritos, que tienen una amplia autonomía de gasto, aunque no tanto de ingreso. Estas administraciones de los doce distritos, antes de la reforma de 2001 eran veintitrés, dependen en última instancia del Senado-Cancillería, que aprueba sus presupuestos y realiza el control de gasto, pero tienen una dependencia política más importante de los consejos de los distritos, cuyos miembros son elegidos directamente por la población de dichos distritos. Estos consejeros eligen entre ellos a su alcalde de distrito, y los alcaldes de todos los distritos forman junto al alcalde-presidente el Consejo de alcaldes, organismo con capacidad de iniciativa legislativa ante la Cámara de Representantes y que tiene que ser consultado por el Senado-Cancillería en asuntos de legislación y administración de competencias locales.

Hay que señalar a este respecto que esta doble condición de Berlín como ciudad-estado es independiente de su condición de capital federal, y de hecho la capitalidad ha sido trasladada definitivamente en octubre de 1999, desempeñando hasta esa fecha las funciones capitalinas la ciudad de Bonn. En Alemania existen más ciudades-estado, que se constituyeron por

la tradición histórica, y aunque el mapa regional alemán cambió sustancialmente cuando se constituyó la República Federal en la zona occidental, las ciudades hanseáticas de Hamburgo y Bremen⁵ permanecieron como ciudades-estado. Berlín no es por tanto una excepción en Alemania, pero su tradición histórica es la de ser capital del Reino de Prusia, dominando como ciudad un territorio extenso y siendo el centro indiscutible de la región de Brandemburgo. Aunque las fronteras de la región histórica, de Brandemburgo, no coinciden totalmente con el actual land, que es más pequeño, la vinculación al mismo es evidente. Esta vinculación condujo a la convocatoria de sendos referendos en los länder de Brandemburgo y de Berlín preguntando a la población si deseaban la fusión de ambos estados. El resultado fue favorable a la fusión en Berlín, pero desfavorable en Brandemburgo. De haberse producido la fusión, el nuevo land tendría una extensión de unos 27.000 kilómetros cuadrados y una población aproximada de 6.000.000 millones de habitantes, repartidos en un 60%/40%.

Bonn era considerada la sede de las instituciones de la República Federal de Alemania de forma transitoria desde 1949, hasta que pudiera reunificarse el país. Incluso la propia República Federal, antes de la reunificación, se consideraba un estado transitorio hasta la consecución de la misma, según la Ley Fundamental (GOETZ y CULLEN, 1995). En la práctica, el éxito económico e institucional del estado germano occidental hizo que se convirtiera en definitivo y de hecho cuando se produjo una unificación, que casi nadie imaginaba un año antes de que realmente se produjera, ésta fue una absorción de los territorios orientales a las estructuras de la República Federal. En este sentido, dado que se estaban adoptando las instituciones federales occidentales como definitivas para toda la nación; ¿por qué no se podía convertir en definitiva a la capital de dichas instituciones? Esto provocó un conflicto sobre la capitalidad de Alemania entre Bonn y Berlín, que acabó ganando la última en una reñida votación en el Bundestag⁶.

Bonn ha pasado como ejemplo de ciudad capital, pese a las reticencias que hubo al principio de la República Federal por ser una ciudad excesivamente tranquila y discreta. Con un tamaño diez veces inferior a Berlín, está situada en una de las regiones con más densidad de población de Europa y que tiene 17 millones de habitantes, con ciudades como Colonia, un importantísimo centro económico y cultural, ciudades como Düsseldorf, centro industrial y capital de Renania del Norte-Westfalia, ciudades importantes económica y culturalmente como Dortmund, Duisburgo, Aquisgrán o Münster, en cuyo conjunto Bonn es una ciudad más. El land en sí es multicéntrico y esta ciudad, como el resto de esta zona, no tenía una tradición históricamente de centralización o de dependencia de un sólo centro, lo cual se reflejó en el espíritu que la población dio a la nueva capital.

⁵ En realidad Bremen está compuesto por dos espacios discontinuos aunque muy cercanos, rodeados ambos por el land de Baja Sajonia con un municipio en cada uno, el propio municipio de Bremen y el municipio de Bremerhaven, que es el puerto.

⁶ Esta votación del año 1993 podía haber dejado la capital a orillas del Rin si no hubiera sido por los diecisiete votos del PDS a favor de Berlín.

Además del hecho federal, la República Federal también buscó una descentralización profunda en el inicio de su andadura que se reforzó situando determinadas instituciones fuera de la capital, lo cual es también parte de la tradición alemana, como el Tribunal Constitucional en Karlsruhe o el Banco Central Federal, el famoso ‘Bundesbank’, en Frankfurt am Main. Así, Bonn ha sido una ciudad alemana más, que producía la impresión de que Alemania occidental era un estado multicéntrico y descentralizado. La capital asumió por su parte la imagen de desarrollo y eficiencia del propio estado, sin necesidad de ser una gran urbe y sin un desarrollo urbanístico grandioso, con una imagen discreta y alejada del pasado de Alemania. La cercanía y excelentes vías de comunicación a los importantes centros económicos y culturales de Renania del Norte-Westfalia, como Colonia, Dortmund, Düsseldorf, Duisburgo, Aquisgrán o Essen hicieron que tuviera los servicios de estos centros urbanos sin tenerlos directamente en el interior de la ciudad. Las excelentes infraestructuras ferroviarias, camineras y hasta fluviales expanden el área incluso a Bélgica, Holanda, y los länder de Renania-Palatinado y Hesse. Sin duda la posición geográfica de Bonn en el mismo centro de Europa Occidental, en un área de las más densamente pobladas y más ricas de Europa, ha contribuido a formar este nuevo tipo de centralidad compartida.

Sin embargo Berlín puede rememorar el pasado de Alemania, aunque en ese pasado haya que incluir a movimientos artísticos vanguardistas, a centros científicos y universitarios de primera fila hasta la década de los 30 del siglo XIX, o a importante museos, también puede recordar a la Prusia militarista y autoritaria, a la capital de los sucesivos Reichs, e incluso parcialmente a la capital de la RDA. El Berlín de hoy es un centro importante, nucleado en la ciudad, y que compite claramente con los otros centros de Alemania por la hegemonía cultural y económica, aunque no está en una posición hegemónica. La Berlín unificada es la ciudad más poblada de Alemania, con más de tres millones y medio de habitantes, prácticamente el doble que Hamburgo, la segunda en población, o de dos veces y media la tercera, Múnich. El nuevo Berlín puede introducir un elemento de mayor competitividad en la multicéntrica Alemania, y al añadirle la condición de capital federal, ese efecto de competición económica y cultural entre los distintos centros se refuerza por las pretensiones de simbolismo político de la capital. Por otro lado, se corre el riesgo de que los ciudadanos alemanes acaben relacionando a esa pretensión de hegemonía berlinesa con el propio estado federal, y en este sentido, el reparto de las sedes de los distintos organismos federales parece pretender evitarlo. De hecho, aunque Bonn ya no es la capital de la República Federal de Alemania, sigue siendo sede de importantes organismos de la administración federal. Ocho de los dieciocho ministerios federales se han quedado de momento a orillas del Rin, con lo que sigue ejerciendo como centro político federal. También cuenta con unas apreciadas infraestructuras para la celebración de congresos y reuniones internacionales, como sede de empresas, centro universitario y de investigación, e incluso cultural.

3.2. La Capital de la República de Austria: Viena

Viena es un caso bastante semejante al de Berlín, y probablemente a la hora de diseñar el marco institucional de ésta última se tuvo mucho en cuenta el diseño institucional de Viena. Esta es una antigua capital histórica, que ya era capital antes de la conversión del país fuera un estado federal, y hoy la ciudad es un land más dentro del estado federal austriaco. Pero también hay diferencias, para empezar, Viena ha sido una capital imperial durante mucho más tiempo que Berlín, y su vinculación no es simplemente con el país, sino con una dinastía, los Habsburgo, y su modelo de estado imperial pluriétnico. Así, la conversión de la antigua capital imperial en nueva capital federal de Austria, una república mucho más pequeña que el Imperio Austro-Húngaro, tras la I Guerra Mundial, tuvo un importante impacto en la ciudad, de la que se marchó casi la mitad de la población. En 1920 se convirtió en capital federal y en 1922 la ciudad de Viena se separó del land de Baja Austria y se convirtió en un land propio, el noveno de la federación. Tras la II Guerra Mundial recuperó esta condición de ciudad-estado o ciudad-región, de manera provisional en 1945, y definitiva en 1955 cuando Austria recuperó su soberanía.

Viena es, por tanto, un estado federado más, con su propio poder legislativo o Dieta regional, compuesta por cien miembros elegidos por sufragio universal por los vieneses, y su poder ejecutivo, un gobierno encabezado por el gobernador, y compuesto por entre nueve y quince consejeros de la ciudad. Estos son elegidos por representación proporcional de la composición partidista de la cámara, aplicándose una fórmula d'Hondt, mientras que el primero es elegido de forma separada por mayoría absoluta, y no tiene porque ser parlamentario.

Como municipio, Viena tiene el estatus de gran ciudad, que comparte con las otras catorce ciudades más pobladas de Austria, tiene un Concejo de la Ciudad, compuesto por los mismos cien miembros de la Dieta regional, que compaginan mandato. El Concejo de la Ciudad elige al alcalde, que es el mismo gobernador del land, a los vice-alcaldes y a los consejeros de la ciudad, que son también los mismos que componen el gobierno regional. El Concejo de la Ciudad asume las competencias municipales que le corresponden como gran ciudad, aunque puede delegarlas a los órganos de los distritos. En cualquier caso, la ejecución de esas competencias y mandatos del Concejo le corresponden al alcalde y a los consejeros de la ciudad, que componen el órgano local llamado Senado de la ciudad. A estos miembros del Senado de la ciudad hay que unir, sin voto, a un jefe administrativo ejecutivo, que también es jefe de la administración regional, puesto que es la misma. Este Senado de la ciudad se encarga de decidir sobre el día a día de la gestión municipal.

En definitiva, los órganos municipales de Viena se han hecho cargo de los órganos regionales, y el Concejo de la Ciudad, al tiempo que eligen a los distintos responsables del ejecutivo municipal, hace lo propio con el ejecutivo del land, y cuando se sustancia una moción de censura de for-

ma exitosa, el censurado cesa de ambos cargos. Pero son cargos diferentes, que afrontan competencias distintas. En los puestos ejecutivos la diferencia entre ambas funciones, regional y local, es menor y no se realizan por separado, pero en el caso del Concejo de la Ciudad-Dieta regional, las sesiones como uno u otra son distintas, salvo en los casos de nombramientos y censuras, porque son atribuciones diferentes. Como Dieta, por ejemplo, puede legislar, como Concejo no, los procedimientos y reglas son distintos en uno y otro caso, las mesas asamblearias tienen distinta composición, por la diferencia de atribuciones competenciales, aún siendo las mismos miembros, y de hecho el mismo órgano,

A igual que en Berlín, la administración local está descentralizada políticamente en distritos, en este caso veintitrés. Cada distrito tiene un Consejo de distrito de entre cuarenta y sesenta miembros elegido directamente por los ciudadanos del mismo, y que a su vez elige a su jefe de distrito para las labores ejecutivas. El Consejo de distrito aprueba sus propios presupuestos de gastos, y los controla, y estos están dirigidos a las funciones más concretas de las competencias municipales, parques, limpieza, obras, escuelas, licencias, etc.

Pero a diferencia de Berlín, Viena es el centro político, económico y cultural de Austria de forma hegemónica. Tiene alrededor del 20% del total de la población austriaca y no hay ningún centro realmente alternativo. Esto hace que la ciudad sea centrípeta en el conjunto de Austria, y que a pesar de que éste sea un país federal, haya tendencias centralizadoras en torno a la capital. Por otro lado, la capital mantiene un notable peso histórico, y aunque los símbolos de la moderna Austria tiendan a estar cada vez más presentes en la ciudad, sigue presente aún la imagen de la capital de los Habsburgo.

3.3. La Capital del Reino de Bélgica: Bruselas

La capital belga es uno de los casos más complejos de capital y de centro político económico y cultural, en buena medida por la propia complejidad institucional del Reino de Bélgica, que tiene cinco niveles territoriales de instituciones estatales: municipios, provincias, regiones, comunidades y federación (WOUTER y NIEUWENHOVE, 1999). La ciudad tiene así que encajar una capitalidad múltiple: la flamenca, la francófona, la belga, la bruselense y además es sede de las principales instituciones europeas⁷. Sin duda las instituciones más relevantes para Bruselas son las regiones y comunidades, que se solapan espacialmente precisamente en Bruselas. El doble aspecto de la federación belga, con sus regiones y comunidades, hacen que la capitalidad haya de ser contemplada respecto a ambos ejes de división de Bélgica.

⁷ La Unión Europea no tiene capital oficial, pero la asimilación de Bruselas como la capital de la UE por parte de los ciudadanos europeos es creciente, y la ciudad ha incorporado los edificios swedes como símbolos europeos.

En el caso de las regiones, que ejercen las competencias localizables en el territorio, como sanidad y obras públicas, Bruselas es una región más, junto a Valonia y Flandes, la región de Bruselas-capital (CUETO, 2001). Entre las competencias regionales están las de regulación de las instituciones locales y en el caso de la ciudad de Bruselas, la ciudad está dividida en diecinueve municipios independientes, con sus respectivos ayuntamientos. Desde 1989, en que flamencos y francófonos se pusieron de acuerdo sobre su estatus de ciudad-región, no existe un único ayuntamiento para la ciudad, aunque el gobierno regional bruselense controla en buena medida el planeamiento urbanístico general de la ciudad, en el que también interviene el gobierno federal belga.

Respecto a las comunidades, con competencias de carácter cultural, el estatus de Bruselas es de pertenencia tanto a la comunidad francófona como a la comunidad flamenca, y así ambas comunidades pueden actuar en la ciudad sobre sus competencias, pues estas no afectan como tal a un territorio si no a las personas, aunque los servicios públicos regionales se tienen que prestar de manera bilingüe (CUETO, 2001). De hecho existe población de ambas comunidades lingüísticas, aunque la proporción entre ambos es aproximadamente de 85% francófonos y 15% flamencos. De hecho es la ciudad con más francoparlantes del país, y las instituciones representativas de la comunidad francófona tienen sus sedes principales en Bruselas. En el caso de Flandes, sus instituciones regionales y comunales están fusionadas y la capital de estas instituciones únicas es Bruselas, ya que también pertenece a la comunidad flamenca. Bruselas ha sido la capital histórica de Flandes⁸ y esto produce la paradoja de que la capital de la región de Flandes es otra región.

El Consejo Regional de Bruselas, su órgano legislativo está compuesta por 75 miembros, 64 francófonos y 11 flamencos. La elección es directa en una circunscripción única, pero los candidatos están identificados como flamencos o francófonos, asignándoseles a uno u otro cupo. La acción legislativa de este consejo, a diferencia de los de las otras dos regiones / comunidades, está sujeta a revisión de constitucionalidad por parte de los tribunales ordinarios y por el gobierno federal. Este último interviene en virtud del papel de capital belga y sede de las instituciones europeas en materias de políticas territoriales. El Consejo está separado por grupos lingüísticos, al igual que al nivel federal, y también puede presentar cada una moción con las — partes de sus miembros, para paralizar un proceso legislativo si hiere sus identidades e intereses. En este caso, es el gobierno, con igual número de los dos grupos, el que debería llegar a un acuerdo. Además, la cámara se divide en tres comisiones también por grupos lingüísticos: los 64 diputados francófonos forman el COCOF, tratan las materias comunitarias en Bruselas que le han sido transferidas por la Comunidad Francófona. La comisión comunitaria flamenca (VGC) hace lo propio con sus competencias, pero sus deliberaciones sólo tienen valor de recomendación, excepto para instituciones y actividades

⁸ A partir del siglo XVIII, el territorio de la actual Bélgica dependía de los Habsburgo austriacos. En este periodo, la influencia de la Ilustración y la cultura francesa llegaron a los Países Bajos del sur y en Bruselas se empezó a hablar en francés, al tiempo que en la zona de Valonia, francoparlante, empezó a tomar una preeminencia cultural y económica.

dedicadas a expandir la cultura flamenca en Bruselas. La tercera comisión es el pleno, que trata de las cuestiones que afectan a las dos comunidades.

El gobierno regional está compuesto por dos miembros francófonos, dos flamencos y un ministro-presidente que puede ser de cualquiera de los grupos. Por debajo existen tres secretarios de Estado, de los cuales uno ha de ser flamenco. Ya hemos comentado que los miembros de este gobierno tienen doble mandato en la Comunidad Francófona. En la Flamenca no suele haber doble mandato. Estos dos ministros regionales bruselenses francófonos y los secretarios de Estado afines tratan también las materias comunitarias transferidas.

Bruselas es además el centro económico principal de Bélgica, como sede de las principales empresas, y nudo de transportes. Estos papeles lo desempeña incluso a nivel europeo, pues por su posición geográfica en el principal eje comercial de Europa y la presencia de las sedes de las instituciones europeas, hace que muchas sedes de empresas transnacionales de ámbito europeo se sitúan en Bruselas y la ciudad sea un centro de decisiones básico en Europa. Esta centralidad hegemónica en Bélgica tiene que tener en cuenta el papel de Amberes, en como uno de los principales puertos de Europa y centro secundario, pero con aspiraciones importantes como centro de Flandes. También hay que tener en cuenta además que Bruselas tiene un territorio pequeño y su zona metropolitana es parte de la región de Flandes, en la que está inmersa.

Pero en sentido inverso, la importancia cultural de Bruselas como centro se enfoca en la actualidad más a Valonia. Su peso cultural para Flandes se basa fundamentalmente en el simbolismo histórico, pero para Valonia es el centro hegemónico desde el punto de vista cultural, porque la mayor parte de la cultura se desarrolla en francés, salvo la de algunos centros públicos, que ha de ser bilingüe. En este sentido, el papel de centralidad cultural de Bruselas se ve ofuscada por la cercanía de París.

El factor cultural de la metrópoli bruselense unida al peso económico del conjunto ciudad-corona metropolitana en el total de Bélgica hacen que este núcleo sea uno de los pilares fundamentales de unión del propio estado belga. La centralidad real de Bruselas, a la que casi todos quieren incorporar a su lado, es mayor de lo que pudiera parecer en un estado federal, con menos del 10% de la población en la región-capital, y la muestra es que a pesar de tener entes políticos separados, la mayoría de los organismos flamencos y valones acaban estando en el mismo lugar, la capital federal.

3.4. La Capital de la Confederación Helvética: Berna

Con sus 6.000 kilómetros cuadrados, Berna es el segundo cantón más extenso de Suiza, después del de Grisones⁹, en un país con 41.300 km².

⁹ El cantón de Grisones (Graubünden) tiene unos 7000 km², pero con menos de 200.000 habitantes.

Tiene casi un millón de habitantes, siendo el segundo más poblado después del cantón de Zürich. Por su parte, la ciudad de Berna, capital de Suiza y del cantón de su mismo nombre, tiene alrededor de 140.000 habitantes y es la cuarta por su número de habitantes después de Zürich, que tiene más de 350.000 habitantes, Basilea y Ginebra, que tienen alrededor de 175.000.

El territorio del cantón es históricamente una extensión de la ciudad, los dominios territoriales de la misma, consecuencia de la expansión de la villa en la Edad Media, y posteriormente consolidada ante las revueltas campesinas contra el gobierno de la ciudad de los siglos XVII y XVIII. La ciudad se fundó en 1191 y en 1353 se unió a la Liga Perpetua, una alianza defensiva de los algunos cantones alpinos contra el dominio de los Habsburgo fundada en 1291, y origen de la Confederación Helvética, a la que paulatinamente fueron entrando más cantones, es decir, ciudades o villas y sus dominios territoriales, que en 1474 acabaron abandonando el Sacro Imperio Romano Germánico tras varias guerras. Zuinglio en Zürich y Calvino en Ginebra propagaron la reforma protestante en el siglo XVI, con éxito sobre todo en las zonas urbanas (VALDIVIESO, 2002). Berna siguió el ejemplo, y dado el predominio de la ciudad en el cantón, éste adquirió un carácter fundamentalmente protestante. Las ideas de la Revolución Francesa llegaron también con fuerza y tras las guerras napoleónicas¹⁰, surgieron los conflictos entre los católicos, que eran minoritarios, asentados fundamentalmente en las zonas rurales y defendían los derechos tradicionales de los cantones, y los protestantes, que estaban asentados en las zonas urbanas, estaban influidos por las ideas liberales y preferían un gobierno central más fuerte y que garantizara los derechos de los ciudadanos. Esto llevó a la guerra civil en 1847 y a una nueva Constitución en 1848 que creó un sistema federal frente al confederal anterior. En 1874 se revisó en profundidad la Constitución por primera vez, y desde entonces ha tenido varias reformas parciales, buscando perfeccionar el equilibrio múltiple característico de Suiza entre protestantes y católicos; germano-parlantes, franco-parlantes e italo-parlantes, entre izquierda y derecha; entre los cantones y las instituciones federales.

En todo este periodo del siglo XIX, el cantón de Berna fue favorable a la causa protestante y liberal. El gobierno del cantón fue aristocrático hasta que se instauró una Constitución cantonal democrática en 1831 y en 1848 se convirtió en capital de la Confederación Helvética, pues la confederación anterior no tenía sede permanente. Como capital del cantón, su papel es indiscutible, pues como digo, ha sido la ciudad la que ha creado el cantón por expansión territorial.

¹⁰ Los ejércitos napoleónicos en 1798 impusieron un estado unitario según el modelo francés, la República Helvética, aunque en 1803 se retiraron dejando una nueva Constitución que reconocía los viejos derechos de los cantones y que aprobaron los suizos. Tras el Congreso de Viena de 1815, Suiza fue reconocida como un estado neutral y se incorporaron algunos cantones más, hasta llegar a 22 y prácticamente las fronteras actuales. En la actualidad Suiza se compone de veinte cantones y seis semicantones soberanos.

Como todo cantón suizo, Berna se auto-organiza, y dispone de un de un parlamento cantonal de doscientos¹¹ diputados como poder legislativo, llamado Gran Consejo elegidos por sufragio universal directo por cuatro años, con representación proporcional, en veintiséis distritos. Este Consejo Cantonal elige al gobierno colegiado del cantón, el Consejo Ejecutivo, órgano colegiado compuesto por siete miembros y responsable políticamente ante el parlamento, que le puede destituir, configurando un sistema parlamentario frente al directorial que existe a nivel federal (VALDIVIESO, 2002) y que de hecho es una variante del presidencialismo. El Gran Consejo tiene plena capacidad legislativa, aprueba los presupuestos, elige magistrados judiciales superiores, fija los impuestos, controla al ejecutivo y a los gobiernos locales, elige al presidente anual del Consejo Ejecutivo y al Canciller de Estado, etc. También aprueba los asuntos que han de someterse a referéndum, que ha de ser demandado por al menos diez mil ciudadanos. El Consejo Ejecutivo tiene iniciativa legislativa, representa al cantón en las relaciones con el gobierno federal y con los otros cantones, lo que le corresponde al Canciller de Estado, y se encarga de dirigir los distintos departamentos de la administración cantonal, que se reparten entre los siete miembros, aunque no hay que olvidar que la prestación de los servicios en muchas competencias le corresponde a los gobiernos locales.

El control de las instituciones cantonales sobre los gobiernos locales se refiere fundamentalmente a aquellas materias que son ejecutadas por los ayuntamientos y reguladas por el cantón, siguiendo un modelo semejante al federalismo de ejecución. Por lo demás, los gobiernos locales del cantón son autónomos, y además tienen importantes competencias, desde recaudar impuestos a la seguridad pública, pasando por la atención sanitaria primaria (VALDIVIESO, 2002) e incluye el planeamiento urbano. Esto ocurre tanto en los pequeños municipios del cantón de Berna, como en la capital.

Debido al carácter muy descentralizado políticamente de Suiza, y a la falta de tradición centralista, la centralidad política real de Berna como capital federal es débil, aunque no por ello deja de ser la sede de las principales instituciones federales, excepto el Tribunal Federal, máximo órgano del poder judicial suizo, que tiene su sede en Lausana y el Tribunal Federal de Seguros, que sentencia en materia de seguros sociales, y tiene su sede en Lucerna.

La principal baza de la ciudad de Berna está en la posición geográfica central que ocupa dentro del país, lo que hace que sirva como punto de equilibrio territorial entre los otros cantones principales del país. No es que esté en un centro geográfico exacto, porque está desplazada hacia el oeste, pero si es un nudo de comunicaciones importante en el país, junto con Zúrich, y está más o menos equidistante de las otras principales ciudades que he citado.

¹¹ A partir de 2006 serán ciento sesenta diputados, pues un referéndum así lo ha decidido.

Zürich, Ginebra, Basilea, Lucerna, Lausana, y Berna, junto a sus importantes áreas metropolitanas, son centros económicos de primer nivel de Suiza, y compiten entre ellas, aunque en un plano de igualdad bastante grande. Ninguna de ellas puede aspirar realmente a la hegemonía, ni siquiera Zürich, y por otro lado, la identidad política suiza está vinculada en muy buena medida al reparto de poder entre unos y otros.

Berna, en el contexto suizo, está mediatisada por los dos factores principales que han marcada a la sociedad suiza, la diferencia religiosa y la lingüística. Tradicionalmente Berna ha sido un cantón de predominio protestante. Hoy sigue siendo uno de los cantones con mayor predominio protestante de Suiza, país donde hoy la población de todos los cantones tiene una heterogénea filiación religiosa, con un 67% frente al 16% de católicos y el 3% de musulmanes. Aun así, hoy la religión ha dejado de ser un motivo de conflicto social, al menos entre católicos y protestantes.

El cantón es de habla mayoritariamente alemana, el 84%, aunque hay un 7.5% de habla francesa, y otro tanto que tiene otras lenguas como maternas. A diferencia del factor religioso, el factor lingüístico si parece ser un elemento de fractura de la sociedad suiza contemporánea. El cantón de Berna fue precisamente el escenario de uno de los más importantes conflictos de los últimos años por estas diferencias de identidad cultural. En los años setenta el cantón vivió una crisis separatista por parte de la población francófona de la zona más extrema del Jura, que es de mayoría francófona y religión católica, frente a la mayoría germanófona y religión protestante de Berna. En 1979 Jura se declaró cantón independiente y fue admitido en la federación, aunque la parte más cercana a la capital decidió permanecer en el cantón de Berna, como una región dentro del mismo, la del Jura bernés. La comunidad francófona de estos municipios junto con otros del extremo sur del cantón que también son de habla francesa, tienen una autonomía cultural, y los doce diputados cantonales elegidos en estos municipios forman el llamado Consejo Regional, para velar por sus derechos lingüísticos, y existe obligación de consultarlo para todas las cuestiones que afecten a estas zonas, lo que implica cierta autonomía.

Así, la centralidad cultural de la ciudad de Berna y su área metropolitana se basa fundamentalmente en la población germano-parlante de Suiza, aproximadamente dos tercios del total, y dentro de ésta, existen varios centros culturales primarios dentro del país con los que compite, que serían Zürich y Basilea. Pero el respeto por la minoría francófona, representa también el espíritu general del país.

3.5. La Capital de la República Federal de Rusia: Moscú

Constituye la entidad territorial más poblada de Rusia con 12,1 millones de habitantes, lo cual la convierte en la sexta ciudad más poblada de la tierra. La Ciudad es un importante centro político, cultural, económico y científico de Rusia siendo la megaciudad más septentrional del planeta. En

el curso de su historia ha servido como capital de una sucesión de estados y entidades políticas que van desde el Gran Ducado en la Edad Media hasta la actual República federal pasando por periodos durante la época zarista o por la Unión Soviética (URSS).

La primera referencia histórica de Moscú se remonta al año 1147, tras ser el escenario de diversos conflictos históricos con el Imperio Mongol, en 1327 se convirtió por primera vez en capital, en esta ocasión del Gran Ducado de Moscú, un Principado independiente, debido a su posición favorable en torno a la cabecera del río Volga y a su papel de centralidad de un vasto territorio.

La ciudad fue testigo de diversos conflictos entre las comunidades rusa y tártara durante toda la Edad Media, llegando a ser sede del Principado de Vladimir-Suzdal. Desde 1480 la ciudad pasó a ser capital del nuevo Imperio Ruso ya liberado del dominio Tártaro y en un esfuerzo de centralización del poder se edificaron en la ciudad numerosos edificios culturales, académicos y centros religiosos.

En 1712, el Zar Pedro I “El Grande” trasladó la capital a San Petersburgo, una ciudad moderna fundada, siguiendo patrones de las grandes capitales europeas, en la costa del Mar Báltico.

Durante más de trescientos años Moscú no fue la Capital de Rusia, siendo gobernada desde 1905 por un Gobernador de la Ciudad (Alcalde), la Revolución Rusa mantuvo en un primer momento la capital de la nueva República en San Petersburgo, recién denominada Petrogrado, sin embargo la segunda fase de la Revolución y la toma del poder por parte del Partido Comunista Ruso optó por devolver la capitalidad del nuevo Estado a la ciudad de Moscú. Con ello se optaba por una ubicación más protegida en el centro del país, tanto del frente de la I Guerra Mundial como de los ataques que los rebeldes contrarios al modelo soviético dirigían desde las zonas fronterizas con Finlandia, las Repúblicas Bálticas o Polonia. Además simbólicamente la capital se trasladaba de una ciudad inspirada y orientada hacia la Europa occidental hacia la capital histórica punto de confluencia de las diferentes nacionalidades y etnias que conformaron el antiguo Imperio Ruso.

Durante la existencia de la URSS Moscú fue tanto la capital federal como la capital de la Federación Rusa, la principal de las Repúblicas que integraban la URSS que a su vez estaba estructurada siguiendo un modelo federal, siendo en este periodo de tiempo sede simultánea de las instituciones federales y rusas.

A lo largo de los años en los que Moscú fue Capital de la URSS y de la Federación Rusa fue el principal centro económico, cultural y educativo del Estado soviético que edificaron instituciones que compitieron con la herencia arquitectónica del periodo zarista, además en 1980 fue sede de los Juegos Olímpicos de Verano cuyo legado son una multitud de infraestructuras deportivas que son sede actual de todo tipo de disciplinas deportivas.

Como Capital de la URSS Moscú sufrió seis reorganizaciones administrativas en 1917, 1920, 1936, 1960, 1961 y 1969 siendo una ciudad de

régimen común situada en el Oblast (región autónoma dentro de la Federación Rusa) de Moscú.

En 1991 con la caída del régimen soviético y la posterior disolución de la URSS, Moscú fue sede de la Capital de la nueva República Federal Rusa. El nuevo Estado mantuvo la estructura territorial federal de la antigua república soviética, basada en la existencia de Repúblicas Autónomas y Oblasts, además se estableció una división en Regiones Económicas y en Distritos Federales como nuevas entidades territoriales pero tuteladas desde el poder central.

Esto no constituye un detalle menor puesto que la superposición de entidades regionales tuteadas por el gobierno federal a las entidades territoriales autónomas supone que en la práctica la estructura política de Rusia no se corresponde con un modelo puramente federal.

La situación de Moscú como una ciudad común no se alteró formalmente y continúa formando parte del Oblast de Moscú así como de la denominada Región Económica Central y del Distrito Federal Central, cuyas capitalidades comparte junto a su situación de capital federal.

El gobierno de Moscú se basa en la división ejecutivo-legislativo. El Alcalde es el responsable del poder ejecutivo en la ciudad, entre 1991 y 2004 el Alcalde era elegido directamente por los ciudadanos de Moscú y la Duma Local ejercía como órgano legislativo y de control e impulso político. Sin embargo desde ese año se ha optado por una mayor parlamentarización y centralización en la elección del Alcalde, ya que la reforma impulsada por el Gobierno de Vladimir Putin, configura un sistema en el cual el Presidente de la República Federal propone al candidato a Alcalde (también se aplica para los Gobernadores de los Oblasts) y la Duma Local tiene que otorgarle la investidura.

Esto demuestra que se ha avanzado en la parlamentarización del sistema político local, en un país con una estructura de partidos débil, fragmentada y con un poder presidencial muy fuerte así como en la tutela federal de la ciudad que ostenta la capitalidad de la República, se trata, en este sentido, de una tutela reforzada puesto que además de ser sede de las instituciones federales, como capital del Distrito Federal Central, Moscú contaba previamente con la presencia de un Delegado designado por el Presidente que representa al Gobierno de la Federación.

3.6. La Capital del Reino de España: Madrid

Como cuestión previa conviene aclarar que España no es propiamente un Estado federal, sino autonómico, sin embargo es interesante incluir el análisis de su capital en este estudio porque el funcionamiento, estructura y dinámicas del modelo español de organización territorial se asemeja a los sistemas federales (PECES-BARBA 1998).

Con 3,2 millones de habitantes en 2013, Madrid, constituye la ciudad más habitada de España y ocupa un espacio de centralidad geográfica en el territorio.

Desde que en 1561 la Corte de Castilla se establece de forma permanente en Madrid la Villa pasó a ostentar informalmente la capitalidad de la Corona Española. La población de la ciudad empieza a crecer significativamente si bien las instituciones de gobierno permanecieron fuera de la ciudad¹².

El papel central de Madrid como capital se refuerza con la llegada de los Borbones al trono de España, puesto que con los Decretos de Nueva Planta optan por un modelo territorial fuertemente centralizado en torno a la capital que comienza un importante proceso de expansión territorial y se convierte además en centro económico e industrial del país junto a la ciudad de Barcelona.

En 1833 el Gobierno adopta la estructura provincial propuesta por Javier de Burgos y el entorno de Madrid pasa a constituirse en una provincia propia que gozará hasta los años 80 de la Diputación como órgano de gobierno.

El primer texto legal que reconoce la capitalidad de Madrid es la Constitución Republicana de 1931, tras la Guerra Civil y durante la dictadura franquista la ciudad se expande y anexiona hasta 13 municipios. Este crecimiento obligó a adoptar un modelo municipal especial para la capital que se plasma en la Ley Especial de 1963 de Capitalidad en el cual se adopta una estructura desconcentrada en Distritos.

Con la llegada de la democracia y la Constitución de 1978 que define un modelo territorial de corte federal, estructurado en Comunidades Autónomas, se sigue reconociendo la capitalidad de Madrid, sin embargo mientras las instituciones provinciales desaparecen y sus competencias las asume una Comunidad Autónoma, la ciudad tiene la consideración de un municipio común regido por la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 y por la Ley de Grandes Ciudades de 2002. La ciudad es gobernada por un Alcalde elegido por los Concejales que conforman el Pleno del Ayuntamiento, y que varían en función de la población de acuerdo al baremo general que define la legislación electoral española. Además cuenta con una estructura de 21 Distritos dotados de órganos desconcentrados de Gobierno, las Juntas Municipales (CASAL, 2012) compuestas de un Concejal-Presidente designado por el Alcalde y con funciones delegadas, así como un Pleno de representantes vecinales designados por los partidos políticos. En 2006 fue aprobada una Ley de Capitalidad y Régimen Especial, por las Cortes Generales, que reconoce la especificidad del hecho de ser doble capital (autonómica y estatal) y dota a Madrid de la facultad de cambiar su propia organización administrativa reforzando el papel del Alcalde y presidencializando el funcionamiento del Gobierno Local, así mismo crea organismos de relaciones intergubernamentales de coordinación y cooperación con el Estado y la Comunidad Autónoma.

¹² Durante el reinado de los Austrias si bien la Corona Española era una, los diferentes reinos continuaron existiendo como tales, conservando sus capitales y sus propias instituciones de gobierno.

IV. CONCLUSIONES

Podemos concluir que la centralidad de las capitales en los sistemas federales europeas depende de sus condiciones históricas, de cuando se tomó la decisión de convertirlas en capital. Si son capitales antiguas, de estados que han sido centralizados o imperios, tienen un tamaño considerable, incluyendo sus áreas metropolitanas, con respecto al conjunto de su país y alcanzan una importante centralidad económica y cultural, que es hegemónica si la condición de capital, es antigua, como en el caso de Madrid o Moscú. Esto no significa que la capitalidad histórica sea el único factor que ha determinado su centralidad económica y cultural, pero sí que es un condicionante muy importante porque ha originado retornos crecientes (PIERSON, 2000) a favor de su condición de centros.

Estas condiciones históricas también influyen de manera importante para alcanzar una centralidad cultural, pero aquí hay matizaciones según sea la composición étnica, lingüística y religiosa de cada país. Si el país es homogéneo, el grado de centralidad cultural habrá ido parejo al económico. Si existen diferencias culturales, étnicas, lingüísticas o religiosas en el país, localizadas territorialmente, entonces la capital tendrá un papel de centro cultural del grupo socio-territorial dominante. Al final, el grado de centralidad cultural, depende si la identidad cultural nacional y regional de los ciudadanos de la capital coincide con la del conjunto de ciudadanos del resto del país.

En los casos de los estados federales analizados aquí existen conflictos culturales y conflictos entre centro y periferia. Sin embargo, el conflicto étnico no se ha manifestado como un conflicto territorial, excepto en Bélgica o España, esto es, no se ha fusionado con los conflictos entre centro y periferia existentes en estos estados, y se manifiesta en todos los casos como un conflicto de estructura social que es transversal en el conjunto del país.

En los casos de ausencia de conflicto cultural entre las diferentes entidades federadas en los que la capital es una gran ciudad hegemónica en el conjunto del país, el federalismo político está matizado por la centralidad económica. Esto podría favorecer la existencia de conflictos sociales entre el centro y la periferia, por la centralización de los recursos, pero tenderán a tener un nivel bajo, porque no hay otras grandes zonas metropolitanas que puedan disputar la hegemonía y elevar el nivel del conflicto.

No obstante, en los casos de ausencia de conflicto cultural y con una capital federal que no ocupa una posición hegemónica en los planos económico y cultural, los conflictos sociales entre las entidades federadas y el centro tampoco tienden a ser acusados. Un ejemplo muy claro es Bonn, una ciudad pequeña sin un papel principal en los planos cultural y económico, que carecía de un pasado capitalino. Era una capital que no originaba rechazo en el conjunto del país, y que no estaba presente en las relaciones entre el centro federal y los Lander de la República Federal Alemana, pues ni siquiera era capital de la región de Renania del Norte-Westfalia. Bonn responde a un tipo que podemos denominar ciudad común, o sin un estatus específico, siguiendo a Rowat (1993).

Por el contrario, Berlín es un centro histórico, con una fuerte carga simbólica ligada al pasado, y también al presente, pero sobre todo Berlín es un land más de la federación. Sin que exista un conflicto étnico nuevo con la unificación, lo cierto es que la tensión entre el centro y la periferia por los recursos tiende a ser mayor en la Alemania unificada. El hecho de que sea un land más, junto al peso económico y cultural que tiene Berlín, puede incrementar la competencia entre las regiones alemanas y la percepción de centralidad que tiene la ciudadanía. Su centralidad económica y cultural se ejerce en las relaciones entre los Lander, y también sus intereses como capital, como centro político, están presente en las relaciones intergubernamentales, particularmente en las horizontales, y suponen un elemento a tener en cuenta en las mismas. Este sería un tipo de ciudad-región.

Junto a estas ciudades región, en las que la ciudad capital es un ente federado más, tenemos otro tipo diferente de capitales federales en Europa, las regiones-capitales. Este segundo tipo se caracteriza porque la ciudad capital es una parte principal de una región que es el ente federado. A diferencia del tipo anterior, no es la capital el ente federado, pero el hecho de que la ciudad sea una parte principal del mismo, en cuanto a que también es capital de la propia región, y que estas regiones suelen tener un componente de área metropolitana de las ciudades. La multicapitalidad y la centralidad de estas ciudades en sus regiones acaba implicando que la región, el ente federado, asume el papel de región capital, de manera que los intereses de la capital están presentes en las relaciones intergubernamentales del país, particularmente en las relaciones horizontales entre los propios entes federados. La región capital asume los intereses capitalinos, su centralidad económica y cultural si la posee, en incluso los símbolos e identidad vinculados a la centralidad política.

Cuadro 2. Tipos de capitales en los sistemas federales y en el estado autonómico español

Centralidad cultural y económica	Ciudad-región	Región-Capital	Ciudad Común
ALTA	Viena Bruselas	Moscú	
MEDIA	Berlín	Berna Madrid	
BAJA			Bonn

En el cuadro superior vemos cómo se relacionan estos dos tipos de capitales federales con el grado de centralidad económica y cultural en el caso de los Estados federales europeos. Por un lado, Viena y Bruselas tienen un grado de centralidad económico y cultural alto. En el caso de Viena esto ha hecho que el conflicto político centro periferia se matice por la posición hegemónica que la capital tiene en el plano económico y cultural. Berlín, pese a ser la ciudad más grande a la Alemania actual y de tener un peso económico y una centralidad cultural a nivel europeo, no solo alemán, tiene que competir en estos dos planos con otras ciudades alemanas. La Alemania federal era multicéntrica antes de la reunificación y la aparición de un nuevo centro unificado choca con esa realidad previa de varios centros económicos y culturales en el país. Berlín tiene que competir incluso a nivel político con las sedes administrativas o de órganos federales que permanecen en Bonn, Karlsruhe o Frankfurt. Esta centralidad cultural y económica media, por la existencia de otros centros, tiende a implicar una mayor rivalidad entre los entes federados, y podría originar conflictividad a la hora de competir por los recursos federales.

En el caso de Bruselas, el conflicto tiene un carácter étnico, lo que eleva la tensión política. En el caso belga la situación se puede definir como única, ya que la capitalidad de Bruselas es una de las manifestaciones del conflicto; pero en su propio contexto, el hecho de que Bruselas sea una región componente de la Federación no incrementa el conflicto, sino que incluso sirve para introducir un tercer ente federado que alivia la situación frentista entre Flandes y Valonia.

En el caso de las regiones capitales, los niveles de centralidad de Berna y Madrid podemos catalogarlos de medios en la medida en que existen otros centros económicos y culturales en sus respectivos países que disputan esta centralidad. Berna es el caso más semejante que existe en el mundo al de la Comunidad de Madrid. La ciudad de Berna es la capital de Suiza y capital del cantón de Berna al igual que la Villa de Madrid es la capital de España y capital de la Comunidad de Madrid. Ambas regiones, el cantón y la comunidad autónoma, son entes federados de pleno derecho y tienen un importante peso en el conjunto de sus respectivos países. En los dos casos el territorio de sus regiones es el producto de la expansión de las ciudades, y son estas las que han articulado y vertebrado estos territorios. Berna lo ha hecho a lo largo de la historia, alcanzando el dominio del cantón en la Edad Media, mucho antes de ser capital de Suiza. En cambio Madrid ha alcanzado la indiscutible preeminencia del territorio de la provincia y ahora comunidad autónoma como consecuencia de ser la capital de España como estado unitario centralizado. Así, el carácter central de Madrid respecto a España es mayor que el de Berna en Suiza, aunque sea disputado o competido por otras regiones españolas. También es mucho mayor el peso de la ciudad de Madrid respecto a la región, ya que supone casi el 60% de la población de su comunidad autónoma, mientras Berna no llega al 14%. En cualquier caso, son dos casos que han producido similares soluciones constitucionales, pero con situaciones históricas, sociales y políticas dife-

rentes, por lo que no han tenido las mismas consecuencias. El motivo en el caso madrileño tiene que ver tanto con las herencias históricas, que hacen que la Comunidad de Madrid busque jugar un papel de centralidad en el conjunto de comunidades del Estado autonómico¹³, mientras que Berna busca un papel de equilibrio entre otros centros, ya que nunca ha sido el centro de un Estado unitario. Por otro lado, Suiza parece haber superado sus conflictos étnicos identitarios o, al menos, haber alcanzado un punto de equilibrio que no se da en España.

Pese a ser también una región capital, la situación de Moscú es diferente a los otros dos casos. Pese a la enorme extensión del país, el centro del antiguo poder soviético permanece como hegemónico en los planos político, económico y cultural de Rusia. Esto no significa que los conflictos centro-periferia, incluidos los étnicos, no estén presentes, sino que el papel que juega la región de Moscú está vinculado al centralismo heredado de la historia del país.

Por último, la situación de Bonn, en realidad un caso del pasado, nos sirve para ilustrar un tipo diferente, ya comentado la ciudad común, que en ausencia de conflicto étnico fuerte, es un modelo que no incrementa los conflictos, tampoco los disminuye, y que simboliza bien el reparto de centralidades.

En conjunto, las ciudades región y las regiones capitales son dos tipos diferentes de articulación constitucional que, sin embargo, tienen muchos paralelismos. Las diferencias en los casos europeos analizados están más en la organización interna que en las consecuencias que finalmente tienen para el sistema político. Las ciudades región tienen pocos conflictos internos, al coincidir las instituciones locales y regionales, mientras que en el caso de las regiones capitales, las instituciones regionales y las locales de la ciudad capital pueden entrar en conflictos de organización, competencias e incluso identidad local o regional.

V. BIBLIOGRAFÍA

- FLANZ, GISBET H.: Austria, en Blaustein, A. P. y Flanz, G. H. (eds.) (1971): *Constitutions of the Countries of the World*. Dobbs Ferry - Oceania Publications, Nueva York.
- GOETZ, KLAUS A. Y CULLEN, PETER J., (eds.); (1995), *Constitutional Policy in Unified Germany*. Frank Cass, London, Portland.

¹³ Para ver el alcance de esta afirmación, se pueden repasar los discursos de los sucesivos presidentes de la Comunidad de Madrid en los debates anuales de política general, en los que los temas de la agenda política estatal, sobre los que la Comunidad no tiene competencias, están presentes de forma continua. Sobre estos temas, los presidentes se han pronunciado históricamente jugando un papel en la política estatal desde su cargo de representación de la Comunidad de Madrid, en un sentido que ha asumido posiciones centralistas en los conflictos centro-periferia, incluso aunque hayan sido alternativos a los defendidos por los gobiernos de la nación en cada momento.

- HALL, PETER (1993), The Changing Role of Capital Cities, en: Taylor, John H.; Legenllé, Jean G.; y Andrew, Caroline, (eds.) *Capital Cities: International Perspectives. Les capitales: perspectives internationales*. Carleton University Press. Ottawa. Canada.
- HALL, PETER: The Changing Role of Capital Cities. En Taylor, John H.; Legenllé, Jean G.; Andrew, Caroline, eds. *Capital Cities: International Perspectives. Les capitales: perspectives internationales*. Carleton University Press. Ottawa 1993.
- HARDING, ANDREW: *Law, Government and the Constitution*. Kluwer Law, The Hague, 1996.
- HUGHES, CHRISTOFER: *The Federal Constitution of Switzerland. Translation and Comentary*. Clarendon Press. Oxford 1954.
- MEISEL, JOHN, (1993) Capital Cities: What is a Capital?, en Taylor, John H.; Legenllé, Jean G.; Andrew, Caroline, (eds.) *Capital Cities: International Perspectives. Les capitales: perspectives internationales*. Carleton University Press. Ottawa.
- PIERSON, PAUL; (2000): Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics, en *American Political Science Review*, vol. 94, n.º 2, pp. 251-267.
- RAPAPORT, AMOS: (1993) On the Nature of the Capital and Their Phisic Expresión, en Taylor, John H.; Legenllé, Jean G.; Andrew, Caroline, eds. *Capital Cities: International Perspectives. Les capitales: perspectives internationales*. Carleton University Press. Ottawa.
- ROKKAN, STEIN; URWIN, DEREK et alter; (1982) *The politics of Territorial identity. Studies in European Regionalism*. Sage Publications (Esponsorizado por el ECPR), Londres.
- ROKKAN, STEIN; URWIN, DEREK; AAREBROT, FRANK; MALABA, PAMELA; & SANDE, TERJE, (1987) *Centre Periphery Structure in Europe*, Campus Editorial, Frankfurt Main.
- ROWAT DONALD, C., Ways of Governing Federal Capitals. En Taylor, John H.; Legenllé, Jean G.; Andrew, Caroline, eds. *Capital Cities: International Perspectives. Les capitales: perspectives internationales*. Carleton University Press. Ottawa 1993.
- PAS, WOUTER; Y NIEUWENHOVE, JAN VAN (1999) La estructura asimétrica del federalismo belga, en: Fossas, Enric, y Requejo, Ferrán, (eds.), *Asimetría Federal y Estado Plurinacional*. Editorial Trotta, Madrid.
- PECES-BARBA, GREGORIO y VVAA, (1998) *La Constitución Hoy*. Editorial Técnicos. Madrid.

III

NOTAS Y DICTÁMENES

José Antonio Domínguez Luis*

La sentencia dictada en el recurso de casación en interés de la ley contencioso-administrativo: efectos

Sumario: RESUMEN.—I. RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY.—

1.1. Concepto y naturaleza.—1.2. El requisito específico de fijar la doctrina legal que se postule.—II. LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY.—2.1. El carácter vinculante de la sentencia estimatoria.—2.2. La sentencia desestimatoria: alcance.—III. A MODO DE EJEMPLO: LA SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1997 DICTADA EN EL RECURSO NÚMERO 7692/1994: EL DEBER DE SIGILO DEL FUNCIONARIO POR RAZÓN DE SU CARGO.

RESUMEN

El recurso de casación en interés de la ley contencioso-administrativo tiene como singularidad procesal que la doctrina fijada en la sentencia estimatoria del mismo produce un efecto vinculante para los demás órganos de este orden jurisdiccional, adquiriendo así un valor normativo que se integra con el precepto o norma al que dicha doctrina se conecta, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, trascendiendo así la configuración de la jurisprudencia como fuente complementaria del ordenamiento jurídico ex artículo 1.6 del Código Civil. Paralelamente, no planteándose duda alguna respecto de la vinculación de la sentencia de esta clase de recurso cuando tiene un sentido estimatorio, sí cabe plantearse el alcance que pueda revestir la sentencia desestimatoria del mismo: si se integra en el concepto tradicional de jurisprudencia del citado artículo 1.6 CC o si, por razón de la singular naturaleza de esta modalidad casacional, puede desplegar una eficacia más acentuada.

PALABRAS CLAVE: *Recurso de casación en interés de la ley, efectos de la sentencia, eficacia vinculante, sentencia estimatoria, sentencia desestimatoria.*

* Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Supremo. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

I. RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY

1.1. Concepto y naturaleza¹

El recurso de casación que se regula en los aún vigentes artículos 100 y 101 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA)² tiene su antecedente inmediato, como ya se ha recordado, en el recurso extraordinario de apelación o en interés de la Ley regulado en el artículo 101 de la LJCA en la redacción de 1956, y constituye una modalidad casacional caracterizada por tres notas esenciales: la legitimación para su interposición, la tramitación y los efectos. Así lo expresaba ya la STS de 30 de septiembre de 1996 cuando al relacionar los preceptos que regulan este recurso con los del de casación ordinario afirma que “las diferencias existentes entre este último (referente al recurso de casación en interés de Ley) y los dos anteriores (relativos al recurso de casación ordinario), parecen obedecer a la diferente legitimación activa que en uno y otro caso se exige y a los distintos efectos que la estimación del recurso produce en la sentencia impugnada”.

Sobre la base de la regulación contenida en el artículo 102.b) de la Ley Jurisdiccional según la redacción de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que aborda la regulación del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo, la Sentencia de 27 de noviembre de 1997 expresa que “constituye un último remedio que el legislador pone en manos de la Administración gestora de los intereses generales para evitar la consolidación de decisiones erróneas, no susceptibles de casación propiamente dicha –casación ordinaria e incluso casación para unificación de doctrina si se adujera la contradicción de sentencias y la identidad de situaciones a que responde el artículo 102.a) de la propia Ley–, que pudieran poner en trance de quiebra grave los mencionados intereses por su posible aplicación a otros casos iguales o semejantes al ya resuelto definitivamente con fuerza de cosa juzgada. Es, en este sentido, un recurso subsidiario del de casación en sus dos restantes modalidades, que no habilita por eso mismo al recurrente la posibilidad de sustituirlos por el de que aquí se trata o de intentarlo o reiterarlo cuando la formulación de aquéllos ha

¹ Sobre la materia pueden verse nuestros trabajos “Recursos de apelación y casación” (*Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*), en el volumen colectivo “Revisión de la actividad de la Administración. Procedimientos de revisión y recursos administrativos y contencioso-administrativos”, correspondiente a la colección “Derecho Administrativo Práctico” dirigida por FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Editorial Comares, Granada, 2005, pp. 153 y ss., así como la segunda edición de esta misma obra del año 2010 revisada, ampliada y adaptada a la Ley 13/2009 y a la Ley 25/2009, pp. 161 y ss.; y “El recurso de casación en interés de la ley”, en “El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa”, dirigida por JOSÉ MANUEL SIEIRA MÍGUEZ, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 321 y ss.

² Téngase en cuenta que estos artículos han sido suprimidos por la disposición final 3.2 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, en virtud de la nueva regulación del recurso de casación contencioso-administrativo que introduce esta norma al dar una nueva redacción a la LJCA. Ahora bien, como quiera que el nuevo recurso de casación no entrará en vigor hasta el 22 de julio de 2016, según determina la disposición final 10 de la citada L.O. 7/2015, hasta esa fecha continúa vigente el régimen de los recursos de casación que recoge la LJCA en la redacción de 1998.

fracasado por inadmisión –estando, sin embargo, dentro de las condiciones de procedencia que recogen los artículos 93, 94, 96, 97 y 100 de la tan repetida Ley Procesal– o ha recibido el pronunciamiento correspondiente de los comprendidos en el artículo 102”.

Esta modalidad casacional del orden contencioso-administrativo tiene su precedente paralelo en el homónimo del orden jurisdiccional civil –no obstante ser el orden jurisdiccional penal donde primeramente encontramos el término “casación” en el Derecho español, por mor del Real Decreto de 20 de junio de 1852–, concretamente, con ocasión de la reforma de la Administración de Justicia en la Provincias de Ultramar, operada por Real Célula de 30 de enero de 1855, que es cuando aparece ya completa la expresión “casación en interés de la ley”, en este caso, como queda apuntado, en el marco del orden jurisdiccional civil.

En el orden contencioso-administrativo, tributarios del modelo francés, no cabía una figura de esta clase, considerando que el Consejo de Estado actuaba como órgano jurisdiccional de instancia o apelación, según los casos, pero no de casación. Por ello, en la Ley de Organización y Atribuciones de los Consejos Provinciales de 1845, que implantó precisamente en España el modelo contencioso francés, no se encuentra referencia alguna a esta figura casacional. Ha de esperarse al Decreto de 8 de mayo de 1931, del Gobierno provisional de la República –ratificado como Ley de 18 de agosto de 1931– para encontrar el antecedente de nuestro actual recurso de casación en interés de la ley con ocasión de instaurar el denominado “recurso extraordinario de apelación en interés de la ley”, que mantendría su denominación, pero con distinta regulación, en el artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, para dar paso al recurso de casación en interés de la Ley instaurado en el orden contencioso-administrativo por la ya mencionada Ley 10/1992 en su artículo 102.b) y que, con algunas modificaciones, se traslada a la vigente LJCA en sus artículos 100 y 101 citados.

Se perfila de esta manera la naturaleza singular de esta modalidad casacional en comparación con las otras que aún perviven –la casación común u ordinaria y la casación para la unificación de doctrina– pero a las que también afecta ese período cierto de caducidad en nuestro ordenamiento jurídico, y que consiste en representar el modelo puro de casación en la medida en que su finalidad es exclusivamente la defensa del interés público, esto es, del denominado *ius constitutionis*, despojado de cualquier vestigio de interés privado o *ius litigatoris*, pues la resolución que en él se adopte, en el supuesto de que contenga un pronunciamiento estimatorio del recurso, deja intacta la situación jurídica individualizada derivada de la sentencia recurrida, pues su razón de ser no es satisfacer las pretensiones representativas de intereses particulares, sino realizar una interpretación abstracta de legalidad y formar doctrina legal³.

³ En este sentido, por todas, las SSTS de 7 de octubre de 2011 (RCIL 40/2010) y 16 de mayo de 2012 (RCIL 61/2011).

Según esto, bien pudiera afirmarse que esta modalidad casacional no constituye en rigor un recurso propiamente dicho, pues con él no se trata de resolver un conflicto o satisfacer una determinada pretensión, sino velar por la uniformidad del ordenamiento jurídico mediante la fijación de la interpretación correcta de la norma pro futuro. Como expresa la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurso de casación en interés de la ley “No se trata, es cierto, constituye un recurso en sentido propio, pues la sentencia que se dicte no revocará otra sentencia no firme (ni rescindirá la firme), pero se opta por mantener esta denominación, en aras de lo que resulta, por los precedentes, más expresivo y comunicativo”.

En esta línea, la Sentencia de 5 de septiembre de 2005 (recurso 49/2002) afirma que “El recurso de casación en interés de la ley no es genuinamente jurisdiccional porque lo en él resuelto no es susceptible de llevarse a la práctica por los trámites de la ejecución forzosa, sino que tiene como exclusiva finalidad fijar la doctrina legal en garantía de la exacta y uniforme aplicación de la ley”.

Cumple de este modo el recurso de interés de la Ley una función nomofiláctica en defensa del interés general mediante la creación de doctrina legal porque su finalidad es la de corregir con efectos de futuro un error interpretativo o de selección de la norma aplicable que se concibe no como un enjuiciamiento abstracto de la norma, sino en conexión con el proceso concreto y las normas que han servido de fundamento a la sentencia recurrida que se estima errónea y gravemente dañosa a los intereses generales. Como señalan las Sentencias de 8 de junio de 2005, 21 de diciembre de 2006 y 2 de febrero y 30 de abril de 2007, “a través del recurso de casación en interés de la ley no se revisa la sentencia del Tribunal a quo sustituyéndola por otro pronunciamiento más ajustado a derecho, incidiendo sobre la situación jurídica debatida; lo que se hace es delimitar para el futuro la correcta interpretación de normas jurídicas, cuando esa interpretación ha sido erróneamente realizada y de ella se derivan o pueden derivar daños para el interés general”.

Que la finalidad de esta clase de recurso de casación sea preservar el *ius constitutionis* por encima del mero interés de las partes que litigaron en el proceso del que aquél trae causa explica la restringida legitimación que el artículo 100.1 de la LJCA establece para la interposición del mismo y que ha sido ampliamente considerada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo⁴.

Y es que la razón de ser de esta modalidad casacional no es otra que, como recuerda la Sentencia de 28 de junio de 2007 (rec. 4/2006), “la de evitar la perpetuación de criterios interpretativos erróneos cuando resulten gravemente dañosos para los intereses generales, sin perjuicio de la inalterabilidad del fallo recurrido, siendo también exigencia del mismo que se concrete la doctrina legal que se interesa, que obviamente ha de estar en íntima conexión con el objeto de la litis, antecedente del recurso de casación en interés de Ley (sentencias de 20 de marzo de 1998, 30 de enero y 10 de junio de 1999). Por

⁴ Sobre el tema puede verse nuestro trabajo “*El interés legitimador en el recurso de casación en interés de la ley contencioso-administrativo*”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 132, octubre-diciembre 2006, pp. 695 y ss.

ello ha de descartarse toda pretensión que propugne el obtener la declaración de una doctrina legal cuya procedencia hubiese sido anteriormente rechazada –o que, por el contrario, ya estuviese fijada por este Tribunal Supremo–, o bien que resulte inútil por su obviedad de forzoso acatamiento (Sentencias de 19 de diciembre de 1998 y 19 de junio de 1999) o cuando se aprecie una evidente desconexión con lo afirmado en la resolución impugnada. Y ha de evitarse, en fin, que la irrecorribilidad de los pronunciamientos judiciales, en los casos en que así viene establecido, pretenda soslayarse a través de la interposición de un recurso como el presente concebido únicamente en interés de la Ley, y a través del cual se trate, en realidad, de obtener un nuevo examen del problema ya resuelto definitivamente en vía judicial, convirtiendo al Tribunal Supremo en órgano consultivo de las entidades legitimadas para interponerlo (Sentencias de 6 de abril, 11 de junio y 16 de diciembre de 1998), procurándose así un medio de asegurar el reconocimiento futuro de la postura procesal de las mismas, sin sujetarse al estricto cumplimiento de los requisitos exigidos para que prospere un recurso de esta naturaleza”.

Ahora bien, de ello no puede inferirse que esta modalidad casacional constituya un recurso autónomo; por el contrario, se trata de un recurso conectado al recurso de que trae causa la sentencia cuya revisión se insta. Así lo expresa la Sentencia de 30 de septiembre de 1996 (recurso 4896/1994) cuando declara que “Si el recurso de casación en interés de la Ley fuera un recurso autónomo, por completo desconectado de un proceso concreto y de las normas que han servido de fundamento a la sentencia que en ese proceso ha recaído, si estuviera inserto en nuestro sistema de lo contencioso-administrativo en búsqueda de un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la correcta interpretación en abstracto de una norma, habría que coincidir con la posición que la recurrente ha mantenido en este recurso y con la doctrina que propone. Más sucede que el recurso de casación en interés de la Ley está siempre en función de un proceso anterior, en el que ha recaído una sentencia que el recurrente –únicamente el Abogado del estado y las Entidades y Corporaciones a que se refiere el artículo 102. b. de la Ley Jurisdiccional– estima gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada”.

1.2. El requisito específico de fijar la doctrina legal que se postule

Entre los requisitos exigidos para la viabilidad formal del recurso de casación en interés de la ley del orden contencioso-administrativo, sin duda el más característico y que singulariza a esta modalidad extraordinaria consiste en la fijación de la doctrina legal que se postula, carga esta que asume la parte recurrente y que en ningún caso puede ser suplida por la Sala de casación, a la que no corresponde integrar la petición de la parte recurrente, deduciendo del conjunto de las alegaciones al efecto formuladas, cuál podría ser la doctrina legal que se postula. Siendo este el criterio general, en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha señalado que la eventual estimación

del recurso no significa que deba quedar vinculado con la formulación exacta de la doctrina legal propuesta por la parte recurrente, pues cabe la posibilidad de que el Tribunal introduzca en ella la modulación que estime procedente, como es el caso de la Sentencia de 17 de noviembre de 2003 dictada en el recurso número 128/2002.

La correcta formulación de la doctrina legal pasa por la observancia de determinados criterios que al efecto ha establecido el Tribunal Supremo y que pueden sintetizarse así:

- la doctrina legal propuesta ha de referirse a un concreto precepto (Sentencias de 6, 8 y 20 de junio de 2005 –recursos 26 y 21/2004 y 46/2003– y 30 de marzo de 2011 –recurso 77/2009– y no a las cláusulas de un contrato o a la valoración de la prueba (Sentencia de 26 de marzo de 2013 –recurso 6063/2011–)
- no ha de existir doctrina legal establecida ya por la Sala (Sentencia de 28 de enero de 2003 –recurso 8199/2000–)
- el recurso ha de tener utilidad, lo que no sucede cuando la doctrina cuya fijación se solicita ya resulta por sí misma de las propias normas, es una obviedad o ha sido declarada por la jurisprudencia (Sentencias de 11 de julio de 2014 –recurso 2479/2013–), 11 de febrero de 2014 –recurso 2131/2012–, 16 de noviembre de 2006 –recurso 50/2005–, 8 de junio de 2005 –recurso 21/2004–, de 15 de febrero de 2005 –recurso 66/2003– y de 23 de enero de 2004 –recurso 30/2004–);
- ha de buscarse una interpretación general y abstracta de la norma aplicable, no un pronunciamiento sobre un caso singular (Sentencia de 20 de noviembre de 2012 –recurso 2812/2011–); y
- no se ha de pretender establecer una doctrina legal contraria a la mantenida por el Tribunal Supremo y aplicada correctamente por la sentencia recurrida (Sentencia de 7 de febrero de 2014 –recurso 4607/2012–).

Se subraya de esta manera la indicada función nomofiláctica que la Ley Jurisdiccional atribuye al recurso de casación en interés de la ley y que, como señala la STC 37/2012, de 19 de marzo, se complementa con la función integradora o uniformadora del Derecho mediante el establecimiento por el Tribunal Supremo de una doctrina vinculante que se impone a los jueces y tribunales del orden contencioso-administrativo, ex artículos 123.1 CE y 100.7 LJCA.

II. LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY

2.1. El carácter vinculante de la sentencia estimatoria

Con carácter general para el proceso contencioso-administrativo, el artículo 71 LJCA contempla el supuesto de la sentencia estimatoria referida tanto

a pretensiones de nulidad como de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, así como a las de anulación de preceptos de una disposición general. Para ellas se anudan diferentes efectos en función precisamente de la pretensión ejercitada: así, cuando la sentencia estimatoria anula un acto o disposición producirá efectos para todas las personas afectadas por uno u otras, en tanto que si lo que se estima es una pretensión de reconocimiento o establecimiento de una situación jurídica individualizada, la sentencia entonces sólo producirá efectos entre las partes, al margen de la posibilidad en este caso de extender los efectos de la sentencia a terceros en los términos previstos en los artículos 110 y 111. Ahora bien, cuando la sentencia anula una disposición general, los efectos tienen un alcance general (*erga omnes*) como proyección de la naturaleza normativa de ésta (art. 72.2 y 3 LCA)⁵.

Una vez que sea firme⁶, la sentencia, en cuanto resolución que decide de manera definitiva el pleito o causa⁷, deberá ser ejecutada en sus propios términos⁸ por quienes en ella resulten condenados: Administraciones Públicas, autoridades y funcionarios, corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, o los particulares, quienes asimismo estarán obligados a respetarla⁹.

Y tratándose de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, solo ellas pueden conformar jurisprudencia en los términos prevenidos por el artículo 1.6 CC, esto es, como complemento del ordenamiento jurídico mediante la doctrina que, de modo reiterado, aquél establezca al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, bien entendido que para ello se necesita que esa reiteración lo sea de dos o más sentencias¹⁰.

En este contexto, se ha discutido en la doctrina científica la posición que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha de mantener en el marco de las fuentes del derecho, y siendo cierto que la opinión tradicionalmente mayoritaria se ha decantado por asignar a la jurisprudencia el papel “complementario” que el citado artículo 1.6 CC le reconoce, no es menos cierto que también pueden encontrarse claros ejemplos de autores que abogan por reforzar el papel de la jurisprudencia considerando el nuevo signo de los tiempos actuales y los principios y garantías que el ciudadano demanda¹¹. Y así, la ley misma no responde a su concepción clásica dotada de un contenido unívoco y generalista, integrada por palabras con un significado único o, al menos, lo suficientemente claro como para no propiciar argumentos heterogéneos y sí, en cambio, conducir al *único significado verdadero*

⁵ Cfr. SSTS de 30 de junio de 2008 –recurso 2263/2005– y 13 de octubre –recurso 1481/2005–, entre otras muchas.

⁶ Art. 245.2 LOPJ.

⁷ Art. 245.1.c) LOPJ.

⁸ Art. 18.1 y 2 LOPJ.

⁹ Art. 17.2 LOPJ.

¹⁰ En ese sentido SSTS (Sala Primera) de 16 de octubre de 1996, 15 de diciembre de 1998, 24 de mayo de 1999, 18 de mayo de 2000 y 31 de mayo de 2001, entre otras muchas.

¹¹ Sobre el tema puede verse nuestro trabajo “*La jurisprudencia vinculante como presupuesto de la igualdad y de la seguridad jurídica*”, en “*Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*”, obra colectiva de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, coordinada por D. ALFREDO MONTOYA MELGAR, Madrid, 2010, vol. I, pp. 94 y ss., también publicado en la Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, año 12, n.º 12, 2012, pp. 211 y ss., y la bibliografía que se cita.

del texto. Hoy, por el contrario, la ley presenta un perfil muy diferente, al punto de que a menudo la norma es finalmente la disposición interpretada.

A esta situación contribuye inexorablemente la inflación legislativa, la hipertrofia normativa, así como la hipertrofia y multiplicidad de centros de producción normativa que caracteriza a la sociedad actual, donde el tradicional rol protagonista del Estado ha dado paso a los fenómenos de infraestatalidad y supraestatalidad normativas, reflejo a su vez del tránsito del Estado Liberal al Estado Social. En tales circunstancias, la fijación de criterios jurisprudenciales sólidos y uniformes, así como la previsibilidad de las decisiones judiciales, constituyen elementos esenciales para lograr un grado de seguridad que permita, en última instancia, la vigencia de un sistema legal coherente que otorgue certidumbre a las relaciones jurídicas y, por ende, patrocine un orden justo: el ciudadano debe prever, con razonable certeza, cómo ha de ser la interpretación y la aplicación de la norma.

Pues bien, al margen de la apuntada polémica sobre el carácter vinculante o no de la jurisprudencia, lo cierto es que el artículo 100.7 de la LJCA, con referencia al recurso de casación en interés de la ley como sabemos, es concluyente cuando declara que “La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional”¹².

La fuerza vinculante de estas sentencias queda así claramente definida. Lo corrobora la Sentencia de 18 de enero de 2005, recaída en el recurso de revisión por error judicial 8/2003, cuando declara que “El carácter vinculante de la doctrina legal para los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional es, desde luego, incuestionable a tenor del artículo 100.7, in fine, de la Ley de la Jurisdicción y de la propia finalidad del recurso de casación en interés de Ley que atiende a la preservación del principio de seguridad jurídica (art. 9 CE). Por consiguiente, era obligado para el Juzgador de instancia seguir la interpretación realizada por la sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2001 del artículo 20.3 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social”¹³.

Sobre este tema ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en la STC 37/2012 ya citada, garantizando la previsión contenida en el precepto de referencia en términos que resultan terminantemente esclarecedores¹⁴. Declara, entre otras cosas, que:

¹² En términos análogos se expresa el artículo 493 de la LEC respecto del recurso de casación en interés de la ley en este orden jurisdiccional.

¹³ Ciento que podemos encontrar algún pronunciamiento, incluso posterior, que no refleja con tanta claridad esa fuerza vinculante, como es el caso de la STS de 5 de septiembre de 2005 – recurso 49/2002 –, cuando tras declarar que “El recurso de casación en interés de la ley (...) tiene como exclusiva finalidad fijar la doctrina legal en garantía de la exacta y uniforme aplicación de la ley”, matiza a continuación que “... aunque sin más fuerza que la propia de la jurisprudencia emanada de las sentencias del Tribunal Supremo de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.6 del Código civil”.

¹⁴ Comentando esta sentencia, ALONSO MAS se cuestiona la conveniencia y oportunidad de mantener este recurso, además de señalar su discutible naturaleza, dados los problemas que se pueden

“El recurso de casación en interés de la ley responde así a la finalidad de preservar la homogeneidad jurisprudencial, mediante el establecimiento por el Tribunal Supremo de una doctrina legal, vinculante para Jueces y Tribunales inferiores, sirviendo con ello al objetivo de que la ley sea igual en todo el territorio nacional (arts. 14 y 139.1 CE) y al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al tiempo que dota de contenido real a la supremacía del Tribunal Supremo, precisamente creado con el nombre de “Supremo Tribunal de Justicia” por la Constitución de 1812, en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), “una supremacía que se traduce en la doctrina legal cuya función complementaria del ordenamiento jurídico con valor normativo reconocen el Código Civil (art. 1.6) y la propia Ley de la Jurisdicción cuando regulaba otrora los recursos extraordinarios de apelación en interés de ley o de revisión para la homogeneización jurisprudencial y configura hoy los de casación para la unificación de doctrina y en interés de ley, herederos de aquéllos” (SSTC 120/1994, de 25 de abril, FJ 1, y 184/1995, de 12 de diciembre, FJ 1).

Para añadir más adelante el TC, ahora con referencia a la tensión siempre latente entre los conceptos “jurisprudencia vinculante” e “independencia judicial”, que: la independencia judicial (art. 117.1 CE) permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (art. 1.6 del Código civil), si fuere el caso, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes (SSTC 160/1993 de 17 de mayo, FJ 2; 165/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; y 87/2008, de 21 de julio, FJ 5, por todas), y tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva, con la excepción, justamente, del supuesto de la doctrina legal que establezca el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación en interés de ley, precisamente por los efectos vinculantes que tiene para los órganos judiciales inferiores en grado, supuesto excepcional en que estos

suscitar en cuanto a la articulación del recurso de casación en interés de ley estatal que contempla el artículo 100 LJCA y el denominado autonómico regulado en el artículo 101 LJCA, así como por los problemas de articulación con la cuestión prejudicial, a lo que se añade los frecuentes cambios en la doctrina legal del Tribunal Supremo, algunos incluso propiciados por el legislador y por la jurisprudencia comunitaria (ALONSO MAS, MARÍA JOSÉ: “La eficacia vinculante de las sentencias estimatorias del recurso de casación en interés de la Ley. A propósito de la STC 37/2012, de 19 de marzo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 189, Madrid, septiembre-diciembre 2012, pp. 139 y ss). Por su parte, DOMÉNECH PASCUAL no considera criticable que las sentencias estimatorias de recursos de casación en interés de la ley produzcan efectos vinculantes generales por la mera razón de que supone atribuir poder normativo a un órgano jurisdiccional. En cambio, sí cuestiona “la concreta configuración legal de este recurso, las condiciones bajo las cuales el Tribunal Supremo puede sentar doctrina legal vinculante con carácter general a través del mismo” (“Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva, *Revista para el Análisis del Derecho InDret* 1/2013, enero, p. 1 y ss. Una versión de este trabajo puede encontrarse en *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, 2014, vol. I.). También se muestra crítico con esta clase de recurso TAJADURA TEJEDA, JAVIER: “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, *UNED-Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 25, 2004, pp. 74 y ss.

órganos judiciales quedan vinculados a la “doctrina legal correctora” que fije el Tribunal Supremo (STC 111/1992, FJ 4), so pena de incurrir incluso, como ya se dijo, en infracción del art. 24.1 CE por inaplicar el precepto legal con el contenido determinado por esa doctrina legal que les vincula por imperativo de lo dispuesto en el art. 100.7 LJCA (SSTC 308/2006, FJ 7, y 82/2009, FJ 8). Ciertamente, la doctrina legal de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sentada en las Sentencias estimatorias de recursos de casación en interés de ley vincula a los órganos judiciales inferiores en grado de dicho orden jurisdiccional cuando hayan de resolver asuntos en los que resulte aplicable la disposición sobre la que ha recaído esa interpretación vinculante, por imperativo legal, del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE). Sin embargo, no por esa vinculación queda abolida o cercenada en tales supuestos la independencia judicial de los órganos judiciales inferiores en grado. Ello es así, ante todo, porque el legislador, conforme a la libertad de configuración que le corresponde al establecer el régimen jurídico de los recursos y en atención a preservar intereses constitucionalmente garantizados, como lo son el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la aplicación igual del Derecho en todo el territorio nacional (arts. 1.1, 14 y 139.1 CE), ha establecido en el art. 100.7 LJCA el carácter vinculante de la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo al resolver recursos de casación en interés de ley, lo que, aparte de ser ejercicio legítimo de las facultades del legislador, no puede en modo alguno considerarse lesivo para la independencia judicial, que implica la sumisión al imperio de la ley (art. 117.1 CE), y que incluye también, como ya se dijo, el respeto “a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico” (STC 133/1995, FJ 5). Recuérdese, por otra parte, el carácter excepcional del recurso de casación en interés de ley, tanto por la limitación de los legitimados para su interposición, como por su finalidad específica: corregir las sentencias de los Tribunales inferiores que se estiman “gravemente dañosas y erróneas”, de manera que el Tribunal Supremo pueda fijar, en su caso, una doctrina legal correctora y vinculante, pero respetando la situación jurídica particular derivada de la Sentencia impugnada (STC 111/1992, FJ 4)”.

En este orden de cosas, coincidimos con MOLINER¹⁵ cuando constata que el TC no sólo avala la fuerza vinculante de la sentencia dictada en el recurso de casación en interés de la ley, sino que reconoce a ésta la misma fuerza de ley que la norma interpretada tiene reconocida, con lo que esa vinculación de la sentencia es máxima¹⁶. Se entiende por ello que esa vinculación trasciende

¹⁵ MOLINER TAMBORERO, GONZALO: “La garantía de seguridad jurídica en las sentencias de casación”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez* 35-2013, p. 19.

¹⁶ Los argumentos que expresa el TC en orden a significar la peculiar naturaleza de esta modalidad de recurso de casación pueden resumirse así: i) nos encontramos ante un recurso que tiene un carácter excepcional, tanto por la limitación de los legitimados para su interposición, como por su finalidad específica, cual es revisar las sentencias de los órganos jurisdiccionales inferiores que se estiman gravemente dañosas y erróneas para el interés general; ii) la consideración de la libertad

el valor eminentemente “complementario” del ordenamiento jurídico que se reconoce en el ya citado artículo 1.6 del CC a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues la doctrina legal fijada por éste se integra inescindiblemente en la norma misma¹⁷. Ello determina que pueda establecerse un cierto paralelismo en cuanto a la posición que ocupa el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en cuanto a los efectos de sus sentencias¹⁸.

Tan es así que el propio TC, en la sentencia de referencia, declara que “Efectivamente, el órgano judicial inferior en grado del orden jurisdiccional contencioso-administrativo puede promover en este supuesto cuestión de inconstitucionalidad, pero no para cuestionar la interpretación sentada en interés de ley por el Tribunal Supremo (aunque en el Auto de planteamiento así se dijese en el presente caso, sin mucha precisión), pues lo que en realidad se está cuestionando por el órgano judicial es la ley misma, esto es, el precepto legal aplicable para resolver el litigio sometido a su conocimiento, con el contenido vinculante que para todos los órganos judiciales inferiores en grado, conforme a lo dispuesto en el art. 100.7 LJCA, ha sido determinado por el Tribunal Supremo en Sentencia dictada en recurso de casación en interés de ley, interpretación que así se incorpora al precepto mismo”.

de configuración para establecer el régimen jurídico de los recursos que se reconoce al legislador ha permitido a éste establecer el carácter vinculante de las sentencias dictadas en este recurso; iii) esta vinculación de la sentencia tiene por objetivo preservar intereses constitucionalmente garantizados, como son el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la aplicación igual del Derecho en todo el territorio nacional (arts. 1.1, 14 y 139.1 CE); y iv) en todo caso, dicha vinculación no es absoluta, pues los órganos jurisdiccionales tienen la posibilidad de elevar una cuestión de inconstitucionalidad contra la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo a resultas de la estimación del recurso.

¹⁷ Entiende FRESNEDA, en referencia al carácter vinculante de la sentencia dictada en este recurso, que “parece que supera el carácter que tradicionalmente se ha dado a la jurisprudencia del Tribunal Supremo como complemento del ordenamiento jurídico, y la formulación en los términos expresados, con el rigor y solemnidad exigidos por su publicación, la está convirtiendo en fuente alternativa del ordenamiento jurídico que parece tener un superior valor al resto de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo” (FRESNEDA PLAZA, FELIPE: “Juicio crítico del sistema de recursos”, en “Diagnóstico de la jurisdicción contencioso-administrativa. Perspectivas de futuro”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, IX-2005, pp. 290-291).

¹⁸ Recordemos el tenor del artículo 5.1 de la LOPJ: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. A este respecto, RIVERO ORTEGA explica que “En cuanto a las sentencias del Tribunal Supremo, en cambio, nuestro Derecho parece querer distinguir aquellas pronunciadas en recursos de casación ordinaria de aquellas que ponen término a recursos de casación para la unificación de la doctrina, o en interés de ley, cuya función esclarecedora y uniformizadora del ordenamiento es evidente, aunque lo hace sólo con las que estiman los recursos en interés de ley. Las sentencias que resuelven recursos de casación en interés de ley han pasado a tener, a partir de los artículos 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 100.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (46), un valor normativo materialmente similar al de los precedentes del common law, o las sentencias del Tribunal Constitucional en nuestro Derecho, realizándose mediante esta concesión de valor vinculante la posición constitucional del Tribunal Supremo, derivada del artículo 123 de la Constitución española, que lo define como «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» (RIVERO ORTEGA, RICARDO: “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho”, Revista de Administración Pública, núm. 157, enero-abril 2002, p. 103).

Por tanto, la doctrina que fija el Tribunal Supremo en el recurso de casación en interés de la ley tiene auténtico valor normativo, pues dicha doctrina integra ya el contenido con el que tiene que interpretarse la norma o precepto al que la misma se vincula. De suerte que ningún órgano jurisdiccional inferior podrá apartarse del criterio así establecido si no es planteando previamente la cuestión de inconstitucionalidad, que es precisamente el procedimiento contemplado para la inaplicación de las normas con rango legal (arts. 163 CE, 35 y 36 LOTC y art. 5.2 LOPJ).

Es decir, nos encontramos ante un supuesto nítido de jurisprudencia vinculante que, en este caso sí, se incorpora al sistema de fuentes como norma misma que los demás jueces y tribunales están obligados a seguir y, por supuesto, a aplicar. Solo si discrepan del contenido de la norma así conformada podrán plantear la cuestión de inconstitucionalidad pero, nótese, ésta no podrá dirigirse contra la interpretación del Tribunal Supremo, sino contra la norma interpretada de manera vinculante por la sentencia dictada en interés de la ley.

En tales circunstancias, como hemos visto remarca el Tribunal Constitucional, no se menoscaba la independencia judicial ex artículo 117 CE, pues ésta presupone la sujeción del órgano judicial al sistema de fuentes y, como acaba de indicarse, para el TC la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en el recurso de casación en interés de la ley se integra en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, presupuesto el carácter vinculante de la sentencia dictada en esta clase de recurso de casación, cabría preguntarse si esa vinculación alcanza exclusivamente al fallo de la sentencia pues, como hemos visto, el artículo 100.7 LJCA dispone que cuando la sentencia “fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal”, que se publicará en el Boletín Oficial del Estado; o si de alguna manera también vincula el razonamiento que expresa el Tribunal para estimar el recurso y, consecuentemente, fijar la doctrina legal que proceda.

Ello nos lleva a considerar siquiera brevemente la fundamentación de la sentencia y los aspectos que en la misma cabe distinguir, concretamente los denominados *ratio decidendi* y *obiter dicta*. En cuanto al primer aspecto, basta acudir al Diccionario de la Real Academia Española para comprobar que una de las acepciones del término “fundar” consiste en “apoyar con motivo y razones eficaces o con discursos una cosa”. De ahí que la fundamentación de la sentencia (“fundamentos o razonamientos jurídicos”, antes “considerandos”) se identifique con los argumentos o razones de Derecho que sirven de soporte a la decisión que adopta el órgano jurisdiccional en el proceso.

En los fundamentos de la sentencia encontramos la *ratio decidendi*, la “razón para decidir” o “razón suficiente” que sustenta el fallo judicial. Éste no es sino la consecuencia de un proceso deductivo del órgano jurisdiccional que, tras analizar unos hechos declarados probados y subsumirlos en el supuesto fáctico que contempla la norma, extrae las consecuencias jurídicas que ésta establece y conforma su decisión para la resolución de la

controversia que ante él se ha suscitado: viene de esta manera a constituir la motivación de la resolución judicial¹⁹.

Por su parte, los *obiter dicta*, expresión latina que se traduce como “dicho de paso”, constituyen precisamente eso, argumentos contenidos en los razonamientos de la sentencia que se incorporan como elementos accesorios o incidentales del proceso reflexivo del juzgador con una finalidad meramente persuasiva o complementaria en orden a reforzar o corroborar la decisión principal contenida en la *ratio decidendi*. También se conocen como argumentos a mayor abundamiento o reflexiones *ex abundatia*²⁰. Forman parte también de la motivación de la resolución, pero sin embargo no

¹⁹ Como expresa la STS de 12 de febrero de 2008 –recurso 202/2004–, con remisión a otras que se pronuncian en términos análogos, “El derecho a la tutela judicial efectiva no exige que la resolución judicial ofrezca una exhaustiva descripción del proceso intelectual llevado a cabo por el juzgador para resolver, ni una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes, ni siquiera la corrección jurídica interna de la fundamentación empleada, bastando con que la argumentación vertida exteriorice el motivo de la decisión “la *ratio decidendi*” en orden a un eventual control jurisdiccional, pues se cumple la exigencia constitucional cuando la resolución no es fruto de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad, como ha reconocido esta Sala y la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, F.2, 100/1999, de 31 de mayo, F.2, 165/1999, de 27 de septiembre, F.3, 80/2000, de 27 de marzo, F.4, 210/2000, de 18 de septiembre, F.2, 220/2000, de 18 de septiembre, F.2 y 32/2001, de 12 de febrero F.5). En este sentido, la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir constitucionalizada en el artículo 120.3 CE es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE, que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos (entre otras muchas, las SSTC 20/1982, de 5 de mayo, F.1; 14/1984, de 3 de febrero, F.2; 177/1985, de 18 de diciembre, F.4; 23/1987, de 23 de febrero, F.3; 159/1989, de 6 de octubre, F.6; 63/1990, de 2 de abril, F.2; 69/1992, de 11 de mayo, F.2; 55/1993, de 15 de febrero, F.5; 169/1994, de 6 de junio, F.2; 146/1995, de 16 de octubre, F.2; 2/1997, de 13 de enero, F.3; 235/1998, de 14 de diciembre, F.2; 214/1999, de 29 de noviembre, F.5; y 214/2000, de 18 de diciembre, F.4)”.

²⁰ El carácter accesorio o marginal de estos razonamientos supone que, en el caso del recurso de casación, no sirven como fundamento del mismo en orden a la revisión de la sentencia de instancia, como tiene declarado reiteradamente el Tribunal Supremo. Es el caso de la sentencia de la Sala Tercera de 16 de febrero de 2015 –recurso 1656/2013– cuando declara que “Los argumentos jurisdiccionales a mayor abundamiento no pueden ser objeto de revisión en casación. Según hemos afirmado en nuestras sentencias de 27 de febrero de 2012 (casación 5945/08 FJ 4º), 12 de marzo de 2012 (casación 3283/08 FJ 3º), 24 de junio de 2013 (casación 33/12, FJ 2º) y 10 de noviembre de 2014 (casación 4081/12, FJ 3º), en las que nos remitimos a otras anteriores de 15 de enero de 1995 (casación 374/1992 FJ 3º), 11 de febrero de 1995 (casación 1740/92, FFJJ 5º y 7º) y 11 de marzo de 1995 (casación 1028/92, FJ 2º), no cabe invocar como motivo de casación o de anulación de la sentencia el error o inexactitud de los razonamiento empleados a mayor abundamiento o como *obiter dicta* por la Sala de instancia, ya que nunca son decisarios ni determinantes de la resolución pronunciada. Quedan, pues, fuera del ámbito casacional las reflexiones *ex abundatia* que no llevan como consecuencia la modificación del fallo. Y esta conclusión alcanza también, como resulta obvio, a los recursos de casación para la unificación de doctrina, pues su objeto no es sólo corregir criterios jurisprudenciales in abstracto, que eventualmente colisionen con otros, sino que han de serlo en la medida en que determinan la estimación o desestimación de una pretensión oportunamente articulada en un proceso contencioso-administrativo”. En términos análogos se expresa la sentencia de la Sala Primera del TS de 20 de julio de 2012 –recurso 256/2008– al señalar que “En definitiva, las alegaciones del recurrente a través de este motivo discurrén al margen de la *ratio decidendi* [razón decisoria] de la sentencia que se recurre, cuando es reiterada la doctrina de esta Sala la que declara que el recurso de casación se da contra el fallo y los argumentos de la resolución recurrida que constituyan *ratio decidendi* [razón decisoria], no pudiendo fundarse en la impugnación de argumentos dialécticos, *obiter dicta* [expresiones incidentales], de refuerzo, a mayor abundamiento, o de otros diferentes a los que son precisamente la razón decisoria de la sentencia (SSTS de 27 de octubre de 2011, RC 217/2008 y 30 de junio de 2011, RC 297/2008)”.

conforman jurisprudencia pues, como declara ya la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1988, para que la doctrina de este Tribunal pueda ser considerada jurisprudencia se requiere, entre otros requisitos, que esa doctrina haya sido utilizada como “razón básica” para adoptar la decisión contenida en la sentencia.

Pues bien, en la medida en que la *ratio decidendi* o fundamento de la decisión constituye la base determinante del contenido del fallo o parte dispositiva de la resolución (sentencia), la consideración de su carácter vinculante no puede ser ajena a la que merezca análogamente la fundamentación de la que aquél surge como consecuencia lógica. Puede decirse entonces que el carácter vinculante de la sentencia del Tribunal Supremo dictada en el recurso de casación en interés de la ley no se limita al fallo de la misma, sino que se extiende también a sus fundamentos (*ratio decidendi*) en cuanto cumplen la función esencial de justificar la decisión finalmente adoptada. Recordemos que en el recurso de casación en interés de la ley es necesario también “argumentar lo erróneo del criterio sustentado por la sentencia impugnada, en el sentido de que se trate de un criterio manifiestamente contrario a Derecho y no únicamente predictable del caso concreto controvertido, sin posibilidades, por tanto, de generalización –recuérdese la finalidad del recurso de evitar la perpetuación o repetición de la doctrina errónea– (Sentencias de 20 de febrero de 2005 –recurso 9/2004– y 30 de enero de 2007 –recurso 20/2005–).

Porque la doctrina legal se fija a partir del supuesto de hecho contemplado en la sentencia recurrida, si bien respetando la situación jurídica particular derivada de ésta, para proyectarse sobre el futuro con una vocación de generalización para evitar procesos análogos. Como subraya la Sentencia de 25 de febrero de 2011 (recurso 8/2010), “el propósito de esta clase de recursos es evitar que en el futuro proliferen pronunciamientos judiciales similares, y desacertados, que revistan esa gravedad para el interés general. Se trata, en definitiva, de extender la seguridad jurídica y uniformidad en la aplicación del ordenamiento jurídico que cumple la jurisprudencia de este Tribunal también a aquellos recursos que no puedan acceder al Tribunal Supremo según el régimen de recursos diseñado en la propia LJCA. En este sentido, estamos ante una cláusula de cierre del sistema de recursos”.

Por último, nada que objetar al hecho de que la nueva doctrina legal resulte del criterio interpretativo establecido en una sola sentencia, lo que podría cuestionarse al hilo de la ya expresada regla general de que solo cabe hablar de jurisprudencia cuando se trata del criterio reiterado por el Tribunal Supremo en dos o más sentencias, pues se entiende que una sola sentencia no integra este concepto ex artículo 1.6 CC²¹. La norma

²¹ Como también es conocido que no reúne aptitud para fundar el motivo casacional relativo a la infracción de la jurisprudencia la cita de una sola sentencia del Tribunal Supremo, pues falta para ello el presupuesto básico, la existencia de jurisprudencia, para lo cual no basta invocar una única sentencia, que no constituye por sí sola jurisprudencia (por todas las Sentencias de la sala tercera de 12 de noviembre de 2001, 27 de enero de 2003 y 26 de febrero de 2008 (RJ 2008/1747), señalando la segunda de ellas que “la cita de una sola sentencia, no constituye ni puede constituir

legal así lo establece como hemos visto. En todo caso, baste añadir que este requisito de la reiteración del criterio de decisión del Tribunal Supremo para integrar el concepto de jurisprudencia y su vinculación en los términos del citado precepto del CC, se modula en algunos supuestos en los que se admite que una sola sentencia pueda tener efecto vinculante. Es el caso de la Sentencia de la Sala Primera de 18 de mayo de 2009 –recurso 1731/2004– cuando declara que “... una sola Sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo (sea o no del Pleno de dicha Sala) puede tener valor vinculante como doctrina jurisprudencial para el propio Tribunal y para los demás tribunales civiles, como sucede cuando con la motivación adecuada se cambia la jurisprudencia anterior (por muy reiterada que sea ésta) y fija la nueva doctrina, pues en otro caso resultaría un sinsentido y contrario a la naturaleza de las cosas que se cambiara la jurisprudencia para un caso y sin embargo continuara siendo obligatoria la anterior modificada en tanto no se dictara por el propio TS una segunda sentencia”. Criterio este que reiteran las Sentencias de 9 de mayo –recurso 1770/2007– y 11 de julio de 2011 –recurso 642/2008–.

2.2. La sentencia desestimatoria: alcance

Teniendo en cuenta la peculiar naturaleza del recurso de casación en interés de la ley, precisamente por los efectos vinculantes de la sentencia estimatoria del mismo que estableciendo la “doctrina legal correctora”²² se integra en el contenido mismo de la norma de cuya interpretación se trata, se ha planteado qué valor tiene la sentencia que, en cambio, desestima un recurso de casación en interés de la ley.

Recordemos que, con carácter general, el artículo 70.1 de la LJCA dispone que “La sentencia desestimará el recurso cuando se ajusten a Derecho la disposición, acto o actuación impugnados”, añadiendo el artículo 72.1 que “La sentencia que declare la inadmisibilidad o desestimación del recur-

jurisprudencia, en función de los estrictos términos del artículo 1.6 del Código Civil, al establecer que jurisprudencia es la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre o los principios generales del derecho, teniendo repetido el propio Tribunal Supremo, con indudable benevolencia en la interpretación del precepto, que la reiteración de doctrina, requiere al menos la emisión de dos sentencias como mínimo, por lo que la cita de una sola, no puede estimarse como doctrina reiterada”. En términos análogos la Sentencia de 18 de marzo de 2011 –recurso 6325/2008–.

²² Cfr. STC 111/1992, de 14 de septiembre: “Entre los recursos judiciales a que alcanza el referido derecho no cabe excluir el recurso extraordinario de apelación en interés de la ley, previsto en su día por el art. 101 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [hoy por el art. 102 b) de la misma Ley], en favor de las entidades o sujetos públicos legitimados para interponerlo. Este recurso tenía y tiene por finalidad permitir que se corrijan las resoluciones de los Tribunales de aquella jurisdicción (salvo el Tribunal Supremo) que se estiman “gravemente dañosas y erróneas”, de tal manera que el Tribunal Supremo pueda fijar, en su caso, una doctrina legal correctora, pero respetando “la situación jurídica particular derivada del fallo impugnado”.

so contencioso-administrativo sólo producirá efectos entre las partes”²³. Y ello sin olvidar los efectos jurídico-procesales que se derivan de la institución de la cosa juzgada, ya se trate de sentencias estimatorias como desestimatorias que resuelvan sobre el fondo del asunto y sean firmes²⁴.

En cualquier caso, no hay que desdeñar la eficacia que presenta una sentencia desestimatoria, pues si luego de examinar las presuntas infracciones del ordenamiento jurídico que se denuncian como fundamento de la acción ejercitada, llega a la conclusión de que las mismas no concurren, ello confiere una especial fuerza jurídica a la situación ya existente en cuanto se declara precisamente conforme a Derecho, lo que supone reconocer la validez de la actuación administrativa combatida²⁵.

En este orden de cosas, se plantea cuál puede ser el alcance de la sentencia desestimatoria del recurso de casación en interés de la ley habida cuenta la tipicidad que presenta este recurso que, recordemos, se endereza a la fijación de la doctrina legal postulada respecto de la interpretación de una norma concreta²⁶. Sobre esta cuestión ya se han pronunciado destacados especialistas de lo contencioso-administrativo entorno al foro de debate

²³ Especialmente crítica con la regla de la eficacia meramente *inter partes* de las sentencias desestimatorias, en oposición al carácter *erga omnes* que poseen las sentencias estimatorias, se muestra GÓMEZ DÍAZ, para quien tal distinción carece de un fundamento técnico-jurídico consistente. Explica a este respecto que “si la fuerza que posee una resolución judicial tiene la virtualidad de expulsar del mundo jurídico a un acto o disposición de manera irreversible y general, no se entiende, en términos lógicos, por qué no ha de estar dotado de la misma fuerza el pronunciamiento opuesto, en el que el Tribunal declara, con igual solemnidad y definitividad, que el acto o disposición es conforme a Derecho”. Y concluye señalando que “La eficacia exclusivamente *inter partes* de los fallos desestimatorios no sólo coadyuva a una multiplicación de procesos que ha de reputarse nefasta en el estado actual de congestión de la justicia, sino que contribuye a mantener, vivos e hirientes, problemas y conflictos que debían haber quedado definitivamente cerrados con la primera sentencia que se pronunciase sobre ellos la cuestión se centra en valorar la conveniencia de la regla, acogida por nuestro derecho positivo, de que una pretensión de ilegalidad, ya debatida y desestimada, pueda volver a ser planteada ante un Tribunal contencioso” (GÓMEZ DÍAZ, ANA BELÉN: “La eficacia de las sentencias contencioso-administrativas: entre la dogmática y la ingeniería judicial”, *Revista de Administración Pública*, núm. 144, septiembre-diciembre 1997, pp. 251-252.).

²⁴ Cfr. arts. 207.2 y 3 y 222 LEC. Sobre la incidencia de esta figura en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es un clásico el trabajo de GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: “La cosa juzgada en lo contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 8, 1952, p. 67 y ss. Más cercano a nosotros, puede verse HINOJOSA MARTÍNEZ, EDUARDO: “Extensión y límites de la cosa juzgada en el contencioso-administrativo”, en “Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 13, 2006, pp. 363 y ss.

²⁵ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: “La eficacia de la sentencia”, en “Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” (AA.VV.), Universidad de A Coruña, Servicio de Publicaciones, 199, pp. 110-112.

²⁶ En relación con la conocida exigencia representada por la necesidad de fijar la doctrina legal que se postule, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha destacado que dicha doctrina debe vincularse a un determinado precepto legal (Sentencia de 6 de junio de 2005 –recurso n.º 26/2004–), reiterando la Sentencia de 24 de septiembre de 2008 –recurso n.º 47/2005– la necesaria conexión de la doctrina legal pretendida con lo dispuesto en un concreto y determinado precepto legal. Vinculación esta que parece inevitable si se tiene en cuenta que el artículo 100.2 de la LJCA, por lo que se concierne a la actividad interpretativa y aplicativa que ha de ser objeto de enjuiciamiento en el recurso de casación en interés de la Ley, la refiere expresamente a “normas emanadas del Estado”; y si se tiene en cuenta también lo expresiva que resulta a estos efectos la propia denominación de este recurso (en interés de la Ley).

en su día coordinado por el Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo DIEGO CÓRDOBA CASTROVERDE y en el que participaron varios Magistrados de Salas de lo Contencioso-Administrativo de Tribunales Superiores de Justicia, bajo el título precisamente de “Alcance de las sentencias desestimatorias de un recurso de casación en interés de ley”²⁷.

Planteado en sus justos términos, el problema alude a qué ocurre cuando el Tribunal Supremo (tratándose del recurso que contempla el artículo 100 de la LJCA, o el Tribunal Superior de Justicia si es un recurso de casación en interés de la ley “autonómica” como recoge el art. 101) desestima un recurso de casación en interés de ley²⁸.

En principio, parece lógico que un pronunciamiento desestimatorio en este caso no hace sino confirmar la doctrina de la sentencia impugnada por entender que es la ajustada a Derecho frente a la propuesta interpretativa que introduce el recurso. Siendo así, las cuestiones que sugiere CÓRDOBA CASTROVERDE para incentivar el debate son las siguientes:

- i) las sentencias que desestimen un recurso de casación en interés de ley ¿están fijando indirectamente doctrina legal considerando que la interpretación correcta es la que realizó la sentencia de instancia?
- ii) si partimos de que sólo las sentencias estimatorias del recurso de casación en interés de ley fijan doctrina legal y, por lo tanto, sólo ellas tienen el considerado efecto vinculante para los jueces y tribunales de este orden jurisdiccional ¿pueden éstos sostener un criterio contrario al de la sentencia cuya impugnación ha sido desestimada con el argumento de que no se ha fijado doctrina legal?
- iii) y correlativamente, si el Tribunal Supremo confirma el criterio interpretativo de un órgano jurisdiccional al desestimar el recurso contra la sentencia de éste, ¿estarían obligados a cambiar de criterio para ajustarse a lo que el Tribunal Supremo ha considerado la interpretación correcta o, por el contrario, pueden seguir manteniendo su propio criterio?

La respuesta de los intervenientes en el foro de debate se resume de la siguiente manera. Para la magistrada del TSJ de Madrid INÉS M. HUERTA GARICANO, en el caso que consideramos de fallo desestimatorio de un recurso de casación en interés de la ley “la Sentencia, entiendo, no tiene más valor ni trascendencia que la de desestimar el recurso, sin que ello su-

²⁷ Revista de Jurisprudencia, Lefebvre-El Derecho, 21 de junio de 2012.

²⁸ Obviamente, nos referimos al supuesto de una sentencia desestimatoria que ha entrado en el fondo del asunto representado por la cuestión controvertida que suscita la doctrina legal propuesta por el recurrente y que se rechaza por la Sala de casación, pues distinto es el caso en el que la desestimación del recurso lo sea porque el Tribunal Supremo aprecia que el recurso no reúne algunos de los requisitos que se erigen en viabilidad del recurso como se ha visto, cabalmente la no justificación del carácter gravemente dañoso para el interés general de la doctrina contenida en la sentencia impugnada, o que lo debatido no sea la correcta interpretación y aplicación de normas del Estado, sino de Derecho autonómico (supuesto del recurso del art. 100 LJCA), entre otras causas que impidan ese pronunciamiento sobre el fondo.

ponga dar carta de naturaleza a la sentencia recurrida, ni fija indirectamente ningún tipo de doctrina legal, ni impide que los órganos jurisdiccionales puedan mantener un criterio discrepante respecto de la sentencia frente a la que no se ha pronunciado doctrina legal”, y a tal efecto se apoya en la STS de 30 de enero de 2013 cuando dice que “Este género de recursos, dado su carácter excepcional, no pueden extenderse sino a la fijación o al rechazo ‘de la doctrina legal que se postula’ en relación con las concretas normas, emanadas del Estado, que hayan sido determinantes del fallo recurrido, siempre que respecto de ellas el tribunal de instancia haya dictado una sentencia errónea”.

Por su parte, el también magistrado del TSJ de Madrid JESÚS CUDERO BLAS considera que en este caso “parece evidente que aunque las sentencias desestimatorias de recursos de casación en interés ley no fijan doctrina legal (art. 100.7 LJCA aplicado a sensu contrario), sí pueden constituir jurisprudencia en los términos del art. 1.6 CC (siempre que, por ser reiterada la interpretación que en tales sentencias se contiene, constituya la razón de ser de la decisión)”, por lo que entiende que “no puede considerarse inane o fútil, en la medida que integra (o puede integrar) jurisprudencia que, cuando menos, ha de ser tenida en cuenta por los órganos inferiores al adoptar sus decisiones”.

En opinión de la magistrada del TSJ de Madrid FÁTIMA DE LA CRUZ MERA está claro que “ante una respuesta negativa a la existencia de una doctrina legal implícita en el supuesto de sentencias desestimatorias de un recurso de casación en interés de ley, la interpretación que de las normas se desprenda de aquélla vinculará a los demás órganos judiciales como una sentencia más a integrar una determinada línea jurisprudencial, en su caso, vinculada al caso concreto que se someta a consideración”.

Finalmente, el magistrado del TSJ de Cataluña DIMITRI BERBEROFF, partiendo de la STC 37/2012 que señala “los efectos absolutamente excepcionales –en cuanto a vinculación– que proyecta esta vía procesal”, considera que “no cabe inferir –extramuros de los propios términos del art. 100 LRJCA– conclusiones idénticas con relación a sentencias desestimatorias”. A ello añade otro argumento cual es que “el criterio de seguridad jurídica y la propia excepcionalidad de los efectos que produce dicho recurso, podrían verse negativamente afectados, de admitir otra solución al planteamiento expuesto, en la medida que supondría apreciar una doctrina legal que no ha sido publicada en el «Boletín Oficial del Estado»”, y, en todo caso, “ante una sentencia desestimatoria, la pretensión del recurrente en casación en interés de ley decae y, por tanto, de acuerdo a la dinámica de coherencia interna de este proceso no podría afirmarse la existencia de una doctrina legal expresamente apuntada al respecto, quebrando en dicho escenario la específica finalidad de este recurso”. Y concluye señalando que “desde luego no cabe negar valor a una sentencia desestimatoria del recurso de casación en interés de ley que, a mi juicio, constituye un precedente que, de ser reiterado con posterioridad –a través de esta vía procesal o de cualquier otra modalidad casacional– podría llegar a formar jurisprudencia”.

Hay coincidencia, pues, entre los participantes en el foro de debate en señalar que la sentencia desestimatoria de un recurso de casación en interés de la ley, precisamente porque así lo expresa a contrario sensu el artículo 100.7 de la LJCA, no fija doctrina legal alguna, pues esta consecuencia está reservada a la sentencia “cuando fuere estimatoria”.

En este orden de cosas, también es razonable la conclusión alcanzada en el sentido de que la sentencia desestimatoria del recurso de casación en interés de la ley puede constituir doctrina en los términos que expresa el artículo 1.6 del CC cuando, como ya sabemos, establece que “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

Ahora bien, cabría preguntarse si la dinámica propia de esta clase de recurso y su peculiar naturaleza, que desemboca en la excepcional consecuencia de reconocer un efecto vinculante a la sentencia estimatoria del mismo, permite en correspondencia atribuir a la sentencia desestimatoria un alcance o eficacia más allá de la posibilidad de integrar la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, que no se discute. Porque no cabe duda que cuando el Tribunal Supremo desestima un recurso de esta naturaleza abordando la cuestión de fondo que suscita la doctrina legal propuesta por la parte recurrente, no se limita simplemente a declarar como doctrina correcta la contenida en la sentencia que se recurre, sino que el Tribunal Supremo realiza un análisis de la cuestión objeto de debate expresando los criterios que han de considerarse conformes con el ordenamiento jurídico frente a aquellos que se esgrimen en apoyo de la doctrina que se postula. Pensemos, por ejemplo, en la Sentencia de 23 de junio de 2003, dictada en el recurso de casación en interés de la ley número 2829/2001, que examina con precisión conceptos del derecho administrativo sancionador tales como los principios de legalidad y tipicidad, la atribución de la potestad sancionadora a los entes locales en el marco de las ordenanzas municipales y su relación con la reserva de ley. O más recientemente la Sentencia de 30 de mayo de 2014, recurso número 2362/2014, relativa a la sujeción al impuesto sobre bienes inmuebles de naturaleza urbana de un terreno que la ficha catastral sitúa dentro del perímetro que delimita el suelo urbano, pero que está clasificado como suelo urbanizable sectorizado sin instrumento urbanístico de desarrollo. Parece obvio que en tales casos la sentencia, aunque desestimatoria del recurso, dibuja con nitidez la posición de la Sala de casación sobre la cuestión debatida, al punto de que resultaría inane la eventual interposición de otro recurso de casación en interés de la ley propugnando una doctrina legal coincidente con la ya rechazada.

Cierto que puede afirmarse que en tal caso, al no fijarse doctrina legal alguna derivada de una estimación del recurso, la sentencia no goza de la vinculación reforzada que establece el artículo 100.7 LJCA que, insistimos, anuda ese carácter vinculante a la doctrina que se fija al estimar el recurso de casación en interés de la ley. Pero del mismo modo tampoco se entendería que un órgano jurisdiccional inferior pudiera resolver en su

supuesto análogo de forma contraria a la doctrina que el Tribunal Supremo ha considerado que es la correcta²⁹.

Tiene declarado reiteradamente la Sala Tercera (por todos, Autos de 19 de febrero –recurso 4165/2014– y 21 de mayo de 2015 –recurso 1405/2015–) que en los supuestos de inadmisión del recurso de casación en interés de la ley, cuando no se acredite que la doctrina sentada sea gravemente dañosa o no se cumplan los requisitos formales y procesales, ello no implica la conformidad de la Sala con los criterios sentados en la sentencia recurrida, precisamente porque un tal pronunciamiento implica que no se ha entrado en el fondo del asunto. En cambio, cuando la sentencia desestima el recurso rechazando los argumentos jurídicos que sirven de fundamento a la doctrina legal propuesta por el recurrente frente a la sostenida en la sentencia recurrida que reputa errónea, el pronunciamiento desestimatorio del recurso está, en definitiva, confirmando el acierto de esta última.

A este respecto conviene reparar en la STS de 6 de mayo de 2011 (recurso 69/2009) cuando declara que “Ha de descartarse toda pretensión que propugne el obtener la declaración de una doctrina legal cuya procedencia hubiese sido anteriormente rechazada –o que, por el contrario, ya estuviese fijada por este Tribunal Supremo (Sentencias de ocho de octubre de dos mil tres y dieciocho de abril de dos mil cinco)–”. Nótese que se establece una suerte de equiparación entre doctrina legal rechazada y doctrina legal fijada a los efectos de la prosperabilidad del recurso de casación en interés de la ley, que tanto en un caso como en el otro estaría abocado a su fracaso.

Pero es que, además, esta sentencia alude rectamente a la cuestión que estamos considerando en términos que resultan esclarecedores, veamos: “Es cierto que la desestimación de un recurso de casación en interés de ley no crea propiamente doctrina legal pero el pronunciamiento desfavorable que incorpora dicha resolución marca un determinado criterio en relación con las doctrinas propuestas”, remitiéndose a la Sentencia de 4 de julio de 2005 (recurso 91/2003). Es decir, al rechazarse una determinada doctrina legal propuesta por el recurrente, la Sala de casación al fundamentar las razones para tal rechazo, de alguna manera está fijando un criterio sobre lo que considera es la correcta interpretación de la norma o precepto puesto en cuestión.

En consecuencia, cabría sostener que cuando una sentencia del Tribunal Supremo dictada en un recurso de casación en interés de la ley contiene un pronunciamiento desestimatorio del mismo al rechazar la doctrina legal propuesta, la decisión interpretativa sobre la norma jurídica a la que indefectiblemente ha de conectarse esa doctrina legal también habría de vincular a los órganos jurisdiccionales inferiores, no solo en atención a la posición central que aquél ocupa como órgano supremo de la organización jurisdiccional, sino fundamentalmente por la función que ejerce para la unificación de la doctrina en aras de garantizar la certeza y seguridad jurídica y, por ende, la igualdad en la aplicación de la ley.

²⁹ Cfr. art. 12.2 LOPJ.

III. A MODO DE EJEMPLO: LA SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1997 DICTADA EN EL RECURSO NÚMERO 7692/1994: EL DEBER DE SIGILO DEL FUNCIONARIO POR RAZÓN DE SU CARGO

La elección de esta sentencia tiene fácil explicación: constituye el único precedente en el que la Asamblea de Madrid compareciese como parte en un recurso de casación en interés de la ley, y en este caso como parte recurrente, con la singularidad de que el recurso fue estimado, procediendo el Tribunal Supremo a fijar la doctrina legal conforme a la tesis expuesta por aquélla en el escrito de interposición del recurso.

Sintéticamente, los antecedentes fácticos del supuesto se resumen así: en el recurso contencioso-administrativo en el que se dictó la sentencia recurrida se impugnó una resolución de la Mesa de la Asamblea de Madrid que desestimó un recurso de alzada interpuesto por el recurrente de la primera instancia contra una resolución que le impuso una sanción de dieciocho meses de suspensión como autor de la falta grave prevista en el apartado j) del artículo 7.1 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/86, de 10 de enero. El referido apartado j) dice lo siguiente: “No guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio”.

La sentencia recurrida del TSJ de Madrid anuló, por entender que no era ajustada a Derecho, la referida resolución de la Mesa de la Asamblea de Madrid y reconoció el derecho del actor al reintegro de los haberes descontados por los dieciocho meses de suspensión. En el fundamento quinto de dicha sentencia se contiene la doctrina que es objeto del recurso de casación y que se expresa en los siguientes términos: “La primera falta grave imputada, que es la que tipifica el apartado j) del art. 7.1 del Real Decreto 33/86 de Régimen Disciplinario, “no guardar el debido sigilo respecto de los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio”, lo fue por haber aportado un acta de la Mesa de la Asamblea de Madrid al recurso contencioso-administrativo que interpuso en unión de otros dos funcionarios, al amparo de la Ley 62/78, cuando era titular del puesto de Jefe del Servicio de Gestión Parlamentaria que tenía entre otras funciones, la de la custodia de las actas de la Mesa”. Y se añade en el expresado fundamento: “El hecho de aportar a un procedimiento judicial un acta cuyo contenido, secreto o reservado no se acredita, no supone el quebranto del debido sigilo, porque no existía este deber, y prueba de ello es que hubiera podido aportar la misma documentación mediante certificado o autorización como reconoce la misma Administración, y por tanto no se da el elemento fundamental del tipo”.

De ello extrae el Tribunal Supremo la siguiente conclusión: “resulta, por tanto, que la Sentencia de instancia ha entendido que en el supuesto de que se trata no existía el deber de guardar el debido sigilo al no haberse acre-

ditado que el contenido del acta en cuestión tuviese el carácter de secreto o reservado”.

Interpuesto por la Asamblea de Madrid recurso de casación en interés de la ley³⁰ contra dicha sentencia por considerar errónea la doctrina que contiene, los argumentos que aduce para combatirla se resumen así por el Tribunal Supremo: i) la conclusión sentada por la sentencia de instancia supone equiparar el tipo de la falta grave prevista en el artículo 7.1.j) del Reglamento disciplinario antes aludido, con el tipo de falta muy grave previsto en el artículo 6.e) del referido Reglamento, que se refiere a “La publicación o utilización indebida de secretos oficiales así declarados por Ley o clasificados como tales”; ii) la falta por la que fue sancionado el demandante de la primera instancia “responde a las exigencias de moralidad y objetividad que la función pública debe cumplir, imponiendo a los funcionarios el deber de decoro y el deber de secreto profesional que les obliga a guardar riguroso sigilo de los asuntos que conozcan por razón de su cargo”; y iii) se pone de relieve por la Asamblea de Madrid que aunque las reuniones de la Mesa de la Asamblea no son secretas, tampoco son públicas, y que la disposición de la información, y de la documentación en que ésta consta, objeto de la acción sancionada ha sido posible “por razón del cargo”, esto es, por la “situación preeminente del funcionario demandante”.

El Tribunal Supremo declara compartir la tesis de la recurrente sobre la cuestión debatida y en este sentido declara que: “Preciso es tener presente que en el Reglamento disciplinario al que nos referimos expresamente se prevé, como falta muy grave, como ya ha quedado indicado, la publicación o utilización indebida de secretos oficiales, por lo que no puede afirmarse, como hace la Sentencia recurrida, que para poder apreciar la falta grave por la que en principio fue sancionado el recurrente de la primera instancia, es preciso que los asuntos respecto de los que no se ha guardado el debido sigilo tengan el carácter de reservados o secretos. Esta tesis de la Sentencia recurrida supone realmente vaciar de contenido al apartado j) del artículo 7.1 del Reglamento disciplinario en cuestión, pues cuando se esté ante asuntos que constituyan secretos oficiales, el hecho de no guardar el debido sigilo respecto de los mismos no integrará dicha falta, sino la prevista en el apartado e) del artículo 6 del Reglamento en cuestión, que se refiere expresamente, como ya se ha dicho, a la publicación o utilización indebida de secretos oficiales”.

Que la doctrina declarada por la Sala de instancia ha de estimarse gravemente dañosa para el interés general es algo que reconoce el Tribunal Supremo al hilo de los argumentos expresados por la Asamblea de Madrid por cuanto, de mantenerse dicha doctrina, “posibilita de forma implícita en el futuro una publicidad indiscriminada por parte de los empleados públicos, entre otros expedientes, de las Ordenes del Día y Actas de la Mesa de la Cámara y de su Junta de Portavoces, de carácter lógicamente no pú-

³⁰ Siendo por razones temporales es de aplicación el art. 102 b) de la Ley Jurisdiccional introducido por la ley 10/1992.

blico”, incidiéndose así negativamente en el correcto funcionamiento de la Administración, que exige, entre otros requisitos, el de la discreción de los empleados que la integran. Como esta Sala entiende que en el escrito de formalización del recurso que nos ocupa se argumenta con acierto al razonar de la forma que acaba de ser indicada, obligado se hace, si se tiene en cuenta, además, lo expuesto en anteriores fundamentos, dictar un fallo estimatorio del recurso en los términos que luego se indicarán”.

Y los términos en que se expresa el fallo del Tribunal Supremo expresando la doctrina legal que a partir de ese momento ha de ser vinculante, son los siguientes: “para que pueda apreciarse la existencia de la infracción tipificada en el apartado j) del artículo 7.1 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado aprobado por Real Decreto número 33/86, de 10 de enero, no es preciso que los asuntos a los que dicho apartado se refiere tengan el carácter de reservados o secretos”.

Nótese que el citado artículo 7.1.j) del citado Reglamento tipifica como falta grave la conducta de la autoridad o funcionario público consistente en “No guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio”. En cambio, el artículo 6.e) del mismo Reglamento contempla la conducta relativa a la “publicación o utilización indebida de secretos oficiales así declarados por Ley o clasificados como tales”, que en este caso se tipifica como falta muy grave en atención, precisamente, a la naturaleza de la información desvelada en los términos prevenidos por la normativa al efecto aplicable, en este caso la Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre.

La doctrina sentada por el Tribunal Supremo es clara: el deber de sigilo que corresponde al funcionario lo es respecto de todos los asuntos de que conozca por razón del cargo, sin necesidad de que tales asuntos estén ni siquiera calificados como secretos o reservados, pues en tal caso, como se ha indicado, nos encontraríamos ante el supuesto del artículo 6.e) del Real Decreto 33/1986, que contempla una conducta más agravada desde el punto de vista de la responsabilidad disciplinaria precisamente por razón del objeto sobre el que recae esa obligación de discreción que ha de presidir la conducta del funcionario.

Y, además, de la fundamentación de la sentencia se infiere sin esfuerzo –pues, como se ha expresado, el propio Tribunal Supremo subraya el acierto de la recurrente al razonar de este modo–, que aun en el caso de que al funcionario se le autorice para acceder o disponer de una determinada documentación, tal autorización no le exime de ese deber de sigilo o discreción que la norma le impone pues, como dice el Tribunal Supremo en relación con el objeto del proceso de instancia, lo contrario implicaría de forma implícita la posibilidad de “una publicidad indiscriminada por parte de los empleados públicos, entre otros expedientes, de las Ordenes del Día y Actas de la Mesa de la Cámara y de su Junta de Portavoces, de carácter lógicamente no público”, incidiéndose así negativamente en el correcto

funcionamiento de la Administración, que exige, entre otros requisitos, el de la discreción de los empleados que la integran”. Como es de ver, en este caso se subraya el carácter no público de esa documentación de la Mesa de la Cámara y de su Junta de Portavoces.

Finalmente, una breve referencia a la “Guía de las obligaciones de los funcionarios y agentes del Parlamento Europeo”³¹ que, en relación con la obligación o deber de discreción que pesa sobre éstos, expresa lo siguiente: “1. De conformidad con el artículo 17, apartado 1 del Estatuto, «el funcionario [o agente] se abstendrá de divulgar sin autorización cualquier información que haya recibido con ocasión de sus funciones, salvo que dicha información se haya hecho ya pública o sea de acceso público». Por supuesto, el funcionario seguirá estando sujeto a esta obligación tras el cese de sus funciones (art. 17, apartado 2, del Estatuto). 2. El deber de discreción afecta a la vida interna y a la actuación de la institución cuyo carácter confidencial se presume. No cabe distinción alguna entre las diferentes formas de divulgación. Las personas cualificadas para tener conocimiento de una información son, según la naturaleza de los asuntos, los superiores jerárquicos del funcionario o agente y sus subordinados, en la medida en que la información sea necesaria para el ejercicio de sus funciones, o el órgano para el que trabaje (...) 3. Para preservar este deber de discreción, el funcionario o agente no podrá, sin la autorización de la autoridad competente, «revelar, en un procedimiento judicial, por ningún concepto, asuntos de los que haya tenido conocimiento por razón de sus funciones». La autorización en cuestión «únicamente podrá denegarse si los intereses de las Comunidades lo exigieren y si la denegación no implicare consecuencias penales para el funcionario interesado. El funcionario [o agente] seguirá sometido a esta obligación incluso tras el cese en sus funciones» (art. 19 del Estatuto)”.

³¹ “Código de buena conducta” aprobado por la Mesa del Parlamento Europeo el 7 de julio de 2008.

Alfonso Arévalo Gutiérrez*

Las declaraciones institucionales: su procedimiento de tramitación

Sumario: RESUMEN.—I. LAS DECLARACIONES INSTITUCIONALES: AFIRMACIÓN Y DISCIPLINA NORMATIVA EN LOS REGLAMENTOS DE LOS PARLAMENTOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—1.1. La Asamblea de Madrid.—1.2. La Junta General del Principado de Asturias, el Parlamento de La Rioja, el Parlamento Vasco y el Parlamento de Navarra.—1.3. La Asamblea de Extremadura y el Parlamento de Canarias.—1.4. El Parlamento de Cataluña.—1.5. Su recepción vía resoluciones de la Presidencia: las Cortes de Aragón, el Parlamento de Andalucía y las Cortes de Castilla y León.—II. UN INTENTO DE CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA: DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LAS DECLARACIONES INSTITUCIONALES.—2.1. Definición de declaración institucional.—2.2. Rasgos característicos.—2.3. Procedimiento de tramitación.—III. CONCLUSIONES.

RESUMEN

La figura de las declaraciones institucionales, surgida extra muros de los interna corporis, actualmente está afirmada en ocho Reglamentos parlamentarios: además del de la Asamblea de Madrid, los de la Junta General del Principado de Asturias, el Parlamento de La Rioja, el Parlamento del País Vasco, el Parlamento de Navarra, la Asamblea de Extremadura, el Parlamento de Canarias y el Parlamento de Cataluña. Asimismo, en otros tres supuestos ha sido regulada vía resolución de la Presidencia de la Cámara: las Cortes de Aragón, el Parlamento de Andalucía y las Cortes de Castilla y León.

La normativa reguladora permite afirmar una serie de elementos comunes al régimen de las declaraciones institucionales, a cuyo tenor podemos definirlas afirmando que se trata de una forma de expresión de la voluntad de las Cámaras acerca de hechos de trascendencia política contrastada, cuya importancia y singularidad permitan al Parlamento emitir un pronunciamiento unánime y que refleje el parecer general de los ciudadanos a través de sus representantes democráticamente elegidos.

* Letrado-Director de Gestión Parlamentaria de la Asamblea de Madrid.

Y cabe singularizar los siguientes rasgos característicos: 1.º La unanimidad de la declaración de voluntad; con la singularidad del supuesto de la Asamblea de Madrid, donde, en defecto de asentimiento a la propuesta de la Presidencia, pueden ser sometidas a votación ordinaria; 2.º Su carácter solemne, siendo competencia, como regla, del Pleno de la Cámara, conforme sucede en la Asamblea de Madrid; aunque oportuno es dejar constancia de que en cuatro reglamentos parlamentarios la competencia es propia de la Junta de Portavoces; 3.º Su carácter no vinculante; y 4.º La excepcionalidad de este tipo de pronunciamientos, reservado a eventos de trascendencia política contrastada, determinados por su importancia y singularidad.

Respecto del procedimiento de tramitación, el esquema-modelo sería la formalización de la declaración por los sujetos legitimados al efecto, generalmente uno o más Grupos parlamentarios, su consideración por la Mesa —que, sin embargo, en la Asamblea de Madrid no participa en el procedimiento de tramitación— y, en su caso, por la Junta de Portavoces, a efectos de constatar la concurrencia de unanimidad, y su ulterior sustanciación en sesión plenaria, sin debate y circunscrita a la lectura del texto y constatación de la unanimidad mediante el asentimiento a la propuesta de la Presidencia de la Cámara.

PALABRAS CLAVE: Declaración institucional, unanimidad, solemne, no vinculante, excepcionalidad.

I. LAS DECLARACIONES INSTITUCIONALES: AFIRMACIÓN Y DISCIPLINA NORMATIVA EN LOS REGLAMENTOS DE LOS PARLAMENTOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La esencia de las instituciones parlamentarias radica en la función representativa que les es propia, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. Así lo proclama la Constitución española de 1978 tanto respecto de las Cortes Generales —en su artículo 66.1: «*Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado.*»—, como respecto de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas —en su artículo 152.1: «*[...] la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio;*»—. De igual modo, en relación con dichas Asambleas Legislativas, lo afirman los Estatutos de Autonomía y, singularmente, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid —en su artículo 9: «*La Asamblea representa al pueblo de Madrid,*»—, y lo reiteran los *interna corporis acta*, como ocurre en el vigente Reglamento de la Asamblea de Madrid —en su artículo 1: «*La Asamblea de Madrid, órgano legislativo y representativo del pueblo de la Comunidad de Madrid, ejerce la potestad legislativa, aprueba y controla el Presupuesto, impulsa, orienta y controla la acción del Consejo de Gobierno y ejerce las competencias que le atribuyen la Constitución, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y el resto del ordenamiento jurídico.*»—.

Dicha esencia ha determinado que –junto a la tradicionales funciones legislativa y de control de la acción del Gobierno, con sus correspondientes instrumentos y mecanismos de expresión–, las instituciones representativas hayan ido encontrando nuevas formas de manifestación de su voluntad, en línea con las exigencias de una ciudadanía que requiere el criterio de quienes han sido elegidos con sus votos en todas aquellas cuestiones de singular trascendencia para la colectividad.

Entre dichas nuevas formas de manifestación de la voluntad de las Cámaras se encuentra la figura de **las declaraciones institucionales**, que en los últimos años han sido objeto de disciplina normativa en algunos Parlamentos autonómicos, llegando incluso a incorporarse a sus respectivos reglamentos.

1.1. La Asamblea de Madrid

Es éste el caso de **la Asamblea de Madrid**, pionera en la introducción de la figura en sus *interna corporis*.

En efecto, el Reglamento de la Asamblea de Madrid, aprobado por el Pleno en sesión extraordinaria de 30 de enero de 1997 (BOAM núm. 82, de 31 de enero), dedica un título específico a su regulación: el *Título XXI, “Declaraciones institucionales”*, de artículo único –el artículo 243–.

«Artículo 243.

La Junta de Portavoces, a iniciativa de un Grupo Parlamentario y por acuerdo unánime, podrá elevar al Pleno propuestas de declaración institucional sobre asuntos de interés general de la Comunidad de Madrid.

Tras su lectura por el Presidente, la propuesta de declaración institucional será sometida a votación por asentimiento. Si no resultara aprobada en esta forma, se someterá a votación ordinaria.»

Dicho precepto configura las declaraciones institucionales a partir de las siguientes notas características:

Primera: la iniciativa debe provenir de un Grupo Parlamentario; no se contempla, en consecuencia, la iniciativa individual, como tampoco la iniciativa de la Mesa de la Cámara –cuya participación en la tramitación no está prevista– ni la de su Presidencia, como tampoco la de la Junta de Portavoces como órgano colegiado.

Segunda: la competencia para su aprobación es del Pleno, por asentimiento o por votación ordinaria; atribuyéndose a la Junta de Portavoces sólo la capacidad de acordar la elevación de la propuesta al Pleno, para lo que sí se requiere acuerdo unánime respecto de la iniciativa.

Tercera: el procedimiento no contempla una fase previa de debate. Nada se dice acerca de la conformación del acuerdo unánime en el seno de la Junta de Portavoces y el Reglamento tan sólo prescribe que, tras su lectura

por el Presidente, la propuesta de declaración institucional será sometida a la votación del Pleno.

En este caso —y constituye una singularidad en el marco del Derecho comparado, del que inmediatamente se deja constancia—, el Reglamento dispone que, si no fuera aprobada por asentimiento a la propuesta de la Presidencia, la propuesta de declaración será sometida a votación ordinaria. Obvio resulta que, en dicha hipótesis, cabría el turno de explicación de voto, por tiempo máximo de cinco minutos, establecido en el artículo 128.1 del Reglamento de la Cámara; turno que se nos antoja de obligada solicitud para aquella formación cuyos miembros no den su asentimiento a la propuesta de la Presidencia, toda vez que la elevación al Pleno requiere el previo acuerdo unánime de la Junta de Portavoces. Presupuesto lo anterior, cabe, por lógica, pensar que la prescripción reglamentaria estaba pensando en la eventualidad de un Grupo Parlamentario Mixto en la Asamblea, contemplado en el artículo 43 del Reglamento —y actualmente sustituido por la figura del Diputado no adscrito, que contempla aquel precepto desde su reforma, en sesión plenaria de 12 de noviembre de 2009—. Es en este supuesto, en efecto, donde tiene perfecto encaje y cobra todo su sentido lo que dispone el inciso final del segundo párrafo del artículo 243 del Reglamento de la Asamblea.

1.2. La Junta General del Principado de Asturias, el Parlamento de La Rioja, el Parlamento Vasco y el Parlamento de Navarra

En este mismo grupo, de instituciones representativas cuyos reglamentos han dado acogida a las declaraciones institucionales, se encuentran otras siete Asambleas Legislativas, tres de ellas con una disciplina aprobada durante el presente año 2015.

a.- En primer lugar, debiendo precisarse que la competencia de la Junta de Portavoces no lo es de mera elevación de la propuesta al Pleno de la Cámara, sino de aprobación de la declaración de voluntad, se encuentra la **Junta General del Principado de Asturias**. Su Reglamento, de 18 de junio de 1997, al establecer la disciplina de la organización del Parlamento —*Título IV*— y, en concreto, al regular la Junta de Portavoces —*Capítulo II*—, recoge la figura en el apartado 2 de su artículo 55, del siguiente tenor.

«2. Asimismo, la Junta de Portavoces podrá acordar, por unanimidad, declaraciones institucionales de carácter urgente.»

Nada se dice en dicha prescripción acerca del procedimiento de tramitación, más allá de la exigencia de unanimidad para su aprobación.

b.- De igual modo, el Reglamento del **Parlamento de La Rioja**, de 21 de abril de 2001, contempla las declaraciones institucionales como un

vehículo de expresión de la Junta de Portavoces; no del Pleno de la Cámara. Su disciplina se establece al regular la organización del Parlamento –*Título IV*– y, en concreto, al regular la Junta de Portavoces –*Capítulo II*–, en su artículo 35, del siguiente tenor.

«*La Junta de Portavoces podrá aprobar declaraciones institucionales a iniciativa del Presidente, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara.*»

En este caso hay alguna notable diferencia respecto del anterior, toda vez que no se exige, de forma expresa, la unanimidad para la aprobación de la declaración institucional. Además, se hace una precisión procedural relativa a la iniciativa, que se aparta del régimen afirmado en la Asamblea de Madrid: la iniciativa puede provenir del Presidente, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de miembros de la Cámara.

c.- En línea con el Parlamento del Principado de Asturias, el Reglamento del **Parlamento Vasco**, de 23 de diciembre de 2008, regula las declaraciones institucionales como una forma de manifestación de la voluntad de la Junta de Portavoces. Su normativa se establece al disciplinar la organización del Parlamento –*Título I*– y, en concreto, al regular la Junta de Portavoces –*Capítulo VI*–, en el apartado 7 de su artículo 40, del siguiente tenor:

«*7. La Junta de Portavoces podrá aprobar por unanimidad declaraciones institucionales.*»

d.- Similar a la anterior es la previsión del Reglamento del **Parlamento de Navarra**. Su Reglamento, de 12 de septiembre de 2011, prevé las declaraciones institucionales como un vehículo de expresión de la Junta de Portavoces. Su normativa se ubica al disciplinar la organización del Parlamento –*Título IV*– y, en concreto, al regular la Junta de Portavoces –*Capítulo II*–, en el artículo 44, que dispone lo que sigue:

«*Artículo 44.*

Corresponden a la Junta de Portavoces las siguientes funciones: [...]

6.ª Formular declaraciones políticas.»

Como en el supuesto de la Junta General de Asturias, nada se precisa acerca del procedimiento de tramitación en los reglamentos del Parlamento Vasco y del Parlamento de Navarra.

1.3. La Asamblea de Extremadura y el Parlamento de Canarias

Como decíamos, recientemente, durante el presente año 2015, la figura ha accedido a los *interna corporis acta* de otras tres instituciones representativas, que, por su disciplina, diferenciamos en dos bloques.

a.- En primer lugar, atribuyendo la competencia de propuesta a la Junta de Portavoces y la de aprobación al Pleno –como en el supuesto de la Asamblea de Madrid–, el Reglamento de la **Asamblea de Extremadura**, aprobado por el Pleno en sesión celebrada el 19 de marzo de 2015, regula las declaraciones institucionales con ocasión de la regulación de la organización de la Cámara –Título IV– y, en concreto, al disciplinar la Junta de Portavoces –Capítulo Cuarto–, en su Sección Segunda, “Funciones”. El apartado 5 de su artículo 66 dispone lo siguiente:

«Artículo 66. Funciones.

Sin perjuicio de las funciones que el presente Reglamento le confiere, la Junta de Portavoces adoptará acuerdo respecto a las siguientes cuestiones:

[...]

5. Acordar por unanimidad declaraciones institucionales de la Cámara que serán aprobadas por el Pleno.»

b.- El Reglamento del **Parlamento de Canarias**, de 28 de julio de 2009, también ha incorporado la figura, concretamente mediante la reforma reglamentaria aprobada por su Pleno en sesión celebrada los días 24, 25 y 26 de marzo de 2015. Y lo ha hecho mediante la incorporación de una disposición adicional décima, nueva, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional décima.

1. Correspondrá al Pleno la aprobación, por asentimiento, y a propuesta del Presidente, oída la Mesa y la Junta de Portavoces, de declaraciones institucionales sobre asuntos de interés general para la Comunidad Autónoma de Canarias. A estos efectos, antes de la votación se dará lectura de su texto.

2. Una vez aprobadas, las declaraciones institucionales serán publicadas en el Boletín Oficial del Parlamento de Canarias.»

Como puede apreciarse, en los dos reglamentos cuyas prescripciones acaban de ser reproducidas se opta por el modelo de la Asamblea de Madrid, en el sentido de que la competencia de aprobación es propia del Pleno, teniendo la Junta de Portavoces la competencia de propuesta en Extremadura, mientras que esta competencia se le atribuye al Presidente en Canarias –esto sí, oída la Mesa y la Junta de Portavoces–.

Por lo demás, ninguno de los dos reglamentos concreta el procedimiento de tramitación, más allá de la constatación expresa de su lectura de su texto en el Pleno que establece el segundo.

1.4. El Parlamento de Cataluña

Por su parte, el Reglamento del **Parlamento de Cataluña**, de 22 de diciembre de 2005 –si bien el precepto ulteriormente transscrito es fruto de la reforma operada el pasado 16 de julio de 2015–, tiene una regulación

distinta, que se afirma al regular el funcionamiento del Parlamento –*Título IV*– y, en concreto, al regular “*El impulso y el control de la acción política y de gobierno*” –*Capítulo III*–. En la Sección 6.^a de dicho Capítulo, que regula “*Las propuestas de resolución*”, el artículo 147 distingue tres modalidades de declaraciones institucionales, en función del órgano que realiza el pronunciamiento:

- i. el Presidente y la Junta de Portavoces, de forma conjunta;
- ii. la Junta de Portavoces; y,
- iii. la Presidencia del Parlamento.

Como fácilmente puede apreciarse, no se contempla de forma expresa la formulación de declaraciones institucionales por parte del Pleno de la Cámara. Dispone el referido precepto, que no contiene precisiones respecto del procedimiento de tramitación, lo que sigue:

«*Artículo 147. Declaraciones institucionales.*

1. *El Parlamento puede hacer declaraciones dirigidas a los ciudadanos con relación a cualquier cuestión de interés de la Generalidad y de los ciudadanos.*
2. *Se llaman declaraciones del Parlamento de Cataluña las acordadas unánimemente por el presidente o presidenta y por la Junta de Portavoces. Estas declaraciones se publican en el Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya y son leídas en sesión plenaria o en la comisión correspondiente, según determine la Mesa.*
3. *Se llaman declaraciones de la Junta de Portavoces las que se acuerdan exclusivamente por mayoría.*
4. *Se llaman declaraciones de la presidencia las que hace el presidente o presidenta desde su responsabilidad y representación.»*

1.5. Su recepción vía resoluciones de la Presidencia: las Cortes de Aragón, el Parlamento de Andalucía y las Cortes de Castilla y León

En los restantes Parlamentos autonómicos, al igual que en el Congreso de los Diputados y en el Senado, no existe previsión reglamentaria.

Ahora bien, dicha laguna ha determinado que, en concreto en tres supuestos, vía resolución de la Presidencia se haya procedido a regular de forma expresa la institución. Así ha ocurrido en los Reglamentos de las Cortes de Aragón, del Parlamento de Andalucía y de las Cortes de Castilla y León.

a.- En el primer supuesto se dictó la Resolución de la Presidencia de las **Cortes de Aragón**, de 14 de diciembre de 1998, sobre la aprobación de declaraciones institucionales por las Cortes de Aragón. Su tenor literal es el que sigue:

«*El procedimiento para la tramitación de las propuestas de declaración institucional que puedan presentarse en la Cámara es una cuestión que siempre ha quedado fuera*

de las disposiciones del Reglamento de las Cortes de Aragón. El carácter esporádico con el que se han dado estas iniciativas, y el hecho de que las materias a las que hacían referencia eran de general aceptación por los Grupos Parlamentarios, ha provocado que se fueran aplicando soluciones puntuales a cada una de ellas, tanto en la actual como en las Legislaturas precedentes.

Sin embargo, la posibilidad de que en ocasiones la admisión de una declaración institucional pueda generar un rechazo total o parcial por alguno de los Grupos Parlamentarios hace conveniente regular en sus aspectos más esenciales la presentación y tramitación de las propuestas de declaraciones institucionales, completando así el acuerdo que sobre esta materia adoptaron la Mesa y Junta de Portavoces en su sesión de 29 de mayo de 1998.

Por todo ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 30.3 del Reglamento de la Cámara, y con el parecer favorable de la Mesa y Junta de Portavoces, expresado en la sesión conjunta celebrada el día 11 de diciembre de 1998, he resuelto lo siguiente:

Primero.- *La Mesa y Junta de Portavoces, a iniciativa del Presidente de la Cámara o de un Grupo Parlamentario, y por acuerdo unánime, podrán elevar al Pleno propuestas de declaración institucional sobre asuntos de interés general para la Comunidad Autónoma de Aragón. Previamente, las propuestas de declaración institucional serán calificadas por la Mesa de las Cortes.*

Segundo.- *En el Pleno se dará lectura a la declaración por el Presidente, y será sometida a votación por asentimiento. Si resulta aprobada, se procederá a su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón.*

Tercero.- *Excepcionalmente, las Comisiones permanentes podrán proponer elevar al Pleno proyectos de declaración institucional, que se someterán igualmente al parecer unánime de la Mesa y Junta de Portavoces.*

Disposición final.- *Esta Resolución se publicará en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón y entrará en vigor el día siguiente al de su publicación.»*

La resolución, conforme su propio tenor precisa, tiene por objeto “el procedimiento para la tramitación de las propuestas de declaración institucional que puedan presentarse en la Cámara [...] cuestión que siempre ha quedado fuera de las disposiciones del Reglamento de las Cortes de Aragón”. Y lo que la resolución dispone es:

- i. La competencia de propuesta es del Presidente de la Cámara o de un Grupo Parlamentario; si bien, “excepcionalmente”, las Comisiones permanentes también pueden proponer elevar al Pleno un proyecto de declaración institucional.
- ii. La competencia de adopción del acuerdo de elevación al Pleno es de la Mesa y de la Junta de Portavoces, por acuerdo unánime.
- iii. La competencia de aprobación de la declaración está reservada al Pleno de la Cámara. El trámite se circunscribe a la lectura de la declaración y el sometimiento a votación de la misma, por asentimiento, procediéndose a su ulterior publicación oficial.

b.- Por su parte, en el **Parlamento de Andalucía** su Boletín Oficial núm. 262, de 22 de junio de 2009, recoge la resolución de su Presidencia

8-09/ACME-000011, de Regulación de las Declaraciones Institucionales del Parlamento de Andalucía, publicada por Orden de 10 de junio.

«Una de las características fundamentales de los Parlamentos democráticos debe ser su conexión permanente con la realidad.

Por su propia esencia, las Cámaras legislativas no pueden limitarse a llevar a cabo su función habitual, que, con ser importante, no completa las exigencias de una sociedad que demanda el criterio de quienes han sido elegidos con sus votos en todas aquellas cuestiones de singular trascendencia para la colectividad. Los Parlamentos tienen entre sus cometidos destacados la expresión de esa voluntad popular en ejercicio de la representación política, sobre todo en aquellos casos en los que están en juego los propios valores en los que se basa nuestra convivencia.

Esta función la ha venido llevando a cabo el Parlamento de Andalucía mediante las denominadas Declaraciones Institucionales, que han contenido habitualmente el pronunciamiento de la Institución ante muy distintos sucesos y eventos.

Parece necesario señalar, en primer lugar, que la Declaración Institucional debe ser fruto de la unanimidad sobre su contenido de los distintos grupos de la Cámara.

En segundo lugar, parece por ello indispensable, para no desvirtuar ni un ápice su sentido e importancia, que venga investida de cierta solemnidad, tanto en el fondo como en la forma.

No cabe duda de que estamos ante un instrumento que cumple su fi, precisamente por su carácter excepcional, ya que la intervención del Parlamento imprime una relevancia que se vería menoscabada incurriendo en la habitualidad o en la improvisación, o más aún, careciendo de un procedimiento que garantice el propio acuerdo que la sustenta y la oportunidad de su adopción.

Debemos esforzarnos por distinguir esta fórmula de las utilizadas por el Parlamento en sus pronunciamientos cotidianos, y trasladar a la sociedad que la propia intervención del Parlamento de Andalucía mediante declaraciones institucionales ya denota de por sí la gran importancia del asunto que aborda.

A ello se une la emisión de un criterio y un posicionamiento sin fisuras, cuando los hechos que se analizan van más allá de las diferentes y legítimas posturas políticas, para situarse en ese terreno en el que todos, con independencia de su ideario, nos vemos afectados.

En su virtud, la Mesa del Parlamento de Andalucía, a fin de ser aplicadas para la elaboración y aprobación de las Declaraciones Institucionales y ante el vacío legal existente en el Reglamento de la Cámara en sesión celebrada el día 9 de junio de 2009, ha aprobado los siguientes puntos:

Primero. *Las Declaraciones Institucionales deberán versar sobre hechos, circunstancias, eventos o esemérides de trascendencia política contrastada, cuya importancia y singularidad permitan al Parlamento de Andalucía emitir un pronunciamiento unánime y que refleje el parecer general de los ciudadanos y ciudadanas de Andalucía a través de sus representantes democráticamente elegidos.*

Segundo. *Las Declaraciones Institucionales podrán proponerse por uno o más grupos de la Cámara. La propuesta podrá ir acompañada de un texto básico o de los criterios a tener en cuenta con respecto a los acontecimientos reseñados.*

Tercero. *La iniciativa se trasladará a la Presidencia para la redacción final de la Declaración Institucional, respetando el fundamento de la propuesta formulada.*

Cuarto. *El texto de la Declaración Institucional, en su redacción definitiva, será llevado por la Presidencia a la Mesa del Parlamento, que tendrá que aprobarla por unanimidad de sus miembros en sesión anterior al comienzo del Pleno en el que deba ser emitida.*

Quinto. *En ningún caso podrá emitirse más de una Declaración Institucional en un mismo Pleno»*

Esta resolución contiene una delimitación conceptual expresa de la figura considerada, a partir de tres parámetros: 1.º las declaraciones institucionales contienen un pronunciamiento unánime de la institución parlamentaria sobre hechos de trascendencia política contrastada; 2.º revisten una cierta solemnidad, tanto en el fondo como en la forma; y 3.º poseen un carácter excepcional.

Por lo que se refiere a su procedimiento de tramitación, la figura está delimitada del siguiente modo:

- i. La competencia de propuesta corresponde a uno o más Grupos Parlamentarios, e irá acompañada de un texto básico o de los criterios a tener en cuenta, dándose traslado de la misma a la Presidencia para su redacción final –que respetará el fundamento de la propuesta–.
- ii. El texto será llevado por la Presidencia a la Mesa, que tendrá que acordar su elevación al Pleno por unanimidad; no interviene, pues, la Junta de Portavoces en este supuesto.
- iii. La competencia de aprobación de la declaración está reservada al Pleno de la Cámara. La resolución prescribe al respecto que, una vez aprobada por la Mesa, la declaración será elevada al Pleno “en el que deba ser emitida”, en el que se requerirá el acuerdo unánime: “*Las Declaraciones Institucionales deberán versar sobre hechos [...] de trascendencia política contrastada, cuya importancia y singularidad permitan al Parlamento de Andalucía emitir un pronunciamiento unánime*”.

c.- Por último, en el Boletín Oficial de las **Cortes de Castilla y León** núm. 268, de 12 de julio de 2013, se publica la Resolución de la Presidencia de las Cortes de 20 de junio anterior, por la que se regulan las Declaraciones Institucionales.

«*El artículo 20 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León atribuye a las Cortes la representación del pueblo castellano y leonés, representatividad que ostentan las Cortes de Castilla y León y sus integrantes, que fundamentalmente, se concreta en las tradicionales funciones y atribuciones del parlamentarismo de nuestro sistema institucional, que se plasman en el propio Estatuto de Autonomía y se desarrollan en el Reglamento de las Cortes como la potestad legislativa, la presupuestaria, el control y el impulso a la acción del Gobierno.*

Funciones tradicionales que expresan las inquietudes y necesidades de los ciudadanos a través de las iniciativas y actuaciones de los diversos grupos políticos en el ámbito de la discusión y negociación parlamentaria. Pero que se ven complementada, en ocasiones, con la existencia de un ámbito de expresión de la voluntad popular referida a algunos valores esenciales para nuestra sociedad en la que confluye el sentir unánime de todas las corrientes ideológicas existentes en las Cortes, y que va más allá del ámbito de la iniciativa parlamentaria y de la discusión política plasmadas ambas en el Reglamento de las Cortes que se han venido denominando, en el ámbito parlamentario, Declaración Institucional.

Se trata de un instrumento de carácter excepcional que sirve para delimitar, solemnemente, un pronunciamiento que ponga de manifiesto el sentir unánime y sin fisuras de todos los integrantes de las Cortes de Castilla y León en torno a situaciones o acontecimientos de actualidad, con la finalidad de trasladarle a la sociedad, más allá de sus inexistentes efectos jurídicos, la trascendencia e importancia de los valores que se pretenden transmitir.

Con el fin de concederle la adecuada relevancia, tanto por su contenido como por el carácter unánime que impulsa a las mismas desde el punto de vista político, es necesario proceder a su regulación con el fin de distinguirlas de las actuaciones cotidianas que en las Cortes se producen.

Un procedimiento que abarque no solo la importancia del asunto que sea objeto de Declaración Institucional que provoca una actuación que supera las diferencias ideológicas y políticas, sino también su solemnidad, y el necesario acuerdo unánime de todos los Grupos Parlamentarios.

En su virtud, esta Presidencia, con el acuerdo favorable de la Mesa y de la Junta de portavoces, ha dictado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28.2 del reglamento de la Cámara, la siguiente

RESOLUCIÓN

Primero. Las Declaraciones Institucionales deberán versar sobre hechos, circunstancias y eventos de trascendencia política contrastada, cuya importancia y singularidad permitan a las Cortes de Castilla y León emitir un pronunciamiento unánime y que refleje el parecer general de los ciudadanos de Castilla y León a través de sus representantes democráticamente elegidos.

Segundo. La iniciativa se trasladará por escrito a la Presidencia con el acuerdo de los portavoces de todos los Grupos parlamentarios. La Presidencia lo propondrá a la Mesa de las Cortes, que tendrá que aprobarla por unanimidad de sus miembros en sesión anterior al comienzo del Pleno.

Tercero. En caso de urgencia, y ante la imposibilidad de que la Presidencia pueda proceder a la convocatoria de la Mesa de las Cortes antes de la celebración del Pleno en el que se va a dar lectura a la Declaración Institucional, será suficiente para la elevación de la misma al Pleno por parte de la Presidencia, el acuerdo unánime de los portavoces de todos los Grupos Parlamentarios.

Cuarto. La Declaración Institucional será leída por la Presidencia en sesión plenaria.

Quinto. Con carácter general, no podrá emitirse más de una Declaración Institucional en un mismo Pleno.»

Dicha resolución guarda una notable sintonía, por lo que respecta a la delimitación de la figura, con la aprobada en el Parlamento de Andalucía, destacando esta segunda que la declaración institucional es “*un ámbito de expresión de la voluntad popular referida a algunos valores esenciales para nuestra sociedad en la que confluye el sentir unánime de todas las corrientes ideológicas existentes en las Cortes, y que va más allá del ámbito de la iniciativa parlamentaria y de la discusión política plasmadas ambas en el Reglamento de las Cortes*”.

Con dicho presupuesto, procedimentalmente:

- i. La competencia de propuesta corresponde, por unanimidad, a todos los Grupos Parlamentarios: “*La iniciativa se trasladará por escrito a la Presidencia con el acuerdo de los portavoces de todos los Grupos parlamentarios*”.
- ii. El texto será llevado por la Presidencia a la Mesa, que tendrá que acordar su elevación al Pleno por unanimidad; en consecuencia, tampoco interviene aquí la Junta de Portavoces, si bien, en caso de urgencia y ante la imposibilidad de convocatoria de la Mesa, será suficiente para la elevación el acuerdo unánime de todos los portavoces.
- iii. La competencia de aprobación de la declaración está reservada al Pleno de la Cámara. La resolución prescribe que la declaración institucional será leída por la Presidencia en sesión plenaria, requiriéndose la unanimidad para su aprobación.

II. UN INTENTO DE CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA: DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LAS DECLARACIONES INSTITUCIONALES

Como puede apreciarse, la disciplina de las declaraciones institucionales, de la que es pionera la Asamblea de Madrid, no es uniforme, aunque sí existen elementos comunes que, en defecto de su tratamiento por la Doctrina científica, nos permiten definir la figura y sus rasgos característicos.

2.1. Definición de declaración institucional

En este orden de ideas, podría tomarse como definición de declaración institucional la que –con una redacción prácticamente idéntica–, ofrecen las resoluciones del Parlamento de Andalucía y de la Cortes de Castilla y León: las declaraciones institucionales deberán versar sobre hechos, circunstancias y eventos de trascendencia política contrastada, cuya importancia y singularidad permitan al Parlamento emitir un pronunciamiento unánime y que refleje el parecer general de los ciudadanos a través de sus representantes democráticamente elegidos.

2.2. Rasgos característicos

Podemos sintetizarlos del siguiente modo:

1.º La **unanimidad** es el primer y fundamental rasgo característico de esta nueva forma de expresión de las instituciones representativas, surgida extra muros del Reglamento parlamentario.

Sólo en el Reglamento de la Asamblea de Madrid se prevé de forma expresa la eventualidad de que la aprobación de la declaración institucional no tenga lugar por unanimidad; previsión que, como se ha afirmado, debe interpretarse en el sentido de que se ha querido contemplar el supuesto de la no conformidad por parte de algún miembro del Grupo Mixto o de los, conforme a la redacción actual, Diputados no adscritos; cuya discrepancia no sería óbice para que la Cámara expresara su solemne voluntad sobre un asunto de interés general de la Comunidad de Madrid.

2.º Junto a la unanimidad, hemos de añadir el **carácter solemne** que es propio de las declaraciones institucionales, lo que determina que la competencia para su aprobación corresponda, como regla, al Pleno de la Cámara; si bien, conforme se ha visto, en la Junta General de Asturias, en el Parlamento de La Rioja, en el Parlamento Vasco y en el Parlamento de Navarra la competencia para su aprobación es de la Junta de Portavoces.

3.º Las declaraciones institucionales contienen un pronunciamiento **no vinculante**.

4.º Y cerraría esta delimitación conceptual **la excepcionalidad de este tipo de pronunciamientos**, reservado a eventos de trascendencia política contrastada, determinados por su importancia y singularidad.

2.3. Procedimiento de tramitación

Por lo que respecta al procedimiento de tramitación de una declaración institucional, aunque hay distintas variantes, el esquema-modelo de sustanciación sería el que sigue:

1.º Formalización de la iniciativa por los sujetos legitimados al efecto, generalmente uno o más Grupos parlamentarios; uno se exige en el artículo 243 del Reglamento de la Asamblea de Madrid.

2.º Consideración por la Mesa –con excepción del Reglamento de la Asamblea de Madrid; y, en defecto de previsión y como quiera que la competencia es de la Junta de Portavoces, de los reglamentos de la Junta General del Principado de Asturias, del Parlamento de La Rioja, del Parlamento Vasco y del Parlamento de Navarra– y, en su caso, por la Junta de Portavoces, a efectos de constatar la concurrencia de unanimidad.

No se prevé, de forma expresa, ningún periodo de enmienda o transacción respecto de la iniciativa en los reglamentos parlamentarios y resoluciones de la Presidencia que regulan la figura, lo que conduce a concluir que

la eventual negociación del texto durante el procedimiento de elaboración y fijación de criterio –en el que, recordemos, no interviene la Mesa de la Asamblea de Madrid– debe tener lugar entre las distintas formaciones políticas, dada la naturaleza institucional de este tipo de declaraciones.

3.º Sustanciación en sesión plenaria, sin debate y circunscrita a la lectura del texto y constatación de la unanimidad mediante el asentimiento a la propuesta de la Presidencia de la Cámara.

No hay, en línea con lo inmediatamente afirmado, previsión expresa de debate sobre la propuesta de declaración en el momento de elaboración de la propuesta y fijación del texto definitivo de la declaración institucional.

Antes al contrario, dicho debate parece excluido, al tratarse de una forma de manifestación de la voluntad de la Cámara que tiende a concretar la unanimidad de los representantes de los ciudadanos y que, como se dice de forma expresa en la resolución de las Cortes de Castilla y León, no responde al “ámbito de la discusión y negociación parlamentaria” que es propio de las iniciativas a través de las que las Cámaras desarrollan su tradicionales funciones: “va más allá del ámbito de la iniciativa parlamentaria y de la discusión política plasmadas ambas en el Reglamento [...]”, pues “Se trata de un instrumento de carácter excepcional que sirve para delimitar, solemnemente, un pronunciamiento que ponga de manifiesto el sentir unánime y sin fisuras de todos los integrantes de las Cortes [...] en torno a situaciones o acontecimientos de actualidad, con la finalidad de trasladarle a la sociedad, más allá de sus inexistentes efectos jurídicos, la trascendencia e importancia de los valores que se pretenden transmitir.”

Dicha exclusión, en algún supuesto, está expresamente afirmada en la considerada fase de elaboración de la propuesta. Sirva de nuevo referirse aquí a la disciplina de las Cortes de Castilla y León, donde se exige que la iniciativa sea trasladada por escrito a la Presidencia, con el acuerdo de los portavoces de todos los Grupos Parlamentarios. Idéntica exclusión del debate establece el Reglamento del Parlamento de Andalucía, donde la iniciativa, acompañada de un texto básico o de los criterios a tener en cuenta para su elaboración, es formalizada en la Presidencia de la Cámara, que será quien procederá a la redacción final del texto que se someterá al Pleno, respetando el fundamento de la propuesta formulada.

No existe tampoco dicha previsión de debate en el supuesto de la Asamblea de Madrid, donde debe ponderarse, en primer lugar, que la Junta de Portavoces conoce de las iniciativas parlamentarias que se le remiten desde la Mesa de la Cámara para que tome conocimiento, sea oída o, en su caso, manifieste su acuerdo favorable. Es en el marco de la consideración de dichas iniciativas en el que se plantean los debates que se desarrollan en el seno de la Junta, de los que queda constancia sucinta en el acta de la sesión. Y, en el supuesto que nos ocupa, de cuanto se ha expuesto se colige que no estamos, en puridad de conceptos, ante una iniciativa parlamentaria –“va más allá del ámbito de la iniciativa parlamentaria y de la discusión política plasmadas ambas en el Reglamento”, como gráficamente se afirma en la resolución de las Cortes de Castilla y León–.

Además de no tratarse de una iniciativa parlamentaria remitida por la Mesa a la Junta de Portavoces para su consideración, es relevante ponderar que se trata de una decisión que adopta la Junta de Portavoces, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 243 del Reglamento de la Asamblea de Madrid, en relación con el artículo 61.3, sin que la misma le sea trasladada desde la Mesa de la Cámara para su consideración –no hay acto previo de calificación y admisión a trámite por el órgano Rector–; y la previsión reglamentaria que habilita la adopción de dicha decisión no parece dar cobertura a un debate sobre los términos de las propuestas que se puedan formalizar por los distintos Grupos parlamentarios. Lo que, además, y permítasenos decirlo, parece abiertamente disfuncional en la operativa de la Junta de Portavoces, que no es un órgano, por su propia composición, llamado a conformar textos. Lo que corresponde a la Junta de Portavoces, a iniciativa de un Grupo Parlamentario y previo acuerdo unánime entre los Portavoces, es decidir la elevación al Pleno de las propuestas de declaración institucionales que se le formulen; en el bien entendido de que dichas propuestas habrán sido previamente consideradas por las distintas formaciones políticas.

Por lo demás, al margen de que, primero, ninguna previsión de debate en el procedimiento de elaboración de la propuesta de declaración en el seno de la Junta de Portavoces se establece en el artículo 243; segundo, no se trata en puridad de conceptos de una iniciativa parlamentaria; y, tercero, no le es remitida la propuesta desde la Mesa para su consideración, es importante retener que la práctica parlamentaria ha consolidado dicha exclusión. A tenor de la misma, son las distintas formaciones las que, a propuesta de un Grupo Parlamentario, debaten sobre un texto de declaración institucional y, permítasenos la expresión, una vez que el mismo “está maduro” el texto se somete a la consideración de la Junta de Portavoces, para que ésta decida su eventual inclusión en una sesión plenaria.

III. CONCLUSIONES

En mérito de cuanto se ha expuesto, pueden formular las siguientes conclusiones:

Primera.- La Asamblea de Madrid fue pionera en la regulación de las declaraciones institucionales, introduciéndolas en su Reglamento, en enero de 1997, como una nueva forma de expresión de la voluntad parlamentaria acerca de asuntos de interés general de la Comunidad de Madrid.

Segunda.- La figura, surgida extra muros de los *interna corporis*, actualmente está afirmada en ocho Reglamentos parlamentarios: además del de la Asamblea de Madrid, los de la Junta General del Principado de Asturias, el Parlamento de La Rioja, el Parlamento del País Vasco, el Parlamento de Navarra, la Asamblea de Extremadura, el Parlamento de Canarias y el Parlamento de Cataluña.

Asimismo, en otros tres supuestos ha sido regulada vía resolución de la Presidencia de la Cámara: las Cortes de Aragón, el Parlamento de Andalucía y las Cortes de Castilla y León.

Tercera.- La normativa reguladora, de la que se ha dejado constancia, permite afirmar una serie de elementos comunes al régimen de las declaraciones institucionales, que se relacionan en defecto de un análisis doctrinal sobre las mismas.

En primer lugar, podríamos definir las declaraciones instituciones affirmando que se trata de una forma de expresión de la voluntad de las Cámaras acerca de hechos de trascendencia política contrastada, cuya importancia y singularidad permitan al Parlamento emitir un pronunciamiento unánime y que refleje el parecer general de los ciudadanos a través de sus representantes democráticamente elegidos.

Segundo, cabría singularizar los siguientes rasgos característicos:

- 1.º La unanimidad de la declaración de voluntad; con la singularidad del supuesto de la Asamblea de Madrid, donde, en defecto de asentimiento a la propuesta de la Presidencia, pueden ser sometidas a votación ordinaria.
- 2.º Su carácter solemne, siendo competencia, como regla, del Pleno de la Cámara, conforme sucede en el caso de la Asamblea de Madrid; aunque oportuno es dejar constancia de que en cuatro reglamentos parlamentarios la competencia es propia de la Junta de Portavoces.
- 3.º Su carácter no vinculante.
- 4.º La excepcionalidad de este tipo de pronunciamientos, reservado a eventos de trascendencia política contrastada, determinados por su importancia y singularidad.

Cuarta.- Respecto del procedimiento de tramitación, el esquema-modelo sería el que sigue:

- 1.º Formalización de la iniciativa por los sujetos legitimados al efecto, generalmente uno o más Grupos parlamentarios.
- 2.º Consideración por la Mesa —que, sin embargo, en el supuesto de la Asamblea de Madrid no participa en el procedimiento de tramitación— y, en su caso, por la Junta de Portavoces, a efectos de constatar la concurrencia de unanimidad.
- 3.º Sustanciación en sesión plenaria, sin debate y circunscrita a la lectura del texto y constatación de la unanimidad mediante el asentimiento a la propuesta de la Presidencia de la Cámara.

No hay, en consecuencia, previsión expresa de debate ni en la fase de elaboración de la propuesta ni en el momento de su consideración en sesión plenaria. Es más, este debate en algunos supuestos está excluido de

forma expresa, al constituir las declaraciones institucionales una forma de manifestación de la voluntad de la Cámara que tiende a concretar la unanimidad de los representantes y que no responde al ámbito de la discusión y negociación parlamentaria que es propio de las iniciativas a través de las que las Cámaras desarrollan su tradicionales funciones.

No existe tampoco dicha previsión en el supuesto de la Asamblea de Madrid, donde debe considerarse: primero, que el artículo 243 del Reglamento de la Asamblea, que es el que atribuye a la Junta de Portavoces esta competencia, nada dispone, dando a entender su tenor literal que no hay previsión de debate ni en el seno de la Junta de Portavoces ni durante el desarrollo de la sesión plenaria; segundo, las declaraciones instituciones no son, en puridad de conceptos, una iniciativa parlamentaria; tercero, la propuesta de declaración no le es remitida a la Junta de Portavoces para que se pronuncie sobre la misma desde la Mesa de la Cámara, sino que el Reglamento prevé que decidirá sobre la inclusión en Pleno de la declaración a iniciativa de un Grupo Parlamentario y por acuerdo unánime; y cuarto, la práctica parlamentaria ha consolidado una interpretación conforme a la cual la Junta se pronuncia sobre la inclusión en Pleno de la propuesta sin debate.

Ander de Blas Galbete*

Herida, muerte y resurrección. Crónica judicial del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. HERIDA.—III. MUERTE.—IV. RESURRECCIÓN.

RESUMEN

A través del presente artículo se quiere ofrecer una visión de conjunto acerca de la situación en la que actualmente se encuentra el planeamiento general de Madrid, tras los sucesivos procesos de impugnación y sentencias anulatorias que han incidido en la última década en su validez y vigencia. Con un enfoque más pragmático que doctrinal, se pretende analizar cual ha sido el efecto pasado y qué consecuencias puede tener en lo sucesivo la anulación del planeamiento general declarada ya en 2003, así como el camino recorrido para recuperar para Madrid un planeamiento general libre de sospecha de nulidad.

PALABRAS CLAVE: Urbanismo, Ejecución de sentencias, Plan General de Ordenación Urbana de Madrid.

ABSTRACT

This article is aimed to provide a general overview of the current situation of the general urban planning of Madrid, after the different judicial procedures that have challenged it and the Court Resolutions that in the last decade have hindered its validity

* Asociado Senior en el Área de Derecho Público Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Profesor Asociado de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Madrid.

and enforceability. With a practical –rather than academic– approach, the purpose of the article is to analyze past effects and possible future consequences of the annulment of the general plan declared in 2003, as well as the process followed in order to recover for Madrid a general plan free of suspicions of nullity.

KEYWORDS: *Planning, Enforcement of Court Resolutions, General Plan of Madrid.*

I. INTRODUCCIÓN

A través de la presente nota se quiere ofrecer una visión de conjunto acerca de la situación en la que actualmente se encuentra el planeamiento general de Madrid, tras los sucesivos procesos de impugnación y sentencias anulatorias que han incidido en la última década en su validez y vigencia.

Con un enfoque más pragmático que doctrinal, se pretende analizar cuál ha sido el efecto pasado y qué consecuencias puede tener en lo sucesivo la anulación del planeamiento general declarada ya en 2003, así como el camino recorrido para recuperar para Madrid un planeamiento general libre de sospecha de nulidad.

Por desbordar el marco de esta nota, no se entrará –más allá, acaso, de alguna reflexión más general que de detalle– en la situación de los distintos ámbitos afectados por la anulación del planeamiento y el modo en que ello ha incidido en sus distintos instrumentos de desarrollo. La complejidad de la cuestión y la variada situación de distintos ámbitos obliga a un análisis de la casuística de cada uno de ellos que no puede ser abordada en un trabajo de estas características.

II. HERIDA

Prescindiendo de antecedentes más remotos, el 17 de abril de 1997, la Consejería de Obras Públicas, Medio Ambiente, Transportes y Urbanismo de la Comunidad de Madrid dictó una Orden por la que se hicieron públicos los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Comunidad relativos a la aprobación de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid. En adelante, por evitar farragosas reiteraciones, el PGOU 1997. Entre (muchos) otros contenidos, a través del PGOU 1997 se llevaba a cabo una reclasificación de suelos hasta entonces clasificados como no urbanizables, especialmente protegidos.

Frente a este acuerdo se interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) mediante sentencia de 27 de febrero de 2003 (RJCA 2003\917). En síntesis, la sentencia acordaba anular la aprobación definitiva de la Revisión del PGOU *en aquellas determinaciones que suponen la desclasificación de terrenos clasificados en el Plan General de 1985 como Suelo No Urbanizable de Especial Protección.*

En otras palabras: anulaba la nueva clasificación como urbanizable de hasta 28 sectores del actual PGOU 97. De manera muy resumida, se anuló la clasificación de estos nuevos suelos por no haberse justificado de manera bastante en la Memoria del PGOU 97 la concurrencia de las condiciones ambientales (la falta de ellas, en realidad) que permitieran esta operación.

Esta sentencia fue recurrida en casación, claro.

En ese momento, se podría haber suscitado una rica discusión acerca de hasta qué punto esta sentencia, no firme, producía no obstante efectos en cuanto al planeamiento de desarrollo e instrumentos de gestión aprobados ya y (sobre todo) a aprobar en lo sucesivo, habida cuenta de la condición del Ayuntamiento de Madrid de parte en el proceso en que se dictó la sentencia anulatoria¹.

Frente a ello, tanto Administración como los operadores privados siguieron con naturalidad el desarrollo del suelo, escudados en la falta de firmeza de la sentencia anulatoria del PGOU. Con ello se fue creando un acervo normativo-urbanístico relativo a la ordenación del suelo y también un estado fáctico: la transformación física, por urbanización, de los suelos afectados.

Al cabo de los años, el Tribunal Supremo (TS) resolvió sobre la casación en marcha. Y aunque su sentencia (de 3 de julio de 2007) dejaba sin efecto la anulación en lo que se refería a las actuaciones de Las Tablas, Montecarmelo, Sanchinarro, Cerro de los Gamos y Camino de los Caleros², en lo sustancial ratificaba la sentencia del TSJM.

Era evidente que esta sentencia iba a tener una ejecución complicada, como en efecto así fue.

¹ Y ello, a su vez, de conformidad con el artículo 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), según el cual *La anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. También se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.*

En aplicación de este precepto tiene señalado la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (entre otras, sentencia de 29 de julio de 2009, RJ 2010/200) que sentencias anulatorias del PGOU despliegan sus efectos anulatorios para el Ayuntamiento (el llamado a aprobar los instrumentos de desarrollo o gestión) aunque no sean firmes: “*basta que estemos ante una “parte afectada” para que sobre la misma puedan proyectarse los efectos de la sentencia anulatoria de un acto o disposición, como hace la sentencia recurrida, al establecer el alcance y las consecuencias que se derivan de la sentencia de nulidad sobre la sentencia ahora impugnada, aplicando una línea de razonamiento conexo entre ambos pronunciamientos. (...) por tanto, los esfuerzos argumentales que realiza la parte recurrente sobre la necesidad de firmeza de la sentencia anulatoria no resultan de aplicación al primer inciso del artículo 72.2 de la LJ caen los términos expuestos. Téngase en cuenta que la firmeza constituye un requisito referido, a los incisos segundo y tercero del citado artículo 72.2, sobre los efectos “erga omnes” de la sentencia estimatoria de recursos interpuestos contra disposiciones generales o en relación con los efectos de la nulidad de un acto administrativo que se proyecten sobre una pluralidad indeterminada de personas, y ello por elementales razones de publicidad de las normas y por la exigencia de la seguridad jurídica. no así, insistimos, respecto de las partes afectadas que, además, fueron partes procesales en el recurso que concluyó en la nulidad del decreto de tanta cita. (...) la sentencia impugnada, en consecuencia, no lesiona lo dispuesto en el artículo 72.2 de nuestra ley jurisdiccional, cuya vulneración se aduce*”.

² Por entender el TS que su clasificación como urbanizable tenía su origen en modificaciones del PGOU de 1985 distintas y anteriores a la Revisión de 1997.

III. MUERTE

Ante la –complicadísima– situación creada por las sentencias, la primera opción de la Administración (Ayuntamiento y Comunidad de Madrid) fue intentar resolver la situación a través de un expediente formal de subsanación. Puesto que el defecto que llevó a la anulación del planeamiento fue la falta de justificación de la desaparición de los valores que en su día motivaron la protección del suelo, pretendió dar cumplimiento a la sentencia mediante la confección a posteriori de una memoria ambiental justificativa con las razones por las se consideraba posible la desclasificación de los terrenos, conservando todos los actos de trámite de la revisión del PGOU 1997 y sin necesidad de tramitar un nuevo expediente completo.

Esta vía se articuló a través de dos acuerdos: (i) del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de 28 de noviembre de 2007, por el que se acordaba la aprobación de la documentación complementaria a la memoria del PGOU de 1997 y (ii) del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 24 de enero de 2008, que aprobó las actuaciones en relación con el PGOU de 1997 y se declaró la eficacia retroactiva de la aprobación de la documentación complementaria, y la conservación de los acuerdos de aprobación definitiva declarados nulos.

Estos acuerdos fueron impugnados. Sintetizando al máximo una tramitación procesal que en realidad es mucho más interesante y llena de contenidos, baste señalar que la vía procesal que se empleó frente a tales acuerdos fue un incidente de ejecución de sentencia y que este incidente fue promovido por un tercero (la Asociación Ecologistas en Acción-CODA) ajeno al recurrente inicial (un concejal del Ayuntamiento de Madrid). Ello llevó que en un primer momento el TSJM le denegara la legitimación activa, mediante auto de 31 de enero de 2008.

Como no podría haber sido de otro modo, este auto fue recurrido en casación. Que se estimó: el 23 de abril de 2010 el TS dictó sentencia en la que, ratificando una línea jurisprudencial de gran generosidad al respecto, reconocía legitimación activa a la asociación promotora del incidente.

De vuelta en el TSJM, el 10 de enero de 2011 esta dictaba nuevo auto por el que, entrando esta vez en el fondo, desestimaba el incidente. Consciente de la dificultad de la aplicación del instituto de la convalidación a una disposición general³ como el PGOU, el TSJM validó los acuerdos recurridos con una fórmula no exenta de ingenio: la (nueva) memoria justificativa, en sí misma, no puede tener efectos retroactivos, sino que se limita a insertarse en el procedimiento de aprobación del PGOU, y sobre la base de esa memoria no retroactiva sino de base objetiva se acuerda la

³ El artículo 67 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Pùblicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) admite únicamente la convalidación de actos administrativos.

conservación⁴ de los actos cuyo vicio consistió, únicamente, en esa falta de memoria:

“Veamos, es cierto que nos encontramos ante una disposición de carácter general de naturaleza reglamentaria, cual ha sido definido por el Tribunal Supremo en reiterada doctrina cuya cita resulta ociosa, lo que, en una lectura rápida, llevaría a la inaplicabilidad del art. 67 de la Ley 30/1992 en cuanto no estamos hablando de actos; pero no es menos cierto que no todo vicio determina la plena nulidad de la disposición, por ejemplo resultaría desproporcionado asimilar las consecuencias de un vicio manifiesto de incompetencia con la omisión de un informe con infracción del art. 43.f) de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, lo que nos llevaría a plantear la solución adoptada por la Administración sobre la base de la aplicación analógica del art. 66 del mismo texto, esto es, la conservación de aquellos actos no viciados .../.... Dicha aplicación analógica podría ser atacada simplemente con la puesta en relevancia del carácter normativo de los planes y su indivisibilidad material, pero ello determinaría un enfoque completamente distinto al sustentado en la demanda. Así, la actuación administrativa ha consistido en formar una memoria, dar efectos retroactivos a la misma, lo que resulta inútil dado que la documentación por sí misma no puede tener efectos retroactivos, y sobre la base de dicha memoria ordenar la conservación de todos los actos en su día viciados por la falta de dicha memoria.

El recurrente ni ataca el contenido de la memoria, por ejemplo, la ausencia de motivación en la reclasificación, ni las implicaciones que sobre el resto de las determinaciones de la revisión del Plan General pueda suponer dicha reclasificación por lo que debe entenderse, a los meros efectos de este litigio, por correcto su contenido.

Por tanto, el Plan General se mantiene incólume por lo que no necesitará de ningún acto de conservación de su aprobación provisional o definitiva y el vicio del que adolecía ha sido subsanado lo que lleva a una conclusión ineludible, el planeamiento derivado no puede ser anulado por los vicios formales a lo que hace alusión la demanda lo que lleva a la desestimación del recurso”.

Mientras tanto, huelga decirlo, se aprobaban instrumentos de desarrollo, de gestión, y el suelo se urbanizaba (y hasta edificaba); se consolidaba en definitiva una situación fáctica y jurídica al margen de la anulación del PGOU de 1997.

El auto de 10 de enero de 2011 fue recurrido en casación y finalmente anulado en virtud de sentencia del TS de 28 de septiembre de 2012, de rotundo contenido. Sin ánimo de llevar a cabo un análisis detallado de la sentencia, lo nuclear de su motivación se resume en su FD 6.º, en el que se dispone que

“Ciertamente cuando se declara judicialmente la nulidad de unas concretas determinaciones del plan general, de algunas de sus normas, la aprobación posterior, en ejecución

⁴ Artículo 66 de la LRJPAC: *El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.*

de sentencia, de una justificación, que pretende paliar esa ausencia de explicación en el procedimiento de elaboración de la disposición general, no puede considerarse que cumple y ejecuta la sentencia que declara la nulidad de una parte del plan general. Así es, no se puede subsanar, enmendar, o convalidar el plan nulo. Tampoco pueden conservarse los acuerdos de aprobación definitiva y otros que se mantienen como si las determinaciones del plan no hubieran sido declaradas nulas de pleno derecho. Y, en fin, no podemos considerar que ese posterior complemento de la justificación para la reclasificación de los terrenos pueda tener un alcance retroactivo para intercalarse en el lugar, dentro del procedimiento administrativo, en el que debió haberse proporcionado.

.../...

De modo que se ha declarado la nulidad de una disposición de carácter general, de una norma de rango reglamentario, pues tal es la naturaleza de los planes de urbanismo, según venimos declarando desde antiguo, pues “el Plan, que tiene una clara naturaleza normativa - sentencias de 7 de febrero de 1987 (RJ 1987, 2750), 17 de octubre de 1988, 9 de mayo de 1989, 6 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8803), 22 de mayo de 1991, etc.”, por todas, STS de 9 de julio de 1991 (RJ 1991, 5737) (recurso de apelación n.º 478 /1989).

Pues bien, nuestro ordenamiento jurídico reserva para las disposiciones generales que hayan vulnerado la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de superior rango, la consecuencia más severa: la nulidad plena, ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246). Y en el caso examinado basta la lectura de la Sentencia del Tribunal Superior y luego de este Tribunal Supremo para constatar que la nulidad se deriva de una flagrante infracción legal.

La sentencia ponía además de manifiesto el gravísimo problema en que se encontraban todos los ámbitos afectados por la sentencia de 2003, por cuanto que la nulidad declarada entonces tiene (y siempre tuvo) carácter *ex tunc*: el PGOU 1997 es nulo desde el momento mismo de su aprobación:

Este grado máximo de invalidez al que se somete a las disposiciones generales comporta que los efectos de la nulidad se producen “ex tunc”, desde el momento inicial y, por ello, no pueden ser posteriormente enmendados. Tampoco advertimos razones para perfilar o ajustar tales efectos, pues la naturaleza del vicio de nulidad apreciado –la desclasificación de terrenos no urbanizables de especial protección que pasan a urbanizables sin justificación en la memoria–, el menoscabo para los derechos de los ciudadanos ante la imposibilidad de cuestionar ese contenido durante la sustanciación del procedimiento de elaboración de la norma, y fundamentalmente los siempre sensibles bienes ambientales concernidos en ese cambio de la clase de suelo, avalan la improcedencia de modular el contundente alcance de la nulidad plena.

Es cierto que la sentencia no declara la nulidad de todo el plan general, sino sólo de algunas determinaciones urbanísticas, de algunas de sus normas, pero esta circunstancia, a que se refiere el auto recurrido, no altera ni priva del carácter de nulidad plena de aquellas que han resultado afectadas por dicho pronunciamiento judicial. La nulidad es de una parte del plan, pero esa parte es nula de pleno derecho, con los efectos propios de esta

categoría de invalidez. De modo que no puede sostenerse con éxito que cuando se declara nula una parte de un texto normativo, y no en su integridad, se diluyan o mermen los efectos de esa nulidad plena.

Del mismo modo, la sentencia cerró la puerta a cualquier otro intento de convalidación o conservación de los instrumentos de desarrollo aprobados tras la anulación del PGOU (FD 7.º):

.../... sobre la conservación y convalidación, hemos señalado que “ no hay conservación ni convalidación de trámites necesarios en la aprobación de un instrumento de ordenación urbanística, dado que se trata de disposiciones de carácter general y la ausencia de requisitos formales, a diferencia de lo que sucede con los actos, acarrea su nulidad radical, según dispone categóricamente el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de manera que no es aplicable lo establecido en los artículos 62.1, 63.2, 64 y 66 de la misma Ley. .../...”

El FD 8.º de la sentencia abunda en esta idea, al disponer que

“La retroactividad de los actos invocada por la Administración para salvar los trámites del procedimiento de elaboración de la disposición general, incluida la aprobación definitiva, no encuentra amparo en la retroactividad que cita el artículo 67.2 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), pues la elaboración de un complemento de la memoria para justificar ahora lo que se debió de justificar al elaborar el plan y cuya ausencia acarreó su nulidad, no puede alterar los efectos de la nulidad plena declarada judicialmente. No puede, en definitiva, servir de cobertura para conservar el procedimiento de elaboración de una norma reglamentaria, incluida su aprobación definitiva, tras la nulidad declarada por sentencia firme de sus normas, la aplicación de la retroactividad de los actos administrativos.

En otras palabras, al socaire de un acto administrativo posterior, de complemento de la memoria, no puede sanarse una nulidad plena que, por la propia naturaleza y caracterización de este tipo de invalidez, no admite subsanación o conservación. Recordemos, en fin, que esa eficacia “ex tunc” antes mentada, impide introducir una justificación sobre el cambio de clasificación que provocó su nulidad y que ahora se pretende enmendar, para evitar, en definitiva, el rigor de los efectos de la nulidad propios de la nulidad plena”.

Unas palabras que anticipan el pronunciamiento de la sentencia acerca de los efectos de la anulación del PGOU 1997 sobre los instrumentos de su desarrollo:

“Los efectos propios de la nulidad plena impiden igualmente que el ordenamiento derivado, planes parciales y de sectorización, puedan tener cobertura en las concretas normas declaradas nulas, como venimos señalando de modo profuso y uniforme en el ámbito urbanístico. En efecto, la nulidad de pleno derecho de la norma de cobertura, es decir, de la norma que es presupuesto necesario de las normas sucesivas derivadas de la misma, acarrea la invalidez de estas, al tratarse de una nulidad “ad initio”.

De este modo, en septiembre de 2012 la situación del urbanismo madrileño era extraordinariamente preocupante. No solo *renacía* la nulidad del PGOU 1997, que parecía haberse olvidado como un mal sueño, sino que existía un pronunciamiento firme que hacía extensiva esta nulidad a todos los instrumentos de desarrollo que se habían venido aprobando a lo largo de más de una década.

IV. RESURRECCIÓN

A la vista de lo anterior, la solución por la que optó el Ayuntamiento de Madrid fue:

- Primero, llevar a cabo un análisis ambiental del suelo afectado (en la actualidad y en 1985 y 1997), para (en sus propias palabras) *identificar para el suelo afectado de cada ámbito su capacidad de cambio de clasificación, en función de sus condiciones y valores ambientales*. En definitiva, una previa labor de análisis ambiental para concretar cuales de los suelos clasificados en el PGOU 1997 (revertidos a su situación de suelo rústico) eran en este momento aptos para su nueva clasificación.
- Tramitar una Revisión Parcial del PGOU de 1985 para volver a completar un modelo urbanístico conjunto para Madrid. No olvidemos que con las sentencias anulatorias se desfiguraba este modelo, compuesto por las determinaciones del PGOU 1997 no anuladas y, por otra parte, por el PGOU de 1985 en lo relativo a todos los ámbitos cuya clasificación había sido anulada. Una mezcla –no querida por el planificador– del modelo de 1985 (en lo que se refiere a estos ámbitos concretos) y el de 1997 (en todo lo no anulado por las sentencias).
- Finalmente, llevar a cabo una Modificación del PGOU de 1997, cuyo objeto era (en esencia) la incorporación al mismo de las determinaciones pormenorizadas que se incluían en los instrumentos de desarrollo que se habían venido aprobando en todos los ámbitos afectados por la sentencia⁵. Con vocación más explicativa que técni-

⁵ Por no complicar en exceso el documento, se deja simplemente apuntado (sin entrar en su valoración detallada) que esta solución vino facilitada por la Disposición Adicional Sexta “Revisio-nes y modificaciones del Plan General” de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, según la cual “*La modificación o revisión del Plan General que hubiera sido declarado parcialmente nulo por sentencia firme se llevará a efecto de conformidad con la legislación vigente al tiempo de la aprobación definitiva de aquél*”.

Lo previsto en el párrafo anterior solo será de aplicación en los casos en que los ámbitos del Plan General declarados nulos hayan contado con Plan de Sectorización o instrumento de desarrollo aprobados. En este caso, tanto el Plan de Sectorización como los instrumentos de desarrollo se regirán por la normativa vigente en el momento en que fueron aprobados”.

Esta previsión plantea sus propios (y no pequeños) problemas de interpretación y aplicación. La solución municipal sobre el marco legal urbanístico temporalmente aplicable consiste en aplicar:

- La legislación estatal del suelo contenida en el Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008 de 28 de junio.

ca: la (Nueva) Modificación del PGOU 1997 recogía como propio el contenido de desarrollo de todos los instrumentos de desarrollo que se debían considerar anulados como consecuencia del *efecto cascada* producido por la anulación del PGOU 1997.

Nos referiremos a esta solución como Revisión 1985/Modificación 1997, que fue aprobada mediante resolución de 1 de agosto de 2013 del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid por la que se acordó aprobar definitivamente la *Revisión Parcial del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1985 y Modificación del Plan General de Madrid de 1997, en los ámbitos afectados por la ejecución de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de febrero de 2003 y del Tribunal Supremo de fechas 3 de julio de 2007 y 28 de septiembre de 2012*.

Junto a ello, junto a la recuperación de una ordenación para el suelo en lo sucesivo, era preciso resolver la situación propia del tiempo intermedio, el tiempo transcurrido desde la aprobación del PGOU 1997 y la Revisión 1985/Modificación 1997; en tanto que (de acuerdo con la sentencia de 28 de septiembre de 2012), tanto el PGOU como sus instrumentos de desarrollo se deben entender nulos desde el momento mismo de su aprobación. Para ello se introdujo una nueva Disposición Transitoria (la séptima) en las Normas Urbanísticas de la Revisión 1985/Modificación 1997, en cuya virtud:

“La Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1985 (PGOUM85) y la Modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997 (PGOUM97) relativa a los suelos afectados por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de febrero de 2003 casadas parcialmente por las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2007, tendrá carácter retroactivo a fecha 20 de abril de 1997, fecha de entrada en vigor del PGOUM97 vigente, extendiéndose sus efectos a todas las actuaciones urbanísticas realizadas al amparo del mismo, que deberán adaptar sus contenidos a lo establecido en la misma”.

De este modo, con el acuerdo de 1 agosto de 2013 quedaba reconstruyendo el planeamiento general de Madrid⁶. Este ha sido recurrido a través de una doble vía:

- En cuanto a las determinaciones del Planeamiento general, la clasificación del suelo y a las determinaciones estructurantes del nuevo Plan General, la legislación autonómica vigente en el año 1997.
- En cuanto a la nueva ordenación pormenorizada de los ámbitos afectados por las Sentencias la normativa autonómica vigente en el momento de aprobación de cada instrumento de desarrollo en su día aprobado (y luego anulado).

No se oculta la discrepancia con este criterio y las dudas sobre su legalidad, que no obstante es el que se recoge en la Revisión 1985/Modificación 1997.

⁶ Como se ha apuntado ya, no se puede entrar en el análisis de cada uno de los ámbitos afectados por la anulación, por la heterogeneidad de las situaciones en que se encontraban en el momento de aprobarse la Revisión 1985/Modificación 1997. Pero sí se entiende oportuno dejar señalada la existencia de graves problemas como consecuencia de la (previa) impugnación autonómica de instrumentos aprobados sobre la base de la normativa anulada, especialmente proyectos de reparcelación.

a) Por una parte, a través de un incidente de ejecución, al amparo del artículo 103.4 de la LJCA⁷, por entender que la Revisión 1985/Modificación 1997 era otra forma (como la abortada por la sentencia del TS de 28 de septiembre de 2012) de aludir los efectos de la anulación a través de una apariencia de cumplimiento. Se trata de un proceso de cognición limitada, en la que no se pueden valorar los posibles defectos autónomos del acuerdo de 1 agosto de 2013, sino circunscrita al análisis de la finalidad defraudadora de la sentencia.

El 6 de febrero de 2014 se dictó Auto por el que se resolvía el incidente. Aunque se estimó la pretensión anulatoria en relación con ciertos instrumentos de planeamiento y gestión (apartado c) del fallo), no se estimó la pretensión principal de anulación de la Revisión 1985/Modificación 1997. Junto a esta decisión principal se declaró la ejecución de la sentencia anulatoria en relación con algunos ámbitos⁸ y, con otros⁹, su imposibilidad de ejecución por haberse producido entre 1997 y 2013 se ha producido la pérdida irrecuperable del valor que los suelos pudieron tener.

Con carácter general, el auto declara que no ha existido voluntad de eludir el cumplimiento de la Sentencia, sino de ejercer *ex novo* la competencia planificadora municipal, sugiriendo que la vía adecuada para la fiscalización del acuerdo es su conocimiento plenario a través de un procedimiento contencioso-administrativo propio.

En cuanto los instrumentos de desarrollo, gestión y ejecución derivados del PGOU 1997 –con la sola excepción de los recogidos en el apartado c) del fallo – el auto no estima la pretensión anulatoria, si bien puntualiza que su validez y eficacia lo es hacia el futuro:

“[sobre la] actuación de tipo material que pueda haber realizado el Ayuntamiento en contra de nuestra Sentencia y que en realidad es sobre la que mayor incidencia ha realizado el ejecutante en sus escritos dado que las peticiones se refieren a actos de

Incluso tras la entrada en vigor de la Revisión 1985/Modificación 1987, los Juzgados han venido anulando estos proyectos de repartelación. Más allá de que el nuevo planeamiento general (con sus determinaciones pormenorizadas) dé una nueva base para volver a aprobar estos proyectos de repartelación, ello plantea enormes dificultades, tanto por la desaparición de las fincas de origen como por el cambio de propietarios consecuencia de transmisiones del suelo.

⁷ *Serán nulos de pleno Derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento.*

⁸ Los terrenos de SNU-PE colindantes a la Cañada Real de las Merinas incluidos en el ámbito UNP 4/04 “Desarrollo del Este-Ensanche de Coslada”; los suelos de especial protección pertenecientes al APE.08.06 “Colonia Mingorrubio”, UNPA.08 “Aravaca-La Escorzonera - Montes del Pilar” y APE.09.20 “Manzanares Norte”; el UNP.04.07 “Remate Suroeste-Campamento”, UNP.04.05 “Desarrollo del Este-San Fernando”, el UNP.04.11. “Fuente Fría Norte”, UNP 04.08 “Aravaca-La Escorzonera-Monte Pilar”, APE 10/08 “Colonia Militar Cuatro Vientos”, UZP 1/04 “Vallecas-La Atalayuela” y APR 10/02 “Instalaciones Militares de Campamento”, y los suelos incluidos en el AOE.OO.O1 “Equipamiento General Valdegrulla” y AOE.OO.02 “Sistema Aeroportuario de Barajas”.

⁹ 1.- UNP 4.01 “Ciudad Aeroportuaria y Parque de Valdebebas”, UZP 3.01 “Desarrollo del Este Valdecarros”; UZP 2.04 “Desarrollo del Este Los Berrocales”; UZP 2.03 “Desarrollo del Este Los Ahijones”; UZP 2.02 Desarrollo del Este Los Cerros; APR 19.04 “La Dehesa”; y APR 17/01 “El Salobral-Nacional IV”.

ejecución de Planes Parciales dictados la mayor parte de ellos, con anterioridad a la Sentencia, es cierto que el documento de revisión tiene como finalidad que “se incorporen las determinaciones que corresponden al grado de desarrollo alcanzado con fecha previa a las sentencias” pero como ha señalado recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2013 (recurso 1003/2011), en relación con la impugnación de una de las disposiciones que afectan al UNP 4.01 “Ciudad Aeroportuaria y Parque de Valdebebas”, “En la parte expositiva del referido acuerdo de 1 de agosto de 2013 se indica que “(...) En relación a aquellos ámbitos de suelo urbano y algunos ámbitos de suelo urbanizable que disponían antes de las sentencias de instrumentos de desarrollo con determinaciones suficientes para permitir posteriormente los actos de gestión y ejecución material correspondientes, se ha establecido en este documento de planeamiento general la ordenación pormenorizada, distinguiéndola materialmente de las determinaciones estructurantes, sin que resulte necesario formular planeamiento de desarrollo posteriormente”. Ahora bien, es claro que tanto las determinaciones estructurantes como la ordenación pormenorizada incorporadas a esa revisión del planeamiento general sólo podrán tener validez y eficacia hacia el futuro, sin que quepa atribuirles -por las mismas razones expuestas en los apartados anteriores- ningún efecto subsanador o de convalidación de actuaciones y disposiciones anteriores que han sido declaradas nulas”.

No es sencillo saber qué quiere decir el auto con esta manifestación ni comprender cómo ha de interpretarse exactamente la Disposición Transitoria Séptima de las Normas Urbanísticas de la Revisión 1985/Modificación 1997¹⁰. Es imposible eludir la sensación de que el TSJM prefiere no entrar a discutir una cuestión complicada (más, con sus antecedentes) y da un tratamiento oblicuo a la retroactividad, limitándose a descartar que esta venga motivada por la finalidad de eludir el cumplimiento de las sentencias anulatorias pero sin explicar su alcance y contenido.

Ello no obstante, la negativa a declarar la nulidad de los actos de ejecución y gestión impugnados implica un cierto reconocimiento de que, más allá de que la nueva ordenación solo despliegue sus efectos hacia el futuro, sí constituye una suerte de marco básico que da continuidad al planeamiento.

En definitiva, la conclusión del auto es que todos los actos de ejecución y gestión recurridos y firmes –por no estar a su vez recurridos con independencia del proceso de ejecución– se han de considerar válidos por haberse dictado antes de que la anulación de la Sentencia alcanzara efectos generales según el artículo 73 de la LJCA¹¹, lo que tuvo lugar con la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2007. Así se puede colegir del FD 5º del auto:

¹⁰ Que, se recuerda, disponía que la Revisión 1985/Modificación 1997 tendrá carácter retroactivo a fecha 20 de abril de 1997, fecha de entrada en vigor del PGOU97 vigente, extendiéndose sus efectos a todas las actuaciones urbanísticas realizadas al amparo del mismo, que deberán adaptar sus contenidos a lo establecido en la misma.

¹¹ Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

“1.- Los efectos de la Sentencia que declara la nulidad de una disposición de carácter general solo acontecen desde que se publique el fallo de la sentencia en el mismo periódico oficial en que hubiera sido publicada previamente la disposición anulada tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2010 (recurso 2458/2009).

2.- Hasta dicho momento todos los actos que quedaron firmes producen sus efectos pero no desde la publicación si se trataran de actos de ejecución de la disposición general anulada.

3.- Nos encontramos ante una sentencia estimatoria que acoge una pretensión anulatoria de una disposición de carácter general y que, en consecuencia, expulsa la misma del Ordenamiento jurídico. Como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de febrero de 2010 (recurso 2843/2008) “Es una sentencia que condena a la Administración o Administraciones autoras de las normas urbanísticas en cuanto anula una disposición general por las mismas dictada. Por ello, el carácter y contenido de la sentencia que nos ocupa en modo alguno impide su ejecución definitiva ---cuando resulte firme--- ni tampoco, ahora, su ejecución de carácter provisional”.

4.- La correcta ejecución de la Sentencia pasa pues tanto por su publicación en el mismo diario en que se realizó la disposición anulada como por la revisión de aquellos actos ejecutados a su amparo cuando, como sucede en autos, se ha ejercido una acción pública urbanística en fase de ejecución (SSTS de 26 de enero de 2005, recurso de casación 6867/2001, y 23 de abril de 2010, recurso de casación 3648/2008, entre otras)”.

Abundando en ello, el Auto valida las licencias de obras¹² concedidas al amparo de los instrumentos luego afectados por la nulidad, que viene a considerar (correctamente, a mi juicio) como manifestación de un acto debido, por cuanto que la Sala no encuentra motivos para *advertir que las concesiones de las licencias a las que se refiere el ejecutante lo hayan sido con la finalidad de eludir el cumplimiento de nuestro fallo sino en la actividad reglada en función de una situación jurídica que ha venido aconteciendo sucesivamente por mor de las decisiones que se han ido adoptando judicialmente.*

En definitiva, y pese a que no se expresa con la exigible precisión, de todo ello parece colegirse que la validez de todos los actos (el auto se refiere a las licencias, último acto de intervención de la Administración en el control del desarrollo y ejecución del suelo) dictados al amparo de los instrumentos aprobados tras la Sentencia pero antes de que esta ganara efectos generales con su publicación serán eficaces en la misma medida en que lo sea el acuerdo de Revisión 1985/Modificación 1997.

Con carácter previo a su casación, este auto fue objeto de recurso de reposición. El recurso fue estimado por el propio TSJM el 10 de junio de 2014 en lo que se refiere a la declaración de imposibilidad de ejecución de sentencia sobre ciertos ámbitos¹³, pero se mantiene incólume en cuanto a la negativa a la anulación de la Revisión 1985/Modificación 1997 o sus instrumentos de desarrollo.

¹² Se insiste, al margen de otros procesos singulares que pueda existir en relación con las mismas.

¹³ Decisión motivada por condicionantes estrictamente procesales, por cuanto que las partes no habían solicitado esta imposibilidad.

A la fecha en la que se escriben estas líneas no ha recaído aún sentencia del TS que resuelva de manera firme la cuestión, que (con todas las incertidumbres propias de este tipo de pronóstico) razonablemente llegará en los primeros meses de 2016. El TS ya ha mostrado con reiteración (y los antecedentes de este proceso son buena prueba de ello) que no le tiembla el pulso con las anulaciones de planeamiento general, por lo que en modo alguno es descartable que el tema nos tenga reservada otra vuelta de tuerca.

b) Por otro lado, mediante recursos contencioso-administrativos directos frente al acuerdo de 1 de agosto. Junto a la vía incidental, y como por otra parte es habitual en la aprobación de todo instrumento de planeamiento general, se han planteado multitud de recursos contencioso-administrativos.

La casuística de estos recursos es amplísima, imposible de abarcar en esta nota, por cuanto que en ellos se conjugan ya los argumentos derivados de la anulación original con los argumentos –llamémosles– *ordinarios* de impugnación, relativos al contenido material propio del plan.

Pese a que consta la existencia de procesos aún no resueltos con aptitud para llevar a la anulación de la Revisión 1985/Modificación 1997, hasta ahora el TSJM ha venido desestimando de manera sistemática los recursos de los que ha conocido. Sin ánimo exhaustivo, la legalidad del nuevo plan ha sido proclamada en sentencias de 20 de febrero, 20 y 30 de marzo, 6 de abril o 20 de julio, todas ellas de 2015. Precedentes en todo caso de alcance limitado, porque se centran fundamentalmente en las cuestiones derivadas de la *solución* de planeamiento empleada y no analizan (no podrían hacerlo) los motivos materiales de impugnación propios de cada proceso, para los que las sentencias citadas no anticipan necesariamente el criterio del TSJM.

En definitiva, la cuestión dista de estar resuelta. Tanto por la pendencia de procesos ante el TSJM como por la falta de una sentencia del TS que zanje la controversia de manera firme. Pero sí es posible decir que a estas alturas las incertidumbres que nos rodean son las *normales*, inherentes a la litigiosidad que invariablemente rodea (y rodeará siempre) al plan general de Madrid.

Algo parecido puede decirse de los instrumentos de desarrollo y gestión de los diferentes ámbitos de Madrid. (A salvo de lo que acabe diciendo el TS y de que se terminen de resolver los recursos que aún están pendientes ante el TSJM) Todos aquellos que no hayan sido recurridos de manera autónoma no están sujetos ya a los vaivenes judiciales del planeamiento general. Y los que hayan sido anulados o se anulen, tienen ya un planeamiento de cobertura que¹⁴ permitirá su nueva aprobación.

¹⁴ Con los matices ya apuntados sobre los proyectos de reparcelación, que plantean muchas más dificultades prácticas.

Juan Calvo Vérgez*

En torno al plazo para interponer la reclamación económico-administrativa y sus consecuencias en materia de prescripción¹

Sumario: RESUMEN.—I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO.—III. A VUELTAS CON EL PLAZO PARA INTERPONER LA RECLAMACIÓN ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA Y SUS CONSECUENCIAS EN MATERIA DE PRESCRIPCIÓN.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar, dentro del procedimiento económico-administrativo, las distintas cuestiones conflictivas que suscita el inicio del mismo y, en particular, la cuestión relativa a la interrupción de la prescripción por la presentación de una reclamación económico-administrativa, debiendo tenerse presente a tal efecto que, con carácter general, produciéndose dicha interposición, y teniendo lugar la paralización del procedimiento en vía económico-administrativa durante más de cuatro años, se producirá la prescripción. Y ello con independencia de que si, habiéndose dictado una liquidación fruto de un procedimiento de comprobación, fuese anulada la misma en vía económico-administrativa por concurrencia de causa de anulabilidad, se interrumpa el plazo de prescripción tanto del procedimiento económico-administrativo como de las

* Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Extremadura.

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “La coordinación fiscal desde la perspectiva del ordenamiento de régimen común” (DER2012-39342-C03-03) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y cuyo Investigador Principal es el Prof. Dr. D. Juan Calvo Vérgez.

actuaciones del procedimiento de comprobación en cuyo seno se hubiera dictado dicha liquidación.

PALABRAS CLAVE: *Procedimiento económico-administrativo, recurso de reposición, reclamación económico-administrativa, inicio, prescripción, interrupción.*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Como es sabido son los arts. 235 a 240 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) los encargados de regular el procedimiento en primera o única instancia, abordándose a continuación en los siguientes el recurso ordinario de alzada y los extraordinarios y, en sus arts. 245 a 248, el llamado procedimiento abreviado ante órganos unipersonales. No obstante con carácter previo al estudio del procedimiento económico-administrativo en única o primera instancia hemos de aludir a la existencia de un conjunto de reglas generales que integran el procedimiento económico-administrativo, a las que se refiere el artículo 234 de la LGT.

En primer lugar, y en cualquiera de sus modalidades, el procedimiento consta de tres fases: iniciación, tramitación y terminación. El procedimiento ha de ser impulsado siempre de oficio, con sujeción a los plazos establecidos en su normativa reguladora, y sin posibilidad de prórroga de sus plazos.

Los actos y resoluciones que afecten a los interesados o pongan término en cualquier instancia a la reclamación deben ser notificados a aquéllos en el domicilio señalado por los mismos o, en su defecto, si no consta alguno, en el domicilio fiscal o por comparecencia en la secretaría del tribunal correspondiente, si dicho domicilio resultase desconocido o no pudiera practicarse la notificación por causa no imputable al Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 50 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Revisión en Vía Administrativa (RGRVA).

Los citados actos y resoluciones han de expresar si los mismos tienen o no carácter definitivo en vía económico-administrativa, así como los recursos que contra los mismos procedan, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para su interposición. En el supuesto de que constara la existencia de varios domicilios, dicha notificación se efectuaría al último de ellos de que se tuviera conocimiento.

¿Qué consideraciones cabe efectuar en relación con el empleo del sistema de notificación por edictos en la vía económico-administrativa? Tal y como afirmó a este respecto el Tribunal Supremo (TS) mediante Sentencia de 28 de junio de 2010 la posibilidad de acudir a la notificación por edictos no constituye una opción para el Tribunal Económico-Administrativo sino que, por el contrario, se configura como un último recurso al que cabe acudir cuando fracasan las notificaciones en el domicilio elegido por el recurrente. En este sentido parece claro que la existencia de una única tentativa frustrada de notificación postal no debe conducir sin más alternativa a aquella que se efectúa a través de anuncios constando además el domicilio

del interesado. Como es sabido el propio Tribunal Constitucional (TC) se ha situado en la misma línea, afirmando que la notificación realizada a través de edictos tiene un carácter supletorio y excepcional, debiendo ser calificada como el último recurso. Únicamente resulta compatible con el artículo 24 de la Constitución (CE) si existe la certeza o, al menos, la convicción razonable, de la imposibilidad de localizar al demandado.

Conviene tener presente además que el procedimiento económico-administrativo no requiere de abogado ni procurador. No obstante, el artículo 232.4 de la LGT contempla la actuación mediante representante, especificando que se exigirá acompañar su acreditación al primer escrito no firmado por el interesado. Y dado que, de conformidad con lo señalado en el artículo 46.2 LGT, la interposición de reclamaciones y su desistimiento tienen la consideración de actuaciones que exigen acreditar la representación, ésta no podrá presumirse. Ahora bien, el acto se tendrá por realizado si se subsana la falta de acreditación en el plazo que, a estos efectos, debe otorgar el Tribunal tras advertir el defecto, estimando la jurisprudencia que procederá la nulidad si se archivan las actuaciones sin advertir el Tribunal del defecto y conceder el plazo de subsanación, el cual queda fijado por el artículo 3.2 del RGRVA en diez días a contar desde el requerimiento.

El procedimiento económico-administrativo constituye además un procedimiento gratuito, salvo que la reclamación o el recurso resulten desestimados y el órgano económico-administrativo aprecie temeridad o mala fe, en cuyo caso podría exigirse al reclamante el pago de las costas del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 51 del Reglamento de Revisión.

La principal característica configuradora del procedimiento en este tipo de recursos tributarios es, sin lugar a dudas, la celeridad en sus actuaciones, así como la extensión de la legitimación, la facilidad y flexibilidad existente a la hora de la constitución de garantías que permitan la suspensión de la ejecución del acto recurrido y la extensión de la actividad revisora.

La celeridad constituye un criterio presente en el conjunto de los procedimientos administrativos, más aún en el ámbito de los recursos tributarios, dado que el conocimiento de la doctrina de los Tribunales Económico-Administrativos puede adquirir un particular interés a la luz de la repetibilidad de numerosos hechos imponibles y de situaciones jurídicas que pueden presentar un concreto interés fiscal. En este sentido todo lo que contribuya a limitar figuras y actuaciones específicamente jurisdiccionales sin merma alguna de las garantías de los interesados favorece el desarrollo del citado criterio de celeridad. La celeridad en la resolución de las reclamaciones contribuye además a atenuar importantes tensiones tales como las derivadas de la suspensión del acto, presentándose como un servicio estimable al principio de eficacia administrativa.

El Reglamento General de Revisión en Vía Administrativa no contiene requisitos, elementos o figuras que obstaculicen dicha celeridad, habiéndose suprimido de hecho la celebración de la vista pública y señalándose diversos plazos que no pueden considerarse excesivos.

¿Cuál puede ser en consecuencia la principal causa del retraso actualmente existente en la resolución de las reclamaciones económico-administrativas? A nuestro juicio la razón de dicho retraso debe buscarse en la complejidad legislativa existente, así como en el inmovilismo de determinadas normas y preceptos que se presentan como un foco constante de divergencias y de insuficiencias administrativas. La falta de celeridad respondería por tanto a razones de carácter político-organizativas y normativas, no procedimentales.

La extensión de la legitimación adquiere un particular interés en estos recursos, dado los intereses contrapuestos que pueden llegar a plantearse en relación con un determinado acto tributario (piénsese por ejemplo en el caso de la concesión de una exención a un competidor del reclamante), los intereses yuxtapuestos eventualmente existentes (por ejemplo, una revisión catastral interesa por igual al propietario de una finca y a determinados arrendatarios de la misma) e incluso los conflictos existentes entre las distintas Administraciones Públicas.

La amplitud del antiguo Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas (RPREA) en este punto posibilitaba atender cualquier situación compleja que pueda llegar a plantearse. Así su artículo 30, después de considerar legitimados a los sujetos pasivos, responsables y a los interventores de la Administración del Estado, extendía esta legitimación a “cualquier otra persona cuyos intereses legítimos resulten afectados por el acto administrativo de gestión”.

Desde nuestro punto de vista este planteamiento hace posible una recepción amplia de situaciones subjetivo-tributarias. De hecho el propio artículo 31 del RPREA permitía la intervención en el procedimiento a interesados que no hubiesen interpuesto la reclamación pero que fuesen “titulares de derechos u ostenten intereses legítimos y personales que puedan resultar directamente afectados por la resolución que hubiera de dictarse, entendiéndose con ellos la subsiguiente tramitación”. Incluso se establecía la carga sobre los tribunales de dar traslado de las actuaciones a tales tribunales si se advirtiese su existencia y no hubiesen comparecido para que aleguen lo que estimen procedente en defensa de sus intereses.

Conviene no obstante precisar que, en la actualidad, la Ley 58/2003 delimita la legitimación de manera tal que resulta derogado lo dispuesto en el RPREA. En efecto, dispone el artículo 232 de la citada Ley que “estarán legitimados para promover las reclamaciones económico-administrativas:

- a) *Los obligados tributarios y los sujetos infractores.*
- b) *Cualquier otra persona cuyos intereses legítimos resulten afectados por el acto o la actuación tributaria”.*

En cambio, y al igual que sucede con el recurso de reposición, precisa el apartado segundo del citado precepto que no están legitimados los funcionarios, salvo en aquellos casos en los que inmediata y directamente se vul-

nere un derecho que, en particular, les esté reconocido o resulten afectados sus intereses legítimos. Y tampoco se hallan legitimados: los particulares que obren por delegación de la Administración o como agentes o mandatarios de ella; los denunciantes; los que asuman obligaciones tributarias en virtud de pacto o contrato; los organismos u órganos que hayan dictado el acto impugnado; y cualquier otra entidad, por el mero hecho de ser destinataria de los fondos gestionados mediante dicho acto.

Ciertamente las dos primeras exclusiones resultan obvias, en aplicación del principio de que la Administración no puede ir contra sus propios actos, salvo en los casos que autorizan a los procedimientos especiales de revisión e incluso, al no poder apreciarse la concurrencia de un interés legítimo, en cuanto personal, en el funcionario o mandatario de la Administración, ya que ni siquiera ésta lo tiene, al no ser la titular privativa del tributo. Más discutible puede resultar, en cambio, el último supuesto, en la medida en que la gestión del tributo puede quedar encomendada a una Administración distinta de su titular o de la destinataria de sus rendimientos, la cual habría de padecer pasivamente las incorrectas actuaciones del gestor del tributo.

Pues bien, a pesar de que en el presente caso parece que la noción de interés legítimo podría concurrir en la Administración afectada por el acto, por contraposición con aquella que se dicta, la LGT hace primar el criterio de unidad de actuación pública frente a los particulares, remitiendo implícitamente a las relaciones entre Administraciones los posibles perjuicios que se causen. A nuestro juicio esta opción legal no está exenta de la posible alegación en su contra de la tutela judicial.

Por otra parte la exclusión de la legitimación de quien asumió obligaciones tributarias en virtud de pacto o contrato ha constituido, tradicionalmente, una consecuencia del principio actualmente recogido en el artículo 17.4 LGT, que impide los efectos ante la Administración de los acuerdos entre particulares relativos a los tributos. Sin embargo ya desde la aparición en su día de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1987 se ha venido considerando la aplicación directa del artículo 24 CE frente a esta restricción de legitimación, manteniéndose la posible apreciación del interés legítimo en quien hace frente al tributo en virtud de la existencia de pacto o contrato, el cual se vería desprotegido si no pudiese reaccionar contra un tributo que va a soportar, y del que puede desentenderse el designado legalmente como obligado, ya que no recaerá de manera definitiva sobre él.

Obsérvese por tanto como, con carácter general, se admite la legitimación de todos los intervinientes o afectados por la aplicación del tributo, y no sólo de los sujetos pasivos o de los sujetos principales de las distintas prestaciones que lo integran. Y, dada la amplitud con la que el artículo 35 de la LGT confiere la cualidad de “obligado tributario”, cualquier sujeto afectado por un deber u obligación o, en su caso, por un derecho, dimensiones todos ellos del tributo, tendrá acceso a la vía económico-administrativa.

A mayor abundamiento, y como criterio genérico que alcanza a quien no goce de ninguna de dichas posiciones subjetivas o a otras que eventual-

mente pudieran llegar a configurar las normas, la letra b) del artículo 232.1 de la LGT reconoce la legitimación a cualquiera que se vea afectado en sus intereses legítimos. A través de esta mención se adscribe la Ley 58/2003 a una corriente flexibilizadora existente en torno a la legitimación que fue impulsada por el TC a partir del artículo 24 CE. Afirmaba concretamente el intérprete supremo de nuestra Constitución, entre otras, en sus Sentencias 60/1982, de 11 de octubre, y 62/1983, de 11 de julio, que el interés legítimo, aun suponiendo una vinculación personal con el acto o resultado de la reclamación, es más amplio que el interés directo que exigido en el seno de la normativa reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. De este modo se procedió a reformular el concepto de “interés legítimo” como aquél que puede verse beneficiado o perjudicado por el ejercicio de la acción o el recurso (STS de 15 de diciembre de 1986), pero manteniéndose como personal y actual, no bastando la concurrencia de un mero interés objetivo a la legalidad ni frente a potenciales o futuros agravios supuestos (STS de 24 de mayo de 1988).

La LGT reconoce además la legitimación a favor de los Directores Generales del Ministerio de Hacienda y de los Directores de Departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) para la interposición del recurso ordinario de alzada (art. 241.3), para el recurso extraordinario de revisión (art. 244.2), para el recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio (art. 242.1), así como a favor del Director General de Tributos en relación con el recurso extraordinario para unificación de doctrina (art. 243.1). Los dos últimos se dirigen a salvar la coherencia de las decisiones de los Tribunales Económico-Administrativos, debiendo respetar su resolución la situación jurídica particular que derive de la resolución recurrida por estas vías. En cambio, la decisión resultante de los dos primeros recursos será plenamente aplicable a los interesados que hubieran obtenido una resolución favorable en primera instancia. Y, al igual que sucede también en el caso de los tributos cedidos, las Comunidades Autónomas (CC.AA.) se hallan legitimadas para recurrir en alzada las resoluciones contrarias en primera instancia sobre tributos cedidos y recargos sobre tributos estatales, tal y como precisa el artículo 241 de la LGT.

A la vista de esta regulación cabe apreciar la existencia de un desequilibrio entre el particular y la Administración en defensa de sus respectivas posiciones. Y es que a la ya inicial presunción de legalidad y de ejecutividad del acto, que impone al particular afectado la carga del recurso y de postular su suspensión, se añade el hecho de que debe interponerlo preceptivamente ante la propia Administración, por mucha independencia funcional que pueda predicarse de los Tribunales Económico-Administrativos. E incluso, si resultase favorecido por la resolución de éstos, su pretensión volvería a ser combatida por los Directores Generales o por las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC). Y todo ello sin que el particular tenga aún acceso a ejercer su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. De ahí que, para admitir la alzada interpuesta por un Director General, deba exigirse un especial rigor en el control de los

plazos, debiendo probarse el momento de notificación a éste de la resolución dictada en primera instancia, y sin que pueda estarse meramente a lo manifestado en el recurso, tal y como declaró el TS en su Sentencia de 26 de abril de 2004.

Finalmente, los apartados tercero y cuarto de la Disposición Adicional 11.^a de la LGT otorgan también legitimación, respecto a las materias contempladas por el precepto, al Interventor General y a sus delegados, en los ámbitos a que se extienda el ejercicio de su función fiscalizadora. Y, habida cuenta de que la Intervención tiene facultades de fiscalización del reconocimiento y la liquidación de créditos y obligaciones de todo tipo, prácticamente cualquier acto de ingreso o de gasto de los recogidos en la citada Disposición Adicional podrá, en su caso, ser reclamado a través de esta vía por la Intervención. Por su parte, sus apartados 5, 6 y 7 también la reconocen los Directores Generales en términos idénticos a los ya indicados.

Tras regular la legitimación, el apartado tercero del artículo 232 LGT aborda la cuestión relativa a la comparecencia de otros interesados, disponiendo que estos podrán personarse en los procedimientos ya iniciados, sin que se retrotraigan estos en ningún caso. Ordena además el citado precepto que, si el Tribunal advirtiese la existencia de interesados distintos del recurrente, deberá ponerlo en su conocimiento, dándoles traslado de las actuaciones y otorgándoles un plazo de quince días para comparecer y formular alegaciones si bien, aunque no lo hicieran, resultarían afectados por la resolución que se dicte, tal y como dispone el artículo 239.5 LGT. Por otra parte, y con dudoso respaldo legal en cuanto al plazo, señala el artículo 38 del RGRVA que, cuando no resulte evidente la legitimación de un posible interesado, se abrirá pieza separada y se darán diez días para alegaciones, tras lo cual resolverá el Tribunal, sin ulterior recurso en esta vía.

Refiriéndose a esta cuestión el Tribunal Constitucional se encargó de precisar, entre otras, en sus Sentencias 68/1985, de 27 de mayo, y 175/1987, de 4 de diciembre, que la falta de audiencia a los interesados adquiere dimensión constitucional y provoca la nulidad de actuaciones por vulneración de lo establecido en el artículo 105.c) CE, si bien no supone la indefensión vetada por el artículo 24 CE, ya que es recurrible en vía judicial. Debido a ello estimamos que no resulta posible alegar contra aquélla en amparo. Asimismo matizó el intérprete supremo de la Constitución en sus Sentencias 141/1987, de 23 de julio, y 150/1986, de 27 de noviembre, que la exigencia de advertencia a los interesados por parte del órgano conocedor del recurso no puede llevarse hasta el extremo de prescindir de la actitud del propio sujeto de manera que, una vez cumplidos los requisitos ordinarios de las notificaciones y emplazamientos, no puede exigirse al órgano una diligencia extraordinaria para conseguir la comparecencia. Debido a ello quien se inhibe en un procedimiento administrativo del que ha sido advertido con total pasividad como medida dilatoria no puede posteriormente postular en el contencioso su nulidad por falta de audiencia, ya que ello perjudicaría la tutela judicial de quien sí ha cumplido con el procedimiento y confía en su resolución.

Especialmente significativa resulta la facilidad y flexibilidad en la constitución de garantías que permitan la suspensión de la ejecución del acto tributario. Téngase presente la constante tensión existente entre la garantía que el recurso supone y su carácter de presupuesto necesario para obtener la tutela judicial efectiva, así como su utilización abusiva para retrasar el pago de la obligación tributaria.

La mera interposición de la reclamación económico-administrativa no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado, salvo que se haya interpuesto previamente un recurso de reposición en el que se haya acordado la suspensión, con aportación de garantías cuyos efectos alcancen a la vía económico-administrativa. Y es que, al amparo de lo establecido en la LGT y en el RGRVA, el principio general es que la reclamación carece de efectos suspensivos. Téngase presente no obstante que hay garantías que suspenden automáticamente la ejecución y otras que deben ser admitidas por el órgano de recaudación correspondiente.

La suspensión automática se producirá si el interesado constituye determinadas garantías, a saber, depósito en dinero efectivo o en valores públicos, aval o fianza de carácter solidario prestada por una entidad financiera o sociedad de garantía recíproca o fianza provisional y solidaria prestada por dos contribuyentes del municipio para débitos de pequeña cuantía (art. 233.2 de la LGT). En suma, estas garantías del apartado segundo del artículo 233 de la Ley 58/2003 son las mismas que las previstas en el artículo 224 de la citada Ley General para el recurso de reposición.

En los dos primeros supuestos (depósito y aval) nos hallamos ante garantías líquidas y de ejecución poco laboriosa, cuyo principal déficit reside en la dificultad que entraña su constitución en caso de iliquidez o su coste, en el supuesto específico del aval. Por su parte en la fianza de dos contribuyentes las ventajas para la Administración desaparecen, razón por la cual se limita dicha garantía a las deudas tributarias de carácter reducido.

La garantía cubrirá el importe del acto en cuestión (es decir, la deuda impugnada), así como los intereses de demora que genere la suspensión y los recargos que pudieran proceder, en los términos que establece el artículo 41 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (RGR).

Como segunda posibilidad se sitúa la aceptación por la Administración de otras garantías tales como hipoteca inmobiliaria omobiliaria, prenda con o sin desplazamiento, compromiso de créditos futuros, etc. En este sentido precisa el apartado tercero del artículo 233 de la LGT que “*cuando el interesado no pueda aportar las garantías necesarias para obtener la suspensión a que se refiere el apartado anterior, se acordará la suspensión previa prestación de otras garantías que se estimen suficientes*”.

Para la aceptación de estas garantías son necesarios varios requisitos. En primer lugar, que el interesado no pueda aportar las garantías denominadas líquidas. En segundo término, que la ejecución cause perjuicios de imposible o difícil reparación, requisito este de difícil justificación que podría permitir lograr una dispensa total o parcial de aquéllas. Finalmente,

debe solicitarse por escrito con la oferta concreta de garantía de que se trate.

Otra posibilidad susceptible de llegar a plantearse es la de la suspensión sin aportación de garantía alguna cuando no pueda ofrecerse y se justifique la probabilidad de perjuicios de imposible o difícil reparación en caso de ejecución de acto. Señala a este respecto el apartado cuarto del artículo 233 LGT que *“podrá suspenderse el acto, con dispensa total o parcial de garantías, cuando su ejecución cause perjuicios de imposible o difícil reparación”*. A nuestro juicio se trata de una solución plausible que se sitúa en la línea del principio de tutela judicial efectiva².

Tanto en el supuesto contemplado en el apartado tercero del artículo 233 LGT como en el contenido en su apartado cuarto, en los que no existe suspensión automática, debe justificarse la no aportación de las garantías que la permiten, pudiendo revisarse la suspensión concedida en el supuesto de que se resultasen alteradas las circunstancias en que se decidió, o bien si perdiesen su valor o efectividad las garantías aportadas o se conociesen bienes o derechos del interesado susceptibles de garantizar el acto y que resultasen desconocidos al tiempo de otorgarse la suspensión.

Son los arts. 39 a 47 del RGRVA los encargados de desarrollar estos extremos, precisando dichos preceptos reglamentarios que los acuerdos sobre suspensión competen al órgano de recaudación, salvo en el supuesto de solicitarse si garantías, que corresponden al tribunal. En este último caso, a la vista de todos estos datos, el tribunal competente para el fondo del asunto resolvería motivadamente. En el supuesto de que se acordase aquélla se entenderá concedida desde la solicitud, siempre y cuando se constituya la garantía ofrecida en el plazo de dos meses a contar desde la concesión de la suspensión; y si se denegase por el órgano recaudador, se plantearía incidente ante el tribunal. En todo caso no se admitirá recurso en vía administrativa contra la resolución, arbitrándose directamente el contencioso. Sin embargo, a nuestro juicio, es discutible que así sea cuando se den los presupuestos necesarios para recurrir sobre el fondo al TEAC. Y es que la discrecionalidad (que en realidad no es tal, a pesar de que lo parezca), no excluye la recurribilidad.

La suspensión de la ejecución del acto impugnado podrá producirse además, sin necesidad de aportar garantía, cuando el tribunal que haya de resolver la reclamación aprecie que, al dictarlo, se ha podido incurrir en un error

² Acerca del alcance de la suspensión pueden consultarse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Murcia de 28 de diciembre de 1995 y de 27 de septiembre de 1995 (esta última en relación con la obligación de resolver por el Tribunal Económico-Administrativo Regional en relación con las garantías no automáticas), del TSJ. de Madrid de 20 de octubre de 1995 y del TSJ. de Navarra de 31 de octubre de 1995, así como las Resoluciones del TEAC de 26 de junio y de 22 de mayo de 1996, con invocación en esta última del principio de tutela judicial efectiva cuando resulte imposible para el interesado obtener garantías suficientes. Por su parte, las SSTS de 28 de mayo y 29 de junio de 2004 declararon la procedencia de la suspensión sin garantías en aquellos casos en los que se recurra una liquidación que haya sido anulada por decisión administrativa previa o por el TEAR en primera instancia, dado que resulta imposible ejecutar un acto que se ha expulsado del mundo jurídico.

aritmético, material o de hecho (apartado quinto del art. 233 LGT). E igualmente cuando se trate de actos que no tengan por objeto una deuda tributaria o una cantidad líquida, siempre y cuando el Tribunal que conozca de la reclamación contra el acto considere también que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. A este respecto será necesario que lo solicite el interesado y que se justifique que su ejecución podría causar daños de imposible o difícil reparación (apartado décimo del art. 233 LGT).

Sin necesidad de prestar garantías, la suspensión de la ejecución del acto impugnado podrá tener lugar cuando se trate de sanciones, y hasta que las mismas resulten firmes en vía administrativa (apartado primero del art. 233 LGT). Y tratándose de un recurso extraordinario de revisión, nunca procederá la suspensión (apartado 11 del art. 233 LGT). Lógicamente, si se recurriese una parte de la deuda tributaria, la suspensión se referiría solo a ella, debiendo ingresarse el resto de la misma (apartado sexto del art. 233 LGT).

En todo caso lo que parece claro es que el perfeccionamiento de este sistema de garantías tiene que venir facilitando el automatismo de las garantías llamadas discretionales, reduciendo el coste de algunas de ellas y buscando la máxima simplificación en la más importante de todas ellas (la hipoteca), suprimiendo al efecto el impuesto que grava su constitución. Incluso consideramos factible la posibilidad de adoptar fórmulas de compromiso de créditos futuros (caso por ejemplo de salarios, pensiones, sueldos o indemnizaciones) que, sin merma alguna de garantías y de agilidad para la Administración, permitan a los interesados efectuar la reclamación sin el coste y la laboriosidad actualmente exigidos.

Debería asimismo considerarse la posibilidad de suprimir la exigencia de garantías en el ámbito del recurso de reposición. No estimamos suficiente el reembolso por parte de la Administración del coste de las garantías, sin perjuicio de que constituya un paso significativo que debe encuadrarse en la línea de lograr una mejor justicia tributaria.

Por lo que respecta a los requisitos subjetivos necesarios para obtener la suspensión con garantía no líquida (que la ejecución cause perjuicios de imposible o difícil reparación) o sin garantía, creemos que deben mantenerse durante todo el procedimiento. Y lo mismo en relación con la suficiencia de garantía. Piénsese que en caso contrario podría llegar a alzarse la suspensión ya acordada, pudiendo exigirse asimismo el complemento de la cobertura debida.

La no exigencia de garantía cuando se recurran las sanciones se proyecta hasta que se adopte la decisión judicial. Y en aquellos casos en los que la deuda tributaria sea declarada improcedente por sentencia o resolución administrativa se procederá al reembolso del coste de las garantías. Téngase presente además que, en los casos de improcedencia parcial, el reembolso alcanzará a la parte correspondiente del coste. En nuestra opinión nos hallamos ante una disposición de carácter desafortunado, ya que un acto jurídico no puede ser susceptible de parcelación jurídica. El rechazo, aunque sea parcial, obliga a la interposición del recurso al administrado y el reembolso debe ser total.

En relación con la duración de la suspensión cabe precisar que, tanto si se hubiese obtenido en la reposición previa como si se acuerda en la vía económico-administrativa, se mantendrá mientras dure la reclamación en todas sus instancias y, en caso de comunicarse a la Administración la interposición de recurso contencioso solicitando la suspensión, se prolongará la misma hasta que el órgano judicial decida sobre ella.

Si por desestimarse la pretensión en todo o en parte hubiera que proceder al ingreso de cantidades, se devengarían intereses de demora por todo el tiempo de la suspensión, salvo por aquellos períodos en los que el órgano administrativo hubiera incurrido en retraso al dictar la resolución más allá de los plazos señalados para adoptarla. Por el contrario, si se anulara total o parcialmente el acto impugnado, procedería el reembolso del coste de las garantías prestadas para obtener la suspensión. Se trata de un derecho formulado por el artículo 33 de la LGT y que se halla ligado de manera indisoluble a la estimación total o parcial de la pretensión anulatoria, por lo que la declaración de improcedencia del acto impugnado debe conllevar la declaración de este derecho, así como del de abono de intereses legales sobre las cantidades a reembolsar fijado por el artículo 33.2 LGT.

El Reglamento General de Revisión en Vía Administrativa de 13 de mayo de 2005 determina el coste de las garantías objeto de reembolso y el procedimiento que debe seguirse al efecto para obtener dicho reintegro en sus arts. 72 a 79. Tal y como dispone el artículo 72 del citado texto reglamentario el ámbito de este procedimiento se extiende al reembolso derivado de cualquier decisión administrativa o judicial anulatoria en todo o en parte del acto revisado. Por su parte los arts. 73 y 74 concretan las garantías cuyo coste ha de reembolsarse, así como los conceptos que lo integran.

Lo cierto es que, al regularse el procedimiento, los arts. 75, 78.2 y 79 del RGRVA lo configuran claramente como declarativo del derecho al reembolso, y no meramente de ejecución del mismo, reservando la competencia para acordarlo al órgano que hubiese dictado el acto anulado. Llama no obstante la atención el hecho de que, tratándose de un derecho directamente asociado por el artículo 33 LGT a la anulación del acto, se imponga al interesado la carga de instar un procedimiento administrativo declarativo del derecho, cuando tanto la resolución administrativa como la judicial pueden y deben declararlo como consecuencia inescindible de la anulación, lo que permitiría además concretar el importe en trámite de ejecución. Y ello máxime cuando, al amparo de lo dispuesto en el citado artículo 33 de la Ley 58/2003, el *petitum* del recurso o de la demanda ya puede postularlo, debiendo pronunciarse el órgano revisor para no incurrir en incongruencia omisiva.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 76 del RGRVA el procedimiento se iniciará a instancia del interesado, que aportará los datos necesarios para determinar los costes, dándosele traslado de la propuesta de resolución para alegaciones, salvo que se base en los propios hechos y datos aportados por el interesado. La resolución ha de adoptarse en el plazo de seis meses a contar desde la solicitud, transcurridos los cuales sin haberse

dictado podrá entenderse desestimada, siendo recurrible por los cauces ordinarios de impugnación.

II. LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO

Con carácter general las distintas fases que integran el procedimiento son las de iniciación, instrucción y resolución. La iniciación puede tener lugar de dos formas diferentes. En primer lugar, mediante un escrito de interposición de la reclamación aislado de cualquier motivación jurídica y en el que es suficiente con hacer constar la identificación subjetiva del recurrente y del acto que se pretende recurrir.

La segunda forma de iniciación consiste en incorporar al escrito de interposición las alegaciones en que el interesado funde su reclamación. En ambos casos, el escrito ha de ser presentado en el plazo improrrogable de un mes hábil a contar desde el siguiente a la notificación del acto impugnado o al día en que se entienda producido el silencio administrativo (art. 235 LGT), si bien en el primer supuesto planteado el plazo para presentar el escrito de alegaciones separado de la interposición debe contarse a partir de la puesta de manifiesto del expediente.

En los supuestos de deudas de vencimiento periódico y notificación colectiva o, más precisamente, cuando el acto recurrible tiene relación con deudas tributarias de cobro por recibo, el plazo se computa a partir del día siguiente al de la finalización del período voluntario de cobranza, pudiendo presentarse los escritos en cualquiera de las formas previstas en el artículo 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC)³. Y en aquellos otros casos en los que se haya presentado recurso de reposición previo a la reclamación que analizamos, deberemos distinguir dos situaciones: si el recurso de reposición hubiese finalizado con una resolución denegatoria expresa, en cuyo caso el plazo será de un mes, tal y como se ha indicado; y si la denegación hubiese sido presunta por transcurrir treinta días sin resolverse, siendo entonces el plazo el mismo a contar desde el momento en que haya que estimar producida ésta, es decir, desde el día siguiente a aquél en que se produzcan los efectos del silencio administrativo. Por último, el plazo de un mes podrá contarse también desde el día en que quede constancia de la realización u omisión de la retención o ingreso a cuenta, de la repercusión que motive la reclamación o de la sustitución derivada de las relaciones entre el sustituto y el contribuyente.

³ Así, por ejemplo, en la STSJ de Murcia de 5 de marzo de 1997 se admitió la interposición de la reclamación mediante escrito presentado en oficina de correos pese a no haberse presentado la documentación principal en sobre abierto y de no haberse estampado en la misma el sello de fechas, estimándose suficiente la entrega del recurso para certificación en una oficina de correos, aunque se presente en sobre cerrado.

En todo caso la fijación de las pretensiones administrativas se realiza con el informe de la oficina administrativa de gestión o con los motivos o fundamentos que hubiesen determinado el acto administrativo, remitiendo una cosa u otra con el expediente.

Tal y como establece el artículo 235 de la LGT el escrito de interposición de la reclamación ha de dirigirse, con carácter general, al órgano administrativo que haya dictado el acto, el cual lo remitirá al Tribunal competente en el plazo de un mes junto con el expediente correspondiente. Por tanto, salvo en el caso de obligaciones entre particulares (en que el escrito se dirigirá al tribunal competente) el mismo habrá de dirigirse al órgano que dictó el acto, pudiendo presentarse, de acuerdo con lo previsto por la legislación administrativa, en la sede de éste y en cualquier otro de los lugares autorizados.

Tradicionalmente la jurisprudencia (caso, entre otras, de las SSTs de 26 de septiembre de 1988 y de 2 de julio de 2002) ha venido subrayando el espíritu antiformalista con que deben apreciarse estos requisitos procesales, interpretándolos en el sentido que resulte más favorable al acceso del recurso. Así, se ha abandonado el rigor que se exigía en relación con la presentación en las oficinas postales admitiéndose que, aun no realizándose en sobre abierto para poder ser sellado el escrito por el funcionario, resulta suficiente el resguardo del certificado dirigido al órgano al objeto de acreditar la presentación. Este mismo espíritu *pro actione* flexibiliza la interpretación del plazo de interposición del recurso en los supuestos de silencio administrativo, o la acreditación y la subsanación de la representación.

De cualquier manera volvemos a insistir en que, tras la presentación del escrito ante el órgano que hubiese dictado el acto, éste lo remitirá al tribunal competente en el plazo de un mes junto con el expediente, al que podrá incorporar un informe si lo considera conveniente. Y, en caso de no remisión del escrito, bastará que el reclamante presente copia sellada del mismo ante el tribunal para que pueda tramitarse la reclamación. Por otra parte, tratándose de reclamaciones relativas a retenciones, ingresos a cuenta, repercusiones, obligaciones de expedir y entregar facturas y relaciones entre el sustituto y el contribuyente, el escrito habrá de dirigirse directamente al Tribunal competente para resolver la reclamación.

En el mismo escrito de interposición, después de identificar con precisión el acto que se pretende impugnar, se ha de pedir que se tenga por interpuesta la reclamación acompañando, siempre que ello resulte posible, fotocopia del documento en que se haya dado traslado del acto administrativo que se impugna o, cuando menos, indicación del expediente en que haya recaído dicho acto. En todo caso identificará al reclamante, el acto recurrido, el tribunal ante el que se interpone y el domicilio para notificaciones. Tratándose de obligaciones entre particulares debe identificarse además a la persona recurrida y su domicilio, adjuntando los antecedentes a disposición del reclamante o en registros públicos. Recuérdese que cualquier defecto u omisión ha de advertirse al interesado para su subsanación.

Asimismo, y como ya se ha precisado, cabe la posibilidad de formular en el mismo escrito las alegaciones que interesen, con aportación de aquellos documentos probatorios o complementarios que se consideren convenientes o, en su caso, proponiendo las pruebas que se estimen oportunas. En tal caso el órgano administrativo que hubiese dictado el acto podrá anular total o parcialmente el acto impugnado antes de la remisión del expediente al Tribunal, siempre que no se hubiera presentado previamente recurso de reposición. En efecto, prevé el artículo 235 de la LGT la posibilidad de que, en el supuesto de que el escrito de interposición contuviera alegaciones, el órgano que lo recibe pueda, en el plazo del mes de que dispone para remitir dicho expediente al tribunal, anular total o parcialmente el acto recurrido, siempre y cuando no se hubiera interpuesto la reposición previa, remitiendo al tribunal el nuevo acto dictado junto con el expediente y el escrito de interposición. En cierta medida podría estimarse que nos hallamos ante una especie de “reposición impropia” cuya regulación suscita numerosas dudas.

Dicha previsión legal es objeto de desarrollo por el artículo 52 del RGRVA, que obliga a remitir también el acuerdo de anulación total o parcial. Dispone el citado precepto que, si el órgano anulase el acto y no dictara otro, habría de notificarlo al interesado, que dispondría de un plazo de quince días para manifestar al tribunal su conformidad o disconformidad, considerándose en este último caso impugnados el acto originario y el de anulación. En cambio, si el órgano anulara el acto y dictase otro sustitutivo, la reclamación se extendería a todos, la cual proseguiría salvo desistimiento expreso. Finalmente, en el supuesto de que el órgano anulara parcialmente el acto, la reclamación abarcaría el acuerdo de anulación y el contenido subsiguiente del acto originario.

En todo caso tendrá lugar la continuación de la reclamación en los términos expuestos, a salvo de lo que resulte de las posteriores alegaciones del reclamante. Nótese sin embargo que ni siquiera se prevé la notificación al interesado en los dos últimos supuestos indicados. Y tampoco se señala de manera expresa que haya de concederse la puesta de manifiesto del expediente que, al amparo de lo previsto en el artículo 236.1 LGT, no procederá si el escrito de interposición contuviese ya alegaciones y no se hubiera efectuado reserva del trámite; y, justamente, la formulación de alegaciones en el escrito inicial constituye el requisito que exige el artículo 235.3 LGT para que el órgano que hubiese dictado el acto pueda actuar de alguna de las formas descritas.

Desde nuestro punto de vista, tanto la competencia del propio órgano que dictó el acto como la identidad del plazo de resolución permiten entender que lo que el legislador ha pretendido ha sido imponer indirectamente el escrito de reposición como previo al económico-administrativo, dando así al órgano gestor la posibilidad de reconsiderar su posición, aunque el sujeto hubiera prescindido de la reposición potestativa para acudir directamente a la vía económico-administrativa. Y es que parece lógico pensar que, si el reclamante modificó el acto de acuerdo con lo que establecen los principios procesales generales, lo que se produce es el surgimiento de una cuestión nueva, al variar el acto recurrido, debiendo entonces notificarse siempre al recurrente y entender preceptivo en estos casos el trámite

de puesta de manifiesto del expediente, con el nuevo acto dictado. En caso contrario se estaría resolviendo un recurso interpuesto por el sujeto sobre un acto distinto del que él recurrió, o incluso sin objeto, si se anuló totalmente, lo que representa un contrasentido jurídico.

Por lo que respecta a la solicitud de suspensión, ésta sigue un curso o procedimiento distinto de la interposición del recurso propiamente dicho, aunque se halle temporalmente vinculada a ella, como es lógico. Así, sólo se podrá presentar en el momento de interponer el recurso o posteriormente, solicitándose en escrito separado ante el Tribunal que conozca de la reclamación, con las alegaciones oportunas y con la descripción física, económica y jurídica de la garantía. Previo informe sobre la suficiencia de ésta por el órgano de recaudación, el Tribunal resolverá motivadamente agotando la vía administrativa. En la actualidad el RGRVA precisa la documentación que debe aportarse con la petición de suspensión.

III. AVUELTAS CON EL PLAZO PARA INTERPONER LA RECLAMACIÓN ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA Y SUS CONSECUENCIAS EN MATERIA DE PRESCRIPCIÓN

Tal y como se ha señalado con anterioridad establece el artículo 235 de la LGT que la reclamación económico-administrativa ha de interponerse en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado. Respecto del cómputo de dicho plazo ha de tenerse presente lo dispuesto en el artículo 48 de la LRJAP-PAC. Y la interpretación de dicho precepto, a tenor de la doctrina elaborada por el propio TS, conduce a entender que los plazos señalados por meses o por años han de computarse de fecha a fecha, lo que significa que el plazo de un mes habrá de computarse desde el día siguiente a la notificación, finalizando el mismo día que el ordinal en que tiene lugar la misma. En efecto, tratándose de plazos de meses el cómputo debe realizarse de fecha a fecha, iniciándose aquél al día siguiente de la notificación del acto y concluyendo el día correlativo a tal notificación en el mes de que se trate. La regla consistente en excluir el primer día únicamente puede aplicarse al plazo señalado por días⁴.

¿Cómo ha de interpretarse la condición de “interesado” a efectos de la interposición de la reclamación económico-administrativa? Habiéndose producido la apertura de la pieza separada prevista al efecto en el artículo 38 del RGRVA para aquellos casos en los que en un procedimiento iniciado se plantee la personación de un interesado⁵ cabría estimar que, por

⁴ Así se encargó de precisarlo, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional (AN) de 1 de diciembre de 2010 y la Resolución del TEAC de 3 de diciembre de 2009.

⁵ Como es sabido señala este precepto reglamentario que “Cuando en el procedimiento se plantea la personación de un posible interesado en virtud de lo previsto en el artículo 232.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y no resulte evidente su derecho, su interés legítimo o que pudiese resultar afectado por la resolución que se dicte, se actuará conforme a lo dispuesto en este artículo mediante la apertura de la correspondiente pieza separada.

ejemplo, el destinatario o repercutido en unas operaciones declaradas sujetas y no exentas en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) a consecuencia de una actuación de comprobación inspectora que culminase en una liquidación reclamada en vía económico-administrativa carecería de dicha condición de “interesado” en el procedimiento ya que, desde la perspectiva de la relación jurídico-tributaria deducida del citado artículo 38 del Real Decreto 520/2005 en conexión con el artículo 232.2 de la Ley 58/2003, el sujeto pasivo de dicha relación jurídica es únicamente el sujeto pasivo de IVA, relación que presenta un carácter independiente de la mantenida con el repercutido el cual, cuando dicha repercusión se practique (al amparo de lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto) podrá hacer valer, con total autonomía, sus derechos mediante la impugnación oportuna del acto de repercusión. Y ello debido a que el artículo 88.6 de la LIVA permite entablar controversias, tanto sobre la procedencia como sobre la cuantía de la repercusión⁶.

Con carácter general el inicio del cómputo del plazo de un mes para la interposición de la reclamación económico-administrativa se producirá desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado, concluyendo el mismo el día cuyo ordinal coincide con el de la notificación. Y, tratándose de la interposición de una reclamación económico-administrativa contra un acto presunto (caso, por ejemplo, de la desestimación presunta de una solicitud de reembolso de coste de avales) el plazo para la interposición de ésta contra la citada desestimación presunta sería de un mes a contar desde el día siguiente a aquél en el que se estimasen producidos los efectos derivados del silencio administrativo los cuales, en el ejemplo planteado (solicitud de reembolso del coste de avales) tendrían lugar por el transcurso de un plazo de seis meses a contar desde la formulación de la solicitud.

Como es sabido los plazos para la interposición de recursos, en aquellos supuestos de desestimación presunta por silencio administrativo, no empiezan a correr si al interesado no se le han notificado los recursos procedentes, así como los plazos y los órganos. Significa ello, por ejemplo, que no podría calificarse como extemporánea la interposición de un recurso ordinario de alzada ante el TEAC contra una desestimación presunta por silencio admi-

Se abrirá un plazo común de alegaciones de 10 días, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la apertura de dicho plazo, respecto de todos los interesados en el procedimiento y respecto de aquel del que no resulta evidente tal condición.

Transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior, el tribunal resolverá lo que proceda en atención a lo alegado y a la documentación que pueda obrar en el expediente.

La resolución que se dicte podrá ser objeto de recurso contencioso-administrativo”.

⁶ A esta cuestión se refirió ya en su día la Resolución del TEAC de 13 de junio de 2007, concluyendo el citado Tribunal que la figura del destinatario o repercutido del IVA no puede tener encaje dentro del concepto de interesado en la reclamación formulada por el sujeto pasivo del Impuesto contra la liquidación que considera sujetas al mismo determinadas operaciones. En opinión del citado Tribunal el destinatario o repercutido en unas operaciones declaradas como sujetas y no exentas de IVA por la Inspección de los Tributos al dictar la oportuna liquidación al sujeto pasivo, que es el que ha reclamado en vía económico-administrativa, no puede personarse como interesado en la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en los citados arts. 232.2 de la LGT y 38 del Reglamento General de Revisión en Vía Administrativa.

nistrativo de una reclamación cuya interposición se hubiese realizado con posterioridad al transcurso del plazo de un mes a contar desde que hubiese finalizado el plazo para resolver de forma expresa, al no haber existido una previa notificación al reclamante de la existencia de dicho plazo para reclamar.

En consecuencia a la hora de determinar la fecha de inicio del plazo para la interposición de reclamaciones y recursos en supuestos de desestimación presunta por silencio administrativo ha de tenerse presente que los plazos para la interposición de recursos, en aquellos supuestos de desestimación presunta por silencio administrativo, no empiezan a correr si al interesado no se le han notificado los recursos procedentes, así como tampoco los plazos y los órganos ante los cuales pueden ser interpuestos. De este modo si se reclama ante el TEAC pudiendo hacerlo ante el TEAR contra una desestimación por silencio en un recurso de reposición pasado el plazo de un mes no creemos que pueda defenderse la existencia de extemporaneidad, al no haberse notificado el plazo para impugnar por silencio. Resulta pues necesaria la notificación de los recursos procedentes⁷.

Dicho plazo para interponer reclamación económica-administrativa no se entiende prorrogado de manera automática hasta el lunes siguiente por el hecho de que Correos no preste servicio de recepción de documentos los sábados por la tarde. Así se encarga de precisarlo el TEAC en su Resolución de 20 de marzo de 2014. A través de esta Resolución analizó el citado Tribunal un concreto supuesto planteado en el que el sábado 13 de agosto de 2011 constituía un día hábil a efectos de la presentación de recursos, defendiendo el TEAC que el *dies ad quem* para la presentación del recurso de reposición en las concretas actuaciones desarrolladas se situaba en el citado sábado 13 de agosto de 2011 y que, en consecuencia, el mismo (el recurso de reposición) resultaba extemporáneo, como acertadamente calificó la Administración Tributaria competente, al haberse presentado tal medio de impugnación en fecha 19 de agosto de 2011⁸. De este modo el TEAC vino a confirmar la declaración de extemporaneidad efectuada por la Administración Tributaria competente y, por ende, a desestimar la reclamación económico-administrativa interpuesta por la entidad, al entenderse que el recurso de reposición presentado por la misma se dirigía contra un

⁷ Véase a este respecto, por ejemplo, la Resolución del TEAC de 18 de abril de 2013, en la que se afirma además que, en caso de impugnación de la desestimación presunta del recurso de reposición, el cómputo del plazo para la interposición de la reclamación económico-administrativa no empezará a correr si al interesado no se le ha notificado los recursos procedentes, plazos y los órganos ante los cuales puedan ser interpuestos, no pudiendo hablarse entonces de la existencia de extemporaneidad.

⁸ El TEAC vino a resolver una reclamación económico-administrativa contra un acuerdo del Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la AEAT que inadmitió por extemporaneidad el recurso de reposición interpuesto contra un acuerdo de imposición de una sanción en materia de contrabando, desestimando la reclamación formulada y señalándose a tal efecto que, cuando el día del vencimiento del plazo para interponer una reclamación económico administrativa o un recurso sea sábado no festivo y por tanto hábil, el plazo no se entiende prorrogado automáticamente hasta el lunes siguiente por el hecho de que Correos no preste servicio de recepción de documentos los sábados por la tarde.

acto firme y consentido y, por tanto, no susceptible de revisión a través de los cauces ordinarios.

Al objeto de fundamentar su decisión el TEAC se remitió además a lo declarado en su día por la AN mediante Sentencia de 14 de enero de 2009, relativa a un supuesto muy similar, y en la que se concluyó que la limitación horaria de los sábados en las oficinas de Correos no impide ni dificulta, por un lado, el ejercicio de la acción en ese día, y, por otro, que la previsión legal de prórroga del artículo 48.3 de la Ley 30/1992, aplicable también en el ámbito tributario, sólo contempla el supuesto de días inhábiles y el sábado no lo es.

Cabe recordar además a este respecto que la Ley 58/2003 amplió de quince días a un mes los plazos de los distintos recursos y reclamaciones, siendo ese plazo más que suficiente para que los interesados hagan valer sus derechos. A resultas de lo anterior, el hecho de que el último día de ese plazo las oficinas de Correos estén abiertas únicamente en horario de mañana no impide ni dificulta el ejercicio de la acción. Siendo los plazos muy breves la flexibilidad en la interpretación ha de ser mayor de acuerdo con el principio constitucional de defensa. Sin embargo, en un plazo de un mes, tal flexibilidad sería contraria al principio de seguridad jurídica, al tratarse de un plazo suficiente para presentar el recurso correspondiente, aun con la limitación horaria de Correos en los sábados.

En aquellos casos de reclamaciones extemporáneas, ¿qué criterio habría que adoptar habiéndose producido una inadmisión improcedente de una reclamación por extemporaneidad en la misma, motivada por el error del órgano económico-administrativo acerca de la fecha de interposición de dicha reclamación? En nuestra opinión, si se hubiese producido un error de hecho susceptible de ser apreciado de los datos obrantes en el expediente administrativo y cuya corrección obligara a modificar de manera sustancial el contenido del acto administrativo dicha rectificación habría de estimarse procedente, aun cuando el recurso de anulación contra la inadmisión se hubiese interpuesto extemporáneamente⁹.

Por otra parte, y por lo que interesa al objeto de nuestro análisis (la interrupción de la prescripción por la presentación de una reclamación económico-administrativa) cabe estimar que, produciéndose dicha interposición, y teniendo lugar la paralización del procedimiento en vía económico-administrativa durante más de cuatro años, se producirá la prescripción, no obstante al efecto la falta de coincidencia de la Administración acreedora del tributo y de la resolutoria de la reclamación económico-administrativa. En este sentido se pronunció la Sentencia del TSJ de Madrid de 2 de noviembre de 2010.

Cuestión distinta será que si, habiéndose dictado una liquidación fruto de un procedimiento de comprobación, resulte anulada la misma en vía económico-administrativa por concurrencia de causa de anulabilidad, se interrumpa el plazo de prescripción tanto del procedimiento económico-

⁹ Véase a tal efecto lo declarado por el TSJ de Cataluña en su Sentencia de 7 de octubre de 2009.

administrativo como de las actuaciones del procedimiento de comprobación en cuyo seno se hubiese dictado la liquidación¹⁰.

Con carácter adicional estimamos que el escrito de ampliación de alegaciones del obligado tributario presentado en el seno de una reclamación económico-administrativa no tendrá efectos interruptivos de la prescripción para determinar la deuda tributaria¹¹. Ciertamente la presentación del escrito de alegaciones en la vía económico administrativa, tras el trámite de puesta de manifiesto, produce el efecto interruptivo del plazo de prescripción iniciado con el escrito de interposición, al integrar la pretensión del recurrente en dicha vía impugnatoria, tratándose además de un acto principal e indispensable de desarrollo de la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase.

Ahora bien, ¿ha de atribuirse el mismo valor a un escrito de ampliación de esas alegaciones que se limita a reproducir, esencialmente, los argumentos esgrimidos en el primero de ellos? Desde nuestro punto de vista parece claro que no debido, no ya solo al hecho de que no tiene encaje en el procedimiento económico-administrativo (lo que podría determinar incluso que se tuviese por no presentado), sino también al hecho de que lo fundamental es que se trate de un acto claramente dirigido a hacer avanzar o impulsar el procedimiento y a producir el cese de la inactividad procedimental. Y ello no sucedería tratándose, por ejemplo, de la presentación de un escrito ampliatorio que no tuviese otra finalidad que la de exponer una serie de resoluciones judiciales presuntamente favorables al recurrente. No cabría por tanto apreciar la concurrencia del efecto interruptivo de la prescripción en dicho escrito ampliatorio de manera que si, en dicho caso, hubiese transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años a contar desde la fecha de presentación del escrito de alegaciones hasta la fecha de notificación de la resolución del Tribunal Económico-Administrativo habría que estimar producida la prescripción tributaria.

¹⁰ Así se encargó de reconocerlo el TEAC mediante Resolución de 20 de diciembre de 2010.

¹¹ En este sentido se pronunció el TS mediante Sentencia de 23 de febrero de 2012 al confirmar la validez de un pronunciamiento que había declarado la nulidad de una Resolución del TEAC que declaraba responsable subsidiario al demandante en la instancia de las deudas tributarias de la sociedad de la que había sido administrador, por considerar que había prescrito tanto el derecho para determinar la deuda tributaria como la acción para exigirla. En el concreto supuesto de autos planteado el Abogado del Estado argumentó la eficacia interruptiva de la prescripción del escrito de “ampliación de alegaciones” presentado por el obligado tributario en el seno de la reclamación económico-administrativa. Sin embargo el Alto Tribunal concluyó, acertadamente a nuestro juicio, que no puede atribuirse tal efecto al escrito presentado, ya que no hace sino reafirmar los argumentos originariamente expuestos, no habiendo proyectado además el TEAC dicho escrito incorporándolo al procedimiento.

IV

CRÓNICA DE ACTIVIDAD

PARLAMENTARIA

Ángeles Nieto Lozano, Santiago Sánchez Fernández
y José María Durán Ramos*

La Actividad Parlamentaria de enero a 8 de junio de 2015 (IX 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 (enero a 8 de junio de 2015-IX Legislatura).—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 noveno período de sesiones la IX Legislatura, que comprende los meses de enero a 8 de junio de 2015.

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

En el noveno período de sesiones (enero/8 junio 2015) se han producido las siguientes modificaciones en cuanto a pérdida y adquisición de la condición de Diputado:

* Jefa de la Sección de Archivo, Jefe del Negociado de Archivo Parlamentario y Jefe del Negociado de Archivo Administrativo de la Asamblea de Madrid, respectivamente.

El **Ilmo. Sr. D. Javier Fernández-Lasquetty Blanc**, del Grupo Parlamentario Popular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.1.e) del Reglamento de la Asamblea, causó baja por renuncia a su condición de Diputado el 7 de enero de 2015 (Acuerdo de Mesa de 12 de enero de 2015, BOAM 223, de 15 de enero de 2015), y fue sustituido por el **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Becerra Redondo**, por renuncia anticipada de D. José de la Uz Pardos, que adquirió la condición de Diputado en la sesión plenaria de 5 de febrero de 2015 (BOAM 227, de 12 de febrero de 2015).

El **Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Barranco Gallardo**, del Grupo Parlamentario Socialista, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.1.e) del Reglamento de la Asamblea, causó baja por renuncia a su condición de Diputado el 29 de enero de 2015 (Acuerdo de Mesa de 2 de febrero de 2015, BOAM 226, de 5 de febrero de 2015), y fue sustituido por la **Ilma. Sra. D.ª Isabel Ardid Jiménez**, del Grupo Parlamentario Socialista, que adquirió la condición de Diputada en la sesión plenaria de 12 de febrero de 2015 (BOAM 228, de 19 de febrero de 2015).

La **Ilma. Sra. D.ª Tania Sánchez Melero**, del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Los Verdes, 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 9 de febrero de 2015 (Acuerdo de Mesa de 16 de febrero de 2015, BOAM 228, de 19 de febrero de 2015), y fue sustituida por el **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Belmonte Gómez**, del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Los Verdes, que adquirió la condición de Diputado en la sesión plenaria de 19 de febrero de 2015 (BOAM 231, de 26 de febrero de 2015).

La **Ilma. Sra. D.ª María Espinosa de la Llave**, del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Los Verdes, 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 9 de febrero de 2015 (Acuerdo de Mesa de 16 de febrero de 2015, BOAM 228, de 19 de febrero de 2015), y fue sustituida por el **Ilmo. Sr. D. Demetrio Eduardo Sánchez Iglesias**, por renuncia anticipada de D.ª Emilia Alonso Serrano, del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Los Verdes, que adquirió la condición de Diputado en la sesión plenaria de 19 de febrero de 2015 (BOAM 231, de 26 de febrero de 2015).

La **Ilma. Sra. D.ª Carmen Menéndez González Palenzuela**, del Grupo Parlamentario Socialista, 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 12 de febrero de 2015 (Acuerdo de Mesa de 16 de febrero de 2015, BOAM 228, de 19 de febrero de 2015), y fue sustituida por el **Ilmo. Sr. D. Óscar José Monterrubio Rodríguez**, del Grupo Parlamentario Socialista, que adquirió la condición de Diputado en la sesión plenaria de 19 de febrero de 2015 (BOAM 231, de 26 de febrero de 2015).

El **Ilmo. Sr. D. Tomás Gómez Franco**, del Grupo Parlamentario Socialista, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.1.e) del Reglamento de la Asamblea, causó baja por renuncia a su condición de Diputado el 13 de febrero de 2015 (Acuerdo de Mesa de 16 de febrero de 2015, BOAM 228, de 19 de febrero de 2015), y fue sustituido por el **Ilma. Sra. D.ª Susana Calvo Capilla**, del Grupo

Parlamentario Socialista, que adquirió la condición de Diputada en la sesión plenaria de 19 de febrero de 2015 (BOAM 231, de 26 de febrero de 2015).

La *Ilma. Sra. D.ª Rosa María Alcalá Chacón*, del Grupo Parlamentario Socialista, 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 13 de febrero de 2015 (Acuerdo de Mesa de 16 de febrero de 2015, BOAM 228, de 19 de febrero de 2015), y fue sustituida por el *Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel González Arjona*, del Grupo Parlamentario Socialista, que adquirió la condición de Diputado en la sesión plenaria de 19 de febrero de 2015 (BOAM 231, de 26 de febrero de 2015).

El *Ilmo. Sr. D. Pedro Núñez Morgades*, del Grupo Parlamentario Popular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.1.e) del Reglamento de la Asamblea, causó baja por renuncia a su condición de Diputado el 9 de marzo de 2015 (Acuerdo de Mesa de 16 de marzo de 2015, BOAM 238, de 23 de marzo de 2015), y fue sustituido por el *Ilma. Sra. D.ª Ascensión Pereira Martín*, del Grupo Parlamentario Popular.

El *Ilmo. Sr. D. Alberto Reyero Zubiri*, del Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.1.e) del Reglamento de la Asamblea, causó baja por renuncia a su condición de Diputado el 13 de abril de 2015 (Acuerdo de Mesa de 30 de abril de 2015, BOAM 241, de 5 de mayo de 2015), y fue sustituido por el *Ilma. Sra. D.ª María Paz Peraita Lechosa*, del Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia.

III. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA

3.1. El Pleno de la Asamblea de Madrid

Se han celebrado 6 sesiones ordinarias desde enero a 8 de marzo de 2015.

A continuación se reseñan las fechas de las sesiones, el número del Diario de Sesiones y de Acta correspondientes.

Sesiones Plenarias

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	N.º de Acta
Febrero	1	05/02/2015	737	2/2015
	2	12/02/2015	744	3/2015
	3	19/02/2015	754	4/2015
	Total sesiones mes de febrero de 2015			
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	N.º de Acta
	1	05/03/2015	763	5/2015
	2	12/03/2015	770	6/2015
	3	18/03/2015	778	7/2015
Total sesiones mes de marzo de 2015.....				3
Total sesiones de enero a marzo de 2015				6

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 ha sido de 43, 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: 04 de julio de 2011 (D.SS número 6, de 04/07/2011)

3.2.1.2. Composición: (BOAM número 7, de 14/07/2011)

Modificaciones en la composición de enero a marzo de 2015:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.P.	–	D. Javier Rodríguez Rodríguez	–	BOAM 224, de 29/01/2015
G.P.	–	D.ª Amparo Valcarce García	–	BOAM 227, de 12/02/2015
G.P.	Designación de D. Javier Rodríguez Rodríguez como Presidente de la Comisión, en sustitución de D. Javier Fernández-Lasquetty Blanc		DSS. 769, de 12/03/2015	BOAM 233, de 05/03/2015
G.S.	Designación de D.ª Isabel Ardid Jiménez como Vicepresidenta de la Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado, en sustitución de D. Modesto Nolla Estrada, por renuncia		DSS. 769, de 12/03/2015	BOAM 233, de 05/03/2015
G.S.	D.ª M.ª Isabel Ardid Jiménez	–	–	BOAM 233, de 05/03/2015
G.S.	Designación de D. Modesto Nolla Estrada, como Portavoz Adjunto del Grupo Parlamentario Socialista, en sustitución de D. Jesús Miguel Dionisio Ballesteros		–	BOAM 233, de 05/03/2015

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	D. SS.
Febrero	1	12/02/2015	743
	Total sesiones mes de febrero de 2015		
	1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	12/03/2015	769
	Total sesiones mes de marzo de 2015		
Total sesiones de enero a marzo de 2015			2

3.2.2. *Comisión de Presidencia y Justicia*

3.2.2.1. Constitución: 04 de julio de 2011 (D.SS. número 8, de 04/07/2011)

3.2.2.2. Composición: (BOAM número 7, de 14/07/2011)

Modificaciones producidas en la composición de enero a marzo de 2015:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.P.	D.ª Isabel Díaz Ayuso	D.ª Belén Prado Sanjurjo	-	BOAM 224, de 29/01/2015
G.P.	Designación de D.ª María Belén Prado Sanjurjo como Secretaria de la Comisión de Presidencia y Justicia, en sustitución de D.ª Ana Abella Álaba		-	BOAM 175, de 30/04/2014
G.S.	Designación de D. Pedro Santín Fernández como Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en la Comisión, en sustitución de Dña. María Encarnación Moya Nieto		-	BOAM 227, de 12/02/2015
G.S.	Designación de D. José Luis García Sánchez como Portavoz Adjunto del Grupo Parlamentario Socialista en la Comisión		-	BOAM 233, de 05/03/2015

3.2.2.3. Sesiones de la Comisión de Presidencia y Justicia

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE PRESIDENCIA Y JUSTICIA

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Febrero	1	03/02/2015	733
	2	17/02/2015	749
	Total sesiones mes de febrero de 2015		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	03/03/2015	759
	2	17/03/2015	775
Total sesiones mes de marzo de 2015			2
Total sesiones de enero a marzo de 2015			4

3.2.3. Comisión de Presupuestos, Economía y Hacienda

3.2.3.1. Constitución: 04 de julio de 2011 (D.SS número 4, de 04/07/2011)

3.2.3.2. Composición: (BOAM número 7, de 14/07/2011)

No se han producido modificaciones en la composición de la Comisión de enero a marzo de 2015.

3.2.3.3. Sesiones de la Comisión de Presupuestos, Economía y Hacienda

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE PRESUPUESTOS, ECONOMÍA Y HACIENDA

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Febrero	1	09/02/2015	740
	2	16/02/2015	746
	Total sesiones mes de febrero de 2015		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	09/03/2015	766
	2	16/03/2015	772
Total sesiones mes de marzo de 2015			2
Total sesiones de enero a marzo de 2015			4

3.2.4. Comisión de Transportes, Infraestructuras y Vivienda

3.2.4.1. Constitución: 04 de julio de 2011 (D.SS número 9, de 04/07/2011)

3.2.4.2. Composición: (BOAM número 7, de 14/07/2011)

Modificaciones producidas en la composición de enero a marzo de 2015:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.S.	D. José Manuel Franco Pardo	D. Óscar Monterrubio Rodríguez	–	BOAM 233, de 05/03/2015
	Designación de D. Eustaquio Jiménez Molero como Portavoz de la Comisión en sustitución de D. José Manuel Franco Pardo.		–	BOAM 233, de 05/03/2015
	Designación de D. Eustaquio Jiménez Molero como Portavoz Adjunto de la Comisión en sustitución de D. Modesto Nolla Estrada Pardo.		–	

3.2.4.3. Sesiones de la Comisión de Transportes, Infraestructuras y Vivienda

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE TRANSPORTES, INFRAESTRUCTURAS Y VIVIENDA

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	06/02/2015	739
	2	20/02/2015	756
Total sesiones mes de febrero de 2015			2
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	21-09-2011	33
	1	04-07-2011	4
Total sesiones mes de marzo de 2015			2
Total sesiones de enero a marzo de 2015			4

3.2.5. Comisión de Educación y Deporte

3.2.5.1. Constitución: 10 de octubre de 2012 (D.SS. número 240, de 10/10/2012)

3.2.5.2. Composición: (BOAM. número 83, de 11/10/2012)

Modificaciones en la composición de enero a marzo de 2015:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.P.	–	D. Javier Rodríguez Rodríguez	–	BOAM 224, de 29/01/2015
G.S.	–	D.ª Amparo Valcarce García	–	BOAM 227, de 12/02/2015
G.P.	Designación de D. Javier Rodríguez Rodríguez como Presidente de la Comisión, en sustitución de D. Javier Fernández-Lasquetty Blanc		12/02/2015	DSS. 743, de 12/02/2015
G.S.	Designación de D.ª Isabel Ardid Jiménez como Vicepresidenta de la Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado, en sustitución de D. Modesto Nolla Estrada, por renuncia		12/03/2015	BOAM 233, de 05/03/2015
G.S.	D.ª M.ª Isabel Ardid Jiménez	–	–	BOAM 233, de 05/03/2015
G.S.	Designación de D. Modesto Nolla Estrada, como Portavoz Adjunto del Grupo Parlamentario Socialista, en sustitución de D. Jesús Miguel Dionisio Ballesteros		–	BOAM 233, de 05/03/2015

3.2.5.3. Sesiones de la Comisión de Educación y Deporte

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE EDUCACIÓN Y DEPORTE

Febrero	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	18/02/2015	750
	Total sesiones mes de febrero de 2015	1	
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	04/03/2015	760
	2	18/03/2015	777
	Total sesiones mes de marzo de 2015	2	
	Total sesiones de enero a marzo de 2015	3	

3.2.6. Comisión de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

3.2.6.1. Constitución: 04 de julio de 2011 (D.SS. número 9, de 04/07/2011)

3.2.6.2. Composición: (BOAM número 7, de 14/07/2011)

Modificaciones producidas en la composición de enero a marzo de 2015:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.S.	Designación de D. Óscar Monterrubio como Vicepresidente de la Comisión, en sustitución de D. Eustaquio Jiménez Molero		16/03/2015	D.SS 773, de 16/03/2015
G.S.	D. Óscar Monterrubio Rodríguez	D. José Manuel Franco Pardo	–	BOAM 233, de 05/03/2015

3.2.6.3. Sesiones de la Comisión de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE MEDIO AMBIENTE
Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

Febrero	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	16/02/2015	747
	Total sesiones mes de febrero de 2015	1	
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	02/03/2015	757
	2	16/03/2015	773
	Total sesiones mes de marzo de 2015	2	
	Total sesiones de enero a marzo de 2015	3	

3.2.7. Comisión de Sanidad

3.2.7.1. Constitución: 04 de julio de 2011 (D.SS número 9, de 04 de julio de 2011)

3.2.7.2. Composición: (BOAM número 7, de 14/07/2011)

No se ha producido modificación en la Comisión de Sanidad en cuanto a su composición de enero a marzo de 2015.

3.2.7.3. Sesiones de la Comisión de Sanidad

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE SANIDAD

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Febrero	1	04/02/2015	735
	2	18/02/2015	751
	Total sesiones mes de febrero de 2015 2		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	04/03/2015	761
	2	18/03/2015	776
	Total sesiones mes de marzo de 2015 2		
	Total sesiones de enero a marzo de 2015 4		

3.2.8. Comisión de Asuntos Sociales

3.2.8.1. Constitución: 04 de julio de 2011 (D.SS número 9, de 04/07/2011)

3.2.8.2. Composición: (BOAM número 7, de 14/07/2011)

Modificaciones producidas en la composición de enero a marzo de 2015:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.P.	D. José María de Federico Corral	D.ª Belén Prado Sanjurjo	–	BOAM 224, de 29/01/2015

3.2.8.3. Sesiones de la Comisión de Asuntos Sociales

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE ASUNTOS SOCIALES

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Febrero	1	03/02/2015	732
	2	17/02/2015	748
	Total sesiones mes de febrero de 2015		2
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	03/03/2015	758
	2	17/03/2015	774
	Total sesiones mes de marzo de 2015		2
Total sesiones de enero a marzo de 2015			4

3.2.9. Comisión de Empleo, Turismo y Cultura

3.2.9.1. Constitución: 10 de octubre de 2012 (DSS. número 240, de 10/10/2012)

3.2.9.2. Composición: (BOAM. número 83, de 11/10/2012)

Modificaciones producidas en la composición de enero a marzo de 2015:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.S.	D. Miguel Ángel González Arjona	–	–	BOAM 233, de 05/03/2015
G.S.	Designación de D.ª Josefa Navarro Lanchas como Portavoz en sustitución de D.ª María Encarnación Moya Nieto Designación de D.ª María Encarnación Moya Nieto como Portavoz Adjunto en sustitución de D.ª Josefa Navarro Lanchas	–	–	BOAM 233, de 05/03/2015

3.2.9.3. Sesiones de la Comisión de Empleo, Turismo y Cultura

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE EMPLEO, TURISMO Y CULTURA

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Febrero	1	11/02/2015	742
	2	18/02/2015	752
	Total sesiones mes de febrero de 2015 2		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	11/03/2015	768
	Total sesiones mes de marzo de 2015 1		
Total sesiones de enero a marzo de 2015 3			

3.2.10. Comisión de Mujer

3.2.10.1. Constitución: 4 de julio de 2011 (DSS. número 9, de 04/07/2011)

3.2.10.2. Composición: (BOAM número 7, de 14/07/2011)

Modificaciones producidas en la composición de enero a marzo de 2015:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.S.	M.ª Isabel Ardid Jiménez	D.ª M.ª Teresa González Ausín	–	BOAM 233, de 05/03/2015

3.2.10.3. Sesiones de la Comisión de Mujer

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE MUJER

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Febrero	1	13/02/2015	745
	Total sesiones mes de febrero de 2015 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Marzo	1	06/03/2015	764
	2	20/03/2015	779
	Total sesiones mes de marzo de 2015 2		
Total sesiones de enero a marzo de 2015 3			

3.2.11. Comisión de Juventud

3.2.11.1. Constitución: 4 de julio de 2011 (DSS. número 15, de 04/07/2011)

3.2.11.2. Composición: (BOAM número 7, de 14/07/2011)

Modificaciones producidas en la composición de enero a marzo de 2015:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.I.U.	Designación de D. Demetrio Eduardo Sánchez Iglesias como Portavoz del Grupo Parlamentario Izquierda Unida en la Comisión, en sustitución de D.ª Tania Sánchez Melero		–	BOAM 231, de 26/02/2015
G.S.	Designación de D.ª Julia Martínez Torales como Vicepresidenta de la Comisión, en sustitución de D.ª Josefa Navarro Lanchas		13/03/2015	D.SS 771, de 13/03/2015 BOAM 238, de 23/03/2015

3.2.11.3. Sesiones de la Comisión de Juventud

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE JUVENTUD

Febrero	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	06/02/2015	738
	2	20/02/2015	755
	Total sesiones mes de febrero de 2015		2
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	13/03/2015	771
	Total sesiones mes de marzo de 2015		1
	Total sesiones de enero a marzo de 2015		3

COMISIONES PERMANENTES NO LEGISLATIVAS

3.2.12. Comisión de Vigilancia de las Contrataciones

3.2.12.1. Constitución: 4 de julio de 2011 (D.SS número 16, de 04/07/2011)

3.2.12.2. Composición: (BOAM número 7, de 14/07/2011)

Modificaciones producidas en la composición de enero a marzo de 2015:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.I.U.	Designación de D. Juan Miguel Belmonte Gómez como Portavoz del G.P. de Izquierda Unida, en sustitución D. Demetrio Eduardo Sánchez Iglesias Designación de D. Demetrio Eduardo Sánchez Iglesias como Portavoz Adjunto del G.P. de Izquierda Unida, en sustitución de D. Juan Miguel Belmonte		—	BOAM 233, de 05/03/2015

3.2.12.3. Sesiones de la Comisión de Vigilancia de las Contrataciones

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE VIGILANCIA DE LAS CONTRATACIONES

Febrero	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	05/02/2015	736
	Total sesiones mes de febrero de 2015		1
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	05/03/2015	762
	Total sesiones mes de marzo de 2015		1
Total sesiones de enero a marzo de 2015			2

3.2.13. Comisión de Control del Ente Público Radio Televisión Madrid

3.2.13.1. Constitución: 04 de julio de 2011 (DSS número 16, de 04/07/2011)

3.2.13.2. Composición: (BOAM número 7, de 14/07/2011)

Modificaciones producidas en la composición de enero a marzo de 2015:

No se han producido modificaciones en la Comisión de Control del Ente Público Radio Televisión Madrid de enero a marzo de 2015.

3.2.13.3. 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	D. SS.
Febrero	1	19/02/2015	753
Total sesiones mes de febrero de 2015			1
Total sesiones de enero a marzo de 2015			1

3.2.14. *Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad*

3.2.14.1. Constitución: 04 de julio de 2011 (DSS número 17, de 04/07/2011)

3.2.14.2. Composición: (BOAM número 7, de 14/07/2011)

No se han producido modificaciones en la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad de enero a marzo de 2015.

3.2.14.3. Sesiones de la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN PARA LAS POLÍTICAS INTEGRALES DE LA
DISCAPACIDAD

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Febrero	1	10/02/2015	741
Total sesiones mes de febrero de 2015			1
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	10/03/2015	767
Total sesiones mes de marzo de 2015			1
Total sesiones de enero a marzo de 2015			2

COMISIONES NO PERMANENTES

3.2.15. *Comisión de Estudio sobre la posible reforma electoral en la Comunidad de Madrid*

3.2.15.1. Constitución: sesión plenaria de 20 de junio de 2013 (DSS. número 430, de 20/06/2013, BOAM 126, de 20/06/2013)

3.2.15.2. Composición: (BOAM número 127, de 27/06/2013)

No se han producido modificaciones en la composición de enero a marzo de 2015.

3.3. La Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid

3.3.1. *Designación de miembros: Sesión plenaria de 29 de junio de 2011 (D.SS número 3, de 29-06-2011)*

3.3.2. *Composición: BOAM número 5, de 7 de julio de 2011*

No se han producido modificaciones en la composición de la diputación Permanente de enero a 8 de junio de 2015.

3.3.3. *Sesiones de la Diputación Permanente*

Sesiones de la Diputación Permanente

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	N.º de Acta
Enero	1	28/01/2015	731	1/2015
Total sesiones mes de enero de 2015				1
Total sesiones de enero a 8 de junio de 2015				1

3.4. La Mesa de la Asamblea de Madrid

3.4.1. *Sesión constitutiva de 7 de junio de 2011: Elección de los miembros de la Mesa de la Asamblea (D.SS número 1, de 7 de junio de 2011)*

3.4.2. *Composición de la Mesa de la Asamblea de julio a diciembre de 2014*

Presidente:	D. José Ignacio Echeverría Echániz (G.P.P.)
Vicepresidente Primero:	D. Jacobo Ramón Beltrán Pedreira (G.P.P.)
Vicepresidente Segundo:	D. Juan Antonio Barranco Gallardo (G.P.S.)
Vicepresidente Tercero:	D. Antero Ruiz López (G.PIU.)
Secretaria Primera:	D.ª M.ª Isabel Redondo Alcaide (G.P.P.)
Secretario Segundo:	D. Enrique Normand de la Sotilla (G.P.UPyD)
Secretario Tercero:	D. Carlos González Pereira (G.P.P.)

Modificaciones producidas en la composición de enero a junio de 2015:

Sesión plenaria de 05/02/2015 (D.SS 737, de 05/02/2015, BOAM 228, de 19/02/2015)

- D.^a Amparo Valcarce García sustituye a D. Juan Antonio Barranco Gallardo como Vicepresidenta Segunda de la Mesa

3.4.3. Sesiones de la Mesa de la Asamblea

Sesiones de la Mesa

	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
Enero	1	12/01/2015	1/2015
	2	26/01/2015	2/2015
	3	27/01/2015	3/2015
	Total sesiones mes de enero de 2015		
Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	01-07-2011	3/2011
	2	11-07-2011	1/2011
	3	12-07-2011	2/2011
	4	15-07-2011	3/2011
	5	19-07-2011	1/2011
Total sesiones mes de febrero de 2015			5
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	06-09-2011	3/2011
	2	08-09-2011	1/2011
	3	13-09-2011	2/2011
	4	14-09-2011	3/2011
	5	26-09-2011	1/2011
Total sesiones mes de marzo de 2015			5
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	03-10-2011	1/2011
	2	10-10-2011	2/2011
	Total sesiones mes de abril de 2015		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	02-11-2011	3/2011
	Total sesiones mes de mayo de 2015		
Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	05-12-2011	3/2011
	Total sesiones mes de junio de 2015		
Total sesiones de enero a 8 de junio de 2015			17

3.5. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid

3.5.1. Composición de la Junta de Portavoces

No se han producido modificaciones en la composición de la Junta de Portavoces en el período de enero a 8 de junio de 2015.

3.5.2. Sesiones de la Junta de Portavoces

Sesiones de la Junta de Portavoces

	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
Enero	1	27/01/2015	1/2015
Total sesiones mes de enero de 2015			1
Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	03/02/2015	2/2015
	2	10/02/2015	3/2015
	3	17/02/2015	4/2015
	4	24/02/2015	5/2015
Total sesiones mes de febrero de 2015			4
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	03/03/2015	6/2015
	2	10/03/2015	7/2015
	3	17/03/2015	8/2015
Total sesiones mes de marzo de 2015			3
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	17/04/2015	9/2015
Total sesiones mes de abril de 2015			1
Total sesiones de enero a 8 de junio de 2015			9

IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA CÁMARA

4.1. Relación de Leyes aprobadas

Durante el noveno período de sesiones de la IX Legislatura (enero/8 junio 2015), se han aprobado las siguientes leyes:

[LEY 1/2015, de 24 de febrero]. **ORIGEN:** PROYECTO DE LEY 2/2014, del Voluntariado en la Comunidad de Madrid.

BOAM 230 de 23/02/2015, **BOCM** 52 de 03/03/2015, **BOE** 132 de 14/02/2015.

[LEY 2/2015, de 10 de marzo]. **ORIGEN:** PROYECTO DE LEY 1/2015, de acceso al Entorno de Personas con Discapacidad que Precisan el Acompañamiento de Perros de Asistencia.

BOAM 235 de 09/03/2015, **BOCM** 61 de 13/03/2015, **BOE** 132 de 03/06/2015.

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 noveno período de sesiones (enero/8 junio 2015) de la IX Legislatura, así como su estado de tramitación al finalizar el período de sesiones.

Período: de enero a 8 de junio de 2015

Iniciativas	Presentadas	Pendientes	Tramitadas	Decatadas	No Admitidas	Transformadas	Retiradas
Proyectos de Ley	1	—	1	—	—	—	—
Proposiciones de ley	1	—	—	1	—	—	—
Proposiciones no de ley	Pleno: 20 Comisión: 13	—	Aprob.: 8 — Pleno: 8	Aprob.: 8 — Comisión: 5	Rechaz.: 5 — Comisión: 5	14	8
Interpelaciones	35	—	13	—	—	—	—
Mociones	4	—	3	1	—	—	—
Comparecencias	3	—	Aprob.:— — Pleno: 3	Rechaz.: 3 — Comisión: 3	— — Pleno: 10	—	—
P. Orales Pleno	141	—	— — Pleno: 10	— — Comisión: 34	— — Comisión: 34	26	—
P. Orales Comisión	198	—	— — Pleno: 44	— — Comisión: 95	— — 86	71	—
Preguntas Escritas	262	—	— — Pleno: 62	— — Comisión: 91	— — 105	193	15
P. de Información	212	—	— — Pleno: 175	— — Comisión: 487	— — 703	5	4
Total	1.274	—	— — Pleno: 487	— — Comisión: 703	— — 76	— — 4	4
Comunicación de Gobierno: 61							

El cuadro resumen que se expresa a continuación recoge las iniciativas parlamentarias presentadas por Autores.

Período: de enero a 8 de junio de 2015

Autor	Función Legislativa			Función de Dirección o Impulso Político			Función de Control			Total
	Proyectos de Ley	Proposiciones de Ley	Mociones no de Ley	Preguntas orales en Pleno	Preguntas orales en Comisión	Preguntas Escritas	Intervenciones	Comparecencias	Peticiones de Información	
G.P. Popular	—	—	—	36	62	—	—	12	—	110
G.P. Socialista	—	1	13	3	52	75	37	4	52	276
G.P. Izquierda Unida	—	—	9	—	54	33	70	—	45	22
G.P. UPyD	—	—	13	—	56	92	105	—	31	119
Gobierno	1	—	—	—	—	—	—	—	1	2
Total	1	1	35	3	198	262	212	4	141	417
										1274

Comunicación de Gobierno: 61

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 noveno período de sesiones de la IX Legislatura, y que suman un total de 1274 iniciativas.

GRÁFICO PORCENTUAL DE INICIATIVAS

Presentadas: 1274

Período: de enero a 8 de junio de 2015

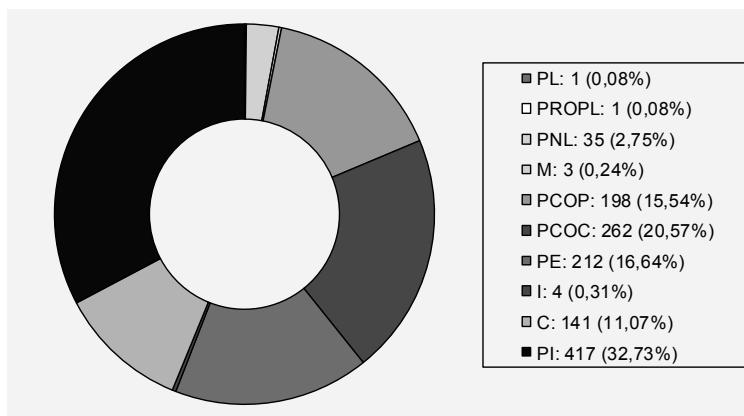
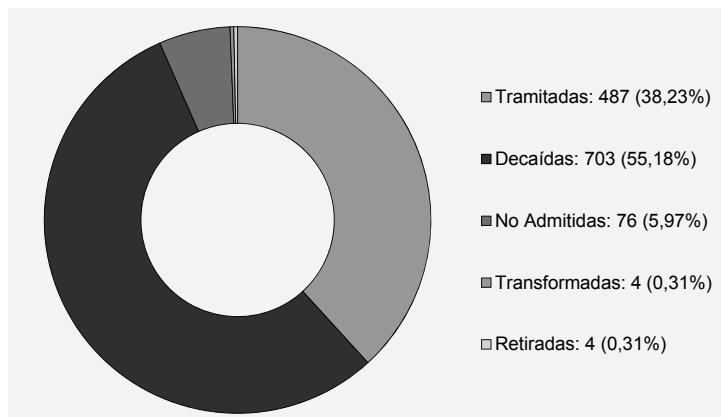


GRÁFICO PORCENTUAL POR TRAMITACIÓN

Presentadas: 1274

Período: de enero a 8 de junio de 2015



V

RECENSIONES

Raquel Marañón Gómez*

**Pendás, Benigno:
Democracias inquietas,
una defensa activa de la España Constitucional**
Ediciones Nobel, junio 2015, 304 pp.

La obra que se presenta “Democracias inquietas, una defensa activa de la España Constitucional” publicada por Ediciones Nobel tiene la firma de Benigno Pendás, actual Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Consejero de Estado que tiene una dilatada carrera profesional como Letrado de las Cortes y como Catedrático de Ciencia Política que le ha llevado a coronar muchas cimas, una de estas últimas su ingreso como miembro de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Escritor incansable y ensayista reputado, es precisamente éste el género que aquí cultiva. Con *Democracias inquietas*, obra que aquí presentamos, obtuvo el Premio Internacional de Ensayo Jovellanos 2015.

A través de sus casi trescientas páginas, el autor da buena muestra de su extensa cultura en las letras y en las ciencias sociales y jurídicas que se muestra en las numerosas citas de intelectuales, literatos y académicos que aderezan la obra. En el título de la obra se perfilan ya las intenciones del autor: Una defensa activa de la España Constitucional en unos tiempos convulsos, inquietos, lo que apellida al manido término de la Democracia.

El libro se estructura en dos grandes partes rotuladas *Protagonistas* y *Antagonistas* que se ven intercalados por un *excursus* maquiaveliano, autor éste de gran agrado de Pendás cuya obra ha estudiado a conciencia desde un punto de vista científico y del que dice que mientras exista el honroso oficio académico que consiste en pensar sobre la política, Nicolo Machiavelli es el único artista que nunca dejará el escenario.

La enumeración de los protagonistas encierra un auténtico diagnóstico de la situación actual: intelectuales ofuscados, políticos desconcentrados, parlamentos relegados, jueces presionados y medios asfixiados.

De igual modo en el mundo del disenso nos muestra las fracturas del presente en la parte dedicada a los antagonismos.

* Secretaria General de la Asamblea de Madrid.

Estos antagonismos discurren entre los binomios Estado contra imperios, ciudadanos contra pueblos, clase media contra todos, ideas contra ocurrencias y en definitiva la Democracia contra sí misma.

Entre las recetas que adivina el lector a intuir entre las reflexiones que el autor nos presenta, escrutamos también consignas interesantes para la ciudadanía en general y para el lector tales como el deber de poner freno a los bárbaros cuyo camino no es otro que defender con rigor las propias convicciones desde el respeto y la tolerancia hacia el adversario, acotando los excesos a través de la modestia y el sentido común.

El político que sirva al objetivo propuesto por Pendás, ha de ser un hombre buscador de la verdad, con cualidades de alto nivel pero reunidas en un ingrediente esencial: la intuición histórica que ejercita la política de las ideas, capaz de interpretar el presente para ofrecer soluciones de futuro.

El Parlamento ya no es un santuario de la Ley como dice el autor pero tampoco encuentra legítimo que se le trate como un trasto inservible aun reconociendo que la institución posee un encaje no exento de dificultad en el mundo postmoderno. El autor aboga por mantener una conciencia sensata en el Parlamento como institución capaz todavía de ofrecer muchos y buenos servicios a la Democracia constitucional si bien habrá que desarrollar los elementos que atraen la atención de los ciudadanos: grandes debates políticos, con formato ágil y competitivo, exposición de opciones alternativas sobre proyectos de ley, comisiones que funcionen con celeridad y rigor. Aborda el autor el problema de la politización de la justicia y el correctivo no es otro que elegir los mejores pues los mejores, a juicio de Pendás, son siempre más independientes, incluso al margen del origen ideológico, la sabiduría, la *autoritas* inspira respeto.

Aboga por dotar a los órganos jurisdiccionales de un sistema eficaz de asesoramiento técnico o reforzar la preparación de los jueces en materias tan complejas como ingeniería financiera, ciberdelitos o blanqueo de capitales que están en la base de muchas de las macrocausas judiciales del presente.

Pendás llama la atención sobre la lucha entre los tradicionales y actuales medios de comunicación y pone de manifiesto que la sociedad actual posee un exceso de información, una saturación de comunicación que no permite asimilar la actualidad que circula sin límites de espacio ni tiempo y que al ser la atención un bien escaso consigue el efecto contrario al deseado y no es otro que la noticia pasa desapercibida y que el expone como que no hay nada más anticuado que el *trending topic* de ayer.

La diagnosis de los problemas presentes muestra una realidad con desigualdad creciente entre países ricos y pobres, con problemas demográficos, de inmigración y marcado por las secuelas multiculturales así como una respuesta científica al calentamiento global.

El punto débil son las desigualdades que no permiten ser optimistas en exceso y que a juicio del autor son una bomba de relojería desde el punto de vista social.

A Europa la dibuja infeliz, bajo sospecha recíproca de sus miembros y porque se ve obligado a ser lo que no es ni puede llegar a ser. Estado Unidos es y seguirá siendo la potencia del siglo XXI pero éste será con toda probabilidad el “siglo de Asia” y África, en particular el África subsahariana, es la gran perdedora de la globalización de la que surge el catálogo universal de la infamia, con pandemias, guerra y hambre.

Reflexiona el autor sobre el Islam y el terrorismo islamista, denunciando la falacia de identificar la parte con el todo pero afirmando igualmente que la sharia convertida en fuente de legitimidad política conduce directamente al autoritarismo.

Si esa es a grandes rasgos la descripción de la geopolítica actual, que resumo en estas líneas pero sobre la cual el autor reflexiona intensamente en *Democracias Inquietas*, a nivel social destaca la coincidencia de unas clases medias al alza en los países emergentes y otras a la baja, en las economías desarrolladas que sufren las secuelas de la crisis y sus efectos negativos sobre el bienestar. En relación con esto último destaca Pendás que toda sociedad en crisis es víctima potencial para que el populismo, que califica de enemigo contemporáneo de la democracia constitucional, arraigue, porque tiende a situar a las instituciones en el límite de su resistencia y desvirtúa sus señas de identidad.

Destaca cómo los ciudadanos y concreta en las clases medias, son realistas por experiencia propia y muy sensibles a las propuestas sobre una democracia eficiente, es decir, que resuelve problemas reales y no crea problemas artificiales. Le irrita especialmente la corrupción sin duda por razones éticas pero también porque para ellos no hay escapatoria en materia fiscal o de seguros sociales ni opciones para buscar fuentes alternativas por vía de la economía sumergida. Por ello reciben con gusto el mensaje de austeridad y la ejemplaridad, el ahorro en los gastos superfluos, el sacrificio del gobernante que trabaja al servicio del interés general cuando perciben que es sincero y se traduce en medidas concretas y cuantificables.

Lejos por tanto de la retórica incierta, la democracia busca la legitimidad en el terreno de los hechos y como indica el autor cuando no hay proyectos atractivos aparece la demagogia capaz de utilizar muchos disfraces.

El malestar social considera Pendás puede curarse con mucho esfuerzo y más sentido común. Para ello no hay que idealizar el pasado, ni dramatizar el presente ni hipotecar el futuro.

En este ingente esfuerzo el pesimismo es estéril porque en el fondo es una fórmula para eludir responsabilidades y ha de ser el sosiego el que presida la tarea.

El gran reto es la educación y la formación en valores que forjen ciudadanos libres, instruidos en las mejores virtudes que son además los virtuales de los mejores: entre otras: sentido de la responsabilidad, austeridad, pulcritud y rigor intelectual, elegancia en el lenguaje, decoro en el comportamiento, respeto y comprensión hacia los demás, fidelidad a las personas y a las convicciones, objetividad en el análisis de los problemas, sentido común y razón práctica para resolverlos; admiración crítica hacia nuestra historia,

incluyendo el disfrute del patrimonio cultural y la naturaleza. Siempre, y en todo caso, búsqueda de la excelencia, reconocimiento de la autocrítica y desprecio hasta la ostentación pretenciosa de la riqueza o el poder.

Es preciso recompensar el mérito y el trabajo bien hecho, reconocer el esfuerzo, premiar a los mejores y despejar su camino de los jugadores de ventajas.

Pendás reclama una sabia pedagogía de las virtudes públicas, no sólo con la palabra sino también con el ejemplo; invitando al lector a mantener los principios con firmeza y buscar los consensos con perseverancia.

Son muchas las cuestiones que el autor aborda, siembra la semilla de la reflexión en el lector y aunque dice que el escritor atribulado “anda ya escaso de fuerzas” no nos cabe duda que la perseverancia que posee y la necesidad de compartir su sabiduría, al servicio de los demás, hará que en breve continúe el debate apasionante que en esta obra inaugura.

Luis de la Peña Rodríguez*

Ónega, Fernando:
Puedo prometer y prometo. Mis años con Adolfo Suárez
Ed. Plaza&Janés, Barcelona, 2013, 330 pp.

I

Esta es una obra en la que se recogen los recuerdos y opiniones de un gran periodista, como es Fernando Ónega, durante el período en el que trabajó con Adolfo Suárez, en su época de Presidente del Gobierno de España. Se suele decir que las cosas no son como fueron sino cómo se las recuerda. El fenómeno también se produce en este caso. Desde el primer momento, Ónega precisa que en el libro predomina el cariño del aldeano metido a escribidor, como él mismo lo resume, con modestia. Estos rasgos no impiden que el resultado del trabajo sea sumamente ameno y enriquecedor para los lectores.

Por tanto, quien decida sumergirse en estas páginas no debe esperar la sesuda biografía o la clásica obra de historia de la Transición. Es algo diferente, que pretende recoger la experiencia vital de su autor, unida a sus reflexiones sobre un período tan relevante de la historia de España como es el comprendido entre los años 1976 a 1981, bajo la Presidencia de Suárez.

Por lo demás, conviene subrayar que el libro aborda esos años fascinantes y esperanzadores, que han sido consignados con la denominación de Transición. En la actualidad, este período es sometido a una severa crítica, en ocasiones, demoledora, entre otros motivos, porque se le atribuye buena parte de los males presentes de España. En particular, los que se refieren a la articulación territorial y la organización del Estado. Se olvida que cualquier obra humana, en particular, las políticas, debe ser actualizada, reformada y, en su caso, cambiada. La Transición sirvió para el objetivo fundamental de transformar España y superar la dictadura, para convertirse en una democracia europea y moderna. En nuestra historia nunca se ha vivido un período tan largo de paz, libertad y prosperidad. Este es un dato básico que, por sí mismo, debiera llevar a repensar, seriamente, antes de formular juicios por la incapacidad del modelo para resolver los problemas del presente. Han

* Letrado de las Cortes Generales.

transcurrido muchos años desde entonces. La responsabilidad de nuestros aciertos y males se debe, en gran medida, a quienes han ejercido los poderes públicos en España durante estas décadas.

En otro orden de consideraciones, el trabajo de Fernando Ónega pone de relieve que la transición ni fue el resultado de una planificación previa, de laboratorio, ni fue tampoco una mera improvisación de sus impulsores. Estaba claro el objetivo final: el establecimiento de un régimen democrático. El camino y las actuaciones no se encontraban en ningún manual. Así se demuestra cuando se repasan las reformas emprendidas por Suárez y los ritmos de las mismas. En esta trayectoria se hubo de hacer frente a avatares sobrevenidos, de índole muy diversa. El mérito de Adolfo Suárez consistió en ir sorteando estas circunstancias y adaptándose a ellas, para alcanzar la meta deseada, con unos costes asumibles para la sociedad española.

II

En primer lugar, Fernando Ónega se refiere a la designación de Suárez como Presidente del Gobierno por el Rey, en sustitución de Arias Navarro. Ciertamente, hay una coincidencia general al resaltar la sorpresa y las dudas que sembró esta opción. El contexto aconsejaba, desde luego, la sustitución de un Presidente que había comenzado su mandato con la célebre expresión de *“sin prisa, pero sin pausa”* y se había quedado tan solo en la primera parte de la expresión, con una parsimonia que amenazaba con descarrilar el impulso reformista. No obstante, la designación de Suárez resultó polémica por otras razones. En este sentido, se consideraba que era un político demasiado joven y que resultaría incapaz de abordar un proceso complejo hacia la democracia. Además, se estimaba que Suárez era una persona excesivamente significada con el régimen franquista. En efecto, había sido Gobernador Civil, Director General de RTVE y Ministro Secretario General del Movimiento. Ahora bien, los hechos demostraron que, como el propio Suárez afirmaba, él era en el momento de acceder a la Presidencia del Gobierno, un chusquero de la política que conocía a la perfección los entramados y las cocinas del poder político español, pese a su juventud. La formación práctica recibida le resultó de enorme utilidad para culminar este proceso.

Las críticas recibidas se podían sintetizar en el célebre artículo de Ricardo de la Cierva, titulado *“Qué error, qué inmenso error”*. Por cierto, que el autor del libro recuerda que Suárez no era una persona rencorosa y la mejor prueba de ello es el nombramiento del historiador citado como Ministro de Cultura años más tarde.

III

Interesa centrarse en la actuación de Adolfo Suárez como Presidente del Gobierno, para lograr que España se convirtiera en un Estado democrático.

En esta tarea no estuvo solo. Contó, en las palabras de Landelino Lavilla, con un Gobierno de personas entregadas, generosas, dedicadas, solventes, limpias, comprometidas con lo que había que hacer y que no creaban problemas. Estas cualidades habría que atribuirlas a un amplio sector de las personas que se implicaron en la Transición desde otras esferas, en particular, la parlamentaria.

El interés del libro de Ónega radica en la perspectiva interna, que adopta para examinar hechos, que son de sobra conocidos. Se logra transmitir la sensación de estar ante un período trepidante de la historia de España. No es raro que el vértigo pudiera sobrevenir a los protagonistas de esta fase de nuestra historia. Se necesitaban enormes dosis de lucidez, coraje, templanza y patriotismo para seleccionar y emprender la larguísima serie de reformas, a abordar en un cortísimo período de tiempo, que el autor lo sitúa en once meses. No es necesario ahora abrumar con la larguísima relación de actuaciones, emprendidas entre el 30 de julio de 1976 y el 15 de junio de 1977. Nos limitamos a citar las más importantes: promulgación de la amnistía, fin de las estructuras sindicales, restablecimiento del régimen foral de Guipúzcoa y Vizcaya, aprobación de la Ley para la Reforma Política, supresión del Tribunal de Orden Público, legalización de partidos políticos, reforma de las relaciones laborales, elaboración de nuevas normas electorales, etc.

Aunque a veces se olvida, estas medidas no se adoptaron en un entorno político sencillo, aséptico y libre de interferencias, sino que los problemas económicos, sociales, nacionales e internacionales concurrentes dificultaron enormemente la gestión gubernamental.

En particular, conviene destacar que el terrorismo ejerció una terrible presión. La acción criminal de ETA parecía coordinada con la del GRA-PO y la de la extrema derecha. Si el origen y la ideología de estas organizaciones era muy diverso, la coincidencia de objetivos era clara: lograr la desestabilización del proceso democrático e impedir el establecimiento de un régimen homologable con las demás democracias europeas. No lo consiguieron, pero dejaron mucho dolor y víctimas en al camino.

Para colmo, Suárez hubo de afrontar dificultades de origen interno. Fernando Ónega reseña algunas de ellas: la reconversión del personal al servicio del Movimiento, los medios de comunicación social del Estado, en la prensa, la radio, la televisión, las Fuerzas de Orden Público, el Ejército, la oposición de las Cortes Españolas y del Consejo Nacional del Movimiento, la reforma del entramado legislativo y la transformación de las estructuras sindicales verticales. Este conjunto de obstáculos resulta muy fácil de exponer en la actualidad, pero constitúa un auténtico muro para el establecimiento de la democracia en España.

No es este el lugar para realizar un análisis de estas cuestiones. Nos vamos a limitar a apuntar lo que Fernando Ónega denomina como el permanente ruido de sables. Suárez gobernó con la amenaza permanente de un golpe de Estado. Es el único estamento al que no pudo poner en su sitio, según reconoce el propio Presidente. Existía un fuerte rechazo en las Fuerzas Armadas hacia una persona, que no tenía relación con ellas. Basta pensar el

peso que tenía esta institución entonces, que contaba con tres Ministerios en el Ejecutivo. Entre otros motivos, además, la cúpula militar censuraba la altanería y desenvoltura del hombre de Cebreros. El malestar permanente entre los militares partía del hecho de que se consideraban tutores del proceso democrático y de que eran garantes del régimen de Franco. Eran los vencedores de la Guerra Civil y no permitirían que los derrotados conquistaran el poder. Las tensiones principales se manifestaron, aparte de en los funerales por las víctimas terroristas, con motivo de la legalización del Partido Comunista el conocido como Sábado Santo Rojo de 1977, poco antes de las elecciones generales. Se consideró el hecho como una traición al compromiso anunciado por Suárez a los altos mandos del Ejército.

Al tratar estas cuestiones, el autor aporta interesantes datos de su experiencia personal dentro de la Presidencia del Gobierno de España en la época. Ahí radica una buena parte del interés de este trabajo.

En todo momento Suárez desplegó una enorme paciencia y capacidad de persuasión para convencer a los distintos interlocutores de la bondad de sus intenciones. Sin esas cualidades, difícilmente, hubieran podido conseguirse los objetivos democráticos pretendidos. De ahí que el método del Presidente Suárez se basó en la implicación, real o aparente, de los afectados en la adopción de decisiones. Mención especial merece el esfuerzo realizado para la aprobación de la Ley para la Reforma Política. Este texto constituyía la voladura controlada del régimen del General Franco, al introducir contenidos incompatibles con el régimen franquista, como el principio de soberanía popular, el principio de separación de poderes o la inclusión de derechos fundamentales. A pesar de estos contenidos, Suárez logró el visto bueno del Consejo Nacional del Movimiento y de las Cortes Españolas, instituciones ambas que representaban la quintaesencia del franquismo. El prodigo queda para la historia, como expresión de la capacidad para lograr un auténtico suicidio político, el harakiri, término utilizado en la época, de la dictadura por sus servidores. Como anécdota, cabe citar, con Fernando Ónega, que el procedimiento utilizado en su fase de tramitación por las Cortes fue el de la Comisión de urgencia legislativa, para evitar la modificación de la iniciativa en las fases de Ponencia y Comisión.

IV

Una parte del libro de Ónega se dedica a las personas más influyentes en la trayectoria de Suárez como Presidente del Gobierno. Aquí mencionamos algunas de ellas. Ocupa un lugar relevante, el Rey Juan Carlos. Se le considera el motor del cambio. No obstante, quien suscribe estas líneas no puede compartir ese criterio. Es una expresión que se ha convertido en un tópico, que no se ajusta a la realidad. Siempre me ha parecido exagerado, por la sencilla razón de que si no hubiera motor no habría movimiento y la sociedad española de entonces estaba ya lo suficientemente decantada y movilizada en favor del establecimiento de una democracia. El propio Ónega

confirma esta misma circunstancia. Lo cierto es que Suárez y el Monarca sintonizaron a la perfección para sacar adelante la ardua tarea encomendada. Quizá solo al final de su mandato se debilitó el entendimiento entre ambos.

Otra de las personas que desempeñó un papel fundamental durante el mandato de Suárez fue Fernando Abril Martorell, su alter ego. Fue el gran negociador con Alfonso Guerra en la elaboración de las partes más complejas de la Constitución Española. Ónega proporciona hasta cinco versiones diferentes sobre las causas de la ruptura entre ambos, en la época del declive de Suárez.

Felipe González mantuvo unas relaciones complejas con Adolfo Suárez en su papel de principal partido de la oposición. Es interesante apreciar las presiones que ejerció Suárez para que el PSOE solicitara su legalización. El Presidente amenazó con la creación de otro Partido Socialista, probablemente, con Antonio García López, líder de una fuerza menor de este signo. Luego, Suárez amagó con la celebración de las elecciones democráticas sin la participación del PSOE pero, en cambio, contando con la presencia del Partido Comunista de España.

Landelino Lavilla y Gutiérrez Mellado, el primero en el ámbito jurídico, y el segundo en la política militar, desempeñaron también una importante tarea durante la Presidencia de Suárez.

V

El declive de Suárez se produce como consecuencia de la pérdida de apoyos. Ónega considera que el Presidente se desmoralizó al no sentirse querido por la ciudadanía. A nuestro juicio, habría que añadir, también, su agotamiento personal, después del esfuerzo ímprobo realizado durante todos estos años en frentes muy diversos. Sin duda, la desintegración de la UCD, el partido que le aupó a la victoria electoral en 1977 y en 1979, así como las conspiraciones internas, influyeron en su estado de ánimo. Además, las presiones militares y lo que él interpretó como la pérdida de apoyo del Rey aceleraron su decisión de dimitir. Con todo, su vocación política y de servicio se prorrogó con la fundación en 1982 del CDS. En 1991 presentó su dimisión como Presidente de esta formación y se alejó de la vida pública. Esta fase vital ya no es tratada por Ónega, quien mantuvo el contacto con Suárez hasta el fin de sus días. El resto es de sobra conocido.

En definitiva, el libro pone de relieve aspectos muy relevantes, algunos no suficientemente conocidos, del mandato del Presidente Suárez. Al mismo tiempo, contribuye a reforzar la admiración por su obra política formidable, sentimiento que se ve acrecentado con el transcurso del tiempo.

Patricia Navarro Jiménez-Asenjo*

VV.AA.:

*Participación política
y derechos sociales en el siglo XXI*

Catalina Ruiz-Rico Ruiz (ed.)

Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios
Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2014, 321 pp.

**1. Juan Cano Bueno: REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y
DESAFECCIÓN CIUDADANA**

El punto de partida es la inexistencia de una correlación entre la globalización económica y la globalización de la gobernabilidad participativa y el control democrático de la toma de decisiones, en este punto profundiza concluyendo que, en definitiva, en tiempo de bonanza económica se produce una mayor estabilidad democrática y ello propicia que la ciudadanía muestre aceptación y confianza en las instituciones y la gestión de gobierno.

Se analizan también las causas de baja participación electoral poniendo de manifiesto, que las mismas pueden estar en la falta de confianza en la capacidad del voto para cambiar las situaciones y en los movimientos sociales que, partiendo del 15M señalan que la democracia representativa paradójicamente acaba por no representar la voz del pueblo. Por eso la solución pasa por una participación ciudadana que posibilite al ciudadano influir en los resultados políticos.

**2. Joan Ridao: LA TRANSPARENCIA COMO INSTRUMENTO
DE BUEN GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DEL SECTOR
PÚBLICO Y PARA LA PROBIDAD DEL SISTEMA POLÍTICO.
CORRUPCIÓN Y PARTIDOS POLÍTICOS**

Hace referencia a la vinculación entre la percepción social de la corrupción y la repercusión mediática que tiene cada caso individual como una

* Letrado de las Cortes de Castilla y León.

consecuencia del papel de los medios de comunicación, en una dinámica que se ajusta a lo que él denomina “círculo vicioso de desconfianza” que a su vez va generando un gran desapego institucional y político.

En este contexto de transformación político-social la lucha por el reconocimiento de una ampliación de derechos de los ciudadanos ha llevado a un debate conceptual que se replantea la configuración de la ciudadanía más allá de la democracia electoral como una ciudadanía activa, pero también hay que tener en cuenta advierte el peligro de la tendencia ante los mecanismos de democracia directa sin el contrapeso de unos partidos políticos fuertes.

3. Joan Ridao: LA INSTITUCIÓN DEL REFERÉNDUM EN ESPAÑA, LA REVISIÓN NECESARIA

El autor parte de la actual contraposición entre la antigua democracia directa y la moderna democracia representativa señalando, que la combinación equilibrada de la democracia representativa junto con mecanismos que permiten la participación ciudadana directa en la dinámica política, es hoy determinante del concepto de democracia.

En realidad, continua el autor, la democracia directa es una especie con varias “subespecies” entre las que se encuentra el referéndum y la iniciativa legislativa popular pero también existen otras que permiten involucrar a los ciudadanos en las tareas gubernamentales, en el día a día de la política, a ello contribuyen naturalmente las nuevas tecnologías a través de los que se ha llamado e-democracia.

En España el referéndum ha sido normalmente deliberativo y vinculado a un acto cuya decisión requiere la mayoría del cuerpo electoral.

Conviene recordar brevemente que Jorge de Esteban fijó en su día las características que debe tener un referéndum para tener verdadera validez democrática.

1. La convocatoria se debe llevar a cabo en un verdadero estado de derecho.
2. Recaer sobre materia adecuada y la pregunta correctamente formulada.
3. Control adecuado de los medios de comunicación.

Concluye señalando la necesidad de un desarrollo favorable y más abierto de la institución y más teniendo en cuenta el estado actual de desafección política.

Por último apunta hacia los estatutos de autonomía de segunda generación señalando que los mismos incorporan también mecanismos de participación directa sin olvidar que una consulta popular vía referéndum constituye por lo general un instrumento por el que se convoca a la totalidad del electorado o de un determinado ámbito a través del sistema de garantías propio de los sistemas electorales (Administración electoral y sistema electoral).

3. Catalina Ruiz-Rico Ruiz: EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN Y SU IMPACTO CONSTITUCIONAL EN LA ACTUALIDAD

Ha ahondado en las formas de democracia directa y señala que han sido los Estatutos de Autonomía los que han asumido el protagonismo en este punto. Además la privación del derecho directo de participación al ciudadano a través de la democracia directa, ha llevado a su ejercicio directo a través de los derechos de reunión y manifestación y de la libertad de expresión como viene admitiendo el Tribunal Constitucional al sostener en su Sentencia 170/2008, de 15 de diciembre, que otros derechos fundamentales pueden actuar como cauce del principio democrático participativo, y señala que es uno de los medios de los que disponen los ciudadanos para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones culminando esta línea de reflexión en su Sentencia de cuatro de febrero de 1983 al decir que en realidad el derecho de manifestación viene cumpliendo una función instrumental del derecho de participación directa.

En esta línea se incardina la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de julio de 2014 sobre el asedio al Parlamento catalán y, desde esta perspectiva, los derechos fundamentales emblemáticos del sistema democrático se anteponen a la institución democrática por excelencia como es el parlamento cuando colisionan sus garantías. En definitiva, la protección constitucional de los derechos fundamentales se ejerce frente a todos los poderes públicos, incluso, frente al poder del parlamento.

4. Elviro Aranda: EL DILEMA DE LA DEMOCRACIA PARITARIA

En el marco de la participación estudia la paridad y su aparición en el marco de la democracia representativa y que, en definitiva, supondría una representación cualitativamente igual entre hombres y mujeres, aunque como señala el autor habría que distinguir entre el feminismo de la igualdad que con carácter general no cuestiona los pilares de la democracia representativa y plantea fundamentalmente la igualdad y la no discriminación entre hombres y mujeres y por otro lado el feminismo de la diferencia que tiende a la identificación de la mujer como grupo con sus diferencias y al que no interesa la representación igualitaria sino diferenciada.

En definitiva el autor concluye que es la educación en valores la que puede llevar a una nueva cultura de relación entre hombres y mujeres que reconstruya las relaciones y supere el dilema de la democracia paritaria.

5. Tomas Alberich: EXPERIENCIAS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL ÁMBITO PÚBLICO LOCAL

El autor parte de que la participación ciudadana es un indicador de la temperatura democrática y señala que la misma en el ámbito público deriva de una con-

tradición en el ámbito del poder ya que se plantea en la medida en que existe un poder ya sea Estado, Gobierno, Comunidades Autónomas... y un no poder (ciudadanos) que quiere participar, es decir, tomar parte; en definitiva, tener más poder.

En fin, si participar es tomar parte en algo en lo que hay diferentes partes, la relación dependerá del poder que tenga cada parte y, en definitiva, un sistema es más democrático en la medida en que los ciudadanos tienen poder como tales y son más sujetos activos y menos objetos pasivos, la participación social por tanto es algo más amplio que la participación ciudadana y está relacionado con la acción colectiva, asimismo señala el autor la existencia de ventajas y desventajas de la participación colectiva; entre o las desventajas señala que es lenta y retrasa la toma de decisiones que resulta innecesaria ya que los ciudadanos elijen a los gobernantes para que les gobiernen y tomen decisiones y no para que les "pasen la pelota" a ellos... además si se les convoca para todas las decisiones se convertiría el gobierno en una asamblea permanente, por otro lado en general los ciudadanos sólo quieren participar en aquello que les afecte y no en todo y por último señala que puede resultar excesivamente cara. Por otro lado entre las ventajas señala que crea situaciones de participación concretas que además resulta más democrático añade que la participación puede ser sólo para el primer paso de la decisión pero la posterior toma definitiva de decisión y la ejecución correspondería al gobierno elegido y por último que podría resultar más barato que un constante proceso de prueba y error.

6. Félix Fernández Castaño: DESAFECCIÓN DEMOCRÁTICA, LA MISERIA DE LA MODERNIDAD LIQUIDA

Trata de reflexionar sobre la posible aplicación de estas formas en España habida cuenta de cuál es la cultura política de los españoles, parte de que como señala Sartori la democracia española es una democracia de líderes y de partidos y ello cobra especial relevancia si tenemos en cuenta la desafección política que vivimos y que se exterioriza a través del desapego de los partidos políticos, para poner remedio a ello nacen iniciativas como la Ley 19/2013, de 19 de diciembre de Transparencia, acceso a la información pública y buen Gobierno, estando detrás de las exigencias de la transparencia la ilustración y la libertad de crítica defendida por Kant, como expresión del uso público de la razón, implica necesariamente una condena de la censura, el gobernante no puede impedir que el individuo exponga públicamente su razón.

En definitiva la transparencia, la visibilidad en relación con el ejercicio del poder forman parte de la democracia constitucional y sin ellas no se materializarían los límites que caracterizan la democracia.

7. Silvio Gambino: ESTADO Y DERECHOS SOCIALES ENTRE LAS CONSTITUCIONES NACIONALES Y EN LA UNIÓN EUROPEA

Pone de manifiesto la estrecha relación entre concepción avanzada de la democracia, modelo de estado y derechos fundamentales.

En esta línea conviene recordar, señala el autor, que en los estados europeos no siempre se asume la positivización de los derechos sociales como situaciones jurídicas constitucionalmente reconocidas y protegidas de manera comparable a la libertad por ejemplo, ello nos lleva a reflexionar sobre el principio de supremacía constitucional y muy brevemente a ver cuál ha sido la evolución de la inclusión de los derechos sociales en la carta magna.

La inclusión de los derechos sociales en las constituciones abre el debate acerca de la eficacia jurídica de las disposiciones constitucionales programáticas señalando el autor que sin ser determinantes para la derogación de la ley sí pueden determinar la inconciabilidad de la constitución con las normas programáticas.

En la misma línea la doctrina española excluye que los derechos sociales se les reconozcan solo la naturaleza jurídica de normas programáticas afirmándose que las mismas pueden constituir parámetros de constitucionalidad de las leyes.

8. Alberto del Real: LOS DERECHOS SOCIALES EN TIEMPOS DIFÍCILES

Hace referencia a la necesidad de dejar de contemplar a los derechos sociales como derechos “débiles”, parte de que en la segunda mitad del siglo XX en Europa se llega a la conclusión de que el modelo de estado liberal de derecho, había devenido insuficiente para garantizar o generar un mayor bienestar para el mayor número de personas y ello lleva a la evolución desde el estado de derecho hasta el estado social de derecho incorporando los derechos sociales a los nuevos textos constitucionales; en algunos casos se configuran como derechos reforzados y en otros no se configuran como tales sino como derechos constitucionales de los ciudadanos como en la Constitución de 1978, sin embargo afirma este autor, derechos como la vivienda la salud o la integración de las personas con discapacidad o el trabajo no poseen la cualidad jurídica de fundamental y de ahí que se las vea, como señala el autor como derechos débiles, por eso se advierte que una de las cuestiones más controvertidas al respecto es el tema de su eficacia, detectándose a este respecto un conjunto de dificultades y obstáculos que frenen de manera significativa la eficacia de los derechos sociales.

Es en definitiva al legislador constituyente es al legislador ordinario a los que corresponde estructurar y armar el contenido de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico. De ellos depende, en definitiva, que los derechos sociales adquieran la cualidad privilegiada de derechos fundamentales o de simples derechos constitucionales y, más en concreto, el autor señala que el valor jurídico constitucional de los derechos sociales tiene mucho que ver con la realización del derecho a la igualdad del Art. 14. Ello ha llevado al autor a señalar contundentemente el carácter de derechos fundamentales que tienen los derechos sociales y ello también incrementa su eficacia a través de los llamados deberes de cumplimiento o bien integrándolos directamente en el paquete de los derechos fundamentales.

9. Catalina Ruiz-Rico Ruiz: LA PROGRESIVA TENDENCIA A LA RESPONSABILIDAD SOCIAL PÚBLICA EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGALES

Esta autora se aproxima al concepto de responsabilidad social pública, señala que el conflicto entre los representantes políticos y la ciudadanía es un fenómeno que deriva principalmente de que la irresponsabilidad social pública procedente del ámbito empresarial se impone al sector público.

Esto, en principio, se presenta como un espacio inexplorado para los juristas y ello por estar más bien en el plano del voluntarismo jurídico, aparece en definitiva subestimada por tratarse de iniciativas voluntarias pero sin embargo como ella apunta con enorme trascendencia jurídica, ello porque las materias que abarca son heterogéneas y también por el compromiso con la transparencia en la participación y la igualdad que suponen adicionalmente a todo esto destaca su papel también como brújula en futuras reformas legislativas.

De hecho su huella se puede ver en reformas legales como la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible o la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y Gobierno Abierto del Gobierno de Navarra.

Por otro lado la Ley 47/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura, atiende a la necesidad de vías de relación directa con la ciudadanía.

Para finalizar señala que la responsabilidad social sólo puede funcionar como parámetro de calidad democrática y puede, asimismo, impedir la justificación de actuaciones que aunque discurren dentro del marco legal causan efectos socialmente irresponsables.

En definitiva, en el actual contexto de crisis económica, la adaptación al modelo de responsabilidad social implica mejora de la calidad democrática en la Administración, Instituciones y Entidades Públicas.

10. Ramón Román: LA CRISIS DE LA EDUCACIÓN Y EL DEBATE DE LA CIUDADANÍA

Este autor se plantea la necesidad de constatar el debate que plantea el cambio del paradigma educativo, afirma que la educación está en crisis y que ello es consecuencia de la crisis de la ciudadanía, en definitiva la impotencia de los ciudadanos por no saber responder al cambio social.

En definitiva, el reto que se plantea es cuál debe ser el objetivo de la educación frente a la ciudadanía y la respuesta para el autor se centra en:

1. Enseñar a convivir respetando la igualdad.
2. Mejorar la convivencia desde la dignidad humana.
3. Cultivar la responsabilidad compartida.
4. Enseñar a los ciudadanos a participar.

Se trata, en definitiva, de que educación y ciudadanía colaboren en un nuevo modelo y logren una ciudadanía participativa no sumisa ni servil.

Se trata, en fin, de que la organización de la educación se rija por la máxima de que invertir en educación es invertir en futuro.

11. Juan Pinheiro Faro: LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA REALIZACIÓN Y FINANCIACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El trabajo de este autor aborda el papel de la Administración actual en relación con la utilización que se hace de los fondos recaudados para la realización y efectividad de los derechos fundamentales.

Parte de la ecuación de la correspondencia entre el deber de pagar tributos y los derechos que el Estado debe proporcionar a los individuos y ello porque para la realización efectiva del derecho depende de las prestaciones estatales y estas a su vez dependen del cumplimiento de la obligación de pagar tributos.

Pero para entender la reflexión del autor el mismo acota el término de necesidades humanas básicas, puesto que las necesidades humanas son infinitas se trata de determinar el “mínimo existencial” y para ello es importante que el Estado no confunda las necesidades humanas y otros conceptos parecidos como deseos o aspiraciones...

El mecanismo a través del que se lleva a cabo la fijación del mínimo existencial y lo que es más importante la priorización en la llamada “reserva de lo posible” es entendiendo cuales son las necesidades cuya realización no puede faltar dentro de la sociedad.

En definitiva, se trata de evitar que el estado a través de cualquiera de sus poderes provoque una situación de posible retroceso social y en ello juega un papel fundamental el control de los actos administrativos porque, en definitiva, las Administraciones Públicas tienen un papel esencial en la realización de los derechos fundamentales. Además el Estado, por último, también tiene la obligación de presentar cuentas a la sociedad demostrando que los presupuestos se emplean razonablemente en la realización de los mencionados derechos.

Antonio Garrido Rubia*

Mateos y de Cabo, Óscar:
Presente y futuro de los sistemas políticos
y los modelos constitucionales
Dykinson. Madrid, 2015. 2^a edición

La prontitud con la que se ha sido necesario publicar la segunda edición de la obra del profesor Mateos de Cabo, apenas unos meses después de su lanzamiento, muestra tanto el alcance como los méritos intrínsecos de un trabajo destinado a perdurar en el marco de los estudios comparados del Derecho constitucional.

El alcance y la ambición del trabajo descansa en dos bases. En primer término, y primordialmente, en la combinación de las categorías jurídicas centrales del Derecho constitucional con la conceptualización y riqueza práctica que la Ciencia política aporta para una correcta interpretación y un adecuado entendimiento de las formas de gobierno actuales. El concepto de sistema político, acuñado por la moderna doctrina anglosajona a partir de los seminales estudios de David Easton, Gabriel Almond, Karl Deutsch, David Apter, Samuel Huntington, Robert Dahl o Maurice Duverger, sirve de elemento central que permite dar razón de la dialéctica entre la práctica política y los modelos constitucionales y da cohesión a la perspectiva analítica, muy original e innovadora desarrollada por Mateos de Cabo en su obra.

Es posible que la doctrina no se haya detenido en demasía, a pesar de la importancia de obras ya clásicas, como la de Karl Loewenstein o, entre nosotros, de maestros como Sánchez Agesta, Lucas Verdú o Jiménez de Parga, a describir el funcionamiento concreto de las formas de gobierno comparadas, a partir de la interacción entre la norma y la conducta de los actores políticos.

La discontinuidad con esta línea de investigación en el marco del Derecho constitucional resulta paradójica, si tenemos en cuenta el impacto internacional en los estudios comparados de perspectivas orientadas a poner

* Profesor de la Facultad de Derecho. Universidad de Murcia.

de relieve la relación entre la política y el Derecho o entre el Derecho y la sociedad, que debe regirse por el mismo. Desde la visión de la Constitución, como una estructura “abierta”, en el sentido de Lucas Verdú o un “orden abierto”, en la fórmula de Díaz Revorio, esto es, como una norma suprema en funcionamiento, como *law in public action*, hasta la obra reciente de los defensores de la interpretación sustantiva del Derecho (Dworkin, Tribe, Perry, Wellington, etc.) o modernos enfoques del Derecho, que han gozado de una amplia difusión internacional, como la perspectiva del *law in context*. Asimismo, esta combinación de enfoques se está desarrollando desde el análisis político más actual, a partir de enfoques como los de Arend Lijphart, profesor de la Universidad de California, que realiza en sus obras más recientes, un análisis detallado de la relación entre los distintos componentes de un sistema constitucional con una perspectiva de Ciencia política, incluso acuñando una nueva tipología de democracias a partir de esta interrelación (las democracias mayoritarias y las democracias consensuales) o de perspectivas teóricas neoinstitucionalistas con diferentes variantes: institucionalismo sociológico, institucionalismo económico, institucionalismo histórico, institucionalismo de elección racional, etc.

A partir de estas perspectivas recientes del moderno Derecho Constitucional y de la más contemporánea Ciencia Política, el libro desarrolla una visión en la cual las condiciones contextuales del proceso político, en el sentido del citado Loewenstein, resultan fundamentales para estudiar las consecuencias de la ordenación constitucional en los distintos países democráticos. Como subraya Mateos de Cabo, “los modelos constitucionales encuentran un poderoso punto de apoyo en las distintas formas que puede adoptar un determinado régimen político”, por lo que el estudio de la regulación de las instituciones básicas del Derecho constitucional “no agota su objeto de estudio en las mismas y comprende otras muchas realidades” (p. 29). Y viceversa, como bien se encarga de enfatizar el autor, en relación con el estudio práctico y concreto del proceso político. Por su parte, resulta “innegable que un análisis realista del mismo no puede desconocer la estructura formal del mismo, normalmente recogido en la Constitución y en sus normas de desarrollo” (p. 31).

En la actualidad se hace absolutamente necesaria una mayor investigación sobre el *wirkungszusammenhang*, sobre las complejas relaciones entre las instituciones jurídico-políticas y otros factores causales para explicar de una manera más ajustada, y con una teoría adecuada, los contextos en los cuales las normas jurídicas producen efectos específicos.

En segundo lugar, es de destacar el brillante análisis que el autor realiza sobre la legitimidad del poder y las formas de organización política contemporáneas, puesto que es uno de los primeros constitucionalistas que aborda la problemática moderna de la naturaleza actual de los sistemas democráticos. Como se ha señalado reiteradamente en los estudios sobre los procesos de democratización en el mundo contemporáneo, la evolución política o el transcurso del tiempo ni garantizan ni conduce, de modo inexorable, a la consolidación de una democracia después de la fase de transición, desde

un régimen no democrático previo. Como ha escrito Adam Przeworski, la consolidación de una democracia es sólo uno entre los posibles resultados del colapso o de la quiebra de los régimenes autoritarios”: un reequilibrio del sistema no democrático (Checoslovaquia en 1968, Brasil en 1974, Polonia en 1981 o Birmania en 1988), su sustitución por otro régimen no democrático distinto (Cuba en 1959, Irán en 1979, Nicaragua en 1979 o Etiopía en 1991), la transición hacia un sistema de “democracia vigilada” o “tutelada” (Chile, Turquía o Tailandia), a una semidemocracia o pseudodemocracia, y el paso a una democracia no consolidada pueden ser resultados posibles del proceso de crisis, decadencia y colapso de un régimen autoritario. Incluso, en algunos países africanos como Etiopía, Somalia, Liberia, Sierra Leona o Zaire, a la quiebra del orden autoritario no ha seguido un régimen democrático o semi-democrático específico, sino una verdadera desintegración política del Estado, en un sentido weberiano, dando lugar a una extensa bibliografía sobre los denominados Estados fallidos.

En el capítulo 2 de la obra, Mateos de Cabo realiza una interesante aproximación al conjunto de sistemas no democráticos, abarcando un amplísimo espectro de realidades: monarquías, etc. Asimismo, previene, aludiendo al tradicional caso de la larga hegemonía del gobierno del PRI en México, de la llamada “falacia del electoralismo”, que hace que muchos analistas confundan elecciones con democracia, no advirtiendo que otras condiciones, además de la celebración de elecciones justas, imparciales y limpias son requisitos indispensables para poder estar en presencia de una democracia en sentido estricto: la participación de todas las formaciones políticas en el proceso democrático, la protección de las libertades civiles y políticas de todos los ciudadanos y grupos sociales, la protección institucional de la oposición democrática, para el correcto desempeño de su papel de control del gobierno, la ausencia de los grupos de presión y determinados “poderes fácticos” en la toma de decisiones gubernamentales, etc. Como bien subraya Mateos de Cabo, “cuando se habla de elecciones hay que precisar que las mismas tienen que servir de instrumento a un régimen de representación política verdaderamente democrático pues, de lo contrario, no se trataría de un sistema político realmente libre.” (p. 59).

De ahí la utilidad de esta aproximación en el momento presente. Como ha señalado Vera Santos, catedrático de Derecho Constitucional, en su certero análisis de este libro, “este segundo bloque se cierra con la exposición clara y ordenada de los requisitos que tiene que cumplir un sistema político, para ser considerado verdaderamente democrático, cuya explicación y síntesis resulta muy útil para una correcta sistematización de los mismos, y con un análisis pormenorizado de aquellos países en los que se produce una significativa ausencia de legitimidad democrática, en un listado que, afortunadamente, es cada día menos numeroso.” De hecho, muchos países que celebran elecciones se han situado hoy en esa “zona gris”, como la denomina Thomas Carothers, en la que se hace necesario conceptual y políticamente distinguir un nuevo tipo de régimen autoritario, que ha sido denominado por algunos autores como “pseudodemocracia” o “semidemocracia”, y por

otros como “autoritarismo competitivo” o “autoritarismo electoral”, donde existen formalmente una Constitución o *de iure* instituciones democráticas, y una aparente competición multipartidista que enmascara un poder autoritario *de facto*.

La proliferación actual de autoritarismos competitivos, con Constituciones aparentemente democráticas y que, celebran elecciones en ciclos regulares, es notable: México y Taiwán eran dos casos clásicos hasta mediados de los años noventa, pero los ejemplos de este tipo de régimen son cada vez más numerosos e incluyen desde la Rusia de Yeltsin o Putin, hasta la Ucrania de Kravchuk y Kuchma o Yanukovich, la Croacia de Tudjman o la Serbia de Milosevic, Perú con Fujimori, la Venezuela de Chávez y Maduro, etc.

Finalmente, entre los méritos indudables del estudio se cuenta la claridad conceptual y analítica con la que el autor aborda, en los capítulos centrales de la monografía, las tipologías de sistemas de gobierno y las formas de organización territorial de los Estados modernos. Por mencionar el caso de los sistemas de gobierno, en el capítulo 4 del trabajo, el autor desarrolla una tipología comprensiva de las distintas opciones, que va mucho más allá de la clásica dualidad entre presidencialismo y parlamentarismo, para abordar con detenimiento la problemática de las formas mixtas de gobierno y, en especial, el semipresidencialismo. Pero no se detiene en el estudio de esta clásica categoría duvergeriana, sino que analiza variantes de los sistemas mixtos de tendencia presidencial, como el presidencialismo atenuado o el presidencialismo parlamentarizado, introducidos en la doctrina por el catedrático de la Universidad de Barcelona, Rafael Martínez. El propio autor explica la relevancia que en el constitucionalismo comparado tienen estas formas mixtas de organización política, cuando señala que “formalmente son más de veinticinco países los que actualmente recogen un sistema presidencialista” y enumera algunos casos, a título de ejemplo, tan relevantes como los de Francia, Rusia, Portugal, Rumania, Ucrania, Armenia, Georgia, Sri Lanka, etc. (p. 116).

Esta sección concluye, además, introduciendo el análisis del modelo español de “parlamentarismo presidencial”, en un claro ejemplo de la progresiva convergencia práctica del funcionamiento del parlamentarismo y del presidencialismo, como consecuencia de una serie de factores jurídicos y contextuales, que el propio Mateos de Cabo ya había analizado, con extrema brillantez, en una de sus obras anteriores, absolutamente insoslayable para entender el sistema constitucional español, *El Presidente del Gobierno en España: status y funciones*, publicada por La Ley.

El libro también aborda, de una manera muy pedagógica y clara, en su capítulo 4, otro tema de gran dificultad y controversia política y constitucional: la organización territorial de los Estados. Partiendo de las categorías más depuradas de la doctrina clásica, de Hariou y de Vergottini, describe conceptualmente las características del Estado federal y del Estado unitario, así como el deslinde preciso y claro de estas fórmulas respecto a otras, que comparten algunos elementos como la confederación o los entes supracionales, del estilo de la Unión Europea. Al igual que en el capítulo anterior,

un tratamiento diferenciado dedica el autor al Estado regional italiano, después de su reforma de 2001, un *tertium genus* entre Estados unitarios y federales, como el semipresidencialismo, en el capítulo anterior, representaba un *tertium genus* entre presidencialismo y parlamentarismo.

Concluye Mateos de Cabo apelando a la prudencia, cuando se trata de realizar un cambio sustancial de régimen o modificaciones que implique “prescindir de instituciones y modelos que no han funcionado para volver a construir algo mejor”, una idea que, como recuerda el autor “no es nueva y se han planteado varias veces a lo largo de la historia” (p. 166), y para ello menciona, como ilustración, las críticas al sistema italiano vertidas por intelectuales y académicos como Gaetano Mosca, Benedetto Croce, Giovanni Gentile o Gaetano Salvemini, al régimen de Giolitti en la Italia anterior al fascismo mussoliniano. El autor advierte que “en lo relativo a la búsqueda desesperada de nuevos ideales y valores conviene ser muy cautos, pues las sociedades avanzan lentamente, aprovechando algunos elementos de los sistemas de gobierno anteriores, eliminando otros por injustos o por obsoletos, pero parece más seguro progresar mejorando y adaptando lo que se ha conseguido a lo largo de tanto tiempo, que crear nuevos órganos” (p. 166). Asimismo, la obra concluye con distintas observaciones y reflexiones sobre el futuro de la democracia, que serán de gran interés para todos los estudiosos de las condiciones de estabilidad y viabilidad del sistema democrático.

El carácter innovador del trabajo, la confluencia de distintas tradiciones modernas y la búsqueda del punto de partida para la construcción de un constitucionalismo contextualizado, así como la importancia de los conceptos teórico y analíticos desarrollados para interpretar el funcionamiento práctico de las modernas formas de gobierno y de los sistemas de organización territorial del Estado, justifican el éxito editorial de este libro, recomendable para un público muy amplio y heterogéneo, desde especialistas o estudiantes en Derecho constitucional y Ciencia política a personas interesadas en la reflexión sobre los problemas actuales de la democracia.

