ASAMBLEA

REVISTA PARLAMENTARIA DE LA ASAMBLEA DE MADRID

Número 23 • Diciembre 2010

SUMARIO

I. TEMA DE DEBATE

– De Alba Basterrechea, Esther: *La Ley de liberalización de servicios y sus repercusiones en el procedimiento administrativo.*

II. ESTUDIOS

– Aréizaga Hernández, Juan Carlos: *La participación de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas en la aplicación y control del principio de subsidiariedad: el mecanismo de alerta temprana. Un ensayo sobre su ejecución práctica y evolución.*

– Arce Janáriz, Alberto: *Prontuario sobre la articulación en España del sistema de alerta temprana para controlar el principio de subsidiariedad dentro de la Unión Europea.*

– Cid Villagrasa, Blanca: *Las modificaciones en el régimen de invalidez de los contratos del Sector Público tras la aprobación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto.*

– Guillem Carrau, Javier: *El voto electrónico: régimen electoral general o legislación electoral autonómica.*

III. NOTAS Y DICTÁMENES

– Burzaco Samper, María: *La adjudicación de los contratos administrativos: naturaleza de las operaciones implicadas y control judicial.*

– Calvo Charro, María: *El derecho a un cielo oscuro. Prevención y corrección de la contaminación lumínica.*

– Ruz Gutiérrez, Pablo y Jiménez Martín, Jorge: *La acusación popular en los delitos de violencia sobre la mujer: análisis legal y jurisprudencial. Especial referencia a la intervención de las Comunidades Autónomas.*

IV. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

– Sánchez Sánchez, Javier: *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2010, de 26 de julio. Un presupuesto de trascendencia constitucional* ratione personae.

– Codes Calatrava, José M.ª: *Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Von Hannover contra Alemania: ¿una esperanza para la intimidad de los famosos?*

– Daranás Peláez, Mariano: *Francia. Decisiones del Consejo Constitucional núm. 2100-14/22 QPC, de 30 de julio, y 2010-30/34/35/47/48/49/50 QPC, de 6 de agosto, por las que se declaran inconstitucionales diversos artículos del Código de Enjuiciamiento Criminal relativos a la detención policial incomunicada* (garde à vue).

V. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

– Nieto Lozano, Ángeles; Sánchez Fernández, Santiago y Prada Barrio, María Isabel: *La Actividad Parlamentaria de enero a junio de 2010 (VIII Legislatura).*

VI. RECENSIONES

– Calderón Moscoso, Ernesto Orlando: *La estrategia inter-regional de la Unión Europea con Latinoamérica. El camino a la asociación con el Mercosur, la Comunidad Andina y Centroamérica,* de Cintia Díaz-Silveira Santos.

– Sanz Pérez, Ángel L.: *Postpositivismo,* de Fiedrich Müller y Luis-Quintín Villacorta Mancebo.

– González Escudero, Ángeles: *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿Hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?,* de Piedad García-Escudero Márquez.

– Sánchez-Abarca Gornals, Carmen: *European Constitutionalism Beyond Lisbon,* de Jan Wouters, Luc Verhey y Philipp Kiiver (eds.).

– Díaz Otero, Antonio: *Manual de Derecho Constitucional,* de Xosé Anton Sarmiento Méndez y Patricia Murias Gil.

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la
Asamblea de Madrid

23

Diciembre
2010

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: Closas-Orcoyen, S.L.
Polígono Igarsa. Paracuellos del Jarama (Madrid)
MADRID, 2011

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid

PRESIDENTA
– María Elvira Rodríguez Herrer
Presidenta de la Asamblea de Madrid

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

CONSEJO ASESOR
– Cristina Cifuentes Cuencas
Vicepresidenta Primera de la Asamblea de Madrid
– Francisco Cabaco López
Vicepresidente Segundo de la Asamblea de Madrid
– Antero Ruiz López
Vicepresidente Tercero de la Asamblea de Madrid
– Rosa M.ª Posada Chapado
Secretaria Primera de la Asamblea de Madrid
– M.ª Helena Almazán Vicario
Secretaria Segunda de la Asamblea de Madrid
– Jacobo Ramón Beltrán Pedreira
Secretario Tercero de la Asamblea de Madrid
– Antonio Germán Beteta Barreda
Portavoz del Grupo Parlamentario Popular en la Asamblea de Madrid
– Carmen Menéndez González-Palenzuela
Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en la Asamblea de Madrid
– Inés Sabanés Nadal
Portavoz del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en la Asamblea de Madrid
– Manuel Alba Navarro
– Gonzalo Anes Alonso
– Manuel Aragón Reyes
– Feliciano Barrios Pintado
– José Antonio Escudero López
– Manuel Fraile Clivillés
– Pedro González Trevijano
– Carmen Iglesias Cano
– Manuel Jiménez de Parga y Cabrera
– Luis López Guerra
– José F. Merino Merchán
– Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona
– Luciano Parejo Alfonso
– Benigno Pendás García
– José Luis Piñar Mañas
– Emilio Recoder de Casso
– Francisco Rubio Llorente
– Miguel Sánchez Morón
– Juan Alfonso Santamaría Pastor

CONSEJO TÉCNICO
– Fabio Pascua Mateo
– Esther de Alba Bastarrechea
(servicios especiales)
– Alfonso Arévalo Gutiérrez
– Almudena Marazuela Bermejo
– Antonio Lucio Gil *(excedencia voluntaria)*
– Javier Sánchez Sánchez
– Ana María del Pino Carazo
(servicios especiales)
– Blanca Cid Villagrasa
– Esteban Greciet García
– Mónica Martín de Hijas Merino
– Andrés Sánchez Magro
(excedencia voluntaria)
– Clara Garrido Criado
– Tatiana Recoder Vallina
– Laura Seseña Santos *(excedencia voluntaria)*
Letrados de la Asamblea de Madrid

DIRECTOR*
– Fabio Pascua Mateo
Secretario General de la Asamblea de Madrid

SERVICIO DE PUBLICACIONES
– Ana Villena Cortés
Jefa del Servicio de Publicaciones de la Asamblea de Madrid
– Gema Moreno Rodríguez
Jefa de la Sección de Publicaciones de la Asamblea de Madrid

* *En este número ha participado como Co-Director de la Revista D. Esteban Greciet García, Letrado de la Asamblea.*

ASAMBLEA DE MADRID

NORMAS PARA EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. El original de los trabajos se enviará al Servicio de Publicaciones. Plaza de la Asamblea de Madrid, 1. 28018 - Madrid. Tfno: 91.779.96.13. Fax: 91.779.95.08. e-mail: avillena@asambleamadrid.es

2. Los trabajos deben ir mecanografiados a doble espacio y no exceder de cuarenta páginas. La remisión deberá efectuarse, necesariamente, acompañada de la versión en soporte electrónico.

3. Cada texto debe ir precedido de una página que contenga:
   — Título del trabajo
   — Nombre del autor o autores
   — Dirección completa y teléfono del autor
   — Número de NIF

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

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

ÍNDICE

Pág.

I. TEMA DE DEBATE

De Alba Bastarrechea, Esther: *La Ley de liberalización de servicios y sus repercusiones en el procedimiento administrativo* 11

II. ESTUDIOS

Aréizaga Hernández, Juan Carlos: *La participación de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas en la aplicación y control del principio de subsidiariedad: el mecanismo de alerta temprana. Un ensayo sobre su ejecución práctica y evolución* 29

Arce Janáriz, Alberto: *Prontuario sobre la articulación en España del sistema de alerta temprana para controlar el principio de subsidiariedad dentro de la Unión Europea* 71

Cid Villagrasa, Blanca: *Las modificaciones en el régimen de invalidez de los contratos del Sector Público tras la aprobación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto* 101

Guillem Carrau, Javier: *El voto electrónico: régimen electoral general o legislación electoral autonómica* 149

III. NOTAS Y DICTÁMENES

Burzaco Samper, María: *La adjudicación de los contratos administrativos: naturaleza de las operaciones implicadas y control judicial* 169

Calvo Charro, María: *El derecho a un cielo oscuro. Prevención y corrección de la contaminación lumínica* 199

Ruz Gutiérrez, Pablo y Jiménez Martín, Jorge: *La acusación popular en los delitos de violencia sobre la mujer: análisis legal y jurisprudencial. Especial referencia a la intervención de las Comunidades Autónomas* 223

IV. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Sánchez Sánchez, Javier: *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2010, de 26 de julio. Un presupuesto de trascendencia constitucional* ratione personae 255

Codes Calatrava, José María: *Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Von Hannover contra Alemania: ¿una esperanza para la intimidad de los famosos?* 261

Pág.

DARANÁS PELÁEZ, MARIANO: *Francia. Decisiones del Consejo Constitucional núm. 2100-14/22 QPC, de 30 de julio, y 2010-30/34/35/47/48/49/50 QPC, de 6 de agosto, por las que se declaran inconstitucionales diversos artículos del Código de Enjuiciamiento Criminal relativos a la detención policial incomunicada* (garde à vue) 277

V. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

NIETO LOZANO, ÁNGELES; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, SANTIAGO y PRADA BARRIO, MARÍA ISABEL: *La Actividad Parlamentaria de enero a junio de 2010 (VIII Legislatura)* 297

VI. RECENSIONES

CALDERÓN MOSCOSO, ERNESTO ORLANDO: *La estrategia inter-regional de la Unión Europea con Latinoamérica. El camino a la asociación con el Mercosur, la Comunidad Andina y Centroamérica,* de Cintia Díaz-Silveira Santos 331

SANZ PÉREZ, ÁNGEL L.: *Postpositivismo*, de Fiedrich Müller y Luis-Quintín Villacorta Mancebo 339

GONZÁLEZ ESCUDERO, ÁNGELES: *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿Hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*, de Piedad García-Escudero Márquez 351

SÁNCHEZ-ABARCA GORNALS, CARMEN: *European Constitutionalism Beyond Lisbon,* de Jan Wouters, Luc Verhey y Philipp Kiiver (eds.) 361

DÍAZ OTERO, ANTONIO: *Manual de Derecho Constitucional*, de Xosé Anton Sarmiento Méndez y Patricia Murias Gil 379

I

TEMA DE DEBATE

Esther de Alba Bastarrechea*

La Ley de liberalización de servicios y sus repercusiones en el procedimiento administrativo

Sumario: I. LA DIRECTIVA 2006/123/CE O DIRECTIVA DE SERVICIOS.—II. LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS.—III. LA LEY 17/2009, DE 23 DE NOVIEMBRE, SOBRE EL LIBRE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIO Y SU EJERCICIO.—IV. LA LEY 25/2009, DE 22 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE DIVERSAS LEYES PARA SU ADAPTACIÓN A LA LEY SOBRE EL LIBRE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIO Y SU EJERCICIO. EN PARTICULAR, LAS MODIFICACIONES DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y DE LA LEY 7/1985, DE 2 DE ABRIL, REGULADORA DE LAS BASES DEL RÉGIMEN LOCAL.

I. LA DIRECTIVA 2006/123/CE O DIRECTIVA DE SERVICIOS

La Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, Directiva de Servicios) se adoptó en el marco de la estrategia de Lisboa con la intención de crear unas condiciones normativas de las actividades de servicios más transparentes, con supresión de barreras y requisitos que dificultan y, a veces, obstaculizan las libertades de establecimiento y circulación de servicios, consagradas en los artículos 43 y 49 del Tratado de la Comunidad Europea.

Lo que se pretendía era establecer un marco jurídico general que garantizase la libertad de establecimiento de los sujetos de un Estado miembro

* Letrada del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Letrada de la Asamblea de Madrid.

en el territorio de otro así como la libertad de prestación de servicios en cualquier Estado miembro sin necesidad de establecerse en él. Ello conllevaría la consecución de la meta de un mercado interior de servicios en la Unión Europea, siendo condición necesaria la modificación de trámites administrativos y legales que, al tratarse de requisitos impuestos para el ejercicio de la actividad por la normativa interna de los Estados miembros, suponían trabas para el ejercicio de las citadas libertades fundamentales.

Ello no obstante, sí se reconoce a los Estados la posibilidad de disponer, de forma excepcional y justificada, la exigencia de regímenes de autorización con requisitos no discriminatorios, proporcionados y fundados en una razón de interés general.

La Directiva de Servicios plantea unos objetivos:

— Facilitar la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en la Unión Europea disponiendo un amplio ámbito de aplicación en el que se incluyan todos los servicios prestados a cambio de remuneración, sin perjuicio de la existencia de sectores excluidos y especificidad de determinadas actividades [1]. Así, «sin ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse como ejemplos contemplados en la Directiva los siguientes: las actividades de la mayoría de las profesiones reguladas (como asesores jurídicos y fiscales, arquitectos, ingenieros, contables, peritos), los servicios de los artesanos, los servicios a empresas (como los de mantenimiento de oficinas, consultoría de gestión, organización de eventos, cobro de deudas, publicidad y selección de personal), las tareas de distribución (incluido el comercio minorista y mayorista de bienes y servicios), los servicios en el campo del turismo (como los que prestan las agencias de viaje), los servicios de ocio (como los que prestan los centros deportivos y parques de atracciones), los servicios de construcción, instalación y mantenimiento de equipos, los servicios de información (como portales de Internet, agencias de noticias, editoriales, actividades de programación informática), los servicios de alojamiento y restauración (como los que prestan hoteles, restaurantes, empresas de comidas a domicilio), los servicios en el área de la formación y la educación, los servicios de alquiler (incluido el alquiler de automóviles) y de *leasing,* los servicios inmobiliarios, los de certificación y verificación, los servicios domésticos (como los de limpieza, cuidadores de menores y jardinería), etc.» [2].
— Simplificar trámites y agilizar los procedimientos, impulsando una ventanilla única para la tramitación electrónica.
— Fomentar la calidad de los servicios.

---

[1] Considerandos 33 a 35 de la Directiva.

[2] Dirección General del Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea, *Manual para la transposición de la Directiva de Servicios 2007*.

— Reforzar los derechos de los destinatarios de los servicios en su calidad de usuarios, regulando el derecho de utilizar los servicios de otros Estados miembros y a obtener información sobre las normas aplicables independientemente del lugar de establecimiento.
— Establecer una cooperación administrativa efectiva entre los Estados miembros que garantice un control de las actividades al tiempo que evite la multiplicación de controles. Para su consecución se prevé la creación de un mecanismo de alerta entre Estados miembros y la instauración de un sistema electrónico de intercambio de información.

II. LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

La transposición se ha realizado en nuestro Derecho interno de forma parcial que, por el momento, tiene su reflejo en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio (conocida como Ley Paraguas) y en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio (conocida como Ley Ómnibus).

La transposición podía haberse realizado mediante la modificación de las disposiciones vigentes que confrontasen con las disposiciones de la Directiva de Servicios, sin embargo, se optó por la elaboración de una ley transversal (Ley 17/2009), creadora de un marco jurídico general que reproduce los principios de la Directiva. Por este motivo la transposición resultaba parcial y debía necesariamente ser completada con la modificación o, en su caso, derogación de la normativa afectada por la Directiva (función que cumple la Ley 25/2009). Por otro lado, también las Comunidades Autónomas e incluso las entidades locales para el rango reglamentario deberán completar la transposición.

El Consejo de Estado se pronunció en su día sobre esta opción para la transposición de la Directiva: «el Consejo de Estado no objeta esta forma de instrumentación de la transposición de la Directiva, en la medida que permitirá contar con una ley horizontal en la que quedan recogidos los principios previstos en la norma comunitaria que deben guiar la regulación de las actividades de servicios no sólo en el momento de su entrada en vigor, sino también en el futuro y, por tanto, en las propuestas regulatorias que en lo sucesivo puedan impulsarse. Desde esta perspectiva, el anteproyecto constituirá un insoslayable punto de referencia a la hora de adoptar la normativa vigente en esta amplia materia a lo dispuesto en la Directiva de Servicios. Se trata, además, de una ley de carácter básico que, precisamente por ello, garantiza un mínimo homogéneo que habrá de ser respetado por las Comunidades Autónomas en la labor de transposición que les corresponde. Ahora bien, aun cuando el método de transposición por el que se

ha optado no resulta en sí mismo objetable, no puede dejar de señalarse que esta peculiar forma de incorporación del Derecho comunitario a nuestro ordenamiento puede provocar ciertas distorsiones, tanto desde la perspectiva de la transposición misma de la Directiva, como desde su incidencia en nuestro Derecho interno. Ante todo ha de tenerse en cuenta que la Ley proyectada es una disposición con escasa virtualidad normativa y que no despliega plenamente sus efectos, pues las disposiciones incompatibles con algunas de sus previsiones mantendrán su vigencia hasta que sean adaptadas a ella o derogadas, lo cual deberá suceder, en todo caso, antes del 27 de diciembre de 2009 (Disposición Derogatoria única). Muchos de los preceptos de esta norma contienen meras proposiciones descriptivas o desiderativas, pero carecen de fuerza normativa inmediata. E igualmente incluye el anteproyecto artículos que tienen un marcado carácter programático, cuyo incumplimiento no genera consecuencias previsibles, y que por su ubicación o contenido no pueden considerarse principios, fines o valores que, con frecuencia, conforman la "parte expositiva" de las normas, donde esa clase de previsiones más generales tienen su natural encaje. En algunos casos, esos preceptos constituyen un mandato dirigido al titular de la potestad normativa de que actúe con posterioridad. En tales supuestos, se ha optado por establecer una fijación de objetivos, algo que es más propio de un instrumento normativo finalista como la Directiva que de una ley. Así, los artículos que enuncian o anticipan una sucesión de medidas que los poderes públicos habrán de adoptar vienen a ser, por su carácter discursivo, vaciados de fuerza normativa, como una segunda exposición de motivos, lo que es impropio del articulado de una ley; o, si tienen carácter preceptivo, pueden generar problemas en su aplicación inmediata, ya que es necesario adaptar al anteproyecto las normas que actualmente regulan estas cuestiones. En estos casos, el momento normativo se desplaza a las disposiciones que se dicten con posterioridad a la aprobación de esta norma, quedando con ello demorada su eficacia» [3].

Estas prevenciones del Consejo de Estado resultaron parcialmente sofocadas con la aprobación de la Ley 25/2009, que, como más adelante veremos, sí asume la pretensión de completar la transposición de la Directiva y acometer la reforma de la regulación del Derecho interno en materia de actividades de servicios, incluso extiende los principios u objetivos de la Directiva de Servicios a materias o actividades no incluidas en su ámbito de aplicación con la argumentación de que ello favorecería la competitividad y contribuiría a mejorar la actividad económica. Así, algunos de los sectores afectados por la Ley 25/2009 que no se encuentran en el ámbito de aplicación de la Directiva son los de transportes, telecomunicaciones, seguridad y salud en el trabajo, profesiones sanitarias, costas, montes, caza, pesca fluvial, servicios portuarios, sanidad, seguridad vial y Seguridad Social.

También sobre esta norma se pronunció el Consejo de Estado aseverando que «Pues bien, aún cuando con carácter general, la aplicación extensiva

[3] Dictamen del Consejo de Estado, núm. de expediente 779/2009, de 21 de mayo.

de los principios y reglas contenidos en la Directiva de Servicios —e incorporados a nuestro ordenamiento a través de la futura Ley sobre el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio— a sectores de actividad excluidos de su ámbito de aplicación no es en sí misma objetable, sí debe reprocharse que tales modificaciones se incluyan en este anteproyecto.Y ello porque tales reformas no vienen impuestas por la obligación de incorporar la Directiva y, en consecuencia, no están sujetas al acuciante plazo de transposición que sí opera respecto de las materias directamente afectadas por ella. En consecuencia, debería considerarse la posibilidad de posponer la modificación de tales normas, lo que sin duda permitiría un debate más reposado y una ponderación más sosegada de los intereses en juego. […] Cierto es que la mayoría de tales modificaciones responden a un mismo fin, ya mencionado, cual es el consistente en extender los principios de buena regulación que establece la Directiva de Servicios a otras actividades. Pero también lo es que la técnica de las leyes "ómnibus" ha sido tradicionalmente objetada por este Consejo de Estado, particularmente exigente con la necesidad de situar cada norma jurídica o modificación de la misma en las "sedes materiae" que, presupuesta la conformación del ordenamiento en su conjunto a partir de criterios lógicos o sistemáticos, sea su ubicación normal. Desde esta perspectiva no se considera una solución correcta ni adecuada la de incluir en una misma norma cuestiones tan diferentes y diversas como las que se regulan en el anteproyecto, habida cuenta de que "el empleo de esta técnica legislativa no hace sino aumentar la dispersión normativa existente; dispersión que dificulta la aplicación de unas normas jurídicas que tienen como destinatarios principales, no sólo a autoridades, funcionarios y profesionales del derecho, sino también a particulares" (Dictamen 4908/97). Por ello debe reiterarse una vez más qué razones de técnica jurídica y de buena técnica legislativa aconsejan que las normas legales nazcan en el seno propio de la materia objeto de regulación y vivan dentro de ella hasta que sean sustituidas por otras» [4].

III. LA LEY 17/2009, DE 23 DE NOVIEMBRE, SOBRE EL LIBRE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIO Y SU EJERCICIO

Como quedó expuesto más arriba, la Ley 17/2009 establece unas disposiciones generales que habrán de ser seguidas y concretadas por las modificaciones normativas que se produzcan para proceder a la liberalización de los sectores de servicios ya en el ámbito estatal, donde dichas modificaciones han sido objeto de regulación a través de la Ley 25/2009, como en el autonómico y local.

En definitiva, lo que la Ley 17/2009 establece es un «marco regulatorio general para hacer realidad la libertad de establecimiento, suprimiendo las

[4] Dictamen del Consejo de Estado, núm. de expediente 779/2009, de 21 de mayo.

barreras y obstáculos a su efectividad (art. 4). Frente a la intervención administrativa previa que, bajo el prototipo de la autorización, era tradicional y normal en el Derecho Administrativo español, se postula un control *a posteriori* mediante una serie de principios generales aplicables en los distintos escalones de la actividad administrativa y la categorización de nuevos medios de intervención *ex-post*. Se establece el principio general de no sujeción al régimen de autorización administrativa para eliminar intervenciones abusivas o innecesarias. Un nuevo paradigma, que tiene raigambre en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia e implica una relectura de la libertad de empresa y del derecho de propiedad privada plasmada en una nueva configuración de la actuación de las Administraciones Públicas»[5].

En efecto, si bien la Ley 17/2009 opera sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a partir del Capítulo IV, titulado, precisamente, «Simplificación administrativa», no es menos cierto que desde los primeros preceptos comienza la regulación de ese marco regulatorio general. Así, en el Capítulo II, titulado, «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios», regula el principio de libertad de establecimiento, conforme al cual, los prestadores de servicios de cualquier Estado miembro o residentes legalmente en España, podrán establecerse libremente para ejercer una actividad de servicios. Después de establecerse podrán ejercer dicha actividad en cualquier lugar del territorio español.

Se fija un criterio general de no sujeción al régimen de autorización previa, que únicamente podrán existir por razón «imperiosa» de interés general y siempre que sean proporcionados y no discriminatorios.

Como regla general será suficiente una comunicación previa o declaración responsable del prestador del servicio, respecto de las cuales operará el silencio positivo, excepto cuando, de nuevo, concurra una imperiosa razón de interés general.

Las comunicaciones, declaraciones responsables e, incluso, las autorizaciones podrán estar sometidas a limitaciones temporales y territoriales, aunque con carácter general se prevé su validez para todo el territorio español y por tiempo indefinido.

Se prevé también la posibilidad de revocar las autorizaciones por parte de las autoridades y que éstas procedan a decretar la suspensión de la actividad si se dejan de cumplir las condiciones que motivaron la autorización.

La limitación cuantitativa de las autorizaciones sólo podrá tener lugar por la escasez de recursos naturales o físicos o por limitaciones de las capacidades técnicas a utilizar en el desarrollo de la actividad. Para llevar a cabo estas limitaciones se acudirá a un procedimiento de concurso con garantías de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva.

---

[5] Razquin Lizarraga, J. A.: «De la intervención administrativa previa al control *a posteriori*: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la Directiva de Servicios». *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 2/2010. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 3.

Los requisitos que las Administraciones impongan para el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio deben ser lo menos gravosos y más predecibles y no podrán exigirse por un Estado miembro cuando ya se hayan exigido y cumplimentado en otro. Además los requisitos deberán ajustarse a los siguientes criterios (art. 9):

— No ser discriminatorios.
— Estar justificados por una razón imperiosa de interés general.
— Ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general.
— Ser claros e inequívocos.
— Ser objetivos.
— Ser hechos públicos con antelación.
— Ser transparentes y accesibles.

La Ley establece la prohibición de exigencia de determinados requisitos así como la excepcionalidad de exigencia de otros requisitos que se consideran obstáculos graves a la libertad de establecimiento en tanto en cuanto suponen una evaluación previa, sin embargo, no se trata de una prohibición sino de una admisión excepcional siempre que, de acuerdo con la terminología que viene utilizando la Ley, sean proporcionales, no discriminatorios y estén justificados por una razón imperiosa de interés general. En este caso, además de estos conceptos jurídicos indeterminados en los que se fundamentan las excepciones a los mandatos de la Ley, la exigencia de los requisitos excepcionales deberá ser comunicada a la Comisión Europea y estar suficientemente motivada en la normativa que imponga dichos requisitos.

La Ley admite la prestación de servicios en España por cualquier prestador establecido en otro Estado miembro sin que se le pueda exigir establecimiento en territorio español, obtención de autorización ni inscripción en registro alguno. La Ley impide también que se impongan prohibiciones para que el prestador pueda llevar a cabo su actividad con la obtención de los medios materiales (infraestructuras, oficinas, etc.) que necesite o que se exijan requisitos sobre el uso de equipos y materiales, salvo por motivos de seguridad y salud en el trabajo. Igualmente se proscribe la exigencia de documentación identificativa específica o que se limiten servicios como trabajador autónomo.

Sí se admiten para casos excepcionales y únicamente por motivos de seguridad de los servicios medidas restrictivas que deberán siempre estar debidamente motivadas. Estas medidas sólo podrán aplicarse cuando concurran, conjuntamente, las siguientes condiciones (art. 14.2):

— Que la norma en virtud de la que se adopta la medida no haya sido objeto de armonización comunitaria en el ámbito de la seguridad de los servicios.
— Que la medida ofrezca al destinatario del servicio una protección mayor que la adoptada por el Estado miembro de establecimiento, o que éste no haya adoptado ninguna o que sea insuficiente.
— Que la medida sea proporcionada.

Como adelantamos más arriba, el Capítulo IV, titulado «Simplificación administrativa» impone a las Administraciones Públicas la revisión de los procedimientos aplicables al establecimiento y prestación de servicios con la finalidad de obtener su simplificación. Como cuestiones concretas cabe exponer las siguientes:

— Las autoridades competentes aceptarán los documentos procedentes de otro Estado miembro relativos a la acreditación del cumplimiento de requisitos exigidos para el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio.
— En el caso de documentos emitidos por una autoridad competente, española o de otro Estado miembro, no se exigirá la presentación de originales ni fotocopias compulsadas ni de traducciones juradas, sin perjuicio de la posibilidad de recabar de la autoridad correspondiente la confirmación de la autenticidad del documento de que se trate. Lo expuesto podrá excepcionarse en casos previstos por la normativa comunitaria o justificados por razones de orden público y seguridad pública.

Una de las cuestiones de mayor relevancia desde el punto de vista administrativo de la Ley 17/2009 es la creación de la ventanilla única electrónica, a través de la cual se podrá obtener toda la información y llevar a cabo todos los trámites precisos para el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio. En particular, la Ley regula unas «garantías de información a través de la ventanilla única» (art. 19) especificando que a través de la misma se podrá acceder

— Al conocimiento de requisitos exigibles y trámites aplicables, así como a los datos de las autoridades competentes.
— A los medios y condiciones de acceso a registros y bases de datos.
— A las vías de reclamación y recursos que se puedan interponer frente a la Administración y también frente a otros prestadores de servicios o frente a los destinatarios de los mismos.
— A los datos de asociaciones sectoriales de servicios y organizaciones de consumidores.

También a través de la ventanilla única los prestadores de servicios están obligados a comunicar los cambios que afecten a las condiciones que determinaron una autorización.

De forma residual se prevé igualmente que la ventanilla única incorpore otros trámites no incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley, como, por ejemplo, los que se realizan ante la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, así como «aquellos otros que se consideren necesarios» (Disposición Adicional segunda).

No podemos dejar de mencionar la regulación, en el Capítulo VI, de la cooperación administrativa para el control efectivo de los prestadores. En

efecto, se prevé una cooperación con las autoridades competentes de otros Estados miembros y con la Comisión Europea a efectos de información, control, inspección e investigación sobre los prestadores y para su supervisión. Con esta finalidad se designarán diferentes puntos de contacto en la Administración General del Estado y en las Comunidades Autónomas, estableciendo en la primera un punto de contacto de coordinación al que se remitirán todas las comunicaciones de cualquier Administración con la Comisión o con otros Estados miembros.

Las solicitudes de información o realización de control, inspección o investigaciones deberán estar debidamente motivadas y las comunicaciones se realizarán a través del punto de contacto.

Las autoridades tanto españolas como de otro Estado miembro podrán consultar en igualdad de condiciones los registros en que se hallen inscritos los prestadores de servicios.

Igualmente existirá comunicación, previa solicitud motivada, relativa a las medidas disciplinarias y sanciones administrativas firmes que se hayan adoptado por cualquier autoridad española y que guarden relación directa con la actividad de servicios, así como las condenas penales y las declaraciones de concurso culpable que se hayan dictado respecto a algún prestador en relación directa con su actividad de servicio.

Por último la Disposición Adicional primera prevé la existencia de un sistema electrónico de intercambio de información entre las Administraciones y con los demás Estados miembros que garantice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley.

IV. LA LEY 25/2009, DE 22 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE DIVERSAS LEYES PARA SU ADAPTACIÓN A LA LEY SOBRE EL LIBRE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIO Y SU EJERCICIO. EN PARTICULAR, LAS MODIFICACIONES DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y DE LA LEY 7/1985, DE 2 DE ABRIL, REGULADORA DE LAS BASES DEL RÉGIMEN LOCAL

Como ya quedó expuesto más arriba, la Ley 25/2009 tiene como objetivo adaptar la normativa estatal de rango legal a lo dispuesto en la Ley 17/2009, ello supone la modificación de numerosas leyes sectoriales. Nos centraremos en el presente trabajo en las modificaciones que afectan al procedimiento administrativo. Así, el Título I, denominado «Medidas horizontales», introduce las figuras de la comunicación y de la declaración responsable, así como la generalización del silencio administrativo positivo, medidas ya previstas en la Ley 17/2009.

De forma muy relevante debemos destacar la modificación que se produce de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En concreto, se añaden dos nuevos artículos: 39 *bis* y 71 *bis*. También se modifica el artículo 43, sobre el silencio administrativo.

El nuevo artículo 39 *bis*, bajo la rúbrica «Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad» dispone:

> «1. Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de los derecho individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.
>
> 2. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan».

Como expresa Razquin Lizarraga estos principios encuentran «precedente en el RSCL que disponía los siguientes principios de intervención administrativa en la actividad privada: el principio de igualdad (art. 2), el ejercicio de la competencia cuando concurran los motivos que la fundamentan y para los fines que la justifican (art. 4) y la congruencia del contenido de los actos con los motivos y fines que los justifican, así como la elección, de ser varios admisible, del menos restrictivo para la libertad individual (art. 6) […] Así pues, cambia la perspectiva y enfoque de la actuación de la Administración respecto de la actividad privada, supeditada a los principios siguientes: 1) Proporcionalidad, debiendo elegir el régimen menos restrictivo de la libertad individual; 2) Motivación, pues debe acreditarse la necesidad de la intervención y justificar su adecuación a los fines perseguidos; y 3) Igualdad o no discriminación. Una modernización de la Administración Pública, más supervisora que interventora previa, partiendo del ejercicio por el ciudadano de sus derechos y libertades, con un sistema de control de menos a más (en sentido ascendiente o decreciente) para asegurar el interés público, así como la calidad de los servicios y los derechos de los consumidores y usuarios» [6].

Otra modificación importante en la Ley 30/1992 es la del artículo 43, que regula el silencio administrativo, de acuerdo con la redacción dada en la Ley 25/2009 dispone lo siguiente:

---

[6] Razquin Lizarraga, J. A.: «De la intervención administrativa previa al control *a posteriori*: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la Directiva de Servicios». *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 2/2010. Ed. Aranzadi, Pamplona 2010, p. 5.

«1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.

Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.

2. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

3. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen:

a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.

b) En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

4. Los actos administrativos producidos por silencio se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de quince días».

La modificación más relevante de este precepto en relación con la redacción precedente, dada a su vez por la reforma de la Ley 4/1999, de 13 de enero, reside en la exigencia de que los supuestos de silencio negativo se fijen por una norma con rango de ley y «por razones imperiosas de interés general». Ello implica no sólo la concurrencia del requisito formal de una

norma con rango de ley sino también la de un requisito material, cual es la razón imperiosa de interés general.

No obstante, esta modificación no tiene efecto práctico alguno sobre las normas anteriores a la Ley 25/2009 en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional cuarta de la Ley, titulada «Aplicación de los requisitos previstos para el silencio administrativo desestimatorio regulado en normas preexistentes», que reza:

> «A los efectos previstos en el primer párrafo del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la redacción dada por la presente Ley, se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto».

Esta disposición aparecía en el Proyecto de ley como Disposición Transitoria segunda, debiendo sobre esta circunstancia tenerse en cuenta lo advertido en su día por el Consejo de Estado: «[…] la aplicación generalizada de la regla del silencio positivo a que obligan la Directiva de Servicios y el proyecto de ley mencionado en los sectores afectados puede verse frustrada como consecuencia de la previsto en la Disposición Transitoria segunda del anteproyecto consultado […]. En la tramitación del expediente se ha justificado esta disposición alegando que la regla en ella establecida proporciona mayor seguridad jurídica a los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la ley proyectada, Y, en efecto, es lógico que se prevea que a aquellos procedimientos que estén pendientes de resolución a la entrada en vigor de esta ley y para los que una norma con rango legal prevea la aplicación del silencio negativo en tanto no sean adaptadas a la normativa comunitaria y las leyes de transposición (lo cual debe suceder antes de que expire el plazo de transposición). Sin embargo, no es eso lo que se deduce del tenor literal de esta disposición. Antes bien, de la lectura de este precepto parece desprenderse que la finalidad de esta disposición es que, no obstante la obligación derivada de la Directiva de Servicios de generalizar el silencio positivo en los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones necesarias para acceder a una actividad de servicios y ejercerla, pueda mantenerse la regla del silencio negativo, allí donde esté prevista por una norma de rango legal, por considerar que en tales casos concurren "causas justificativas de interés general" —debería decir, según ha quedado expuesto, "razones imperiosas de interés general"—. De ser éste el sentido de la disposición, se produciría un ajuste en bloque a la nueva regulación de todas las normas con rango de ley que actualmente prevén el silencio negativo. Y ello a pesar de que, según ha quedado expuesto, la Directiva y el proyecto de ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio exigen realizar una evaluación de la normativa por estas normas

afectada y proceder, en caso de que sea necesario, a su adecuación a ellas o a su derogación. Desde esta perspectiva, debe destacarse que la disposición analizada no recoge realmente una regla de derecho transitorio, dirigida a facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva regulación, sino una regla que permite considerar ajustadas a las exigencias de la nueva regulación las normas legales vigentes, sin que ello implique necesariamente que hayan sido objeto del mencionado proceso de evaluación, que obliga a verificar y justificar que en las normas sectoriales aplicables concurre una razón imperiosa de interés general»[7].

A la vista del criterio del Consejo de Estado es evidente que el Gobierno, mediante la iniciativa legislativa y las Cortes Generales, en el ejercicio pleno de la potestad legislativa, han optado por quedarse en la mera formalidad desplazando el texto de la Disposición Transitoria segunda del anteproyecto de ley a la Disposición Adicional cuarta de la Ley. Ello supone asumir que, contrariamente a la justificación que sustentaba la disposición en la tramitación del expediente, su fundamento no radicaba en la seguridad jurídica de los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley sino más bien obviar un análisis de los procedimientos recogidos en las diferentes normas a fin de adaptarlos en materia de silencio positivo.

Esta forma de proceder lo que ha supuesto es que el legislador se haya quedado en la pura formalidad no sólo en lo relativo a la Disposición Adicional cuarta sino también en la reforma del artículo 43, que se queda en una mera modificación de carácter formal, pero ya no sustantiva puesto que el requisito material al que apuntamos más arriba para que el silencio sea negativo (la razón imperiosa de interés general) queda vacío de contenido, al no ser más que mencionada en la Disposición Adicional cuarta para afirmar que dicha razón concurre para que el silencio sea negativo en los procedimientos en que así estuviera previsto con anterioridad, sin que dicha concurrencia haya quedado acreditada ni concretada en modo alguno. Ello podría considerarse un defectuoso cumplimiento del mandato tanto de la Directiva de Servicios como de la Ley 17/2009.

De mayor calado es la adición del artículo 71 *bis,* titulado «Declaración responsable y comunicación previa», y cuyo tenor literal es el siguiente:

> «1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por reclamación responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.
>
> Los requisitos a que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable.

[7] Dictamen del Consejo de Estado, núm. de expediente 779/2009, de 21 de mayo.

2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1.

3. Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente.

4. La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.

5. Las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca y que, en todo caso, se podrán presentar a distancia y por vía electrónica».

Es precisamente en este artículo 71 *bis* donde se produce la principal novedad en materia de procedimiento administrativo ya que la actuación administrativa en relación con las actividades de los particulares ha sido tradicionalmente de intervención *a priori*, a través de la figura de la autorización administrativa. Con este artículo se disminuye notablemente el ámbito de actuación de la autorización, aunque sin llegar a desaparecer y se completa con dos nuevas figuras como lo son la comunicación previa y la declaración responsable.

Respecto de estos nuevos conceptos lo primero que cabe poner de relieve es que se trata de actos realizados por los particulares, es decir, no son actos administrativos, ahora bien sí son actos que producen efectos ad-

ministrativos, como son el reconocimiento o ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad.

La falta de naturaleza administrativa en estos actos determina que no pueda serles de aplicación el régimen previsto para aquellos de validez, nulidad, revisión, revocación, recursos, etc. Sin embargo, la Ley sí prevé la posibilidad de que sus efectos se vean limitados o, incluso, eliminados mediante el ejercicio de un control *a posteriori*, de ahí, como decíamos al principio, el cambio de actuación administrativa de intervencionista a controladora o inspectora. Este cambio exige que la Administración cuente con las medidas necesarias para hace cumplir la legalidad, *a posteriori*, medidas que se traducen en el reconocimiento de facultades de comprobación, verificación, investigación e inspección que se regulan en el nuevo artículo 39 *bis*.2.

Debemos también tener en cuenta que la revocación, como acto típico de control *a posteriori* previsto para las autorizaciones, no es posible aplicarlo a los efectos derivados de las comunicaciones previas ni de las declaraciones responsables y ello, precisamente, porque no conllevan per se la existencia de ningún acto administrativo que pueda ser revocado. Antes al contrario, será necesaria la realización de un acto administrativo que implique la limitación o cesación de la eficacia atribuida a las comunicaciones previas y a las declaraciones responsables. Así el artículo 7 de la Ley 17/2009 dispone que «cuando el acceso a la actividad o su ejercicio esté condicionado a la realización de una comunicación o de una declaración responsable por parte del prestador, la comprobación por parte de la Administración Pública de la inexactitud o falsedad en cualquier dato, manifestación o documento, de carácter esencial, que se hubiere aportado o del incumplimiento de los requisitos señalados en la legislación vigente determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar».

Otra cuestión relevante y de la que no se percibe aclaración en el nuevo artículo 71 *bis* es la relativa a los motivos y supuestos en los que debe exigirse una comunicación previa y en cuáles una declaración responsable.

Por último, la Ley 25/2009 también reforma el artículo 70 *bis* y el 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. La reforma del artículo 70 *bis* supone la adición al mismo de un punto 4 que regula la posibilidad de que los prestadores de servicios puedan realizar todos los procedimientos y trámites relativos a una actividad de servicio y su ejercicio a través de la ventanilla única también en el ámbito local, debiendo garantizar el acceso a información y formularios en los términos regulados por la Ley 17/2009.

La reforma del artículo 84 supone una mera adaptación que preserva la intervención administrativa en el ámbito local a través del sometimiento de la actividad de los ciudadanos a la obtención de licencia u otros actos de control preventivo exceptuando de las actividades objeto de regulación por

la Ley 17/2009. También incorpora las figuras de la comunicación previa y de la declaración responsable al régimen local.

A modo de conclusión sólo diremos que las reformas exigidas por la Directiva de Servicios deberán continuar, hasta completar la transposición, en aquellas materias que sean competencia de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales, debiendo recordar la previsión de la Ley 17/2009 en su Disposición Final cuarta de compensación de deudas en caso de responsabilidad por incumplimiento en cuya virtud las sanciones que España pudiera recibir de la Unión Europea por el incumplimiento de la normativa comunitaria en esta materia podrán ser compensadas con las cantidades que la Hacienda Pública estatal deba transferir a la Administración que haya sido responsable de incumplimiento.

Considerando que ha transcurrido el plazo para la transposición de la Directiva y que la elección de una transposición no realizada norma por norma, sino de manera horizontal, ha determinado que se difiera en el tiempo la transposición completa, será necesario matizar a qué Administración (estatal, autonómica o local) ha de corresponder la responsabilidad por incumplimiento de la transposición de la Directiva, no desde el punto de vista material sino temporal, por realizarlo fuera de plazo.

II

ESTUDIOS

Juan Carlos Aréizaga Hernández★

La participación de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas en la aplicación y control del principio de subsidiariedad: el mecanismo de alerta temprana. Un ensayo sobre su ejecución práctica y evolución

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD, SU EVOLUCIÓN CRONOLÓGICA Y CONTENIDO.—2.1. Evolución cronológica.—2.2. Contenido de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.—2.3. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia.—III. EL SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA Y EL ANÁLISIS DE LA SUBSIDIARIEDAD. SU EJERCICIO.—3.1. Configuración en el Protocolo de Subsidiariedad y proporcionalidad del sistema de alerta temprana.—3.2. Monitorización de la subsidiariedad.—IV. LOS PROCEDIMIENTOS Y LA APLICACIÓN DEL SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA EN LOS PARLAMENTOS.—4.1. Los procedimientos en Parlamentos de regiones con poderes legislativos en Europa.—4.1.1. Baviera.—4.1.2. Escocia.—4.1.3. Flandes.—4.2. La alerta temprana y las Cortes Generales.—4.3. La alerta temprana y los Parlamentos de las Comunidades Autónomas.—V. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO.

RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad exponer una visión en relación con el mecanismo de alerta temprana contemplado en el Protocolo de subsidiariedad anejo al Tratado de Lisboa y su aplicación por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas. Para ello se analiza el papel de los Parlamentos en los Tratados de la Unión

★ Letrado del Parlamento Vasco.

Europea, la regulación del principio de subsidiariedad y su interpretación por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la aplicación del procedimiento y las experiencias de Asambleas legislativas de regiones europeas con poderes legislativos y las normas de las Cortes Generales y Parlamentos Autonómicos.

ABSTRACT

This article aims to present a view in relation to the early warning system referred to in the subsidiarity protocol annexed to the Lisbon Treaty and its implementation by the Parliaments of the Autonomous Communities. We examine the role of parliaments in the European Union treaties, the regulation of the principle of subsidiarity and its interpretation by the Court of Justice, the application and experiences of legislative Assemblies of European Regions with legislative powers and the internal proceedings of the Cortes Generales and regional parliaments.

I. INTRODUCCIÓN

Ha sido principio inalterable en el Derecho de la Unión que la organización constitucional interna de los Estados miembros es indiferente a efectos de las disposiciones del Derecho comunitario y de la aplicación de los tratados, así en el artículo 4 del Tratado de la Unión queda de manifiesto cuando explícitamente se expresa que *«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. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro»*.

Sin embargo, el Tratado de Lisboa y la redacción consolidada de los tratados plantea un escenario en relación con el papel de los Parlamentos nacionales y regionales dentro del procedimiento de elaboración y aplicación del Derecho comunitario y de su control posterior, que si bien no es una novedad sí supone un paso más allá de lo que estaba reconocido hasta el momento presente, siendo a juicio de la doctrina un refuerzo del papel de los Parlamentos a fin de solventar en cierta medida los problemas derivados del fracaso del Tratado para la Constitución Europea [1].

[1] En lo que respecta al presente trabajo cabe citar MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, «La nueva regulación del régimen de competencias en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad», ponencia dentro de la obra, coordinada por el citado autor, *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Iustel, Madrid 2008.

La posición de los Parlamentos se recoge, esencialmente, en el artículo 12 del Tratado de la Unión Europea (TUE)[2] en el cual se instituye como principio general que *«Los Parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión»* y en dos protocolos anexos al Tratado, uno denominado expresamente sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea y otro correspondiente a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. El citado precepto y protocolos se complementan y, por tanto, deben leerse conjuntamente para obtener una visión del papel asignado a los Parlamentos de los Estados miembros dentro del complejo institucional europeo.

En el mencionado artículo 12, con una sistemática discutible, se recogen una serie funciones de las cuales tres están directamente relacionadas con los protocolos sobre el cometido de los Parlamentos nacionales y sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. A dichos efectos, los Parlamentos nacionales deben ser informados por las instituciones de la Unión y recibir la notificación de los proyectos de actos legislativos (art. 12.a); deben velar por que se respete el principio de subsidiariedad de la Unión (art. 12.b), se establece un régimen de cooperación interparlamentaria entre los Parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo (art. 12.f).

Las otras tres restantes funciones de carácter específico, aunque relevantes, no están relacionadas con el objeto del presente artículo, si bien conviene citarlas para obtener una panorámica completa de la regulación. En concreto dichas funciones recogidas en las letras d) y e) del artículo 12 se corresponden con la participación en los procedimientos de revisión de los Tratados conforme al artículo 48 TUE (esencialmente el mecanismo de la Convención); el derecho a ser informados de las solicitudes de adhesión a la Unión, de conformidad con el artículo 49 TUE. Por último, en el artículo 12.c) una tercera función que se corresponde con la participación en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión en el espacio de libertad, seguridad y justicia, al control político de Europol y a la evaluación de las actividades de Eurojust, de conformidad en los artículos 70, 85 y 88 TFUE.

En consecuencia podemos sistematizar las mismas de la siguiente manera:

1. Control de las actividades de las instituciones de la UE.
2. Velar por el respeto del principio de subsidiariedad, con la posibilidad de interponer recurso ante el Tribunal de Justicia de la UE por violación de dicho principio.
3. Participación en los mecanismos de cooperación parlamentaria con el Parlamento Europeo.

---

[2] A efectos de simplificar las referencias normativas en lugar de utilizar los preceptos del Tratado de Lisboa se utilizarán los correspondientes a los textos consolidados del Tratado de la Unión Europea —TUE— y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE—.

4. Participación en la revisión simplificada de los Tratados.
5. Información sobre las candidaturas de adhesión a la UE.
6. Control político de Europol.
7. Evaluación de las actividades de Eurojust.

Aunque la literatura científica se ha pronunciado de forma muy crítica [3] respecto de las funciones que se recogen en el Tratado de Lisboa, sobre todo en materia de subsidiariedad, e interpretan como una manifestación más de la deriva intergubernamental en detrimento de la Unión y especialmente de la Comisión; sin embargo, desde la perspectiva del acercamiento de las instituciones a la ciudadanía y precisamente como corolario propio del significado del principio de subsidiariedad, se plantea como una forma de relación entre los Gobiernos y los Parlamentos desde una perspectiva de control de éstos sobre aquéllos en un ámbito (la política europea) que hasta ahora no formaba parte de la agenda parlamentaria salvo de forma retórica y esporádica (baste para ello la experiencia de la Comisión Mixta de la Cortes Generales Congreso y Senado para la Unión Europea y de las Comisiones de Asuntos Europeos de los diversos Parlamentos de las Comunidades Autónomas).

En cuanto a los protocolos ya hemos mencionado que concretan la participación de los Parlamentos nacionales y los aspectos de procedimiento en relación con las funciones del artículo 12 y en concreto con el cumplimiento del principio de subsidiariedad. Resumidamente podemos distinguir las siguientes materias dentro de los protocolos:

1. Mecanismos de información para los Parlamentos nacionales:

   a) Remisión de todos los documentos de consulta de la Comisión:

      — Libros verdes, blancos, comunicaciones.
      — Programa legislativo anual.

   b) Proyectos de actos legislativos.
   c) Órdenes del día y resultados de las sesiones del Consejo incluidas las actas, en ciertos casos.
   d) Información en relación con el artículo 48.7 TUE.
   e) Informe anual del Tribunal de Cuentas.

2. Procedimiento de elaboración de las iniciativas legislativas por parte de la Comisión y cuestiones que deben recogerse en los proyectos:

   a) Procedimiento preliminar de amplias consultas, que deberán tener en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas.

[3] Mayoritariamente relacionada con la especialidad en Derecho comunitario.

b) Deber de motivar las iniciativas en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Todo proyecto de acto legislativo deberá incluir una ficha que permita evaluar el cumplimiento de los citados principios, el impacto financiero y, sus efectos en la legislación interna.

3. Regulación del mecanismo de alerta temprana para la emisión de dictámenes motivados sobre eventual violación del principio de subsidiariedad por parte de un proyecto de acto legislativo, plazo para su emisión, participación de los Parlamentos regionales y efectos de los dictámenes motivados (las tarjetas amarilla y naranja).
4. Legitimación para la interposición de los recursos de anulación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por violación del principio de subsidiariedad.
5. La cooperación interparlamentaria a través de la COSAC [4].

En el presente artículo realizaremos un somero análisis sobre la aplicación del principio de subsidiariedad y del mecanismo de alerta temprana previsto en el Tratado de Lisboa y protocolos anexos al mismo, la regulación al respecto en las Cortes Generales y en los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, sin perder de vista la experiencia comparada en los casos de Baviera, Escocia, y Flandes y en último lugar una serie de reflexiones y sugerencias sobre el desarrollo del sistema.

II. LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD, SU EVOLUCIÓN CRONOLÓGICA Y CONTENIDO

2.1. Evolución cronológica

Las primeras trazas del principio de subsidiariedad en los Tratados las podemos encontrar en el Acta Única Europea (referidas al medio ambiente), si bien es la reforma operada en Maastricht la que da carta de naturaleza a dicho principio como regla de funcionamiento, en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) y como «principio de buena gobernanza» en el Tratado de la Unión Europea (TUE) [5]. Con posterioridad, el Tratado de Ámsterdam, introdujo el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, en vigor hasta el Tratado de Lisboa.

---

[4] Sobre el papel de la COSAC cabe la consulta del Informe preparado con ocasión de la XLIII conferencia de dicho órgano celebrada en Madrid el 31 de mayo y el 1 de junio de 2010.

[5] Para mayor ampliación sobre la cuestión, CASTRO RUANO, José Luis, «El principio de subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea: una lectura en clave regional», *Gaceta Jurídica de la C. E.,* D-24 (1995).

En el ínterin entre ambos tratados (Ámsterdam y Lisboa), no podemos olvidar al «non nato» Tratado por el que se establece una Constitución para Europa o Tratado Constitucional de la Unión Europea (TCUE). En dicho texto se consagraba al principio de subsidiariedad como *«principio fundamental»,* y, preveía un nuevo Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad llamado a sustituir al de Ámsterdam que, como novedades más importantes, introducía la obligación para la Comisión de que al inicio de sus acciones, debería tener en cuenta la dimensión regional y local. Además previó un sistema de alerta temprana, por el cual todo Parlamento nacional o cámara de estos parlamentos podría en un plazo de seis semanas a partir de la fecha de transmisión de un proyecto de acto legislativo europeo, y otras propuestas políticas, dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, un dictamen motivado con la exposición razonada de las objeciones al proyecto que considerara que no se ajustase al principio de subsidiariedad. Se incluía la posibilidad de que cada Parlamento nacional podría consultar a los Parlamentos regionales con competencias legislativas, quedando esto a la decisión interna de cada Estado miembro en cuanto al procedimiento a aplicar.

Por último con el Tratado de Lisboa se abandonó la idea de un único Tratado Constitucional que sustituiría a todos los anteriores y se utilizó, el sistema clásico de un tratado de reforma con las modificaciones de los tratados existentes, conservando el Tratado de la Unión Europea su denominación, mientras que el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea pasó a denominarse Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión (TFUE).

Como acertadamente expone la profesora Mangas el Tratado de Lisboa ha diseminado parte del contenido del TCUE mediante una labor de centrifugado y recolocación de sus preceptos en los dos tratados TUE y TFUE.

Entre los elementos que sobrevivieron y encontraron acomodo en los tratados vigentes se encuentra el sistema de control del principio de subsidiariedad y el papel de los Parlamentos nacionales y regionales, así como el recurso, en determinados casos, ante el Tribunal de Justicia por violación del principio de subsidiariedad.

2.2. Contenido de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad

Los artículos 4 y 5 TUE prevén las reglas de atribución y de ejercicio de las competencias por parte de los órganos de la Unión. Con carácter preliminar y reiterada en ambos artículos se establece el principio de atribución expresa como regla de delimitación de las competencias de la Unión de tal suerte que toda competencia no atribuida a ésta en los Tratados corresponde a los Estados miembros y por tanto la actuación de la Unión para lograr los objetivos de los tratados queda comprendida dentro de los límites de las competencias expresamente atribuidas.

Asimismo, se fijan una serie de reglas que la Unión debe respetar:

1. La igualdad de los Estados miembros ante los Tratados.
2. La identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales incluyendo dentro de estas estructuras a la autonomía local y regional.
3. Las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En este último caso, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro configurándose como el núcleo duro de la soberanía.

A su vez, los principios de subsidiariedad y proporcionalidad rigen el ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión salvo en el caso de que sean exclusivas de los órganos comunitarios tal y como quedan recogidos en el artículo 3 TFUE. Dichos principios no son, en ningún caso, un mecanismo de atribución de competencias sino de modulación del ejercicio de las mismas.

La subsidiariedad implica que *«…la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión»* (art. 5.3 TUE).

Por su parte, en virtud del principio de proporcionalidad *«…el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados»* (art. 5.4 TUE).

Las instituciones de la Unión aplicarán ambos principios de conformidad con el Protocolo «sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad», encomendándose a los Parlamentos nacionales el deber de velar por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo, es decir, mediante el mecanismo de alerta temprana.

En palabras de la propia Comisión[6], dentro de los límites de las competencias de la Unión, la subsidiariedad es un principio rector que debe utilizarse para definir la frontera entre las competencias de los Estados miembros y las de la Unión Europea. Es decir, determinar *quién debe actuar.* Si la Unión tiene competencias exclusivas en un ámbito, está claro que es ella la que debe actuar. En cambio, si la Unión y los Estados miembros comparten esas competencias, el principio establece claramente una presunción en favor de que sean los Estados miembros quienes actúen. La Unión solo debe intervenir si los objetivos no pueden ser alcanzados adecuadamente por los Estados miembros. Esta posibilidad de intervención es la denominada *prueba de necesidad*. También cabe la intervención de la Unión si debido a

[6] Informe de la Comisión sobre subsidiariedad y proporcionalidad - XVII Informe Legislar mejor Com 2010/547 de 08/10/10.

las dimensiones o efectos de la acción en cuestión, dichos objetivos pueden ser alcanzados mejor por la Unión, la denominada *prueba del valor añadido o eficacia comparada*.

La proporcionalidad es un principio rector que permite establecer cómo la Unión Europea debe ejercer sus competencias, ya sean exclusivas o compartidas, en otras palabras, *cuál debe ser la forma y naturaleza de la intervención de la UE*. El artículo 5, apartado 4, dispone que el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Toda decisión debe favorecer la opción menos restrictiva.

La subsidiariedad es, por tanto, un concepto dinámico, cuya evaluación irá necesariamente cambiando con el tiempo. Permite que la intervención de los órganos de la Unión, dentro de los límites de sus competencias, sea mayor cuando las circunstancias así lo exigen e, inversamente, implica que se restrinja o abandone cuando ya no se dan las condiciones que hayan avalado dicha intervención. En definitiva, obliga a examinar si es necesario que los órganos de la Unión intervengan y en todo caso equivale a que las decisiones serán tomadas de la forma más próxima a la ciudadanía.

En cuanto se refiere al principio de proporcionalidad éste actúa en relación con la modulación de la intervención de los órganos de la Unión. Es decir, una vez aceptada dicha intervención se trata de verificar hasta dónde debe llegar la intensidad de la regulación, pudiendo resumirse en el siguiente axioma, la intensidad de la acción de la UE no debe exceder de lo necesario (alcance mínimo).

De lo anteriormente expuesto cabe extraer las siguientes consecuencias respecto de la aplicación de los citados principios y de la forma de intervención de los Parlamentos nacionales y subestatales:

1. Son principios dinámicos, evolucionan con el tiempo.
2. Regulan el ejercicio de las competencias.
3. Es un control político, no jurídico técnico del contenido concreto de la propuesta, es decir, de la labor legislativa. Por eso intervienen los Parlamentos en su control, ya que el pronunciamiento es de carácter global, se analiza el cumplimiento o no del principio, en otras palabras, es una valoración política de la necesidad de la medida y de su intensidad.
4. Su control por los Parlamentos de los Estados miembros y por los Parlamentos subestatales se aplica exclusivamente a los actos legislativos (reglamentos, directivas y ciertas decisiones). Están exentos los no legislativos (libros blancos, libros verdes, informes, recomendaciones, dictámenes y consultas), si bien tanto los libros blancos como los libros verdes como documentos esenciales para conocer el programa de la Comisión pueden ser analizados y, en su caso, revisados por los Parlamentos conforme a los procedimientos que establezcan al efecto.

5. Sólo se regula el ejercicio del control del principio de subsidiariedad, *ex ante,* a través del sistema de alerta rápida y *ex post* vía recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia [7], pero guarda silencio respecto del principio proporcionalidad. Sin embargo, en la práctica, es muy difícil la distinción sistemática entre uno y otro ya que están íntimamente relacionados entre sí.

2.3. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia ha venido recogiendo en su jurisprudencia la aplicación del principio de subsidiariedad, a través de diversos pronunciamientos [8], si bien la misma ha girado básicamente en torno a la obligación de motivar, por parte de los órganos de la UE, en las normas, el cumplimiento del principio de subsidiariedad, entendiendo que la mera justificación dada por dichos órganos es suficiente y procurando evitar que en aplicación del principio se pudieran renacionalizar las políticas, o que invocando dicho principio por un Estado miembro se permita la existencia de normas nacionales que vulneren otros preceptos de la normativa comunitaria.

No obstante, desde la Sentencia sobre la directiva de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco (C-491/01, *British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, de 10 de diciembre de 2002),* el Tribunal ha indagado en el análisis concreto de la aplicación del principio de subsidiariedad por los órganos de la Unión, aunque todavía parte de la presunción suficiente de la motivación recogida en las normas.

Así, en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de noviembre de 2007 (asunto T-374/04 *Alemania contra Comisión),* el TPI vinculó la carga de la prueba, que recae en la Comisión en el ejercicio de sus facultades de supervisión conforme al derecho derivado, al principio de subsidiariedad.

Concluyó que, cuando no exista ninguna norma comunitaria que prescriba de manera clara y precisa la forma y los métodos que los Estados miembros deben utilizar para garantizar la utilidad de las directivas, incumbe a la Comisión probar conforme a derecho que los instrumentos empleados por los Estados miembros son contrarios al Derecho comunitario.

---

[7] En relación al *ius standi* de las Regiones ante el TJUE, y sobre el recurso de anulación por violación del principio de subsidiariedad, cuestión que no trataremos en este artículo, existen numerosas monografías y estudios sobre la materia (por citar a las profesoras Maite Zelaia, Marta Sobrido, o al profesor Martín y Pérez de Nanclares), o también a Miquel Palomares (dentro de su trabajo «Las relaciones entre la Generalitat de Cataluña y la UE en el EAC de 2006») y, por lo tanto, nos remitimos íntegramente a las mismas.

[8] Caben citar *Union royale belge des sociétés de football association y otros vs. Bosman y otros,* C-415/93, de 15 de diciembre de 1995; *Comisión contra Bélgica,* C-11/95, de 10 de septiembre de 1996; Sentencia sobre la directiva de protección de los inversores ante entidades de crédito *(C-233/94, Alemania contra Parlamento y Consejo, de 13 de mayo de 1997)* Sentencia sobre la directiva de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco *(C-491/01, British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, de 10 de diciembre de 2002).*

También concluyó que cuando la Unión y los Estados miembros comparten competencias en un mismo campo, corresponde a la Comisión probar en qué medida las competencias de los Estados miembros quedan limitadas.

En la última reflexión en relación con el principio de subsidiariedad plasmada en la Sentencia de 8 de junio de 2010 (asunto C-58/08, *Vodafone Ltd, Telefónica O2 Europe plc, T-Mobile International AG, Orange Personal Communications Services Ltd contra Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform),* el Tribunal[9] recuerda que cuando la Comisión al amparo de la base jurídica del artículo 114 TFUE (antiguo art. 95 TCE) adopte medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros con la finalidad y objeto del establecimiento y funcionamiento del mercado interior, se aplica el principio de subsidiariedad en la medida en que dicha disposición no le concede competencia exclusiva para regular las actividades económicas en el citado ámbito.

De la lectura de los apartados 72 a 80 de la citada Sentencia, parece desprenderse que el Tribunal reitera y mantiene que basta la mera motivación del órgano legislador para justificar la adopción de la medida. Así, en el apartado 76 se expresa que el legislador con el propósito de preservar la competencia «entre operadores de red móvil», estableció un enfoque común, en especial con objeto de contribuir al buen funcionamiento del mercado interior, permitiendo que esos operadores actuaran en un marco regulador único y coherente.

A su vez, (apartado 77) atendiendo a la justificación utilizada en el Reglamento (considerando 14 del Reglamento núm. 717/2007), el Tribunal de Justicia ampara la decisión del legislador en cuanto avala el juicio de éste ya que dedujo de ello que su acción requería un enfoque común tanto al nivel de los precios al por mayor como al de los precios al por menor, a fin de contribuir al funcionamiento ordenado del mercado interior de esos servicios (telefonía móvil).

No obstante, como suele ser habitual para poder interpretar el juicio intelectivo desarrollado por el Tribunal de Justicia es conveniente acudir a las Conclusiones del Abogado General[10], en este caso los apartados 27 a 36, de tal suerte que en dichas Conclusiones podemos encontrar la visión que los órganos judiciales tienen sobre la funcionalidad del principio de subsidiariedad.

Así, partiendo del contenido del artículo 5 TUE (*antiguo art. 5 TCE*), los órganos de la Unión sólo están facultados para actuar en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel de la Unión. Por tanto, deberá demostrarse que el legislador

---

[9] En este asunto el Tribunal analiza la aplicación del Protocolo tal y como estaba recogido en el Tratado de Ámsterdam y las referencias a los artículos son las correspondientes los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea previos al Tratado de Lisboa.

[10] Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro presentadas el 1 de octubre de 2009.

europeo está en mejor posición que el legislador nacional para regular una determinada materia (*en este caso, las tarifas al por menor de la itinerancia de la telefonía móvil*).

Dentro del análisis jurídico, para apreciar la conformidad con el principio de subsidiariedad de una determinada norma no son decisivos ni el objetivo pretendido por las disposiciones ni la intención del legislador.

En primer lugar, la valoración que ha de realizarse con arreglo al principio de subsidiariedad no se refiere al objetivo pretendido sino a la cuestión de si la prosecución de ese objetivo requiere la acción de la Unión *(prueba de la necesidad)*. Es posible, por tanto, que determinados objetivos de la Unión, que por sí mismos justifican la existencia de competencia de dichos órganos, pueden perseguirse mejor por los Estados miembros, con la consecuencia de que no está justificado el ejercicio de esa competencia por órganos comunitarios.

En segundo lugar, la intención del legislador europeo no es suficiente para demostrar la conformidad con el principio de subsidiariedad. Éste requiere que haya una justificación razonable para la proposición de que es necesaria dicha acción. Ello debe tener soporte en algo más que el mero énfasis en los posibles beneficios derivados de una acción de la Comunidad *(prueba del valor añadido o eficacia comparada)*. También implica la determinación de los posibles problemas o costes que llevaría consigo dejar que los Estados miembros afronten la situación. Al exigirlo el Tribunal de Justicia no sustituye la valoración del legislador europeo por la suya propia sino que sólo exige tomar en serio la subsidiariedad.

En función de dichas premisas y en relación con el caso concreto el Abogado General expresa en el apartado 31 de sus Conclusiones *«…Si bien, como queda expuesto, existía un problema manifiesto de acción colectiva que justificaba la actuación de la Comunidad al nivel de los precios al por mayor, no parece existir un sólido argumento directo para la armonización de los precios al por menor. Además, no todas las ventajas competitivas pueden calificarse necesariamente como una distorsión de la competencia. El legislador comunitario tenía que exponer una argumentación en apoyo de esa conclusión y no lo hizo»*.

No obstante, se considera que una argumentación a favor de la eficacia legislativa, de tal suerte que se justifique que la imposición de una determinada norma a nivel europeo es necesaria para conseguir los objetivos de la regulación (*en este caso, la imposición de tarifas máximas en los precios al por menor*), puede habilitar la intervención del legislador europeo, siempre respetando el principio de subsidiariedad.

De todas formas, en el caso analizado en la Sentencia Vodafone y otros, el argumento decisivo que habilita la intervención del legislador europeo y a la adopción del Reglamento enjuiciado, es la naturaleza transfronteriza de la actividad económica que había que regular. *«Debido al carácter transnacional de la actividad económica considerada (la itinerancia), la Comunidad puede estar más decidida a responder al problema a la vez que en mejor posición para ponderar todos los costes y beneficios de la acción proyectada para el mercado interior»*.

En consecuencia, el Abogado Poiares Maduro concluye, en el apartado 34 que *«…dado que estaba en juego la confirmación de derechos propios del ordenamiento comunitario, el legislador comunitario puede haber concluido de forma razonable que las autoridades reguladoras nacionales posiblemente no habían atribuido a esos derechos el grado de prioridad que el legislador comunitario consideraba necesario. […] En virtud del carácter transfronterizo de la itinerancia es la Comunidad quien tiene un especial interés en proteger y promover esa actividad económica»*.

Aunque en la Sentencia no se recoge, el Abogado General también analiza la cuestión de la proporcionalidad. A este respecto señala que el Tribunal de Justicia tiene que apreciar si la decisión del legislador sobre la forma de afrontar un determinado problema *(las elevadas tarifas de la itinerancia)* es proporcionada tanto en relación con los objetivos del artículo invocado para aprobar el proyecto legislativo *(en este caso, el art. 95 TCE, hoy art. 114 —TFUE— referidos al establecimiento del mercado interior)* como con el objetivo de política de protección del consumidor, puestos en ponderación con la pérdida de autonomía de los Estados miembros y con la interferencia en los derechos de los demandantes.

Como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto en muchas ocasiones, al apreciar la proporcionalidad de las decisiones del legislador el Tribunal tiene que reconocerle un margen de discrecionalidad. En consecuencia, en principio y en ese ámbito *«el control jurisdiccional del ejercicio de su competencia "del legislador" debe limitarse a examinar si adolece de un error manifiesto o de desviación de poder o si el legislador se ha extralimitado claramente en su facultad de apreciación»*.

La apreciación de la proporcionalidad también requiere que el Tribunal de Justicia considere si la superior capacidad de la Unión para lograr los objetivos de la legislación relevante es tal que justifica la pérdida de autonomía de los Estados miembros inherente al criterio elegido por el legislador.

Como colofón de lo anteriormente expuesto, podemos concluir que el Tribunal de Justicia, en la práctica y como ya hemos enunciado, acepta la justificación que el legislador comunitario recoge en su normativa en relación con el respeto al principio de subsidiariedad y reconociendo el margen de discrecionalidad con que cuenta el legislador de la Unión para apreciar el cumplimiento de dicho principio.

III. EL SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA Y EL ANÁLISIS DE LA SUBSIDIARIEDAD. SU EJERCICIO

3.1. Configuración en el Protocolo de Subsidiariedad y proporcionalidad del sistema de alerta temprana

Conforme con el Protocolo sobre la aplicación de los Principios de subsidiariedad y proporcionalidad, el sistema de alerta temprana sólo se aplica a los Proyectos destinados a la adopción de un acto legislativo. El ar-

tículo 3 del citado Protocolo define que dentro de dicha categoría de *«proyectos de actos legislativos»* se encuentran las propuestas de la Comisión, del Parlamento, las iniciativas de un grupo de Estados miembros, las peticiones del Tribunal de Justicia, las recomendaciones del Banco Central Europeo y las peticiones del Banco Europeo de Inversiones [11]. También en su artículo 7 se refiere a los actos del Consejo, sin mayor precisión.

A efectos de conocer cuáles son en derecho de la UE los actos legislativos debemos acudir al artículo 289 TFUE que considera como tales los Reglamentos, las Directivas y ciertas Decisiones [12], a su vez enuncia los procedimientos legislativos ordinario y especial, regulados en el artículo 294 TFUE. Igualmente en el apartado 3 del artículo 289 TFUE y a modo de conclusión para cerrar el círculo de la tipología de los actos legislativos de forma tautológica define que *«Los actos jurídicos que se adopten mediante procedimiento legislativo constituirán actos legislativos»*.

Por su parte, el artículo 288 TFUE define cada uno de estos instrumentos por su alcance y efectos, así el Reglamento tendrá un alcance general y será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios y, en último lugar, la Decisión será obligatoria en todos sus elementos y cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos.

Volviendo al Protocolo y en relación con las especificidades del procedimiento legislativo a seguir por la Comisión a la hora de proponer un acto legislativo para garantizar el cumplimiento del principio de subsidiariedad podemos distinguir entre la fase *ex ante* y los elementos que deberán recogerse en la propuesta legislativa para motivar el cumplimiento del principio.

En primer lugar, según el artículo 2 del Protocolo antes de proponer un acto legislativo la Comisión habrá de proceder a amplias consultas, teniendo en cuenta en su caso las dimensiones regional y local de las acciones consideradas.

A este respecto, debemos recordar que la Comisión en relación con el diálogo estructurado con las regiones, tiene establecido que la consulta deberá realizarse a través de asociaciones estatales y europeas, de colectividades regionales (y locales). No se trata, pues, de una consulta individualizada bilateral en la que las entidades afectadas puedan expresar su posición de manera independiente, sino que los interlocutores de la consulta son asociaciones que tienen que estar en condiciones de emitir una opinión

---

[11] En realidad no es más que la reiteración de lo dispuesto en el artículo 289.4 TFUE al que luego nos referiremos.

[12] En relación con el análisis de los instrumentos jurídicos de la Unión «El ordenamiento jurídico comunitario del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa», Lucía Millán Moro, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (mayo/agosto 2010).

colectiva que satisfaga y represente al conjunto de las entidades que forman parte de ella [13].

De todas formas actualmente la Comisión plantea procesos de consulta abierta en la fase prelegislativa que permite la presentación de las opiniones, criterios y posiciones de los Gobiernos regionales individualmente y a través de los foros y órganos consultivos, como es el caso del Comité de las Regiones [14].

Es dentro de este proceso prelegislativo donde se puede plasmar una visión de la subsidiariedad en positivo. La intervención en la elaboración de los libros verdes y libros blancos, es el lugar adecuado para plantear aquéllas cuestiones que desde la óptica de las entidades subestatales con poderes legislativos podrían recogerse en los proyectos legislativos concretos y por tanto influir en su elaboración para que atiendan realmente la dimensión regional.

Conforme al artículo 5 del Protocolo todo proyecto de acto legislativo deberá incluir una ficha con los pormenores que permitan evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, lo que se denomina ficha de subsidiariedad. Posteriormente volveremos sobre esta cuestión porque constituye la base para realizar el control del cumplimiento del principio de subsidiariedad, y es elemento sustancial de cara al control judicial del acto legislativo, como hemos señalado en el apartado 2.3 del presente artículo. En todo caso, cabe indicar que conforme al Protocolo en esa ficha se debe tener en cuenta el impacto de la normativa en la legislación regional.

En último lugar, en dicho artículo 5 se establece un criterio material según el cual todos los proyectos de acto legislativo tendrán que tomar en cuenta que cualquier carga de carácter financiero o administrativo que recaiga sobre la Unión, sobre los gobiernos estatales, sobre las autoridades regionales y locales, así como sobre los agentes económicos y los ciudadanos sea lo más reducida posible, utilizando un sistema de evaluación de impacto del proyecto. Es preciso recalcar que la evaluación de impacto constituye un documento esencial para poder analizar la afección del principio de subsidiariedad del acto legislativo comunitario y que en muchas ocasiones de la misma solo se facilita un resumen en castellano debiendo acudir a la versión en inglés o en francés para poder acceder al texto completo.

En definitiva, en palabras de la propia Comisión *«… se debe consultar ampliamente antes de proponer textos legislativos, declarar en la Exposición de motivos de cada propuesta legislativa las razones por las que considera que la propuesta se ajusta a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y tener en cuenta la carga que recae en la Comunidad, los gobiernos nacionales, las autoridades locales, los operadores económicos y los ciudadanos».*

---

[13] Comunicación sobre el «Diálogo con las asociaciones de colectividades territoriales sobre la elaboración de las políticas de la Unión Europea» [COM (2003) 811 final, de 19 de diciembre de 2003].

[14] A esta participación hace referencia PALOMARES AMAT, Miquel, en *Parlaments regionals y procediment d´adopció de decisions a la Unió Europea,* Parlament de Catalunya, Barcelona, 2005.

Como se puede ver a lo hora de valorar los efectos de cualquier proyecto legislativo la dimensión regional debe ser tenida en cuenta, lo cual no es más que la mera aplicación del principio de subsidiariedad.

Tras las fases prelegislativas y de elaboración del texto propiamente dicho, en las cuales son los servicios de la Comisión quienes centran lógicamente este proceso, llegamos a la parte en la cual intervienen los legislativos de los estados miembros y en donde aparece recogido en el Protocolo el papel de los Parlamentos de las entidades subestatales con poderes legislativos.

Tanto en el artículo 2 del Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, como específicamente el artículo 4 del Protocolo sobre subsidiariedad establecen la obligación de remitir los proyectos de actos legislativos directamente a los Parlamentos nacionales. Por lo que se refiere a la Comisión ésta transmitirá sus proyectos de actos legislativos, así como sus proyectos modificados, a los Parlamentos de los Estados miembros al mismo tiempo que al legislador de la Unión. Por su parte, el Consejo, en labor de intermediación, transmitirá los proyectos de los actos legislativos que tengan su origen en un grupo de Estados miembros, en el Tribunal de Justicia, en el Banco Central Europeo o en el Banco Europeo de Inversiones, y por último el Parlamento Europeo transmitirá sus resoluciones legislativas y el Consejo sus posiciones a los Parlamentos nacionales inmediatamente después de su adopción.

Los Parlamentos de los Estados miembros disponen de un plazo de ocho semanas para emitir un dictamen motivado si consideran que la propuesta no respeta el principio de subsidiariedad, previa consulta, en su caso, a los Parlamento regionales con competencias legislativas (art. 6 del Protocolo de subsidiariedad). A este respecto, no existen dudas de que el Protocolo abre la posibilidad de participación de los legislativos regionales en el proceso de alerta temprana, si bien ésta solamente cabe articularla mediante los procedimientos que se establezcan internamente en cada Estado miembro atendiendo a su estructura constitucional y de acuerdo con sus tradiciones constitucionales (art. 4.2 TUE), siendo diversas las respuestas dadas ante esta habilitación como veremos más adelante en el apartado 4.1 de esta reflexión.

El *dies a quo,* a partir del cual comienza el plazo de ocho semanas no es la fecha de recepción por el Parlamento estatal, sino la del envío por la institución respectiva. Ésta se determina por el momento en el cual se ha traducido la propuesta a todas las lenguas de la Unión (momento en el cual se envía al legislador de la Unión).

Por otra parte, el artículo 6 del Protocolo sólo contempla la elaboración y aprobación de un dictamen en caso de que se considere que la propuesta no respeta el principio de subsidiariedad. Como se expresa por la doctrina y la literatura jurídica, el sistema de alerta temprana tiene como finalidad que las instituciones legislativas de la Unión presten atención a las posibles repercusiones de su legislación y, cuando se producen los dictámenes de modo numeroso, obligan a éstas a volver a estudiar y revisar la propuesta.

Ahora bien, no basta un mero pronunciamiento sino que el dictamen tiene que ser motivado, es decir, los Parlamentos deberán expresar los motivos por los que entienden que no es necesaria la intervención de la Unión ya que los objetivos pretendidos pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros.

El artículo 7 del Protocolo prevé que cada Parlamento nacional dispondrá de dos votos, repartidos en función del sistema parlamentario nacional. En un sistema parlamentario nacional bicameral, cada una de las dos cámaras dispondrá de un voto. Esto nos da un total de 54 votos. En el caso de las Cortes Generales como veremos más adelante, corresponde a la Comisión Mixta para la Unión Europea la emisión del dictamen motivado por lo que en ese caso ejercerá los dos votos, salvo avocación por el Pleno del Congreso o del Senado.

La regla general de funcionamiento del sistema implica que los órganos proponentes de la Unión tendrán en cuenta los dictámenes motivados dirigidos por los Parlamentos nacionales o cualquiera de las cámaras de un Parlamento nacional. Ahora bien, no hay una obligación formal de informar al Parlamento nacional afectado de la manera en que se ha tenido en cuenta su dictamen.

No obstante, el protocolo ha diseñado un sistema que conlleva para el órgano comunitario el deber de re-examen de la iniciativa mediante el procedimiento denominado por la doctrina como «tarjeta amarilla» y «tarjeta naranja».

En el caso de la denominada tarjeta amarilla el deber de reexaminar queda limitado al autor de la iniciativa. Para que se active es preciso que 1/3 de los votos atribuidos a los Parlamentos nacionales (18) se muestre contrario a la propuesta, lo que implicará la revisión del proyecto y la obligación de adoptar una decisión sobre su mantenimiento, modificación o retirada.

En la tarjeta naranja, el deber de reexaminar por el legislador de la Unión, se genera a partir de que la mitad de los votos de los Parlamentos nacionales (27) sea contrario a la propuesta. En el caso de que el órgano autor decida el mantenimiento del acto legislativo deberá emitir un dictamen motivado que será enviado junto con los dictámenes de los Parlamentos estatales al legislador de la Unión.

Cabrá la desestimación de la iniciativa en caso de que así lo decida un 55% de los miembros del Consejo o la mayoría de los votos del Parlamento Europeo por considerar que la propuesta es incompatible con el principio de subsidiariedad.

En realidad este sistema deja en manos del legislador comunitario la decisión de seguir adelante con la propuesta. Además resulta evidente que no sólo el número de dictámenes recibidos sino sobre todo de qué países proceden serán determinantes para el devenir del proyecto.

Como se ha manifestado por algunos autores [15], posiblemente el mecanismo de alerta temprana tenga un impacto modesto ya que la posibilidad

[15] «Destined for irrelevance? Subsidiarity control by national parliaments» (WP), Tapio RAUNIO, Real Instituto Elcano.

de alcanzar de forma coordinada el número suficiente de votos de los Parlamentos, para que dé lugar al procedimiento bien de la tarjeta amarilla o bien de la tarjeta naranja es francamente difícil, y dependerá en gran medida de la posición de los Gobiernos. En este sentido es probable que aquellos Gobiernos que entiendan que se encuentran en una posición minoritaria dentro del Consejo utilicen la vía del Protocolo para reforzar su posición con el apoyo del Parlamento correspondiente.

En todo caso, desde un punto de vista positivo la existencia del mecanismo puede conllevar que la Comisión justifique de forma más intensa y cuidadosa sus propuestas legislativas y por otra parte que los Parlamentos nacionales y regionales presten más atención a las cuestiones de la Unión Europea sobre todo en lo relativo al control de la actividad de los Gobiernos en dicho ámbito.

3.2. Monitorización de la subsidiariedad

Como ya hemos enunciado anteriormente el control de la subsidiariedad es un control político, que como manifiesta la doctrina[16] su finalidad es evaluar y constatar:

1. Si las normas son necesarias.
2. Si las normas aportan un beneficio claro.
3. Si las normas son proporcionales a los objetivos de los tratados.

Para dicho fin, como ya se indicó anteriormente, el artículo 5 del Protocolo de subsidiariedad prevé que todo proyecto legislativo debe incluir una ficha que permita evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad a fin de analizar:

a) El impacto financiero.
b) Los efectos de los proyectos en la normativa desarrollada por los Estados y, cuando proceda, por la legislación regional.
c) Indicadores cualitativos y cuantitativos que justifiquen la necesidad de legislar a nivel de la Unión.
d) Las cargas administrativas y/o financieras a nivel de la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales sea lo más reducida posible y proporcionada a los objetivos que se pretenden alcanzar.

En los procedimientos seguidos hasta la fecha en el Parlamento Vasco[17], en algunos casos se han planteado observaciones y reservas al entender que

---

[16] Álvarez Conde, Enrique, «Los Parlamentos nacionales y la Unión Europea: el mecanismo de alerta temprana», *Revista de Derecho Político*, núm. 65 (2006).

[17] Ver el artículo de Auzmendi del Solar, Montserrat, «El refuerzo del control de la subsidiariedad: el mecanismo de alerta rápida» en *Revista Aranzadi Unión Europea,* núm. 5, mayo 2010.

se constataba la ausencia de algunos de los indicadores que deberían aparecer en dicha ficha.

No existe un modelo determinado o modelo respecto de cómo se debe realizar la monitorización de la subsidiariedad por los Parlamentos, recordemos que se trata de plasmar un acuerdo parlamentario motivado sólo en el caso de que fuera contrario al proyecto legislativo europeo por incumplimiento del principio de subsidiariedad. En consecuencia como veremos en los siguientes apartados las soluciones adoptadas son diversas y en gran medida requieren del apoyo por parte de los Gobiernos, bien mediante la emisión de informe o por comparecencias y en, todo caso, contando con los diversos servicios de la Cámara tanto de índole jurídica como documental.

Aunque con posterioridad analizaremos los diversos procedimientos adoptados por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas para la aplicación del mecanismo de alerta temprana, describiremos simplificadamente el sistema que se sigue en el Parlamento Vasco.

1. Recibida la iniciativa en el Registro General de la Cámara remitido por las Cortes Generales, se abre el expediente correspondiente, se le asigna de forma liminar por la Secretaría General la Comisión sectorial en función de la materia sobre la que trate, y se remitirá toda la documentación a la Presidencia, a la Mesa del Parlamento, a los Grupos Parlamentarios, a la Comisión y a los Servicios Jurídicos y al Gobierno para su conocimiento.
2. La Mesa de la Cámara, en su sesión más próxima, realizará su labor de calificación y da los pasos procedimentales correspondientes incluyendo el envío de la documentación a las Juntas Generales de los Territorios Históricos, en aquellos casos en los que las competencias de los mismos se vean afectadas por la concreta iniciativa.
3. En cuanto al plazo, para que los grupos parlamentarios puedan formular las observaciones que estimen oportuno, se ha delegado en las Mesas de las Comisiones la fijación del mismo con carácter general, al entender que cuentan con más elementos de juicio para poder evaluar el tiempo necesario para poder responder en el plazo máximo de cuatro semanas.
4. El presidente de la Comisión sectorial correspondiente, en el caso de que en el plazo fijado al efecto se hubieran presentado propuestas por parte de los grupos parlamentarios, o petición de comparecencias y a la vista del informe remitido por el Gobierno, procederá a la convocatoria urgente del órgano en el menor plazo posible, e iniciará los trámites para, en su caso, la elaboración de un dictamen acerca de la adecuación o no de la iniciativa europea al principio de subsidiariedad.
5. El dictamen, si lo hubiere, será remitido a la Mesa del Parlamento, quien, a su vez, ordenará su publicación en el Boletín Oficial del Parlamento Vasco, así como su envío a las Cortes Generales a través del conducto de la Presidencia.

Para el contenido concreto del análisis y siguiendo el modelo aplicado por el Comité de las Regiones en su red de monitorización del principio de subsidiariedad se puede seguir el siguiente esquema:

1. Base jurídica del proyecto en relación con el Tratado y el tipo de competencia de los órganos de la Unión y justificación utilizada por las instancias comunitarias.
2. Competencias afectadas, en su caso, de la Comunidad Autónoma conforme a su Estatuto de Autonomía.
3. Verificación de las condiciones del principio de subsidiariedad, argumentadas por los órganos legislativos de la Unión:

   a) Prueba de la necesidad.
   b) Prueba del beneficio claro.
   c) Prueba del alcance mínimo.

4. Cuando se considere necesario, análisis del impacto, verificación del principio de proporcionalidad[18], sobre todo en relación con la consideración de los factores locales y regionales en la consulta.

En consecuencia, para elaborar, en su caso, el Dictamen habrá que determinar con carácter previo que tipo de competencia se invoca por los órganos legislativos de la Unión y cuál es la delimitación de la misma en los Tratados. Precisamente una de las tareas que se ha recogido en el Tratado de Lisboa procedente del Tratado Constitucional ha sido la clarificación del sistema de competencias[19], de tal suerte que tras plasmar el principio de atribución de competencias ya comentado anteriormente, se ha completado con la elaboración de un prolijo catálogo de las mismas junto con la definición de los distintos niveles que pueden desarrollarse por los órganos de la Unión.

Como señala el profesor Aldecoa, mediante el Tratado de Lisboa se introducen las distintas categorías de competencias, su definición y enumeración y los principios que guían su delimitación y ejercicio, partiendo del artículo 5 TUE que regula los principios fundamentales que rigen el ejercicio competencial, la atribución como fuente de las competencias y la subsidiariedad y proporcionalidad como principios rectores del ejercicio competencial. Por su parte en el Título I TFUE se definen las categorías de competencias existentes y se enumera el ámbito de las mismas.

Podemos distinguir hasta cuatro tipos diferentes, las de carácter exclusivo (art. 3 TFUE), las compartidas (art. 4 TFUE), las de apoyo (art. 6 TFUE)

---

[18] No podemos olvidar que aunque el sistema sólo se aplica sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad, éste se encuentra íntimamente ligado al principio de proporcionalidad.

[19] A este respecto el artículo de ALDECOA LUZARRAGA, Francisco, «El sistema de competencias y el control del principio de subsidiariedad: una delimitación clara y comprensible», *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, Francisco ALDECOA LUZARRAGA, Mercedes GUINEA LLORENTE, Madrid, 2008.

y, por último, las políticas especiales que puede adoptar la Unión al amparo del artículo 5 TFUE para coordinar determinadas políticas concretas.

Cabe recordar que el principio de subsidiariedad no se aplica a las competencias exclusivas de la UE. Éstas, según el artículo 3 TFUE son las siguientes:

1. La unión aduanera, que se desarrolla en el artículo 31 TFUE.
2. El establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior, contemplada en los artículos 103 y 109 TFUE.
3. La política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro (art. 3 TUE y arts. 127 a 138 TFUE).
4. La conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común (arts. 3, 40 y 43 TFUE).
5. La política comercial común (arts. 206 y 207 TFUE).
6. Celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.

En consecuencia, el análisis sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad solamente se aplica en los supuestos de las competencias compartidas previstas en el artículo 4 TFUE y de las acciones que se desarrollen por los órganos legislativos de la Unión con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros según el artículo 6 TFUE.

Las competencias compartidas se aplicarán en los siguientes ámbitos principales:

1. El mercado interior (art. 3 TUE y en función de los diversos ámbitos del TFUE con carácter general el art. 26; trabajadores arts. 46 y 48; derecho de establecimiento y servicios arts. 50 y 62; capital art. 64; armonización impositiva art. 113 y cláusula general de armonización de las disposiciones legales, reglamentarias art. 114).
2. La política social, en los aspectos definidos en los artículos 19, 153, 155 y 157 TFUE.
3. La cohesión económica, social y territorial en relación con el artículo 3 TUE y artículos 164, 175, 177 y 178 TFUE.
4. La agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos (arts. 4, 40 y 43 TFUE).
5. El medio ambiente (art. 3 TUE y art. 192 TFUE).
6. La protección de los consumidores (art. 169 TFUE).
7. Los transportes (arts. 91 y 100 TFUE).
8. Las redes transeuropeas (art. 172 TFUE).
9. La energía (art. 194 TFUE).
10. El espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 3 TUE y arts. TFUE 67 —general—; 77 a 79 —fronteras, asilo y emigración—; 81 a 84 —cooperación judicial, legislación penal—; 86, 87 y 89 —cooperación policial—).

11. Los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el artículo 168 TFUE.
12. Ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio (arts. 182, 187 y 189 TFUE).
13. Ámbitos de la cooperación para el desarrollo y de la ayuda humanitaria (arts. 209, 212 y 214 TFUE).

En cuanto a las competencias de apoyo conforme con lo dispuesto en el artículo 6 TFUE, en su finalidad europea, son las siguientes:

1. La protección y mejora de la salud humana (art. 168 TFUE).
2. La industria (art. 173 TFUE).
3. La cultura (art. 3 TUE y art. 167 TFUE).
4. El turismo (art. 195 TFUE).
5. La educación, la formación profesional, la juventud y el deporte (arts. 165 y 166 TFUE).
6. La protección civil (art. 196 TFUE).
7. La cooperación administrativa (arts. 74 y 197 TFUE).

En último lugar no podemos olvidar las políticas especiales que puede adoptar la Unión al amparo del artículo 5 TFUE para coordinar las políticas económicas (arts. 120 a 123) y las políticas de empleo (arts. 148 y 149), así como las disposiciones particulares a los Estados miembros cuya moneda es el euro.

En función de la intensidad del artículo que invoque el órgano legislador de la Unión para adoptar la propuesta legislativa nos puede dar una idea en relación con los indicios de una posible contravención del principio de subsidiariedad o, en su caso, la necesidad de desarrollar una mayor carga probatoria por parte de los órganos legislativos europeos.

IV. LOS PROCEDIMIENTOS Y LA APLICACIÓN DEL SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA EN LOS PARLAMENTOS

4.1. Los procedimientos en Parlamentos de regiones con poderes legislativos en Europa (Baviera, Escocia, Flandes)

Una vez vistos los rasgos del sistema de alerta temprana y antes de examinar la legislación y procedimientos previstos en el Estado es conveniente conocer como se está regulando el procedimiento interno para el ejercicio de estas competencias en otros parlamentos de regiones con poderes legislativos de la Unión Europea [20].

[20] En relación con este apartado quiero agradecer la información y colaboración de Lewis McNaugton, assistant Clerk, de la Comisión de relaciones europeas y externas del Parlamento de Escocia y de Constanza Gaeta encargada de las relaciones internacionales y comunitarias de la Conferencia de Presidentes de las Asambleas legislativas de las Regiones y Provincias autónomas de Italia.

Atendiendo a la estructura interna de los Estados miembros sólo en ocho de ellos podemos encontrar regiones con poderes legislativos, de las cuales, 78 Parlamentos forman parte integrante de la CALRE [21]. Dado el objeto de la presente exposición no nos detendremos en una exposición pormenorizada de las funciones de la CALRE y de las declaraciones y documentos elaborados a su amparo, que en el caso de la subsidiariedad cuenta con un grupo de trabajo propio en la materia.

Baste señalar que la diversidad es la seña de identidad de los Estados con estructura compuesta, de tal suerte que podemos encontrar por un lado las similitudes en cuanto a la generalidad de la existencia de poderes legislativos regionales en cinco países, si bien con diferencias en cuanto a los poderes, competencias y participación en los procesos decisionales a nivel nacional pudiendo distinguir entre el carácter federal en Alemania y Austria, por otro lado el sistema parlamentario nacional belga integrado por las siete Cámaras, la singularidad de las Comunidades Autónomas en el caso español, o las Regiones italianas, el sistema asimétrico del Reino Unido que veremos posteriormente y, en último lugar, los casos de Portugal y Finlandia que se refieren a unas situaciones muy concretas ligadas al devenir histórico y a la insularidad de los territorios autónomos (Azores, Madeira y Aland), por lo cual no nos detendremos en estos últimos.

En el caso de Italia, respecto de la subsidiariedad y el mecanismo de alerta temprana, a la fecha de estas líneas, no se ha aprobado ningún procedimiento que establezca las relaciones entre los Parlamentos regionales y las dos cámaras del Parlamento nacional. En realidad todavía no se ha modificado la legislación para adaptarla al Tratado de Lisboa en lo que se refiere a la participación del Parlamento italiano en el proceso legislativo de la Unión Europea. Por otra parte, sólo una minoría de Parlamentos regionales han participado en los procedimientos de monitorización de la subsidiariedad y no existe en la mayoría de los casos un procedimiento establecido al efecto.

Por lo que se refiere a Austria, como se señala por el profesor Bussjäger [22], el sistema federal es totalmente simétrico, los nueve Länder tienen iguales derechos en relación con sus competencias legislativas y su autonomía constitucionalmente garantizada. La Constitución federal determina básicamente el sistema de elección, composición y papel de los parlamentos regionales «Landtage», pero las Constituciones internas de los Länder regulan con detalle las funciones de los parlamentos.

Hay que señalar que hasta la fecha, como en el caso italiano, no se han establecido los procedimientos específicos para habilitar la participación de los Landtage en el control de la subsidiariedad y eso a pesar de que en

---

[21] En relación con la CALRE nos remitimos a los artículos de Arce Janáriz, Alberto, «Las Regiones Legislativas de la Unión Europea», en *Asamblea,* núm. 7 (dic. 2002) y Mancisidor Artaraz, Eduardo, «Parlamentos autonómicos e integración europea», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario,* núm. 6, 1998.

[22] Nos referimos a su artículo «Between Europeanization, Unitarism and Autonomy. Remarks on the Current Situation of Federalism in Austria», publicado en *REAF,* núm. 10, abril 2010.

la Constitución federal existen previsiones respecto de la participación de los Länder en los procesos de decisión en el ámbito europeo, pero como en el caso alemán se centralizan en los Gobiernos regionales. No obstante, las Constituciones internas de los Länder recogen la participación de los Landtage en los procedimientos de consulta en los asuntos europeos, así el artículo 55 de la Constitución de Vorarlberg[23]. Sin perjuicio de lo anterior, los parlamentos de los Länder están demandando la institucionalización de los procedimientos de control de la subsidiariedad a fin de definir el régimen de relaciones entre el Parlamento federal y los parlamentos estatales.

Tras esta breve introducción, vamos a aproximar nuestro examen respecto de la situación en los Estados miembros con regiones con poderes legislativos a los casos de Alemania, Reino Unido y Bélgica a través de tres entidades subestatales Baviera, Escocia y Flandes.

4.1.1. *Baviera*

El artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn establece las reglas generales de participación de la Federación y de los Länder en la construcción de la Unión Europea. A dichos efectos los Länder pueden contribuir a la política europea de la República Federal a través del «Bundesrat», por su parte el Gobierno Federal debe informar tanto al «Bundestag» como al «Bundesrat» de forma completa y lo antes posible sobre las iniciativas y proyectos de los órganos de la Unión Europea.

Igualmente, en dicho artículo 23 al definir a la Unión Europea se destaca que la misma se ha comprometido con los principios de carácter federal, sociales, del Estado democrático de Derecho y del principio de subsidiariedad que garantizan la protección de los derechos de manera sustancialmente similar a la Ley Fundamental.

Por su parte, a través de la Ley relativa al ejercicio de la responsabilidad de la integración del Bundestag y del Bundesrat en los asuntos de la Unión Europea, se regulan las diversas funciones que en el artículo 12 TUE y en los protocolos correspondientes al papel de los Parlamentos nacionales y sobre subsidiariedad hemos visto en la introducción de este artículo. En concreto respecto de la subsidiariedad el artículo 11 prevé que tanto el Bundestag como el Bundesrat podrán establecer en sus correspondientes reglamentos las modalidades a fin de aprobar el dictamen motivado previsto en el artículo 6 del Protocolo de subsidiariedad y proporcionalidad, correspondiendo a los presidentes de las Cámaras la remisión de los dictámenes a los órganos competentes de la Unión así como informarán al Gobierno federal.

---

[23] Dicho artículo 55 establece el deber del Gobierno del Länd de remitir al Parlamento los proyectos que, en el ámbito de la integración europea, haya a su vez recibido del Gobierno Federal, que afecten a las competencias legislativas del Länd.

A su vez, mediante la Ley de cooperación del Gobierno federal y el Bundestag en los asuntos de la Unión Europea se han regulado tanto las modalidades de información como el régimen de obligaciones y derechos, cooperación que se desarrolla mediante un Convenio entre ambas partes.

De lo anterior hay que destacar que en el Bundesrat son los gobiernos de los Länder los que tienen representación no los parlamentos, por tanto es dentro de cada Länd donde deben adoptarse las disposiciones pertinentes para que los Parlamentos estén involucrados en el mecanismo de alerta rápida.

En este sentido, de la misma forma que existe un acuerdo-convenio a nivel federal, en el caso de Baviera también existe un convenio entre el Gobierno y el Parlamento bávaro firmado en el año 2003 dentro del cual existe un apartado dedicado a los asuntos europeos.

Tal y como está configurado la relación se establece lógicamente entre los actores sobre los que se asienta la relación fiduciaria de confianza directa, es decir el Gobierno y el Parlamento del Länd.

A partir de este esquema se desarrolla toda la actuación posterior. Con carácter general todo documento de la Unión Europea debe remitirse al Parlamento por parte del Gobierno. En el caso del Protocolo de subsidiariedad y dado el lapso de tiempo en el que debe pronunciarse el Parlamento es evidente que se precisa de un apoyo del órgano ejecutivo, el cual se traduce en una evaluación preliminar para cada propuesta legislativa de la Unión.

En consecuencia para la ejecución del mecanismo de alerta temprana intervienen varios actores:

1. El «Bundesrat» el cual evalúa y clasifica las propuestas legislativas que son relevantes para los Länder.
2. El Gobierno del Länd, el cual a la vista de dicha evaluación remite la misma al Parlamento regional.

A partir de aquí, en el caso Bávaro, los pasos a seguir son los siguientes:

En el plazo de dos semanas el Gobierno del Estado de Baviera envía al Parlamento un sumario de la propuesta legislativa junto con la evaluación preliminar *(erste Einschätzung)*. En el caso de que el Gobierno considere que la propuesta infringe el principio de subsidiariedad o que la UE no es competente, la evaluación preliminar debe contener los fundamentos de dicha posición.

Los grupos parlamentarios del Parlamento bávaro cuentan con la figura denominada «coordinadores en asuntos europeos». Esta figura es capital porque son los receptores de la información enviada por el Gobierno y los encargados de orientar a los demás parlamentarios a la hora de definir la postura del grupo.

En el caso de que la evaluación preliminar remitida por el Gobierno constatara la infracción al principio de subsidiariedad, el Parlamento prepara una moción, en la cual se pide al Gobierno Bávaro que en el dictamen

del «Bundesrat» conste la infracción al principio de subsidiariedad con la motivación correspondiente, que se recoge en la moción.

La moción se debate en la siguiente sesión de la Comisión sobre Asuntos Federales y Europeos. En su caso, se pueden arbitrar comparecencias informativas por representantes del ministerio competente. Normalmente la moción se aprueba por la Comisión pero pueden darse casos en los que ésta no comparta la opinión del Gobierno del Estado y en consecuencia no se apruebe. Igualmente, las propuestas legislativas de la UE, en las cuales el Gobierno no ha encontrado infracción del principio de subsidiariedad, también se debaten en la Comisión para comprobar si la evaluación realizada por el Gobierno del Länd es correcta.

Con carácter general, las mociones aprobadas por la Comisión deberían ser ratificadas por el pleno de la Cámara, lo que sucede es que dado el plazo en el que debe adoptarse, es habitual que baste con el trámite en la Comisión, dado que lo fundamental es tener una posición del Parlamento dentro del plazo de ocho semanas.

Después de que el «Bundesrat» ha adoptado su criterio, el Gobierno del Estado de Baviera informa al Parlamento en la forma en que se ha tratado y trasladado su dictamen.

4.1.2. *Escocia*

En el caso de Escocia, a diferencia de Baviera que forma parte de un sistema federal, nos encontramos ante un Parlamento con devolución de poderes dentro de un sistema asimétrico como el diseñado en el Reino Unido a partir del año 1997 con la política puesta en marcha por el nuevo laborismo del entonces Primer Ministro Tony Blair. El sistema parte de un núcleo central entorno a Westminster, un Parlamento con poderes en Escocia, la Asamblea de Gales sin poderes legislativos primarios, las instituciones consociacionales de Irlanda del Norte y la ausencia de devolución de poderes en Inglaterra, salvo lo referente a la Asamblea de Londres [24].

El Parlamento escocés ha realizado un prolijo estudio [25] respecto del impacto del Tratado de Lisboa en el desarrollo de las competencias y analizado la forma en que puede intervenir el Parlamento en el sistema de alerta rápida.

El legislativo escocés parte de la premisa de que aunque el artículo 6 del Protocolo no impone una obligación legal a los «parlamentos nacionales, o las cámaras de los parlamentos nacionales» para consultar a los parlamentos regionales en realidad estaríamos ante una convención parlamentaria y sería, por tanto, difícil de justificar por parte del Parlamento británico que no

---

[24] Para mayor profundización nos remitimos a los artículos de MITCHELL, James, «The Westminster model and The State of Unions»; Crawford, Bruce, «Ten years of devolution» y Trench, Alan, «Wales and the Westminster model», en *Parlamentary affairs,* vol. 63, diciembre 2009.

[25] 4th Report, 2010- Inquiry into the impact of the Treaty of Lisbon on Scotland, *European and External Relations Committee Report*.

se realizara tal consulta cuando se trate de iniciativa legislativa de la Unión que afecte a las competencias de Escocia.

Es evidente que tal y como está redactado el Protocolo, y como ya hemos dicho anteriormente, el Parlamento escocés (Holyrood), como Parlamento regional no puede participar en el mecanismo de alerta rápida por sí mismo sino a través del Parlamento de Westminster o del Comité de las Regiones, por lo que lógicamente llega a la conclusión de que es preciso establecer mecanismos de relación entre los Parlamentos a fin de que Westminster reciba la posición del legislativo escocés.

En relación con el procedimiento interno para las alertas rápidas a la fecha de este artículo todavía no ha sido adoptado si bien se han establecido una serie de líneas maestras que expondremos a continuación.

Con carácter general se plantea como vía de acceso a las propuestas legislativas de la UE el envío de las mismas por parte del Gobierno británico al Gobierno escocés y al Parlamento de Escocia. Cada propuesta legislativa llega acompañada de un informe del Gobierno escocés y en su caso, del Gobierno británico.

De todas formas, a efectos de la puesta en marcha del mecanismo de alerta rápida, éste se puede iniciar bien mediante aviso por parte del Gobierno escocés, bien porque la alerta se ponga en marcha por las Comisiones de asuntos europeos de las Cámaras de los Lores o de los Comunes o por el Comité de las Regiones o por el acceso al sistema IPEX.

No obstante, el Parlamento escocés considera como elemento fundamental para poder desarrollar el procedimiento partir de un análisis previo del Programa anual de la Comisión. Este análisis comenzará mediante la presentación por parte del Gobierno escocés de un informe ante la Comisión de Asuntos Europeos en el cual se identificarán aquellas propuestas que puedan afectar a las competencias de Escocia desde el punto de vista de la subsidiariedad. En consecuencia, el Parlamento puede intervenir desde una fase muy temprana e ir preparando la respuesta para el momento en que llegue la iniciativa legislativa.

El órgano sobre el que pivota todo el procedimiento es la Comisión de Asuntos Europeos teniendo un papel preponderante el Gobierno. Desde esta Comisión la propuesta legislativa junto con el informe se remiten a la Comisión sectorial correspondiente en función de la materia concernida. En este instante, el ponente de asuntos europeos junto con el Presidente hacen la revisión preliminar y deciden cuáles se siguen tramitando y cuáles no precisan de mayor análisis ni propuesta alguna.

Cuando la alerta venga desde el Parlamento británico, éste la transmitirá al Parlamento escocés, en concreto a la Comisión de Asuntos Europeos. Los servicios de la Cámara remitirán la documentación al coordinador de asuntos europeos o ponente designado por la Comisión así como al Gobierno. No obstante, como se ha indicado anteriormente, en función del contenido de la propuesta la misma se debatirá por la Comisión competente por la materia.

A efectos de adoptar la decisión además del informe del Gobierno se podrá solicitar la comparecencia de miembros y altos cargos del Gobierno, así como la elaboración por los servicios jurídicos de la Cámara de una evaluación de la propuesta legislativa y sobre la afección del principio de subsidiariedad. Si a la finalización del procedimiento la Comisión considera que el proyecto legislativo viola el principio de subsidiariedad, procederá a elevar al Pleno un informe (corto no mayor de una página) el cual será la base para la moción parlamentaria. El Pleno debatirá el informe y en el caso de que se considere que el proyecto es contrario al principio de subsidiariedad se remitirá el dictamen a ambas Cámaras del Parlamento británico.

En el caso de que el Parlamento no se encuentre en periodo de sesiones, el coordinador de asuntos europeos o ponente designado por la Comisión junto con el Presidente de la Comisión sectorial, solicitarán del Gobierno y de los servicios jurídicos de la cámara su posición en relación con la propuesta legislativa. Dicha posición dará lugar al informe que aprobado por el presidente se remitirá igualmente al Parlamento británico.

Como en el caso austriaco tampoco se ha regulado el procedimiento de relación entre las Cámaras de Westminster y Holyrood. Además en atención a los usos y costumbres parlamentarias los periodos de sesiones del Parlamento británico y del Parlamento de Escocia son diferentes, de tal suerte que se darán situaciones en las cuales, en los términos expresados en el informe, será imposible establecer un diálogo entre ambos Parlamentos.

4.1.3. *Flandes*

En relación con el Parlamento de Flandes, es preciso tener en cuenta que a efectos de adaptar el sistema federal belga al Tratado de Lisboa y en relación con el papel de los parlamentos regionales dentro del procedimiento de subsidiariedad, Bélgica formuló la declaración 51 aneja al Tratado según la cual precisa que:

> «En virtud de su Derecho constitucional, tanto la Cámara de Representantes y el Senado del Parlamento Federal como las Asambleas Parlamentarias de las Comunidades y Regiones actúan, en función de las competencias ejercidas por la Unión, como componentes del sistema parlamentario nacional o Cámaras del Parlamento nacional».

A fin de poder implementar dicha declaración se precisa de un Acuerdo de Cooperación entre los siete Parlamentos belgas. En consecuencia, toda propuesta legislativa de la Comisión deberá ser enviada simultáneamente a los parlamentos del sistema federal belga y cada uno de ellos y de forma autónoma analizará su relación con el principio de subsidiariedad. El dictamen razonado de los siete parlamentos deberá ser adjuntado y remitido a la Comisión a través del Sistema Parlamentario Belga. No obstante, para poder elaborar y suscribir dicho Acuerdo de Cooperación es preciso modi-

ficar una Ley especial básica de carácter constitucional, lo cual requiere de mayorías cualificadas y que sólo compete al Parlamento belga, circunstancia que hasta la fecha no se ha producido, por lo cual la situación jurídica interna en relación con la declaración 51 todavía no ha sido resuelta.

Mientras tanto el Parlamento de Flandes intenta desarrollar un procedimiento interno en relación con el procedimiento de subsidiariedad. Dicho procedimiento básicamente se inicia con la recepción del proyecto legislativo, el cual es informado por los servicios jurídicos de la cámara. El proyecto es remitido por la Mesa del Parlamento a la Comisión competente por la materia en la cual se encarga al coordinador de asuntos europeos (euro promotor) para que realice un informe preliminar el cual lo presentará ante la comisión en el plazo de siete días. En el caso de que no se considere que el proyecto afecta al principio de subsidiariedad y así se apruebe por la Comisión el procedimiento se da por finalizado, en caso contrario, la propuesta se elevará al Pleno a fin de que adopte la moción correspondiente y lo notificará a los restantes parlamentos belgas a través del sitio IPEX y lo comunicará a las instituciones de la UE conforme al procedimiento que se defina en el Acuerdo de Cooperación ya citado.

4.2. La alerta temprana y las Cortes Generales

Una vez analizados los diversos procedimientos en relación con el sistema de alerta temprana, nos corresponde describir la situación en España en lo que se refiere tanto a las Cortes Generales como a los Parlamentos autonómicos.

Respecto del procedimiento aplicado en las Cortes Generales debemos atender al contenido de la Ley 24/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adaptación al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 y a la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 27 de mayo de 2010, que a su vez reforma la Resolución de 21 de septiembre de 1995 a fin de adecuar el procedimiento a la citada Ley 24/2009[26].

Con carácter previo es preciso recordar el grupo de trabajo que se constituyó en la Comisión Mixta para la UE para estudiar la aplicación por las Cortes Generales del sistema de alerta temprana previsto en el Protocolo de subsidiariedad y proporcionalidad cuyas conclusiones se publicaron en el BOCG de 4 de enero de 2008 y fueron la base de la Ley 24/2009.

Las conclusiones de dicho informe sucintamente fueron las siguientes:

---

[26] A este respecto es muy recomendable la lectura del artículo de la profesora VILA RAMOS, Beatriz, «El Tratado de Lisboa y las modificaciones en la organización parlamentaria europea. La implantación del mecanismo de alerta temprana en el complejo sistema parlamentario español», *Asamblea,* núm. 22.

1. Procedimiento de remisión automática a los Parlamentos autonómicos de las iniciativas legislativas europeas —sin prejuzgar si hay competencias autonómicas afectadas—, por las dificultades que plantea la calificación individualizada de cada iniciativa, así como la brevedad de los plazos con los que se desarrolla el sistema de alerta temprana.
2. El plazo para que el dictamen motivado aprobado por un Parlamento autonómico pueda ser tenido en consideración por las Cortes Generales puede establecerse en tres semanas desde su remisión, pues un plazo mayor impediría que las Cortes Generales tuvieran tiempo para deliberar y adoptar una decisión.
3. El dictamen motivado aprobado por una Cámara autonómica sería publicado y remitido a la Subcomisión (se prevé como órgano de estudio). Tanto dicha Subcomisión como los demás sujetos legitimados para iniciar el procedimiento podrán hacer suyo dicho dictamen o presentar otros alternativos que se debatirían conjuntamente con el elaborado por el Parlamento autonómico.
4. La Comisión Mixta, si aprobase un dictamen motivado, podrá acordar por mayoría de 3/5, que se acompañe a su dictamen alguno de los que puedan haber remitido algún Parlamento autonómico, si entiende que puede servir para reforzar políticamente su criterio.

Ya en su momento expusimos[27] que en dicha Ponencia llamaba poderosamente la atención que no hubieran participado de alguna manera para exponer su opinión los Parlamentos autonómicos, cuando el objetivo final era establecer un procedimiento que afectaba directamente a los mismos. La mera participación y exposición de las opiniones de las Asambleas legislativas no implicaba que las Cortes Generales no fueran soberanas para regular y aprobar el régimen que estimaran oportuno, pero hubiera sido conveniente dicha participación, entre otras cosas para facilitar la labor de coordinación a fin de estudiar protocolos de colaboración administrativa, regulación de entornos informáticos, procedimientos para la remisión de las propuestas y, en su caso, de los dictámenes motivados, etc...

El legislador estatal, en vez de regular íntegramente el régimen de participación del Parlamento en la política europea, como se ha hecho en el caso alemán, ha optado por modificar la Ley 8/1994 incluyendo en la misma todas las funciones que en relación con los Parlamentos nacionales se recogen en el artículo 12 y correspondientes TUE (conforme al Tratado de Lisboa) y en los protocolos 1 y 2 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea y sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

---

[27] «El papel de las regiones en la aplicación y el control del principio de subsidiariedad tras el Tratado de Lisboa: el mecanismo de alerta temprana y el recurso por incumplimiento de dicho principio». Ponencia presentada en la *Jornada sobre el principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, (organizada por la Fundación de estudios parlamentarios y del Estado autonómico «Manuel Giménez Abad», en colaboración con el Parlamento de Navarra, en diciembre de 2008).

Por lo que se refiere al modesto objeto de este artículo no nos detendremos a realizar una exégesis de los diversos apartados que contempla la Ley sino que simplemente nos atendremos a las disposiciones correspondientes al sistema de alerta temprana.

El artículo 3 ha sido modificado para dar respuesta al procedimiento de alerta temprana y determinar el órgano encargado a nivel nacional para emitir el dictamen motivado requerido por el Protocolo de subsidiariedad y proporcionalidad. A dichos efectos la Comisión Mixta es competente con carácter general para emitir en nombre de las Cortes Generales, con arreglo a lo dispuesto en la normativa europea aplicable, el dictamen motivado sobre la vulneración del principio de subsidiariedad.

Asimismo, aunque es en el artículo 5 donde se establece el procedimiento a seguir en la alerta temprana, por mimetismo con anteriores párrafos del artículo 3, se incluye con carácter potestativo el requerimiento al Gobierno para que emita un informe relativo a la conformidad del acto legislativo con el principio de subsidiariedad. Se establece el plazo máximo en el cual debe emitirse dicho informe, dos semanas, así como, en su caso, el envío de cuantos documentos oficiales de los órganos de la Unión Europea que se hubieran empleado en la preparación del proyecto legislativo y que obren en poder del Gobierno.

Por otra parte, en los artículos 5 y 6 se establecen las líneas generales del procedimiento a seguir y la intervención en el mismo de los Parlamentos autonómicos, procedimiento desarrollado en el plano parlamentario por la Resolución de 27 de mayo de 2010 ya citada anteriormente.

Con carácter general se establece que la potestad para aprobar un dictamen motivado sobre el principio de subsidiariedad corresponde a la Comisión Mixta para la Unión Europea de las Cortes Generales. Ha de entenderse conforme al protocolo que dicho dictamen reflejará que el proyecto de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad, dado que en caso contrario carece de sentido adoptar ningún dictamen al respecto. En este caso, por tanto, dicha Comisión tendrá atribuidos los dos votos que corresponden a cada Parlamento nacional según lo dispuesto en el artículo 7.1 del Protocolo.

No obstante, el artículo 5 reserva la posibilidad que se avoque por los plenos, bien del Senado bien del Congreso de los Diputados, el debate y votación del dictamen de la Comisión Mixta. Es decir, la avocación no se plantea en abstracto como un paso para que sea cada Cámara la que elabore su propia propuesta desde el momento cero, sino que su pronunciamiento girará entorno al dictamen de la Comisión. Basta que una sola de las Cámaras proceda a la avocación para que a partir de ese momento el dictamen se someta no sólo a la que haya hecho uso de dicha potestad sino que además debe presentarse por la Comisión Mixta a la otra Cámara.

El plazo para proceder a la avocación es de 5 días hábiles a contar desde el momento en el que se presenta en la Comisión Mixta una propuesta de dictamen motivado (apartado 8.4 de la Resolución de 21 de septiembre

de 1995, modificada por la Resolución de 27 de mayo de 2010) y una vez adoptado el dictamen por la citada Comisión se remitirá a ambas Cámaras, cuyas Mesas respectivas abrirán un plazo no inferior a dos días hábiles para la presentación de propuestas alternativas y de enmiendas, que serán objeto de deliberación por los correspondientes Plenos junto al dictamen aprobado por la Comisión Mixta para la Unión Europea.

En cuanto al procedimiento general que se seguirá una vez recibida una propuesta legislativa será el siguiente.

La Mesa y los Portavoces de la Comisión Mixta para la Unión Europea, durante los periodos de sesiones, se reúnen quincenalmente con anterioridad a las sesiones previstas de la Comisión. En dicha reunión, a la vista del índice de asuntos y de las iniciativas legislativas de las instituciones de la Unión Europea, se efectúa un examen preliminar analizando aquéllas que presentan elementos o cuestiones susceptibles de afectar al principio de subsidiariedad. Cada iniciativa va acompañada de un amplio dossier documental para facilitar su análisis, en el cual se incluyen, en su caso, los informes remitidos por el Gobierno relativos a dichas iniciativas y los dictámenes que hayan remitido los Parlamentos de las Comunidades Autónomas.

Dentro de este análisis preliminar en el caso de que lo consideren necesario para poder pronunciarse sobre el eventual cumplimiento del principio de subsidiariedad, cabe solicitar del Gobierno que, a la mayor brevedad posible y en todo caso en el plazo máximo de dos semanas, remita un sucinto informe sobre el contenido sustancial de la iniciativa europea, su afección al principio de subsidiariedad y que se acompañe de los documentos oficiales de los órganos de la Unión Europea que se hubieran empleado en la preparación del proyecto legislativo y que obren en poder del Gobierno.

En este análisis preliminar, la Mesa y los Portavoces pueden designar a un ponente para que prepare un informe en relación con una iniciativa legislativa concreta. Si el ponente considera que el proyecto se ajusta al principio de subsidiariedad, este informe se eleva a la Comisión Mixta que, en su caso, lo aprueba por asentimiento y se procede a su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. En caso contrario, es decir, que la iniciativa no se ajusta al principio de subsidiariedad, siguiendo el procedimiento establecido en la Resolución de 27 de mayo de 2010, la iniciativa corresponderá a la Mesa y Junta de Portavoces, constituyéndose la Ponencia y solicitará la comparecencia urgente de un representante del Gobierno o de otra autoridad o funcionario público para que explique el criterio del Gobierno o algún aspecto de la propuesta europea. Dicha solicitud deberá ser aprobada por la de la Comisión Mixta, quien decidirá si la comparecencia se celebra ante la propia Comisión o ante la Ponencia creada para ese asunto.

Además de la Mesa y los Portavoces, la facultad de iniciación del procedimiento para elaborar un dictamen motivado también corresponderá a dos grupos parlamentarios o a la quinta parte de los miembros de la Comisión Mixta, en estos casos la petición deberá venir acompañada de la correspondiente propuesta de dictamen motivado.

Presentada una propuesta de dictamen motivado, se procederá a su inmediata distribución y la Presidencia de la Comisión Mixta abrirá un plazo no inferior a cinco días hábiles para la presentación de propuestas alternativas y de enmiendas, así como para que puedan presentarse solicitudes de avocación de la aprobación final por los Plenos de las Cámaras, como ya se ha expuesto anteriormente. Concluido dicho plazo, el Presidente de la Comisión Mixta convocará sesión para su debate y votación, siguiendo a estos efectos lo establecido reglamentariamente para las proposiciones no de ley y atendiendo al criterio de voto ponderado, para la adopción de los acuerdos y decisiones.

Si la Comisión Mixta aprobase un dictamen motivado sobre la vulneración del principio de subsidiariedad por un proyecto de acto legislativo de la Unión Europea, se remitirá a los órganos correspondientes, es decir, a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión Europea, en el plazo máximo de ocho semanas desde que fue transmitido el proyecto de acto legislativo europeo a las Cámaras. Asimismo serán trasladados al Gobierno para su conocimiento.

La intervención de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas en este procedimiento se ha articulado siguiendo las recomendaciones del grupo de estudio. A dichos efectos, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 24/2009, de 22 de diciembre, la Comisión Mixta, tan pronto reciba una iniciativa legislativa de la Unión Europea, la remitirá a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, sin prejuzgar la existencia de competencias autonómicas afectadas, a efectos de su conocimiento y de que, en su caso, puedan remitir a las Cortes Generales un dictamen motivado sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la referida iniciativa.

El dictamen motivado que, en su caso, pueda aprobar el Parlamento de una Comunidad Autónoma, para que pueda ser tenido en consideración, deberá haber sido recibido por la Comisión Mixta en el plazo de cuatro semanas desde la remisión de la iniciativa legislativa europea por las Cortes Generales.

A dicho fin se han arbitrado una serie de criterios para poder desarrollar de forma armónica esta participación. Así, tanto la remisión de las propuestas legislativas como de los dictámenes se realizará a través de las direcciones de correo electrónico que se han establecido al efecto. Toda la documentación que reciban las Cortes por parte de las Instituciones Europeas en relación con el control del procedimiento de subsidiariedad se remitirá a la mayor brevedad posible en formatos ofimáticos estándar.

Igualmente, respecto del cómputo de plazos, dado la brevedad de los mismos, se ha previsto que el inicio del plazo de cuatro semanas, con el que cuentan los Parlamentos autonómicos para remitir el dictamen motivado a las Cortes para que sean tenidos en cuenta, empezará a contar desde el envío de la documentación por correo electrónico por parte de la secretaría de la Comisión Mixta. Además, la Comisión Europea, atendiendo a las peticiones realizadas por la COSAC, no incluye el periodo entre el 1 y el 31 de agosto para el cómputo del plazo de ocho semanas previsto en el

Protocolo, por lo que en coherencia tampoco la Comisión Mixta incluye dicho periodo.

Los dictámenes motivados sobre la vulneración del principio de subsidiariedad por un proyecto de acto legislativo de la Unión Europea aprobados por la Comisión Mixta y, en el caso de avocación por los respectivos plenos de las Cámaras, incorporarán la relación de los dictámenes remitidos por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas y las referencias necesarias para su consulta.

Si nos atenemos a las consideraciones que la CALRE ha ido desgranando en sucesivas declaraciones (Cataluña de 25 de octubre de 2005,Venecia de 31 de octubre de 2006, Euskadi de 4 de noviembre de 2008, Innsbruck 20 de octubre de 2009) y documentos anexos sobre la participación de los Parlamentos regionales en el procedimiento de alerta temprana, vemos que el sistema previsto en la Ley 24/2009, de 22 de diciembre, aunque recoge muchas de las aspiraciones de dichas declaraciones, en cuanto que los Parlamentos de las Comunidades Autónomas reciben todas las iniciativas legislativas de la UE a efectos del Protocolo de subsidiariedad, y que los Parlamentos cuentan con la posibilidad de formar su posición y expresarla al Parlamento estatal, hay cuestiones que han quedado sin resolver. Así el procedimiento no fue concertado entre las Cortes Generales y los Parlamentos regionales y aunque la posición de estos puede ser tenida en cuenta por la Comisión Mixta en el momento de elaboración de su dictamen, dicha posición no es determinante en caso de que la competencia interna sobre la propuesta legislativa corresponda en exclusiva a las Comunidades Autónomas.

4.3. La alerta temprana y los Parlamentos de las Comunidades Autónomas

Visto el marco regulador del Protocolo sobre la aplicación de los Principios de subsidiariedad y proporcionalidad y de la Ley 24/2009, de 22 de diciembre, procede analizar el procedimiento sobre el mecanismos de alerta temprana adoptado en los Parlamentos de las Comunidades Autónomas.

En los tres últimos años los Parlamentos autonómicos han tenido la oportunidad de participar en ensayos piloto sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad en proyectos e iniciativas legislativas de las instituciones de la UE, bien a través de la Red de monitorización de la subsidiariedad del Comité de las Regiones o por los ensayos llevados a cabo por la COSAC en los que ha participado las Cortes Generales. A partir de dichas experiencias las Asambleas Legislativas han desarrollado los correspondientes procedimientos reglamentarios para implementar el sistema de alerta temprana [28].

---

[28] En lo que se refiere al marco teórico es muy adecuado el artículo de ARES CASTRO-CONDE, Cristina, «El sistema de alerta temprana para el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea y los parlamentos autonómicos: diagnosis y prognosis», *Revista de Estudios Políticos,* núm. 136 (abril-junio 2007).

A la fecha de este artículo, diez Parlamentos autonómicos han establecido expresamente normas reguladoras de la aplicación del control del principio de subsidiariedad. Podemos distinguir entre aquellos que lo han regulado directamente en el Reglamento (Parlamento de Canarias, Cortes Valencianas, Asamblea de Extremadura y Parlamento de Cataluña) y quienes han acudido a la vía de la Resolución General de la Presidencia o Acuerdo de la Mesa y Junta de Portavoces (Parlamento Vasco, Parlamento de Andalucía, Junta General del Principado de Asturias, Cortes de Castilla y León, Cortes de Castilla-La Mancha y Parlamento de Galicia).

En el primer grupo de Parlamentos de Comunidades Autónomas la participación en los mecanismos de control del principio de subsidiariedad, se contempla en el artículo 48 del Reglamento del Parlamento de Canarias, en el artículo 181 del Reglamento de las Cortes Valencianas, en el artículo 102 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura y en el artículo 181 del Parlamento de Cataluña.

Respecto del grupo de Parlamentos que lo han regulado mediante Resolución, nos encontramos en el Parlamento Vasco la Resolución de 9 de diciembre de 2009, en el Parlamento de Andalucía la Resolución de 5 de mayo de 2010, en la Junta General del Principado de Asturias la Resolución de 4 de mayo de 2010, en las Cortes de Castilla y León la Resolución de 14 de junio de 2010, en el Parlamento de Galicia la Resolución de 15 de julio de 2010 y en las Cortes de Castilla-La Mancha la Resolución de 7 de octubre de 2009.

En cuanto al órgano competente para aprobar el dictamen dentro del procedimiento de participación en la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad la solución contemplada en los Parlamentos autonómicos se divide entre atribuirla a la Comisión de Asuntos Europeos, por la que se inclinan el Parlamento de Andalucía, el Parlamento de Canarias, las Cortes de Castilla y León, las Cortes de Castilla-La Mancha, el Parlamento de Galicia y la Asamblea de Extremadura y aquellas Asambleas que se pronuncian a favor de una visión más amplia atribuyéndola a las Comisiones competentes en razón de la materia de la iniciativa legislativa, caso del Parlamento Vasco, Junta General del Principado de Asturias, las Cortes Valencianas y el Parlamento de Cataluña.

Junto con lo anterior algunas normas prevén que en función de la relevancia de la iniciativa legislativa remitida, la Mesa con participación de la Junta de Portavoces pueda acordar que la aprobación del dictamen corresponda al Pleno, finalizando el procedimiento en dicho órgano. Son los casos de Canarias, Valencia, Extremadura y Cataluña.

Dentro del procedimiento, en la mayoría de las normas, se prevé la posibilidad de constituir una Ponencia, a fin de que elabore el dictamen a la vista de las propuestas de los grupos parlamentarios, el informe que haya emitido el Gobierno de la Comunidad Autónoma, comparecencias, etc... De todas formas, hay diferencias, así en el caso de la Junta General del Principado de Asturias se establece obligatoriamente que en cada Comisión Permanente Legislativa se designe una Ponencia Permanente de Alerta

Temprana, integrada por un representante de cada grupo parlamentario. En Castilla y León, el nombramiento de la Ponencia, se hará por la Comisión de Asuntos Europeos, una vez celebradas las comparecencias solicitadas y recibida la información o documentación requerida. En todos los casos se recoge que la Ponencia adoptará sus decisiones atendiendo al criterio del voto ponderado.

En algunos de los procedimientos se guarda silencio respecto de la posibilidad de designar la mencionada Ponencia (País Vasco, Cataluña, Castilla-La Mancha, Extremadura, Comunidad Valenciana), si bien entendemos que en aplicación del procedimiento general, en caso de que se considerase necesario bien por la Comisión correspondiente o por las Mesas de las citadas comisiones, se podrán constituir ponencias, aunque de los términos de las normas Castilla-La Mancha, Extremadura, Comunidad Valenciana parece que taxativamente debe ser la Comisión de Asuntos Europeos el órgano encargado de elaborar y aprobar el dictamen.

Por otra parte la intervención del Gobierno de la Comunidad Autónoma dentro del procedimiento varía de tal suerte que en algunos casos solo se contempla con carácter potestativo y a requerimiento expreso de la Comisión, bien mediante la emisión de informe bien mediante la sustanciación de comparecencia. Así en Asturias la Ponencia creada *ex profeso* podrá, por delegación de la Comisión, solicitar, para su remisión en el plazo máximo de quince días naturales, el informe por escrito del Consejo de Gobierno. En el caso de Canarias será mediante comparecencia ante la Comisión para que manifieste la posición del Gobierno.

En otros casos, la posición del Gobierno se comunicará al Parlamento sólo en el caso de que estimara que el principio de subsidiariedad se ve afectado por la iniciativa legislativa (apartado tercero de la Resolución de Castilla y León), o en el caso del Parlamento de Galicia que únicamente se prevé la solicitud del informe al Gobierno en el supuesto de que dos grupos parlamentarios hayan presentado propuestas de dictamen.

Otro grupo de normas no prevé expresamente la intervención del Gobierno de la Comunidad Autónoma, lo cual no significa que no pueda requerirse la participación de este para poder fijar la posición de la Cámara. Por ejemplo, en la Resolución de la Presidencia del Parlamento Vasco las iniciativas legislativas de los órganos de la Unión Europea se remiten al Gobierno Vasco, y no aparecen más menciones al respecto, salvo una referencia genérica a la posibilidad de arbitrar comparecencias ante la Comisión correspondiente, o la eventual recepción del criterio del Gobierno, sin embargo, en la práctica y en todos los casos hasta el presente el Gobierno mediante informe del Departamento competente por razón de la materia ha manifestado su posición.

En el procedimiento de Castilla-La Mancha se prevé que la Comisión de Asuntos Europeos podrá solicitar las comparecencias e informes que pueda precisar de expertos o instituciones académicas especializadas.

En cuanto a la terminación del procedimiento, no podemos olvidar que el Protocolo sólo contempla el dictamen motivado cuando el Parlamento

nacional considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad, sin embargo en las diversas Normas de los Parlamentos autonómicos encontramos posturas ambivalentes al respecto. Así, en el caso del Parlamento Vasco la Resolución contempla que la Comisión elaborará un dictamen acerca de la adecuación o no de la iniciativa europea al principio de subsidiariedad, tal como se recoge en los tratados europeos vigentes.

En otros supuestos, Andalucía y Castilla-La Mancha, junto con el dictamen motivado que considere la vulneración del principio de subsidiariedad se contempla que en caso contrario, es decir, si la propuesta de acto legislativo fuera conforme con el citado principio se trasladará también a la Mesa que decidirá sobre la comunicación a remitir a las Cortes Generales.

En los casos de Canarias, Cataluña, Valencia y Extremadura los correspondientes Reglamentos prevén otorgar un plazo a los grupos parlamentarios, para que formulen observaciones por escrito y transcurrido el mismo la Comisión, a la vista de la consulta legislativa hecha por la Unión Europea y de las observaciones formuladas por los grupos, elaborará el correspondiente dictamen, con lo cual parece desprenderse la obligatoriedad de emitir el mismo en todos los casos.

Por su parte, los Parlamentos de Asturias, Galicia y Castilla y León distinguen en el procedimiento en función de que se presenten o no alegaciones por parte de los grupos parlamentarios. A dichos efectos, tras dar el plazo correspondiente para que los grupos puedan presentar propuestas de dictamen motivado en las que deben exponer las razones por las que consideren que la iniciativa legislativa de la UE es contraria al principio de subsidiariedad, en caso de que no se presentan, dicha situación determinará la finalización del procedimiento. No obstante, en el caso de Galicia también se establece que en el supuesto de no emitir dictamen motivado la Mesa del Parlamento queda autorizada para decidir la comunicación que se remitirá a las Cortes Generales.

En la Resolución que regula el procedimiento en las Cortes de Castilla y León se prevé que la Mesa de la Comisión de Asuntos Exteriores está facultada para que con carácter liminar pueda acordar la continuación del procedimiento de control de la aplicación del principio de subsidiariedad o, por el contrario, declarar que no procede dicha continuación, dando por concluido el procedimiento, teniendo en cuenta las competencias afectadas por el proyecto de acto legislativo y, en su caso, a la vista del parecer emitido por la Junta de Castilla y León y de las observaciones o sugerencias presentadas. Todo ello, sin perjuicio de que si un grupo parlamentario o una quinta parte de los miembros de la Comisión discrepare de la decisión adoptada por la Mesa de no proseguir con el procedimiento, podrán solicitar en el plazo de dos días la convocatoria de la Comisión, que tendrá que pronunciarse de forma definitiva sobre la continuación del procedimiento.

En definitiva, aunque con diferencias en el procedimiento podemos observar una serie de rasgos o principios generales en las diversas normas

adoptadas por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas que resumidamente son los siguientes:

1. Preferencia por la tramitación del control de la aplicación del principio de subsidiariedad en Comisión, normalmente la Comisión de Asuntos Europeos.
2. La iniciativa de adopción de un dictamen motivado corresponde a los grupos parlamentarios.
3. El Gobierno autonómico sólo interviene a solicitud del Parlamento y de forma potestativa, no constituyendo una obligación la emisión de informe en relación con la iniciativa legislativa consultada.
4. Mayoritariamente sólo se requiere la emisión de dictamen en el caso de que se considere que la iniciativa legislativa de la UE vulnera el principio de subsidiariedad, si bien se considera oportuno que, en caso contrario, se remita algún tipo de comunicación dirigida a las Cortes Generales.

V. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO

A la vista de lo que hemos expuesto en los apartados anteriores, no queremos concluir sin desgranar una serie de reflexiones sobre el procedimiento de alerta temprana y la participación de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas y sobre la utilidad del mismo.

En primer lugar, si atendemos a las experiencias en otros Estados de estructura compuesta con Regiones con poderes legislativos podemos afirmar, sin temor de parecer optimistas, que las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas han sido capaces de desarrollar en corto espacio de tiempo procedimientos adecuados a fin de implementar un sistema que guarda poca relación con las funciones tradicionales de los Parlamentos y con los procedimientos reglamentarios y usos parlamentarios habituales en nuestro ámbito territorial.

Como ya se ha expuesto anteriormente, salvo el caso de Alemania, con un sistema federal de fuerte raigambre, y donde el peso de la decisión recae en el Bundesrat (es decir, el órgano donde están representados los Gobiernos de los Länder), en el resto de Estados miembros la situación dista mucho de estar resuelta. Así en el caso del Reino Unido, todavía no se han adoptado ni los procedimientos de relación entre el Parlamento británico y los Parlamentos de Escocia, Gales e Irlanda del Norte, ni los procedimientos internos de estas Asambleas.

En relación con Bélgica, a pesar del plano de igualdad de los siete Parlamentos como parte del sistema nacional legislativo, tampoco se han adoptado las normas y procedimientos para responder a la salvaguarda hecha en la declaración 51 aneja al Tratado de Lisboa.

En Italia y Austria, la situación es semejante: no se han aprobado los procedimientos que establezcan las relaciones entre los Parlamentos regio-

nales y las cámaras del Parlamento nacional y federal respectivamente, ni las normas internas para activar el mecanismo de alerta temprana.

Por tanto, el modelo desarrollado por las Cortes Generales mediante la Ley 24/2009 y los procedimientos propios de cada Parlamento autonómico, aun con todos sus defectos y limitaciones se puede considerar como un paso considerable si analizamos el entorno legislativo de los Estados miembros de la Unión Europea.

No obstante, sigue pendiente de definición y desarrollo cuestiones tales como:

1. Supuestos en los que la medida legislativa afecte a las competencias exclusivas de las CCAA o suponga la afectación de una competencia singular de una Comunidad Autónoma.
2. La posibilidad de establecer algún nivel de vinculación de la respuesta, cuando los dictámenes de los Parlamentos autonómicos se posicionen mayoritariamente en contra del proyecto legislativo de los órganos de la Unión Europea.

Además, como acertadamente expone la profesora Vila Ramos[29], el funcionamiento de la Comisión Mixta para la UE nos permitirá responder a cuestiones relativas al peso de los dictámenes remitidos por los Parlamentos autonómicos en la decisión de la Comisión Mixta.

Por otra parte, en cuanto a las normas procedimentales adoptadas por los Parlamentos autonómicos creemos que en el actual estado de la cuestión es más aconsejable la regulación del procedimiento mediante una Resolución General de la Presidencia, en lugar de la inclusión en el Reglamento, ya que aquélla es un instrumento más dúctil y factible de reforma puntual, para adecuarse a las diversas vicisitudes que se pueden dar en la implementación y desarrollo de este procedimiento novedoso. Así en el caso del Parlamento Vasco, con posterioridad a la Resolución de 9 de diciembre de 2009, se han ido adoptando acuerdos por la Mesa del Parlamento, que han delimitado y explicitado cuestiones que se han suscitados en las Comisiones en las alertas rápidas que se han tramitado hasta la fecha. Por otra parte de los procedimentos contemplados en la Junta General del Principado de Asturias y en el Parlamento de Galicia, en mi opinión personal se pueden extraer disposiciones aplicables al resto de Parlamentos porque, a mi juicio responden de forma adecuada al mecanismo de alerta temprana (la ponencia permanente y el decaimiento y caducidad en Comisión en caso de no formularse propuestas por los grupos parlamentarios).

Una de las lecciones extraídas de los procedimientos desarrollados hasta el presente es que la avalancha de propuestas legislativas que llegan a las cámaras autonómicas (al momento de escribir las presentes líneas desde el mes de abril se han remitido desde las Cortes Generales 63 propuestas

[29] «El Tratado de Lisboa y las modificaciones en la organización parlamentaria europea. La implantación del mecanismo de alerta temprana en el complejo sistema parlamentario español», *Asamblea,* núm. 22.

legislativas de órganos de la Unión Europea), la dificultad de poder llevar a cabo de forma adecuada el control en el plazo de cuatro semanas, con los medios con los que cuentan los Parlamentos, implica que a la larga este procedimiento de alerta rápida pueda caer en la irrelevancia.

Esta consideración ya ha sido puesta de manifiesto por la doctrina incluso en el caso de los Parlamentos nacionales[30], porque es evidente que las mayorías requeridas para que la acción de los Parlamentos sea tenida en cuenta por los órganos de la Unión Europea y los problemas de coordinación interparlamentarias avocan a que el inicial entusiasmo suscitado por el sistema vaya decayendo con el paso del tiempo.

Si nos atenemos a la actual experiencia, por lo menos en el Parlamento Vasco y por lo que se refiere a otros Parlamentos de las Comunidades Autónomas, no nos consta que se haya aprobado ningún dictamen que considere que las iniciativas legislativas de la UE son contrarias al principio de subsidiariedad, lo más que ha llegado formularse es alguna deficiencia en cuanto a la evaluación de impacto a nivel regional.

Es por ello, que como ya expusimos en su momento[31] y coincide la profesora Vila Ramos, es necesario que los órganos parlamentarios establezcan mecanismos para que el sistema de alerta temprana no se reduzca a un mero análisis de la legislación europea desde la perspectiva del control de subsidiariedad, sino que sirva para controlar al ejecutivo de la Comunidad Autónoma en su política con la Unión Europea.

En consecuencia, a modo de hipótesis y a la vista de las experiencias de otras asambleas parlamentarias de regiones europeas con poderes legislativos y de las Parlamentos de las Comunidades Autónomas se podría desarrollar un modelo que contuviera los siguientes elementos:

1. Impulsar un proyecto/proposición de Ley que regule las relaciones del Gobierno y del Parlamento en relación con las propuestas de actos legislativos y otros documentos (libros verdes, libros blancos) de las instituciones de la Unión Europea y participación del Gobierno y posición del mismo en los procesos de consulta abierta instados por la Comisión Europea, así como la participación en el Comité de las Regiones y presentación de las posiciones en dicho órgano, para su información, examen y seguimiento.
2. Sin perjuicio de lo anterior, en todo caso, podría establecerse un instrumento de carácter convencional que regule dichas relaciones, tal y como por ejemplo hemos visto existe entre el Gobierno de Baviera y el Parlamento bávaro.

---

[30] «Destined for irrelevance? Subsidiarity control by national parliaments» (WP), Tapio RAUNIO, Real Instituto Elcano.

[31] «El papel de las regiones en la aplicación y el control del principio de subsidiariedad tras el Tratado de Lisboa: el mecanismo de alerta temprana y el recurso por incumplimiento de dicho principio». Ponencia presentada en la *Jornada sobre el principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, (organizada por la Fundación de estudios parlamentarios y del Estado autonómico «Manuel Giménez Abad», en colaboración con el Parlamento de Navarra, en diciembre de 2008).

3. Al inicio del ejercicio y una vez conocido el calendario legislativo anual de la Comisión, el Gobierno de la Comunidad Autónoma podría presentar ante el Parlamento un Informe sobre el programa legislativo de los órganos de la Unión emitiendo su parecer sobre las propuestas a evaluar. Se podría articular un debate en la Comisión de Asuntos Europeos, pudiendo presentarse propuestas de resolución a fin de seleccionar los proyectos correspondientes. En consecuencia, siguiendo el modelo escocés el Gobierno emitiría el informe preceptivamente, solo en aquellos casos que así se haya determinado previamente por el Parlamento en función del citado debate.
4. Este procedimiento permitiría concretar los proyectos legislativos susceptibles de merecer la atención de los órganos de la Comunidad Autónoma, evitando la dispersión e incurrir en esfuerzos estériles y sobrecarga de trabajo tanto de los servicios de la Cámara como del ejecutivo.
5. Dado la actual situación, es evidente la imposibilidad de desarrollar órganos específicos por parte de los Parlamentos autonómicos, por ello sin llegar al extremo del Parlamento de Escocia que cuenta con oficina propia en Bruselas, se deberían arbitrar mecanismos para que las delegaciones de las Comunidades Autónomas ante los órganos de la Unión estén abiertas a la colaboración y soporte de las actividades parlamentarias relacionadas con las funciones de control planteadas en el punto 1 de estas consideraciones.
6. Igualmente, siguiendo el ejemplo de otros Parlamentos regionales europeos, sería conveniente que dentro de cada grupo parlamentario existiera la figura del «europromotor» o «coordinador en asuntos europeos», figura con funciones más amplias que las de los portavoces en la Comisión de Asuntos Europeos, ya que como se ha expuesto anteriormente serían los receptores de la información enviada por el Gobierno y los encargados de orientar a los demás parlamentarios a la hora de definir la postura del grupo independientemente de la Comisión parlamentaria encargada de dirimir la alerta temprana.
7. Establecer reuniones periódicas con miembros del Parlamento Europeo para el intercambio de opiniones y de conocimientos sobre las iniciativas legislativas sujetas a debate en el citado Parlamento. Es verdad que nuestro sistema electoral de circunscripción única para las elecciones europeas dificulta la conexión entre los Parlamentos de las Comunidades Autónomas y los miembros del Parlamento Europeo en representación de España, pero entendemos que es una posibilidad que es necesario explorar precisamente para mejorar el acceso a la información y al desarrollo de las funciones que competen a las Asambleas legislativas autonómicas.
8. En consonancia con el objetivo del principio de subsidiariedad y para acercar a la ciudadanía, sería conveniente establecer cauces

específicos para interpelar a la participación ciudadana (instrumentos de e-democracia) en esta materia y que pueda presentar su opinión para en su caso coadyuve a fijar su posición a los grupos parlamentarios.

9. En cuanto al procedimiento interno de tramitación del mecanismo de alerta temprana, entendemos que cada Parlamento autonómico a la vista de su propia dinámica debe establecer y regular las normas y trámites que considere más adecuados al efecto. No obstante, creemos que debe conjugarse el aspecto de órganos especializados que concurren en las Comisiones de Asuntos Europeos, (como se considera en el artículo 10 del protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea) con la visión multidisciplinar y de amplio espectro que concurre en las Comisiones competentes por razón de la materia.
10. Es necesario establecer mecanismos de información y coordinación. No cabe duda que el acceso directo al sistema IPEX[32], es decir, la participación de los Parlamentos regionales con competencias legislativas en este sistema de intercambio de información simplificaría enormemente el escrutinio de las propuestas.

Sin perjuicio de lo anterior se podría establecer una Red de los Parlamentos autonómicos utilizando los cauces de la COPREPA a fin de optimizar recursos que permitieran compartir diagnósticos y evaluaciones y que por economía de escala redundaría en la simplificación del trabajo, sin perjuicio de implementar un sistema de coordinación y colaboración con las Cortes Generales.

En definitiva, el procedimiento y los mecanismos contemplados en el Tratado de Lisboa no han hecho más que comenzar su puesta en marcha, es responsabilidad de los Parlamentos que este sistema de participación en el proceso legislativo de la Unión sea eficaz y permita acercar a la ciudadanía a las instituciones en las cuales de proyectan y ejecutan muchas decisiones que nos afectan de una manera muy directa.

En último lugar y como colofón, reproduzco este párrafo de la Declaración de Berlín con ocasión del 50 aniversario de la firma de los Tratados de Roma *«Hay muchas metas que no podemos alcanzar solos, pero sí juntos. Las tareas se reparten entre la Unión Europea, los Estados miembros, sus regiones y sus municipios»*.

[32] Sistema de intercambio de información interparlamentaria de la Unión Europea que permite sistematizar el intercambio de información en tiempo real, el seguimiento procedimental mutuo en todas las materias y el acceso a la documentación vinculada a cada iniciativa en marcha en los respectivos Parlamentos.

Alberto Arce Janáriz★

Prontuario sobre la articulación en España del sistema de alerta temprana para controlar el principio de subsidiariedad dentro de la Unión Europea

Sumario: RESUMEN.—I. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.—1.1. Dimensión horizontal del principio de subsidiariedad.—1.2. Dimensión vertical del principio de subsidiariedad.—II. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA UNIÓN EUROPEA.—2.1. La formulación europea del principio de subsidiariedad.—2.2. Niveles del principio de subsidiariedad en la Unión Europea.—2.3. Naturaleza del principio de subsidiariedad en la Unión Europea.—2.4. El Protocolo del Tratado de Lisboa sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.—III. EL SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA.—3.1. Definición aproximativa.—3.2. Sujetos controladores.—3.2.1. Los Parlamentos nacionales.—3.2.2. Los Parlamentos regionales.—3.3. Objeto del control.—3.4. Contenido del control.—3.5. Naturaleza y alcance del control.—3.6. Procedimiento del control.—3.7. El control jurisdiccional del sistema de alerta temprana.—IV. LA ARTICULACIÓN EN ESPAÑA DEL SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA.—4.1. Antecedentes.—4.2. La Ley 24/2009, de 22 de diciembre.—V. REGULACIONES AUTONÓMICAS SOBRE LA ALERTA TEMPRANA.—5.1. Sede normativa.—5.2. El contenido de las regulaciones autonómicas.—5.3. La organización administrativa de la alerta temprana.—VI. ADENDA. LOS PARLAMENTOS REGIONALES EN LA RED DE LA SUBSIDIARIEDAD DEL COMITÉ DE LAS REGIONES.—VII. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

RESUMEN

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las Cortes Generales, previa modificación de la Ley reguladora de la Comisión Mixta para la Unión Europea, han

★ Letrado Mayor de la Junta General del Principado de Asturias.

puesto en marcha en España el llamado sistema de alerta temprana previsto en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que habilita a los Parlamentos nacionales para dictaminar acerca de la observancia de la subsidiariedad en los proyectos de actos legislativos europeos y les permite consultar, a su vez, a las Asambleas regionales dotadas de poderes legislativos, como es el caso de los Parlamentos autonómicos de nuestro país. Este artículo examina las claves del novedoso sistema, mostrando sus aciertos, entre los que destaca la cadena parlamentaria de legitimación democrática que ha venido a establecer, así como sus limitaciones, de las que no es menor la premura con la que debe sustanciarse, y repasa igualmente los principales aspectos de la regulación española, incluidas las normas complementarias que van estableciéndose en los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, todo ello presentado como una suerte de prontuario o vademécum, que prima la utilidad práctica sobre la pretensión teórica.

I. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Como ha sido ya profusamente estudiado (por todos, I. Massa, 2003), el principio de subsidiariedad, que no es una creación de la Unión Europea, presenta, en su arco semántico más amplio, una doble dimensión, horizontal y vertical.

1.1. Dimensión horizontal del principio de subsidiariedad

1.1.1. La dimensión horizontal del principio de subsidiariedad lo muestra como técnica de organización social y de relación sociedad-Estado. En un tosco intento de síntesis, vendría a describir una escala *a minore ad maius:* que lo que el individuo pueda hacer por sí mismo no lo haga la comunidad; que lo que la comunidad menor pueda hacer, no lo haga la comunidad mayor, y, finalmente, que el Estado no haga lo que la comunidad pueda hacer. Tal y como también ha sido oportunamente anotado (M. Loo, 2009), esa dimensión horizontal del principio de subsidiariedad es la que acoge el Diccionario de la Real Academia Española cuando lo define como «criterio que pretende reducir la acción del Estado a lo que la sociedad civil no puede alcanzar por sí misma».

1.1.2. La formulación «canónica» del principio de subsidiariedad como técnica de organización de la sociedad y de articulación de las relaciones de esta última con el Estado aparece, según es también sabido (A. Viana, 1998) en los parágrafos 79 y 80 de la Encíclica *Quadragesimo anno* (1931):

> «79. Pues aun siendo verdad, y la historia lo demuestra claramente, que, por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a

los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos.

80. Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija.

Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función "subsidiaria", el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación.».

1.1.3. Aunque parezca dibujar un modelo de Estado exclusivamente abstencionista, el principio de subsidiariedad en su dimensión horizontal no es mero *laissez faire,* que se traduzca para el Estado en vinculación negativa, sino que requiere del Estado que intervenga cuando, por la naturaleza y la dimensión de los problemas, la comunidad no sea capaz de afrontarlos eficazmente, debiendo, además, promover (vinculación positiva) la autosuficiencia, hasta donde sea posible, de la sociedad. De hecho, la Encíclica surge para hacer frente a los excesos del capitalismo liberal. La diferencia con el *laissez faire* resulta patente en el artículo 118.1 de la Constitución italiana, que, tras la reforma de 2001, dice:

«El Estado, las Regiones, las Urbes metropolitanas, las Provincias y los Municipios fomentarán *(el subrayado es nuestro)* la iniciativa autónoma de los ciudadanos, individualmente o asociados, para el desarrollo de actividades de interés general, conforme al principio de subsidiariedad».

1.2. Dimensión vertical del principio de subsidiariedad

1.2.1. En su dimensión vertical, el principio de subsidiariedad es una técnica para organizar el ejercicio del poder público, que quiere que el poder público sea ejercido, de modo general, por la autoridad más cercana al ciudadano. La dimensión vertical del principio de subsidiariedad resulta patente en la Carta de la Autonomía Local del Consejo de Europa, ratificada por España en 1988:

«El ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos» (art. 4.3).

1.2.2. La premisa de la proximidad conlleva algunas implicaciones:

a) La potestad ordinaria corresponde a la autoridad más cercana al ciudadano y la extraordinaria a la menos cercana: «Al Obispo diocesano compete en la diócesis que se le ha confiado toda la potestad ordinaria», dice el artículo 381§1 del Código de Derecho Canónico, por seguir con la fuente de la Iglesia católica, de indudable autoridad, como se ha visto, en materia de subsidiariedad, aunque, dicho sea de paso, son notables las reticencias en el seno de la Iglesia a la hora de aplicarse a sí misma el principio de subsidiariedad en el contexto de las relaciones entre la Santa Sede y las Iglesias particulares y, en concreto, las Iglesias de América (A.Viana, 1998).

b) La competencia de la autoridad más próxima es general y la competencia de la autoridad subsidiaria es de atribución, es decir, corresponde a la autoridad más cercana lo que no se atribuya a la subsidiaria expresamente: es la cláusula residual propia del federalismo, otra de las fuentes fundamentales del principio de subsidiariedad (D'Atena, 2001).

c) La atribución de competencia a las autoridades que no sean la más cercana debe estar motivada y justificada en la consecución de objetivos que no estén al alcance de la autoridad más cercana.

Carta de la Autonomía Local del Consejo de Europa, ratificada por España en 1988: artículo 4.3: «La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía».

Ley Fundamental de Bonn de 1949: artículo 72.2: «En este ámbito (de la legislación concurrente), la Federación tiene el derecho de legislar siempre que y en cuanto exista la necesidad de una regulación legislativa federal porque así lo requieran la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica en interés de la totalidad del Estado».

Constitución italiana tras la reforma de 2001: artículo 118.1: «Se asignan a los Municipios las funciones administrativas, a menos que, para asegurar su ejercicio unitario, se encomienden a las Provincias, Urbes metropolitanas, Regiones y al Estado en virtud de los principios de subsidiariedad, de diferenciación y de adecuación».

II. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

2.1. La formulación europea del principio de subsidiariedad

2.1.1. Es en esa dimensión vertical del principio de subsidiariedad como técnica de articulación del ejercicio de competencias en la que hay que

situarse cuando se habla del principio de subsidiariedad en la Unión Europea. Se ve claro en el Tratado de la Unión (versión consolidada tras el Tratado de Lisboa):

> *Preámbulo:* habla de una Europa «en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad».
>
> *Artículo 5:* «1. La delimitación de competencias de la Unión se rige por el principio de atribución [...]. 2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados [...]. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros. 3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión».

2.1.2. Se dan, en efecto, sumando todos esos enunciados, los perfiles antes referidos del principio de subsidiariedad en su dimensión vertical: 1.º Prioridad del poder de proximidad. 2.º Competencia de atribución para la autoridad más alejada del ciudadano. 3.º La cláusula residual no juega a favor de esta última. 4.º En aquello en que tienen competencias autoridades más cercanas, la que menos lo esté sólo puede intervenir «en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente» por aquéllas.

2.1.3. Con arreglo a la formulación del Tratado, el principio de subsidiariedad opera en el campo de las competencias no exclusivas de la Unión Europea:

a) Quedan, pues, fuera las competencias exclusivas de la Unión, que, ex artículo 3.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, son: unión aduanera; normas de competencia para el funcionamiento del mercado interior; política monetaria en los Estados de la zona euro; conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común; política comercial común; celebración de acuerdos internacionales previstos en actos legislativos de la Unión cuando sea necesaria para ejercer su competencia o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar su alcance.

b) Tampoco opera el principio de subsidiariedad allí donde la Unión carece de competencia alguna, porque el principio de subsidiariedad no es una cláusula atributiva de competencias que la Unión no tenga ya, sino una regla para modalizar su ejercicio cuando hay concurrencia. Los ámbitos de competen-

cias concurrentes o compartidas son, según el artículo 4 del Tratado de Funcionamiento, los siguientes: mercado interior; política social en los aspectos concretados por el propio Tratado, cohesión económica, social y territorial; agricultura y pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos (que es competencia exclusiva); medio ambiente; protección de los consumidores; transportes; redes transeuropeas; energía; espacio de libertad, seguridad y justicia; asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública en los aspectos que el Tratado define; investigación, desarrollo tecnológico y del espacio; cooperación para el desarrollo y ayuda humanitaria. Además, el artículo 6 del Tratado de Funcionamiento atribuye a la Unión competencia de apoyo, coordinación y complementación de la acción estatal en los campos de: protección y mejora de la salud humana; industria; cultura; turismo; educación, formación profesional, juventud y deporte; la protección civil; cooperación administrativa.

2.2. Niveles del principio de subsidiariedad en la Unión Europea

2.2.1. Inicialmente, la formulación europea del principio de subsidiariedad contemplaba sólo los niveles europeo y estatal. Así, en la redacción resultante del Tratado de Maastricht de 1992 (art. G.5), que es el que verdaderamente da carta de naturaleza al principio de subsidiariedad en la Unión Europea (aunque su rastro pueda remontarse incluso hasta el Tratado de la CECA y el Tratado de Roma: J. L. Piñol, 1993), el Tratado constitutivo dejó enunciado el principio en estos términos (art. 3B):

> «En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario».

2.2.2. Se agregan los niveles regional y local en el nonato Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (art. I-11):

> «En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.».

2.2.3. Esos dos niveles, regional y local, se mantienen en el vigente Tratado de Lisboa (art. 5.3):

> «En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión».

2.2.4. El acceso al Tratado de los niveles regional y local es una de las varias manifestaciones del proceso de creciente visibilidad de los poderes regionales y locales en la Unión Europea, propulsado, principal, aunque no exclusivamente, por el Comité de las Regiones, y en el que puede apreciarse, cómo las regiones y entes locales pasan, de ser meros objetos de actuación, a ser paulatinamente sujetos, ellos también, en la Unión Europea, a pesar de que ésta siga siendo, no obstante, una Unión de Estados.

2.3. Naturaleza del principio de subsidiariedad en la Unión Europea

2.3.1. En la Unión Europea, el principio de subsidiariedad no es una mera proclamación política; es un principio jurídico y no menor. De hecho, la combinación de los principios de atribución y subsidiariedad es lo que permite que Alemania siga formando parte de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa, según la Sentencia de 30 de junio de 2009 del Tribunal Constitucional federal alemán (¡qué contraste con la escasa masa de jurisprudencia constitucional en España ante la cuestión europea!), en la medida en que esos dos principios preservan la identidad alemana: el parágrafo 304 de la Sentencia incluye, en particular, la subsidiariedad ente «los mecanismos de protección jurídico-materiales del Derecho sustantivo».

2.3.2. Pero, siendo jurídico el principio de subsidiariedad en la Unión Europea, su inobservancia es objeto, como tienen señalado, entre otros, E. Albertí, E. Fossas y M. A. Cabellos (2005), de un doble control: a) control jurisdiccional *ex post facto*: por el Tribunal de Justicia, pues el Protocolo núm. 2 del Tratado de Lisboa sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad expresamente afirma (art. 8) que la violación del principio de subsidiariedad es susceptible de recurso ante el Tribunal de Justicia, por la vía del artículo 263 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, esto es, como control de legalidad; y b) control político *ex ante*, diseñado mediante el sistema de alerta temprana del que se ocupa el epígrafe III de este prontuario por el citado Protocolo núm. 2 del Tratado de Lisboa sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

2.4. El Protocolo del Tratado de Lisboa sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad

2.4.1. Aunque el Protocolo lo es sobre el principio de subsidiariedad y el principio de proporcionalidad, aquí se examina sólo en lo que tiene que ver con el principio de subsidiariedad. Ciertamente, la divisoria entre ambos principios es algo difusa, pero el principio de proporcionalidad (con su triple exigencia de adecuación de la medida para el fin que se pretende; necesidad de la medida, de manera que no haya otra posible menos intrusiva, y proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que la medida no cause más daño que beneficio para el interés general) tiene entidad propia. Luce así en el Tratado vigente, que dedica al principio de subsidiariedad el artículo 5.3 y al principio de proporcionalidad el artículo 5.4, que dice que «En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados», y en el Protocolo cuando éste requiere en particular que cada medida legislativa europea, en lo que implique de carga, «sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar» (art. 5). Además, el principio de proporcionalidad opera no sólo en el campo de las competencias concurrentes como el principio de subsidiariedad, sino también en el de las exclusivas de la Unión Europea, y no es, según el Protocolo, objeto del sistema de alerta temprana (J. Ziller et al., 2006), que se examina en el epígrafe III de este prontuario.

2.4.2. Antes que el Protocolo núm. 2 del Tratado de Lisboa, que reproduce el que con el mismo número acompañaba al frustrado Tratado constitucional, el Tratado de Ámsterdam de 1997 se adoptó con, entre otros, el Protocolo núm. 30, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que requería ya que toda propuesta de norma comunitaria motivara las razones por las que sus objetivos «no pueden ser alcanzados de manera suficiente mediante la actuación de los Estados miembros en el marco de su sistema constitucional y, por consiguiente, pueden lograrse mejor mediante una actuación de la Comunidad»:

a) La obligación quedaba referida a las instituciones comunitarias que debían así autocontrolarse en esa fase previa, sin intervención de autoridades no europeas en esa verificación.

b) El Tratado de Ámsterdam llevaba anejo otro Protocolo, el núm. 9, sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, que estipulaba que las propuestas legislativas de la Comisión «se comunicarán con la suficiente antelación para que el Gobierno de cada Estado miembro pueda velar por que su parlamento nacional las reciba convenientemente», pero no precisaba a qué efectos y si entre ellos cabía chequear las propuestas desde la perspectiva del principio de subsidiariedad.

2.4.3. El Protocolo vigente mantiene el autocontrol comunitario, en el que implica a los Estados y abre vías para que los poderes regionales y

locales puedan entrar en juego, creando, además, como han estudiado detenidamente E. Albertí, E. Fossas y M. A. Cabellos (2005), un procedimiento de heterocontrol o control externo, confiado a los Estados, con posible participación de las regiones (no de los poderes locales):

a) *Autocontrol:* persiste, en efecto, la obligación de motivar las propuestas legislativas desde la perspectiva de la subsidiariedad; la motivación debe tener en cuenta los efectos de la propuesta «en la normativa que han de desarrollar los Estados miembros incluida, cuando proceda, la legislación regional» (art. 5); y, en particular, la Comisión ha de efectuar, en la elaboración de sus propuestas legislativas, «amplias consultas» (art. 2), las cuales deberán tener en cuenta la dimensión estatal y «cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas» *(ibidem)*.

b) *Heterocontrol:* en manos de los Estados, con posible intervención de las regiones (aquí, ya no los poderes locales): el sistema de alerta temprana.

III. EL SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA

3.1. Definición aproximativa

Es un procedimiento de control externo (heterocontrol) y de naturaleza política (no jurisdiccional, ni administrativo) de los proyectos de actos legislativos de la Unión Europea (no, por tanto, en las propuestas no legislativas) que tiene por finalidad verificar la observancia del principio de subsidiariedad (sólo del principio de subsidiariedad; no, además, del de proporcionalidad).

3.2. Sujetos controladores

3.2.1. Los Parlamentos nacionales

3.2.1.1. El órgano estatal encargado de verificar el principio de subsidiariedad en el sistema de alerta temprana no es el gubernamental, sino el parlamentario.

3.2.1.2. En puridad, la atribución a los Parlamentos nacionales del control de subsidiariedad no deriva del Protocolo núm. 2, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, sino de otro Protocolo, el núm. 1, sobre el cometido de los Parlamentos nacionales, que reformula, concretándolo, el que, sobre el mismo objeto, acompañaba al Tratado de Ámsterdam y, en cuya virtud, los Parlamentos nacionales pueden emitir un «dictamen motivado sobre la conformidad de un proyecto de acto legislativo con el principio de subsidiariedad» (art. 3). El Protocolo

núm. 2 lo que hace es fijar el procedimiento para articular esa atribución, pero el fundamento de ésta, por lo que a los Parlamentos nacionales se refiere, estriba en el Protocolo núm. 1. La cuestión no es meramente formal, pues el Protocolo núm. 1 tiene por fundamento, no tanto la subsidiariedad, cuanto la voluntad de «impulsar una mayor participación de los Parlamentos nacionales en las actividades de la Unión Europea e incrementar su capacidad para manifestar su opinión sobre los proyectos de actos legislativos de la Unión Europea y otros asuntos que consideren de especial interés», como paliativo del tantas veces denostado déficit democrático de la UE: la subsidiariedad será el objeto de la participación, pero no su fundamento, o no, al menos, su principal fundamento. Si la subsidiariedad hubiese sido el fundamento, su control no habría tenido por qué conferirse a los Parlamentos o únicamente a los Parlamentos: el principio parlamentario es, entonces, encarnación del principio democrático en el control de la subsidiariedad, y no resultado de una asignación aleatoria o meramente funcional del control de la subsidiariedad.

3.2.1.3. Para los Parlamentos nacionales, la participación es, con todo, facultativa, no preceptiva: «Todo Parlamento nacional o toda Cámara de uno de estos Parlamentos *podrá* [...]» (art. 6).

3.2.2. *Los Parlamentos regionales*

3.2.2.1. El fundamento de la participación de los Parlamentos regionales no está en el Protocolo núm. 1, circunscrito a los Parlamentos nacionales, sino en el propio Protocolo núm. 2, que, por consiguiente, tiene para los Parlamentos regionales mayor significación que para los nacionales.

3.2.2.2. Pero el Protocolo núm. 2 no impone la participación de los Parlamentos regionales. Únicamente la hace posible. Y ni siquiera la hace posible de manera incondicionada. Por lo pronto, los Parlamentos regionales no pueden intervenir de oficio. Por el contrario, para que los Parlamentos regionales puedan plantearse intervenir, es precisa una condición previa, cual es que los respectivos Parlamentos nacionales les den la posibilidad de hacerlo. Y los Parlamentos nacionales no están obligados a hacerlo, ni, si optan por hacerlo, tienen por qué hacerlo de una vez y para siempre, sino que, distintamente, en lo que puede considerarse la maximización del principio de autonomía institucional de cada ordenamiento constitucional, pueden decidir caso a caso: «Incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas» (art. 6). En esas condiciones, no cabe decir que los Parlamentos regionales sean propiamente sujetos controladores. Esta cualidad queda circunscrita a los Parlamentos nacionales, de los que los regionales son únicamente órganos consultivos en posición auxiliar. No obstante, residenciando el escalón regional del control de la subsidiariedad en instituciones parlamentarias, confluyen el principio regional y el principio democrático, al tiempo que, al prolongarse la cade-

na parlamentaria hasta este eslabón, se refuerza la inyección de sustancia representativa que en el escalón estatal aportan los Parlamentos nacionales.

3.2.2.3. El Protocolo núm. 2 se cuida de precisar que los Parlamentos regionales a los que los Parlamentos nacionales pueden consultar en el sistema de alerta temprana son los «que posean competencias legislativas», precisión que en España es redundante, porque todos los Parlamentos regionales tienen competencias legislativas, pero que no lo es en la Unión Europea, en la que el concepto de región incluye unidades territoriales dotadas nominalmente de Parlamentos o Asambleas, pero carentes de potestades legislativas (A. Arce, 1998). La selección de los Parlamentos de regiones con competencias legislativas es fácil de entender con sólo tener en cuenta, por un lado, que la potestad legislativa es cifra de autonomía política, «cualitativamente superior a la administrativa», por decirlo en palabras de nuestro Tribunal Constitucional (STC 25/1981, FJ 3), y, por el otro, que la ejecución del Derecho comunitario no es un título competencial en los Estados compuestos, sino que corresponde a la autoridad competente, sea estatal, sea regional, por razón de la materia, como también tiene repetido, por lo que a España se refiere, el Tribunal Constitucional (STC 252/1988, FJ 2).

3.2.2.4. El estatuto de los Parlamentos regionales en el sistema de alerta temprana, por menor que sea si se lo compara con el de los Parlamentos nacionales, es uno de los principales logros, si no el más importante, de las regiones legislativas europeas en su empeño, largamente sostenido, por verse diferenciadas, a partir de esos presupuestos, de las regiones no legislativas en el abigarrado mapa regional europeo. De ese dilatado *íter,* que he tenido ocasión de detallar en las páginas de esta misma Revista (A. Arce, 2002), cabe destacar ahora dos hitos fundamentales:

a) La Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros convocada en Turín el 29 de marzo de 1996 para adoptar de común acuerdo las modificaciones que introdujo el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 tomó nota de la «Declaración de Alemania, Austria y Bélgica sobre la subsidiariedad», que decía:

> «Para los Gobiernos alemán, austriaco y belga, es evidente que la acción de la Comunidad Europea, de conformidad con el principio de subsidiariedad, no sólo afecta a los Estados miembros, sino también a sus entidades, en la medida en que ésta disponen de un poder legislativo propio que les confiere el derecho constitucional».

b) En ese mismo mes de octubre de 1997, se creó en la sede de la Junta General del Principado de Asturias (el Parlamento de esta Comunidad Autónoma) la Conferencia de Asambleas Legislativas Regionales Europeas (CALRE), cuyo texto fundacional, conocido como «Documento de Oviedo sobre las Asambleas Legislativas Regionales en la Unión Europea», decía confiar, refiriéndose a la

Declaración de Alemania, Austria y Bélgica sobre la subsidiariedad, «en que a esta Declaración se sumen todos los Estados que cuenten con entidades territoriales con poderes legislativos propios constitucionalmente reconocidos».

3.3. Objeto del control

Viene constituido por proyectos de actos legislativos, y sus modificados, de la Comisión, del Parlamento Europeo o que tengan su origen en un grupo de Estados miembros, en el Tribunal de Justicia, en el Banco Central Europeo o en el Banco Europeo de Inversiones, entendiéndose por proyecto de acto legislativo «las propuestas de la Comisión, las iniciativas de un grupo de Estados miembros, las iniciativas del Parlamento Europeo, las peticiones del Tribunal de Justicia, las recomendaciones del Banco Central Europeo y las peticiones del Banco Europeo de Inversiones, destinadas a la adopción de un acto legislativo» (art. 3).

3.4. Contenido del control

3.4.1. El Protocolo núm. 1 lo enuncia así: «dictamen motivado sobre la conformidad de un proyecto de acto legislativo con el principio de subsidiariedad» (art. 3). El Protocolo núm. 2 usa otra fórmula: «dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad» (art. 6). No son enteramente coincidentes: en ambos casos, se trata de dictamen motivado, pero en el Protocolo núm. 1 el dictamen motivado lo es «sobre la conformidad de un proyecto de acto legislativo con el principio de subsidiariedad», y según el Protocolo núm. 2, el dictamen es de «las razones por las que considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad». Esto es, si hubiera que atenerse al Protocolo núm. 1 cabría dictaminar tanto si el dictamen es favorable, como si es desfavorable, mientras que con el Protocolo núm. 2 el dictamen sólo se emite cuando es desfavorable. Cierto que el Protocolo núm. 1 se remite «al procedimiento establecido por el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad», pero el contenido del dictamen no es «procedimiento».

3.4.2. Los Protocolos requieren que el dictamen desfavorable sea «motivado», pero no fijan directamente los parámetros de la motivación negativa. No obstante:

a) Según el Protocolo núm. 2 (art. 5), «los proyectos de actos legislativos se motivarán en relación con los principios de subsidiariedad (y de proporcionalidad)». Por lo tanto, no se respetará el principio de subsidiariedad, por lo pronto, si falta la motivación en relación con el principio de subsidiariedad.

b) Según el Protocolo núm. 2 (art. 5), los proyectos de actos legislativos europeos deben incluir una ficha que refiera a) «pormenores que permitan evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad (y de proporcionalidad)», así como «elementos que permitan evaluar el impacto financiero»; b) «cuando se trate de una directiva, sus efectos en la normativa que han de desarrollar los Estados miembros, incluida, cuando proceda, la legislación regional»; c) «las razones que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor en el plano de ésta se sustentarán en indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos», y d) «la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o los ciudadanos sea los más reducida posible y proporcional al objetivo que sea desea alcanzar». De aquí se sigue que no se respetará tampoco el principio de subsidiariedad cuando la motivación:

— No sea lo suficientemente pormenorizada como para poder evaluar el cumplimiento del principio: un parámetro no muy preciso, desde luego.
— No incluya elementos que permitan evaluar el impacto financiero: un parámetro algo más concreto.
— Tratándose de proyectos de directiva, no incluya elementos que permitan evaluar sus efectos en la normativa de la autoridad, estatal y/o regional, que haya de implementarla: exigencia que no parece de fácil cumplimiento para las instituciones comunitarias, de las que parece requerirse un exhaustivo conocimiento de los ordenamientos constitucionales de cada Estado miembro.
— Las cargas, tanto financieras como administrativas sean los más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar: este parámetro es, en nuestra opinión, propio de la proporcionalidad y no de la subsidiariedad.
— No detalle las razones que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor en el plano de ésta sustentados en indicadores cualitativos y, cuando sea posible (¿cuándo lo es?), cuantitativos que justifiquen la afirmación, que, por tanto, no podrá ser meramente apodíctica, de que los objetivos del acto legislativo puede alcanzarse mejor en el plano de la Unión. De todos los parámetros, éste se presenta como el más específico de la subsidiariedad en sentido estricto si se tiene en cuenta que, según el artículo 5.3 del Tratado, «En virtud del principio de subsidiariedad [...], la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no

puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión».

— Las razones, a pesar de cumplir con todas las exigencias, no sean convincentes para el Parlamento nacional porque entienda: que la Unión Europea carece de competencia alguna; que, a pesar de tratarse de una competencia concurrente, la Unión se ha extralimitado, o que, a pesar de tratarse de una competencia concurrente, el objetivo pueda ser alcanzado mejor a escala estatal o regional, que es, en último término, el contenido esencial del principio de subsidiariedad.

3.5. Naturaleza y alcance del control

Las instituciones comunitarias «tendrán en cuenta», dice el Protocolo núm. 2, los dictámenes motivados de los Parlamentos nacionales (art. 7.1). Ese tener en cuenta no confiere a los dictámenes de los Parlamentos nacionales carácter vinculante, sino, a lo más, suspensivo:

a) Un solo Parlamento, que dispone de dos votos (si el Parlamento es bicameral, cada Cámara tiene un voto), carece de toda relevancia: ésta sólo surge cuando los dictámenes de los Parlamentos nacionales alcancen «al menos un tercio del total de votos», o un cuarto en materia de cooperación judicial penal, cooperación policial y cooperación administrativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 7.2).

b) El efecto consistirá, entonces, en que el proyecto de acto legislativo «deberá volverse a estudiar» por la institución comunitaria en la que tenga su origen y que, tras el nuevo estudio, «podrá decidir mantener el proyecto, modificarlo o retirarlo», siempre de manera motivada (art. 7.2).

c) En el marco del procedimiento legislativo ordinario, la propuesta debe volverse a estudiar cuando los dictámenes «representen al menos la mayoría simple de los votos atribuidos a los Parlamentos nacionales», y, tras el nuevo estudio, la Comisión «podrá decidir mantener, modificar, o retirar la propuesta» (art. 7.3), aunque si decide mantenerla, debe, mediante dictamen motivado, justificar «por qué considera que la propuesta de que se trate respeta el principio de subsidiariedad» (art. 7.3).

d) En este último caso de discrepancia entre los dictámenes negativos de los Parlamentos nacionales y el dictamen positivo de la Comisión, se hace precisa una mayoría del cincuenta y cinco por ciento de los miembros del Consejo o una mayoría de los votos del Parlamento Europeo para que el proyecto no quede desestimado.

3.6. Procedimiento del control

3.6.1. Los proyectos de actos legislativos deben ser transmitidos a los Parlamentos nacionales por la institución de la que procedan: la Comisión, en cuyo caso la remisión ha de ser «al mismo tiempo que al legislador de la Unión»; el Parlamento Europeo; y el Consejo cuando tengan su origen en un grupo de Estados miembros, en el Tribunal de Justicia, en el Banco Central Europeo o en el Banco Europeo de Inversiones (art. 4).

3.6.2. Los Parlamentos nacionales disponen de «un plazo de ocho semanas a partir de la fecha de transmisión» para remitir su dictamen (art. 6): el plazo en semanas se cuenta de fecha a fecha.

3.6.3. El dictamen se remite a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, ocupándose el Consejo de transmitirlo a los Gobiernos del grupo de Estados miembros cuando el proyecto de acto legislativo tenga origen en ellos, y al Tribunal de Justicia, al Banco Central Europeo o al Banco Europeo de Inversiones, cuando tenga su origen en alguno de éstos (art. 6).

3.7. El control jurisdiccional del sistema de alerta temprana

3.7.1. Si, como se dejó expuesto en el epígrafe 2.3.2.a) de este prontuario, la vulneración del principio de subsidiariedad es susceptible de control por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la infracción del sistema de alerta temprana, el cual forma parte del régimen del principio de subsidiariedad, también podrá ser, a nuestro entender, susceptible de fundar un recurso por vulneración del principio de subsidiariedad.

3.7.2. Los Parlamentos nacionales no están legitimados para recurrir directamente, sino que, según el Protocolo núm. 2, tan sólo pueden los Estados respectivos transmitir los recursos en nombre de aquellos (art. 8), y tampoco los Parlamentos regionales tienen legitimación, ni directa ni indirecta, según el Protocolo núm. 2, que no los menciona.

IV. LA ARTICULACIÓN EN ESPAÑA DEL SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA

4.1. Antecedentes

4.1.1. El 18 de diciembre de 2007, la Comisión Mixta para la Unión Europea aprueba el Informe relativo a la aplicación por las Cortes Generales del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad que acompaña al Tratado de Lisboa (BOCG, Sección Cortes Generales, VIII Legislatura, Serie A, núm. 474, de 4 de enero de 2008). Originariamente, el Informe tenía por objeto estudiar la aplicación del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y pro-

porcionalidad que acompañaba al frustrado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, pero la identidad con el anejo al Tratado de Lisboa permitió reconducir el Informe a este último.

4.1.2. El Informe, excelente en fondo y forma, examina pormenorizadamente la cuestión. En lo que aquí más importa, comienza estudiando el principio de subsidiariedad como mecanismo regulador del ejercicio de las competencias europeas; aborda luego la génesis del sistema de alerta temprana y sus principales características, así como las medias adoptadas hasta la fecha por otros Estados miembros para articularlo y los ensayos piloto organizados en el marco de la Conferencia de Órganos Especializados en Asuntos Comunitarios (COSAC), y formula unas recomendaciones para la aplicación del sistema por las Cortes Generales, anticipando los criterios de la reforma, a practicar mediante proposición de ley suscrita por todos los Grupos Parlamentarios, que requeriría la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea.

4.1.3. Antes de que el Tratado de Lisboa entrase en vigor y se llevara a término la modificación de la citada Ley 8/1994, la Comisión Mixta, autora material del texto de la modificación que luego fue formalizado como proposición de ley, al mismo tiempo y en la misma sesión, de 24 de marzo, en la que propuso el concreto texto de la reforma legal, aprobó unos criterios para la realización de ensayos piloto (BOCG, Sección Cortes Generales, VIII Legislatura, Serie A, núm. 127, de 16 de abril). El experimento se enmarcó en los ensayos piloto que, desde 2005, la COSAC había puesto en marcha, y constó de dos ensayos piloto en 2009 sobre la participación de los Parlamentos autonómicos en el sistema de alerta temprana. Los ensayos piloto de la Comisión Mixta versaron:

a) El primero, sobre la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales [COM (2009) 338 final]: en él participaron el Parlamento de Galicia, la Asamblea Regional de Murcia, las Cortes de Aragón y los Parlamentos vasco y de Cataluña.

b) El segundo, acerca de la Propuesta de Reglamento sobre la jurisdicción, legislación aplicable y reconocimiento de decisiones y medidas administrativas en materia de sucesiones y donaciones [COM (2009) 154 final]: en él participaron el Parlamento de Canarias, el Parlamento de Galicia, el Parlamento de Navarra, el Parlamento vasco, las Cortes de Aragón, la Asamblea Regional de Murcia, la Junta General del Principado de Asturias, las Cortes de Castilla-La Mancha, el Parlamento de Cantabria y el Parlamento de Cataluña.

4.1.4. Algún Parlamento autonómico publicó su regulación para participar en los ensayos piloto: Cantabria (Acuerdo de la Mesa, oída la Junta de Portavoces, de 27 de noviembre de 2009: BOPCA núm. 304, de 2 de

diciembre); Castilla-La Mancha (Resolución de carácter general de la Presidencia de 7 de octubre de 2009: BOCCM núm. 149, de 7 de octubre de 2009); Castilla y León (Resolución de la Presidencia de 3 de diciembre de: BOCCyL núm. 263, de 14 de diciembre de 2009); Navarra (Resolución de la Presidencia de 9 de noviembre de 2009: BOPN, Serie H, núm. 112, de 10 de noviembre de 2009).

4.2. La Ley 24/2009, de 22 de diciembre

4.2.1. Con posterioridad, por Ley 24/2009, de 22 de diciembre, que, de acuerdo con lo patrocinado por la Comisión Mixta, tuvo origen formal en una proposición de ley suscrita por todos los Grupos Parlamentarios (BOCG, Sección Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie B, núm. 203-1, de 23 de octubre de 2009), y que, con el texto que se había convenido en la propia Comisión, se tramitó en lectura única, se llevó finalmente a cabo la modificación de la Ley 8/1994, de 19 de mayo.

4.2.2. Una primera observación acerca de la sede normativa: aunque se trate de organización y procedimiento, materia propia de la reserva constitucional a favor de los reglamentos parlamentarios (SSTC 101/1983, FJ 3 A], 141/1990, FJ 2), la doble circunstancia de que, careciendo aún las Cortes Generales de reglamento propio, la regulación afecte a las dos Cámaras, Congreso y Senado, y alcance a otras instituciones externas, señaladamente, los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, explica la utilización de la fuente legal.

4.2.3. Con carácter general, se confiere a la Comisión Mixta la potestad de «emitir» el dictamen (art. 3.j), potestad que comprende la elaboración y también la aprobación del mismo (art. 5.1):

a) Los Plenos del Congreso y del Senado «podrán avocar el debate y la votación del dictamen» (art. 5.2): no, por tanto, la elaboración, que, en todo caso, corresponde a la Comisión Mixta.

b) La avocación tendrá lugar «en los términos previstos en los respectivos Reglamentos de las Cámaras» (art. 5.2), que, a día de hoy, nada dicen al respecto. La avocación puede ser decidida por cada Pleno de manera independiente, pero la avocación de uno arrastra irremisiblemente la del otro: «Si uno de los Plenos avocase su competencia para la aprobación del dictamen motivado, la Comisión Mixta deberá someter su propuesta de dictamen motivado a los Plenos de ambas Cámaras» (art. 5.2).

c) De haber sendos dictámenes de las dos Cámaras, cada uno vale un voto, esto es, dos, que es lo que vale el de la Comisión Mixta como Parlamento nacional, pero si, producida la avocación, sólo una Cámara emite dictamen, tendrá un solo voto (art. 7.1 del Protocolo), porque en los sistemas bicamerales una sola Cámara no es el Parlamento nacional.

4.2.4. La emisión del dictamen por la Comisión Mixta lo es «en nombre de las Cortes Generales» (arts. 3.j y 5.1). La fórmula garantiza, como acaba de indicarse, que el dictamen de la Comisión Mixta valga los dos votos que corresponden a cada Parlamento nacional (art. 7.1 del Protocolo), y, por otro lado, en su carácter vicarial late quizá el reproche que se le podría haber formulado a una delegación *ope legis* o a una presunción de delegación como la del actual artículo 148.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados en materia legislativa.

4.2.5. El dictamen, motivado, es, según el artículo 3.j), «sobre la vulneración del principio de subsidiariedad», lo que parece circunscribir la emisión de dictamen a los supuestos de vulneración, pero, según el artículo 5.1, es «sobre la aplicación del principio de subsidiariedad», lo que parece acoger por igual dictámenes favorables y desfavorables: el criterio que la Comisión Mixta ha asumido es el del el artículo 3.j), a la luz del artículo 6 del Protocolo, que contempla únicamente la hipótesis del dictamen «que considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad». En cuanto a las concretas razones de la motivación, se da por reproducido lo dicho con anterioridad a propósito del Protocolo en el apartado 3.4.2.

4.2.6. El dictamen ha de ser remitido «a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión Europea en el plazo máximo de ocho semanas» (art. 5.3), a contar, de fecha a fecha, desde la de la transmisión del proyecto de acto legislativo europeo.

4.2.7. Para emitir su dictamen, el Parlamento cuenta con la colaboración del Gobierno:

a) De oficio, el Gobierno «a la mayor brevedad posible, y a reserva de una valoración definitiva, remitirá a las Cámaras un sucinto informe sobre el contenido sustancial de aquellas propuestas legislativas que tengan repercusión en España» (art. 3.b). Este «sucinto informe» no tiene por objeto específico la eventual vulneración del principio de subsidiariedad, sino «el contenido sustancial» de la propuesta legislativa, aunque nada impide que, al socaire del análisis de este último, se pronuncie, «a reserva de una valoración definitiva», también sobre la subsidiariedad.

b) Además, la Comisión Mixta «podrá pedir al Gobierno un informe relativo a la conformidad del acto legislativo con el principio de subsidiariedad» (art. 3.j). No está obligada la Comisión a hacerlo, pero en el caso de que lo haga, el Gobierno «deberá remitir dicho informe, acompañado de los documentos oficiales de los órganos de la Unión Europea que se hubiesen empleado en la preparación del proyecto legislativo y que obren en poder del Gobierno», lo que permite al Parlamento disponer de documentación comunitaria a la que, de otro modo, no tendría acceso. Resultará particularmente útil la colaboración del Gobierno habida cuenta de la complejidad de buena parte de los actos legislativos europeos y de los medios materiales y personales de que dispone la Administración.

c) A la vista de la información remitida por el Gobierno, la Comisión, «cuando lo considere oportuno, podrá, además, solicitar del Gobierno la ampliación de la información recibida» (art. 3.j). La colaboración del Gobierno aparece circunscrita a la remisión de información escrita, sin que se contemple la posibilidad de celebrar comparecencias, seguramente por la premura del procedimiento.

4.2.8. En cuanto a la participación de los Parlamentos autonómicos:

a) La remisión de las Cortes Generales a los Parlamentos autonómicos de la iniciativa legislativa europea de que se trate puede tener lugar, en principio, y a reservas de lo que determinen sus Cámaras, tanto desde el Congreso de los Diputados como desde el Senado, como desde ambas Cámaras de manera conjunta: «El Congreso de los Diputados *y* el Senado» (art. 6.1). En la práctica, sin embargo, la hace la Comisión Mixta.

b) Esa remisión debe ser inmediata: *«tan pronto* reciban una iniciativa legislativa de la Unión Europea» (art. 6.1). Para ganar en inmediatez, se tiene por bastante la comunicación electrónica y se prescinde del correo postal.

c) Se remite a las Asambleas autonómicas toda iniciativa legislativa de la Unión Europea sin selección alguna. Aunque el Protocolo habría permitido implantar algún filtro, pues, textualmente, dice que «Incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, *cuando proceda,* a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas», la nueva Ley ha preferido el automatismo de la remisión: «El Congreso de los Diputados y el Senado, tan pronto reciban *una iniciativa legislativa* de la Unión Europea, *la remitirán* a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas» (art. 6.1).

d) La remisión de las Cortes Generales a los Parlamentos autonómicos se hace *«sin prejuzgar* la existencia de competencias autonómicas afectadas» (art. 6.1). A esa aclaración parece subyacer una interpretación reduccionista de la subsidiariedad, que la circunscribe al plano competencial, cuando, en el nivel regional, como en el estatal, la subsidiariedad no se ve vulnerada por el sólo hecho de que haya competencias «afectadas» (el principio de subsidiariedad opera en competencias concurrentes), sino cuando el objetivo de que se trate pueda ser mejor alcanzado en niveles infraeuropeos, estatal, si se trata de ese escalón, o regional, si de éste.

e) La remisión de las Cortes Generales a los Parlamentos autonómicos de la iniciativa legislativa europea lo es «a efectos de su conocimiento y de que, en su caso, puedan remitir a las Cortes Generales un Dictamen» (art. 6.1). No es preceptivo, pues, para los Parlamentos autonómicos remitir a las Cortes Generales un dictamen.

f) El dictamen debe ser «motivado sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la referida iniciativa» (art. 6.1). Ese enunciado parece dar cabida a dictámenes tanto favorables como desfavorables. En la práctica, sin embargo, la Comisión Mixta, sin excluir la posibilidad de que se remitan desde los Parlamentos autonómicos dictámenes favorables, tiene señalado, a consulta del Parlamento de Asturias, que «considerará como singularmente relevantes aquellos dictámenes en los que se exponen las razones por las que se considera que el proyecto analizado no se ajusta al principio de subsidiariedad». En cuanto a las razones para justificar la inobservancia del principio de subsidiariedad, se da por reproducido lo que se dejó señalado en el epígrafe 3.4.2 a propósito de los Parlamentos nacionales, aunque con una precisión: así como el control del Parlamento nacional puede moverse en los dos planos estatal y regional, pues el Parlamento nacional es propiamente el único sujeto controlador, los Parlamentos regionales deberían moverse únicamente en el plano regional, comprobando, en síntesis, si, teniendo las autoridades regionales competencias en la materia de que se trate, el objetivo que pretende la medida europea puede ser mejor alcanzado por ellas mismas (que lo sea por el Estado es cuestión del Parlamento nacional, no de los Parlamentos regionales).

g) Si el Parlamento autonómico opta por remitir dictamen, debe haber un acto de aprobación formal del mismo, aunque no se especifique por qué órgano: «El Dictamen motivado que, en su caso, pueda *aprobar* el Parlamento de una Comunidad Autónoma» (art. 6.2).

h) El dictamen del Parlamento autonómico deber ser remitido al Congreso o al Senado: «deberá haber sido recibido en el Congreso de los Diputados *o* en el Senado» (art. 6.2). En la práctica, se remite a la Comisión Mixta.

i) La remisión del dictamen del Parlamento autonómico lo es a efectos de que *«pueda* ser tenido en consideración» (art. 6.2). No es, pues, preceptivo para la Comisión Mixta tener en consideración el dictamen autonómico, que, no es que no sea vinculante, que no lo es, sino que ni siquiera tiene por qué ser tenido en cuenta.

j) Para que pueda ser tenido en consideración, será preciso que sea recibido en el Congreso o en el Senado «en el plazo de cuatro semanas desde la remisión de la iniciativa legislativa europea por las Cortes Generales» (art. 6.2). El plazo, según indicación de la Comisión Mixta, se cuenta de fecha a fecha, y la remisión se hace por correo electrónico (presupone que todos los Parlamentos autonómicos tienen sistemas validados de comunicaciones y firmas electrónicas, lo que, probablemente, no es así: el de la Rioja se ha cuidado de intentar dársela en su normativa sobre la alerta temprana, a la que más adelante se hará referencia) para ganar en inmediatez, y directamente a la Comisión Mixta. No puede dejar de notarse que el plazo autonómico dura la mitad del plazo estatal, siendo así

que el texto a examinar es el mismo y que, como luego se subrayará, los medios son, sin embargo, significativamente inferiores.

k) Los dictámenes de los Parlamentos autonómicos no acompañarán al dictamen que en su caso emita la Comisión Mixta: sólo si ésta aprecia la vulneración del principio de subsidiariedad, y sólo entonces, «incorporará la *relación* de los dictámenes remitidos por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas» (art. 6.3), no, pues, los propios dictámenes, sino «relación» de los mismos, así como «las referencias necesarias para su consulta» (art. 6.3), requisito, este último de las referencias necesarias para la consulta, del que se sigue la exigencia implícita de que los dictámenes de los Parlamentos autonómicos puedan ser consultados en un sitio público, cabalmente, en su respectivo Boletín Oficial, aunque sería, desde luego, preferible que, sin perjuicio de la relación, se remitieran también los propios dictámenes.

V. REGULACIONES AUTONÓMICAS SOBRE LA ALERTA TEMPRANA

5.1. Sede normativa

5.1.1. Los Estatutos de Autonomía recientemente reformados la han introducido cuando tenían a la vista el que iba a ser Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: Comunidad Valenciana: (art. 61.3 a]); Cataluña (art. 188); Baleares (art. 112); Andalucía (art. 237); Aragón (art. 93.3); Castilla y León (art. 62.2).

5.1.2. Algunos Reglamentos de Parlamentos autonómicos, con el referente del Protocolo del nonato Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, también la refieren: Cataluña (art. 181), Canarias (art. 48), Extremadura (art. 102), Comunidad Valenciana (art. 181).

5.1.3. La mayoría de los Parlamentos autonómicos cuentan, en fin, con Resoluciones de carácter general, éstas sí, a la vista ya, salvo contadas excepciones, del Protocolo del Tratado de Lisboa: Andalucía (Acuerdo de la Mesa y la Junta de Portavoces el 5 de mayo de 2010: BOPA núm. 458, de 14 de mayo de 2010); Asturias (Resolución de carácter general 3/VII, de 4 de mayo de 2010: BOJG, Serie B, núm. 524, de 5 de mayo de 2010); Cantabria (propiamente para ensayos piloto: Acuerdo de la Mesa, oída la Junta de Portavoces, de 27 de noviembre de 2009: BOPCA núm. 304, de 2 de diciembre); Castilla-La Mancha (propiamente para ensayos piloto: Resolución de carácter general de la Presidencia de 7 de octubre de 2009: BOCCM núm. 149, de 7 de octubre de 2009); Castilla y León (propiamente para ensayos piloto: Resolución de la Presidencia de 3 de diciembre de 2009: BOCCyL núm. 263, de 14 de diciembre de 2009); La Rioja (Resolución de la Presidencia de 26 de abril de 2010: BOPR, Serie A, núm. 118, de 28 de abril de 2010, modificada por otra de 21 de mayo de

2010: *ibidem,* núm. 125, de 27 de mayo), Madrid (Resolución de la Presidencia de 27 de abril de 2010: BOAM núm. 188, de 29 de abril de 2010); Navarra (propiamente para ensayos piloto: BOPN, Serie H, núm. 112, de 10 de noviembre de 2009); País Vasco (Resolución general de Presidencia: BOPV, núm. 39, de 14 de diciembre de 2009).

5.1.4. La regulación en el Estatuto de Autonomía no parece jurídicamente necesaria, al no tratarse de una materia que, según el artículo 147.2 de la Constitución, quede dentro de la reserva estatutaria, y estar ya disciplinada en una Ley estatal de aplicación directa. En cambio, sí resulta adecuada la regulación en el Reglamento de la Cámara, en cuanto que se trata de un procedimiento parlamentario, que, por ello, concierne a la «organización y funcionamiento» del Parlamento, que es la materia propia de los Reglamentos de las Cámaras (SSTC 101/1983, FJ 3 A, 141/1990, FJ 2). Si las Resoluciones de carácter general tienen rango suficiente es cuestión que en el pasado habría recibido una respuesta unánimemente positiva, pero puede resultar dudosa a partir del giro que sobre su naturaleza dio hace algunos años el Tribunal Constitucional (SSTC 119/1990, 44/1995), y que ha llevado a restringir su uso, con la consiguiente privación para las Cámaras de un instrumento que se había revelado útil para regulaciones provisionales o experimentales que dan a conocer, antes de la plasmación definitiva en el Reglamento, los problemas que pudieran plantearse.

5.2. El contenido de las regulaciones autonómicas

5.2.1. El dictamen se confía, de ordinario, a una Comisión: la específica de Asuntos Europeos (Andalucía, Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Madrid), o la sectorial que sea competente por razón de la materia (Asturias, Cataluña, País Vasco, La Rioja, Comunidad Valenciana). Prevén la aprobación en Pleno Canarias (si lo decide la Mesa, oída la Junta de Portavoces, en función de la relevancia de la consulta); Extremadura (si lo decide la Mesa a petición de un Grupo Parlamentario), Cataluña (si lo decide la Mesa de acuerdo con la Junta de Portavoces a propuesta de la Comisión) y Comunidad Valenciana (si lo decide la Mesa de acuerdo con la Junta de Portavoces en función de la importancia y la materia). Hacen posible la formación de una Ponencia que informe para la Comisión Andalucía, Canarias y Madrid; la imponen Asturias y Castilla y León. En Navarra, la Ponencia (que se debe constituir en el seno de la Comisión de Relaciones Institucionales), dictamina ella misma, como en Canarias.

5.2.2. En cuanto a la elaboración del dictamen, parecen diferenciarse dos métodos de trabajo: se abre un trámite para que los Grupos Parlamentarios presenten propuestas de dictamen (Andalucía, Canarias), observaciones (Cataluña, País Vasco, La Rioja, Comunidad Valenciana) o alegaciones (Extremadura), o, distintamente, se atribuye la elaboración del dictamen al órgano parlamentario sin ese trámite específico (el resto).

5.2.3. La participación del Gobierno autonómico en el procedimiento obedece también a dos principales opciones: bien se le remite en todo caso la iniciativa, ya sea para que pueda expresar su criterio o parecer (Andalucía, Cantabria, La Rioja), ya para informar por escrito (Navarra), o bien sólo informa si se le pide expresamente (Asturias, Canarias, Castilla y León, Madrid), solución de menor subordinación para el Parlamento.

5.2.4. En algunos casos, se hace posible la celebración de comparecencias: sólo del Gobierno (Canarias) o del Gobierno y otras autoridades (La Rioja); sólo de expertos o instituciones académicas especializadas (Castilla-La Mancha); de funcionarios y expertos (Navarra); las que se consideren oportunas (Castilla y León, País Vasco).

5.2.5. Por lo que se refiere al contenido del dictamen:

a) Canarias lo refiere no sólo respecto del principio de subsidiariedad, sino también del de proporcionalidad, lo que parece exceder del marco fijado en la Ley estatal 24/2009.

b) Parecen contemplar en principio dictámenes tanto negativos como positivos País Vasco («adecuación o no») o refieren el contenido indiferenciadamente a la aplicación del principio Castilla y León, Madrid y La Rioja.

c) Asturias y Canarias, reflejando el criterio de la Comisión Mixta de las Cortes Generales, cifran ya el contenido del dictamen en poner de manifiesto la eventual vulneración del principio de subsidiariedad (no, por tanto, su respeto), como Andalucía y Castilla-La Mancha, si bien, en estos dos Parlamentos los dictámenes que aprecien vulneración son remitidos en todo caso a las Cortes Generales, en tanto que cuando los dictámenes no aprecien vulneración, la Mesa de la Cámara decide qué se comunica a las Cortes. En Navarra, si el dictamen es de conformidad sólo se remite a las Cortes Generales en el caso de que lo pida la Ponencia dictaminadora.

5.2.6. Por último, sobre todas las regulaciones planea la premura del plazo de las cuatro semanas de que disponen los Parlamentos autonómicos para despachar la consulta. Así, y por poner sólo algunos ejemplos:

a) Algunos operan ya sobre la admisión a trámite por la Mesa; en Andalucía, la Presidencia instruye el procedimiento, aunque da cuenta con posterioridad a la Mesa; en Asturias, la Presidencia admite a trámite e instruye por delegación de la Mesa; en el País Vasco, si no da tiempo a incluir la iniciativa en el orden del día de la Mesa, admite a trámite e instruye la Presidencia, y su decisión ha de ser ratificada ulteriormente por la Mesa.

b) Andalucía confiere preferencia en la tramitación ante la Comisión de Asuntos Europeos y prevé que puedan celebrarse sesiones fuera de los periodos ordinarios de sesiones, como Navarra o Cas-

tilla-La Mancha (en esta última, el procedimiento tiene carácter de asunto urgente), y Asturias excepciona el calendario ordinario de Comisiones que deviene a estos efectos inaplicable.

5.3. La organización administrativa de la alerta temprana

5.3.1. Probablemente, la participación institucionalizada de los Parlamentos autonómicos en el sistema de alerta temprana requerirá, aunque no sea éste el mejor momento económico para hablar de estas cosas, la implementación de medios personales y materiales, habida cuenta que: la remisión de proyectos de actos legislativos europeos es constante; dichos proyectos son frecuentemente complejos y extensos, y las Cámaras autonómicas disponen de tan sólo cuatro semanas, la mitad del plazo del que dispone la Comisión Mixta para los mismos textos.

5.3.2. Sólo en lo que llevamos desde la puesta en marcha del sistema en abril de 2010 hasta la fecha en que esto se escribe (finales de mayo de 2010), se han recibido en los Parlamentos autonómicos doce proyectos de actos legislativos europeos. Es en este sentido significativo que las Cortes Generales, cuyos medios personales y materiales actuales son incomparables a los de los Parlamentos autonómicos, entre los que, a su vez, hay diferencias sustanciales, cuando la tarea a abordar es, sin embargo, en todos los casos, la misma, hayan reparado en la necesidad de reforzarlos para la aplicación del Protocolo. Así consta expresamente en las recomendaciones finales del ya citado Informe de la Comisión Mixta para la Unión Europea sobre la aplicación del Protocolo de la subsidiariedad:

> «14.ª El reto que plantea el examen sistemático e inmediato de las iniciativas comunitarias para poder participar en el sistema de alerta temprana no podrá acometerse con garantías de eficacia si no lleva aparejado un importante reforzamiento de los medios personales y materiales de apoyo de las Secretarías Generales de las Cámaras. En particular se solicita a las Mesas de las Cámaras y a sus Secretarios Generales que procedan a crear y dotar adecuadamente estructuras organizativas análogas a las existentes en los Parlamentos de otros Estados miembros que hagan posible cumplir las nuevas funciones que los Parlamentos nacionales deben realizar en la Unión Europea».

VI. ADENDA. LOS PARLAMENTOS REGIONALES EN LA RED DE LA SUBSIDIARIEDAD DEL COMITÉ DE LAS REGIONES

6.1. Ya antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa e incluso de la conclusión del frustrado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el Comité de las Regiones de la Unión Europea, en sus dictámenes «Legislar mejor 2004» (CDR 121/2005 fin) y «Las líneas

directrices para la aplicación y control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad» (CDR 220/2004 fin), aprobados, respectivamente, el 12 de octubre y el 16 de noviembre de 2005, patrocinó la participación regional en la verificación de la observancia del principio de subsidiariedad, y, a ese fin, ideó instaurar progresivamente una Red de Seguimiento de la Subsidiariedad, con el objetivo de dar a los entes regionales, y también a los locales, la posibilidad de participar en el proceso de adopción de documentos y propuestas legislativas de la Comisión Europea. La Red se abriría no sólo a Gobiernos locales y regionales, miembros del Comité de las Regiones, sino también a Parlamentos regionales, a iniciativa del entonces Presidente del Comité, Peter Straub, Presidente también del Parlamento de Baden-Württemberg (Alemania), y representante del mismo en la CALRE, en cuyo seno se creó, para seguir la participación de los Parlamentos Regionales en la Red, el llamado Grupo de la Subsidiariedad.

6.2. Antes de establecer de manera oficial la Red, el Comité de las Regiones puso sucesivamente en marcha dos pruebas o ensayos piloto: el primero tuvo por objeto la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre calidad del aire ambiente y una atmósfera más limpia en Europa [COM (2005) 447 final], presentada por la Comisión e integrada junto con la Comunicación de la Comisión «Programa de aire limpio para Europa: hacia una estrategia temática para la calidad del aire» [COM (2005) 446 final); el segundo versó sobre la Propuesta presentada por la Comisión de Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la creación del Marco Europeo de Cualificaciones para el aprendizaje permanente [COM(2006) 479 final], junto con la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre eficiencia y equidad en los sistemas europeos de educación y formación [COM(2006) 481 final].

6.3. La Junta General del Principado de Asturias fue el único Parlamento autonómico de España que participó en la primera prueba. En la segunda, se le sumaría el Parlamento de Cataluña. La intervención de la Junta General del Principado de Asturias no fue meramente *pro forma*. El Comité de las Regiones incluyó a la Junta General entre las *mejores prácticas,* tanto en la primera como en la segunda prueba (CDR 306/2005; CDR 82/2006), y en ésta, además, el Comité incorporó a su Dictamen una propuesta de la Comisión de Educación y Ciencia de la Junta General de que el Centro nacional de referencia del Marco Europeo de Cualificaciones «deberá incluir una representación apropiada y suficiente de las regiones con competencias legislativas» (CDR 82/2006).

6.4. Tras estos ensayos piloto, el Comité de las Regiones creó oficialmente la Red de Seguimiento de la Subsidiariedad en abril de 2007. En ella, se dieron de alta en su momento, por lo que a Parlamentos autonómicos se refiere, la Junta General del Principado de Asturias, el Parlamento de Cataluña, el Parlamento vasco y la Asamblea de Extremadura, compartiendo la condición de socio de la Red, en lo que atañe a España, con los Gobiernos regionales de la Comunidad Valenciana, del País Vasco, de la Comunidad de Madrid, de Galicia y de Canarias, así como con la Ciudad

Autónoma de Ceuta, la Diputación de Barcelona, el Ayuntamiento de Madrid y las Federaciones de Municipios de Aragón y de Extremadura.

6.5. La formalización de la participación de los Parlamentos regionales en el sistema de alerta temprana habría, a nuestro entender, de ir acompañada de la desvinculación de la Red de Subsidiariedad del Comité de las Regiones: de un lado, porque ésta no es ya la única manera de participar en el control del principio de subsidiariedad; de otra, porque el sistema de alerta temprana es, a diferencia de la Red de Subsidiariedad del Comité de las Regiones, un procedimiento exclusivamente parlamentario; y, por último, porque los Parlamentos regionales no están como tales representados en el Comité de las Regiones, del que forman parte los Ejecutivos de las Comunidades Autónomas, junto con los Entes Locales. Así ha procedido la Junta General del Principado de Asturias. No obstante, la Conferencia de Presidentes de Parlamentos Autonómicos (COPREPA) acordó en su reunión plenaria de mayo de 2001 declarar que el sistema de alerta temprana «no resulta incompatible con la pertenencia a la Red de Seguimiento de la Subsidiariedad del Comité de las Regiones, considerando que debe ser cada Parlamento el que valore la conveniencia o no de pertenecer a la citada Red».

VII. NOTA BIBLIOGRÁFICA

Las citas bibliográficas específicamente indicadas en el texto corresponden, por orden de aparición, a:

MASSA PINTO, I., *Il principio di sussidiarietà. Profili sotrici e costituzionali*, Nápoles, Jovene, 2003.

LOO GUTIÉRREZ, M., «La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile», *Revista de Derecho de la Pontífica Universidad Católica de Valparaíso,* núm. 33, 2009, pp. 391-426.

VIANA, A., «El principio de subsidiariedad en el gobierno de la Iglesia», *Ius Canonicum,* núm. 75, 1998, pp. 147-172.

D'ATENA, A., «Costituzione e principio di sussidiarietà», *Quaderni Costituzionali,* 2001/1, pp. 13-31.

PIÑOL, J. L., «El proceso de adopción del principio de subsidiariedad en la Comunidad Europea», *Afers Internacionals,* núm. 25, 1993, pp. 71-96.

ALBERTÍ, E., FOSSAS, E., CABELLOS, M. A., *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea,* Barcelona, Parlament de Catalunya, 2005.

ZILLER, J., *et al., Le Comité des régions dans la mise en oeuvre et le contrôle des principes de subsidiarité et de proporcionalité à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Luxemburgo, Comité de las Regiones, 2006.

ARCE JANÁRIZ A., «Unión Europea y Parlamentos Regionales», *Parlamento y Constitución,* núm. 1, 1997, pp. 77-116; «Las regiones legislativas de la Unión Europea», *Asamblea,* núm. 7, 2002, pp. 3-16.

Pero, dentro de la extensa bibliografía acerca del principio de subsidiariedad, se han tenido también en cuenta:

ÁLVAREZ CONDE, E., «Los Parlamentos nacionales y la Unión Europea: el mecanismo de alerta temprana*», Revista de Derecho Político,* núm. 65, 2006, pp. 147-188.

AREILZA CARVAJAL, J. M.ª., «El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 45, 1995, pp. 53-93.

ARES CASTRO-CONDE, C., «El sistema de alerta temprana para el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea y los Parlamentos Autonómicos: diagnosis y prognosis», *Revista de Estudios Políticos,* núm. 136, 2007, pp. 213-250.

BALAGUER CALLEJÓN, F., «Las competencias de la Unión Europea y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad», *Revista de Estudios Autonómicos,* núm. 4, 2003, pp. 9-30.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.L., *El principio de subsidiariedad*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

BAREA MATEO, M.ª T., «Principio de subsidiariedad y déficit democrático: factores claves en el debate sobre atribución de competencias a la Unión Europea», CISS *Noticias de la Unión Europea,* núm. 182, 2000, pp. 9-23.

BARNES VÁZQUEZ, J., «El principio de subsidiariedad en el tratado de Maastricht y su impacto sobre las regiones europeas», *Revista de Administración Pública,* núm. 135, 1994, pp. 495-538; BRAULT, PH. *et al.,* «Le principe de subsidiarité», *La Documentation Française,* 2005.

CAFARI PANICO, R., «Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali», *Rivista di Diritto Europeo,* 1994/1, pp. 53-74.

CARETTI, P., «Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale», *Quaderni Costituzionali,* 1993, pp. 7-31.

CASTRO RUANO, J. L. DE, «El principio de subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea: una lectura en clave regional», *Gaceta Jurídica de la C.E.,* D-24, 1995, pp. 215-253.

CHALTIEL, F., «Le principe de subsidiarité dix ans après le traité de Maastricht», *Revue du Marché Commun et de L'Union Européenne,* núm. 469, 2003, pp. 365-374.

D'ATENA, «Modelos federales y subsidiariedad en el reparto de las competencias normativas entre Unión Europea y Estados miembros», *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* núm. 3, 2005, pp. 195-212.

DELCAMP, A., «Principio de subsidiariedad y descentralización», *Revista Aragonesa de Administración Pública,* núm. 4, 1994, pp. 33-52.

DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M., «La función de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea: ¿hacia una carta de los Parlamentos nacionales?», *Asamblea*, núm. 6, 2002, pp. 25-47.

EDWARDS, D. J., «Fearing Federalism's Failure: Subsidiarity in the European Union», *The American Journal of Comparative Law,* 1996, pp. 537-583.

ESTELLA DE NORIEGA, A., «La paradoja de la subsidiariedad: reflexiones en torno a la jurisprudencia comunitaria relativa al artículo 3B(2) del Trata-

do de la Comunidad Europea», *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 101, 1999, pp. 71-100.

FERAL, P.A., «Le principe de subsidiarité dans l'Union européenne», *Revue de Droit Public,* 1996/1, pp. 203-240; «Retour en force du principe de subsidiarité dans le traité constitutionnel: de nouvelles responsabilités pour les parlements nationaux et pour le comité des régions?», *Revue du Marché Commun et de L'Union Européenne,* núm. 481, 2004, pp. 496-499.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.ª L., *El principio de subsidiariedad en el ordenamiento europeo*, Madrid, McGraw-Hill, 1996;

FROSINI, T., «Subsidiariedad y Constitución», *Revista de Estudios Políticos,* núm. 115, 2002, pp. 7-25.

GALERA RODRIGO, S., «El principio de subsidiariedad desde la perspectiva del reparto de competencias entre los Estados y la UE», *Gaceta Jurídica de la C.E.,* núm. 103, 1995, pp. 5-22.

GIANNITI, L., «II Parlamenti nazionali garanti del principio di sussidiarietà», *Quaderni Costituzionali,* 2003/1, pp. 172-173.

GUILLEM CARRAU, I., «Nuevos roles de los Parlamentos autonómicos en la integración europea tras las reformas estatutarias», *Asamblea*, núm. 20, 2009, pp. 119-155.

HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., «Tratado de la Unión Europea y Constitución Española: el principio de subsidiariedad», *Revista de las Cortes Generales,* núm. 28, 1993, pp. 7-36.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., «La regulación del principio de subsidiariedad en el Tratado constitucional: espejismos y realidades», *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* núm. 19, 2004, pp. 787-827.

MANCISIDOR ARTARAZ, E., «Parlamentos autonómicos e integración europea», *Corts.*, núm. 5, 1998, pp. 177-200.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La incidencia del principio de subsidiariedad en el modus operandi de la Comunidad Europea», *Anuario Jurídico de La Rioja,* núm. 1, 1995, pp. 95-125.

MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J. M., «El principio de subsidiariedad en la Unión Europea», CISS. *Noticias de la Unión Europea,* núm. 177, 1999, pp. 79-89.

MET-DOMESTICI, A., «Les Parlements nationnaux et le contrôle du respect du principe de subsidiarité», *Revue du Marché Commun et de L' Union Européenne,* 1997, pp. 88-96.

MILLON-DELSOL, CH., *Il principio de sussidiarietà,* trad. it., Milan, Giuffrè, 2003.

ORDOÑEZ SOLÍS, D., «Subsidiariedad y gobernabilidad en las Administraciones y ante los Tribunales de la Unión Europea», CISS. *Noticias de la Unión Europea,* núm. 241, 2005, pp. 7-17.

PADULA, C., «Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica», *Giurisprudenza Costituzionale,* 2006/1, pp. 819-840.

PÉREZ MARTOS, J., «El principio de subsidiariedad en el Derecho Comunitario Europeo», *Actualidad Administrativa,* 1997/2, pp. 13-33.

PETRANGELI, F., «Sussidiarietà e Parlamenti nazionali: i rischi di confusione istituzionlale», *Quaderni Costituzionali,* 2003/1, pp. 173-175.

PINELLI, C., «Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità», *Il Diritto dell'Unione Europea,* 1999/4, pp. 725-736.

QUADRA-SALCEDO JANINI, T. DE LA, *El sistema europeo de distribución de competencias: garantías políticas y garantías jurídicas de un ámbito propio de decisión de los Estados miembros de la Unión Europea,* Madrid, Civitas, 2006.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «Subsidiariedad», *La Ley,* núm. 5210, 2000, pp. 1-16.

SÁNCHEZ RUIZ, A. I., «Comunidades Autónomas, Unión Europea y subsidiariedad: algunas reflexiones», CISS. *Noticias de la Unión Europea,* núm. 138, 1996, pp. 25-36.

SÁNCHEZ SÁEZ, J. A., «La nueva regulación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad en la Constitución Europea», *Unión Europea Aranzadi,* 2005/6, pp. 5-10.

SOBRINO HEREDIA, J. M., «Principio de subsidiariedad y participación de los entes locales y regionales en la Unión Europea», CISS. *Noticias de la Unión Europea,* núm. 145, 1997, pp. 85-99.

Con posterioridad a la entrega de esta colaboración, han aparecido:

AUZMENDI DEL SOLAR, M., «El refuerzo en el control de la subsidiariedad: el mecanismo de alerta rápida», *Revista Unión Europea Aranzadi*, 2010/5, pp. 21-28.

FERNÁNDEZ ALLES, J.J., «El Tratado de Lisboa como fuente del Derecho Parlamentario Español: Las funciones europeas de las Cortes Generales», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 78, 2009, pp. 7-72.

SCHULTZE-JENA, R., «Vías de representación de los intereses regionales en el sistema de gobernanza multinivel de la UE, como el ejemplo particular de Cataluña», *Revista Unión Europea Aranzadi*, 2010/5, pp. 7-19.

VILA RAMOS, B., «El Tratado de Lisboa y las modificaciones en la organización parlamentaria europea. La implantación del mecanismo de alerta temprana en el complejo sistema parlamentario español», *Asamblea*, núm. 22, 2010, pp. 281-312.

Blanca Cid Villagrasa★

Las modificaciones en el régimen de invalidez de los contratos del Sector Público tras la aprobación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. RÉGIMEN DE INVALIDEZ.—2.1. Régimen General.—2.2. Régimen especiales: Supuestos especiales de nulidad contractual.—III. PROCEDIMIENTO DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ.—3.1. Recursos administrativos.—3.1.1. Revisión de oficio y vía de lesividad.—3.1.2. Recurso especial en materia de contratación.—3.1.3. Cuestión de nulidad.—3.1.4. Otros recursos administrativos.—3.1.5. Los Tribunales administrativos.—3.2. Recursos ante los tribunales de justicia.—3.2.1. Recurso ante el orden jurisdiccional civil.—3.2.2. Recurso contencioso-administrativo.

RESUMEN

El 9 de septiembre por Ley 34/2010 entró en vigor la modificación de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público. Entre las principales novedades que introduce pueden destacarse la regulación de un régimen de invalidez con nuevos supuestos especiales de nulidad de los contratos, la aparición de un nuevo procedimiento para la interposición de la cuestión de nulidad, una nueva regulación del recurso especial en materia de contratación pública, añadiendo un nuevo Libro VI a la Ley de Contratos, la creación de unos órganos independiente para la resolución de estos recurso especiales, la perfección de los contratos pasa del momento de la adjudicación al de su formalización y desaparece el doble trámite de adjudicación provisional y definitiva.

Pero la verdadera novedad se encuentra en la nueva regulación de este recurso administrativo en materia de contratación porque su interposición produce efectos sus-

★ Letrada de la Asamblea de Madrid.

pensivos de forma automática para evitar las adjudicaciones ilegales, es de naturaleza exclusiva y potestativa y resuelto ante un órgano independiente. Exclusivo porque deja a un lado los recursos ordinarios; y potestativo porque no es precisa su interposición para dirigirse al contencioso-administrativo.

La creación de un nuevo órgano independiente para resolver este recurso viene impuesto por Europa, en concreto por la insuficiencia legal que desde la perspectiva comunitaria alcanzaba la regulación del antiguo recurso especial ex artículo 37 de la Ley 30/2007 tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 3 de abril de 2008 y por la necesidad de transponer la Directiva Comunitaria 2007/66 CEE que pretende mejorar la transparencia y evitar la discriminación en materia de adjudicación de contratos del Sector Público.

La Ley ha optado finalmente por crear un nuevo Tribunal Administrativo Central en materia de contratación que si las Comunidades Autónomas lo deciden puede convertirse en su Tribunal (aunque por la propia redacción de la Ley, parece que lo correcto sea que cada Comunidad Autónoma tenga que crear su propio órgano independiente), como órgano administrativo, compuesto por funcionarios independientes que no pueden ser removidos ni suspendidos durante su mandato de seis años más que por las causas tasadas que establece en la Ley y cuyas resoluciones de recursos dejan abierto el camino a la jurisdicción contenciosa.

ABSTRACT

There has been an important new development in the law of public sector procurement, namely the coming into force on September the 9th 2010 of the Act 34/2010 amending Public Contracts Act 30/2007. Among the main updates contained therein, we may highlight the new special causes for contract nullity, a new procedure for entering nullity claims, a new regulation for special appeals through the addition of a "Chapter VI" to the Public Contracts Act Law; the setting-up of new independent bodies for the determination of said specific appeals changes; the shifting of validity of contracts, i.e. of their enforceability, from the date of award to the date of formal registration, and lastly, the elimination of the two-phase process of provisional and final award.

The real innovation consists however in the new set of rules for the aforesaid administration appeals in the field of procurement contracts: the filing of the appeal has an automatic suspending effect in order to prevent unlawful awarding,. It was an exclusive and optional nature and it is heard and solved by an independent body. Is is exclusive inasmuch as it replaces ordinary appeals, and it is optional because previous filing thereof is no longer necessary for the final lodging, if need be, of a "contentious" appeal before the high administrative courts.

The setting-up of a new independent body for the determination of this special type of appeal is due to the state of legal insufficiency, from a European Union perspective, of the former special appeal provided for in Section 37 of said Act 30/2007 as a result of European Court of Justice' decision of April 3, 2008, and also to the obligation of the Spanish State to transpose into national law Directive 200/66/EEC, a provi-

sion aimed at enhancing transparency and preventing discrimination in th awarding of public sector contracts.

The legislator has finally decided to set up in the field of procurement contracts a new Central Administrative Court that may also have regional jurisdiction if Self-Governing Communities so wish (though the phrasing itself of the Act seems to indicate that each Self-Governing Community should set up it own independent body). This shall be an administrative agency, consisting of independent high-rank civil servants who cannot be discharged nor suspended during their 6-year tenure of office for any other reasons than those listed in the Act. The court's decisions shall open the way to the aforesaid "contentious appeal" before high administrative jurisdiction.

I. INTRODUCCIÓN

El 9 de agosto de 2010 se publicó en el Boletín Oficial del Estado, la nueva Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

Esta nueva reforma crea un nuevo recurso administrativo, a fin de adaptar los requerimientos de la Directiva 2007/66/CEE, de 22 de diciembre, que modificó las anteriores Directivas europeas en materia de recursos con el fin de mejorar la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

Si bien la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales ya incorporaba alguna de las exigencias de esta nueva Directiva, la Comisión denunció determinadas deficiencias, por lo que ha resultado necesaria también su modificación.

Por su parte, al crearse un nuevo recurso administrativo ha sido necesario darle reconocimiento en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de ahí su modificación.

El marco regulador de los nuevos recursos viene determinado fundamentalmente por la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre, y la Directiva 2004/18/CEE, de 31 de marzo, relativas a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros, obras y de servicios.

Por otro lado la Directiva 2004/17/CEE, de 31 de marzo, que remite a la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero, se refiere a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos

de formalización de los contratos de las entidades que operan en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

Las citadas Directivas están inspiradas en el *référé provision,* fórmula de origen francés hecha suya por el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas en el Auto de su Presidente Antonissen, de 29 de enero de 1997. Se trata de juicios rápidos, provisionales que dan la razón inmediata a quien exhibe una posición seria frente a la cual el demandado no opone razones aparentemente consistentes y cuyo fallo no produce fuerza de cosa juzgada, pudiendo quien lo pierde abrir ulteriormente un nuevo recurso. Estos *référés* vuelcan inmediatamente la situación, privando al incumplidor, de la ventaja posicional que le da el hecho de quien tiene una fuerte apariencia de razón frente al que tenga que montarle un proceso declarativo y esperar los largos años que normalmente tardará el proceso a llegar a sentencia firme.

Es justamente ese contenido el que la Directiva 89/665 impone a los Estados miembros al establecer que:

> *«Es necesario adoptar medidas destinadas a suspender o hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación para garantizar que las decisiones de los poderes adjudicatarios puedan ser recurridos de manera eficaz y lo más rápidamente posible dada la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, los organismos competentes para entender de los recursos deberán estar habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que el poder adjudicador podría eventualmente adoptar».*

Se trata, por tanto, de establecer un procedimiento sumario y urgente con la finalidad de que se produzca la efectiva concurrencia en las ofertas, que es la razón que persigue el Derecho comunitario. Ahora bien, estas llamadas Directivas de recursos se refieren en todo momento a los procedimientos de recurso sin prejuzgar cuál debe ser la opción del legislador nacional. El único requisito que se exige es que la resolución del recurso sea por un órgano independiente del órgano de contratación y que permita resolverse antes de adoptar la formalización del contrato, razón por la cual dos son los sistemas que han optado los distintos países de la Unión Europea: el modelo francés o el modelo alemán.

En el Derecho francés por vía legal en 1992, se ha introducido como un procedimiento judicial especial llamado *référé précontractuel*, que se le ha llamado también «recurso contencioso-administrativo de tercer tipo», pues es autónomo, de actuación rápida e inmediata para aplicarse en caso de infracción de las normas de publicidad y de bases de licitación donde el juez de lo contencioso-administrativo dispone por de pronto de medidas provisionales, que serían verdaderas medidas cautelares y que finalizan en una sentencia que se pronuncia precisamente sobre esas cuestiones. Y, lo fundamental que el recurso no es admisible si ya está adjudicado el contrato, porque su fin específico es que el contrato llegue a formalizarse en las condiciones de publicidad y competencia abierta buscados por las normas

comunitarias[1]. Sin embargo, la legislación francesa aplicaba este recurso sólo para los contratos en materia de agua, energía, transporte y telecomunicaciones; será a partir de la Ley 92 de 2010, en aras a dar cumplimiento a la última Directiva 66/2007 quien hace extensivo este tipo de recurso para el resto de los contratos previstos en la normativa comunitaria[2].

En Alemania, sin embargo, se ha optado por un sistema distinto al judicial. La tendencia contractual de este país es la de fraccionar los contratos, sobre todo los de obra, en aras a permitir a las empresas pequeñas especializadas obtener la adjudicación de alguna parte de un contrato en vez de acudir a la subcontratación, por esta razón, se creo un recurso administrativo *ad hoc,* ante un órgano administrativo y ello porque el recurso judicial de un contrato suspende la ejecución del contrato en sí y se temía que el recurso interpuesto contra una parte de una obra pudiera paralizar la ejecución del resto, obligando incluso a indemnizar al resto de los contratistas. Este nuevo recurso se puede interponer ante un órgano administrativo con autonomía funcional del órgano de contratación y cuya finalidad es resolver los problemas que pudieran suscitarse en el marco de un contrato antes de su adjudicación o formalización[3].

Ambos sistemas se implantaron en sus respectivos ordenamientos jurídicos en aras a cumplir con la Directiva 89/665 ya citada.

Y posteriormente se han ido adaptando a las nuevas Directivas dictadas en esta materia.

En España la acomodación de los contratos públicos al Derecho comunitario se ha llevado a cabo a través de sucesivas reformas[4] que han pasado desde el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hasta la Ley de Contratos del Sector Público y la modificación 34/2010 que me ocupa.

Cuando el legislador español transpuso a nuestro Derecho las normas comunitarias sobre contratación, en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995, se planteó de forma expresa la oportunidad de incorporar las Directivas de recursos, cuestión que resolvió negativamente por entender que la materia de recursos no constituía su objeto sino que debería llevarse a cabo mediante la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, lo que no se hizo, porque se

---

[1] *Vid*. Eduardo García de Enterría, «Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998. ¿Tiene efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?», *RAP*, núm. 151, enero-abril, 2000.

[2] Para más conocimiento del origen y alcance del recurso precontractual francés ver la página web del Consejo de Estado francés.

[3] Huergo Lora, Alejandro, «La supervisión de los contratos públicos: dieciocho nuevos órganos administrativos en lugar de un verdadero control judicial».

[4] Vázquez Matilla, Francisco Javier, «Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra,* núm. 45, enero-junio 2008,

entendió que nuestro ordenamiento jurídico, en sus distintas normas procedimentales y procesales, se ajustaba ya a su contenido.

Pero, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su sentencia de 15 de mayo de 2003 (asunto C-214/00) consideró que el sistema español no se adaptaba a las exigencias de la Directiva 89/665 diciendo:

> «78. *Según se desprende del artículo 1, apartado 1 y 3 de dicha Directiva, los procedimientos de recurso a que ésta se refiere deben ser, por una parte, eficaces y lo más rápidos posible y, por otra, accesibles a cualquier persona que haya tenido o tenga interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una `presunta infracción´».*
>
> «99. *A este respecto, procede señalar que, si bien la normativa española establece la posibilidad de que se adopten medidas cautelares de carácter positivo, no cabe considerar que constituya un sistema de tutela judicial provisional adecuado para corregir de manera eficaz las infracciones eventualmente cometidas por las entidades adjudicadoras, dado que exige por regla general la interposición previa de un recurso en cuanto al fondo como condición para la adopción de una medida provisional contra una decisión de la entidad adjudicadora»* [5].

La Sentencia anterior así como muchas otras, tales como: la de 16 de octubre de 2003 (asunto C-283/00) y la de 13 de enero de 2005 (asunto C-84/03), llevaron a la elaboración por parte del Reino de España de una nueva normativa de contratos a través de la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público, entrando con ello en una nueva reforma de la normativa contractual, que no parece que vaya a ser la última y ello porque, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha vuelto a poner de manifiesto una serie de puntos débiles en los mecanismos de recurso existentes en España, razón por la cual las Directivas anteriores, entre otras razones por España, han sido modificadas por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre.

En efecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó una sentencia el 3 de abril de 2008 (asunto C-444/06), en la que declara que:

> «*… el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, letra a) y b) de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión*

[5] *Vid*. Francisco SANZ GANDASEGUI, «El recurso especial en materia de contratación en la Ley de contratos del Sector Público», Escuela de Administración Regional de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 12 de diciembre de 2008.

de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración».

Este fallo se fundamenta sobre la base de que el artículo 2.1.a) y b) en relación con el artículo 6 párrafo segundo de dicha Directiva deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación (antes de la celebración del contrato) por la que resuelve con qué licitador celebrará el contrato.

De este modo, la protección jurídica completa debe garantizarse antes de la celebración del contrato, en aras a un efecto útil de la Directiva sobre recursos contra actos definitivos o de trámite, lo que sólo se puede conseguir adoptando medidas provisionales que lleguen a impedir la formalización del contrato y en suma la ejecución del mismo, hasta que se resuelva el recurso específico que se haya interpuesto.

El Tribunal insiste en que de nada sirve un sistema de recursos contra actos definitivos o de trámite, si el acto de adjudicación implica por sí mismo la celebración del contrato, y la decisión de la entidad adjudicadora no puede ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato y comienzo de su ejecución [6].

Sin embargo, entiende el Tribunal que el mantenimiento de los efectos de un contrato anulado puede tener lugar única y exclusivamente cuando se cause una perturbación grave al servicio público.

Las autoridades españolas consideraron que tal y como se reglaba el procedimiento de recurso en la Ley 30/2007 se cumplían las exigencias de la Directiva 89/665/CEE. Pero, la Comisión Europea no compartió esa opinión y, en cumplimiento del artículo 228 del Tratado CEE insta a través de una carta de emplazamiento primero y un Dictamen motivado de 8 de octubre de 2009 después, al Gobierno de España a adoptar antes de dos meses las medidas requeridas en su última Directiva y que no se ven reflejadas en la Ley 30/2007, ya que: entre la adjudicación definitiva y la celebración del contrato, no se proporciona a los licitadores no seleccionados los elementos necesarios para poder recurrir efectivamente la decisión de adjudicación con anterioridad a la celebración del contrato, cumpliendo con ello el objetivo perseguido con las Directivas comunitarias .

Fruto de lo anterior es la nueva reforma que ha sufrido la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Reforma que, por otro lado no ha extrañado a ningún sector, pues antes de su aprobación e incluso tras su entrada

---

[6] *Vid.* Francisco Javier VÁZQUEZ MATILLA, «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008, la vulneración de la Directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra,* núm. 45, enero-junio 2008.

en vigor, todos la consideraron, entre otras cosa, de incompleta por insuficiente cumplimiento de la normativa comunitaria [7].

A la vista de la reforma voy a centrarme en este artículo en el régimen de invalidez de los contratos, que si bien ya era enojosamente complejo antes de la modificación, ahora se complica un poco más porque como dice el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010, aun siendo conscientes de la necesidad de adoptar lo antes posible las medidas legislativas precisas para cumplir a las exigencias de la Comisión Europea la existencia de tres instancias territoriales y la posibilidad de crear tantos Tribunales como instancias estatales y autonómicas supone una compleja estructura organizativa que, puede llegar a resoluciones muy dispares ante supuestos parecidos y sin la efectividad de las garantías previstas en los recursos de carácter jurisdiccional.Y es que como dice este Órgano:

> *«El Consejo de Estado no puede dejar de señalar que el modelo que mejor corresponde al objeto de asegurar la efectividad de las garantías previstas es el que configura un recurso especial de carácter jurisdiccional cuyo conocimiento se atribuye a los juzgados de lo contencioso-administrativo».*

El legislador demuestra con esta opción una clara desconfianza hacia la Jurisdicción contencioso-administrativa, en cuyas manos no quiere en modo alguno dejar un instrumento que le permita rectificar las decisiones administrativas ilegales en materia de contratos. Pero, al obrar así, se ha perdido una magnífica oportunidad de reformar a fondo el Contencioso para hacerlo capaz de responder al reto que suponen estos recursos tan rápidos.

Si a ello se le añade el que la pretendida celeridad que podría ganarse en la primera fase de recurso administrativo, al ser éste potestativo, se pierde o se podría perder en la segunda fase de recurso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, no parece tener sentido el crear este tipo de órganos administrativos.

Debe también llamarse la atención sobre la confusión que genera la determinación del órgano competente para resolver y la determinación del órgano ante el que hay que interponer el recurso especial cuando la entidad contratante esté vinculada a más de una Administración y si todas las Administraciones ostentasen una participación igual, porque en estos supuestos el recurrente puede elegir el órgano ante quien interpone el recurso, lo cual sólo tiene sentido si por la naturaleza del acto impugnado, el recurrente sólo pudiera ser uno.

Las principales novedades introducidas afectan, como ya he dicho, al régimen de invalidez mediante la creación de unos supuestos especiales de nulidad y la aparición de unos nuevos órganos administrativos, a los que se denomina Tribunales para resolver estos supuestos especiales de nulidad y el antiguo recurso especial en materia de contratación. A tal efecto, se

---

[7] La información más reciente sobre los procedimientos de infracciones contra los Estados miembros puede consultarse en: http://ec.europa.eu/community law/index en.htm.

establece un nuevo procedimiento para la interposición de estos recursos y se suprime la distinción entre la adjudicación provisional y la definitiva de los contratos, de tal forma que, para los contratos que celebren los poderes adjudicadores, ambos actos se refunden en uno sólo: la adjudicación del contrato.

Esta refundición en un solo acto, que ha supuesto numerosas modificaciones de la LCSP tiene por objeto evitar que los actos producidos entre ambas actuaciones queden fuera de la posibilidad de recurso pues, como dice la Exposición de Motivos de la Ley, *«el carácter universal del recurso exige que estas actuaciones, como cualquier otra, puedan ser objeto del mismo, si bien se trata de actos de cumplimiento prácticamente mecánicos en los que la controversia jurídica es apenas imaginable»*.

La adjudicación provisional servía para crear un periodo de congelación procedimental que paralizaba la adjudicación definitiva y consiguiente perfección de los contratos mientras se analizaban los recursos pero, este efecto pretende lograrse de igual modo tras la reforma mediante dos previsiones aplicables a los contratos susceptibles de recurso especial:

— La perfección del contrato se traslada del momento de la adjudicación al de su formalización o firma.
— El acuerdo de adjudicación se suspenderá de forma automática cuando se interponga el recurso especial[8].

La técnica normativa seguida, ha consistido en desdoblar en el Capítulo V, del Título I, del Libro Primero de la Ley: (arts. 31 a 39) *«El régimen de invalidez de los contratos»* estableciendo por un lado, la Sección primera como *«Régimen general»,* y la Sección segunda como *«los supuestos especiales de nulidad»,* así como añadir un nuevo Libro VI bajo la rúbrica *«Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos»* (artículos 310 a 320), lo que a su vez ha afectado a un número extenso de preceptos tanto de la parte dispositiva como final de la Ley[9].

---

[8] *Vid.* Blanca LOZANO, «Ley 34/2010, de 5 de agosto, de Reforma de los Recursos en materia de contratación», *Análisis,* Gómez-Acebo y Pombo. www.gomezacebo-pombo.com, agosto 2010.

[9] Tales como: el 17 (contratos subvencionados); 21 (jurisdicción competente); 27 (perfección de los contratos); 28 (carácter formal de la contratación del sector público); 31 (supuestos de invalidez); 34 (revisión de oficio); 35 (efectos de la declaración de nulidad);37 (supuestos especiales de nulidad contractual); 38 (consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad en los supuestos del artículo anterior); 39 (interposición de la cuestión de nulidad); 42 (perfil del contratante); 49 (prohibición de contratar); 50 (declaración de la concurrencia de prohibiciones de contratar y efectos); 83 (exigencia de garantía); 87 (constitución, reposición y reajuste de garantías); 91 (exigencia y régimen); 92 (supuestos y régimen); 96 (tramitación urgente del expediente); 99 (pliego de cláusulas administrativas particulares); 100 (pliego de prescripciones técnicas); 130 (presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos); 135 (clasificación de las ofertas, adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación); 136 (ofertas con valores anormales o desproporcionados); 138 (publicidad de la formalización de los contratos); 139 (renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración); 140 (formalización de los contratos); 145 (adjudicación); 174 (adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada); 181 (procedimiento de celebración de acuerdos marco); 182 (adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco); 186 (adjudicación de contratos en el marco de un sistema dinámico de con-

II. RÉGIMEN DE INVALIDEZ [10]

Como ha señalado el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de marzo de 1982, la contratación pública está sometida a una serie de formalidades que la diferencian de la civil, en donde predomina el principio de espiritualidad. En el caso de que alguna de estas formalidades se vea incumplida nos encontramos ante la institución de la invalidez del contrato.

Los contratos son inválidos cuando incurren en alguna infracción del ordenamiento jurídico.

Esta infracción del ordenamiento jurídico puede afectar:

— A los actos administrativos previos que dan origen al contrato: actos preparatorios, procedimiento de licitación o de adjudicación.
— Alguna de las cláusulas materiales del contrato que definen los derechos y obligaciones de las partes.

Las infracciones en que incurra un contrato pueden viciar a éste con diversos grados o supuestos de invalidez que van desde la nulidad de pleno derecho, pasando por la anulabilidad hasta por las irregularidades no invalidantes.

Antes de proceder al análisis de los supuestos de invalidez, siguiendo la doctrina tanto del Tribunal Supremo como del Consejo del Estado es necesario no confundir esta figura con la de inexistencia del contrato o extinción del mismo.

El Tribunal Supremo ha entendido que la inexistencia tiene lugar cuando no es que exista un vicio que pueda hacer inválido un acto o un contrato, es que éste no ha llegado ni siquiera a nacer. Con carácter general, el criterio para distinguir un supuesto de otro es entender la invalidez aplicable cuando se trate de un contrato que se ha perfeccionado con la adjudicación, en el caso de contratos celebrados por la Administración o por otros entes del Sector Público cuando estén sujetos a regulación armonizada y, en los restantes casos, mediante la emisión del consentimiento.

La consecuencia de un contrato inexistente es que no procede la liquidación de las actuaciones realizadas con sujeción a las cláusulas que rigen el cumplimiento del contrato, ni tampoco la liquidación de un contrato nulo. Procede aplicar el principio del enriquecimiento injusto o sin causa que

---

tratación); 206 (causas de resolución); 208 (efectos de la resolución); Disposición Adicional tercera (régimen de contratación de los órganos constitucionales del Estado y los órganos legislativos y de control autonómicos); Disposición Adicional décimo novena (usos de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley); Disposición Adicional vigésimo séptima (prácticas contrarias a la libre competencia); Disposición Final séptima (títulos competenciales).

[10] Para un completo estudio del Régimen de invalidez ver *Memento Práctico,* Francis Lefebvre, 2009-2010. O también "*La nueva Ley de Contratos del Sector Público*", Estudio sistemático de José Antonio Moreno Molina y Francisco Pleite Guadamillas, *La Ley,* febrero 2008. *Aplicación práctica de la Ley de contratos; pliego de cláusulas administrativas particulares,* editorial Lex Nova, 2009; *Contratación Administrativa,* 2.ª edición, coordinador Hilario Llavador Cisternes, Aranzadi, 2009. *Práctica de la Ley de contratos; pliego de cláusulas administrativas particulares*, Lex Nova, 2009.

supone el pago de aquello en el que el particular se haya empobrecido o aquello en el que la Administración se haya enriquecido.

Como ha dicho la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias como la de 24 de marzo de 1975, 13 de julio de 1984 o 21 de marzo de 1991, es inexistente y no nulo, un supuesto contrato en el que no se produjo adjudicación ni manifestación de la voluntad administrativa ni tampoco se llegó a determinar de común acuerdo, el servicio a prestar y el precio del mismo, pese a ser ello requisito esencial. Pero la realización de un servicio público da lugar a la obligación de pago por parte de la Administración, tanto si se fundamenta en un cuasi contrato, como si se apoya en el enriquecimiento injusto que impone a éste la compensación del beneficio económico recibido e incluso, si se actuó de buena fe por el particular, puede llegar a exigirse que la Administración abone íntegro el precio pactado a pesar de la inexistencia del contrato.

El Consejo de Estado, por su parte, en numerosos Dictámenes (45110/1983 de 7 de abril; 269/2005 de 7 de abril; 3014/2003 de 30 de noviembre; 88/2004 de 4 de marzo…) ha dicho que la necesidad del cumplimiento de un procedimiento administrativo de contratación se justifica por la finalidad pública a la que sirve. Por ello, en ausencia de una adjudicación por la Administración o de un ente del Sector Público o del consentimiento del contratista, debe entenderse que éste no se ha perfeccionado y, en tales casos no debe hablarse de un contrato nulo sino inexistente. E incluso ha llegado a distinguir entre la responsabilidad contractual, responsabilidad patrimonial y enriquecimiento injusto. En cuanto no hay contrato vigente sólo cabe hablar de enriquecimiento injusto, lo que en el Derecho romano se encuadra en el cuasi contrato y que se recoge en el Código civil en dos supuestos concretos: la gestión de un negocio ajeno y el pago de lo indebido, de difícil acoplamiento en el sistema de contratación pública pero admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Posteriormente, sin embargo, el Consejo de Estado, en su Dictamen 1022/2005 de 30 de junio, ha reconducido el enriquecimiento injusto a la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración por inactividad antijurídica y daño de terceros. Es la antijuridicidad de esta inactividad el criterio fundamental para determinar los niveles de eficacia exigibles a la propia Administración, el factor determinante de la responsabilidad en cuestión, pues antijurídico es prescindir de las formas procedimentales de la contratación administrativa. Cuando existe una relación de causalidad entre el funcionamiento anormal, la falta de contratación debida, el consiguiente impago y daño de la empresa que prestó sus servicios sin el oportuno soporte contractual hay enriquecimiento injusto y por ello responsabilidad patrimonial de la Administración.

Sin embargo, cuando la Administración ha adjudicado de hecho un contrato a un contratista mediante la oportuna declaración de voluntad y concurre el consentimiento del contratista, el contrato debe entenderse perfeccionado (aunque haya sido verbal) y la consecuencia asociada

a esta situación es que entra en juego la responsabilidad contractual de la Administración, mediante la liquidación del contrato en los términos establecidos en las normas de los contratos nulos, incluyendo en su caso la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Finalmente, como recuerda el Consejo de Estado en su Dictamen 1722/2004 de 22 de julio, no cabe confundir la invalidez con la extinción de los contratos. Cuando una de las partes ejecuta la facultad de resolución se está ante la extinción de un contrato. La invalidez se da por vicios originarios en el contrato, mientras que si éstos se fundan en circunstancias sobrevenidas posteriores a la adjudicación será extinción. Pero, sólo en el supuesto de que se produjera alguna de las causas de resolución establecidas en la Ley de Contratos o en el contrato procedería la resolución de éste, en los demás supuestos será causa de invalidez. El mecanismo de extinción anticipada del contrato por medio de resolución constituye un medio de defensa de la parte cumplidora frente al incumplimiento de la otra parte o frente a las alteraciones no justificadas de los términos en que fuera concebido el equilibrio contractual en el momento de la conclusión del pacto. Ahora bien, si se acuerda la invalidez de un contrato no procede su resolución por parte de la Administración porque este mecanismo sólo es posible antes de que se haya producido la extinción del contrato por otras causas. Aunque la invalidez del contrato suponga, en ocasiones su cancelación, es claro que si el negocio está viciado de invalidez no cabe su resolución. En tales casos lo que procede es declarar el contrato en fase de liquidación, con las consecuencias que se establezcan en las normas que regulan la contratación (Dictamen del Consejo de Estado 3007/2003 de 4 de diciembre).

2.1. Régimen General

La Ley 34/2010 de modificación de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) ha introducido alguna variación en el régimen general de invalidez. Así, en el Libro I, del Título I, en el Capítulo V, se crea una Sección primera bajo la rúbrica «El Régimen general» pero la única modificación que se introduce en los artículos 31, 34 y 35 consiste en suprimir la distinción entre adjudicación provisional o definitiva, por haber desaparecido en la Ley la distinción entre una y otra. El régimen general de invalidez por nulidad o anulabilidad de los contratos y su revisión de oficio, sigue el mismo procedimiento y con el mismo sentido que antes de la modificación.

Los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos a que se refiere el artículo 17 son inválidos:

— en el caso de que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado;
— cuando lo sean alguno de sus actos preparatorios o de adjudicación por concurrir alguna de las causas de Derecho administrativo o de Derecho civil.

De la dicción literal del artículo se desprende que su ámbito objetivo comprende tanto los contratos administrativos como los privados celebrados por la Administración, y es que ambos contratos quedan sometidos a una disciplina interna hasta llegar a su formalización. Así, cabe la revisión de un contrato por causas de nulidad civil.

Del artículo 31 se deduce que la invalidez de los contratos puede afectar a cualquier trámite del procedimiento, a cualquier contrato, o por cualquier causa de las previstas en derecho, porque puede ser:

— Por ilegalidad del clausulado del contrato o por vicios en sus actos de preparación o adjudicación.
— Tanto a los contratos administrativos, como a los privados de las Administraciones Públicas, como los sujetos a regulación armonizada o los subvencionados del artículo 17.
— Las causas de invalidez pueden ser de Derecho administrativo o de Derecho civil.

A) Por ilegalidad del clausulado del contrato o por vicios en sus actos de preparación o adjudicación. En estos casos me estoy refiriendo a cualquier acto que se suscite en el procedimiento, a saber:

A.1) Invalidez por ilegalidad del clausulado del contrato

La LCSP ha venido a recuperar el antiguo artículo 40 del Decreto 3410/1975 y que la anterior Ley de Contratos había suprimido sin motivos. En estos supuestos se declara la invalidez del contrato por ser ilegales las cláusulas de los pliegos de condiciones particulares, ya que una vez perfeccionado el contrato éstos se convierten en Ley para las partes y son de inexcusable cumplimiento. Sin embargo, si alguna de estas cláusulas es ilegal puede producirse la declaración de nulidad de pleno derecho o anulabilidad del contrato.

La declaración de nulidad lleva consigo la nulidad del contrato, que entra en fase de liquidación. Cuando un contrato contenga cláusulas nulas de pleno derecho, la Administración puede revisar de oficio y declarar nulo el contrato, tanto los actos preparatorios como los de adjudicación, respecto a los cuales no juega la doctrina del acto consentido porque un acto que es nulo de pleno derecho no es consentible y puede impugnarse en cualquier momento. Pero, si esa declaración de nulidad produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

Si las cláusulas incurren en vicios susceptibles de anulación, por lo general, una vez celebrado y perfeccionado el contrato no se anula ni por la Administración ni por el contratista.

El Tribunal Supremo ha ido avalando esta forma de actuar y ha cambiado su jurisprudencia pues, al principio entendía que por el principio de

buena fe, si no se había impugnado un pliego de condiciones y era aceptado por todos, este pliego se convertía en ley para las partes e impedía a quien lo aceptaba que posteriormente pudiera impugnar sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presentaba una solicitud aceptaba implícitamente la validez de las bases y las consecuencias de ese pliego.

En Sentencias tales como la de 21 de noviembre de 1981, 31 de noviembre de 1982 o 13 de mayo de 1988, ya acepta la impugnación a posteriori de un contrato por vicios en su pliego de condiciones, no obstante no haber sido impugnado en tiempo oportuno. No sólo por considerarlo nulo de pleno derecho sino también por considerar anulable ciertas cláusulas contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares por concurrencia de vicios que suponen una grave infracción del ordenamiento jurídico.

A.2) Invalidez de los actos preparatorios o de adjudicación

La invalidez de contratos también puede tener su origen cuando se incurre en alguna infracción del ordenamiento jurídico en los actos de preparación o de adjudicación de los contratos.

El problema que existía antes en la doctrina, de no saber con exactitud qué actos tenían la suficiente entidad como para que la invalidez del contrato supusiese la del contrato en su totalidad no ha sido resuelto con la modificación de la Ley, sino que en mi opinión se ha complicado aun más, pues la aparición de una nueva Sección segunda bajo la rúbrica «Supuestos especiales de nulidad», donde se establece en su artículo 37 los contratos que en todo caso son nulos y aquéllos en los que no procederá la declaración de nulidad y el establecer en un Libro VI el régimen especial de revisión de las decisiones en materia de contratación, al margen de los supuestos de nulidad, no parece dejar claro cuándo un contrato puede ser objeto de nulidad.

Con todo, siguiendo la regla importante acerca de los actos que pueden ser objeto de recurso, a que se refiere el artículo 310.2 LCSP, además de los supuestos especiales de nulidad, con carácter orientativo cabe entender que los actos susceptibles de fundar la invalidez de un contrato son:

— Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
— Los actos de trámite adoptados en procedimientos de adjudicación, siempre que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Entendiéndose por tales los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de los licitadores.
— Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

B) Por otro lado la LCSP distingue entre las causas de invalidez previstas en el Derecho administrativo y en el Derecho civil.

B.1) Causas de invalidez de Derecho administrativo

a) Causas de nulidad previstas en el Derecho administrativo:

Son causas de nulidad de Derecho administrativo las previstas en el artículo 32 LCSP es decir:

a.i) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.
b.i) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional debidamente acreditada del adjudicatario, o el estar incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49 LCSP.
c.i) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

a.i) Las causas de nulidad indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/92. Supone que sean nulos de pleno derecho los actos preparatorios o de adjudicación de los contratos que:

— Lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. Este supuesto acoge la doctrina del Tribunal Constitucional de su sentencia 114/1984 de 29 de noviembre, que señaló la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y, por tanto la nulidad de todo acto público o privado violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del Capítulo Segundo de la Constitución.
— Los dictados por órganos manifiestamente incompetentes por razón de la materia o del territorio. En este caso, como ha dicho el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 27 de enero de 1993 y 30 de mayo de 1983 el carácter de manifiesto debe ser claro, es decir, evidente, indudable y que no sea necesario ningún esfuerzo de interpretación para apreciar el vicio. Y la incompetencia lo ha de ser por razón de la materia, o del territorio sin que quepa por razón de la jerarquía.
— Los que tengan un contenido imposible físico, lógico o jurídico. La imposibilidad física o lógica da lugar a la nulidad de pleno derecho y la jurídica a la anulabilidad, salvo que la misma suponga la falta de elementos jurídicos básicos indispensables para que el acto pueda producir los efectos perseguidos.
— Los que sean constitutivos de infracción penal o como consecuencia de ella: Que incluye tanto los delitos como las faltas. Ahora bien, teniendo en cuenta el principio de presunción de inocencia no cabe la nulidad de pleno derecho hasta que se resuelva la causa

penal. A veces esta causa puede desaparecer por imposible, en estos casos cabe la declaración de nulidad de pleno derecho aunque se carezca de sentencia judicial firme. Cuando la infracción penal haya sido declarada por sentencia judicial firme, además de la revisión de oficio, también puede interponerse el recurso extraordinario de revisión dentro de los tres meses desde que se dictó la sentencia firme.

— Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo se consideran vicios esenciales:

Vicios en la convocatoria, o ausencia de convocatoria;
Vicios en el expediente de contratación, que sólo dará lugar a la nulidad de pleno derecho cuando los vicios afectan a normas esenciales para la consecución del fin propuesto, tales como: ausencia de publicidad y concurrencia, prescindir de los actos preparatorios, ausencia de actuación escrita alguna previa al acto de adjudicación con omisión del pliego de cláusula, adjudicación directa en aquellos casos que superan el límite marcado por la norma, bajas temerarias…;
Vicios en la formación del juicio de la Mesa de contratación, es decir, cuando se prescinde de las normas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado, como por ejemplo falta de quorum en la Mesa, falta del interventor, o del asesor jurídico;
Vicios en el acto de adjudicación, esto es, cuando alguno de los criterios establecidos en sus bases no ha sido utilizado para calificar una proposición presentada.

— Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. En estos casos la Ley atiende a las circunstancias subjetivas de que el interesado carezca de tales requisitos. Es necesario que sean requisitos esenciales y no meramente necesarios, es decir, que no sean meras infracciones del ordenamiento jurídico sino actos contrarios al ordenamiento por los que se adquieran verdaderas facultades y derechos.

b.i) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional debidamente acreditada del adjudicatario, o el estar incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49 LCSP[11]. Es por ello necesario

[11] El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece algunas pautas relacionadas con la determinación de la solvencia económica y financiera y clasificación de empresas.

un triple requisito para contratar con el Sector Público con independencia del sujeto, esto es, que se sea persona física, jurídica española o extranjera con capacidad de obrar, sin estar incurso en prohibición de contratar y con la solvencia económica, financiera y profesional requerida por la norma o en su caso clasificado**.** Ello supone que sean nulos de pleno derecho los contratos en los que el adjudicatario sea:

— Incapaz de obrar. Sólo pueden contratar con el Sector Público las personas físicas o jurídicas y las agrupaciones de empresas que carecen de personalidad jurídica. Ello quiere decir que la personalidad es presupuesto básico para la contratación pública, no pudiendo acceder a la misma (salvo que una norma expresamente lo autorice) quienes carecen de ella.

Respecto a las personas físicas españolas, según el artículo 43 LCSP podrán contratar con el Sector Público si son mayores de edad o menores de edad emancipados (arts. 314 y ss del Código Civil) siempre que no hayan sido declarados incapaces para gobernarse por sí mismos, al incurrir en alguna de las causas de incapacitación (arts. 199 y ss del Código Civil), no hayan sido declarados pródigos (art. 286 y ss del Código Civil), no estén incursos en ninguna prohibición de contratar (art. 49 LCSP). No es necesario que tenga capacidad para disponer de sus bienes ni tampoco que tenga que ejercer el comercio. Sin embargo, si es necesario que cuente con la habilitación empresarial o profesional que en su caso sea exigible para la realización o prestación que constituye el objeto del contrato (art. 43.2 LCSP).
Las personas físicas extranjeras deberán someterse al ordenamiento jurídico español, aunque sean incapaces por su Ley nacional. Las personas nacionales de Estado miembro de la Unión Europea precisan la acreditación de la capacidad de obrar y los restantes extranjeros precisan que esta acreditación sea hecha por la Misión Diplomática permanente de España en el Estado correspondiente, luego se basa en el principio de reciprocidad entre Estados.
Respecto a las personas jurídicas pueden contratar con el Sector Público siempre que sean adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad, que a tenor de sus Estatutos o reglas fundacionales les sean propios (art. 46 LCSP). Es decir, no basta con que tengan la capacidad jurídica y no estén incursos en la prohibición de contratar sino que es necesario que el objeto del contrato se encuentre dentro de su actividad o fines que persigan dicha persona jurídica conforme a sus Estatutos o reglas fundacionales. La capacidad para contratar con la Administración de las personas jurídicas se puede acreditar mediante la escritura o documento de constitución, los Estatutos o el acto fundacional donde conste las normas por las que se regula su actividad. Cuando se trata de personas jurídicas no españolas de Estados miem-

bros de la Unión Europea tendrán capacidad para contratar con el sector público español cuando con arreglo a la Legislación del Estado en donde estén establecidas se encuentren habilitadas para realizar la prestación de que se trate (art. 47 LCSP). Los restantes empresarios extranjeros deben acreditar su capacidad de obrar mediante informe de la Misión Diplomática Permanente de España en el Estado de procedencia de la empresa extranjera y acreditar que en ese Estado se admite, a su vez, la participación de empresas españolas en la contratación, en forma sustancialmente análoga a la que se permite en España (art. 44 LCSP).

Las agrupaciones de empresas sin personalidad jurídica, que se ubican bajo la regla genérica de Uniones Temporales de Empresas (art. 48 LCSP), si cumplen las condiciones de identificación y designación de representantes exigidas.

— Toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, debe estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera, técnica y profesional que se determinen por el órgano de contratación (art. 51.1 LCSP). Sin embargo, la solvencia puede ser sustituida por la clasificación, cuando ésta sea exigida por la LCSP. Los requisitos mínimos de solvencia y la documentación requerida a las empresas se han de indicar en el anuncio de licitación y se debe especificar también en el pliego del contrato. Estos requisitos mínimos deben estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo (art. 51.2 LCSP). Con carácter general se debe distinguir los requisitos mínimos de solvencia que deben reunir los empresarios para concurrir a la convocatoria de contratos por el Sector Público y los criterios que juegan en la fase de adjudicación. Los primeros están dirigidos a verificar la aptitud del empresario para ejecutar el contrato y de terminar su admisión o exclusión como licitador, mientras que los segundos son para permitir valorar de forma objetiva la oferta concreta que el empresario decide presentar.

La solvencia económica y financiera a que se refieren los artículos 63 y 64 de la LCSP asegura que el contratista es merecedor de crédito y tiene capacidad para asumir las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato suscrito con el sector público.

La solvencia técnica y profesional a que se refieren los artículos 65 a 71 LCSP permite verificar que los empresarios cumplen las condiciones y cualidades del ofertante para asumir la ejecución del contrato. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha insistido en la exigencia de que todos los empresarios componentes de una Unión Temporal deben cumplir los mismos requisitos de solvencia que el resto de los empresarios, de igual modo, cuando la acreditación de la solvencia se sustituya por la clasificación, la misma ha de concurrir en el momento de la adjudicación en todas las empresas

integrantes de la Unión, por lo que basta que una de ellas carezca de clasificación para que concurra un vicio de nulidad de pleno derecho (Informe 29/2002, de 23 de noviembre).

— Finalmente están las prohibiciones e incompatibilidades para contratar a que se refieren los artículos 49 y 50 LCSP. Todas ellas circunstancias que incapacitan al contratista para ser adjudicatario de un contrato regulado por Ley. La vulneración de la prohibición de contratar en el acto de adjudicación determina la nulidad de pleno derecho del contrato. La LCSP distingue entre la prohibición de contratar con el Sector Público y con las Administraciones Públicas.

La prohibición de contratar afecta también a aquellas empresas a las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan por trasformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas prohibiciones.

La declaración de la concurrencia de prohibiciones de contratar tiene distintos efectos jurídicos, y debe ser apreciada por los órganos de contratación: directamente, previa sentencia judicial o mediante la sustanciación de un procedimiento al efecto. Dicho procedimiento no aparece regulado en la LCSP sino que se desarrolla en el Reglamento General de Contratación y, con carácter general se inicia por el órgano de contratación en los supuestos en que los hechos que la motivan se pongan de manifiesto con ocasión de la tramitación de un expediente de contratación. En los demás supuestos la iniciativa corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa o a los órganos que correspondan de las Comunidades Autónomas.

c.i) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia. Es la última causa de nulidad de los contratos prevista en el régimen general de la LCSP. En concreto este precepto se remite a la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria que en su artículo 46 establece que *«no podrán adquirirse compromisos de gasto ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a la Ley que incumplan esta limitación»*.

Para evitar la falta de crédito suficiente para contratar es necesario que en el expediente, la Administración pública incorpore un certificado (o documento que legalmente le sustituya) de la existencia de crédito suficiente para contratar y la fiscalización previa de la intervención en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria o en las normas presupuestarias aplicables en cada Administración Pública. En los restantes contratos del Sector Público se requiere que figure en el contrato el crédito presupuestario o el programa

o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso. En la Administración local, la Ley Reguladora de la Hacienda Local establece que: no puede adquirirse compromiso de pago por cuantía superior al crédito autorizado en los estados de gasto, siendo nulo de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma.

De lo anterior se exceptúa la contratación de emergencia, en los que cabe la adjudicación de un contrato sin consignación presupuestaria suficiente para ello. En tales casos el expediente ha de ir acompañado de la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación de un expediente de modificación de crédito.

La falta de consignación presupuestaria es un requisito de nulidad del contrato que no debe confundirse con la falta de fondos en un momento dado y por circunstancias sobrevenidas que atañen al cumplimiento del contrato y no a la validez de una obligación.

Con carácter general, los efectos de la nulidad son *ex tunc,* y cabe que el procedimiento para su declaración se efectúe o por la propia Administración o por el interesado.

Por otro lado hay que distinguir la nulidad de los actos que no sean preparatorios ya que, sólo afectará a éstos y sus consecuencias, de la nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, que llevará en todo caso consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido (art. 35 LCSP).

b) Causas de anulabilidad de Derecho administrativo

El artículo 33 LCSP establece que constituyen causas de anulabilidad de Derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y en especial, las de las reglas contenidas en la LCSP, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En este sentido, mientras el legislador tasa las causas de nulidad las de anulabilidad las define mediante una cláusula abierta y residual consistente en considerar como tal cualquier infracción del ordenamiento jurídico que no sea constitutiva de nulidad de pleno derecho. No obstante el citado artículo 63 de la Ley 30/1992 dice que son causas de anulabilidad:

— Los defectos de forma que sólo determinan la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, o cuando den lugar a indefensión de los interesados.
— La realización de actuaciones de las Administraciones Públicas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implica la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.
— La desviación de poder. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1985, la define como la existencia de un acto

> ajustado a la legalidad intrínseca pero con vicio de nulidad por no responder su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público. Es decir, el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. La prueba de la desviación de poder es difícil y el que lo alega tiene la carga de demostrar la intencionalidad torcida o desviada del mismo, no siendo suficientes las meras conjeturas o sospechas. Así, el Tribunal Supremo en esta misma sentencia añadió que aunque no pueda exigirse una prueba plena, si al menos ha de proporcionarse una prueba suficiente para crear en el Tribunal una razonable convicción de que el fin perseguido por los actos impugnados se aparta del interés público.

La anulabilidad produce efectos *ex nunc,* es decir, desde el momento en que la misma se reconoce. La resolución que estime procedente dicha invalidez, anulará las decisiones ilegales adoptadas pero no supondrá la anulación de todo el contrato, sino sólo de aquellas fases, incluida la de adjudicación que pudieran ser consideradas ilegales. Por su parte, la anulabilidad de los actos favorables para los interesados supondrá que la Administración se encuentre obligada a impugnar sus propios actos ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, previa su declaración de lesividad regulada en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Sólo los contratos anulables son susceptibles de convalidación y, la convalidación de un vicio de anulabilidad en el Derecho administrativo puede producirse:

— Por el transcurso del plazo establecido para la impugnación del contrato.
— Por un acto administrativo de subsanación, cuando éste sea posible.

La convalidación produce sus efectos desde su fecha. No obstante tiene carácter retroactivo cuando produzca efectos favorables al interesado siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

B.2) Causas de invalidez de Derecho civil

a) Causas de nulidad de Derecho civil

Los contratos de las Administraciones Públicas y lo sujetos a regulación armonizada también pueden ser nulos de pleno derecho por causas reconocidas en el Derecho civil. Tales supuestos de nulidad serían los siguientes:

— La falta de consentimiento.

— El carácter imposible, ilícito o indeterminable del objeto del contrato.
— Inexistencia o ilicitud de la causa.
— La contravención de una Ley imperativa o del orden público.
— Insuficiencia de poder del firmante de la proposición.

La falta de consentimiento a que se refieren los artículos 1261 y 1262 CC. Es decir, la falta de concordancia entre el acto de adjudicación y la proposición del contratista. Lo que puede ser no sólo cuando se haya producido un error en la sustancia de la cosa objeto del contrato, o en las condiciones de la misma, sino también que la adjudicación haya recaído en un objeto distinto del que formaba la oferta.

De nuevo la nulidad de un contrato por esta causa de Derecho civil ha de distinguirse de la inexistencia del contrato y de la anulabilidad del contrato por estar viciado el consentimiento por error, dolo, violencia o intimidación. El error sólo es causa de nulidad cuando determina la ausencia de uno de los elementos esenciales del contrato como es el consentimiento, si sólo es una suposición errónea sobre determinados hechos pero existe consentimiento el contrato es anulable.

El carácter imposible, ilícito o indeterminable del objeto del contrato.

Si el objeto del contrato es imposible jurídicamente o ilícito es nulo de pleno derecho. Lo que también se da cuando el objeto del contrato es indeterminable y no puede fijarse con arreglo a criterios preestablecidos sin necesidad de nuevo convenio entre las partes (art. 1273 CC).

La inexistencia o ilicitud de la causa, hace nulos los contratos. Las causas son ilícitas cuando se oponen a las leyes y/o a la moral (artículo 1275 CC).

La contravención de una Ley imperativa o del orden público que se da cuando los actos son contrarios a las normas imperativas o prohibitivas (art. 6.3 CC) y no se pueden establecer pactos, cláusulas o condiciones contrarios a las leyes, la moral o el orden público (art. 1255 CC).

La insuficiencia de poder del firmante de la proposición es también causa de nulidad del contrato, porque el artículo 1259 CC establece que es nulo de pleno derecho el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga autorización o representación legal. Sin olvidar que este trámite es subsanable al comienzo de la licitación. Tras la adjudicación, la falta o insuficiencia de representación se convierte en un vicio de nulidad o anulabilidad de Derecho administrativo.

Por su parte, la invalidez de los contratos por causas reconocidas en el Derecho Civil, se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el ordenamiento civil. Es necesario recordar que la nulidad no se somete a plazos en el Derecho civil, por lo que se estaría exclusivamente a los requisitos. El procedimiento para hacerlas valer se someterá a lo previsto para los actos y contratos administrativos.

b) Causas de anulabilidad de Derecho civil

Las causas de anulabilidad de los contratos de las Administraciones y de los sujetos a regulación armonizada derivadas del derecho privado serían las siguientes:

— La falta de capacidad del licitador, distinta de la capacidad de obrar.
— El error, vicio en el consentimiento padecido por el licitador o por el titular del órgano de contratación.
— El dolo, vicio en el consentimiento padecido por el licitador o por el titular del órgano de contratación.
— La violencia o intimidación vicios del consentimiento padecidos por el licitador a la hora de presentar su proposición

La falta de capacidad del licitador, distinta de la capacidad de obrar a que se refieren los artículos 1263 y 1264 CC suele ser poco frecuente y se identifica con la capacidad mermada de las personas físicas pero que no es incapacidad.

El error, (arts. 1265 y 1266 CC) como vicio en el consentimiento padecido por el licitador o por el titular del órgano de contratación, sólo es causa de anulabilidad cuando recaiga sobre la sustancia de la cosa que forme el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Sólo la parte a la que no resulte imputable el error puede hacer valer esta causa de anulabilidad. Este error puede ser:

El dolo, se da cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no se hubiera celebrado. Este dolo tiene que ser: grave y causal; causado por una de las partes o con su conocimiento y no por un tercero (arts. 1265, 1269 y 1270 CC).

El dolo recíproco o el dolo incidental no da lugar a la anulación del contrato pero sí puede dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

Violencia o intimidación, que según los artículos 1265, 1267 y 1268 CC son causa de nulidad cuando son padecidas por el licitador a la hora de presentar su oferta. Violencia es la fuerza irresistible aplicada para arrancar el consentimiento e intimidación el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave. No hay que olvidar que si la violencia e intimidación constituyen una infracción penal son también causa de nulidad del contrato derivada del Derecho administrativo.

Finalmente hay que recordar que estos supuestos también se someten a los requisitos y plazos establecidos en el Derecho civil, en cambio el procedimiento para hacerlos valer se somete a lo previsto en la LCSP para los actos y contratos anulables (art. 36 LCSP).

La convalidación de un vicio de anulabilidad de derecho civil puede producirse por:

— Por el trascurso del plazo establecido en el Derecho civil.
— Por un acto expreso de confirmación. Dicho acto de confirmación requiere que la causa haya cesado y que el confirmante tenga conocimiento de su existencia.

La convalidación de los vicios de derecho privado si opera con carácter retroactivo.

2.2. Régimen especial: Supuestos especiales de nulidad contractual

En este mismo Libro I, Título I, Capítulo V, la Ley 34/2010 ha introducido unos supuestos especiales de nulidad para adaptar la Ley de contratos a la normativa comunitaria, creando *ex novo* una Sección segunda, bajo la rúbrica «Supuestos especiales de nulidad», artículos 37 a 39.

En efecto, la Directiva comunitaria 2007/66/CE prevé para los casos en que la infracción afecte a la publicidad de la convocatoria del contrato o la inobservancia de los plazos de suspensión previstos en ella, la posibilidad de declarar la nulidad de los contratos así adjudicados [12].

El artículo 2 *quinquies* de la Directiva establece que:

«*Los Estados miembros garantizarán que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato o que la ineficacia del contrato dimane de una decisión de dicho órgano, en los siguientes casos:*

a) Si el poder adjudicador ha adjudicado un contrato sin publicar previamente un anuncio de licitación en el DOCE siendo esta publicación obligatoria de conformidad con la Directiva 2004/18/CE.

b) En caso de infracción del artículo 1, apartado 5, del artículo 2, apartado 3 o del artículo 2 bis, *apartado 2 de la presente Directiva, si dicha infracción priva al licitador que interpuso recurso de la posibilidad de ejercitar recursos precontractuales, cuando dicha infracción este combinada con una infracción de la Directiva 2004/18/CE, si esta infracción afectó a las posibilidades del licitador que interpuso recurso de obtener el contrato* [13].

---

[12] *Vid* Juan Luis Aguilera García, «Las novedades introducidas por la modificación de la Ley de Contratos del Sector Público realizada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto», *Abogados y consultores de Administración Local*.

[13] La citada Directiva establece:
— Artículo 1.5: los Estados miembros podrán exigir que la persona interesada interponga recurso en primer lugar ante el poder adjudicador. En tal caso los Estados miembros velarán porque la interposición de dicho recurso conlleve la suspensión inmediata de la posibilidad de celebrar el contrato (plazo que no podrá ser inferior a 10 días si se comunicó por fax o cualquier medio electrónico o 15 días si se ha usado otro medio de comunicación, a partir del día siguiente a aquel en el que se envió una respuesta o de 10 días a partir del día siguiente a la fecha de recepción de una respuesta).

c) En los supuestos mencionados en el artículo 2 ter, *letra c), párrafo segundo, de la presente Directiva, si los Estados miembros se han acogido a la excepción del plazo suspensivo para contratos basados en un acuerdo marco y un sistema dinámico de adquisición»* [14].

La Ley 34/2010, siguiendo el espíritu de la Directiva establece en su artículo 37 que, los supuestos de nulidad especial se aplicarán a los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17, ambos inclusive, así como a los contratos de servicio comprendidos en la categoría 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.0000 euros, en los siguientes supuestos:

— Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en aquellos casos en que sea preceptivo.
— Cuando no se hubiese respetado el plazo de quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos y que el órgano de contratación requiera al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento para la formalización del contrato siempre que concurran los dos siguientes requisitos:

    1.º) Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso regulado en los artículos 310 y siguientes y,
    2.º) Que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta.

— Cuando a pesar de haberse interpuesto el recurso especial en materia de contratación, se lleve a efecto la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano

---

— Artículo 2.3 cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, el poder adjudicador no podrá celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión.
— Artículo 2 *bis* 2: la decisión de adjudicación no podrá tener lugar antes de que expire un plazo (10 días si se comunicó por fax o medios electrónicos y 15 días si se usó otro medio de comunicación, a partir del día siguiente a que se haya remitido la decisión de adjudicación o 10 días a partir del día siguiente a la fecha de la recepción de la decisión de adjudicación)

[14] Por su parte el artículo 2 *ter* c), párrafo segundo de la Directiva dice que los Estados miembros garantizarán que el contrato quede sin efecto si se infringe, el artículo 32.4, segundo párrafo, segundo guion (esto es, cuando se celebre un acuerdo marco sin que todos los términos estén establecidos en el acuerdo) o el artículo 35 apartados 5 ó 6 (supuestos de no publicación de acuerdos marco) de la Directiva 2004/18/CE.

independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido.

— Tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco del artículo 180, celebrado con varios empresarios que por su valor estimado deba ser considerado sujeto a regulación armonizada, si se hubieran incumplido las normas sobre adjudicación establecidas en el párrafo segundo del artículo 182.4.

— Cuando se trate de la adjudicación de un contrato específico basado en un sistema dinámico de contratación en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que el contrato a adjudicar este sujeto a regulación armonizada y se hubieran incumplido las normas establecidos en el artículo 186 sobre adjudicación de los contratos.

Los efectos de la declaración de nulidad en estos supuestos especiales serán los establecidos en el artículo 35.1 LCSP, es decir, los mismos que para los supuestos previstos en el régimen general. El contrato entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

La declaración de nulidad podrá sin embargo, no efectuarse en los casos previstos, manteniéndose los efectos del contrato y sustituyéndose esta medida por la imposición de una sanción alternativa (consistente o bien en la imposición de multas al poder adjudicador por los importes fijados en la Ley, o bien una reducción proporcionada de la duración del contrato), cuando el órgano de contratación atendiendo a las circunstancias excepcionales que concurran, considere que existen «razones imperiosas de interés general» que así lo exijan.

Ahora bien los intereses económicos sólo se considera que constituyen las razones imperiosas de interés general, en los casos excepcionales en que la declaración de nulidad del contrato de lugar a consecuencias desproporcionadas. Tampoco se consideran razones imperiosas de interés general los intereses económicos vinculados directamente al contrato en cuestión, tales como, los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato.

En estos supuestos especiales de nulidad, la cuestión de nulidad deberá plantearse ante los órganos administrativos independientes previstos en el artículo 311 LCSP, y se aplicarán las reglas especiales en materia de interposición de la cuestión de nulidad que establece el artículo 39.

III. PROCEDIMIENTO DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ

Los procedimientos para declarar la invalidez de los contratos del Sector Público son diversos.

Por una parte, está el procedimiento ante órganos administrativos y mediante recursos administrativos y, por otra, está el procedimiento ante

los Tribunales mediante el recurso contencioso-administrativo o el recurso ante el orden jurisdiccional civil.

3.1. Recursos administrativos

3.1.1. *Revisión de oficio y vía de lesividad*

El artículo 34 LCSP establece que la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Así el artículo 102 de la Ley 30/1992 establece que, las Administraciones Públicas, en cualquier momento, a iniciativa propia o a solicitud de los interesados y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, deben declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en la Ley.

El Dictamen del Consejo de Estado 738/2005 de 30 de julio, recuerda que la revisión de oficio constituye un cauce de utilización excepcional y de carácter limitado, ya que comporta que, sin mediar una decisión judicial, la Administración pueda volver sobre sus propios actos, dejándolos sin efecto. De ahí que esto sólo sea posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos.

Así las cosas, cabe decir que el procedimiento de revisión de oficio puede incoarse, bien de oficio bien a solicitud del interesado. Se reconoce a los interesados una verdadera acción de nulidad y, por consiguiente, el derecho a obtener la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato, si concurre causa para ello. La tramitación del procedimiento de revisión de oficio requiere audiencia del interesado (salvo cuando se haya iniciado a solicitud del único interesado y no sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por él). Es preciso evacuar el informe del asesor jurídico y resulta preceptivo y habilitante el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas.

Por último, hay que recordar que la suspensión de la ejecución del contrato, será sólo para aquellos supuestos previstos en la Ley 30/1992, porque con carácter general la iniciación de este procedimiento no suspende la ejecución.

Cabe la suspensión cuando el órgano a quien compete resolver la solicitud, previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría el interés público o a terceros la suspensión y el prejuicio que se causa al recurrente, como consecuencia de la eficacia inmediata del acto

pretendidamente nulo, puede suspender, la ejecución del acto impugnado cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias:

— Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
— Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992.
— Cabe también la suspensión si transcurridos 30 días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto.

Si el interesado interpone recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se debe mantener la suspensión hasta que resuelva el correspondiente órgano judicial sobre dicha solicitud.

La suspensión puede dar lugar a que se adopten las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado. A veces, en los casos en los que se pueda derivar perjuicios de cualquier naturaleza sólo producirá efectos la suspensión previa prestación de caución o garantía suficiente para responder de ellos. Si el recurso tiene por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, la suspensión de su eficacia ha de ser publicada en el Boletín Oficial en que aquel contrato se insertó.

El artículo 103 de la Ley 30/1992 respecto a la vía de lesividad regula el procedimiento a seguir en el supuesto de actos anulables conforme al artículo 63 de la Ley y favorable a los interesados, estableciendo la necesidad de que con carácter previo a su impugnación ante el orden contencioso-administrativo los declare lesivos para el interés público.

También cabe la lesividad cuando concurra alguna causa de anulabilidad del contrato establecida por normas de Derecho privado, que no constituyan causas de nulidad de Derecho administrativo.

El artículo 34.2 LCSP establece que la competencia para la revisión de oficio o declarar su lesividad, ha de recaer en un órgano cuya resolución agote la vía administrativa. Debiendo la regulación que en su caso efectúen las Comunidades Autónomas respetar este requisito. Ello quiere decir que:

— Si es un contrato de una Administración Pública el órgano competente lo será el de contratación.
— Si la entidad contratante no es Administración Pública, será competente el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita o al que corresponda su tutela.
— En los supuestos de contratos subvencionados, la competencia corresponde al titular del departamento que hubiese otorgado la sub-

vención o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública.

3.1.2. *Recurso especial en materia de contratación*

La LCSP establece un recurso especial en materia de contratación como recurso previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, sin que proceda en estos casos la interposición de recurso administrativo. Este recurso ha sido el principal motivo de la reforma 34/2010 introduciendo importantes novedades respecto a la regulación anterior, porque hasta ahora se regulaba en el artículo 37 y ha pasado a ser el objeto del nuevo Libro VI añadido a la Ley.

Si bien el recurso especial[15] en materia de contratos ya se contemplaba en la LCSP la principal novedad que introduce la nueva regulación es que ya no será este recurso resuelto por el órgano de contratación sino por un órgano administrativo independiente. Es decir, se trata de un recurso administrativo y no jurisdiccional que debe ser resuelto por un órgano administrativo. Lo que en mi opinión aunque resulta ajustado al Derecho comunitario, como apunta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 4 de febrero de 1999 (Asunto C-103/1997) y en armonía con la Directiva 89/665/CEE, es un error, no sólo por lo ya apuntado por el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010 sino porque supone crear una instancia nueva ante órganos distintos que lo único que hacen es complicar más aun procedimiento que ya de por sí no era fácil. De nuevo se limitan los contratos ante los que se puede interponer estos recursos y se limitan también los sujetos, lo que genera que el número de instancias ante las que se pueden mover los interesados haya aumentado considerablemente, sin las garantías propias de una resolución judicial. Hubiese sido preferible que España hubiese seguido el modelo francés, el cual no hay que olvidar ha sido la base de todo nuestra organización y funcionamiento administrativo y no seguir el modelo alemán que tan alejado de la normativa española se encuentra.

Este nuevo recurso va dirigido a evitar que los contratos que puedan ser declarados nulos se adjudiquen antes de que se resuelva el recurso que frente al mismo se haya interpuesto. No hay que olvidar que como el anterior recurso lo resolvía la propia Administración contratante, como era de esperar no tenía la costumbre de rectificarse así misma, por lo que lo normal es que tales recurso se desestimasen. Ahora bien, habría que preguntarse si estos órganos son realmente independientes ya que recae su dependencia en el Ministerio de Economía y Hacienda y en el de Justicia o en las Consejerías competentes de las Comunidades Autónomas pues, no hay que olvidar que los Gobiernos son las Administraciones Públicas.

---

[15] Chaves García, José Ramón, «Del recurso contractual introducido por la Ley 34/2010: hacia el infinito y más allá», agosto 2010.

Sólo cabe esperar que estos nuevos Tribunales respondan a las previsiones de ser un órgano independiente, cuyas resoluciones gocen de prestigio y autoridad y sobre todo que no se convierten en una instancia más como el anterior recurso.

Pero, quizá la más importante novedad de este recurso frente al anterior es que suspende procedimiento por lo que, se evita que el contrato se ejecute mientras se debate el recurso.

Antes de la modificación de la Ley la resolución final del recurso era perfectamente inútil, porque para entonces el contrato ya se había ejecutado total o parcialmente, de modo que quien lo obtuvo de forma ilegal lo había cobrado parcial o definitivamente. Además el licitador que conseguía que se anulase un contrato no siempre podía probar que el contrato se lo tenían que haber adjudicado a él. Si conseguía hacerlo, lo normal es que se le indemnizase con el 6% del precio de adjudicación que es teóricamente el beneficio que habría obtenido si se le hubiera otorgado el contrato.

El actual recurso paraliza el procedimiento y con ello garantiza el que la resolución que se dicte palie los defectos de una adjudicación ilegal [16].

Por otro lado, este recurso ha pasado de ser preceptivo a potestativo (art. 310.6 LCSP), por lo que ya su interposición no es necesaria para agotar la vía administrativa, lo que impide que el interesado sufra una nueva barrera en su lucha para acceder a los tribunales, de manera que si lo desea puede acudir directamente a la Jurisdicción.

Pero, el carácter ahora potestativo del recurso especial viene a suponer de facto la apertura de una doble vía de recurso (administrativo especial o jurisdiccional) para la impugnación de actos adoptados en el procedimiento de contratación. Tal circunstancia no está exenta de dificultades prácticas, habida cuenta de las diferencias procesales existentes en función de optar por la vía administrativa o judicial.

De entre esas diferencias procesales las de mayor calado son las del plazo para interponer el recurso o el de la suspensión automática o no del procedimiento contractual. Ya que si sólo se interpone el recurso contencioso-administrativo la suspensión no está tan clara si atendemos a lo dispuesto en los artículos 129 y 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, reguladores de la adopción de medidas cautelares en el seno de un procedimiento contencioso.

Por otro lado se mantiene el carácter exclusivo del recurso especial, de tal forma que es el único recurso administrativo admisible en los casos para los que se prevé, y contra la resolución dictada en este procedimiento sólo cabe la interposición del recurso contencioso-administrativo.

Se admite no obstante que las Comunidades Autónomas introduzcan un recurso administrativo previo al recurso especial, en cuyo caso la ejecución de los actos de adjudicación impugnados quedará suspendida, hasta que el órgano competente para resolver decida sobre el fondo de la cues-

[16] Bernal Blay, Miguel Ángel, «Ley 34/2010, de 5 de agosto, de Modificación de la Normativa sobre Contratos Públicos».

tión planteada.Y si la resolución no fuese totalmente estimatoria y se interpusiese el recurso especial, la suspensión persistirá en los términos previstos para este último recurso (art. 311.2 LCSP).

Dicho recurso sigue teniendo una aplicación limitada a determinados contratos ya que sólo cabrá interponerlo, cuando se trate de contratos de las Administraciones Públicas y demás entidades que ostentan la condición de poderes adjudicadores que:

— Sean contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministros, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.
— Los contratos de servicio comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros.
— Los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.
— Los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.

En cuanto al objeto del recurso cabe interponerlo:

— Ante los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que han de regir la contratación.
— Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. La Ley precisa y considera que es un acto de trámite que determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento y, resulta por tanto recurrible, los actos de la Mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.
— Los acuerdos de adjudicación dictados por los poderes adjudicadores.

La mayor novedad de este precepto estriba en la posibilidad de recurrir los anuncios de licitación y la adjudicación, que deja de ser provisional y se convierte en única y definitiva[17], en aras a evitar que los actos producidos entre ambas actuaciones queden fuera de la posibilidad de recurso. Pues como se dice en la Exposición de Motivos de la Ley 34/2010 «el carácter universal» del recurso exige que estas actuaciones, puedan ser objeto del mismo.

[17] Sin embargo, pese haber suprimido el acto de adjudicación provisional, se seguirá debiendo acudir al órgano de contratación en dos ocasiones como se venía haciendo hasta ahora, dado que la Ley prevé que sea el órgano de contratación el que requiera a la empresa que ha presentado la proposición más ventajosa para que presente la documentación necesaria, antes de la formalización del contrato.

La previsión además se refuerza mediante la consideración de un supuesto especial de nulidad contractual la falta de espera de este plazo para formalizar el contrato, siempre que por esta causa el licitador se haya visto privado de la posibilidad de interponer el recurso especial en materia de contratación administrativa y que concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta (art. 37.1.b LCSP).

Con el fin de facilitar al licitador excluido o candidato descartado la interposición del recurso especial, aunque ha desaparecido la posibilidad de que los licitadores puedan solicitar el informe de valoración de las ofertas, se amplía la información del contenido de la notificación de la adjudicación que deberá contener: en las candidaturas descartadas, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura, en las licitaciones excluidas las razones por las que no se haya admitido su oferta y, en todo caso, el nombre del adjudicatario junto con las ventajas y características determinantes de que haya sido seleccionada esta proposición del adjudicatario con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas (art. 135.4 LCSP).

El problema que puede plantear esta nueva regulación es que la información resumida que contenga la nueva notificación de la adjudicación sea demasiado general o no pueda individualizarse en relación con algún licitador imposibilitándose la eficacia del recurso especial, circunstancia que ya ha sido objeto de la sentencia de 23 de diciembre de 2009 del Tribunal de Justicia Europeo (Asunto C-455/08). En tales casos como ha establecido este mismo Tribunal en una sentencia posterior de 28 de enero de 2010 (Asunto C-406/08) podría defenderse que el plazo para la interposición del recurso no inicia su cómputo en tanto los licitadores no reciban la información suficiente que les permita fundar su recurso.

Por su parte, los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los anteriores pueden ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.

El artículo 312 LCSP dice que están legitimados para interponer el recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por la decisión objeto del recurso.

Respecto a la legitimación para recurrir, dos son las cuestiones fundamentales a tener en cuenta.

La primera es la variedad de pretensiones que pueden formularse por los legitimados. Pueden éstos solicitar, no sólo la anulación de los actos del procedimiento en cuestión, sino también la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias del anuncio de licitación, pliego, condiciones reguladoras del contrato, o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación.

Respecto a las personas legitimadas, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia comunitaria, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo [18].

Tienen derecho a recurrir, aquellas personas que participaron en la licitación, puesto que el interés legítimo viene determinado con carácter general por la participación en la licitación (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005). Por tanto la persona que no ha presentado proposición alguna ni ha tenido participación alguna en la licitación carece de interés legítimo y, en consecuencia, no está legitimada para recurrir la adjudicación del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2006).

Ahora bien, esta regla está matizada por el reconocimiento de la propia jurisprudencia de que quien ha impugnado la convocatoria o el pliego, aunque después no haya participado en el procedimiento de adjudicación goza de legitimación activa pues tiene un interés legítimo para recurrir, ya que no se puede obligar a participar en un procedimiento de adjudicación a quien ha impugnado la convocatoria por discrepar de ella, del pliego que la rige o por cualquier otra causa que entienda que es ilegal (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2005, 29 de junio de 2006).

Más aun, la jurisprudencia ha reconocido interés legítimo y con ello legitimación activa para recurrir convocatorias y pliegos de condiciones de contratos públicos a determinadas entidades que ni participaron en la licitación, ni eran licitadores potenciales, por tratarse de organizaciones representativas de intereses económicos sociales o profesionales que actúan en beneficio de sus asociados (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2004, 12 de enero de 2001 y 8 de marzo de 2005).

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 52/2007 de 12 de marzo, ya establecía que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría de prosperar ésta. A partir de esta doctrina en su Sentencia 119/2008, el Tribunal Constitucional entiende que la participación en una licitación pública no es condición inexcusable para ostentar un interés legítimo que confiera legitimación activa para impugnar la convocatoria o el pliego del contrato.

Esta doctrina constitucional y del Tribunal Supremo en la materia, que configura la exigencia de participación como una regla general, que ha de ser excepcionada cuando en ausencia de ella, se acredita un interés legítimo en la impugnación, coincide también con la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas quien ha declarado que debe ser

---

[18] Razquin Lizarraga, José Antonio, «La legitimación activa para interponer recursos precontractuales en la contratación pública (a propósito de la STC 119/2008, de 13 de octubre)». Aranzadi.

posible que una empresa interponga un recurso directamente contra las características discriminatorias de la licitación, sin esperar a que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato (TJCE 2004/37, Asunto C-230/02). Añade que cualquier persona que tenga o haya tenido un interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicado por una presunta infracción puede recurrir (STJCE 2003/138 de 15 de mayo Asunto C-España).

Pero, al margen de la citada jurisprudencia, del tenor del precepto en cuestión cabe deducir que la legitimación activa para recurrir no sólo la ostentan los que participan en el procedimiento de licitación sino también cualquier otra persona que acredite la titularidad de derechos e intereses legítimos que les puedan perjudicar o bien afectar de alguna manera el que alcancen su condición de licitadores potenciales.

El artículo 314 LCSP establece que todo aquel que se proponga interponer un recurso especial deberá anunciarlo previamente mediante un escrito que especifique el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación.

El escrito de interposición deberá contener el motivo en el que fundamenta el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse y, en su caso las medidas cautelares cuya adopción solicite. A este escrito le acompañarán los documentos que acrediten la representación del compareciente, la legitimación del actor, fundamento de su derecho; la copia o traslado del acto expreso que se recurre y el justificante de haber dado traslado del anuncio escrito. El escrito deberá presentarse ante el registro del órgano de contratación o en el órgano competente para su resolución.

Los defectos que pudieran afectar al escrito de recurso podrán subsanarse en el plazo máximo de tres días hábiles, con indicación de que si no lo hiciera así, se le tendrá por desestimada su petición.

El plazo de interposición del recurso será de 15 días hábiles contados:

— A partir del día siguiente a aquel en que se notifique el acto impugnado.
— A partir del día siguiente a aquel en que los pliegos y documentos contractuales hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento, si lo que se pretende recurrir son los pliegos o los demás documentos contractuales.
— A partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción, cuando el recurso se pretenda interponer contra actos de trámite o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad.
— A partir del día siguiente del de la publicación cuando lo que pretende es recurrir el anuncio de licitación.

Con la finalidad de garantizar los efectos de la resolución que se dicte, el artículo 313 LCSP establece la posibilidad de la adopción de cualquier clase de medida cautelar por parte del órgano competente para resolver el re-

curso especial, incluidas las destinadas a suspender o hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por el órgano de contratación.

Estas medidas pueden solicitarse por parte del interesado antes de la interposición del recurso, debiendo resolver sobre dichas medidas en el plazo de los cinco días hábiles siguientes a su solicitud, previa audiencia del órgano de contratación en los primeros días hábiles. Esta posibilidad deriva de nuevo del cumplimiento de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2003 (Asunto C-214/00) que condenó al Reino de España entre otros motivos, por no haber previsto la posibilidad de que se tomen medidas cautelares destinadas a eliminar las dificultades para interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

Las medidas provisionales también se podrán solicitar por el interesado una vez interpuesto el recurso, en este caso, el órgano decisorio resolverá sobre ellas en la forma prevista para la tramitación del recurso especial. Y se pueden imponer directamente por el órgano encargado de resolver.

Cuando la adopción de medidas cautelares pueda dar lugar a perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución puede imponer la constitución de una caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.

La suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afecta, en ningún caso al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

El cese de la medida provisional que se solicite y acuerde con anterioridad a la interposición de un recurso especial decaerá una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya presentado.

El efecto de la interposición de un recurso especial en materia de contratación, si el acto recurrido es el de adjudicación, es la suspensión de la tramitación del expediente de contratación hasta que el órgano competente resuelva sobre el levantamiento o no de la misma sobre el fondo. Se considera incluso un supuesto especial de nulidad la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación sin esperar que el órgano correspondiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido (arts. 315, 316 y 37.1.c LCSP).

El procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación, se regirá por las disposiciones de la Ley 30/1992, (con las especialidades, reguladas en los arts. 316 a 318 LCSP) que se resumen en las siguientes:

— Interpuesto el recurso el órgano encargado de su resolución lo pondrá en conocimiento del órgano de contratación en el mismo día con remisión del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación, que deberá ser remitido en los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe.
— Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, conce-

diéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y, de forma simultanea a este trámite, decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares. Asimismo en este mismo plazo decidirá si procede o no mantener la suspensión automática, entendiéndose vigente en tanto no se dicte resolución expresa acordando su levantamiento. Si las medidas provisionales se hubiesen pedido después de interponer el recurso, el órgano que resuelve decidirá sobre ellas de la misma forma pero, sin suspender el procedimiento principal.

— Los hechos para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Pero, si a solicitud de los interesados, del órgano encargado de la resolución o la naturaleza del procedimiento lo exige, podrá acordarse la apertura de un periodo de prueba (por plazo de 10 días hábiles), a fin de que puedan practicarse cuantas se juzguen pertinentes. La práctica de la prueba se anunciará con antelación suficiente a los interesados.
— El órgano competente para resolver el recurso podrá rechazar toda aquella prueba cuando la considere manifiestamente improcedente o innecesaria, mediante resolución motivada.
— El órgano competente deberá en todo momento garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda tomar en consideración esa información a la hora de resolver.
— Una vez realizados los trámites anteriores, el órgano competente deberá resolver el recurso en el plazo de cinco días hábiles siguientes, notificando a continuación a los interesados la resolución.

Dicha resolución puede estimar en todo o en parte, o desestimar las pretensiones formuladas o declarar su inadmisión decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hayan planteado.

En todo caso la resolución ha de ser congruente con la petición y de ser procedente se debe pronunciar sobre la anulación de cualquier decisión ilegal adoptada en el procedimiento. Si como consecuencia del contenido de la resolución, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de 10 días hábiles para que presente la documentación acreditativa de su aptitud para contratar o de la efectiva disposición de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato que le reclame el órgano de contratación, y para que constituya la garantía, que en su caso sea procedente. Hay que recordar que con la modificación de la LCSP la garantía que se venía exigiendo a los licitadores para la presentación de sus ofertas, ahora sólo se podrá exigir si se justifica suficientemente en el expediente las razones por las que estima procedente su exigencia.

Asimismo, a solicitud del interesado y si procede, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar los daños y per-

juicios que la infracción haya podido ocasionar a la persona interesada. Dicha indemnización se fijará y calculará atendiendo en lo posible a lo previsto en la Ley 30/1992. La resolución debe acordar también el levantamiento de la suspensión, si en el momento de dictarla continuase suspendido el procedimiento, así como las restantes medidas cautelares que se hubiesen acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiese exigido.

Si el órgano competente para resolver aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares podrá imponer una multa al responsable de la misma. El importe será entre 1.000 y 15.000 euros en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los demás licitadores. Esta cuantía se actualizará cada dos años por aplicación del IPC real.

La resolución será directamente ejecutiva y frente a la misma no cabe recurso alguno salvo el contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

3.1.3. *Cuestión de nulidad*

El artículo 39 LCSP también prevé la posibilidad de que los interesados interpongan un nuevo recurso al que la Ley denomina cuestión de nulidad.

Esta cuestión sólo cabe plantearla cuando se trate de contratos de las Administraciones Públicas y demás entidades públicas sujetas a regulación armonizada, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros y para alegar alguno de los supuestos especiales de nulidad a que se refiere el artículo 37.1 LCSP.

Esta cuestión de nulidad va dirigida a impedir que el contrato se ejecute sin que todos los interesados hayan tenido la oportunidad de interponer un recurso cuando se consideren perjudicados o puedan resultar afectados por esa adjudicación.

Están por ello legitimados para interponer el recurso toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por los supuestos especiales de nulidad a que se refiere el artículo 37 LCSP.

El órgano competente para resolver, será el creado para los recursos especiales de nulidad y podrá inadmitir el recurso cuando el interesado hubiera interpuesto el recurso especial en materia de contratación sobre el mismo acto habiendo respetado el órgano de contratación la suspensión del acto impugnado y la resolución dictada.

El plazo para la interposición de la cuestión de nulidad será de 30 días hábiles a contar:

— Desde la publicación de la adjudicación del contrato, cuando éste deba publicarse en el BOE o en los respectivos Diarios o Boletines

Oficiales de las Comunidades Autónomas o de las Provincias o en el DOCE si se trata de contratos sujetos a regulación armonizada a que se refiere el artículo 138.2 LCSP.

— Desde la notificación a los licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueran determinantes de la adjudicación a su favor, sin perjuicio de la información no publicable a que se refiere el artículo 137 LCSP en cuanto a los datos cuya comunicación no fuera procedente.

Fuera de los supuestos anteriores, la cuestión de nulidad deberá interponerse antes de que transcurran seis meses desde la formalización del contrato.

El procedimiento por el que se tramita la cuestión de nulidad será el mismo que para la tramitación de un recurso especial en materia de contratación con las siguientes particularidades.

— No es necesario anunciar la interposición del recurso.
— El plazo para que el órgano de contratación formule alegaciones en relación con la solicitud de mediadas cautelares se eleva a siete días hábiles.
— El plazo para la remisión del expediente por el órgano de contratación, acompañado del correspondiente informe se eleva a siete días hábiles.

Pero, quizá la mayor diferencia con el recurso especial en materia de contratación es que la interposición de la cuestión de nulidad no produce efectos suspensivos de ninguna clase por sí sola.

El órgano competente para resolver la cuestión de nulidad al dictar la resolución deberá también pronunciarse sobre la procedencia de aplicar las sanciones alternativas cuando por razones imperiosas de interés general así lo haya solicitado el órgano de contratación.

La resolución que se dicte en una cuestión de nulidad puede estimar la petición del interesado y declarar la nulidad del contrato o mantener los efectos del mismo y sustituir esta medida por la imposición de una sanción alternativa, a la que ya me he referido al explicar los supuestos especiales de nulidad, consistente o bien en la imposición de multas al poder adjudicador por los importes fijados en la Ley, o bien una reducción proporcionada de la duración del contrato, cuando el órgano competente, atendiendo a las circunstancias excepcionales que concurran considere que existen «razones imperiosas de interés general que así lo exijan».

Si el órgano de contratación no hubiese solicitado la aplicación de la sanción alternativa lo podrá hacer en el trámite de ejecución de la resolución. En estos casos el órgano competente resolverá sobre la procedencia o no de aplicar la sanción alternativa solicitada dentro del plazo de los cinco días siguientes al transcurso del plazo anterior.

Contra esta resolución cabe interponer recurso en los mismos términos previstos para las resoluciones dictadas resolviendo sobre el fondo. La LCSP no especifica a qué recurso se refiere, pero al decir que será aquel que resuelve sobre el fondo, en mi opinión se debe estar refiriendo al recurso especial administrativo ante los Tribunales competentes, lo que por otro lado no parece lo adecuado habida cuenta que el recurso especial en materia de contratación se resuelve ante los mismos Tribunales que la cuestión de nulidad y habida cuenta que los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo también resuelven sobre el fondo.

3.1.4. *Otros recursos administrativos*

Contra los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no sean contratos frente a los que quepa el recurso especial en materia de contratación (sujetos a regulación armonizada, o contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II o contratos de gestión de un servicio público en el que el presupuesto de gasto sea superior a 500.000 euros) cabe interponer los recursos ordinarios previstos en la Ley 30/1992 y los previstos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así pues, en relación con los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, procede la interposición de los recursos administrativos establecidos en la legislación general de procedimiento administrativo en los siguientes supuestos:

— Los contratos celebrados por Administraciones Públicas no sujetos a regulación armonizada.
— Los contratos que sigan la tramitación de emergencia.

Habrán de seguirse las reglas generales de aplicación de los recursos administrativos ordinarios, potestativo de reposición frente a los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa (arts. 116 y 117 Ley 30/1992) y de alzada frente a los actos que pongan fin a dicha vía (arts. 114 y 115 Ley 30/1992).

En estos casos, en principio, es únicamente procedente el recurso potestativo de reposición, ya que los acuerdos que adopta el órgano de contratación ponen fin a la vía administrativa y son inmediatamente ejecutivos (art. 195.4 LCSP). Por tanto, resulta aplicable lo dispuesto con carácter general en la Ley 30/1992 respecto a dichos recursos.

Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa pueden ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los haya dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional Contencioso-administrativo. Pero, no se puede interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

El plazo para la interposición del recurso de reposición es de un mes, si el acto es expreso y de tres si no lo es y se contará, para los interesados a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurrido dicho plazo únicamente cabe interponer el recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.

El plazo máximo para dictar y notificar la resolución es de un mes.

También cabe interponer el recurso extraordinario de revisión (arts. 118 y 119 de la Ley 30/1992) cuando concurran sus propios supuestos y en los términos legalmente previstos. Cabe por tanto contra los actos firmes en vía administrativa ante el órgano administrativo que los dictó, que también es el competente para resolverlo cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

— Que al dictarlos se haya incurrido en error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.
— Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto, que aunque sea posterior evidencie error de la resolución recurrida.
— Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución.
— Que la resolución se haya dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en sentencia judicial firme.

El plazo para interponer el recurso es de cuatro años en el primer supuesto y de tres meses en los tres restantes. Transcurrido el plazo de los tres meses desde la interposición del recurso extraordinario de revisión sin haberse dictado y notificado la resolución, se entiende desestimado, quedando expedita la vía jurisdiccional Contencioso-administrativa.

3.1.5. *Los Tribunales administrativos*

Los órganos competentes para la resolución del recurso especial en materia de contratación y la cuestión de nulidad, tras la modificación de la LCSP se establece que sean unos nuevos órganos independientes del órgano de contratación y que la LCSP llama Tribunales.

El artículo 311 LCSP crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, al que se atribuye la resolución de los recursos interpuestos contra actos de las entidades vinculadas a la Administración General del Estado, así como contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas.

Hay que entender, por tanto, que el Tribunal Administrativo Central de Recursos en materia de Contratación resolverá todos aquellos recursos que

le interpongan la Administración General del Estado, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo y el Consejo General del Poder Judicial.

El Tribunal Administrativo Central se adscribe al Ministerio de Economía y Hacienda y, está compuesto por un Presidente y un mínimo de tres vocales, elegidos por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Justicia.

El Presidente y los vocales serán elegidos entre funcionarios de cuerpos o escalas a las que se acceda con los títulos de licenciado o grado (que se exija que sea en Derecho para la Presidencia), con un mínimo de 15 años de ejercicio y habiendo desempeñado su actividad profesional, preferentemente en el ámbito del Derecho administrativo y relacionado directamente con la contratación pública. Si fueran nombrados entre funcionarios de carrera incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto del Empleado Público, éstos deberán pertenecer a cuerpos o escalas clasificados en el Subgrupo A1.

Se garantiza la inamovilidad e independencia de sus miembros, nombrados por un periodo de seis años, no renovables y sólo removibles por el Gobierno por las causas previstas en el artículo 311 LCSP previo expediente. Sin embargo, en la Disposición quinta de la Orden EHA 2532/2010, de 30 de septiembre, de modificación de la Orden EHA 2237/2010, de 10 de agosto, por la que se convoca la provisión de puestos de Presidente y Vocales del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la primera renovación del Tribunal se hará de forma parcial a los tres años del nombramiento. A este respecto antes de cumplirse el plazo indicado se determinará, mediante sorteo, los vocales que deban cesar[19].

La remoción sólo es posible en los siguientes supuestos:

— Por pérdida de la nacionalidad española.
— Por incumplimiento grave de sus obligaciones.
— Por condena o pena privativa de libertad o inhabilitación para empleo o cargo público por razón del delito.
— Por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función.

En cualquier caso, cesado un vocal, éste continuará en el ejercicio de sus funciones hasta que tome posesión de su cargo el que lo haya de sustituir.

Se aplicará a su régimen de constitución y funcionamiento las disposiciones de la Ley 30/1992.

La Disposición Adicional primera, prevé también que a medida que el número de asuntos sometidos a conocimiento y resolución del Tribunal Administrativo Central lo exija, se podrán constituir Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de las capitales

[19] El Consejo de Ministros ya ha nombrado a los miembros del citado Tribunal lo que se ha publicado en el BOE núm. 251, como Resolución de 15 de octubre de 2010 de la subsecretaría por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se nombra al Presidente y los vocales del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

de Comunidad Autónoma, que tendrán competencia exclusiva para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan contra los actos de la Administración Territorial del Estado o de los Organismos y Entidades dependientes del mismo que tengan competencia en todo o parte del territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma.

En las Comunidades Autónomas la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas específicas y deberán en principio crear un órgano independiente propio cuya regulación garantice los requisitos de independencia e imparcialidad, para resolver los recurso especiales en materia de contratación administrativa que se planteen en los procesos de contratación de sus órganos, así como en el de los órganos competentes de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo. Se admite no obstante, que las Comunidades Autónomas atribuyan la competencia para la resolución de estos recursos al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales pero, para ello, deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias (art. 311.2 LCSP).

En relación con estas Comunidades Autónomas es necesario matizar dos cuestiones, la primera es que el precepto 311.2 de la LCSP que lo regula establece que: *«En el ámbito de las Comunidades Autónomas la competencia para resolver los recursos se establecerá por sus normas respectivas debiendo crear un órgano independiente…»*. Ello quiere decir que, en principio es obligatorio, por imperativo legal, para las Comunidades Autónomas el crear este órgano administrativo ya que el vocablo *«debiendo»* no puede ser interpretado de otra forma. La segunda, sin embargo es para aclarar que dicha imposición no es tal si como establece el mismo precepto 311.2 párrafo cuarto, optan por hacer un convenio con la Administración General del Estado para atribuir la competencia de resolver este tipo de recursos al Tribunal Central. La técnica normativa utilizada en este precepto es un tanto confusa porque, del espíritu de la Ley parece deducirse que las Autonomías deben crear su propio Tribunal.

Por otro lado, en las Comunidades Autónomas que opten por la creación de este órgano, el único requisito que se les exige es que sea un órgano independiente cuyo Presidente sea una persona cualificada profesionalmente, en todo lo demás (el que sea de un único titular o colegiado, su nombramiento, autoridad responsable de su nombramiento, terminación de su mandato, renovación, etc.) habrá que estar a sus normas específicas [20],

[20] La Comunidad de Madrid por Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Racionalización del Sector Público, ha creado en su artículo 3 el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de forma casi análoga al Tribunal Administrativo Central, con la única diferencia de que se podrá incrementar el número de vocales que hayan de integrar el Tribunal cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo aconseje.

Por su parte Álava, mediante Decreto Foral 44/2010, del Consejo de Diputados de 28 de septiembre, crea el Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales. Guipúzcoa, mediante Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, crea y regula el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales y Vizcaya lo ha hecho mediante el Decreto Foral 102/2010, de 29 de septiembre.

que deberán garantizar en todo caso su independencia e inamovilidad, lo que permite que los requisitos que exijan a los miembros de estos Tribunales sean distintos y por ello mas o menos acotados a los exigidos para los miembros del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En tanto las Comunidades Autónomas no regulen sobre la materia, se aplicará el régimen previsto con carácter supletorio en la Disposición Transitoria segunda de la Ley 34/2010, en virtud de la cual la competencia para resolver los recursos continuará encomendada a los mismos órganos que la tenga atribuida actualmente, pero se tramitarán según las nuevas reglas establecidas por esta Ley.

En las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.

Cabría preguntarse si no sería más práctico y económico acometer un procediendo especial y sumario del proceso contencioso-administrativo en materia de contratos administrativos ante los Tribunales de lo contencioso-administrativo de forma análoga a lo que se estila en Francia.

El legislador, sin embargo, en desacuerdo con el Consejo de Estado o con aquellos ponentes que consideraron mejor que fuesen las Juntas Consultivas de Contratación, en atención a lo querido por el Consejo General del Poder Judicial, de evitar una mayor acumulación de recursos ante los Tribunales de justicia ha optado por crear un órgano administrativo y da opción a que se creen 17 más, en aras a respetar la autonomía territorial.

Ahora bien, parece como si con la Ley se hubiese pretendido respetar sólo la autonomía de las Comunidades Autónomas y no la autonomía local, ya que este recurso, cuando sea en relación con un contrato de alguna Administración local se interpondrá ante un órgano ajeno al Ayuntamiento y perteneciente a otra Administración pública, lo que supondrá que la Comunidad Autónoma vaya a revisar la actuación municipal, agotando la vía administrativa, lo que afectará de una manera muy importante a la autonomía municipal y tendrá unas consecuencias muy importantes para la revisión en vía jurisdiccional[21].

Por otro lado, la más que probable existencia de más de 17 Tribunales no sólo va a suponer un enorme despliegue económico, sino también una inseguridad jurídica que acabará por resolverse ante Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, por lo que el intento de no congestionar más a los Tribunales de justicia, en mi opinión no se verá cumplido. Aunque

[21] *Vid*. María SÁNCHEZ, «Las novedades introducidas por la modificación de la Ley de Contratos del Sector Público realizada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto».

quizá como dice algún autor [22] más optimista, las resoluciones de estos nuevos Tribunales dejarán expedito el camino a la jurisdicción contenciosa, ya que todo interesado querrá interponer un recurso con efectos suspensivos, rápido, ágil y que se resuelve en 10 días.

Ahora sólo cabe esperar que estos nuevos Tribunales respondan a las previsiones de ser órganos *independientes,* cuyas resoluciones gocen de prestigio y autoridad.

En relación con los órganos constitucionales o de relevancia constitucional, la Disposición Adicional tercera dice que: *«los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo ajustarán su contratación a las normas establecidas en esta Ley para las Administraciones Públicas.*

Así mismo, los órganos competentes de las Cortes Generales, establecerán en su caso, el órgano que deba conocer, en su ámbito de contratación, del recurso especial regulado en el Libro VI de esta Ley, respetando las condiciones de cualificación, independencia e inamovilidad previstas en dicho Título».

Tal y como está redactada esta Disposición Adicional permite pensar que el Congreso de los Diputados y el Senado, como Cámaras independientes, están sometidas a todas y cada una de las normas establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público como si fueran una Administración Pública más, por lo que el recurso en materia especial deberá ser resuelto ante el Tribunal Central del Estado. Pero, si el contrato es de las Cortes Generales la revisión contractual puede ser resuelta ante un órgano distinto, porque las Cortes Generales pueden si quieren establecer el órgano que consideren adecuado para conocer del recurso especial en materia de contratación. El único requisito que se le exige a las Cortes Generales es que sea independiente e inamovible.

El llegar a esta conclusión es sin embargo un tanto absurdo porque lo que con esta excepción se pretende es salvaguardar la autonomía que la Constitución atribuye a las Cámaras. Por esta razón hay que interpretar el precepto en el sentido de aplicarse no sólo al ámbito de contratación de las Cortes Generales sino también al del Congreso de los Diputados y del Senado.

La fórmula «en su caso» que establece la Disposición Adicional tercera no obliga al Congreso, al Senado y a las Cortes Generales a crear un órgano administrativo para resolver los recursos especiales, ni tampoco les excluye automáticamente de su sometimiento al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, sino que establece una excepción indeterminada a favor de las Cortes Generales en cuanto a la vía de revisión y concreta determinación del órgano que debe resolver los recursos.

Por esta razón, el Congreso, el Senado y las Cortes Generales podían haber adoptado alguna de estas soluciones:

---

[22] *Vid.* Manuel Pulido Quecedo, «El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales», *Tribuna,* Aranzadi.

— Someter el conocimiento de estos recursos directamente a la Jurisdicción contencioso-administrativa, mediante la articulación de una nueva vía de recurso en materia de contratación siguiendo las directrices de la Directiva 2007/66. Opción que si bien se aparta de lo querido por el legislador en relación con los contratos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de la Administración Local encajaba en el actual esquema de revisión de los actos y disposiciones de las Cámaras que atribuyen a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el conocimiento en única instancia, de los recursos… contra los actos y disposiciones de los órganos competentes del Congreso de los Diputados y del Senado… (art. 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), lo que se completa con lo establecido en el art. 1.3 a) LJCA al establecer que corresponde al Tribunal Supremo conocer de los recursos contra los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso y del Senado. Esta opción, sin embargo, haría necesario modificar de nuevo la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-administrativa para introducir alguna especialidad procesal, sobre todo en lo que a los plazos se refiere.
— Crear un órgano con las garantías de cualificación, independencia e inamovilidad que exige la Disposición Adicional tercera, ya sea común para ambas Cámaras como órgano de las Cortes Generales de composición mixta Congreso-Senado, ya sean varios uno para el Congreso, otro para el Senado y un tercero para las Cortes Generales. Modelo por el que han optado las Cortes Generales como veremos más adelante.
— Someterse mediante la firma de un convenio al Tribunal Administrativo Central de Recursos de Contratación tal y como recoge la LCSP para las Comunidades Autónomas en el artículo 311. Lo que si bien hubiese sido la opción mas adecuada, económica y rápida casa mal con la autonomía parlamentaria a que se refiere el artículo 72 de la Constitución.

  En efecto, las Cortes Generales por Resolución de 18 de enero de 2010, del Letrado Mayor, han optado por crear el Tribunal de Recursos Contractuales que es la solución que mayor respetaba su autonomía parlamentaria, como un órgano de naturaleza parlamentaria que reúna los requisitos de cualificación, independencia e inamovilidad exigidos por la LCSP.

  Este Tribunal se crea como órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación, en los supuestos previstos en la LCSP, cuando éste se interponga contra actos referidos a los contratos que pretendan concertar el Congreso de los Diputados, el Senado, las Cortes Generales, la Junta Electoral Central y el Defensor del Pueblo.

> Este Tribunal estará compuesto por un Diputado, un Senador y un Interventor de las Cortes Generales.
> El Diputado y el Senador serán elegidos por las Mesas de las Cámaras reunidas en sesión conjunta. Actuarán alternativamente como Presidente y Vocal en cada uno de los recursos planteados y la duración de su mandato se extenderá toda la Legislatura.
> El Interventor de las Cortes Generales actuará como secretario en todos los procedimientos de contratación llevados a cabo en el Congreso de los Diputados y el Senado. En relación con los recursos planteados en los procedimientos de contratación de las Cortes Generales, la Junta Electoral Central y el Defensor del Pueblo, formarán parte del Tribunal en su lugar y actuarán como secretarios, alternativamente, el Interventor del Congreso de los Diputados o el Interventor del Senado.
> El Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales ajustará su actuación, a las disposiciones procedimentales del Libro VI de la LCSP en las resoluciones del recurso especial en materia de contratación. En todo caso, la resolución dictada en este procedimiento pone fin a la vía administrativa. Contra la misma sólo cabe la interposición del recurso contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.1.a) y 12.1.c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
> Si bien es una solución adecuada para resolver el requisito legal de que el Tribunal goce de la independencia y de cualificación jurídica que le exige la LCSP, al hacerlas recaer en funcionarios de las Cortes Generales que por razón de su cargo no hayan tenido ninguna participación en los actos que van a enjuiciarse, en mi opinión la independencia se puede ver mermada por el Presidente y Vocal, habida cuenta que los recursos que se puedan interponer lo serán contra los Acuerdos de las Mesas del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales que como órganos parlamentarios están formadas por Diputados y Senadores. Por otro lado, nada dice esta Resolución para aquellos supuestos en que las Cortes estén disueltas o que los nombrados como miembros del Tribunal dejen de ser diputados o senadores, por cualquiera de las causas establecidas en los Reglamentos parlamentarios.

Los Parlamentos autonómicos de conformidad con el artículo 311.2 LCSP que establece que, *«En el ámbito de los órganos competentes de las Asambleas Legislativas… la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente…»* en aras a salvaguardar su autonomía parlamentaria, deben crear su propio órgano administrativo.

Es decir, si para las Cortes Generales se establecía con carácter potestativo, en la LCSP parece que para las Asambleas legislativas autonómicas es obligatorio porque, este precepto como para las Comunidades Autónomas

como ya he explicado, al utilizar el vocablo *«debiendo»* induce a pensar que es obligado su creación. Pero, los Parlamentos autonómicos tampoco tienen una idea clara de cómo solucionar el tema de la revisión contractual, las opciones (como para las Cortes Generales) pueden ir desde crear su propio órgano independiente, hasta acudir directamente a los Tribunales Superiores de Justicia si se lleva a efecto la modificación correspondiente de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa [artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 1.3.a) LJCA]. Si bien la Ley no prevé expresamente el que puedan adherirse por convenio al Tribunal de la Comunidad tampoco lo prohíbe y, lo deja al arbitrio de la normativa específica de cada Comunidad por lo que, en mi opinión también puede si lo desean por convenio someter la resolución de este tipo de recursos al órgano independiente que al efecto cree la Comunidad a la que pertenezcan, más discutible es sin embargo que, si la Comunidad Autónoma no lo cree pueda adherirse por el convenio que firme la Comunidad al de la Administración General del Estado.

En la Comunidad de Madrid la Ley 9/2010, en su artículo 3.6 sí se especifica que debe ser la Asamblea de Madrid la que «en su caso» establezca el órgano que deba conocer en su ámbito de contratación, del recurso especial regulado en el libro VI de la Ley 30/2007. Pudiendo, en su defecto, atribuir al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad la resolución de los recursos mediante la celebración del correspondiente convenio con la Consejería competente en materia de coordinación de la contratación pública.

Habrá que esperar a un futuro, que no puede ser muy lejano, pues la contratación se sigue llevando a cabo, para ver cómo se ha resuelto al final esta cuestión en los distintos Parlamentos españoles.

3.2. Recursos ante los tribunales de justicia

3.2.1. *Recurso ante el orden jurisdiccional civil*

Cuando se trate de contratos no sujetos a regulación armonizada y celebrados por un ente del Sector Público que no tenga la condición de Administración Pública, no cabe recurso administrativo y procede su impugnación ante el orden jurisdiccional civil (art. 21.2 LCSP). No resulta necesaria en estos casos reclamación previa al ejercicio de acciones civiles, por estar concebida dicha reclamación exclusivamente frente a los actos de la Administración Pública según establecen los artículos 120 y 121 de la Ley 30/1992.

3.2.2. *Recurso contencioso-administrativo*

Agotadas las vías de impugnación de la validez de un acto en materia de contratación y cuando la correspondiente resolución se haya dictado po-

niendo fin a la vía administrativa procede la interposición del recurso contencioso-administrativo según la normativa reguladora de esta disciplina.

A fin de introducir las nuevas prescripciones necesarias para que se reconozca la competencia de este orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de los recursos que se interpongan tanto por la Administración como por los particulares (sin necesidad de declaración de lesividad) contra las resoluciones de los nuevos órganos independientes creados para resolver los recursos especiales en materia de contratación y la cuestión de nulidad, la Ley 34/2010 establece en su artículo tercero una serie de modificaciones de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, todas ellas dirigidas a la interposición de un recurso frente a las resoluciones de éstos nuevos órganos administrativos.

Así, se añade en su artículo 10 que, además de los supuestos anteriores este Tribunal será competente para conoce de las resoluciones dictadas por los órganos competentes para la resolución de los recursos en materia de contratación.

Matiza a su vez esta Ley, añadiendo un nuevo apartado 3 del artículo 21 LJCA, que los órganos administrativos a los que corresponde resolver este tipo de recursos no tendrán la condición de parte demandada cuando se recurra contra sus resoluciones, ostentándola, en su caso, la Administración favorecida por el acto objeto del recurso o que se personen en tal concepto.

Añade un nuevo párrafo del apartado 1 del artículo 44 LJCA, por el que cabe interponer directamente el recurso contencioso-administrativo frente a las resoluciones adoptadas por estos órganos, sin necesidad de previo requerimiento o recurso administrativo.

Y, finalmente, se permite emplazar como parte demandada a las personas, distintas del recurrente, que hubieren comparecido en recurso administrativo, para que puedan personarse como demandados en el plazo de nueve días, añadiendo al artículo 49 nuevo párrafo al apartado 1 de la LJCA.

Javier Guillem Carrau★

El voto electrónico: régimen electoral general o legislación electoral autonómica

Sumario: RESUMEN.—I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PROCESO ELECTORAL ANTE LAS TICS.—III. EL SISTEMA ELECTORAL Y LA MECÁNICA DEL VOTO ANTE LAS TICS.—3.1. Las nuevas formas de expresión material del voto: el voto electrónico.—3.2. Modelos y experiencias de voto electrónico.—3.3. Las precauciones ante el voto electrónico.—3.4. La introducción del voto electrónico en el régimen electoral general o en la legislación autonómica.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Las técnicas nuevas en la emisión del sufragio, como el voto electrónico, pueden servir para mejorar la calidad democrática de nuestros sistemas políticos pero plantean interrogantes en numerosas materias y, principalmente, en términos de garantizar la confianza de la ciudadanía en el sistema. A la vista del Informe del Consejo de Estado de 2009 y del reciente Informe de la Subcomisión del Congreso en 2010, sobre las posibles modificaciones del régimen electoral general, la respuesta a los interrogantes sobre el desarrollo del voto electrónico tendrá, en su caso, que recalar en la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas.

I. INTRODUCCIÓN

El Informe del Consejo de Estado sobre la modificación del régimen electoral, emitido en 2009, contenía un conjunto de informaciones sobre el voto electrónico, los riesgos y ventajas aparejados a su puesta en práctica, así

★ Doctor en Derecho. Letrado de las Cortes Valencianas.

como sobre los diversos proyectos pilotos desarrollados en nuestro ámbito y en Derecho comparado.

En este artículo se analiza la cuestión del voto electrónico desde el prisma de la progresiva expansión de las tecnologías de la información y comunicación (TICs en adelante) en las sociedades democráticas avanzadas, y se reitera una necesaria reflexión de su utilidad para reactivar el interés de los ciudadanos por el sistema y para aumentar la participación electoral.

Sin perjuicio de otras articulaciones técnicas del principio de participación, como son las consultas y las peticiones electrónicas, la doctrina ha analizado hasta la fecha la legislación del Parlamento vasco sobre el voto electrónico y, tras las recientes reformas estatutarias, ha vuelto a posicionarse mayoritariamente a favor de las competencias autonómicas sobre la materia.

No obstante, ni el Informe del Consejo de Estado de 2009 ni el reciente Informe de la Subcomisión del Congreso en 2010, sobre las posibles modificaciones del régimen electoral general, contienen recomendación alguna respecto a su incorporación al ordenamiento jurídico vigente, ni siquiera en la articulación del voto de los españoles residentes en el extranjero.

De nuevo de actualidad, la respuesta a los interrogantes sobre el desarrollo del voto electrónico podría recalar en la actividad legislativa de las Comunidades Autonómas.

II. EL PROCESO ELECTORAL ANTE LAS TICS

La organización de un proceso electoral se constituye en uno de los elementos clave del sistema democrático. La intervención de la ciudadanía y de las Administraciones Públicas, así como la creación de órganos de naturaleza especial que contribuyen al buen desarrollo del procedimiento electoral es una de las características de las sociedades democráticas avanzadas. Por ello, en la Constitución española, el procedimiento electoral encuentra engarce vía la proclamación de los principios básicos del mismo y las competencias de las Cortes Generales y de los Parlamentos autonómicos para legislar sobre esta materia [1].

Recientemente, el Consejo de Estado reconoció que la doctrina especializada también ha llamado la atención, en diversas ocasiones, sobre algu-

---

[1] En el marco constitucional general de la participación política, se retienen *«las líneas fundamentales de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de sufragio y el régimen electoral, de especial significación, dado que nuestra Constitución, aun habiendo adoptado en materia electoral una serie de decisiones fundamentales —con mayor intensidad que otras Constituciones de nuestro entorno—, ha dejado al legislador un amplio margen no sólo en materia de organización y administración electorales, donde su libertad de actuación es ciertamente acusada, sino también en relación con el propio sistema electoral, lo que de algún modo acrecienta en la misma medida la necesidad de la interpretación constitucional».* (Consejo de Estado 2009, p. 13) Como apunta Arévalo (2009, p. 213), es un lugar común en nuestra doctrina afirmar que el Constituyente optó por dar un tratamiento especial al núcleo del Derecho electoral, incoporando principios básicos en la norma cúspide del ordenamiento jurídico, lo que, además, confiere a dichos principios una notable estabilidad, derivada de su superioridad formal y material.

nas imperfecciones o carencias técnicas de la actual regulación del régimen electoral y ha sugerido la necesidad o la conveniencia de abordar ciertas modificaciones en ámbitos tales como, entre otros, determinados aspectos organizativos y funcionales de la administración electoral (Consejo de Estado 2009, p. 3).

Debe constatarse que los mecanismos específicos mediante los que se han puesto en práctica los principios democráticos en el voto, la representación, la toma de decisión, la ejecución y las comunicaciones entre los ciudadanos y sus representantes han cambiado sustancial, y aparentemente, irrevocablemente [2]. Por ello, constituye una tarea difícil realizar consideraciones sobre el voto electrónico sin una revisión de aquellos aspectos más singulares derivados de la aparición de las TICs en las sociedades democráticas avanzadas y, en particular, en los procesos electorales que se desarrollan en las mismas. Así, desde un punto de vista amplio, tecnología, gobernanza y transparencia pueden ser entendidos dentro del contexto de modernización e incorporación de las TICs a la actividad política y a los procesos electorales [3].

Así, en sus consideraciones generales sobre la utilización de las nuevas tecnologías, Castells (1996, p. 35) considera que la revolución de la tecnología de la información, debido a su capacidad de penetración en todo el ámbito de la actividad humana, constituye el punto de entrada para analizar la complejidad de la nueva economía, sociedad y cultura en formación**.** En este contexto, por un lado, la funcionalidad de la tecnología se concreta en la facilitación de la actividad relacional. Se habla entonces de la tecnología al servicio de las relaciones entre personas, órganos e instituciones y constituye, sin duda, uno de los elementos centrales de la sociedad en que vivimos. Por otro lado, la tecnología desempeña una función de apoyo al conjunto de herramientas que se ponen al servicio de los gestores públicos para optimizar sus procesos de producción, en este caso de gestión, del proceso electoral (Palomar 2003, pp. 92 y 93).

Entre las ventajas de las nuevas tecnologías, puede señalarse que ayudan al funcionamiento del proceso político. Así, inciden en la rapidez de las comunicaciones, en el incremento de la información disponible y, en consecuencia, en la variedad, la especialización y el pluralismo de una sociedad. Su importancia es evidente en el fomento de la cultura participativa y en la remoción de los obstáculos derivados incluso situaciones de incapacidades, etc.[4].

---

[2] Cabe reseñar de la doctrina anglosajona, por ejemplo, las siguientes obras: BELLAMY, C. y TAYLOR, J., *Governing the information…;* FALCONER, P., SMITH, C., y WEBSTER, W. R. C., *Managing Parliaments in the 21st…*; HOFF, J., COLEMAN, S., FILZMAIER, P. y CARDOSO, G., *Democratic Governance and New Technology…*

[3] Entre otros, han manifestado dicha interrelación los siguientes: GUIDDENS, A., *The consequences of modernity,* Cambridge, 1991, Polity Press; SÁNCHEZ NAVARRO, A. J., «Sistema electoral y nuevas tecnologías…», p. 84; SARMIENTO, D., *La autoridad del Derecho…,* p. 221.

[4] Entre otros, véase: AUSTRALIAN GOVERNMENT Information Management Office (2003): *EGovernment Benefits Study* (2006) y *e-Government Strategy: Responsive Government: A New Service Agenda.*, disponibles en http://www.agimo.gov.au/publications/2007; COTINO HUESO, L., «Retos jurídicos y carencias normativas de la democracia y…», p. 84; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., «La aprehensión…», pp. 138 y ss; RUIZ MIGUEL, C., «La libertad política en la democracia…», p. 50.

Cotino Hueso (1997, p. 19) destaca que la contribución más importante de las TICS a la democracia se ha producido ya de forma mucho más trascendente a través del ejercicio de las libertades públicas sin intervención de los poderes públicos. Se trata, en este sentido, de una E-democracia mucho más liberal y menos intervenida, una democracia electrónicamente influida.

No obstante, la introducción de las TICs no es un panorama exento de riesgos. Entre los riesgos asociados a esta evolución como son la posible comercialización del funcionamiento del sistema; la despersonalización de la política ya que el tecnicismo o el mecanicismo de las tecnologías tiene poco que ver con el subjetivismo de la dialéctica política y la relación social; el incorrecto entendimiento de la democracia directa o de la identidad que trate de anular la lógica de la democracia representativa; la reducción de la participación en política a la élite «informatizada» y el acrecentamiento de la brecha digital; la fragmentación del discurso político y el antagonismo en la percepción de la sociedad; los riesgos de seguridad; y el mito orwelliano del control permanente y total de la ciudadanía [5].

Por ello, debe ser objeto de especial atención ante las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación en facetas tan concretas como interlocución con los actores del proceso electoral, el acceso a expedientes, los límites de las nuevas tecnologías en su empleo en campañas electorales, etc., y, en particular, en el ejercicio del derecho de voto.

Sin embargo, un sector de la doctrina académica, tras manifestar la confianza plena en las TICs y su uso en los sistemas políticos democráticos, considera que poner el acento en el voto electrónico es un reduccionismo y un error, pues detrae esfuerzos y energías en las aplicaciones más útiles que sí tienen las TICs, en todas las fases del proceso participativo: difusión de información, conocimiento, consultas, deliberación y posicionamiento (Cotino 2007, p. 79).

En definitiva, aunque las tecnologías de la información tienen un potencial genuino para incrementar la trasparencia y la capacidad de respuesta del sistema, si no se emplean con sabiduría pueden llevar a situaciones de gran cinismo. Por ello, deben sopesarse los beneficios potenciales de las tecnologías de la información frente a sus eventuales riesgos antes de decidir al respecto [6].

III. EL SISTEMA ELECTORAL Y LA MECÁNICA DEL VOTO ANTE LAS TICS

El sistema electoral, para Santolaya (1995, p. 15), constituye un mecanismo regulado por el derecho electoral, es decir por aquella parte del Derecho constitucional que integra toda la normativa electoral y que contiene

---

[5] Entre otros, véase: Fernández Rodríguez, J. J., «La aprehensión jurídica…», pp. 141 y ss; Ruiz Miguel, C., «La Libertad política en…», p. 49.

[6] Parliament of Canada (2006): *How can information technology transform the way Parliament works?,* PRB 00-28E, Revised 2, October 2006, p. 13.

las reglas jurídicas que operan como instrumento de mediación entre las preferencias del conjunto de los ciudadanos, expresadas mediante el sufragio y el sistema orgánico de poder institucionalizado del Estado, que ha de estructurarse conforme a esas opciones políticas**.**

Fernández Miranda (1997, p. 33) considera que la noción de sistema electoral alude a un mecanismo técnico de reducción de la complejidad que hace operativa la representación permitiendo la selección de los representantes a partir de la manifestación de voluntad de los representados.

Este mecanismo no es sólo declarativo de la voluntad política preexistente sino que realiza una función auténticamente constitutiva de dicha voluntad política. La única voluntad de la sociedad es la que se constituye políticamente a través del sistema electoral y, entonces, ya no es voluntad social sino política. En este contexto, el régimen electoral no ha sido sometido a críticas excesivas y resulta destacable por su casi absoluta transparencia y consiguiente capacidad de generar confianza. Ello se debe, en buena parte, al esquema de composición de las Mesas electorales que asegura la participación eminente de la sociedad en todo el proceso como garantía democrática de las operaciones electorales. No obstante, podría verse efectivamente mejorado con las nuevas tecnologías de eficaz y poderoso aliado (Sánchez Navarro 2005, p. 86).

Como señala la doctrina, la mecánica de la votación cumple una función instrumental respecto del acto soberano de expresión del voto por los electores, que constituye la fase intermedia del proceso electoral que se inicia con la convocatoria de las elecciones y concluye con el escrutinio y la proclamación de electos[7].

La determinación de los instrumentos materiales de votación es, apunta Galvez (2009, p. 259), una de las decisiones más relevantes que ha de tomar el legislador a la hora de regular la organización de las elecciones por la trascendencia política de la cuestión que afecta a la propia credibilidad del sistema.

3.1. Las nuevas formas de expresión material del voto: el voto electrónico

Apunta la doctrina que, para la clasificación de las formas de expresión material del voto por el elector debe acudirse a Mackenzie (1962, p. 146) que distingue elección de urna, marcado de papeleta, elección de papeleta y votación por sistema automático o de registro automático del voto en una máquina accionada por el elector (voto electrónico).

Esta última forma de expresión material del voto es la que interesa a los efectos de este estudio. Para el Consejo de Estado el voto electrónico es

[7] Arnaldo Alcubilla, E., «El voto electrónico…», pp. 159 y ss.; Cano Bueso, J., «En torno a las transformaciones de la…», p. 809.

«aquel que se ejercita por medio de procedimientos electrónicos. En función de cuáles sean estos procedimientos se perfilan distintas modalidades de voto electrónico» [8].

De este modo, como señala Reniu (2008, p. 33) es necesario resolver el malentendido que identifica el voto electrónico con Internet ya que también puede tener su configuración local mediante el desarrollo de urnas electrónicas, así como también las tecnologías de reconocimiento óptico de caracteres (OCR).

Considera Barrat (2009, p. 10) que el voto electrónico es una innovación que reformula bastantes principios del derecho electoral y, partiendo de la variedad de posibles perspectivas, ha destacado la correspondiente a los mecanismos de observación del proceso electoral.

Técnicamente, el voto electrónico debe catalogarse como servicio de transacción si entendemos que, en el marco de las nuevas tecnologías, lo que se conceptúa que los servicios transaccionales son aquellos servicios en los que el usuario debe ser identificado de forma satisfactoria, cuyo grado varía en función del servicio, y éste, además, realiza una acción que tiene plena validez a efectos administrativos [9].

En cuanto a su configuración en nuestro Ordenamiento, el voto electrónico está ya regulado para las Juntas Generales de accionistas de empresas que cotizan en bolsa, incluyendo mecanismos sancionarios si se incumplen obligaciones informativas, y existe de facto para las asociaciones en algunos de los Estados miembros de la UE [10].

Apunta el Consejo de Estado (2009, p. 325) en su informe sobre la modificación del Régimen Electoral General que la introducción del denominado voto electrónico ha figurado entre las propuestas contenidas en algunos programas electorales y parece necesaria una reflexión sobre la posibilidad de su incorporación al procedimiento de votación previsto en la LOREG.

3.2. Modelos y experiencias de voto electrónico

En el informe del Parlamento Europeo de 2003 se describen dos modelos de voto electrónico. El primero de ellos, no se separa claramente de las prácticas electorales existentes, puesto que consiste en la sustitución

---

[8] Señala en nota a pie de página el Consejo de Estado que *«…no se incluyen los sistemas mecánicos (mediante máquinas de palanca mecánica), que hoy son considerados tecnología obsoleta y cuyo uso se ha ido extinguiendo gradualmente. Utilizadas por vez primera en los Estados Unidos en una elección en Lockport, Nueva York, en 1892, para la década de 1960 eran usadas por más de la mitad de los electores en ese país; sin embargo, en las elecciones presidenciales de 1996 solo fueron utilizadas por el 20,7% de los electores. Tampoco se incluye el denominado e-counting o recuento electrónico (utilizado en las elecciones de Londres del pasado mayo); es decir, la posibilidad de realizar un voto convencional e informatizar el recuento».*

[9] Comunicación de la Comisión Europea ya citada: «La información del sector público: un recurso clave para Europa. Libro verde sobre la información del sector público». COM(1998) 585

[10] Entre otros, véase: COTINO HUESO, L.: «Retos jurídicos y carencias normativas de la democracia y…», p. 91; GONIÉ, J., «Le vote électronique…», pp. 1525-1528; FALQUE-PIERROTIN, I., «L'expérience du … », pp. 349-358.

de la papeleta en papel del voto por un voto que se realiza en una máquina que transmite los votos vía Internet a la Administración Electoral correspondiente. En el segundo de los modelos, la posibilidad que se ofrece es la de votar desde cualquier terminal u ordenador conectado por Internet con la Administración electoral para registrar el sentido de la votación. Ambos modelos pueden ser utilizados para referéndums o elecciones legislativas [11].

En el Informe del Consejo de Estado de 2009 se reconoce que las modalidades de voto electrónico más frecuentes hoy en día son la votación mediante urna electrónica y el voto por Internet [12]. Así, el Consejo de Estado describe que los sistemas de urna electrónica son sistemas de votación parecidos a los actuales pues requieren que el elector se desplace al colegio electoral. Una vez allí, sin embargo, la votación se realiza directamente en una máquina que, por lo general, está dotada de pantalla táctil y con funciones adaptadas para personas mayores o con determinadas discapacidades (aunque también pueden emplearse las tarjetas con banda magnética de votación que serán después leídas en las urnas electrónicas). El voto se realiza directamente en la urna y se contabiliza sobre la marcha, aunque algunos sistemas, como el belga y el de algún estado norteamericano, imprimen una papeleta de control que se deposita en una urna para garantizar que los resultados sean correctos.

El Consejo de Estado recuerda que el voto por Internet permite un ejercicio no presencial o «remoto» del voto que conlleva unos requisitos de seguridad extraordinarios por necesitar un ordenador conectado a la red a través de una conexión cifrada y segura; encriptar la información para que sólo pueda ser descifrada por el emisor y el receptor; proteger los sitios para que los usuarios no autorizados no puedan modificar la información; y evitar que terceros puedan acceder o conocer la información que está siendo transmitida. Para el Consejo es fundamental *«…que no se puedan relacionar los votos emitidos con los votantes; que cada votante pueda emitir un solo voto; que el resultado de la votación sea correcto; y que no se puedan emitir resultados parciales que puedan condicionar el resultado de la votación»*.

Otra dificultad de este sistema, señala el Consejo de Estado, (y, en general, de la mayoría de los sistemas de votación electrónica) radica en la verificación de la identidad del votante, pues no hay forma de comprobar que

---

[11] European Parliament (2003): Working Paper «Evaluation of...», pp. 36 y ss.

[12] Para el Consejo de Estado (2009, p. 325) resulta: *«…más interesante resulta la clasificación que atiende no sólo al dispositivo utilizado, sino también a la forma en que se almacenan los votos y se realiza, si fuera necesaria, su transmisión:*

- *Mediante pantalla táctil con almacenamiento de los datos en un repositorio en el mismo colegio electoral y custodiado por la mesa electoral. Cerrado el colegio, la mesa electoral elabora el acta con los resultados almacenados en el repositorio y lo traslada a la junta o comisión electoral de distrito.*
- *Mediante pantalla táctil y traslado de los resultados vía Internet a uno o varios centros de proceso.*
- *Mediante urna electrónica con lectura del voto por sistema electro-óptico. La urna almacena los datos en un repositorio custodiado por la mesa electoral. Al cierre se elabora el acta con los datos almacenados en el repositorio, que posteriormente se traslada a la junta de distrito. La propia urna puede generar el acta y mandarla imprimir para la firma de los distintos interventores. Mediante urna electrónica con lectura del voto por sistema electro-óptico y traslado de los resultados vía Internet a uno o varios centros de proceso.*
- *De manera ubicua o remota desde el hogar o cualquier otro dispositivo vía Internet».*

realmente la persona que se sienta al ordenador sea la que tiene el derecho a votar. Para ello, cada votante ha de tener unas señas de identidad electorales que salvaguarden, con carácter secreto, la identificación del contenido de su voto y sus datos personales. A tal efecto, existen distintas clases de sistemas de identificación: tarjetas de identidad; números de identificación personal (PIN); sistemas de bio-identificación (visual o electrónica: huellas dactilares, imágenes de retina); fotografías digitalizadas; códigos de barra; contraseñas; y firma electrónica.

En nuestro ámbito, la doctrina daba cuenta con anterioridad de otras experiencias de voto electrónico en otros Estados como Estonia, Irlanda, Bélgica, Francia y Holanda [13], todas recogidas en el Informe del Consejo de Estado sobre la modificación del Régimen Electoral General que afirma que el Derecho comparado evidencia que se trata de un mecanismo que genera dudas e interrogantes acerca de la conveniencia de su implantación (Consejo de Estado 2009, p. 327).

De igual modo, en su Informe de 2009, el Consejo de Estado (p. 337 y ss.) refiere una serie de experimentos con votaciones electrónicas en diversas zonas del territorio nacional y en elecciones autonómicas como las realizadas en las elecciones generales del 14 de marzo de 2004; las del referéndum sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa del 20 de febrero de 2005; las de las elecciones de 1995 y del 16 de noviembre de 2003 al Parlamento de Cataluña; las de las elecciones al Parlamento de Galicia del 19 de octubre de 1997; y las de las elecciones a las Cortes Valencianas en junio de 1999; en las Islas Baleares, en las elecciones autonómicas de mayo de 2003; y la del 14 de marzo de 2004 en el Ayuntamiento de Jun, cuando coincidieron las elecciones generales y las elecciones al Parlamento andaluz.

De todas estas experiencias, interesa describir, como hace el Informe del Parlamento Europeo de 2003, la desarrollada en la Comunidad Valenciana respecto al voto electrónico, en el marco del programa «moderniza.com», mediante el proyecto «Infovot» de la Fundación Oficina Valenciana para la Sociedad de la Información (OVSI) que desarrollaba un sistema de voto y recuento basado en las nuevas tecnologías para las elecciones de 1999.

En concreto dicho proyecto articulaba, por una parte, la puesta en práctica del voto a través de la urna/máquina de votación electrónica, que lee y contabiliza las papeletas de papel que se introducen en la urna a través de un lector de infrarrojos. La urna, cuando el Presidente de la Mesa daba por concluida la jornada electoral, emitía un documento impreso con los resultados y lo enviaba vía «sms» a la central de datos de resultados provisionales. Los resultados podían ser revisados manualmente a instancias de cualquiera de los interventores presentes.

---

[13] Entre otros, véase: ARNALDO ALCUBILLA, E., «La votación por…», y con D'AMBROSIO i GOMÁRIZ, A., «El voto electrónico…», 1998, pp. 164 y ss; CANO BUESO, J., «En torno a las transformaciones…», p. 807; COTINO HUESO, L., «Retos jurídicos y…», pp. 94 y 109; GONIÉ, J., «Le vote électronique…», p. 1527; FALQUE-PIERROTIN, I., «L'expérience du forum des…», p. 352; GÁLVEZ MUÑOZ, L.A., «Aproximación…», p. 261; LAVER, M., «Analysing structures of…», pp. 521-541.

Por otra parte, en el marco del proyecto Infovot, se realizó un estudio sobre la introducción del voto por Internet para todos los ciudadanos y ciudadanas con derecho a voto en las elecciones al Parlamento autonómico y el coste económico de dicha opción. Si el procedimiento del voto habitual se inicia mediante la identificación del votante con su DNI, la comprobación por la Administración electoral de su inclusión en el censo electoral, y la introducción en la urna del mismo, en el voto por internet se comprobaría, además de la inscripción en el censo, el hecho de que no hubiera votado ya por Internet. En cuanto al recuento, se produciría de una manera más rápida y exento errores [14].

3.3. Las precauciones ante el voto electrónico

Con carácter general, se afirma que la precaución actúa, en una dimensión positiva, como un motor de búsqueda de certidumbres respecto a los riesgos y, en una dimensión negativa, consiste en legitimar determinadas prevenciones en virtud de los riesgos evaluados. En cierta manera, se puede calificar que el Consejo de Estado (2009, p. 326) ha informado de manera precavida al respecto del voto electrónico, tras analizar los aspectos positivos y negativos de su desarrollo, al considerar que se trata de un proyecto de Estado.

En relación con los riesgos asociados a la aplicación de las nuevas técnicas de voto hemos señalado, entre otros, el incorrecto entendimiento de la democracia directa o de la identidad que trate de anular la lógica de la democracia representativa. Junto a ello, cabe mencionar el riesgo en la salvaguarda del secreto, la confidencialidad y la universalidad del derecho de sufragio activo; la conversión del sufragio en capacitarlo mediante la expulsión de los ciudadanos que se muestran reticentes a la utilización de la nueva tecnología; el control de las operaciones electorales que pasa de ser jurídico y democrático para convertirse en invisible y tecnocrático; la cuestión de los votos nulos y los recursos electorales; la seguridad del sistema y los eventuales sabotajes, etc. [15].

Algunos de estos riesgos se corresponden con malentendidos, tal y como ha señalado Reniu (2008, pp. 33 y ss.), ya que el voto electrónico no se corresponde sólo con entornos no controlados porque puede aprovechar entornos controlados como son los colegios electorales; no es sólo para las elecciones políticas porque puede emplearse para todo tipo de consultas a la ciudadanía; tampoco es sólo para aquellos Estados desarrollados que puedan articularlo porque las experiencias de voto electrónico se han dado en un diverso y variopinto conjunto de Estados. No obstante, son dudas que persisten en torno a la conveniencia político-electoral y los efectos

---

[14] Dicho proyecto y su ejecución puede ser consultado en http://www.ovsi.com y es reseñado en EUROPEAN PARLIAMENT (2003): Working Paper «Evaluation of...», pp. 37 y 67.

[15] Entre otros, véase: CANO BUESO, J., «En torno a las transformaciones de…», p. 809; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., «La aprehensión jurídica de la…», p. 133.

del optimismo tecnológico, la efectiva reducción de costes económicos, el eventual incremento de la participación y la desaparición de los votos nulos y, por último, la seguridad y garantías del sufragio.

Respecto a las opciones técnicas, Presno (2006, p. 168) se manifiesta crítico al considerar que todavía no se ha alcanzado en el momento presente un desarrollo suficiente del software ni de los métodos de criptografía con lo que nos encontramos ante un conjunto de insuficiencias que desaconsejan la implantación del voto electrónico por lo que puede suponer de deslegitimación del sistema. Entre otros ejemplos, se cita lo ocurrido en las elecciones presidenciales del 2000 en EEUU en el Estado de Florida a resultas del sistema mecánico de votación de las papeletas «mariposa», que el Tribunal Supremo de los EEUU resolvió de manera discutida.

Como apunta Barrat (2009, p. 4) el Tribunal Constitucional alemán ha resaltado, entre las dificultades para aceptar el mecanismo del voto electrónico, las deficiencias en la función de control del proceso electoral por la ciudadanía (BverfG, 2BvC 3/07, de 3 de marzo de 2009). Para este Tribunal, la ausencia de visualización y comprensión del proceso electoral basado en el voto electrónico por la ciudadanía no se compensa por cautelas técnicas suplementarias de certificación y auditoría previa. La cuestión no es que el proceso sea controlable sino comprensible para los actores electorales, no constituyendo argumentos de peso suficientes ni la disminución de los errores involuntarios del elector, ni la rapidez en la publicación de los resultados.

Apunta Barrat (2009, p.6) que el voto electrónico no termina de garantizar la confianza en el sistema de la ciudadanía porque no permite alcanzar una comprensión universal del sistema que, debido a su complejidad técnica, sólo será entendido por un núcleo reducido de especialistas. Por eso, el voto electrónico sería compatible con los principios electorales de cualquier democracia, subraya Barrat, siempre y cuando las medidas garantistas generen suficiente confianza ciudadana.

En relación con las garantías exigibles con la implantación del voto electrónico, destaca también García Soriano (2007, p. 319) la importancia de la comprensión del sistema y de la formación específica de los integrantes de la propia Administración electoral en sentido amplio.

Aunque enfocada al ámbito local, se pueden aplicar al voto a distancia los principios recogidos en la Recomendación del (2004) 11 Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre los estándares jurídicos, operativos y técnicos del voto electrónico. En dicho documento se recogen una serie de garantías ineludibles y unas reglas de procedimiento respecto del voto universal, igual, secreto y libre.

Entre otras herramientas, las técnicas nuevas en la emisión del sufragio pueden servir para mejorar la calidad democrática de nuestros sistemas políticos [16]. Por eso, entre las ventajas asociadas a este sistema de voto electró-

[16] En este apartado se aborda específicamente la cuestión del voto electrónico, sin perjuicio de mencionar la existencia de otras articulaciones técnicas del principio de participación, como son las

nico relacionan la sencillez para el elector de la forma de votación a través de tarjeta con banda magnética, la autenticidad del voto al garantizarse un voto privado y personal, la exactitud y rapidez de la información del escrutinio al ser electrónico y la menor carga de trabajo del personal encargado de ello, la confidencialidad, etc. (Cano Hueso 2000, p. 74**).** De igual modo, en el caso de las democracias de la antigua Europa, puede ser considerado un medio para reactivar el interés de los ciudadanos por el sistema y aumentar la participación electoral (Remenyi 2007, p. 94.).

Un sector de la doctrina aboga por la introducción en nuestro sistema electoral sobre la base de una serie de razonamientos. Por ejemplo, para Reniu (2008, p. 35) los motivos que justifican la introducción del voto electrónico son el desarrollo tecnológico, la profundización en los mecanismos de democracia participativa, la obtención de mayor legitimidad democrática y la reducción de la complejidad del sistema electoral.

En todo caso, el voto electrónico constituye un instrumento que las TICs ponen a disposición de los sistemas electorales de las sociedades democráticas para, en el contexto de los planteamientos del buen gobierno, lograr una mayor participación de los ciudadanos (Guillem Carrau 2008, p. 74).

Presno (2009) considera que para la introducción legislativa del voto electrónico deben describirse una serie de premisas tecnológicas y sociopolíticas que no pueden desligarse de las relacionadas con el respeto de las dimensiones subjetivas y objetivas del derecho de voto (sufragio universal, libre, secreto e igual) y la forma legal necesaria para regular las condiciones de ejercicio de un derecho fundamental.

En este caso, se comparte la opinión expresada por la doctrina sobre los procesos electorales y que consiste en afirmar que éstos no pueden quedar al margen de los avances tecnológicos en el ámbito de los sistemas de información y comunicación pero admitiendo que, en ningún caso, parecen una alternativa válida ni viable al régimen representativo propio de las democracias contemporáneas [17].

---

consultas y las peticiones electrónicas. En cuanto a la consulta electrónica, ésta consiste en la utilización de Internet para diseminar entre el público, los expertos y los grupos de interés una cuestión determinada e invitarles a responder a la misma con el fin principal de que participen en el proceso de toma de decisión. Esta E-consulta puede adoptar una variedad de formatos técnicos como son los fórums, chats, envíos de correos electrónicos, etc., y se centran en cuanto a su contenido en cuestiones relacionadas con la planificación urbanística, programación de futuro, debates municipales, etc. En estas E-consultas, el bajo nivel de participación con carácter general se justifica en la percepción por los ciudadanos y ciudadanas de que su participación en las mismas no tendrá impacto alguno en la decisión final que se adopte. Respecto a la petición electrónica, este instrumento utiliza Internet para permitir a los ciudadanos y ciudadanas iniciar la petición sobre un tema de carácter público, invitando a otros ciudadanos para la firma y apoyo final de la petición. Entre otros, véase: EUROPEAN PARLIAMENT (2003): Working Paper «Evaluation of...» pp. 34 y ss.; PRESNO, M. A., «El voto electrónico y el mito de…», pp. 149 y ss.; REMENYI, D. y WILSON, D., «e-Democracy: an "e"…», pp. 91-92.

[17] Entre otros, véase: ARNALDO ALCUBILLA, E., «La votación por sistema…», p. 96.; GÁLVEZ MUÑOZ, L. A., «Aproximación…», p. 262; PAU I VALL, F. y SÁNCHEZ I PICANYOL, J., «Democracia y Nuevas…», pp. 425 y ss.; REMENYI, D. y WILSON, D., «e-Democracy: an "e"…», pp. 89 y ss.; SÁNCHEZ NAVARRO, A. J., «Sistema electoral y…», p. 84.

En todo caso, como señala la doctrina, la implantación del voto electrónico en los colegios electorales, como procedimiento ordinario de votación, es cuestión de tiempo (Gálvez 2009, p. 262).

3.4. La introducción del voto electrónico en el régimen electoral general o en la legislación autonómica

Los nuevos entornos normativos relacionados con las TICs, como la Ley de Administración Electrónica [18], la Ley de Firma Electrónica [19] y la Ley de Protección de Datos [20], plantean una serie de responsabilidades a las Administraciones Públicas en aras de la mejora de las actuaciones y los procesos administrativos que deberían ser extensibles a la actuación de las Administraciones en el ámbito electoral, pero ninguna de estas disposiciones ha abordado la cuestión del voto electrónico.

En todo caso, para poder llevar a la práctica las propuestas técnicas relativas al voto electrónico, como las planteadas en los diversos proyectos pilotos citados anteriormente, se plantea por un sector de la doctrina la reforma del régimen electoral general o de la legislación electoral autonómica en algunos de sus aspectos.

Ni la LOREG ni la legislación electoral autonómica contempla el voto electrónico, salvo el caso de la Ley 5/1990, de 15 de junio, de elecciones al Parlamento vasco, tras la reforma operada por la Ley vasca 15/1998, de 19 de junio [21], aunque sus disposiciones no han sido puestas en práctica [22].

Así, entre otros, se propone que la LOREG debería ser modificada en lo relativo al recuento de los votos (arts. 95.4 y 103), los votos nulos (art. 96) y los contenidos de las papeletas de voto (art. 172). No obstante, de cara a incorporar soluciones técnicas más eficaces se pone de manifiesto la posibilidad de aplicar las nuevas tecnologías para la cuestión de la exposición de

---

[18] Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos [Ley 11/2007, de 22 junio (RCL 2007, 1222, 1293)].

[19] Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de la Firma Electrónica, BOE n.º 304, de 20 de diciembre.

[20] Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de carácter personal, BOE n.º 298, de 14 de diciembre.

[21] Los artículos 132 *bis* a 132 *septies* de dicha ley se refieren a las siguientes cuestiones: los elementos que configuran el voto electrónico (tarjeta con banda magnética de votación; urna electrónica; pantalla de votar; cabina electoral y software o programa informático electoral 87), las facultades garantistas de las Juntas Electorales, el denominado software electoral para la limpieza y transparencia del proceso, los medios materiales (de los que deben disponer las respectivas mesas) y, por último, la sucesión de operaciones necesarias para el ejercicio del voto electrónico y su posterior recuento, electrónico.

[22] La Disposición Adicional primera señala que para las elecciones al Parlamento vasco de 1998 no entraba aún en vigor este Capítulo de voto electrónico, utilizándose el sistema tradicional de papeleta. Para próximas elecciones en años posteriores, podrá el Parlamento, previa propuesta del Gobierno, determinar en qué circunscripciones, secciones o municipios se hará uso del procedimiento de voto electrónico, decidiendo también la compatibilidad del voto electrónico con el voto por papeleta y todo lo relativo a la progresiva implantación de aquél.

listas del censo y la emisión de las certificaciones censales específicas, para el mecanismo del voto por correo, la difusión de los sondeos electorales [23].

En todo caso, como recoge el Consejo de Estado (2009, pp. 341 y ss.), el desarrollo de los sistemas de voto electrónico, al igual que todo desarrollo tecnológico, lleva aparejado un necesario respeto a los principios básicos del sistema democrático y del voto (igual, personal y secreto) y a los principios de seguridad, transparencia y autenticidad. En idéntico sentido, se impone también una reflexión en torno a los costes y la dimensión económica asociada a los desarrollos tecnológicos.

La doctrina apunta que, sea cual sea la opción técnica, lo relevante es que sea mínimamente precisa, puesto que se trata de modificar unas reglas de funcionamiento dotadas de un alto grado de pormenorización, y clara y perfectamente inteligible para cualquier ciudadano. Por ahora la complejidad técnica de las soluciones planteadas las hace, a nuestro parecer, intelectualmente muy poco accesibles (Sánchez Navarro 2005, p. 92).

En esta línea, se encuentra la tercera vía que destaca Barrat (2009, p.10) al describir la postura del Tribunal Constitucional alemán, que proclama la necesidad de que el elector pueda comprender, sin conocimientos específicos, el sentido de las acciones que se están llevando a cabo. En este contexto, se afirma que la comprensión del sistema no necesariamente se predique de todas y cada una de las etapas electorales sino que se pueda racionalmente deducir de un análisis de conjunto.

Para Reniu (2008, p. 43) el voto electrónico, en cualquiera de sus modalidades, no es en ningún caso una panacea política pero puede ser una excelente herramienta complementaria para la mejora estructural de los procesos electorales y, así, su implementación debería ser gradual, centrándose inicialmente en aquellos colectivos sociales con mayores dificultades para hacer efectivo su derecho de sufragio. Presno (2009) identifica, entre estos colectivos, a aquellos grupos de personas excluidas o poco protegidas por los sistemas tradicionales de votación (ciegos, residentes en el exterior, personal embarcado…).

Gálvez (2009, p. 258) identificaba un espléndido futuro en orden a articular el voto de los españoles en el exterior, dadas las dificultades que entraña el voto por correo y el voto tradicional en urna y en sus recomendaciones básicas para su implantación destaca el respeto a la confianza previa de los ciudadanos en el sistema; la integración de la modalidad de expresión del voto de forma armónica en el conjunto del sistema de votación; la elección de un sistema de voto electrónico lo más parecido posible al actual; la salvaguarda del secreto y resto de condiciones básicas de ejercicio del derecho de voto.

Tras las recientes reformas estatutarias, la doctrina académica se ha empleado en la definición de las capacidades legislativas en materia electoral

---

[23] Cotino Hueso, L., «Retos jurídicos y carencias normativas de la democracia y…», p. 98; European Parliament (2003): Working Paper «Evaluation of...», p. 76; Sánchez Navarro, A. J., «Sistema electoral y nuevas tecnologías: oportunidades y riesgos…», p. 97 y ss.

de las Comunidades Autónomas. Entre otros aspectos y en relación con la cuestión del voto electrónico, Gálvez (2009, p. 266) considera que hay margen en la modalidad de voto para legislar el voto sin sobre, como ocurre en Italia, y el voto electrónico presencial pese a que la Resolución 22.5.2007 de la JEC afirmó que no hay habilitación legal y la Resolución 7.5.2003 que no tiene ninguna validez jurídica, calificándolo de mera prueba.

Esta opinión favorable a la capacidad del legislador autonómico para regular el voto electrónico en su ámbito de competencias como una modalidad de voto más es compartida por Presno Linera (2009) y Álvarez Conde (2009, p. 483). Singularmente, Presno Linera afirma que la reserva legislativa y la atribución competencial le permite al legislador autonómico regular las condiciones de modo, tiempo y forma de ejercicio del derecho fundamental y, en materia de sufragio, una de los formas de ejercicio es el voto electrónico, por lo que las leyes electorales autonómicas pueden incorporarlo a los comicios a las respectivas Asambleas legislativas y esto es lo que hizo el Parlamento vasco con la Ley 15/1998, de 19 de junio. En el tema electoral, confluyen un conjunto de factores más amplio que han fosilizado en la práctica las leyes electorales autonómicas allá donde existen.

Por último, cabe preguntarse si la sombra de los planteamientos sobre la confianza en el sistema expuestos por el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 2009, anteriormente citada, ha planeado sobre los trabajos nuestro legislador. Es de significar que, en 2010, la Subcomisión sobre las posibles modificaciones del Régimen Electoral General del Congreso de los Diputados terminaba su Informe sin proponer cambio alguno respecto a la cuestión que nos ocupa, ni siquiera para articular el voto de los españoles en el exterior[24].

En definitiva, el Consejo de Estado plantea, en este contexto, tres decisiones capitales para el legislador que son la opción misma del voto electrónico, la decisión sobre una modalidad concreta de votación electrónica y la puesta en marcha del proyecto como Proyecto de Estado (Consejo de Estado 2009, p. 349) que pueden servir de base a los eventuales planteamientos, a escala autonómica, sobre el voto electrónico.

IV. CONCLUSIONES

Es evidente que las técnicas nuevas en la emisión del sufragio pueden servir para mejorar la calidad democrática de nuestros sistemas políticos. Toda estrategia relacionada con la participación ciudadana, pese a los esfuerzos de planificación y de preparación, presenta desafíos que no sólo el empleo de las TICs son capaces de resolver porque se convierten en espadas de doble filo. Como la mayoría de los asuntos relacionados con el princi-

[24] Acuerdo de la Comisión Constitucional, relativo al Informe de la Subcomisión sobre las posibles modificaciones del Régimen Electoral General, aprobado en su sesión del pasado día 30 de junio de 2010 (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, General, 4.8.2010, n.º 438).

pio de transparencia, el desarrollo del voto electrónico exige, por un lado, opciones políticas reales y estrategias de implementación firmes, diseñadas para maximizar beneficios y minimizar los resultados negativos. Por otro, conlleva una concepción de la ciudadanía formada y confiada en la fiabilidad de la nueva modalidad de voto.

Es evidente que el voto electrónico no queda circunscrito al proceso electoral y que esta nueva realidad participativa supone la búsqueda de nuevas comunicaciones entre representantes y representados que tiene necesariamente que reportar, al extender la participación, la ampliación y enriquecimiento del debate político y aumentar la participación de los electores.

Este último objetivo, el fomento de la participación, puede ser el fundamento principal del planteamiento del voto electrónico en las sociedades democráticas avanzadas. Es notorio que ni las reflexiones del Consejo de Estado en su Informe de 2009 ni los resultados de los proyectos piloto de voto electrónico realizados hasta la fecha han sido suficientemente significativos para que el legislador estatal aborde la cuestión del voto electrónico ya que los trabajos de la Subcomisión del Congreso encargada de identificar las posibles modificaciones del régimen electoral general no incoporan mención alguna a la introducción del voto electrónico en nuestro régimen electoral general. Quizás, aunque no se deduce de los diarios de sesiones del Congreso, la razón de esta ausencia destacada sea una lectura ajustada de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional alemán en relación con la inconstitucionalidad del voto electrónico.

En el ámbito autonómico, la legislación del Parlamento vasco continúa pendiente de ejecución y, hasta el momento, no hay otro ejemplo similar pese a que la doctrina académica ha sostenido la competencia de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas para legislar sobre el voto electrónico como una modalidad de voto siempre que se respeten las condiciones esenciales de ejercicio del derecho de sufragio. En estos temas, confluyen un conjunto de factores más amplio que han fosilizado en la práctica las leyes electorales autonómicas allá donde existen.

En todo caso, los procesos electorales no pueden quedar al margen de la evolución tecnológica y, como señala la doctrina, la implantación del voto electrónico en los colegios electorales, como procedimiento ordinario de votación, es cuestión de tiempo.

V. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CONDE, E., «Las reformas estatutarias y los sistemas electorales autonómicos» en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 60/61, pp. 5-31 (2009).

«Las reformas estatutarias y los sistemas electorales autonómicos» en *Revista de Derecho Público,* UNED, núm. 75-76, mayo diciembre, pp. 457- 485.

Curso de Derecho Constitucional, Volumen I, 3.ª ed. Tecnos, 1999.

ARÉVALO GUTIÉRREZ, A., «Fuentes del derecho electoral: Constitución Española, Ley Orgánica de Régimen Electoral General, Estatutos de Autonomía, Leyes Autonómicas, otras normas de desarrollo, doctrina de la Junta Electoral Central y Jurisprudencia Constitucional», en *Estado Democrático y elecciones libres: Cuestiones fundamentales de derecho electoral*, Civitas, Thomson- Reuters, Asamblea de Madrid, pp. 205-230 (2010).

«La configuración estructural de los Grupos parlamentarios a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en el monográfico sobre «Los Grupos Parlamentarios de Asamblea». *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid,* junio 2007, pp. 463-500.

ARNALDO ALCUBILLA, E., «La votación por sistema electrónico», en II Jornadas Parlamentarias de la Asamblea de Madrid «Parlamento y Nuevas Tecnologías», Madrid (2001).

CONY D'AMBROSIO I GOMÁRIZ, A., «El voto electrónico: algunas experiencias recientes», en *Cuadernos de Derecho Público,* núm. 4, mayo-agosto 1998, pp. 159 y ss. (1998).

AUSTRALIAN GOVERNMENT Information Management Office: *EGovernment Benefits Study* (2006) y *e-Government Strategy: Responsive Government: A New Service Agenda*, disponibles en http://www.agimo.gov.au/publications/2007 (2003).

BARRAT ESTEVE, J., «Observación electoral y voto electrónico», en *Revista Catalana de Dret Públic,* núm. 39 (2009).

BELLAMY, C. y TAYLOR, J., *Governing the information age,* Open University Press (1998).

CANO BUESO, J., «En torno a las transformaciones de la representación política», en *La Democracia constitucional. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente,* Congreso de los Diputados, Madrid, 2002, pp. 803 y ss. (2002).

«Democracia y tecnocracia: a propósito del voto electrónico», en *Asamblea.* Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 3, junio 2000, pp. 63-81 (2000).

CASTELLS, M., *La era de la información. La sociedad red*, vol. 1, Alianza Editorial, 2.ª ed., Madrid (1996).

COMISIÓN EUROPEA: *La información del sector público: un recurso clave para Europa. Libro verde sobre la información del sector público,* COM(1998) 585.

CONSEJO DE ESTADO: Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general, disponible en http://www.consejo-estado.es (2009).

COTINO HUESO, L., «Retos jurídicos y carencias normativas de la democracia y la participación electrónicas», en *Revista catalana de Dret Públic*, núm. 35, pp. 75-120 (2007).

Presentación en COTINO HUESO, L. (coord.): *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información,* Tirant lo Blanch, pp.19-40 (2007).

«El voto electrónico o la casa por el tejado. La necesidad de construir la democracia y la participación electrónicas por los cimientos», en COTI-

NO HUESO, L. (coord.): *Libertad, democracia y gobierno electrónicos,* Editorial Comares, p. 178 (2006).

«De qué hablamos cuando hablamos de democracia y participación electrónicas», en PLAZA PENADÉS, J. (coord.): *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs),* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 46 y ss. (2006).

EPRI: Parliamentarians & ITCs: Awarness, understanding and activity levels of European Parliamentarians, EPRI Knowledge, IST for Parliamentarians, nr. 511694 (2005).

EUROPEAN PARLIAMENT, Working Paper «Evaluation of the use of new technologies in order to facilitate democracy in Europe», STOA 116 EN, *Scientific and Technological Assessment Series,* Directorate-General for Research (2003).

FALCONER, P., SMITH, C., y WEBSTER, W. R. C. (2001): *Managing Parliaments in the 21st Century*, EGPA Yearbook, Ámsterdam (Netherlands): IOS Press, International Institute of Administrative Sciences Monographs, Volume 16.

FALQUE-PIERROTIN, I., «L'expérience du forum des droits sur l'internet», en *Revue française d'administration publique,* núm. 110, pp. 349-358 (2004).

FERNÁNDEZ MIRANDA, C. y A.: *Sistemas electorales y gobierno representativo*, Ariel, Barcelona (1997).

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., «La aprehensión jurídica de la democracia y el gobierno electrónicos» en COTINO HUESO, L. (coord.), *Libertad, democracia y gobierno electrónicos,* Editorial Comares (2006).

GÁLVEZ MUÑOZ, L. A., «Aproximación al voto electrónico presencial: estado de la cuestión y recomendaciones para su implantación», en *Teoría y Realidad Constitucional,* vol. 23, pp. 257-270 (2009).

GARCÍA SORIANO, M.ª V., «Una reconsideración de las garantías electorales ante las nuevas modalidades de voto electrónico», en LORENZO COTINO (coord.), *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías,* Granada, Comares, pp. 319-339 (2007).

GONIÉ, J., «Le vote électronique: simple Gadget ou nouvelle modalité de vote?», *Revue du Droit Publique,* núm. 6, pp. 1525-1528 (2003).

GUIDDENS, A., *The consequences of modernity,* Cambridge, Polity Press (1991).

GUILLEM CARRAU, J., «La necesaria reformulación de buen gobierno», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, pp. 83-96 (2009).

«Apuntes y consideraciones jurídicas sobre los retos tecnológicos de los Parlamentos», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías,* núm. 18, pp. 57-81 (2008).

HOFF, J., COLEMAN, S., FILZMAIER, P. y CARDOSO, G., *Democratic Governance and New Technology: Technologically Mediated Innovations in Political Practice in Western Union,* Routledge (2000).

LAVER, M., «Analysing structures of party preferente in Electronic voting data», en *Party Politics,* vol. 10, núm. 5, pp. 521-541.

MACKEZIE, W. J. M., *Elecciones libres*, Tecnos, Madrid, pp. 146-150 (1962).

MILLARD, J., «Las TICs y la gobernación», *The IPTS Report,* núm. 85, julio, disponible en www.jrc.es/home/report/spanish/articles/vol85/ICT3S856.htm (2004).

OCDE, *The E-Government imperative,* disponible en http://webdomino1.oecd.org/COMNET/PUM/egovproweb.nsf/viewHtml/index/$FILE/EGovernment%20Imperative%20Final().pdf (2003).

PALOMAR OLMEDA, A., «Un paso más en la aplicación de la tecnología en el procedimiento administrativo: hacia un procedimiento administrativo común de base tecnológica», *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías,* Aranzadi (2003).

PARLIAMENT OF CANADA, *How can information technology transform the way Parliament works?,* PRB 00-28E, Revised 2, October 2006.

PAU I VALL, F. y SÁNCHEZ I PICANYOL, J.: *«Democracia y Nuevas tecnologías»* en PAU I VALL, F. (coord.): *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos,* Aranzadi, Pamplona, pp. 425 y ss. (1999).

PRESNO, M. A., «Premisas para la introducción del voto electrónico», contribución a la *Primera Jornada sobre elecciones y nuevas tecnologías,* celebrada el 29 de octubre de 2009 en el Instituto de Derecho Parlamentario, y coordinada por la profesora Rosa María Fernández Riveira, disponible en http://presnolinera.wordpress.com/category/debates-constitucionales/la-reforma-electoral/ (2009).

«El voto electrónico y el mito de Prometeo», en COTINO HUESO, L. (coord.), *Libertad, democracia y gobierno electrónicos,* Editorial Comares, 2006.

RENIU, J. M.ª, «Ocho dudas razonables sobre la necesidad del voto electrónico» [artículo en línea]. En *La democracia electrónica,* [monográfico en línea]. IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*. núm. 6. UOC, disponible en http://www.uoc.edu/idp/6/dt/esp/reniu.pdf (2008).

REMENYI, D. y WILSON, D., *"e-Democracy: an "e" too far?"* en GRIFFIN, D. y otros: Developments in e-Government, IOS Press, pp. 89-100 (2007).

RUIZ MIGUEL, C., «La Libertad política en la democracia electrónicamente influida», en COTINO HUESO, L. (coord.): *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información,* Tirant lo Blanch, 2007, pp. 41-57 (2007).

SÁNCHEZ NAVARRO, A. J., «Sistema electoral y nuevas tecnologías: oportunidades y riesgos para la legitimación democrática del poder», en *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas,* núm. 1, pp. 84-109 (2005).

SANTOLAYA MACHETTI, P., *Manual de procedimiento electoral,* Madrid, Ministerio de Justicia e Interior (1995).

SARMIENTO, D., «La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, mayo/agosto, pp. 221-266 (2006).

III

NOTAS Y DICTÁMENES

María Burzaco Samper★

La adjudicación de los contratos administrativos: naturaleza de las operaciones implicadas y control judicial

Sumario: RESUMEN.—I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.—2.1. Las previsiones normativas.—2.2. La problemática derivada de determinados criterios de adjudicación.—2.2.1. La experiencia.—2.2.2. Cláusulas de tipo social, particularmente las dirigidas a la protección de colectivos desfavorecidos.—III. OTROS ELEMENTOS POTENCIALMENTE PERTURBADORES DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y LIBRE CONCURRENCIA.—3.1. Prescripciones técnicas y marcas comerciales.—3.2. Valoración de mejoras.—IV. SELECCIÓN DEL CONTRATISTA Y ADJUDICACIÓN.—4.1. Un apunte preliminar sobre la locución «oferta económicamente más ventajosa».—4.2. Sobre la ponderación de los criterios de valoración y las reglas contenidas en el art. 134 LCSP.—4.3. La selección del adjudicatario y la eventual declaración desierta de la licitación.—V. LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS: ¿CARÁCTER REGLADO O DISCRECIONAL?.—VI. SÍNTESIS FINAL.

RESUMEN

La conexión de la adjudicación de los contratos administrativos con el cabal cumplimiento de los principios de la contratación pública explica la creciente preocupación por dotar a aquella de la exigible objetividad, con la consiguiente disminución de la discrecionalidad administrativa. De ello dan fe, sin duda, las incesantes reformas normativas que caracterizan la regulación de los contratos del sector público. Sin embargo, es el análisis de la jurisprudencia el elemento más revelador a la hora de explicar esta evolución y sus matices: no en vano el recorrido por la prolija producción judicial pone de manifiesto la necesidad de deslindar los diversos extremos implicados en el proceso

★ Dra. Profesora Adjunta de Derecho Administrativo ICADE. Universidad Pontificia Comillas.

adjudicador, que van desde la determinación de los criterios de adjudicación hasta el acto de adjudicación propiamente dicho tras la pertinente valoración de las ofertas presentadas a licitación. La distinta naturaleza de tales operaciones presenta una trascendencia práctica de importancia indubitada, puesto que de aquella dependerá el alcance del propio control jurisdiccional.

I. INTRODUCCIÓN

García Gómez de Mercado pone de relieve que *«históricamente la adjudicación de los contratos públicos ha sido la principal preocupación de la normativa relativa a los mismos, y aún lo es en las Directivas comunitarias, únicamente referidas a la adjudicación de los contratos, y no a su contenido y efectos»* [1].

Incuestionablemente la adjudicación y todo lo que ella comporta —singularmente los criterios y procedimientos— constituyen un aspecto central de la contratación administrativa y así lo demuestra el apreciable índice de conflictividad judicial que aquella lleva aparejada [2].

Este tema, en todo caso, dista de ser simple, ya que en el mismo están implicadas operaciones de diverso carácter que determinan un también distinto tipo de actividad administrativa, con las consiguientes diferencias en el alcance del control judicial.

Dicho esto, nuestro estudio se centrará esencialmente en dos aspectos, a saber:

a) La determinación de los criterios de adjudicación por parte del órgano de contratación y los requisitos que aquellos deben cumplir; apartado éste que exigirá un análisis de aquellos criterios que se han revelado problemáticos por su dudosa compatibilidad con los principios generales de la contratación pública.

b) La adjudicación propiamente considerada y las acciones que la misma conlleva, en especial la ponderación de las proposiciones y la clasificación de las mismas como base en la que aquella se soporta. En este sentido debemos advertir que este análisis no se detendrá en aquellas modalidades de contratación cuya adjudicación presenta peculiaridades propias [3].

---

[1] García Gómez de Mercado, Francisco, *Manual de contratación y responsabilidad de la Administración*. Comares, Granada, 2004, p. 302.

[2] Al hablar de conflictos no aludimos únicamente a los suscitados por eventuales licitadores a través de la interposición de los oportunos mecanismos impugnatorios, sino también a las «llamadas de atención» que reciben los Estados por el incumplimiento de la normativa comunitaria en materia de adjudicación de contratos públicos. Sobre los procedimientos de infracción emprendidos contra los Estados miembros, *vid.* http://ec.europa.eu/community_law/index_es.htm

[3] Nos referimos concretamente a los denominados «contratos menores» (art. 122 LCSP) que pueden adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación (art. 122.1 LCSP) y en los que la adjudicación, por tanto, es discrecional. Interesa en este punto mencionar el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante, IJCCA) 1/09, de 25 de septiembre de 2009, que viene a resolver

Por lo demás, es sobradamente conocido que la materia contractual vive en un escenario de constantes reformas normativas, la más reciente de las cuales —operada por Ley 34/2010, de 5 de agosto [4], que procede a incorporar las previsiones de la Directiva 2007/66/CE—, ha introducido un cambio que, aunque tangencial al tema que nos ocupa, resulta significativo: nos referimos a la eliminación de la distinción entre adjudicación provisional y adjudicación definitiva [5] y la traslación de la perfección del contrato al momento de la formalización del mismo. La razón de esta última modificación no es otra sino *«dar solución a la contradicción aparente que podía suponer para el carácter universal del recurso el hecho de que los actos producidos entre la*

---

la duda suscitada sobre si en este tipo de contratos es exigible el requisito de aptitud consistente en que los contratistas no se encuentren incursos en prohibición de contratar. La Junta asevera que el artículo 43.1 LCSP es rotundo en este sentido al establecer que *«sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas»*. Y prosigue la argumentación indicando: *«Para que el supuesto contemplado en el artículo 122.3 pudiera considerarse exceptuado de los términos tajantes de este precepto sería preciso, cuando menos, que lo dijera expresamente. Ha de tenerse en cuenta a este respecto que la finalidad del artículo 122.3 no es establecer los requisitos que debe reunir el adjudicatario de los contratos menores, sino el hecho de que éstos pueden adjudicarse directamente sin necesidad de observar los requisitos formales establecidos para los restantes procedimientos de adjudicación, que este mismo artículo contempla en sus otros apartados. La limitación de exigencia de requisitos de aptitud a la capacidad de obrar y al título habilitante ha de entenderse en el sentido de que no es preciso acreditar documentalmente más que la una y el otro. Sin embargo, evidentemente, si la empresa adjudicataria se encuentra en prohibición de contratar y esta circunstancia es del conocimiento del órgano de contratación debe ser tenida en cuenta»* (Consideración Jurídica 3.ª).

Todos los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa pueden encontrarse en la siguiente dirección Web: Informes y Dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa: Ministerio de Economía y Hacienda.

Fuera de este estudio quedan también los contratos que sigan la tramitación de emergencia que, conforme al artículo 97.1 LCSP, rige para supuestos en los se requiera una actuación inmediata de la Administración como consecuencia de catástrofes, situaciones de grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. En tales situaciones el órgano de contratación podrá ordenar la ejecución de cuanto sea necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida. De este modo, podrá contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la LCSP, incluso sin la existencia de crédito suficiente. El acuerdo correspondiente se acompañará de la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito.

Téngase en cuenta que esta tramitación, en cuanto conlleva la eliminación de determinadas exigencias, debe ceñirse a las necesidades motivadas por las circunstancias excepcionales concurrentes, de modo que las prestaciones que, aun siendo precisas para completar la actuación administrativa emprendida, no tienen ese carácter de emergencia, se contratarán de acuerdo con la tramitación ordinaria (art. 97.2 LCSP).

La jurisprudencia mantiene una interpretación rigurosa de la previsión legal. Sirva de ejemplo la STSJ Andalucía de 4 de mayo de 2005: *«Esta previsión debe ser interpretada restrictiva y subsidiariamente en relación a la tramitación del procedimiento de urgencia en la medida en que permite la utilización de un procedimiento de adjudicación de los contratos rigurosamente excepcional con merma o eliminación de los principios de publicidad y libre concurrencia. Por tanto debe concurrir con toda claridad el supuesto de emergencia…»*. STSJ Andalucía (sede Sevilla) (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1.ª), de 4 de mayo de 2005; recurso núm. 354/2002. Ponente: Alejandre Durán, M.ª Luisa. Referencia Jurisprudencia El Derecho Editores (en adelante, EDJ) 2005/325526.

[4] BOE núm. 192, de 9 de agosto de 2010.

[5] Recordemos que la LCSP contemplaba dicha estructura bifásica, la cual, como apuntó Razquin Lizarraga, se hallaba ligada a la introducción del recurso especial en materia de contratación.

Razquin Lizarraga, José Antonio, «La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público». *Revista Jurídica de Navarra,* núm. 44, julio-diciembre 2007, p. 31.

adjudicación provisional y la definitiva quedaran fuera del ámbito de aplicación del mismo […]» [Exposición de Motivos Ley 34/2010].

II. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

2.1. Las previsiones normativas

El artículo 134 LCSP mantiene la tradicional previsión de que la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberán atender a *criterios directamente vinculados al objeto del contrato*. En este sentido el propio artículo 134.1 LCSP procede a dar una relación de criterios que, pese a su amplitud, tiene carácter ejemplificativo y, por tanto, no constituye una relación «numerus clausus» [6]. Cuando se utilice un solo criterio de adjudicación, éste habrá de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

Los criterios que sirven de base para la adjudicación del contrato *se determinarán por el órgano de contratación* y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

Tratando de reforzar el carácter crecientemente objetivable y reglado de la adjudicación en el que después profundizaremos, el artículo 134.2 LCSP establece que en la determinación de los criterios *«se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos»*. Esto, a la postre, requerirá la diferenciación entre dos tipos de criterios —los evaluables mediante aplicación de fórmulas y aquellos otros que requieren un juicio de valor—; distinción que tendrá incidencia en los órganos encargados de realizar tal operación valorativa.

2.2. La problemática derivada de determinados criterios de adjudicación

Tanto las consultas elevadas a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como los conflictos suscitados con ocasión de la impugnación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas aportan doctrina de interés de

---

[6] Así, se cita: *«la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes»* (art. 134.1 LCSP).

cara a apreciar el carácter objetivo o, en su caso, discriminatorio de ciertos criterios contenidos en aquellos [7].

Detengámonos en algunos de ellos.

2.2.1. *La experiencia*

La experiencia como criterio de adjudicación —en ocasiones acompañada de un componente localista, esto es, la experiencia en la realización de trabajos o servicios similares a los del objeto contractual en la zona geográfica de que en cada caso se trate—, ha sido motivo de varios pronunciamientos que encuentran aquella claramente discriminatoria.

Así, la STS de 28 de abril de 2005 [8] consideró contraria a Derecho una cláusula por la que se establecía, entre otros criterios a tener en cuenta para la adjudicación, la experiencia de la empresa en la prestación del mismo servicio en el ámbito de Cataluña, adjudicándose dos puntos por cada concesión obtenida durante los últimos cuatro años, hasta un máximo de diez puntos. El Tribunal estima que dicha cláusula vulnera el ordenamiento jurídico al suponer una restricción injustificada de los principios de objetividad y libre concurrencia, dando lugar a discriminación.

---

[7] Recordemos que la consabida caracterización de los pliegos de cláusulas administrativas como «Ley del contrato» ha propiciado una interesante controversia sobre su naturaleza jurídica. Así, mientras algunos han defendido su carácter de norma jurídica de naturaleza reglamentaria, con efectos «ad extra», otros mantienen su naturaleza estrictamente contractual, sin que su carácter obligatorio y redacción unilateral por la Administración permitan derivar que se incorporan, como norma, al ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia evidencia también esta aparente ambivalencia; sirva de ejemplo la STS de 25 de septiembre de 2000, que dice: *«La argumentación utilizada para ello es que las controvertidas cláusulas no son una norma con efectos "ad extra" ni integran el ordenamiento jurídico; que su naturaleza está más próxima a las denominadas "normas internas de la Administración"; y que por ello la inimpugnabilidad sólo procederá cuando se aprueben tales cláusulas por el órgano de contratación.*

Sin embargo, esos razonamientos ofrecidos en apoyo de este motivo no merecen ser compartidos.

La actuación aquí controvertida no agota su eficacia jurídica en el ámbito de organización interna de la Administración demandada, pues, al pretender servir de patrón a posteriores contratos administrativos, determina las posibilidades que se ofrecen a los particulares, ajenos a la organización administrativa, que pretendan participar en la contratación pública.

Y encarna por ello una actuación que ya en sí misma, sin necesidad de actos complementarios, despliega una eficacia jurídica que se proyecta hacia el exterior y no queda reducida al ámbito interno de la organización administrativa». STS (Sala 3.ª, Sección 7.ª) de 25 de septiembre de 2000; recurso núm. 197/1995. Ponente: MAURANDI GUILLÉN, Nicolás. EDJ 2000/33792.

También la STS de 28 de junio de 2004, cuando señala: *«[…] la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resulte a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación».* STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 28 de junio de 2004; recurso núm. 7106/2000. Ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael. EDJ 2004/82935.

[8] STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 28 de abril de 2005; recurso núm. 418/2003. Ponente: BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. EDJ 2005/1601.

En esta misma línea, la STS de 11 de julio de 2006 [9] recuerda que la STS de 24 de mayo de 2004 [10] sostenía que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa —principio esencial en nuestro ordenamiento— constatándose que no procede considerar la experiencia como factor a puntuar en la adjudicación ya que aquella ha debido ser considerada como elemento previo en la clasificación.

La experiencia, en suma, puede constituir un elemento relacionado con la solvencia de la empresa, pero no tiene validez como criterio de adjudicación al no hallarse vinculado al objeto contractual. Una doctrina que se recogió en la STS 27 de octubre de 2004 [11], al declarar que *«si el criterio de la experiencia está en contradicción con las directrices de la normativa de la Comunidad Económica Europea resulta indiscutible que no podrá ser consignado en los Pliegos de Condiciones Particulares»*.

De igual modo la STS de 28 de febrero de 2005 [12] afirma que la valoración de la experiencia no se compadece estrictamente con la legislación comunitaria. Pronunciamiento que sirve también de base a la STS de 5 de julio de 2005 [13], por la que se desestimó el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra la STSJ Comunidad Valenciana que anulaba el Pliego de condiciones de un concurso recurrido por un licitador, entre otros puntos, por la valoración de la experiencia en contratos de gestión de servicios similares, recordando:

> *«Sin embargo, la doctrina del Tribunal de Justicia es unánime en descartar toda discriminación de los contratistas y de ello se deja constancia […] al considerar contrario a ese principio el favorecimiento de "empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional", al reservarles "un porcentaje de los contratos públicos" y esa doctrina es reiterada por el Tribunal al considerar que esas discriminaciones comportan una vulneración o comportan "un obstáculo a la libre concurrencia", pudiéndose citar la última sentencia de la que se tiene conocimiento, la de 28 de octubre de 1999 (asunto C-328/96; Comisión/Austria); declarando contrario a la Directiva y precepto mencionado el favorecimiento de unos determinados productos o Región. Hecha las anteriores consideraciones, es necesario señalar que difícilmente puede justificarse la "singularidad" del contrato que justifique la mayor puntuación en una pretendida experiencia cuando es lo cierto que no existe la más mínima constancia en el expediente de que la gestión de abastecimiento de aguas tuviere alguna singularidad (regional o poblacional) que hiciera necesario recurrir a esa condición»*.

---

[9] STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 11 de julio de 2006; recurso núm. 410/2004. Ponente: Pico Lorenzo, Celsa. EDJ 2006/109862.

[10] STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 24 de mayo de 2004; recurso núm. 7759/1999. Ponente: Baena del Alcázar, Mariano. EDJ 2004/63755.

[11] STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 27 de octubre de 2004; recurso núm. 2029/2000. Ponente: Pico Lorenzo, Celsa. EDJ 2004/174224.

[12] STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 28 de febrero de 2005; recurso núm. 161/2002. Ponente: Baena del Alcázar, Mariano. EDJ 2005/40698.

[13] STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 5 de julio de 2005; recurso núm. 852/2003. Ponente: Martí García, Antonio. EDJ 2005/113695.

La «confusión» entre requisitos de solvencia y criterios de adjudicación encuentra en la experiencia un ejemplo paradigmático, pero no se produce exclusivamente respecto del mismo. Sirva de referencia complementaria la duda resuelta por IJCCA 73/04, de 11 de marzo de 2005, que realiza idéntica puntualización en relación con la posesión de determinadas certificaciones medioambientales ISO.

2.2.2. *Cláusulas de tipo social, particularmente las dirigidas a la protección de colectivos desfavorecidos*

Mayores dificultades ha planteado la pertinente separación entre criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución (art. 102 LCSP)[14] y, en especial, los casos en que los pliegos contenían criterios cuya intención última pasaba por proteger a colectivos con dificultades de inserción socio-laboral.

En esta línea cabe situar la ***preferencia de empresas con un porcentaje determinado de trabajadores fijos***. Esta cuestión llegó a instancias europeas, con el resultado que pone de manifiesto la STS de 27 de junio de 2006[15]: el conflicto se suscitó con ocasión de la impugnación de determinados preceptos del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Madrid. La STSJ Madrid de 30 de mayo de 2003[16] consideró conforme a Derecho tales preceptos al estimar que no encerraban situaciones discriminatorias como alegaba la recurrente:

---

[14] La incorporación de estos criterios sociales y ambientales en la contratación pública originó dudas sobre su aplicación y límites que la Comisión Europea trató de aclarar mediante dos Comunicaciones interpretativas (2001/C333/07 y 2001/C333/08) en las que se analiza la virtualidad de estos criterios en las distintas fases del contrato. A la luz de las mismas, FERNÁNDEZ ASTUDILLO los resume en los siguientes términos:

«… no cabe duda sobre la posibilidad de que los poderes adjudicadores introduzcan aspectos sociales y medioambientales en los procedimientos de contratación pública [si bien] *esa posibilidad está limitada al cumplimiento consecutivo de dos aspectos fundamentales:*

1. *Por un lado, que tenga una vinculación directa con la contratación objeto del concreto procedimiento que se está impulsando, de lo que se infiere (i) que no se debe imponer con carácter general, a través de leyes, reglamentaciones y demás normas, la inclusión indiscriminada de determinados aspectos sociales o medioambientales, independientemente, por tanto, de la concreta contratación; y (ii) que el aspecto social y/o medioambiental que el poder adjudicador incluya en la concreta contratación deberá fundamentarlo en la naturaleza de la prestación objeto de esta contratación o, en su caso, a sus condiciones de ejecución.*
2. *Por otro lado que la inclusión de esos aspectos sociales y/o medioambientales en una concreta contratación debe ser compatible con el Derecho Comunitario, en particular con las ya citadas libertades y con los principios de ellas derivados».*

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.ª *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea. La nueva Directiva reguladora de los contratos públicos*. Barcelona: Bosch, 2005.

[15] STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 27 de junio de 2006; recurso núm. 337/2004. Ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, Santiago. EDJ 2006/109857.

[16] STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª) de 30 de mayo de 2003, núm. 606/2003; recurso núm. 208/1999. Ponente: MASSIGOGE BENEGIU, Juan Miguel. EDJ 2003/220357.

«…del examen del Decreto impugnado se desprende que […] no se establece una nueva condición limitativa para la contratación; ello no tiene lugar por una parte por la normativa relativa a los criterios objetivos de adjudicación en relación con el empleo establecidos en el artículo 2 del Decreto puesto que la misma no establece sino unos criterios que han de incluirse en los Pliegos de Cláusulas administrativas particulares que pueden o no ser cumplidos por las empresas concurrentes a la adjudicación del contrato, pero que no prohíben ni limitan tal concurrencia con independencia de que su cumplimiento pueda alcanzar una determinada ponderación (20%), del total de la baremación sin que por otra parte tales criterios requieran siempre una valoración de los trabajadores con contrato indefinido de la empresa y así acontece con los criterios previstos en los apartados c) y d) del precepto.

Tampoco cabe apreciar la condición limitativa alegada por la actora en relación con la normativa relativa a los trabajadores minusválidos (arts. 4 y 5 del Decreto), por cuanto […] o bien se trata de una obligación ya establecida previamente en las leyes 13/82 de 7 de abril artículo 38.1 y 66/97 de 30 de diciembre (Disposición Adicional 39), o bien la inclusión en la plantilla de trabajadores minusválidos determina una preferencia en la adjudicación siempre que exista igualdad en los términos de las proposiciones "después de aplicar el criterio precio en las subastas y los criterios objetivos en los concursos"; lo que ya venía previsto en la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 13/95.

Así pues, ha de entenderse que los criterios contemplados por el Decreto impugnado ni prohíben ni limitan las posibilidades de contratar con la Administración más allá de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 13/95 de 18 de mayo".

Se alega asimismo que los criterios no son de naturaleza objetiva. No comparte tal opinión la Sala que considera que los criterios son objetivos "al no contemplar situaciones que no puedan acreditarse mediante los datos concretos y objetivos de la plantilla de la empresa y así: 'mantenimiento o incremento del número de trabajadores con contrato indefinido', 'porcentaje de trabajadores con contrato indefinido respecto del total de la plantilla' 'porcentaje de trabajadores de la plantilla afectos a la ejecución del contrato' y 'nuevas contrataciones vinculadas a la ejecución del contrato'".

También se alega el carácter subjetivo de tales criterios, "por no tratarse de criterios necesarios para asegurar una correcta ejecución u obtener la selección de la oferta más ventajosa, para la Administración en el sentido de no venir referidos a la oferta, sino a las características de la propia empresa, por lo que en su caso habrían de formar parte de los criterios de selección del contratista y no de la adjudicación de los contratos.

Partiendo del hecho indiscutido de que los criterios establecidos en el artículo 2 del Decreto impugnado hacen referencia a la plantilla de la empresa con especial incidencia aunque no única en los trabajadores con contrato indefinido, entiende esta [Sala], que aquellos ofrecen una doble vertiente: por una parte ciertamente son reflejo de las características de la empresa y concretamente de la composición de su plantilla, pero por otra parte no cabe dudar de su incidencia en los aspectos objetivos relativos a la adjudicación del contrato. Así la naturaleza del empleo de la empresa tiene su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, o en los aspectos de conocimientos técnicos y experiencia a que alude la actora que tiene una base personal relevante, y en definitiva pueden perfectamente ser valorados por la Administración a la hora de determinar la oferta más ventajosa para los intereses públicos y no exclusivamente por constituir una manifestación o instrumento del cumplimiento de objetivos sociales o de empleo asumidos y fomentados por la Administración.

Ha de entenderse por ello, que una determinada estabilidad de la plantilla de una empresa valorada mediante una ponderación prudente de la baremación total de una oferta (20% en el caso del Decreto impugnado) no puede calificarse como criterio ajeno a los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación de un contrato ni ser calificado de invalorable o susceptible de aplicación arbitraria».

No obstante este fallo judicial, las asociaciones de empresarios de la construcción denunciaron la situación ante la Comisión Europea, que en su Dictamen de 21 de diciembre de 2001 examina las medidas destinadas a apoyar la estabilidad del empleo y las encaminadas a favorecer la integración social de los minusválidos establecidas en el Decreto madrileño. Este dictamen mantiene que *tales criterios pueden aceptarse como cláusulas contractuales que imponen condiciones de ejecución de los contratos pero que no pueden servir en ningún caso para evaluar la oferta más ventajosa económicamente y que tales criterios deberían considerarse en su caso para apreciar la capacidad técnica de la empresa en la fase de selección de los contratistas, pero no en el momento de determinar la oferta más ventajosa económicamente*.

Sin embargo el contenido del Dictamen de la Comisión fue corregido por otro de 8 de febrero de 2002, que acogiendo la STJCE en el Asunto 225/98, retira la objeción *«siempre que la evaluación de las ofertas se efectúa desde una perspectiva económica y se respeten en todos los casos, las normas de transparencia y el principio de no discriminación»*.

Fuera del escenario judicial, también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha tenido oportunidad de emitir su parecer sobre este tipo de cláusulas. Así el Informe 1/05, de 11 de marzo de 2005, resuelve dos cuestiones que pueden ser de interés de cara a interpretar la actual Disposición Adicional 6.ª LCSP[17]:

---

[17] Recordemos el tenor literal del precepto citado.

«Disposición Adicional sexta LCSP. Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro.

1. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por ciento, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación.

Si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por ciento, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

2. Igualmente podrá establecerse la preferencia en la adjudicación de contratos, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, para las proposiciones presentadas por aquellas empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, reguladas en la Disposición Adicional novena de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, valorándose el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30 por ciento de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a los siguientes colectivos, cuya situación será acreditada por los servicios sociales públicos competentes:

a) Perceptores de rentas mínimas de inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma.

1) En cuanto a la posibilidad de que los Pliegos contengan la *preferencia en caso de empate a favor del licitador que ostente el mayor número de trabajadores minusválidos en plantilla «siempre que supere el mínimo del 2%»*. La JCCA entiende que esta formulación es contraria a la ley, no tanto por lo que pudiere implicar de contravención del principio de concurrencia, cuanto porque tal previsión es contraria a la letra del precepto que, según considera el órgano consultivo, *«ha de ser objeto de una interpretación estricta y ajustada a sus términos literales»*.
2) Sobre si es factible que los pliegos establezcan la *preferencia a favor de la empresa que, cumpliendo el porcentaje mínimo del 2%, tenga un mayor número de trabajadores minusválidos en plantilla*. Con base en el mismo argumento anterior, la conclusión es igualmente negativa.

En idéntica línea se ha resuelto en relación con otros criterios que, aunque distintos en su formulación, son similares en la cuestión de fondo que plantean. Véase en este sentido el Informe 44/04, de 12 de noviembre de 2004 que, ante la consulta sobre cláusulas de ***discriminación positiva*** en los pliegos, dijo:

> *«Como resumen de la normativa comunitaria […] y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, interpretativa de la misma, pueden extraerse las conclusiones de que se diferencia claramente entre la fase de selección de contratistas, en la que se tienen en cuenta circunstancias relativas a las empresas y la fase de adjudicación del contrato, en la que, tratándose de la proposición más ventajosa económicamente, deben utilizarse criterios tendentes a comprobar esta circunstancia, admitiéndose excepcionalmente la condición de emplear parados de larga duración, no como criterio de adjudicación, siempre que ésta última, que se califica de cláusula particular suplementaria, no produzca discriminación con los licitadores de otros Estados miembros,*

---

b) Personas que no puedan acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por falta del periodo exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad perceptora, o por haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.

c) Jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de instituciones de protección de menores.

d) Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social.

e) Internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales y ex reclusos.

f) Personas con discapacidad.

3. En la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes.

4. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo para las proposiciones presentadas por aquellas entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación».

es decir, que no solo pueda ser cumplida por los licitadores nacionales sino también por los licitadores de otros Estados miembros.

Constatando que la legislación española diferencia, en línea con las Directivas comunitarias, la fase de selección y la de adjudicación del contrato, "han de establecerse criterios objetivos de las propias ofertas o del objeto del contrato, siendo necesario para que excepcionalmente pudieran establecerse otras condiciones que no produzcan efectos discriminatorios respecto a otros empresarios de los restantes Estados miembros de la Unión Europea"».

Adviértase que la DA 8.ª de la derogada LCAP y DA 6.ª de la vigente LCSP también otorgan preferencia a empresas que cumplan con determinados requisitos aunque siempre partiendo de situaciones de empate en la valoración de las ofertas. Cuestión distinta es si dichas situaciones de empate tienen o no virtualidad práctica o si, como algunos han constatado, son casi imposibles en la realidad [18].

Por lo demás, debe tenerse en cuenta el diferente contenido de las Disposiciones Adicionales 6.ª y 7.ª LCSP [19], cuya «interacción» ha negado el Informe de la JCCA 59/08, de 31 de marzo de 2009 al entender que *«la primera establece opciones de decidir quién será el adjudicatario de un contrato cuando se produzca una situación de empate en la valoración de las proposiciones, cuando así se haya previsto expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares y la segunda confiere al órgano de contratación la facultad de reservar el contrato a unas determinadas* empresas». Aclarando más detalladamente esta distinción, el Informe señala:

— En cuanto a la DA 7.ª LCSP —que, a la postre, implica una limitación de la concurrencia— se recuerda que la misma tiene su origen en el artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE, precepto que se justifica en la importancia del empleo y la ocupación como elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades y la inserción social de determinados colectivos [20].

---

[18] Sobre esta cuestión, LESMES ZABALEGUI, Santiago. *Manual para la aplicación de cláusulas sociales. La adjudicación de contratos de riesgo de exclusión social*, Pamplona, p. 63; del mismo autor, «Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral», *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005, p. 70. Citado en el trabajo *Las cláusulas sociales en el nuevo sistema de contratación pública: problemas jurídicos*. Ejemplar consultado en dirección: http://www.quantor.net/actualidad_actualidad.aspx.

[19] Esta Disposición Adicional séptima LCSP establece: *«Podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por ciento de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición».*

[20] Recordando el Considerando 28 de la mencionada Directiva, se dice: *«En este contexto, los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Sin embargo, en condiciones normales de competencias, estos talleres pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido».*

— Sin embargo, de la DA 6.ª LCSP *«no se deduce la posibilidad de reservar la concurrencia a la adjudicación del contrato a unas determinadas empresas»,* y en relación con el apartado 3 de dicha disposición hace notar que *«además de incorporar a las asociaciones sin ánimo de lucro que describe, faculta al órgano de contratación para requerir a tales asociaciones, que pueden competir por no estar restringida la concurrencia a otro tipo de personas jurídicas o físicas, que presenten el detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes, sin duda porque tales asociaciones disponen de beneficios fiscales siempre pueden ofrecer precios más bajos que una empresa normal, lo que permite al órgano de contratación efectuar una correcta ponderación de todas las ofertas recibidas».*

Fácil es de percibir que la garantía de los principio de concurrencia e igualdad se coloca, una vez más, en primer plano.

III. OTROS ELEMENTOS POTENCIALMENTE PERTURBADORES DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y LIBRE CONCURRENCIA

El cabal cumplimiento de determinados principios de la contratación administrativa —singularmente el principio de igualdad entre ofertantes y no discriminación— puede verse alterado asimismo por elementos ajenos a los criterios de adjudicación.

3.1. Prescripciones técnicas y marcas comerciales

Como es sabido, en sentido análogo a la diferenciación obrante respecto de los pliegos de cláusulas administrativas, se distingue entre pliegos de prescripciones técnicas[21] generales y particulares[22]. Por lo que ahora nos ocupa, son estos últimos los que presentan mayor interés y, en especial, las reglas para su establecimiento que el artículo 101 LCSP fija en los siguientes términos:

a) Su definición debe hacerse, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta *criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos*

[21] Tolosa Tribiño, con base en la definición de Moreno Gil, conceptúa los pliegos de prescripciones técnicas como los *«documentos que tienen como finalidad hacer un desarrollo descriptivo de la forma en que ha de realizarse la ejecución de la prestación del contratista, contemplando también la regulación funcional desde un punto de vista estrictamente técnico, ya que el aspecto legal queda recogido en los pliegos de cláusulas administrativas»*. Tolosa Tribiño, César, *Contratación administrativa*, DAPP Publicaciones jurídicas, Pamplona, 2008.

[22] De acuerdo con el artículo 100 LCSP, dicho pliego de prescripciones técnicas particulares se aprueba por el órgano de contratación con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella y, en todo caso, antes de la licitación del contrato (si ésta no existe, antes de la adjudicación) y contienen las condiciones técnicas que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades teniendo en cuenta los requisitos establecidos por la Ley para cada tipo de contrato.

(Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad), y, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando *criterios de sostenibilidad y protección ambiental* (arts. 3 y 4 Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación).

De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia.

b) Las prescripciones técnicas deberán permitir el *acceso en condiciones de igualdad de los licitadores,* sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

c) Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario, las prescripciones técnicas podrán definirse de alguna de las *formas* contempladas en el artículo 101.3 LCSP[23].

d) Se *prohíben,* salvo que lo justifique el objeto del contrato, las menciones a una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, así como las referencias a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos.

Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente».

Sobre esta cuestión, el IJCCA 2/99, de 17 de marzo de 1999, indicaba:

---

[23] Este artículo 101.3 LCSP señala al efecto la posible definición de las prescripciones técnicas:

a) Haciendo referencia, por orden de prelación a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos, a especificaciones técnicas comunes a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos, acompañando cada referencia de la mención "o equivalente".

b) Cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, incorporando la contemplación de características medioambientales de cara a la fijación de exigencias funcionales o de rendimiento.

En este aspecto, los parámetros deben ser suficientemente precisos como para permitir la determinación del objeto del contrato por los licitadores y la adjudicación del mismo a los órganos de contratación. Así, haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad a las especificaciones citadas en el apartado anterior.

c) Empleando tanto las especificaciones, como las exigencias funcionales o de rendimiento mencionadas en los puntos ya reseñados (esto, a la postre, permite entremezclar criterios en función de las características de que se trate).

«La interpretación de este precepto conduce a la conclusión de que la excepción a las prohibiciones de que esté justificado por el objeto del contrato afecta tanto a la mención de productos de una fabricación o procedencia determinada, a la indicación de marcas, patentes o tipos, y a la alusión a un origen o producción determinado, pues todos estos conceptos son prácticamente idénticos. […] debe mantenerse… que debe prescindirse de la expresión "o equivalente" en los casos que esté justificado por el objeto del contrato».

En similar sentido, la jurisprudencia ha entendido ajustados a Derecho pliegos de prescripciones técnicas que señalaban fabricante o marca determinada de productos informáticos, dado que se precisaban componentes que fueran compatibles con los equipos y programas utilizados por la Administración (sobre este supuesto concreto, STS de 6 de julio de 2004[24]).

Más recientemente destaca la Resolución de 10 de junio de 2008, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre aplicación de marcas comerciales en la definición de las especificaciones técnicas en los contratos cuyo objeto es la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos[25]. Dicha Recomendación tiene su origen en la preocupación de la Comisión Europea al haberse constatado una práctica llevada a cabo por diversos órganos de contratación consistente en el empleo de especificaciones técnicas cuya aplicación tiene efectos discriminatorios en relación con la compra o arrendamiento de ordenadores y, en general, equipos informáticos. Abierto procedimiento de infracción contra España por vulneración de la normativa europea, la Recomendación de la JCCA establece en su punto 2:

«…las referencias a marcas comerciales constituyen una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, lo que implica que el precepto debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que se expresan en el citado artículo y que pueden concretarse en que:

a) la referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados esté justificada por el objeto del contrato;

b) la entidad adjudicadora no tenga posibilidad de dar otra descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los potenciales licitadores, y

c) la indicación de la marca esté acompañada de la mención "o equivalente", condiciones que son acumulativas y que deberán demostrarse que se cumplen las tres».

---

[24] STS (Sala 3.ª, Sección 7.ª) de 6 de julio de 2004; recurso núm. 3347/1999. Ponente: González Rivas, Juan José. EDJ 2004/86990.

[25] BOE núm. 150, de 21 de junio de 2008.

3.2. Valoración de mejoras

Esta cuestión ha sido objeto del reciente IJCCA 59/09, de 26 de febrero de 2010, que pone de relieve la procedencia de objetivar al máximo determinados criterios que, si bien válidos cuando son debidamente especificados en los pliegos respecto de sus diversos extremos, no lo son cuando se formulan genéricamente. El mencionado Informe da respuesta a la consulta planteada sobre la posibilidad de incluir como criterio la ejecución adicional de obras gratuitas, señalando:

> *«[…] se han de advertir diversos aspectos básicos. Por una parte que todos los licitadores han de concurrir en condiciones de igualdad de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias de contrato a ejecutar. Para ello el proyecto y los pliegos han de identificar la prestación en todos sus elementos, indicando si se admiten variantes y mejoras, y en tal caso, sobre qué han de versar unas u otras, cuáles son sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas.*
>
> *Así, no se cumple tal requisito cuando se pretende valorar la ejecución adicional y gratuita de obras adicionales por parte del contratista, sin que previamente hayan sido especificadas en los pliegos y concretada la forma en que deberán valorarse a efectos de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. De igual modo, no se cumple el requisito mencionado cuando las obras adicionales exigidas no guarden la debida relación con la prestación objeto del contrato.*
>
> *Como consecuencia de todo ello, cabe indicar que se considerarán variantes o mejoras admisibles las que estén previstas con el suficiente grado de identificación en los pliegos (o en su caso en el anuncio de licitación), guarden relación directa con el objeto del contrato y se establezca la forma en que incrementarán la valoración de la oferta que las contenga».*

IV. SELECCIÓN DEL CONTRATISTA Y ADJUDICACIÓN

Decíamos en la introducción que la adjudicación parte de operaciones de distinto signo, a saber:

1) La ponderación de las proposiciones o candidaturas, que será objetiva (o, por mejor decir, «automática») o valorativa dependiendo del criterio a apreciar. Esta tarea suele exigir informes y/o valoraciones especializadas, siendo por tanto un ámbito de «discrecionalidad técnica». Si bien relegaremos a un segundo plano la vertiente orgánica, hemos de reconocer el protagonismo indiscutible en este punto de los órganos de asistencia en los procedimientos de adjudicación.
2) La clasificación de las proposiciones en función de la puntuación o valoración obtenida. Ésta se conecta más directamente con la resolución por la que se adjudica el contrato y el margen de libertad con el que cuenta la Administración en la selección del contratista

es reducido y está en buena medida determinado por dicha clasificación en las puntuaciones.

4.1. Un apunte preliminar sobre la locución «oferta económicamente más ventajosa»

El principio general que preside la adjudicación de los contratos administrativos es que ésta se hará a la *oferta económicamente más ventajosa*. Esta locución encierra un concepto jurídico indeterminado que, pese a lo que una rápida lectura pudiere dar a entender, no alude únicamente a la vertiente crematística de la proposición. La supresión de los tradicionales términos «concurso» y «subasta», ha sido caldo de cultivo para ciertas críticas doctrinales [26] que, sin embargo, tachan a la ley de una ambigüedad que, a nuestro juicio, es sólo aparente.

La adjudicación de los contratos requiere, como presupuesto de la misma, la clasificación de las proposiciones presentadas lo que, a su vez, exige la predeterminación de los criterios que habrán de servir de base para tal operación. En relación con ello, la LCSP evita las denominaciones tradicionales de «concurso» y «subasta» (según la selección del adjudicatario se realice con base en una pluralidad de criterios o sólo en función del precio, respectivamente), si bien la diferencia permanece más allá de rótulos. Como señala la Exposición de Motivos de la LCSP:

> *«…los términos "concurso" y "subasta", que en la legislación nacional se referían, de forma un tanto artificiosa, a "formas de adjudicación" del contrato como instrumento que debía utilizarse en conjunción con los "procedimientos de adjudicación", se subsumen en la expresión "oferta económicamente más ventajosa" que remite en definitiva, a los criterios que el órgano de contratación ha de tener en cuenta para valorar las ofertas de los licitadores en los diferentes procedimientos abiertos, restringidos o negociados, y ya se utilice un único criterio (el precio, como en la antigua "subasta") o ya se considere una multiplicidad de ellos (como en el antiguo "concurso") ».*

---

[26] Así, VICENTE IGLESIAS, José Luis, «Reflexiones sobre la nueva Ley de Contratos del Sector Público». *Diario La Ley*, núm. 6871, enero 2008. Ejemplar consultado en página Web: http://diariolaley.laley.es/

Por otra parte, RAZQUIN LIZARRAGA pone en cuestión que la unificación de los términos «concurso» y «subasta» en la locución *«oferta económicamente más ventajosa»* se deba, como dice la EM de la Ley, a necesidades de ajuste con el Derecho europeo. En este sentido, constata que dicha *«unificación no concuerda con la Directiva 2004/18 ni se ajusta a los términos tradicionales ni recoge las dos modalidades de adjudicación»*, señalando que la Directiva *«contempla dos denominaciones, que coinciden con las nociones tradicionales de subasta y concurso, ya que la primera de ellas utiliza como único parámetro de valoración el precio y la segunda varios criterios, además del precio»*. RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, «La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público…», *op. cit.*, pp. 30-31; el mismo autor reproduce estas consideraciones en «Novedades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Repertorio de Jurisprudencia,* núm. 4, 2008. Ejemplar consultado en Web: http://www.westlaw.es/ (BIB 2008/544).

También critica la nueva fórmula y los *«circunloquios»* de la EM de la Ley para hacerla *«medianamente inteligible»,* MARTÍNEZ MORALES, José Luis, «Algunos trazos administrativos de los contratos públicos y pinceladas artísticas de una exposición única (Ley 30/2007, de 30 de octubre)», *Auditoría Pública,* núm. 44, 2008, p. 12.

4.2. Sobre la ponderación de los criterios de valoración y las reglas contenidas en el artículo 134 LCSP

La determinación de la «oferta económicamente más ventajosa» pasa por llevar a cabo un proceso valorativo cuyos perfiles varían en función de la naturaleza y caracteres de los propios criterios de adjudicación. Un examen en perspectiva de las modificaciones de la normativa contractual permite advertir que la legislación hila cada vez más fino, tratando de que dicha operación valorativa sea lo más ajustada posible.

A tal fin se dirigen las reglas contempladas en el artículo 134 LCSP, que podemos sintetizar del siguiente modo:

a) Sin ánimo de restar protagonismo a la Mesa de Contratación [27], en las licitaciones seguidas por procedimiento abierto o restringido en las que los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas tengan una ponderación inferior a la de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, la evaluación se realizará por un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada [28];

---

[27] Acerca de la Mesa de Contratación (órgano de asistencia regulado en el art. 295 LCSP), y de modo necesariamente sintético, diremos:

a) La Mesa está constituida por un Presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente, y un Secretario. Sus miembros son nombrados por el órgano de contratación, algunos de los cuales deben ser designados de entre funcionarios o personal dependiente de aquel que realicen labores de asesoramiento jurídico, control económico-presupuestario... En relación con los posibles integrantes de las Mesas de Contratación en el ámbito local, el IJCCA 49/08, de 29 de enero de 2009, constata que aquellas se encuentran expresamente reguladas en la Disposición Adicional 2.ª, apartado 10 LCSP, sin que en el listado que ésta aporta se encuentre el personal eventual. Recordemos en este sentido que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) incorpora en su clasificación (art. 8.2 EBEP) al personal eventual, definiéndolo en su artículo 12 como aquel que *«en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin»*. Cuestión distinta es que la Mesa de Contratación pueda solicitar informes técnicos al citado personal eventual, posibilidad factible en cuanto no está vedada por el artículo 135.1 LCSP.

b) Atendiendo al artículo 295.1 LCSP, la Mesa de Contratación es el *«órgano competente para la valoración de las ofertas»* en los procedimientos abiertos y restringidos y en los procedimientos negociados con publicidad del artículo 161.1 LCSP, salvo cuando la competencia para contratar corresponda a la Junta de Contratación. La constitución de la Mesa es potestativa en los procedimientos negociados sin publicidad.

c) Debe tenerse en cuenta que la Ley contempla otros órganos de asistencia especializados según el tipo de contrato (así, los Jurados de concursos de proyectos, regulados en el art. 298 LCSP) o el procedimiento de adjudicación previsto (Mesa especial de diálogo competitivo, establecida en el artículo 296 LCSP).

[28] La cualificación profesional que habrán de poseer estos expertos será la adecuada en razón de la materia sobre la que verse la valoración [art. 28 Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 118, de 15 de mayo de 2009)]. En lo sucesivo, RCSP.

Según prevé el artículo 29.1 RCSP, la designación de los miembros del comité de expertos podrá hacerse bien directamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, bien establecer en ellos el procedimiento para llevarla a cabo. Dicha designación deberá publicarse en el perfil del contratante.

o por un organismo técnico especializado [29], debidamente identificado en los pliegos.

Por otro lado, estos supuestos presentan ciertas especificidades, a saber:

— En los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberá constar la identificación del criterio o los criterios concretos que deban someterse a valoración por el comité de expertos o por el organismo especializado, el plazo en que éstos deberán efectuar la valoración y los límites máximo y mínimo en que ésta deberá ser cuantificada. Dicha valoración se realizará en todo caso antes de la correspondiente a los criterios cuantificables de forma automática (art. 30.1 y 2 RCSP).
— La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición. La finalidad es evitar el conoci-

---

La constitución de este comité de expertos ha planteado alguna duda residenciada en el contenido que debe darse a determinadas referencias normativas (singularmente al «órgano proponente del contrato»). Tales interrogantes tratan de resolverse en el IJCCA 34/09, de 25 de septiembre de 2009, que concluye con los siguientes puntos:

«*1. Que por órgano proponente de la celebración del contrato debe entenderse, según la singular estructura organizativa de los diferentes órganos de contratación, aquel que en función de sus competencias ejerce la iniciativa de la contratación proponiendo la celebración del contrato al órgano de contratación*», conclusión que el Informe justifica del siguiente modo:

«Evidentemente una cosa es el órgano de contratación, que ejerce las competencias que le atribuyen las disposiciones concretas, y entre ellas destaca la aprobación del expediente de contratación y de los pliegos, así como la adjudicación del contrato, y otra muy diferente es aquel órgano que se encarga de la tramitación y propuesta al órgano de contratación de la celebración del contrato, definiendo y señalando los diferentes aspectos inherentes al procedimiento de adjudicación, entre ellos los criterios de valoración de las ofertas, la función de los mismos y su técnica de ejecución, órgano al que la Ley se está refiriendo como órgano proponente del contrato que, en función del sistema organizativo de cada Administración pública, tendrá encomendada tal función de propuesta de acción» (Consideración Jurídica 3.ª).

«*2. Que dispuesta la independencia de los miembros del comité de expertos encargado de la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor sus miembros no pueden pertenecer a la Mesa de contratación, debiendo disponer de experiencia en la valoración de tales criterios*».

En primer término, debe aclararse que *«no es competencia de la Mesa de contratación proponer la celebración del contrato»,* luego la referencia normativa vista en el apartado anterior no lo es a la Mesa.

La JCCA subraya que el artículo 134.2 LCSP requiere explícitamente que *«la valoración de tales criterios* [en alusión a los que remiten a un juicio de valor] *no esté influida por quien propone la adjudicación del contrato. Si no se hubiese deseado precisar tal independencia y preparación el legislador no habría introducido en la Ley este nuevo sistema habida cuenta de que la valoración de tales criterios dependientes de un juicio de valor ya se efectuaba por la Mesa de contratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

De ahí que cuando la Ley se expresa en tales términos debe afirmarse como consecuencia que los miembros del comité de expertos han de ser independientes del órgano que propone el contrato y que los que integran la Mesa de contratación, no pueden formar parte del mismo en aras a efectuar la valoración de tales criterios. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 28.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo…» (Consideración Jurídica 2.ª).

[29] En cuanto al ***organismo técnico especializado*** el RCSP aporta escasa información adicional, limitándose a especificar que su designación deberá figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares y publicarse en el perfil del contratante (art. 29.2 RCSP).

El Informe JCCA 34/09 mencionado en el apartado anterior señala que *«de no existir personas expertas que puedan integrar en el citado comité de expertos debe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 134.2 de la Ley de contratos del sector público y en el artículo 29.2 del […] Real Decreto 817/2009, encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos, encomienda que podrá recaer en un órgano de tal carácter de una Administración Pública o concertar la prestación exigida mediante el correspondiente contrato de servicios»* (Consideración Jurídica 4.ª).

miento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de dichos criterios (art. 26 RCSP).

— La apertura del sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente se efectuará en acto público, entregándose al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo [30] (art. 27 RCSP).

— La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa en cuanto al acto en que deba hacerse pública (art. 30.3 RCSP).

En las reglas del procedimiento abierto, se establece que la evaluación que realicen estos comités de los criterios que exijan un juicio de valor vinculará al órgano que haya de formular la propuesta de adjudicación (art. 144.1 LCSP) [31].

En relación con estas previsiones, Del Saz denuncia la «ignorancia o acaso ingenuidad» del legislador que en el artículo 174.1 a) LCSP menciona *«los "criterios subjetivos" para hacer alusión a aquellos cuya valoración requiere de un juicio técnico, a pesar de que los criterios subjetivos se encuentran expresamente prohibidos por la normativa comunitaria»*. Ahora bien, la cuestión no estriba tanto en deslices en la denominación cuanto en la ausencia de límites a este tipo de situaciones que, en principio, deberían ser excepcionales (no en vano, la regla general parece dar clara preponderancia a los criterios de aplicación automática, tal y como se desprende del art. 134.2 LCSP, citado en el apartado anterior). Según la autora, la valoración de este tipo de criterios trata de compensarse con la intervención del referido comité de expertos, aunque pone de relieve que la intervención del mismo sólo se exige para

---

[30] A estos efectos, la apertura de tales documentaciones se llevará a cabo en un acto de carácter público, cuya celebración deberá tener lugar en un plazo no superior a siete días a contar desde la apertura de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público. A estos efectos, siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación mencionada en el párrafo anterior, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior al indicado al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él.

[31] En relación con el plazo máximo de un mes que el propio artículo 144.1 LCSP otorga para el órgano competente para valorar las proposiciones, véase Informe 1/2009, de 6 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid (disponible en la Web: Portal Contratación - Madrid.org - Portal de Contratación), que puntualiza:

«En algunos procedimientos de contratación en los que para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa se requiera de la valoración de una pluralidad de criterios de adjudicación, puede devenir de imposible cumplimiento el plazo máximo establecido en el artículo 144.1 de la LCSP para la apertura de las proposiciones, debido a diversos factores como pueden ser: la complejidad de las ofertas, la solicitud preceptiva de informes a un comité de expertos o a un organismo técnico especializado, la articulación en fases, el fraccionamiento en lotes, el elevado número de proposiciones a ponderar, etc. Por interpretación analógica de lo previsto en el artículo 145 de la LCSP, se considera admisible la posibilidad de que el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato contemple un plazo superior al mes para la apertura pública de la oferta económica».

la contratación de las Administraciones Públicas y, por tanto, no atañe a los contratos realizados por los llamados «poderes adjudicadores» [32].

b) La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.

c) De acuerdo con el artículo 134.3 LCSP, la valoración de más de un criterio procederá, particularmente, en la adjudicación de una serie de contratos que el mismo cita: aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los licitadores, aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja, contratos de gestión de servicios públicos, cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución, etc.

d) Si se toma en consideración más de un criterio:

— Habrá de precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada.
— Cuando el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuáles de ellas se aplicarán los distintos criterios, y el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.
— Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia.
— Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, cuando deba publicarse.

e) Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades (art. 196.1 LCSP), cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación afecten a características de la misma que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o atribuir a la puntual observancia de estas características el carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en el artículo 206.h) LCSP.

4.3. La selección del adjudicatario y la eventual declaración desierta de la licitación

Vistos los criterios reseñados, la cuestión se centra ahora en el modo de proceder del órgano de contratación de cara a la adjudicación del contrato.

[32] Del Saz, Silvia, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?». *Revista de Administración Pública,* núm. 174, septiembre-diciembre 2007, pp. 345-346.

a) Según señala el artículo 135.1 LCSP, *«el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales»,* para lo cual:

— Cuando hayan de tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, dicho órgano podrá solicitar cuantos informes técnicos estime oportunos.
— Cuando el precio sea el único criterio a considerar, se entiende que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo.

Hemos de subrayar que la clasificación antedicha en modo alguno es superflua; más al contrario determina un derecho a favor del licitador situado en primer lugar[33] siempre, obviamente, que el mismo cumplimente el requerimiento a que alude el apartado 2 del mismo artículo 135 LCSP[34]. Dos cuestiones relacionadas con ello:

1) Caso de que tal requerimiento no se cumplimente en plazo, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a pedir la misma documentación al licitador siguiente en el orden de clasificación (art. 135.2, último párrafo LCSP).
2) La apreciación de que la oferta contiene **valores anormales o desproporcionados** adquiere un singular relieve y su aparente indeterminación queda mitigada por las previsiones que, al respecto, figuran en el artículo 136 LCSP. Este artículo viene a establecer los criterios que deberán servir de base para que una oferta tenga la consideración de anormal o desproporcionada, a saber:

— Cuando el precio sea el único criterio a considerar en la adjudicación, la apreciación de la anormalidad o desproporción se basa en parámetros objetivos, que han venido a concretarse en el artículo 89 RCSP[35].

---

[33] Véase Jurisprudencia citada en el posterior epígrafe.

[34] En dicho artículo se establece que el órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que en el plazo legalmente previsto presente *«la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 53.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente».*

[35] Dicho artículo 89 RCSP, basa el criterio en un porcentaje de baja respecto del presupuesto base de licitación o de la media aritmética de las ofertas según el número de licitadores que hayan concurrido (art. 89, apartados 1 a 4 RCSP). Dichas reglas se acompañan de dos previsiones que merecen reseñarse: a) excepcionalmente, el órgano de contratación puede reducir en un tercio los porcentajes establecidos en los números precedentes, haciéndolo constar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y motivándolo adecuadamente atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado (art. 89.5 RCSP); b) en la apreciación como desproporcionada de una oferta la Mesa de Contratación podrá considerar la relación entre aquella y la solvencia de la empresa (art. 89.6 RCSP).

— Cuando en la adjudicación se considere más de un criterio, los parámetros objetivos en que se base la apreciación de anormalidad o desproporción podrán expresarse en los pliegos. Caso de que uno de dichos criterios sea el precio, tales pliegos deberán indicar los límites que permitan apreciar que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias. En este sentido conviene tener en cuenta el reiterado criterio de la JCCA —y que venía manteniéndose desde la vigencia de la LCAP, cuya regulación contenía igual previsión que la actual LCSP—, puesto de manifiesto en el Informe 58/08, de 31 de marzo de 2009:

«[…] la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que para que pueda ser ponderada si una proposición no puede ser cumplida por considerar que se trata de una oferta anormalmente baja, tanto durante la vigencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, bajo la forma de adjudicación de concurso, como de la Ley de Contratos del Sector Público cuando se apliquen diversos criterios de valoración de las ofertas, es requisito que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se hayan especificado los criterios objetivos que permitirán su apreciación».

— Caso de que se identifique una proposición desproporcionada o anormal, se dará *audiencia al licitador* para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular por lo que se refiere al ahorro que permita la ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas, las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.
— Cuando la oferta sea anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquel no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. En los contratos sujetos a regulación armonizada, el rechazo de una oferta por este motivo deberá comunicarse a la Comisión Europea.
— En el procedimiento deberá solicitarse el *asesoramiento técnico del servicio correspondiente*.
— Si, tras las actuaciones descritas, el órgano de contratación estimase que la oferta no puede ser cumplida, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, por incluir valores anormales o desproporcionados, *acordará la adjudicación a favor de la siguiente proposición* económicamente más ventajosa que, de acuerdo con el orden de clasificación, se estime puede ser cumplida a satisfacción de la Administración. Elección, por tanto, reglada en cuanto conduce nuevamente al orden de prelación resultante de las valoraciones.

b) La constricción en el margen de maniobra del órgano de contratación queda igualmente reflejada en la previsión concerniente a la declaración **desierta** de la licitación. Así las cosas, tal declaración no será posible cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego (art. 135.3, segundo párrafo LCSP). En todo caso, parece claro que dicha declaración deberá estar debidamente motivada: no en vano, la STS de 31 de octubre de 1994[36] subrayó que *«las facultades de la Administración en este campo no son omnímodas, en el sentido de que la facultad para declarar desierto el concurso cuando hay un licitador que cumple el pliego, resultaría abusiva y contraria por tanto a los principios que, sobre satisfacción del interés público, inspiran las normas sobre contratación administrativa»*.

V. LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS: ¿CARÁCTER REGLADO O DISCRECIONAL?

Más allá de los detalles de la regulación, es importante subrayar que la adjudicación de los contratos administrativos ha vivido un tránsito en el que la «presupuesta» discrecionalidad ha quedado en entredicho, tendiéndose a la configuración de una potestad de carácter reglado, basada en criterios ya objetivos ya valorativos, pero en todo caso mensurables y, por supuesto, susceptibles de control jurisdiccional.

El entendimiento de la adjudicación como acto en ejercicio de una potestad reglada ofrece, además, trascendentales consecuencias prácticas ya que, en cuanto al supuesto de hecho se le anuda una sola consecuencia jurídica, la fiscalización judicial puede tener alcance sustitutorio. Respecto del tema que nos ocupa, la consecuencia jurídica consistiría en la exigencia de que la adjudicación del contrato recaiga en la proposición económicamente más ventajosa, bien por ser la más barata (caso de que el precio sea el único criterio a manejar), bien por ser la que ha obtenido mayor puntuación, siendo la primera en la clasificación tras la oportuna valoración (cuando los criterios son varios).

En cualquier caso, un análisis riguroso de esta cuestión requiere separar las dos operaciones que se encuentran implicadas:

a) ***Valoración de las ofertas***. En esta parcela, como veíamos, la LCSP da prioridad a los criterios susceptibles de ponderación mediante aplicación de fórmulas o porcentajes, lo que no impide la inclusión de criterios que requieren un juicio de valor. Este último tipo de criterios constituye un ámbito dominado por la llamada «discrecionalidad técnica» que, de acuerdo con la jurisprudencia, «exige saberes especializados y comporta un cierto margen de apreciación» (STS de 13 de febrero de 2004[37]):

---

[36] STS (Sala 3.ª, Sección 5.ª) de 31 de octubre de 1994; recurso núm. 11657/90. Ponente: ESTEBAN ÁLAMO, Pedro. EDJ 1994/9956.

[37] STS (Sala 3.ª, Sección 7.ª) de 13 de febrero de 2004; recurso núm. 8372/1998. Ponente: MAURANDI GUILLÉN, Nicolás. EDJ 2004/31726.

«…sin ignorar los esfuerzos para que el control judicial de la actividad administrativa sea lo más amplio y efectivo posible, no puede olvidarse que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados.

Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por el órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales (SSTC 39/83 y 97/93, de 22 de marzo)».

Esta apreciación no puede, sin embargo, llevar a entender que el ámbito de la discrecionalidad técnica es inmune al control judicial:

«Confunde la administración recurrente la discrecionalidad de que pueda gozar en la fijación de la baremación en los distintos criterios que constituyen las normas del concurso frente a la ausencia de discrecionalidad en la asignación de la puntuación con arreglo a los distintos criterios prefijados en el pliego.

Una cosa son los criterios y puntuaciones asignados en el Pliego que no han sido objeto de discusión y otra muy distinta su aplicación a los concretos licitantes que sí fue objeto de controversia» (STS de 16 de diciembre de 2004[38]).

En tal sentido, la discrecionalidad técnica es fiscalizable cuando los informes que proceden a la valoración no encierran en realidad juicio técnico alguno o cuando la apreciación de los criterios se acredita errónea o mal realizada.

«… la normal exigencia de que la ponderación de las exigencias técnicas impuestas en dichas bases, o condiciones, por parte de la Mesa de Contratación y del órgano que haya de adjudicar el concurso no pueda ser desvirtuada por apreciaciones meramente subjetivas que no encuentren apoyo en un medio de prueba idóneo y contradictorio, no es aplicable al caso en que lo incorrecto de esa ponderación resulte del simple contraste literal y lógico entre los requisitos a que ha de acomodarse la adjudicación del contrato y el contenido de las propuestas valoradas» (STS de 24 de junio de 2004[39]).

b) ***Elección de la oferta económicamente más ventajosa***. En este caso se ha producido una importante evolución jurisprudencial, que reseña con claridad la STS de 19 de julio de 2000[40]:

«La jurisprudencia clásica, en efecto, ha entendido que la adjudicación en el concurso suponía el ejercicio de una potestad discrecional que permitía a la Administración elegir entre varias soluciones igualmente válidas (SSTS 18 de mayo de 1982, 13 de abril

---

[38] STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 16 de diciembre de 2004; recurso núm. 5766/2000. Ponente: Pico Lorenzo, Celsa. EDJ 2004/225067.

[39] STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 24 de junio de 2004; recurso núm. 8816/1999. Ponente: Soto Vázquez, Rodolfo. EDJ 2004/82938.

[40] STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 19 de julio de 2000; recurso núm. 4324/1994. Ponente: Fernández Montalvo, Rafael. EDJ 2000/32796.

de 1983, 9 de febrero de 1985, y 14 de abril de 1987), pero la más reciente doctrina de esta Sala se inclina por el más intenso control de la decisión administrativa basado en que la expresión proposición "más ventajosa" es un concepto jurídico indeterminado que actúa como mecanismo de control que permite llegar a que sólo una decisión sea jurídicamente posible, siendo injustas o contrarias al ordenamiento jurídico las restantes (STS 2 de abril y 11 de junio de 1991).

Ahora bien, lo que resulta indudable es que el control judicial del ejercicio de la facultad de que se trata ha de utilizar necesaria y exclusivamente criterios o parámetros jurídicos que afectan a los elementos reglados de competencia y procedimiento, a la observancia por la resolución del concurso de los criterios establecidos en el pliego de condiciones que le rigen, y, la propia desviación de poder. Y no es posible que el Tribunal, al margen de dichos elementos de control de la potestad administrativa, o del de los conceptos jurídicos indeterminados señale, con base en un criterio propio, la proposición "más ventajosa" o más útil para el servicio.

Conforme a dicha técnica de los conceptos jurídicos, junto a las zonas de certeza positiva y negativa, se distingue un llamado "halo o zona de incertidumbre", en relación con el cual —sin hacer, por supuesto, aplicación de la presunción iuris tantum de validez de los actos administrativos, ni rescatar siquiera la doctrina que otorgaba a la Administración el "beneficio de la duda" en los casos complejos en los que la zona oscura del concepto requiere un mayor contacto con los hechos y un conocimiento técnico preciso— sí resulta necesario, para rectificar la apreciación que de aquél haga la Administración, acreditar que ésta ha obrado con arbitrariedad o irrazonabilidad, si se trata de conceptos que implican la utilización de criterios valorativos, como ocurre, de manera característica, con la proposición "más ventajosa" o "más conveniente" (Cfr. STS 25 mayo 1998).

La potestad de adjudicación de que se trata no es, por supuesto, ajena al Derecho. En su origen, en su procedimiento, efectos y elemento teleológico, es plenamente jurídica, aunque en su ejercicio concreto, en la determinación de lo "más conveniente" para el servicio, los Tribunales sólo puedan acudir para el control que ejercen a la técnica del concepto jurídico indeterminado (a través de las zonas de certeza y halo de incertidumbre).

El entendimiento del principio de legalidad que lleva a imponer una integración del acto administrativo, cuando se trata de calibrar lo más adecuado para el servicio, hasta llegar a considerar que sólo cabe una sola solución justa sin utilizar para ello criterios estrictamente jurídicos, puede distorsionar el papel que corresponde a los Tribunales en su función de control de la actuación de la Administración. A ellos le corresponde la tutela judicial plena y la interdicción de la arbitrariedad, pero sin olvidar la función que a una Administración democrática corresponde de elegir entre alternativas jurídicamente posibles, según su propia valoración técnica, y en función de la consideración de la eficacia administrativa para servir con objetividad los intereses generales, como establece el artículo 103 CE. Es un principio que rige la interpretación constitucional, el de la unidad de la Constitución recogido por la doctrina del Tribunal Constitucional: "la Constitución no es una suma de agregados de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado, a su vez, por la proclamación de su artículo 1, apartado 1, a partir de la cual ha de resultar coherente el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarle" (STC 206/1992). Y, desde esta perspectiva, ni el principio de legalidad ni el

de tutela judicial efectiva justifican que se sustituya la decisión administrativa por otra judicial, si ésta no está sustentada en los mecanismos que proporciona el ordenamiento.

El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), como la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.1 CE), la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE) y el control judicial de la Administración (art. 106.1 CE) "consagran un diseño constitucional de control máximo de la actividad administrativa, en el que, salvo exclusión legal expresa y fundada en motivos (constitucionalmente) suficientes, no se producen exenciones a la regla general de sujeción de aquella al control y fiscalización de los Tribunales de Justicia (STC 34/1995). Ahora bien, el derecho a la tutela se circunscribe al ejercicio por las personas de "sus derechos e intereses legítimos" (STC 62/1983). Pero, por una parte, el artículo 24.1 CE no legitima un proceso que conduzca a una alteración de la posición jurídica del recurrente.Y por otra, la decisión administrativa, en casos como el presente de adjudicación de un concurso, que exige tomar en cuenta criterios técnicos o de conveniencia (económica, social, organizativa), será ajustada a Derecho siempre que no se aparte de las bases o pliego de cláusulas, no aparezca como arbitraria o, en fin, realice una aplicación inadecuada del concepto de mayor ventaja que incorpora la norma jurídica.

En este contexto ha de admitirse que la ley se remite, en primer lugar, a valoraciones técnicas que ha de hacer Administración sobre la base de conocimientos técnicos del servicio que se justifican en la propia razonabilidad de la decisión del órgano que realiza la calificación.Y el ulterior control jurisdiccional ha de atender, en cuanto al contenido, a los conceptos jurídicos indeterminados de mérito, capacidad, oferta más ventajosa, etc., cuya concreción es enormemente incierta, salvo que la norma incorpore datos objetivamente contrastables.

En definitiva, el control judicial tiende al cumplimiento de la garantías organizativas y procedimentales, y aunque incluye el de la legalidad de los criterios tenidos en cuenta para la decisión, el Tribunal no puede sustituir materialmente el de la Administración si no evidencia en su razonamiento que ha efectuado una aplicación arbitraria de los conceptos que incorpora la norma».

No obstante el pronunciamiento trascrito, lo cierto es que la adjudicación del contrato tiende, cada vez más, a verse como manifestación de una potestad reglada. No hay que olvidar que, de acuerdo con la propia jurisprudencia del TS, la inclusión en el supuesto de hecho de conceptos jurídicos indeterminados —cual es la referencia a «la oferta económicamente más ventajosa»— no comporta el otorgamiento de discrecionalidad administrativa. En este sentido, la regulación ha ido ahondando en el carácter reglado —*«moderadamente reglado»,* en palabras de Monedero Gil[41]— de la adjudicación al imponer la predeterminación de los criterios de valoración y establecer el carácter objetivable y vinculante de los mismos. Como señala la STS de 27 de mayo de 2009[42], *«no puede un concurso adjudicarse a*

---

[41] Monedero Gil, José Ignacio, «Criterios de adjudicación del contrato administrativo en el Derecho comunitario». *Noticias CEE,* núm. 21, 1986, p. 262.

[42] STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 27 de mayo de 2009; recurso núm. 4580/2006. Ponente: Pico Lorenzo, Celsa. Referencia Centro de Documentación Judicial (en adelante, CENDOJ): 28079130042009100215.

cualquier participante en el mismo sino exclusivamente al que haga la proposición más ventajosa a fin de no incurrir en arbitrariedad».

Esta línea ha permitido, paralelamente, un superior alcance del control judicial que en no pocas ocasiones, procede a sustituir la decisión administrativa adjudicadora cuando del expediente resulta con claridad que una de las ofertas se erige en la mejor de las presentadas:

> *«…en términos genéricos la adjudicación del contrato corresponde a la Administración y no a los Tribunales, y no procede que estos la lleven a cabo porque exista algún vicio o defecto del procedimiento de adjudicación. Pero en el caso concreto resulta que se han aquietado con la resolución del concurso dos de las cuatro entidades licitadoras, que además fueron las que obtuvieron las puntuaciones inferiores. Por otra parte no fue conforme a derecho resolver el concurso a favor de la empresa que resultó adjudicataria. Resta por tanto únicamente la empresa actora ante el Tribunal a quo, que además cumple todas las condiciones y, según aprecia la Sentencia recurrida era acreedora a que se le reconociese una puntuación mayor que a las demás licitadoras.*
>
> *En estas condiciones la Sala entiende que es correcta en derecho la declaración de la Sentencia que se combate y que el contrato debe ser adjudicado a la recurrente, como se ha hecho por este Tribunal Supremo en casos semejantes cuando se apreció que la proposición más ventajosa era claramente una determinada, de lo que es muestra la Sentencia de 11 de junio de 1991 en la que se rechazó que en tales casos se aplicase el criterio discrecional de la Administración. Así debemos pronunciarnos sin que esta declaración sea obstáculo para que entendamos que la doctrina general es que la voluntad administrativa no debe ser sustituida por la declaración judicial basada en haberse apreciado vicios jurídicos en el procedimiento de contratación»* (STS de 8 de julio de 2005[43]; aplican esta doctrina, entre otras, STSJ Comunidad Valenciana de 24 de julio de 2007[44] y STSJ Asturias de 29 de junio de 2007[45]).

Algunas Sentencias de las citadas aluden recurrentemente a la STS de 11 de junio de 1991[46]. Este fallo judicial resulta especialmente significativo porque, si bien no parece poner en tela de juicio el carácter discrecional de la adjudicación, subraya con denuedo las vías de control de la discrecionalidad —control de los elementos reglados, control de los hechos determinantes y, finalmente, el enjuiciamiento de la actividad administrativa a la luz de los principios generales del Derecho—, haciendo un especial hincapié en el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE):

---

[43] STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 8 de julio de 2005; recurso núm. 511/2002. Ponente: BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. EDJ 2005/113718.

[44] STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) núm. 1267/2007, de 24 de julio de 2007, recurso núm. 1296/2001. Ponente: IRUELA JIMÉNEZ, M.ª de los Desamparados. EDJ 2007/221310.

[45] STSJ Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) núm. 953/2007, de 29 de junio de 2007; recurso núm. 1049/2003. Ponente: SALTO VILLÉN, Francisco. EDJ 2007/198088.

[46] STS (Sala 3.ª) de 11 de junio de 1991. Ponente: DELGADO BARRIO, Francisco Javier. EDJ 1991/6170.

«…principio éste que aspira a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad los intereses generales (art. 103.1 de la Constitución) y más específicamente, en lo que ahora importa, a que esa actuación venga inspirada por las exigencias de los "principios de buena administración"», de suerte que «la legitimidad de la actuación de una potestad discrecional no deriva sin más de su naturaleza discrecional, sino de la racionalidad de su contenido en relación con la base de hecho que integra la causa del acto administrativo».

Pese a esa aparente asunción de la discrecionalidad insita en la adjudicación, la propia Sentencia se encarga de recalcar que el término «proposición más ventajosa» encierra un concepto jurídico indeterminado que *«en cuanto tal admite una única solución justa, lo que excluye la figura de la discrecionalidad, caracterizada por la viabilidad de varias soluciones diferentes. En los conceptos jurídicos indeterminados, entre una zona de certeza positiva y otra de certeza negativa, puede haber una parcela de incertidumbre o penumbra dentro de la que se reconoce a la Administración un cierto margen de apreciación».*

Se cierra así la gran paradoja, tan común en los conflictos suscitados con ocasión de actos de adjudicación: partiendo de una discrecionalidad que parece asumida sin discusión, toda la argumentación jurídica que le sigue se dirige a asentar con vigor una fiscalización de plena jurisdicción (esto es no meramente anulatoria del acto administrativo, sino llegando al reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas), que empieza por desmontar el propio carácter discrecional de la potestad ejercitada.

La virtualidad del propio control explica la importancia de la motivación de la resolución adjudicadora y así lo ha subrayado la jurisprudencia [47]:

«Por tanto, la Ley establece dos aspectos para facilitar el control judicial de la discrecionalidad técnica, cuya apreciación corresponde a la Administración, bien a través de los criterios para la adjudicación del concurso, que deben ser objetivos y establecerse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, bien a través de la motivación de la resolución, que debe hacer referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuran en el pliego. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de

---

[47] Sobre la trascendencia de la motivación y su relación con los principios de igualdad y transparencia, las recientes SSTJCE de 9 de septiembre de 2010, Asunto T-63/06, Asunto T-300/07 y Asunto T-387/08 (todos ellos suscitados por Evropaïki Dynamiki — Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE contra la Comisión Europea) señalan:

«[…] la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, apartado 63 y jurisprudencia citada).

Por otra parte, la obligación de motivación constituye una formalidad sustancial que debe distinguirse de la cuestión del fundamento de la motivación, pues ésta pertenece al ámbito de la legalidad del acto controvertido en cuanto al fondo (sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 2001, Francia/Comisión, C-17/99, Rec. p. I-2481, apartado 35; sentencias del Tribunal General de 12 de noviembre de 2008, Evropaïki Dynamiki/Comisión, T-406/06, no publicada en la Recopilación, apartado 47, y VIP Car Solutions/Parlamento, citada en el apartado 45 anterior, apartado 63)» (STJCE de 9 de septiembre de 2010, Asunto T-300/07, puntos 46 y 47).

1991 "ciertamente en la decisión de un concurso, la elección de la proposición más ventajosa, no se ha de hacer sólo con criterios económicos, sino atendiendo además a otros datos que puedan asegurar el buen fin del contrato. Pero la justificación del concreto contenido de un acto discrecional no puede basarse en el dato de la discrecionalidad aceptado por los participantes en el concurso. La actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad"» (SAN de 28 de marzo de 2007 [48]).

«En cuanto a la fase de adjudicación, […] el concurso se adjudicará tras motivar en todo caso, con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego. Constituye pues, la motivación, conforme al artículo 54.2 Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por la mesa de contratación para, en su caso, impugnar la adjudicación; la motivación de la decisión habrá de ser razonada y fundada con arreglo a los criterios del pliego» (STSJ País Vasco de 21 de febrero de 2007 [49]).

VI. SÍNTESIS FINAL

El devenir de la contratación administrativa muestra una tendencia evidente a la objetivación de la adjudicación y la consiguiente (y ostensible) reducción de la discrecionalidad, proyectándose esta circunstancia en tres vertientes:

a) La determinación de los criterios de adjudicación; parcela ésta que ha venido a erigirse en auténtico reducto de discrecionalidad administrativa, con el límite, claro está, del debido respeto a los principios de la contratación pública (igualdad, transparencia, libre concurrencia...), amén del conformado por la propia ligazón de los criterios con el objeto contractual.

b) La ponderación de los criterios aplicada a las proposiciones de los licitadores, operación presidida por la denominada discrecionalidad técnica y respecto de la cual el alcance del control judicial es el indicado en apartados anteriores.

c) La adjudicación propiamente dicha a favor de la oferta económicamente más ventajosa y en la que, a la vista de la evolución normativa y la interpretación jurisprudencial, el margen de «libertad» del órgano de contratación es prácticamente inexistente.

A nuestro juicio este acrisolamiento de las diversas operaciones trabadas a la adjudicación y su tránsito hacia lo reglado (o, cuando menos, al creciente automatismo) es, sin duda, positivo porque propicia el acceso a la

---

[48] SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 28 de marzo de 2007; recurso núm. 391/2006. Ponente: MATEO MENÉNDEZ, Fernando de. EDJ 2007/18944.

[49] STSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) núm. 100/2007, de 21 de febrero de 2007; recurso núm. 2491/2003. Ponente: DÍAZ PÉREZ, M.ª del Mar. EDJ 2007/31254.

contratación pública en condiciones de igualdad; y, sobre todo, porque hace posible una fiscalización judicial de mayor calado.

No olvidemos que la idea con la que comenzábamos este estudio halla plena vigencia tanto en la normativa como en la propia actividad jurisdiccional: nos referimos al carácter garantista de la adjudicación y su indisoluble ligazón con los principios de publicidad y concurrencia. En este sentido, no hay apartado de la regulación contractual en el que la igualdad de oportunidades tenga una presencia comparable a la verificable en las normas sobre la adjudicación de contratos.

María Calvo Charro★

El derecho a un cielo oscuro. Prevención y corrección de la contaminación lumínica

Sumario: RESUMEN.—I. INTRODUCCIÓN. QUÉ ES LA CONTAMINACIÓN LUMÍNICA.—II. DAÑOS PROVOCADOS POR LA CONTAMINACIÓN LUMÍNICA.—2.1. Dificultad para la observación astronómica e investigación astrofísica.—2.2. Contaminación atmosférica y derroche de energía.—2.3. Daños sobre la biodiversidad.—2.4. Daños sobre la salud de las personas.—2.5. Perjuicios para la seguridad.—III. EL CIELO NOCTURNO COMO PARTE DE NUESTRO MEDIO AMBIENTE. EL DERECHO AL DISFRUTE DEL PAISAJE NOCTURNO.—IV. EL COSMOS COMO PARTE DE NUESTRO PATRIMONIO CULTURAL.—V. EL DERECHO A LA SALUD Y A LA INTIMIDAD FAMILIAR Y DOMICILIARIA.—VI. MEDIDAS NORMATIVAS Y ADMINISTRATIVAS PARA UN USO RACIONAL DEL CIELO ESTRELLADO.—VII. LA PROTECCIÓN DEL CIELO OSCURO EN EL ÁMBITO ESTATAL.—7.1. Ley 31/1988, de 31 de octubre, de Protección de la Calidad Astronómica de los Observatorios del Instituto de Astrofísica de Canarias.—7.2. La Evaluación de Impacto Ambiental.—7.3. La Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera.—7.4. El Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior.—7.5. Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España 2004-2012. Plan de Ahorro y Eficiencia Energética 2008-2011.—VIII. DEFENSA DEL CIELO OSCURO EN LAS CCAA. LAS NORMAS ADICIONALES DE PROTECCIÓN.—IX. LA PROTECCIÓN DEL CIELO OSCURO POR LOS ENTES LOCALES.—X. LA EDUCACIÓN AMBIENTAL. UNA TAREA PENDIENTE.

RESUMEN

La contaminación lumínica es el resplandor producido por la luz artificial que se escapa hacia el cielo, procedente principalmente del alumbrado ineficiente, produ-

★ Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid.

Este artículo ha sido escrito en el marco del proyecto de investigación, dirigido por L. Parejo Alfonso, El derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Código: 2010/00023/00.

ciendo, entre otros perjuicios, aumento del gasto energético y económico, inseguridad vial, dificultades para el tráfico aéreo y marítimo, daño a los ecosistemas nocturnos y perjuicios para la salud. Es urgente proteger el cielo nocturno de la intrusión de la luz artificial, atendiendo a los beneficios que reporta para la ciencia, la cultura, la educación, el medio ambiente, la salud y la gestión responsable de los recursos energéticos. Asimismo es preciso reconocer el derecho a un cielo nocturno no contaminado que permita disfrutar de la contemplación del firmamento, como un derecho inalienable de la Humanidad, equiparable al resto de los derechos ambientales, sociales y culturales, atendiendo a su incidencia en el desarrollo de todos los pueblos y a su repercusión en la conservación de la diversidad biológica. La normativa estatal, autonómica y local, así como de las medidas administrativas capaces de incidir en la prevención y corrección de la contaminación lumínica siguen siendo hasta el momento insuficientes.

I. INTRODUCCIÓN. QUÉ ES LA CONTAMINACIÓN LUMÍNICA

> *«Las personas de las generaciones futuras tienen derecho a una Tierra indemne y no contaminada, incluyendo el derecho a un cielo puro».*
>
> Declaración universal de los derechos
> de las generaciones futuras (UNESCO, 1992).

Una de las experiencias más relajantes y hermosas es la observación de los astros en un inmenso cielo oscuro. En el hemisferio sur se encuentran algunos de los objetos celestes más fascinantes. Algunas de estas maravillas de la naturaleza cósmica son observables desde nuestras latitudes, como, por ejemplo, la Gran Nebulosa de Orión o las nebulosas de la Trífida y la Laguna [1]. Sin embargo, el disfrute y estudio de estas formaciones se está viendo alterado en las últimas décadas por un nuevo fenómeno humano: la contaminación lumínica. El resplandor producido por la luz artificial que se pierde y se escapa hacia el cielo procedente principalmente del alumbrado —público y privado— ineficiente, ilumina las partículas de agua y polvo que el aire contiene en suspensión y forma un inmenso globo de luz dirigido hacia el firmamento, eliminando la oscuridad natural de la noche e impidiendo la observación de las estrellas [2].

España, por su ubicación geográfica, es un magnífico observatorio astronómico pero, por ejemplo, en el cielo de Madrid prácticamente sólo brilla la luna. Eclipsadas por las luces de la ciudad, estrellas como *Sirio, Procyon, Espica, Régulo* y *Arcturi* y las constelaciones de *Orión, Leo* o *Virgo* han desaparecido del firmamento. En las noches despejadas con algo de suerte, resplandecen *Júpiter*

---

[1] MENDIOLAGOITIA, A., «Observaciones de las regiones circumpolares», *Revista Agrupación Astronómica de Madrid,* julio-agosto-septiembre, núm. 3, 1999.

[2] La abundancia de partículas en suspensión aumenta la dispersión de la luz, de manera que cuanto más contaminado está el aire de una ciudad más intenso es el fenómeno de la contaminación lumínica.

y *Venus*[3]. Podemos afirmar, utilizando las palabras de Bertrand Russell, que *«hemos borrado los cielos»*[4].

Un alumbrado exterior ineficiente y mal diseñado, la utilización de proyectores y cañones láser, la inexistente regulación de un horario de apagado de iluminaciones publicitarias, monumentales u ornamentales, son algunas de las prácticas incorrectas que generan este problema cada vez más extendido.

II. DAÑOS PROVOCADOS POR LA CONTAMINACIÓN LUMÍNICA

Todavía existe escasa conciencia social sobre los perjuicios que genera la contaminación lumínica. Aumento del gasto energético y económico, inseguridad vial, dificultades para el tráfico aéreo y marítimo, daño a los ecosistemas nocturnos y perjuicios para la salud, son algunos de ellos.

2.1. Dificultad para la observación astronómica e investigación astrofísica

Desde principios de este siglo y por vez primera en la historia, la visión nocturna de nuestro firmamento está siendo amenazada por la creciente iluminación de los asentamientos urbanos. La contaminación lumínica sobre los cielos de nuestros pueblos y ciudades nos impide contemplar uno de los espectáculos más hermosos de la naturaleza.

Las quejas iniciales surgieron de Asociaciones de Astrónomos[5]. La luminiscencia presente en el campo visual de un observatorio astronómico comporta un velo luminoso que, reduciendo el contraste en la bóveda celeste, vuelve dificultosa la visión de las estrellas, patrimonio natural y cultural, con la consiguiente pérdida de percepción del Universo[6].

---

[3] La contaminación lumínica en Madrid tiene unas características que la diferencian de otras ciudades. Sólo con alejarnos unas decenas de kilómetros se observa encima de la ciudad un inmenso «globo luminoso» de unos 20 km de altura y unos 40-50 km de anchura que no es otra cosa más que luz innecesaria perdida hacia el cielo.

[4] Bertrand RUSSELL, a principios del siglo xx tuvo la sensibilidad suficiente para percibir el daño que el alumbrado eléctrico podía causar a los cielos estrellados. Dada la belleza de sus palabras y profundidad de sus pensamientos transcribo parte del texto perteneciente a su libro *Elogio de la Ociosidad: «La mayoría de nosotros nunca ha visto un cometa. Yo he visto dos, pero eran mucho menos impresionantes de lo que yo había esperado. La causa del cambio en nuestra actitud no es únicamente el racionalismo, sino el alumbrado artificial. En las calles de una ciudad moderna, el cielo oscuro es invisible; en los distritos rurales, viajamos en vehículos con potentes faros. Hemos borrado los cielos, y sólo unos pocos científicos siguen atendiendo a las estrellas, los planetas, los cometas y los meteoritos. El mundo de nuestra vida diaria es más artificial que en cualquier época anterior. En ello hay un menoscabo, así como una ventaja: el hombre en la seguridad de su poder, se está haciendo superficial, arrogante y un poco loco…»* (Bertrand RUSSELL, *Elogio de la Ociosidad,* ed. Edhasa, Barcelona, 2000, pp. 242-243).

[5] La *Dark Sky Association* constituye el organismo mundial de estudio de la contaminación luminosa más importante, ubicado en los EEUU desde los años 50 para combatir este fenómeno.

[6] En 1998, la Agrupación Astronómica de Madrid inició una campaña denominada *«Cielo Oscuro»* que resultó bien acogida por los ciudadanos y los medios de comunicación. Ese mismo año, el Presidente

En España los Observatorios del Instituto de Astrofísica de Canarias en las islas de La Palma y Tenerife, son considerados los mejores de Europa[7]. Asimismo, Andalucía cuenta con dos observatorios astronómicos ópticos de muy alto nivel científico, los observatorios de Sierra Nevada (Granada) y Calar Alto (Almería).

2.2. Contaminación atmosférica y derroche de energía

La transformación de la noche en día favorece la contaminación atmosférica y, en consecuencia, el denominado efecto invernadero y el cambio climático, pues el uso de luminarias inadecuadas ocasiona la emisión de sustancias contaminantes a nuestra atmósfera[8]. En los fluorescentes el vapor de mercurio utilizado es altamente tóxico, tanto al hacer la bombilla como al destruirla cuando se funde y, en consecuencia, su uso debería ser desechado pues existe otro material alternativo mucho menos dañino: el vapor de sodio[9].

Es también evidente que al producir electricidad se está generando contaminación en las centrales térmicas, ya que al quemar hidrocarburos —tanto fueloil como carbón— se genera CO_2. El despilfarro de luz constituye una contaminación gratuita o en balde. La contaminación lumínica provoca un elevado gasto energético innecesario, ya que toda luz que supera la horizontal es luz desaprovechada y, por lo tanto, energía malgastada que se precisa para otros cometidos. Este problema favorece también el cambio climático, por lo que España, antes de firmar el Protocolo de Kioto, hubo de comprometerse a adoptar políticas de ahorro energético. El seguimiento de tales medidas corresponde al Consejo Nacional del Clima[10], responsable directo de la elaboración y aplicación de la *Estrategia Nacional frente al Cambio Climático*, en la que el Gobierno se comprometió, presionado por Asociaciones ecologistas y de astrónomos, a combatir el problema de la contaminación lumínica

---

de la Agrupación presentó una queja ante el Defensor del Pueblo por estimar que el Ayuntamiento de Madrid incumplía la normativa municipal en política de alumbrado. No siendo apreciada irregularidad alguna al respecto por la mencionada institución pública.

[7] Es reconocida internacionalmente la excepcional calidad del cielo de las islas, lo que las convierte en uno de los lugares más idóneos del planeta (junto con Chile y Hawái) para efectuar investigaciones astronómicas.

[8] El calentamiento terrestre está especialmente ligado a la emisión de gases de combustión de los derivados del petróleo, los combustibles más habituales en la actualidad, a lo que se suma la deforestación de grandes zonas del planeta, pero también el uso excesivo e irresponsable de la energía eléctrica en el alumbrado de exteriores constituye una nueva causa coadyuvante del efecto invernadero.

Así, por ejemplo, para el alumbrado de las aceras se suelen utilizar lámparas de 250 watios, que lanzan casi el 60% del flujo luminoso al cielo, aprovechando sólo el 20% de la luz que sale de la bombilla, sirviendo más para iluminar fachadas y ventanas que el propio suelo. En la Comunidad de Madrid se estima la existencia de un gasto energético no necesario de 15.000 euros anuales.

[9] Las lámparas de vapor de mercurio gastan un 70% más que las de vapor de sodio de alta presión y un 140% más que las de vapor de sodio de baja presión. Entre las luminarias más adecuadas, podemos citar, por ejemplo, el doble farol de alta eficiencia con bombilla horizontal. Este tipo de iluminación ha sido ya instalada en determinadas áreas del Municipio de Madrid (Paseo de Extremadura; Vía Lusitana; Francos Rodríguez; Alcalá y Avda. de Daroca en Vicálvaro).

[10] Real Decreto 177/1998 de 16 de febrero.

mediante la previsión de políticas y medidas concretas frente a la emisión de gases de efecto invernadero en España, incluyendo obligaciones para todas las Administraciones públicas, así como la cooperación del sector privado.

2.3. Daños sobre la biodiversidad

Los seres vivos, desde su aparición sobre la tierra, han ido adaptando sus procesos biológicos de acuerdo con la alternancia día-noche. Dado que la percepción de este fenómeno es desigual según la latitud, las distintas especies se han acomodado a la singularidad de su hábitat. Cualquier perturbación en esta alternancia puede originar distorsiones cuyo alcance desconocemos pero que posiblemente ocasionarán la extinción de algunas especies y la aparición de nuevas exigencias adaptativas para las demás.

Los daños se reflejan especialmente en las aves que huyen de nuestras ciudades asustadas por los focos luminosos [11]. También determinados chorros de luz lanzados directamente al cielo (usados normalmente por discotecas y grandes plataformas comerciales a modo de reclamo) ocasionan problemas en sus desplazamientos migratorios, siendo causa de mortandad en ciertas especies que al perder la orientación, chocan con obstáculos debido al deslumbramiento. Otros pájaros atraídos por la luz de los rascacielos, de las torres de radiotransmisión, de monumentos y de otras estructuras altas, revolotean sin cesar en torno a la luz hasta que caen por el cansancio o por el impacto con alguna superficie [12].

También esa potente iluminación ocasiona alteraciones en los ecosistemas periurbanos, ya que provoca que los insectos, atraídos por las luces, se desplacen hasta las áreas iluminadas, dejando sin alimento a las aves insectívoras de las afueras [13]. La flora se ve asimismo claramente afectada al disminuir los insectos que realizan la polinización de ciertas plantas, lo que indirectamente podría afectar además a la productividad de determinados cultivos. Y además la prolongación de la fotosíntesis inducida por la luz artificial produce creci-

---

[11] En Canarias las denominadas pardelas, aves protegidas, se deslumbran y mueren por este tipo de instalaciones según reflejan recientes estudios ormitológicos.

[12] En Canadá, para encontrar soluciones a este problema se fundó en 1993 la FLAP (Fatal Lighting Awareness Programme). Los socios del FLAP, entre otras actividades, patrullan el centro financiero de Toronto recogiendo los pájaros todavía vivos después de un accidente para liberarlos una vez curados en zonas no peligrosas. Además llevan un control del número de pájaros que mueren debido a la contaminación lumínica: en un fin de semana, en particular, se detectaron 10.000 casos. (www.flap.org).

[13] En relación con la protección de la biodiversidad, la Estación Biológica de Doñana ha puesto en marcha un programa pionero en Europa. La Infraestructura Científica y Tecnológica Singular (ITCS) ha estrenado este sistema para luchar contra la contaminación lumínica en la zona. La estructura se basa en una lente de ojo de pez y en un conjunto de filtros y elementos electrónicos de alta sensibilidad que registran el impacto lumínico en la bóveda celeste en el periodo de tiempo requerido. El sistema, denominado Astmond, es el primero que cataloga la intensidad y características de la contaminación lumínica. Después de su implantación en Doñana, el sistema se instalará en otros recintos científicos y observatorios astronómicos españoles para el seguimiento de la calidad de la visión nocturna. De esta forma se contribuirá al desarrollo medio ambiental de zonas de interés científico.

mientos anormales y un desfase en los periodos de floración y de descanso vegetativo [14].

La proyección de luz artifical en el medio natural provoca además otros perjuicios no tan conocidos o evidentes. Así, por ejemplo, se ocasiona una alteración de los ciclos de ascenso y descenso del placton marino, lo que afecta a la alimentación de las especies marinas que habitan en la cercanía de las costas. También encontramos incidencias desfavorables sobre el equilibrio poblacional de las especies, porque algunas son ciegas a ciertas longitudes de onda de luz y otras no, con lo cual las depredadoras pueden prosperar mientras se extinguen las depredadas.

Los efectos negativos sobre la calidad atmosférica de los cielos nocturnos en los espacios naturales, causados por el incremento de las emisiones y la intrusión de la luz artificial, afectan gravemente a muchas especies, hábitats y ecosistemas. El control de la contaminación lumínica debe por lo tanto ser un requisito básico en las políticas de conservación de la naturaleza, incorporando esta dimensión en la gestión de las áreas protegidas, garantizando de forma más efectiva la protección del medio natural y la conservación de la diversidad biológica.

2.4. Daños sobre la salud de las personas

La intromisión de luz en las viviendas durante las horas de sueño debido a la iluminación de ciertas fachadas y ventanas de edificios con luminarias incorrectamente direccionadas —muchos globos de luz quedan justamente a la altura de las ventanas de algunas viviendas— supone una intromisión en la vida privada de las personas afectadas que puede llegar a ocasionar daños a la salud, como el insomnio, con otros efectos indirectos, como alteraciones en el trabajo y rendimiento o problemas de fatiga, capaces de alterar finalmente al sistema nervioso central [15].

2.5. Perjuicios para la seguridad

El exceso de luz ocasiona fatiga visual, reduce la recepción y, en consecuencia, aumenta el riesgo de accidentes de tráfico, además de disminuir la seguridad vial [16]. El modelo luminotécnico vigente prima el deslumbramiento porque se basa en la falsa creencia de que el exceso de luz incrementa la visibilidad, cuando en realidad el resultado es precisamente el contrario. Luz excesiva mal dirigida y buena visibilidad son términos opuestos.

---

[14] Datos obtenidos de http://www.astrogea.org/celfosc/contaminacio_luminica.htm

[15] La Ley 14/1986 General de Sanidad de 25 de abril, enumera en su artículo 19.2 los elementos que integran la sanidad ambiental, entre los que cita la vivienda.

[16] Sobre la seguridad vial y el uso de la luz es interesante el estudio realizado por el Departamento de Justicia de Estados Unidos: U.S. Department of Justice, Study of Street Lighting and Crime; Information Sheet 63; January 1998.

III. EL CIELO NOCTURNO COMO PARTE DE NUESTRO MEDIO AMBIENTE. EL DERECHO AL DISFRUTE DEL PAISAJE NOCTURNO

El artículo 45 de nuestra Constitución reconoce el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. Por su ubicación en el Texto Constitucional estamos ante un Principio Rector de la Política Social y Económica y, en consecuencia, qué debamos entender por medio ambiente queda en manos del legislador [17]. No obstante, sin necesidad de intervención legislativa, del párrafo segundo se deriva que, en cualquier caso, el medio ambiente consagrado constitucionalmente se halla integrado por «*todos los recursos naturales*» [18], en consecuencia: el agua, la atmósfera, el suelo, el subsuelo, la flora, la fauna y, por qué no, también los astros [19].

Parte de la doctrina, sobre la base del Convenio sobre la Biodiversidad [20], entiende por recursos naturales únicamente aquellos que posean *«valor o utilidad potencial para la humanidad»* [21]. Lo que sin duda sucede con los astros o cuerpos celestes, en la medida en que la visión del cielo nocturno genera valiosos beneficios inmateriales: placer estético, sensación de equilibrio y calma, bienestar psíquico. Sin olvidar que cabe asimismo un aprovechamiento intelectual y científico que debe ser muy tenido en cuenta.

El medio ambiente, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, es un concepto dinámico y flexible que ha ido ampliándose con los años y con la progresiva toma de conciencia de los problemas medioambientales: *«Se trata de un concepto estructural cuya idea rectora es el equilibrio de sus factores, tanto estático como dinámico, en el espacio y en el tiempo…» (STC 102/95)*. En palabras de Ortega Álvarez, el derecho al medio ambiente se caracteriza, entre otros rasgos, por su «historicidad», es decir, tiene un componente temporal ligado al cambio de las circunstancias que afectan al ciclo de la vida [22].

Son muchas las leyes, estatales y autonómicas, que están colaborado a la clarificación del concepto. En un primer momento, la normativa aprobada tendía principalmente a la protección de aquellos recursos naturales determinantes para la propia existencia del ser humano: *«…Hay dos bienes de la naturaleza, el aire o la atmósfera y el agua, cuyo carácter de recurso vital y escaso hemos reconocido con una posición peculiar...»* [23], y a la regulación de actividades que pudieran asimismo afectar a su salud y bienestar: contaminación, residuos, vi-

---

[17] De conformidad con el artículo 53.3 CE: *«El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen»*.

[18] Art. 45.2 CE: *«Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales…»*

[19] La STC 102/95 señala que *«La Constitución, en su artículo 45, nos brinda algunos elementos del medio ambiente, los recursos naturales, aun cuando tampoco los enumere o defina»*.

[20] Convenio de Río de Janeiro sobre la Diversidad Biológica, 5 de junio de 1992.

[21] Vid. al respecto MARTÍN MATEO, R. Tratado de Derecho Ambiental, Vol.III, ed. Trivium, 1997, p. 18-19.

[22] ORTEGA ÁLVAREZ, L. El concepto de medio ambiente, en la obra colectiva: Lecciones de Derecho del medio ambiente, ed. Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 49. 22

[23] SSTC 227/1988 y 102/1995.

braciones y ruidos, entre otras. Sin olvidar asimismo la necesidad de preservar determinados recursos para que las generaciones futuras pudieran disfrutarlos, dotando así de una regulación precisa a la flora y la fauna [24]

Pero actualmente la defensa del medio ambiente debe incluir también un plano estético, dedicado a la defensa del paisaje, que abarca tanto el entorno natural, como el patrimonio histórico-artístico [25]. Como señaló el Tribunal Constitucional, «*la protección de los valores estéticos del paisaje es también protección del medio ambiente*» [26].

Nuestra Constitución no contiene ninguna referencia expresa al paisaje en su artículo 45 [27] . Lo que sí podíamos observar sin embargo en el Anteproyecto de nuestro texto fundamental que atribuía a los poderes públicos la obligación de velar *«por la utilización racional de los recursos naturales, la conservación del paisaje y la protección y mejora del medio ambiente»*.

Ha sido el legislador el que, en su labor de desarrollo del artículo 45 CE, ha ido incluyendo un derecho al paisaje inmerso en el derecho global al disfrute de un medio ambiente adecuado [28].

La protección del factor estético de la naturaleza fue una de las principales pretensiones de nuestra incipiente legislación medioambiental de principios del siglo XX. La pionera Ley de Parques nacionales de 1916, entendía por tales «*…aquellos sitios o parajes excepcionalmente pintorescos, forestales o agrestes del territorio nacional que el estado consagra declarándoles tales, con el exclusivo objeto de favorecer su acceso por vías de comunicación adecuadas y de respetar y hacer que se respete la belleza natural de sus paisajes…*». En la misma línea, la Constitución de la 2ª República, marcó un periodo de buenas intenciones en el campo de la protección de la naturaleza proclamando la obligación del Estado de proteger *«…también los lugares notables por su belleza natural.…»* [29], haciendo patente un concepto estético y artístico de la naturaleza, debido realmente a que no era preciso otro tipo de protección, dada la inexistencia aún por entonces de un contexto general agresivo de los valores naturales [30].

---

[24] En palabras del TC: *«No sólo la fauna, sino también la flora forman parte de este conjunto cuyo soporte físico es el suelo (y el subsuelo) que puede ser visto y regulado desde distintas perspectivas…»* (STC 102/1995).

[25] Giannini, *Primi rivieli sulle nozioni di gestioni del l'ambiente e del territorio,* Riv. Trimestrale de Diritto Pubblico, n.º 2, 1975, p. 486.

[26] STC 61/1997 de 20 de marzo.

[27] La Constitución Italiana de 1947 propugna, en tanto que fin encomendado a los poderes públicos, la salvaguardia del paisaje (ex. art. 9), amparando únicamente el valor estético o superficial de la naturaleza. Lo mismo podemos decir de la Ley Fundamental de Bonn, que hace referencia al paisaje como sinónimo de medio ambiente.

[28] Vid. al respecto MARTÍNEZ NIETO, A. La protección del paisaje en el derecho español, AA, n.º 33, 1993.

[29] Fueron la Real Sociedad Española de Historia Natural y el Museo Nacional de Ciencias Naturales las entidades que primero intervinieron en algunos casos concretos de defensa de lugares hermosos o especies que corrían el riesgo de desaparecer a largo plazo.

[30] Martín-Retortillo señala cómo en los orígenes de la protección jurídica del paisaje se encuentra un Decreto de Napoleón III, del 13 de agosto de 1861, para asegurar la protección de los bosques de Fontaineblau, aprobado precisamente a petición de los pintores de la escuela de Barbizón. MARTÍN-RETORTILLO, L. Méritos o Botín y otros relatos jurídicos de la democracia, ed. Aranzadi, Madrid, 2000, p. 334.

Asimismo, la Ley de 13 de mayo de 1933 sobre el Patrimonio Artístico Nacional, al referirse a los objetos dignos de inclusión a efectos de protección en el Catálogo de Monumentos Histórico-Artísticos, citaba junto a edificios y conjuntos urbanos, también a los *«parajes pintorescos»* [31]. Concepto posteriormente recogido en la Ley 16/1985 de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español.

En definitiva, superados (al menos legislativamente) los graves problemas iniciales que afectaban a las necesidades básicas humanas (depuración de aguas, calidad del aire...) estamos presenciando un refinamiento del concepto de medio ambiente que incluye también la belleza en sí, el paisaje [32]. El Tribunal Constitucional así lo reconoció en su Sentencia 102/1995, al afirmar que *«… ligado a todo lo ya inventariado está el paisaje, noción estética, cuyos ingredientes son naturales —la tierra, la campiña, el valle, la sierra, el mar— y culturales, históricos, con una referencia visual, el panorama o la vista…y que, por ello, ha de incorporarse al concepto constitucional del medio ambiente…»*. El paisaje entendido no sólo como *«una realidad objetiva sino un modo de mirar distinto en cada época y cultura»*. Lo que deja abierta la puerta a la inclusión en tal concepto del paisaje nocturno: las estrellas, los planetas, los astros [33].

Asentada en la actualidad la defensa del paisaje natural diurno, luchando contra lo que en afortunada expresión ARAUJO podemos denominar *«contaminación visual»* [34] o el afeamiento de un entorno de por sí bello [35] el siguiente paso a dar consistiría en garantizar la defensa del paisaje nocturno, es decir, del cielo estrellado, pues tiene la misma fundamentación: la defensa de la estética natural hermosa en beneficio del bienestar, tanto físico, como espiritual o psíquico del ser humano.

Habida cuenta de que la noche estrellada forma parte integrante del paisaje que la población de cada territorio percibe, incluyendo las áreas urbanas, se considera necesario que las políticas de paisaje desarrolladas en los diferentes ordenamientos jurídicos incorporen las normas correspondientes orientadas a la preservación de la calidad del cielo nocturno, permitiendo así garantizar el derecho de todos a la contemplación del firmamento. Además los espacios pertenecientes a la Red Mundial de Reservas de la Biosfera,

---

[31] La Disposición Transitoria 8.ª de la Ley del Patrimonio Histórico Español dispone que los parajes pintorescos conservarán la condición de Bienes de Interés Cultural. Vid. también al respecto el artículo 9.2 de la Ley 10/1966 de 18 de marzo de expropiaciones eléctricas referente al establecimiento de instalaciones eléctricas que puedan afectar a parajes pintorescos.

[32] Esta evolución la podemos contemplar asimismo en el ámbito internacional. Así, mientras en la Conferencia de Estocolmo de 1972 se consideraron objeto de protección medioambiental los recursos naturales del Planeta: tierra, aire, agua y flora, posteriormente, en la Conferencia de Río de 1992, se proclamó la necesaria defensa de *«la naturaleza integral e interdependiente de la Tierra»*.

[33] El cambio de las necesidades humanas en relación con la naturaleza a lo largo de la historia lo plasma con detalle JAQUENOD, S. en su obra: Derecho ambiental. Información. Investigación, ed. Dykinson, 1997, pp. 16 y ss.

[34] ARAUJO, J. *Ecos-lógicos*, ed. Maesa, Madrid, 2000, p. 62.

[35] Vid. al respecto MARTÍN MATEO, R. Tratado de Derecho Ambiental, vol. III, Trivium, 1997, pp. 503 y ss. Y la interesante conferencia impartida por el profesor MARTÍN-RETORTILLO, L. Problemas jurídicos del paisaje, recogida en el libro: *Méritos o Botín y otros retos jurídicos de la democracia*, ed. Aranzadi, Madrid, 2000.

los Sitios Ramsar, los declarados Patrimonio de la Humanidad, los Parques Nacionales o las Reservas Naturales que combinan valores excepcionales naturales o paisajísticos dependientes de la calidad del cielo nocturno, están llamados a integrar la protección de los cielos limpios como un factor clave que refuerza su función de conservación de la naturaleza.

IV. EL COSMOS COMO PARTE DE NUESTRO PATRIMONIO CULTURAL

El cielo ha sido y es una inspiración para toda la humanidad. Sin embargo, su contemplación se hace cada vez más difícil, incluso para las jóvenes generaciones empieza a resultar desconocido [36]. En las sociedades rurales, en épocas anteriores, la presencia del firmamento y sus fenómenos era algo con lo que tradicionalmente se convivía. Los ciclos cósmicos y su vinculación con la agricultura y la tradición han generado a lo largo de los tiempos un patrimonio cultural que está desapareciendo. Como señala HORTS, el conocimiento de las constelaciones, con todas las historias vinculadas a ellas; su posición en el cielo en relación con la época del año; su relación con las tareas agrícolas; la nomenclatura popular con la que se designaba a las estrellas y los astros; la posibilidad de observar fenómenos celestes como lluvias de estrellas, cometas y todo un tesoro de leyendas construido alrededor de la contemplación del firmamento, constituyen hoy una relación de cuestiones para el recuerdo [37].

Desde los mayas hasta los sumerios, desde los chinos hasta los egipcios, todas las civilizaciones, incluso muchas prehistóricas, según muestran algunos de los restos que nos han dejado, buscaron explicaciones de la voluntad divina en el cielo, creyeron poder atisbar el futuro por la posición de las estrellas y utilizaron referencias estelares para orientarse, determinar los ciclos estacionales de las cosechas, disponer de un calendario o regir sus ceremonias religiosas. La Humanidad ha observado siempre el firmamento para interpretarlo y para entender las leyes físicas que gobiernan el universo. Este interés en la astronomía ha tenido implicaciones profundas en la ciencia, la filosofía, las costumbres, y en nuestra concepción general del mundo.

El cielo nocturno es parte viva de nuestro legado patrimonial y de nuestra cultura cotidiana. Existen elementos más que suficientes para que el paisaje nocturno sea declarado *«Paisaje Cultural de la Humanidad»*, en concreto de los denominados «asociativos», es decir, aquellos elementos naturales asociados a la religión, creencias, el arte o la creación cultural general [38]. La *«Declaración sobre la defensa del cielo nocturno y el derecho a la luz de las estrellas»*,

---

[36] Declaración de la IAU/CSU/UNESCO sobre Reducción de impactos medioambientales adversos para la astronomía. París, 2 de julio de 1992.

[37] HORTS, P.: http://www.astrogea.org/celfosc/contaminacio_luminica.htm

[38] Vid. al respecto, la Convención para la Protección del Patrimonio Cultural y Natural (1972); así como el artículo 36 de la Guía Operativa para la Implementación de la Convención (1988).

firmada en la Isla de La Palma (2007)[39], considera urgente la necesidad de proteger los cielos nocturnos de la intrusión de la luz artificial atendiendo a los beneficios que reporta para la ciencia, la cultura, la educación, el medio ambiente, la salud y la gestión responsable de los recursos energéticos[40]. Y expresa la necesidad de reconocer el derecho a un cielo nocturno no contaminado que permita disfrutar de la contemplación del firmamento, como un derecho inalienable de la Humanidad, equiparable al resto de los derechos ambientales, sociales y culturales, atendiendo a su incidencia en el desarrollo de todos los pueblos y a su repercusión en la conservación de la diversidad biológica.

El acceso a la cultura (art. 44.1 CE); la protección del patrimonio histórico-artístico (art. 46 CE); la investigación científica y técnica (art. 44.2 CE); el derecho a emplear el tiempo de ocio libremente, de acuerdo con nuestras aficiones particulares (art. 43.3 CE); son principios rectores de la política social y económica que deberán ser tenidos en cuenta por los poderes públicos a la hora de proteger el cielo nocturno, ya que las constelaciones y todas las formaciones astronómicas constituyen parte de nuestro patrimonio cultural[41].

V. EL DERECHO A LA SALUD Y A LA INTIMIDAD FAMILIAR Y DOMICILIARIA

La mayoría del tiempo nocturno lo pasamos en las ciudades, por ello resulta prioritaria la defensa del medio ambiente urbano; brillantemente definido en su momento por el R.D. 1131/1988 de Evaluación de Impacto Ambiental, como: *«las condiciones de sosiego público»* a las que todo ciudadano tiene derecho. Para ello será preciso evitar los ruidos, vibraciones, olores o «*emisiones luminosas»* (ex.art. 6 REIA) que perturban la tranquilidad nocturna, empeorando nuestra calidad de vida[42].

Dado que los ciclos corporales se encuentran en sintonía con los ciclos naturales de la luz, es imprescindible hacer compatibles la iluminación de edificios singulares, aceras y carreteras, con el respeto a las personas que viven en su entorno. En estos supuestos podrían estar en juego tanto el derecho a la intimidad personal y familiar, como el derecho a la inviolabilidad del domi-

---

[39] En la que participaron representantes de la UNESCO, OMT, IAU, PNUMA-CMS, CE, SCDB, COE, Programa MaB y Convención Ramsar.

[40] En el 2009, Año Internacional de la Astronomía (3.ª Sesión de la Asamblea General de la UNESCO) el cielo nocturno fue definido como una herencia común y universal, y una parte integrante del ambiente percibido por la Humanidad.

[41] En la Convención sobre Patrimonio Mundial se realizó un llamamiento al esfuerzo internacional para conservar los recursos naturales y culturales únicos para las generaciones presentes y futuras (Convención, n.º 16, 1972, 27 U.S.T; T.I.A.S; n.º 8226).

[42] En la Comunidad Europea el 80% de la población reside en áreas urbanas. Por ello, programas de acción e iniciativas de organismos internacionales como Naciones Unidas, Banco Mundial, OCDE, Unesco y asociaciones no gubernamentales, inciden en la necesidad de dar un tratamiento prioritario al medio ambiente urbano.

cilio (art. 18 CE); así como el derecho subjetivo a la salud (ex. art. 43.1 CE) y a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47) en la medida en que reciban el desarrollo legal que para estos principios rectores exige el artículo 53 de la Constitución.

Esta posición ha sido asumida por parte de nuestra jurisprudencia en relación con el fenómeno de la contaminación acústica [43]. Y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con intromisiones de olores y ruidos en domicilios [44], en la sentencia del caso *López Ostra*, en la que consideró innegable que determinados daños al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio de tal modo que su vida privada y familiar se vea perjudicada [45]. El TEDH anudó la protección del medio ambiente al respeto del derecho a la vida privada y familiar y el derecho al domicilio afirmando que: *«Va de suyo que las vulneraciones graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio, de manera que dañe su vida privada y familiar, sin poner por ello en peligro grave la salud de la interesada»*.

Lo mismo podemos decir del asunto *Rayner* contra el Reino Unido, referido en este caso a ruidos, planteado ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, según la cual, «*la molestia sonora considerable puede, sin duda, afectar al bienestar físico del particular y, por consiguiente, perjudicar a su vida privada. Puede asimismo privar al particular de la posibilidad de disfrutar de las comodidades de su domicilio»* [46]. Además considera que este tipo de daños al medio ambiente son susceptibles de desvirtuar el derecho de propiedad constituyendo así una *«expropiación parcial»* del mismo [47].

También el derecho a la vida e integridad física (ex.art. 15 CE) podría verse afectado. Como mantiene BAÑO LEON, la vulneración de este derecho fundamental se produce no sólo cuando existe un daño efectivo, sino cuando es posible demostrar que la persona afectada está en una situación que objetivamente es de peligro, por estar suficientemente acreditado el daño que produce la exposición al factor de riesgo de que se trate. Constituye pues una defensa frente a situaciones que hacen probable la afectación a la salud [48]. Lo que sin duda puede llegar a suceder con la contaminación lumínica, pues los ciclos biológicos del ser humano están regulados por la alternancia del día y

---

[43] Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 10 de octubre de 1988 y del Tribunal Superior de Cataluña de 9 de abril de 1991; Auto del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1989 (R.3869); Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1990 (R.3650).

[44] En relación con las molestias ocasionadas por vertidos de aguas fecales, vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1989; R.3233.

Informe de la Comisión de 14 de octubre de 1992.

[45] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia López Ostra contra España del 9 de diciembre de 1994, serie A, n.º 303-C. En la misma línea vid. la Sentencia de 19 de febrero de 1998, n.º 735/1998, Asunto Anna María Guerra y otros contra Italia.

[46] Recurso n.º 9310/1981, resolución de 16 de julio de 1986, Resoluciones e Informes, n.º 47, p. 22.

Otros asuntos similares son el asunto Baggs contra Reino Unido (Decisión de la Comisión de 16 de octubre de 1985, DR n.º 44, p. 13) y el asunto Powell y Rayner (Sentencia de 21 de febrero de 1990, A.172).

[47] Informe de la Comisión de 14 de octubre de 1992.

[48] Baño León, J. M., La tutela judicial del medio ambiente, RAP, p. 623.

la noche, resultando la oscuridad natural nocturna indispensable para el logro de una salud equilibrada [49].

VI. MEDIDAS NORMATIVAS Y ADMINISTRATIVAS PARA UN USO RACIONAL DEL CIELO ESTRELLADO

Del mandato contenido en el párrafo segundo del artículo 45 CE se desprende con claridad que la protección del medio ambiente constituye una función pública. Como afirma PAREJO ALFONSO, la Constitución contempla un mandato-deber dirigido al poder público de actuar de manera positiva para la lograr una *«utilización racional de todos los recursos naturales»* [50].

El concepto de utilización racional plasmado en nuestro texto fundamental evoca el término de ecodesarrollo o desarrollo sostenido, una constante búsqueda del equilibrio entre la protección de la naturaleza y el desarrollo económico [51].

Para la corrección de la contaminación lumínica existen luminarias más eficaces que además ahorran costes y energía [52]. Las medidas a adoptar son variadas, realistas y económicamente rentables, pues la inversión económica necesaria para realizar los cambios se amortiza en menos de dos años con el descenso de consumo energético [53]. Así pues, en este concreto problema medioambiental, el ecodesarrollo es materialmente posible y económicamente rentable [54]. Un uso racional de la iluminación permitiría, entre otros, el logro de los siguientes beneficios: ahorro energético; mejor aprovechamiento de los recursos naturales; aumento de la seguridad vial y una mejor adaptación de la luz a la iluminación ambiente (mejor visión).

---

[49] Una de las consecuencias jurídicas inmediatas que se deriva de esta teoría, de importancia desde el punto de vista de los sujetos afectados, es la posibilidad de acceder directamente a la Jurisdicción e incluso al Tribunal Constitucional en defensa del derecho fundamental a la intimidad personal, familiar e inviolabilidad del domicilio (ex.art. 18 CE) y a la salud (art. 15). Lo que resultaría imposible si alegáramos el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, en la medida en que el artículo 45 CE constituye un Principio Rector de la Política Social y Económica, lo que impide su definición como derecho subjetivo y, sobre la base del artículo 53.3 CE, la interposición del recurso de amparo. No obstante, ciertos juristas, aun sin apoyo constitucional explícito alguno, se han esforzado por caracterizar el derecho al medio ambiente como fundamental, saludando la aparición de una tercera generación de derechos de esta índole precedida por los de justificación social y antecedida por los clásicos garantizadores de las libertades individuales. Vid. al respecto, MARTÍN MATEO, R. Tratado de derecho ambiental, vol. I, Madrid, ed. Trivium, 1991, p. 146 y ss.

[50] PAREJO ALFONSO, L., *Manual de Derecho administrativo*, ed. Ariel, Barcelona, 1991, p. 71.

[51] Según el Tribunal Constitucional: *«se trata en definitiva de un desarrollo sostenible, equilibrado y racional, que no olvida a las generaciones futuras, alumbrado en el año 1987 en el llamado informe Bruntland, con el título «Nuestro futuro común» encargado por la Asamblea General de las Naciones Unidas»* (SSTC 64/1982 y 102/1995).

[52] Se ha calculado que incluso cambiando el 100% de las luminarias por otras no contaminantes el periodo de amortización del cambio basado en el ahorro energético es de 1,7 años.

[53] En Tárrega (Lérida) se llevó a cabo un estudio piloto que permitió comprobar que el ahorro energético en un año es suficiente para asumir el coste de las adaptaciones de las infraestructuras. Y en el Ayuntamiento de Figueras (Gerona) se ha logrado un ahorro medio del 44% del consumo energético por medio de la aplicación del Plan Director para el Ahorro Energético en Alumbrado Público.

[54] Se calcula en unos 250 millones de euros el ahorro anual que se podría obtener con planes de alumbrado en la totalidad del territorio.

Los cinco criterios fundamentales necesarios para controlar la contaminación lumínica y lograr una iluminación eficiente, eficaz y de calidad deben responder con claridad a los siguientes principios:1) Control del flujo luminoso directo (¿qué iluminar?). 2) Control del flujo luminoso indirecto (¿cuánto iluminar?). 3) Elección de lámparas adecuadas (¿con qué iluminar?). 4) Optimización del proyecto luminotécnico (¿cómo iluminar?). 5) Gestión inteligente del alumbrado (¿cuándo iluminar?). Iluminando bien emplearemos menos dinero y energía, veremos mejor, conseguiremos una mayor calidad de vida y preservaremos el medio nocturno.

VII. LA PROTECCIÓN DEL CIELO OSCURO EN EL ÁMBITO ESTATAL

Las iniciativas legislativas deberían ir encaminadas a conseguir el siguiente objetivo: *utilizar menos luz para iluminar mejor*; teniendo en cuenta los siguientes factores: calidad de vida urbana, protección de la biodiversidad, ahorro energético y calidad del cielo nocturno para su observación. El objetivo prioritario debería ser el aprovechamiento al máximo de la energía, reduciendo considerablemente el consumo, remodelando el tipo de alumbrado, cambiando bombillas, variando su inclinación y utilizando dispositivos que eviten la dispersión de la luz fuera del área a iluminar.

Debería existir además un procedimiento administrativo rápido y eficaz con el que asegurar de forma eficiente e integradora la protección de los ciudadanos contra los efectos nocivos derivados de la contaminación lumínica en cualquiera de sus manifestaciones. En el plano de la ejecución o gestión el instrumento básico a tener en cuenta será el de la planificación por su carácter interdisciplinar y favorecedor de la participación de los intereses afectados.

En aquellas áreas todavía no afectadas por el problema de la contaminación lumínica —por tratarse evidentemente de zonas no urbanizadas— debería tenerse en cuenta la posibilidad de declarar *«áreas especialmente protegidas de cielo oscuro»*. Como sucede con los espacios objeto de protección especial previstos en la Ley 42/2007 del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, o con las denominadas *«áreas de especial protección sonora»* contempladas por la Ley 37/2003 de contaminación acústica. Consistiría en declarar determinados espacios, caracterizados por ser suelo no urbanizable, como espacios reservados para la contemplación científica y recreativa de las estrellas. Espacios que podrían coincidir con los declarados como especialmente protegidos [55].

[55] Se trata de una idea aplicada desde hace tiempo en Italia, que en su legislación sobre contaminación lumínica prevé la declaración de *«zonas de protección de los observatorios»,* ofreciendo además la posibilidad de aplicar los criterios de protección del cielo oscuro previstos para estas zonas en otros Municipios aunque se hallen ubicados fuera de las áreas de protección.

7.1. Ley 31/1988, de 31 de octubre, de Protección de la Calidad Astronómica de los Observatorios del Instituto de Astrofísica de Canarias

Su objetivo es garantizar la protección del observatorio astronómico de las islas de La Palma y Tenerife, el mejor de Europa, evitando la emisión de luz que supere la horizontal en los alumbrados de exteriores[56] —excepción hecha de las luces necesarias para garantizar la correcta navegación aérea y la iluminación de vehículos automóviles—[57].

El Reglamento de desarrollo de la Ley señala las luminarias autorizadas y las prohibidas —por ejemplo, las de vapor de mercurio—, así como los intervalos horarios en los que podrán funcionar —por ejemplo, el alumbrado ornamental deberá ser apagado a las doce de la noche—. Y, entre otras medidas, preceptúa la adaptación de los proyectos urbanísticos a una serie de medidas técnicas que minimicen o eliminen los efectos producidos por los sistemas de iluminación de las urbanizaciones o de cualquier otra actuación que requiera luz artificial[58].

Asimismo se exige a la Administración la solicitud de un informe técnico preceptivo del Instituto de Astrofísica de Canarias en los expedientes de solicitud de licencia de obras, así como en la puesta en funcionamiento y realización de las instalaciones de alumbrado de las distintas urbanizaciones. Corresponde también al Instituto, emitir informe preceptivo en todos los expedientes de solicitud de licencias para instalaciones de alumbrado exterior y establecimiento de industrias, actividades o servicios que hayan de situarse por encima de los 1.500 metros de altitud[59].

7.2. La Evaluación de Impacto Ambiental

Con carácter genérico la EIA constituye una herramienta de toma de decisiones orientada al futuro, un proceso de análisis encaminado a predecir e interpretar, así como a prevenir y minimizar los impactos ambientales que un proyecto o actividad podría producir sobre el medio afectado, en el supuesto de que se llevara a cabo, con el fin de establecer su aceptabilidad, modificación o rechazo por parte de la Administración autorizante de la actividad concreta.

Se trata de un conjunto de estudios y sistemas técnicos que permiten estimar los efectos que la ejecución de un determinado proyecto, obra o actividad causa sobre el medio ambiente: la población humana, la fauna, la flora, la ve-

---

[56] Alumbrado vial, ornamental, de parques, instalaciones deportivas, recreativas, anuncios luminosos, alumbrado de seguridad, escaparates de zonas comerciales y alumbrado exterior de viviendas (ex.art. 4 del Reglamento),

[57] Debiendo quedar, no obstante, salvaguardadas las necesidades de la Defensa Nacional, de conformidad con la Ley orgánica 6/1980.

[58] R.D. 243/1992 de 13 de marzo.

[59] Orden mah/566/2009, de 11 de diciembre.

getación, la gea, el suelo, el agua, el aire, el clima, en general los ecosistemas y también «*el paisaje*» (sin descartar el paisaje nocturno o celeste que podría en consecuencia entenderse incluido). Entendiendo además que junto a fenómenos dañinos para las relaciones sociales y las condiciones de sosiego público como los ruidos, vibraciones u olores, se deben tener presentes también las «*emisiones luminosas*» (ex.art. 6 REIA).

En definitiva, la EIA constituye un instrumento de enorme importancia para evitar *ex ante* la instalación de luminarias contaminantes, en especial en relación con la emisión directa producida por proyectores simétricos empleados en el alumbrado de seguridad de grandes superficies, puertos, aeropuertos, iluminación ambiental de edificios altos, monumentos, alumbrado deportivo exterior, por tratarse ésta de la emisión más lesiva para el cielo oscuro.

7.3. La Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera

Esta Ley establece, en su disposición adicional cuarta, un mandato dirigido a las administraciones públicas, para que, en el ámbito de sus competencias, promuevan la prevención y reducción de la contaminación lumínica con la finalidad de conseguir los siguientes objetivos: a) Promover un uso eficiente del alumbrado exterior, sin menoscabo de la seguridad que debe proporcionar a los peatones, los vehículos y las propiedades. b) Preservar al máximo posible las condiciones naturales de las horas nocturnas en beneficio de la fauna, la flora y los ecosistemas en general. c) Prevenir, minimizar y corregir los efectos de la contaminación lumínica en el cielo nocturno, y, en particular en el entorno de los observatorios astronómicos que trabajan dentro del espectro visible. d) Reducir la intrusión lumínica en zonas distintas a las que se pretende iluminar, principalmente en entornos naturales e interior de edificios.

7.4. El Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior

En desarrollo de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE), perteneciente al Ministerio de Industria, aprobó mediante el Real Decreto 1890/2008 de 14 de noviembre, el Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior [60] con el fin de mejorar de la eficiencia, ahorrar energía y disminuir la emisión de gases efecto inverna-

[60] Asimismo debemos tener en cuenta los siguientes reglamentos: Real Decreto 1369/2007, de 19 de octubre, relativo al establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos que utilizan energía. Real Decreto 1580/2006, de 22 de diciembre, por el que se regula la compatibilidad electromagnética de los equipos eléctricos y electrónicos. Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento electrotécnico para baja tensión. Real Decreto

dero (CO2). Para ello, entre otras medidas, se contempla la posibilidad de limitar el deslumbramiento, la contaminación lumínica y reducir la luz intrusa o molesta [61].

7.5. Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España 2004-2012. Plan de Ahorro y Eficiencia Energética 2008-2011

La elaboración de la Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España 2004-2012 constituye un nuevo eslabón que se une a una larga cadena de actuaciones normativas, dirigidas todas ellas a la mejora del sistema energético español y a reducir significativamente las emisiones de contaminantes atmosféricos, en concordancia con las directivas europeas y orientaciones internacionales [62].

Como desarrollo de la Estrategia, el Consejo de Ministros aprobó el Plan de Ahorro y Eficiencia Energética 2008-2011, que contempla, entre otras medidas, la mejora de la eficiencia de las instalaciones de alumbrado exterior [63]. En esta línea, todos los Departamentos Ministeriales deberán reducir su consumo energético en un 10 por 100 en la primera mitad de 2009, con respecto al mismo período del año 2008. Este nivel de ahorro se mantendrá de forma permanente en el trienio 2009-2011. Y siempre que la seguridad vial no lo impida, se reducirá el flujo luminoso un 50 por 100 en las autovías y autopistas del Estado.

838/2002, de 2 de agosto, por el que se establecen los requisitos de eficiencia energética de los balastos de lámparas fluorescentes.

[61] El Reglamento contiene prescripciones generales y siete instrucciones técnicas complementarias (denominadas «ITC-EA»), relativas a los aspectos técnicos y de desarrollo de las previsiones establecidas en el mismo.

[62] El problema de la contaminación lumínica está adquiriendo cada vez mayor importancia dentro de la Unión Europea. En este sentido dentro de los Programas PACE Decisión 89/346/CEE del Consejo; DO L 157 de 9.6.1989 y SAVE Decisión 91/565/CEE del Consejo; DO L 307 de 8.11.1991; se están realizando diversas iniciativas para mejorar la eficiencia del alumbrado. La Comisión entiende que las medidas precisas para garantizar el *brillo del cielo* consisten principalmente en la formación y educación de todos aquellos sujetos relacionados con la iluminación (ingenieros, instaladores, contratistas, autoridades locales, empresas del sector...) acerca del correcto alumbrado de exteriores y la necesidad de evitar la difusión excesiva de luz. No obstante, habida cuenta de la diversidad de situaciones y de normas existentes en los diferentes países resulta difícil establecer una reglamentación comunitaria, quedando, en consecuencia, en manos de los Estados miembros la decisión sobre cómo afrontar el problema. Reglamento (CE) 245/2009, de 18 de marzo, por el que se aplica la Directiva 2005/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos de diseño ecológico para lámparas fluorescentes sin balastos integrados, para lámparas de descarga de alta intensidad y para balastos y luminarias que puedan funcionar con dichas lámparas, y se deroga la Directiva 2000/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Directiva 2006/95/CE, de 12 de diciembre, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el material eléctrico destinado a utilizarse con determinados límites de tensión.

[63] El consumo total de alumbrado es de 450 millones de euros. Un país como Alemania, con más población que España, consume la mitad. En Alemania utilizan 48 kw/h por habitante, y en España 116. Los hogares destinan a la iluminación el 4,6% de toda la energía consumida en España. El alumbrado público supone el 2% del total.

VIII. DEFENSA DEL CIELO OSCURO EN LAS CCAA. LAS NORMAS ADICIONALES DE PROTECCIÓN

La ausencia de una Ley básica estatal de carácter general para la protección del cielo nocturno, abstracción hecha de las normas sectoriales estatales previamente señaladas, no supone sin embargo un obstáculo para que las Comunidades Autónomas adopten su propia normativa al respecto, en virtud de la competencia legislativa que sobre medio ambiente les atribuye el artículo 149.1.23 CE al referirse a las *«normas adicionales de protección»*[64].

En este sentido, la Ley 6/2001 de 31 de mayo de Ordenación Ambiental del Alumbrado para la Protección del Medio Nocturno de Cataluña[65], es una norma pionera en nuestro país. Sus objetivos prioritarios son: a) mantener al máximo posible las condiciones naturales de las horas nocturnas en beneficio de la fauna, flora y los ecosistemas en general; b) promover la eficiencia energética de los alumbrados exteriores e interiores mediante el ahorro de energía sin mengua de la seguridad; c) evitar la intrusión lumínica en el entorno doméstico y, en todo caso, minimizar sus molestias y perjuicios; d) prevenir y corregir los efectos de la contaminación lumínica en la visión del cielo.

Para hacer realidad estos objetivos la Ley obliga a la sustitución de las luminarias perjudiciales por otras más adecuadas a sus fines: lámparas de vapor de sodio de alta presión y baja presión. Y, como regla general, obliga al apagado de las luces, públicas y privadas, en horario nocturno, salvo excepciones: a) por razones de seguridad; b) para iluminar calles, viales, lugares de paso y, mientras sean destinadas a este uso, zonas de equipamiento y aparcamiento; c) usos comerciales, industriales, agrícolas, deportivos, recreativos, durante el tiempo de la actividad; d) por motivos justificados, determinados por vía reglamentaria, y especificados en una memoria justificativa (ex.art. 8).

Quedan, no obstante, exceptuadas de la aplicación de esta Ley las instalaciones de las fuerzas de seguridad y de carácter militar y las instalaciones de puertos y costas, aeropuertos, vías férreas, carreteras, autopistas, vehículos a motor y, en general, las infraestructuras que así lo requieran para garantizar la seguridad de los ciudadanos (ex.art. 3).

La Ley contiene asimismo prohibiciones expresas como la del uso de luminarias esféricas sin protección superior que evite que la luz supere la horizontal; el uso de láser o proyectores de luz que superen el plano horizontal —excepción hecha de los destinados a la iluminación de monumentos de

---

[64] En materia medioambiental las diferencias que ofrecían algunos Estatutos de Autonomía resultaron superadas por la Ley 9/1992 por la que se les transfirió el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de normas adicionales de protección en el marco de la legislación básica estatal y en los términos que la misma establezca (ex.art. 3). Con esta finalidad algunas Comunidadas Autónomas reformaron sus Estatutos (Leyes orgánicas 1 a 4 y 6 a 11/1994 de 24 de marzo).

[65] Con anterioridad a esta Ley el Parlamento de Cataluña había adoptado otras iniciativas. Así, por ejemplo, la Resolución 89/V (1996) sobre la necesidad de impedir la dispersión lumínica, la Resolución 728/V (1998) en la que se insta al Gobierno a impulsar un programa de actuaciones para combatir la contaminación lumínica y la Resolución 616/V (1998) en la que se solicita al Gobierno la constitución de una comisión técnica para la elaboración de una norma reguladora de esta problemática.

especial interés histórico—; los dispositivos aéreos de publicidad nocturna; la iluminación de grandes extensiones de costa o playa —excepto por motivos de seguridad o urgencia determinados reglamentariamente— y la iluminación permanente de pistas de esquí. Por otra parte, los proyectos de instalación de alumbrados que hayan de funcionar en horario nocturno deberán ir acompañados de una Memoria que justifique tal necesidad.

Establece también esta norma las obligaciones que incumben a la Administración pública con el fin de alcanzar los objetivos previstos. El régimen de intervención de la Administración ambiental[66].Y los criterios a seguir en la contratación pública. En concreto, se obliga a las Administraciones a incluir en el pliego de cláusulas administrativas en los contratos de obras, servicios y suministros, las exigencias precisas para que los aparatos y dispositivos de iluminación exterior se ajusten a los criterios de prevención y corrección de la contaminación lumínica establecidos por la Ley y los reglamentos que la desarrollen. En la misma línea, se condiciona la financiación pública a la adaptación de los proyectos a esta Ley y contempla la posibilidad de otorgar ayudas a los propietarios de instalaciones que tengan que adaptarse a sus previsiones, tras el correspondiente periodo transitorio.

Entre las medidas administrativas es destacable la creación de la Comisión de Prevención de la Contaminación Luminosa[67], como un órgano de asesoramiento y de participación de la Administración de la Generalidad de Cataluña, de los entes locales y de las entidades de la sociedad que tienen un papel relevante en la aplicación de la normativa ambiental catalana de iluminación y a la que corresponde asesorar, impulsar y promover la aplicación de la normativa ambiental de protección del medio nocturno, así como emitir informe de valoración sobre la prevención de la contaminación luminosa en Cataluña cada cuatro años.

Para una aplicación efectiva y realista de la norma se lleva a cabo la zonificación del territorio autonómico en: 1) zonas de especial protección —espacios cercanos a áreas de interés natural o astronómico donde las restricciones son más severas—; 2) zonas que admiten una iluminación reducida; 3) zonas de iluminación media; 4) zonas de iluminación alta; y 5) puntos de referencia, lugares cercanos a espacios de especial valor astronómico o natural para los que se establecerá una regulación específica dependiendo de la distancia de la ubicación del área en cuestión[68]. El objetivo de esta división es poder actuar

---

[66] De conformidad con la Ley 3/1998 de 27 de febrero de la intervención integral de la Administración ambiental.

[67] Orden mah/566/2009, de 11 de diciembre.

[68] El Reglamento de desarrollo de la Ley (Decreto 82/2005, de 3 de mayo), en su artículo 5, establece las zonas: E1, son las zonas de máxima protección a la contaminación luminosa; corresponden a las áreas coincidentes con los espacios de interés natural, las áreas de protección especial y las áreas coincidentes con la Red Naturaleza 2000. Las zonas E2 se corresponden con el suelo no urbanizable fuera de un espacio de interés natural o de un área de protección especial o de un área de la Red Naturaleza 2000. Las zonas E3 son las áreas que el planeamiento urbanístico califica como suelo urbano o urbanizable. Las zonas E4 son áreas en suelo urbano de uso intensivo por la noche en actividades: comerciales, industriales o de servicios y también viales urbanos principales. Las determina el Ayuntamiento de cada Municipio, el cual tendrá que notificar la propuesta de zonificación al Departamento

de manera adecuada en cada zona en función del nivel de iluminación que se estime admisible, regulando las intensidades de brillo permitidas, el diseño y la instalación de aparatos, su régimen estacional y los horarios de encendido y apagado. Los Municipios podrán establecer sus propias zonificaciones de conformidad con sus peculiaridades, siempre y cuando no disminuyan el nivel protección de la Ley autonómica, salvo que existan causas acreditadas que así lo justifiquen y siempre de forma excepcional.

Siguiendo la línea marcada por esta Ley, otras Comunidades Autónomas han aprobado su propia normativa. Son destacables en este sentido, la Ley 3/2005, de 20 de abril, de protección del medio nocturno de las Islas Baleares; la Ley Foral 10/2005, de 9 de noviembre, de ordenación del alumbrado para la protección del medio nocturno de Navarra; la Ley 6/2006 de prevención de la contaminación lumínica de Cantabria; y la Ley 7/2007 de gestión integrada de la calidad ambiental de Andalucía que en su Sección 3.ª del Capítulo II, de su Título IV, articula esta materia bajo la óptica de la prevención, minimización y corrección de los efectos adversos de la dispersión de luz artificial hacia el cielo nocturno. Entre otros aspectos, en dicha Ley se sientan las bases para la zonificación lumínica del territorio y el establecimiento de niveles de iluminación en función de cada zona, teniendo en cuenta la compatibilidad de los intereses municipales y empresariales con los científicos, ecológicos y de ahorro energético. Esta Ley ha sido recientemente desarrollada por el Decreto 357/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la Protección de la Calidad del Cielo Nocturno frente a la contaminación lumínica y el establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética [69].

IX. LA PROTECCIÓN DEL CIELO OSCURO POR LOS ENTES LOCALES

Los problemas ambientales que amenazan al patrimonio común necesitan soluciones que mayoritariamente se deciden desde la escala local [70].

---

de Medio Ambiente y Vivienda, que deberá realizar la aprobación. No pueden clasificarse zonas E4 a menos de 2 km. de una zona E1.

[69] Por lo que respecta a la normativa sobre ordenación del territorio, la Ley 2/2004 de 27 de septiembre de Cantabria del Plan de Ordenación del Litoral establece, en su artículo 16, que el planeamiento urbanístico prestará especial atención a la: *«Prevención y minoración, en su caso, de las perturbaciones producidas por los focos emisores de contaminación lumínica en la visión del cielo, procurando el mantenimiento de las condiciones naturales de luminosidad de las horas nocturnas, en beneficio de los ecosistemas y el Medio Ambiente»*. Más completa es la Ley 19/2003, de 14 de abril que aprueba las Directrices de Ordenación del Territorio, y las Directrices de Ordenación del Turismo en las Islas Canarias, cuya Directriz número 22 establece: *«1. Las Directrices de Ordenación de la Calidad Ambiental establecerán los criterios y determinaciones que garanticen el adecuado control lumínico de cada una de las islas (…). 2. Las Directrices de Ordenación de la Calidad Ambiental, con el fin de preservar y mejorar la calidad lumínica de Canarias señalarán, al menos, los objetivos de calidad lumínica por islas y, en su caso, y en función de la vulnerabilidad de la contaminación lumínica, por ámbitos más reducidos, tales como zonas de afección a observación astronómica, medios urbanos, proximidad de entornos protegidos, cercanía a ejes viarios de alta capacidad, u otros (…)»*.

[70] Así ha sido reconocido en el ámbito internacional, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente de Río (junio 1992), donde se diseñó la denominada *Agenda 21 Local,* en la que se proclamó la necesidad de incrementar los mecanismos de cooperación y coordinación

Partiendo del artículo 25 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), corresponde a los entes locales, en los términos que determinen las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas, las competencias sobre medio ambiente (ex.art. 25.2.f), así como sobre alumbrado público (ex.art. 25.2.l). Competencia, ésta última, que, de conformidad con el artículo 26 LRBRL, deberá ser prestada por todos los municipios por sí o asociados.

Hasta recientemente, la política municipal se orientaba a aumentar en términos cuantitativos el número de puntos de luz y la potencia instalada, sin considerar otros elementos nada despreciables a la hora de diseñar las estrategias de iluminación urbana, como son: la calidad de la iluminación, la conjunción de usos, la reducción del consumo energético o la correcta utilización de la potencia. No obstante, algunos entes locales están comenzando a concienciarse del problema. Así, por ejemplo, la Diputación de Barcelona aprobó un *Plan de Eficiencia Municipal*, incluyendo un *Programa de Asesoramiento Municipal*, en el que se establecieron medidas de ahorro de luz que en determinados casos permiten obtener un ahorro de un 50%.

También en el municipio de Figueras se aprobó un *Plan Director para el Ahorro Energético en el Alumbrado Público*, elaborado por la empresa pública FISERSA, que incluye entre sus principales objetivos evitar la contaminación lumínica.

La normativa municipal de Tenerife y La Palma es asimismo destacable. En estas islas, gracias al apoyo del Instituto de Astrofísica de Canarias, se ha creado una *Oficina Técnica de Protección de la Calidad del Cielo,* cuyas medidas están dando lugar a un ahorro sustancial, tanto de energía, como de dinero de los Ayuntamientos.

En cuanto a las Ordenanzas municipales, el Ayuntamiento de Tárrega, en Lérida, fue pionero en la materia, aprobando en 1998 la primera *Ordenanza Municipal de Protección del Cielo Nocturno*, cuyo fin es racionalizar el consumo de energía eléctrica en el alumbrado público y privado y dotar de la máxima eficiencia a las luminarias de la ciudad. Los criterios básicos que sigue la Ordenanza son los siguientes: 1) evitar la emisión de luz hacia el cielo; 2) uso de luminarias adecuadas; 3) uso de lámparas adecuadas; 4) proyección de la iluminación de acuerdo con las normas vigentes [71].

La *Ordenanza sobre Protección del Cielo Nocturno* de Córdoba (1999), tiene como objeto evitar la pérdida de visión del cielo estrellado en la noche cordobesa, además de favorecer el ahorro energético. Entre las medidas a adoptar prevé la utilización de lámparas poco contaminantes y el sometimiento de

---

con vistas a que cada ciudad consensue su agenda local específica a partir del diálogo entre ciudadanos, instituciones, empresas y asociaciones locales. El siguiente paso en este sentido lo constituyó la *Conferencia Europea sobre Ciudades Sostenibles* (Aalborg, Dinamarca, 1994), en la que se aprobó la *Carta de las Ciudades Europeas hacia la Sostenibilidad,* firmada por diversos municipios españoles. También es destacable la *Declaración de Hannover de líderes municipales en el umbral del siglo XXI* (febrero 2000) para evaluar los progresos hacia la sostenibilidad de las ciudades que se comprometieron en la Carta de Aalborg.

[71] En la misma línea, el Ayuntamiento de Hospitalet de Llobregat aprobó por unanimidad, en noviembre de 1998, una resolución para evitar la contaminación lumínica.

todas ellas a un sistema de reducción del flujo a partir de ciertas horas fijadas por el Ayuntamiento.

Otras ordenanzas destacables son la de la ciudad de Burgos sobre alumbrado público (octubre 2000), Santander (junio 2004) o Castro Urdiales (junio 2005).

Por otra parte, en Madrid, el Ayuntamiento ha desarrollado un proyecto de renovación del alumbrado público exterior de la ciudad, dentro del *Plan de Uso Sostenible de la Energía y Prevención del Cambio Climático en Madrid*, impulsado por la delegación del área de Medio Ambiente y dotado con un presupuesto de 101 millones de euros para el quinquenio 2008-2012.

Asimismo, el Ayuntamiento de Alcalá de Henares ha apostado por un alumbrado público eficiente con el fin de optimizar la energía consumida. Comenzó en 2002, abarcando diferentes viales de la ciudad, por medio de la sustitución de las lámparas existentes de Vapor de Mercurio de Color Corregido (VMCC) por lámparas de Sodio a Alta Presión (SAP), que además de ser más eficientes emiten en una franja más estrecha del espectro visible, por lo que la contaminación lumínica es menor. En general, los resultados son positivos ya que se ha logrado el principal objetivo de estos cambios en el sistema de alumbrado público, el ahorro de energía y el consiguiente ahorro económico [72].

En Zaragoza, el *Plan de Eficiencia Energética*, supondrá la implantación de nuevas tecnologías de iluminación LED **(**diodo emisor de luz), así como en el desarrollo de una auditoría energética y medioambiental de los sistemas de alumbrado exterior en todo el casco urbano de la ciudad.

X. LA EDUCACIÓN AMBIENTAL. UNA TAREA PENDIENTE

Paradójicamente, en un momento histórico en el que el desarrollo tecnológico y económico nos ha llevado a la «conquista del espacio», llegando a plantearnos con realismo un posible asentamiento de civilización en otros planetas, los individuos nos hallamos cada vez más alejados del conocimiento de nuestro entorno celeste. Existe una gran falta de sensibilidad de los ciudadanos y de los poderes públicos acerca de los problemas derivados del uso incorrecto de la luz, debida a la falta de información al respecto, unida al hecho frecuente de que al vivir durante mucho tiempo con este problema nos hemos acostumbrado a él y no lo percibimos como tal.

---

[72] La sustitución de las lámparas por otras más eficientes supone un ahorro anual de 1.279.250 kWh/año, lo que corresponde a un ahorro de aproximadamente el 20%, y un ahorro económico de 65.982 € anuales.

Además del ahorro en el consumo eléctrico y la disminución de la contaminación lumínica, el proyecto es importante desde el punto de vista de la concienciación social en el respeto al medioambiente y en el uso eficiente de la energía. El Ayuntamiento ha realizado la divulgación del proyecto mediante trípticos, anuncios de prensa y radio. Teniendo en cuenta los ahorros económicos y considerando la subvención, el período de amortización de la inversión se ha estimado en 7 años. En la actualidad la inversión está amortizada casi al 100%.

Vid. al respecto, ALCARAZ ARIZA, F., *Aspectos legales de la temática ecológica y ambiental*, ed.: Universidad de Murcia, 1984, p. 53.

El conocimiento, apoyado en la educación, constituye la clave que permite integrar la ciencia en nuestra cultura actual, contribuyendo al avance de la Humanidad. La difusión de la astronomía, así como la promoción de los valores científicos y culturales asociados a la contemplación del firmamento, deberán considerarse como contenidos básicos a incluir en la actividad educativa en todos los ámbitos, algo imposible de realizar si no se dispone de un cielo poco contaminado y de una apropiada formación de los educadores en estas materias.

La recuperación de nuestros cielos oscuros precisa, no sólo de medidas normativas, sino que resulta asimismo imprescindible la formación de ciudadanos y profesionales. En definitiva, la denominada educación ambiental[73]. En la base de todos los problemas medioambientales en general existe un gran componente de desinformación que, si se solventara mediante el fomento de una educación más cercana al medio ambiente, supondría una solución definitiva a problemas hasta el momento irreparables[74]. La práctica ha demostrado que si el ciudadano está informado colabora con más facilidad, sobre todo si se trata de cuidar su medio más próximo[75]. El consumo responsable de energía debería ser algo consustancial a la educación cívica de la población. Es precisa la realización de campañas de información ciudadana con carácter sensibilizador y didáctico, pues también desde el ámbito individual se puede colaborar a reducir la contaminación lumínica con acciones como: procurar disminuir el gasto eléctrico en las viviendas utilizando electrodomésticos de bajo consumo; evitar mantener las luces interiores y exteriores encendidas cuando no sea necesario; utilizar lámparas de bajo consumo... No se trata de obtener una reflexión ambiental colectiva o una abstracta y generalizada conciencia social sobre los problemas medioambientales que de hecho ya existe, sino de conseguir un reto mucho más difícil, como es una concienciación individual que conduzca a cada individuo de forma singularizada y en el quehacer diario a actuar, voluntaria y prácticamente de forma instintiva, de manera correcta y compatible con nuestro entorno natural. Quizá así podamos asegurar a nuestros hijos el disfrute de la belleza de la noche estrellada con toda la magia y cultura consuetudinaria que la envuelve.

---

[73] La educación ambiental tienen en España brillantes precedentes en los movimientos de renovación pedagógica de comienzos de siglo. Entre ellos destaca la actividad de la Institución Libre de Enseñanza y otros, más o menos enfrentados con las posiciones dominantes en la sociedad tradicional española. González Bernáldez y Terradas Serra, La educación ambiental en España, en el libro que compila las II Jornadas de Educación Ambiental, vol. I, MOPU, Madrid,1989, p. 11.

[74] Vid. al respecto, Alcaraz Ariza, F., *Aspectos legales de la temática ecológica y ambiental*, ed.: Universidad de Murcia, 1984, p. 53.

[75] Díaz Amat, J. Concienciación ciudadana, II Jornadas de Educación Ambiental, Vol II, ed. MOPU, Madrid, 1989, p. 335.

Pablo Ruz Gutiérrez y Jorge Jiménez Martín★

La acusación popular en los delitos de violencia sobre la mujer: análisis legal y jurisprudencial. Especial referencia a la intervención de las Comunidades Autónomas

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCEPTO DE ACUSACIÓN POPULAR: DIFERENCIAS CON LA ACUSACIÓN PARTICULAR Y LA ACUSACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. INTERVENCIÓN EN EL PROCESO PENAL.—2.1. La acusación popular.—2.2. La acusación del Ministerio Fiscal.—2.3. La acusación particular.—III. REGULACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA: ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD DE MADRID.—3.1. Legislación Autonómica sobre el ejercicio de la acción popular en procedimientos por violencia de género.—3.2. Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid.—IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—4.1. El punto de partida: la STC 129/2001.—4.2. Una nueva doctrina: la STC 175/2001, del Pleno del TC.—4.3. Generalitat Valenciana *vs*. Audiencia Provincial de Valencia: la STC 311/2006.—4.4. Gobierno de Cantabria *vs*. Audiencia Provincial de Cantabria: las SSTC 8/2008 y 18/2008.—4.5. Otros pronunciamientos: ATC 186/2009, de 16 de junio.—V. VALORACIÓN Y CRÍTICA DEL SISTEMA. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

A la luz de la regulación del fenómeno de la violencia de género en nuestro ordenamiento jurídico surge la necesidad de estudiar y analizar el papel de la acusación

★ Pablo Ruz Gutiérrez, Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 5. Jorge Jiménez Martín, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Almería y Profesor Asociado de la Universidad de Almería.

popular en este tipo de procedimientos. Más aún cuando las distintas Comunidades Autónomas, y en especial la de Madrid, han habilitado, dentro de su legislación específica sobre la materia, la personación de la Administración autonómica como acusación popular en los procedimientos que se sigan en el territorio de la Comunidad por delitos comprendidos en el ámbito de la violencia sobre la mujer, en un legítimo fin de actuar contra esta lacra de nuestra sociedad actual, si bien mediante una técnica legislativa que ha sido objeto de crítica generalizada por parte de la doctrina científica, y que debe ser contrastada a la luz de la jurisprudencia constitucional vigente sobre el ejercicio de la acción popular en el ordenamiento jurídico español.

ABSTRACT

Attending the regulation of the phenomenon of gender violence in our legal system, there is a need to study and analyze the role of the popular accusation in such procedures. More so when the Autonomous Communities, and especially Madrid, have enabled, in their specific legislation on the subject, the assistance of the Regional Administration as popular accusation in the procedures followed in the territory of the Community, regarding crimes within the scope of violence against women, in a rightful aim to act against this scourge of our society, but by a legislative technique which has been widely criticized by the scientific doctrine and should be contrasted in light of current constitutional jurisprudence on the exercise of popular action in the Spanish legal system.

I. INTRODUCCIÓN

A la luz de la regulación del fenómeno de la violencia de género en nuestro ordenamiento jurídico surge la necesidad de estudiar y analizar el papel de la acusación popular en este tipo de procedimientos. Más aún cuando las distintas Comunidades Autónomas, y en especial la de Madrid, se han lanzado a legislar sobre la materia, en un legítimo fin de actuar contra esta lacra de nuestra sociedad actual, posibilitando su personación —en cuanto Administración— como acusación popular en los procedimientos que se sigan en el territorio de la Comunidad por delitos comprendidos en el ámbito de la violencia sobre la mujer.

De ahí surge la necesidad de afrontar este trabajo, iniciándolo con un primer análisis conceptual de la acusación popular, deteniéndonos en su concepto, origen, regulación, contenido, y evolución, para contraponerlo a la acusación pública y la acusación particular ejercidas por el Ministerio Fiscal y el perjudicado u ofendido por el delito, respectivamente. Posteriormente, consideramos conveniente estudiar la regulación legal de la acusación popular, plasmando las distintas normativas aprobadas y realizando un especial análisis de la norma que la contempla para la Comunidad de Madrid. Dicho análisis no quedaría completo sin visualizar los distintos pronunciamientos jurisprudenciales que han recaído, para poder finalizar

con unas breves conclusiones o reflexiones que realizamos como juristas implicados en el estudio y en el ejercicio profesional diario en el ámbito del proceso penal.

II. EL CONCEPTO DE ACUSACIÓN POPULAR: DIFERENCIAS CON LA ACUSACIÓN PARTICULAR Y LA ACUSACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. INTERVENCIÓN EN EL PROCESO PENAL

Para comenzar nuestro estudio y afrontar las reflexiones y conclusiones que alcanzaremos, partiendo de la configuración del derecho de acción penal por nuestro Tribunal Constitucional [1] como manifestación específica del derecho a la jurisdicción, conviene comenzar —tal y como señalábamos— por el análisis de la institución de la acusación en nuestro proceso penal, desarrollando los tres tipos de acusación que pueden existir en el proceso penal, la pública, la particular y la popular. Y aún cuando el legislador no resulta nada sistemático en el estudio de tales tipos de acusación, ni es preciso, ni exhaustivo en cada una de las menciones que aparecen en nuestro código procesal, ni siquiera en su concreta regulación, sorprendiendo sobremanera la falta de homogeneidad semántica que desarrolla, sí aparecen unas notas distintivas de cada una de ellas. Analizaremos pues en mayor profundidad la acusación popular que centra nuestro trabajo y en contraposición, reflejaremos el concepto y características básicas que califican a la acusación pública y particular.

2.1. La acusación popular

Como decíamos, a la hora de dar una concreta definición de lo que debemos entender por acusación popular no estamos refiriéndonos más que a una de las posibles manifestaciones de ejercicio de la acción penal dentro de nuestro ordenamiento jurídico. No podemos olvidar que tal acción penal puede ejercitarse, bien por el Ministerio Fiscal, bien por el perjudicado a raíz de la comisión del delito —acusación particular—, o bien por un ciudadano, en el mero ejercicio de la llamada acción popular, en las condiciones que la ley establezca —acusación popular—. Así, dentro de nuestro ordenamiento, junto al interés individual que ostentan en la persecución de las infracciones criminales, quienes han sido directamente perjudicados por los efectos y las consecuencias lesivas de los hechos punibles (art. 110 LECrim) viene siendo cada vez más habitual, sobre todo en determinado tipo de infracciones (delitos de terrorismo, delitos contra la Administración Pública y delitos de la llamada violencia de género), la personación procesal de quienes, sin esgrimir tal interés derivado del perjuicio causado por el

[1] SSTC 31/1996 y 199/1996.

delito —propio y particular—, con específica ajenidad a los efectos directamente perjudiciales del delito [2], y defendiendo el interés público, asumen el ejercicio de la acción popular.

Centrándonos en la acción penal popular puede definirse ésta —según señala Gimeno Sendra [3]— como un derecho fundamental, cívico y activo, que se ejercita en forma de *«querella»*, mediante el cual todos los sujetos de derecho, con la capacidad de actuación procesal necesaria y que no resulten directamente ofendidos por el delito, pueden suscitar la incoación del proceso penal y comparecer en él como partes acusadoras en orden a ejercitar la acusación pública. La jurisprudencia perfila más aún su concepto, señalando que *«la acción popular ha de emplearse en defensa de la sociedad en su conjunto, no en nombre o interés propio o ajeno»* [4], aunque ese interés social no resulte siempre bien entendido ni correctamente invocado. De esta forma lo que caracteriza a la acción popular es que la puede ejercitar cualquier ciudadano que se halle en plenitud del goce de sus derechos, sin que tenga que alegar en el proceso la vulneración de algún derecho, interés o bien jurídico protegido que se encuentre dentro de su esfera patrimonial o moral; o lo que es lo mismo y más ilustrativo —en contraposición a la llamada acusación privada o particular—, sin que tenga que tratarse de un ciudadano directamente ofendido o perjudicado por el delito.

La acusación popular se regula en nuestro ordenamiento jurídico desde la propia Constitución, en su artículo 125, hasta en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde el artículo 101, tras declarar el carácter público de la acción penal, reconoce a todos los ciudadanos españoles la facultad de ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley, y el artículo 270, faculta a todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, a querellarse, ejercitando la acción popular que establece el artículo 101. También el artículo 19.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la Ley.

Coincide la doctrina [5] en señalar que los orígenes de la acción penal popular española se remontan a los de la propia democracia, dado que la misma exige profundas raíces en la cultura jurídica de un pueblo [6], sufriendo la institución que estudiamos los vaivenes consecuentes que sufría aquélla en los distintos períodos de nuestra Historia. Se atribuye a Eugenio Montero Ríos ser el principal inspirador de la acusación popular en su configuración actual. Por vez primera se instauró durante el «Trienio

---

[2] Así lo especifica expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 716/2009, de 2 de julio (RJ 2009/5976).

[3] Gimeno Sendra, Vicente, «La acusación popular», *Revista del Poder Judicial,* núm. 31, septiembre 1993.

[4] STS. 26 de septiembre de 1997 (LA LEY 9933/1997), Caso del síndrome tóxico: *«la acción popular ha de emplearse en defensa de la sociedad en su conjunto, no en nombre o interés propio o ajeno»*.

[5] Gimeno Sendra, Vicente, ob. cit.; Ortego Pérez, Francisco.

[6] Ortego Pérez, Francisco, «Restricción jurisprudencial al ejercicio de la acción penal popular (Un apunte crítico a la controvertida "doctrina Botín")», *Diario La Ley,* núm. 6912, Sección Doctrina, 27 de marzo de 2008.

Liberal» (1820-1823) en la legislación de imprenta con el objeto de que los ciudadanos pudieran perseguir aquellos delitos que pudieran atentar el sistema de libertades[7]. Con carácter ya más general se consagró, tras el triunfo de nuestra Revolución liberal de 1868, en la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872[8], de donde pasó a incorporarse a nuestro Código Procesal Penal o Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente de 1882, optando por una regulación que coloca al acusador privado y al popular en *«igualdad de armas»* con el Ministerio Fiscal. Esa singularidad responde fundamentalmente a la amplitud con la que el legislador decimonónico concibió la titularidad de la acción penal, diseñando un modelo de triple legitimación activa frente a otros ordenamientos europeos que optaron por el de la acusación pública en régimen de monopolio[9].

En dicha evolución histórica, hasta la regulación legalmente vigente, podemos señalar una serie de **notas esenciales de la llamada acusación o acción popular** en nuestro sistema procesal penal, características destacadas tanto por la doctrina[10] como por la jurisprudencia[11]:

1.ª El carácter de **derecho fundamental** de la misma: La acción popular es un auténtico derecho fundamental, pues está reconocida en el artículo 125 de la Constitución Española (CE), el cual ha de ser puesto en relación con el artículo 24.1.º CE, que consagra el *«derecho de acción»* o derecho que asiste a todas las personas *«a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos»*.

De esta forma, tal constitucionalización de la acusación popular vincula plenamente al Poder Legislativo, quien no podrá en un futuro derogarla, si bien, como todo derecho de *«configuración legal»,* es dueño de regular esta institución, modulando su ejercicio, siempre que no altere su contenido esencial. De esta forma, es únicamente el legislador quien se encuentra facultado para establecer los límites oportunos al ejercicio de este derecho. Y, en todo caso, si el Poder Judicial negara a un particular su ejercicio o lo limitara a través de obstáculos o rigurosos requisitos que impidieran el acceso efectivo del ciudadano al proceso penal, podrá reaccionar el interesado mediante la interposición del recurso constitucional individual o «de amparo» ante el Tribunal Constitucional (SSTC 8/2008, 311/2006, 15/2001, 147/1985 y 62/1983).

En este sentido, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a la acción penal popular no conlleva un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral (pues también se cohonestan con nuestra

---

[7] Artículo 32 del Decreto de 22 de octubre de 1820: *«los delitos de subversión y sedición producirán acción popular, y cualquier español tendrá derecho para denunciar a la autoridad competente los impresos que juzgue subversivos o sediciosos»*.

[8] Prevista en el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872.

[9] Así lo recuerda de forma muy ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2006 (LA LEY 95407/2006).

[10] Gimeno Sendra, Vicente, ob. cit.

[11] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 30 de mayo de 2003, Ponente: Jiménez García, Joaquín.

Constitución los autos de sobreseimiento o de archivo), ni mucho menos a la condena del acusado, sino tan sólo a la incoación del proceso penal y a tener al querellante como parte acusadora si la *notitia criminis* reviste los caracteres de delito. Por tanto, es perfectamente legítimo que un juez de Instrucción pueda repeler de plano una querella; ahora bien, siempre y cuando dicha inadmisión se efectúe mediante una resolución fundada, exigiendo la más consolidada jurisprudencia una mínima actividad instructora para la averiguación o esclarecimiento de los hechos denunciados. Si dicha resolución aparece falta de motivación o si la misma es irracional, podrá el querellante interponer el recurso de amparo y obtener el restablecimiento de su derecho, esto es, la condena del TC al juez a la apertura de la instrucción (SSTC 238/1988, 150/1988, 148/1987, 108/1983, 6/1982).

No obstante, los últimos pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo, en especial la sentencia de 17 de diciembre de 2007, concluyen que no cabe otorgar el rango de derecho fundamental a aquél que proclama el ejercicio de la acción popular, considerando que ni se niega el derecho de acceso a la jurisdicción ni se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, conclusión que no compartimos en su totalidad.

2.ª Es un **derecho cívico y activo**: Porque pertenece a los españoles como personas físicas, así como a las personas jurídicas, extremo o ampliación que si en tiempos pretéritos fue altamente cuestionado, hoy es admitido sin reserva alguna, especialmente desde las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 241/92 [12] y del Tribunal Supremo, Sala II, de 4 de marzo de 2005. Dentro de la clasificación de los derechos subjetivos que efectuó Jellinek [13], el derecho a la acusación popular hay que encuadrarlo en el *status activae civitatis.*

El propio Gómez Orbaneja señala que «el sistema de la acción popular exige en la sociedad que lo adopte un espíritu propicio a formar asociaciones y ligas con la finalidad de perseguir los delitos» o cierta clase de ellos, pues «su ejercicio ha de sentirse antes que como derecho, como un deber cívico» [14].

En efecto, en nuestro ordenamiento el derecho a la querella es, en primer lugar, un derecho cívico, porque aparece reservado a los *españoles*. Así lo proclama, de un lado, la propia Constitución, que circunscribe la titularidad de la acción popular a los *«ciudadanos»,* y, de otro, los artículos 101.2.º y 270.2.º LECrim, que reservan el ejercicio de la acción penal popular a los *«españoles»,* facultando exclusivamente a los extranjeros a querellarse *«por los delitos cometidos contra sus personas o bienes»*, es decir, cuando resulten *«ofendidos»* por el delito. Así pues, los extranjeros pueden ejercitar la querella *«privada»* —la acusación particular—, pero no la *«pública»* o acción popular, si bien esta tesis precisaría ser revisada a la luz de nuestra pertenencia

---

[12] LA LEY (2118-TC/1992); EDJ 1992/12666.

[13] Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi,* Milán, 1912, pp. 154 y ss.

[14] Gómez Orbaneja, *Derecho procesal penal,* 10.ª ed., Madrid, p. 96.

a la Unión Europea [15], y de la ciudadanía europea que ello nos otorga a todos sus integrantes.

Señala Varela Castro [16] que la titularidad del ciudadano para la función de acusar, lejos del monopolio por el Ministerio Fiscal, es, una garantía de objetividad en su ejercicio, y de control de la no acusación. Tal titularidad cívica constituye un elemento de la configuración orgánica del sistema procesal penal más que un Derecho fundamental del ciudadano que no sea ofendido o perjudicado por el delito.

Asimismo, este derecho cívico es *«activo»*, porque, como se ha dicho, mediante la acusación popular los ciudadanos pasan a ejercitar, en paridad de armas con el Ministerio Fiscal, una función pública, cual es la acusación, tradicionalmente considerada como un monopolio del Estado.

En el caso de las personas jurídicas, podremos encontrar que se trate de algunas de las que son portadoras de *«intereses difusos»* plenamente legítimos a la luz del artículo 24 de la Constitución y de la jurisprudencia aludida. Ejemplos de tales intereses difusos, podrán ser los grupos feministas para la persecución de los delitos relativos a la violencia sobre la mujer o delitos contra la libertad sexual, los ecologistas para los delitos ecológicos, los consumidores para los delitos contra la salud pública, las asociaciones de derechos humanos para el delito de tortura o el de genocidio, los sindicatos para el delito social, etc.

3.ª Se **ejercita en forma de *querella***: Dicho derecho, cívico y activo, debe ejercitarse en forma de querella. La querella es un acto de iniciación del proceso penal que, a diferencia de la denuncia, tiene la virtualidad de, si es admitida, convertir en parte acusadora a quien la suscribe. Pero la querella no es el único acto idóneo para obtener el estatus de parte acusadora. También nuestro ordenamiento conoce lo que la doctrina denomina acción penal *«adhesiva»,* en cuya virtud puede el ofendido comparecer en una instrucción penal ya iniciada. Dicha comparecencia del sujeto pasivo del delito puede efectuarse como consecuencia de la llamada del Juez a la causa en el trámite del *«ofrecimiento de acciones»* (art. 109) o espontáneamente siempre que comparezca, sin necesidad de presentar querella, con anterioridad al trámite de formalización de la acusación (art. 110).

Pues bien, de conformidad con la literalidad de estos preceptos, de la acción penal adhesiva está excluido el acusador popular. Tales prescripciones, si bien no siempre han sido interpretadas gramaticalmente por nuestros Tribunales, lo han sido y han servido para excluir a los partidos políticos de la acción penal adhesiva en las querellas «políticas» en las que no aparezcan directamente como ofendidos.

---

[15] Basta acudir al artículo 13.1 CE donde se dispone que: *«los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley»*. De ahí que consumado el proceso integrador europeo, ostentando la condición de ciudadanos europeos, no debería existir límite al ejercicio de la acción popular por un ciudadano europeo.

[16] Varela Castro, Luciano, «El juicio sobre la acusación», en *Hacia un nuevo proceso penal,* pp. 287-349, Manuales de Formación Continuada, núm. 32/2005, CGPJ.

Como puede observarse, existe una prevención del legislador frente a un abuso torticero de la acusación popular, fruto de la cual es la situación discriminatoria en la que se encuentra en la LECrim el querellante público frente al privado.

Dentro de esta línea discriminatoria (de la que es buena muestra la exclusión al acusador popular del beneficio de la pobreza —art. 119 CE—), se encuentra la exigibilidad al querellante público de la ***fianza*** para prevenir la responsabilidad en la que podría incurrir como consecuencia de una conducta temeraria (art. 280), requisito del que queda exonerado, en cualquier caso, el querellante privado (art. 281.1.1º).

Señala Gimeno Sendra [17] que en la exigibilidad de este requisito formal pronto encontraron determinados jueces la solución para «ahuyentar» a los acusadores populares del proceso penal, y así, cuando los ciudadanos empezaron a hacer uso de este derecho, al inicio de la actual democracia, recurrieron a la imposición de desorbitadas fianzas que no podían satisfacer los aspirantes a acusador popular. Los abusos fueron de tal envergadura que, como consecuencia de la doctrina del TC (SSTC 62/1983, 113/1984 y 147/1985) sobre la exigencia del principio de «proporcionalidad» en la interpretación de este requisito, la Ley Orgánica del Poder Judicial se vio obligada a declarar en el artículo 20.3.º que *«no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita»*.

Tales prevenciones contra el abuso de la acusación particular se han exacerbado en los últimos pronunciamientos de nuestra jurisprudencia, como tendremos ocasión de señalar, limitando enormemente su capacidad para lograr la apertura del juicio oral si es la única acusación formulada.

De esta forma, lo que nos indica la regulación existente en nuestro ordenamiento es que en nuestro país no rige el principio de la *oficialidad* de la acción penal. Es cierto que, tal como dispone el artículo 105 LECrim, «los funcionarios del Ministerio Fiscal —o Ministerio Público— tendrán la obligación de ejercitar las acciones penales», pero tampoco lo es menos que dicho ejercicio de la acción penal no lo asume el Ministerio Fiscal en régimen de monopolio, pues, junto a él, pueden además ejercitar la acusación los ciudadanos, sean o no ofendidos por el delito. Mediante la consagración de la acusación popular y privada en nuestro ordenamiento procesal nuestro ordenamiento se separa del resto de los de Europa continental y se aproxima más al del Reino Unido, con la peculiaridad de que, si en el sistema inglés el *Attorney General* controla en definitiva la «fase intermedia», por lo que en dicho ordenamiento puede producirse el archivo de una instrucción en contra de la voluntad del acusador particular, esta posibilidad está vedada en nuestra LECrim, la cual sitúa en principio —sin atender a

[17] Gimeno Sendra, Vicente, ob. cit.

los últimos pronunciamientos jurisprudenciales— al acusador popular y al privado en *«igualdad de armas»* con el Ministerio Fiscal[18].

El fundamento histórico de la instauración de la acción popular residió en la utópica creencia del legislador de que, mediante la consagración de este derecho de los ciudadanos a sostener la acusación, iría disminuyendo la función del Ministerio Fiscal en el proceso penal hasta el punto de conseguir su desaparición, en la medida en que los particulares fueran paulatinamente asumiendo el ejercicio de la acusación. De ahí que las razones que impulsaron su instauración fueran un inicial deseo de democratizar la justicia penal, unido a un cierto principio de desconfianza hacia la institución del Ministerio Fiscal.

Naturalmente, señala Gimeno Sendra[19] que en el momento actual no puede indagarse el fundamento de esta institución desde tales premisas. La mejor prueba de ello lo ha constituido el curso de la historia, en el que un siglo después sigue evidenciándose la necesidad del Ministerio Fiscal en el proceso penal. La acusación popular no puede suplantar a este celoso «guardián de la legalidad», sino, antes al contrario, ha de coadyuvar al ejercicio de esta función e incluso, por qué no, convertirse en el último reducto de la defensa de la legalidad frente a una eventual «burocratización» o «politización» del Ministerio Fiscal, sobre todo en la perseguibilidad de aquellos delitos que, por comprometer el patrimonio social colectivo (v. gr., el delito ecológico, delitos masa contra la salud pública o grandes estragos) o por poderse presuponer un escaso interés en la persecución por parte del Poder Ejecutivo (v. gr., los delitos de cohecho, prevaricación y demás delitos de funcionarios que puedan dar lugar a la denominada «corrupción política»), la sociedad puede incluso llegar a confiar más en la acusación popular que en la oficial del Ministerio Fiscal.

El fundamento, pues, de la acción popular en la actualidad es doble: a) de un lado, al igual que el jurado, asume un papel político de participación del pueblo en la justicia con todos los efectos favorables que, en todo lo referente a incrementar la confianza de la sociedad en sus Tribunales, dicha participación popular siempre comporta, y, b) de otro, constituye la garantía más directa y económica de la aplicación del principio de legalidad, pues, a diferencia de otros ordenamientos en los que, ante renuncias o sobreseimientos infundados de la acción penal por el Ministerio Fiscal, tan sólo puede el ofendido instar la responsabilidad disciplinaria de dicho colaborador jurisdiccional o acudir a procedimientos especiales para intentar constreñir al Ministerio Fiscal al cumplimiento del principio de legalidad, en el nuestro dicha función se asegura mediante la comparecencia del particular en el proceso penal y en el otorgamiento, como se ha dicho, de un

---

[18] Artículo 642 LECrim: *«Cuando el Ministerio Fiscal pida el sobreseimiento de conformidad con lo dispuesto en los artículos 637 y 641, y no se hubiere presentado en la causa querellante particular dispuesto a sostener la acusación, podrá el Tribunal acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los interesados en el ejercicio de la acción penal, para que dentro del término prudencial que se les señale comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno».*

[19] Gimeno Sendra, Vicente, ob. cit.

estatus de parte acusadora similar al del Ministerio Público, de tal manera que, frente a una falta de ejercicio de la acción o retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal, siempre tiene el ciudadano abierto el libre acceso al proceso penal y, una vez dentro de él, está facultado para mantener con independencia la pretensión punitiva en orden a obligar al propio Tribunal decisor a pronunciarse sobre la fundamentación de la acusación. Y así, ha venido siendo, hasta la nueva jurisprudencia que viene estableciéndose por nuestro Tribunal Supremo.

No obstante, como ha señalado la jurisprudencia [20], el rol que debe asumir la acusación popular en el proceso es muy similar en cuanto a su interés al del Ministerio Fiscal, ya que ambos han de estar guiados por el afán de protección de la legalidad y el interés social. Sumamente ilustrativas resultan al respecto las palabras de Almagro Nosete [21], cuando afirma que la acción popular entendida como medio de control de la acusación pública, vigila, complementa y suple, de forma que en cuanto vigila, no actúa, simplemente observa; en cuanto complementa se muestra coincidente con los intereses que representa el Ministerio Fiscal; y en cuanto suple, actúa como sustituta de aquellos intereses.

De esta forma, la **evolución** ha sido la tónica de la acusación popular prevista en nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo incluso señalar hasta cuatro etapas por las que ha transcurrido en nuestro sistema la institución de la acusación popular:

1.ª Una **etapa abolicionista**, que se extendería prácticamente hasta la Constitución de 1978, fase en la que la doctrina se mostraba partidaria de su extinción y en la que, en la práctica forense, el ejercicio de la acusación popular brillaba por su ausencia. Gimeno Sendra señala como característica de esta etapa el hecho de que se solía ahuyentar a los acusadores populares mediante el establecimiento de fianzas desorbitadas.

2.ª Una segunda **etapa o fase** que podríamos calificar como **permisiva**, que se abarcaría desde la aprobación de la Constitución hasta la publicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, fase en la que el propio Poder Judicial ve con recelo la institución y dificulta su ejercicio con la fijación de cuantiosas fianzas que condicionan su ejercicio, circunstancia a la que respondió el artículo 20.3 LOPJ.

3.ª Una tercera **fase** que podríamos denominar **expansiva**, a partir de la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial hasta el dictado de la sentencia del «Caso Botín», caracterizada por la potenciación del ejercicio de la acción popular hasta límites considerables. En esta etapa la jurisprudencia ha permitido al acusador popular

---

[20] Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1997 (LA LEY 9933/1997).

[21] Almagro Nosete, J., «Acción popular», en *La reforma del proceso penal,* II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León.

comparecer en un proceso ya iniciado sin necesidad siquiera de prestar fianza, le ha exonerado de la condena en costas e incluso le ha facultado en ocasiones para requerir su pago a la parte contraria.

4.ª Y una cuarta **etapa**, que no puede considerarse pacífica y que calificaríamos como **jurisprudencialmente restrictiva** [22], marcada por las sentencias de los casos «Botín», Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1045/2007, de 17 de diciembre de 2007 [23] y «Atutxa», Sentencia del Tribunal Supremo núm. 54/2008, de 8 de abril de 2008 [24], donde nuestro Tribunal Supremo, con considerable disensión interna, ha restringido considerablemente las facultades del acusador popular, impidiéndole la posibilidad de obtener la apertura del juicio oral en el ámbito del procedimiento abreviado si el Ministerio Fiscal o el acusador privador no la solicitan. Dicha postura merma considerablemente la posición del acusador popular, recortando esa igualdad de armas a la que anteriormente nos referíamos, y es definida por autores como Ortego Pérez como la «perpetración de un atentado» [25], Gimbernat [26] como «herida de muerte a la institución de la acción popular», o De la Oliva [27] como «puro error, al excluir o capitidisminuir, para el procedimiento abreviado, a los acusadores que no son perjudicados», atendiendo a los distintos votos particulares a que dio lugar la primera sentencia referida.

Resulta conveniente hacer mención, siquiera someramente, al cambio de criterio que supone el dictado de tales sentencias. Así, la Sentencia de 17 de diciembre de 2007, denominada doctrina Botín, concluyó —tras una rigurosísima interpretación literal del precepto— que el artículo 782.1 LECrim impide la apertura de juicio oral cuando únicamente lo pida la acusación popular, frente a la solicitud de sobreseimiento instada tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular. A tal pronunciamiento le es reprochable la opción por una interpretación de tanto rigor literal cuando el legislador no se destaca en ningún momento por el uso de una homogeneidad semántica, encontrando preceptos como el artículo 761.1 [28] y el 780.1 [29] LECrim, que demuestran que en el ánimo del legislador no se hallaba el cerrar la puerta a la intervención de la acusación popular en el procedimiento abreviado. Mientras que apenas unos meses más tarde, en Sentencia de 8 de abril de 2008, conocida como caso Atutxa, nuestro

---

[22] Gimeno Sendra por el contrario la califica como etapa «realista», señalando que los Tribunales deben comprobar que el ejercicio de este derecho cívico y activo se realiza con plena observancia a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil).

[23] LA LEY 185357/2007, que cuenta con un total de hasta siete votos particulares.

[24] LA LEY 6547/2008, que cuenta con cuatro votos particulares discrepantes.

[25] Ortego Pérez, Francisco, ob. cit.

[26] Gimbernat, E., «Cerco a la acción popular», *El Mundo*, 5 de enero de 2008.

[27] De la Oliva, A., «El Tribunal Supremo debe rectificar», *ABC.es,* 12 de diciembre de 2007.

[28] 761.1 LECrim: Alude expresamente al *«ejercicio por particulares, sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal»*.

[29] 780.1 LECrim, que se refiere *«al Ministerio Fiscal»* y *«a las acusaciones personadas»*.

Tribunal Supremo concluía que la doctrina Botín no resultaba aplicable en dicho caso al no existir en este último acusación particular personada, motivo determinante en opinión del Tribunal para no impedir en ese caso concreto el ejercicio de la acción popular.

Dicha restricción ha sido criticada por la doctrina, con fundamento en los propios votos discrepantes, señalando que con la misma queda seriamente cuestionada la deseable igualdad de armas que debe regir cualquier actuación procesal, aunque en este caso, no sea entre la consabida dialéctica relativa a acusación y defensa, sino la provocada en el ámbito de los mismos litisconsortes que en aplicación del modelo de nuestro texto procesal pueden personarse como acusadores, en tanto en cuanto se conceden mayores facultades a unos que a otros. Tal posición jurisprudencial convierte al acusador popular en un mero convidado de piedra en el período intermedio del procedimiento abreviado.

2.2. La acusación del Ministerio Fiscal

La acusación ejercida por el Ministerio Fiscal encuentra su fundamento principal en el artículo 105 LECrim, señalando que los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de dicha ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal, reserva exclusivamente a la querella privada. También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal, deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad.

Se recoge así la existencia de una acusación que pudiéramos llamar «oficial» o pública, ejercida por el Ministerio Fiscal, en nombre de la sociedad y en ejercicio del principio de legalidad. Premisa que es necesario completar —tal y como recoge nuestro ordenamiento procesal— con las exigencias del principio de publicidad de la acción, que permite en los denominados delitos de persecución pública la personación tanto del ofendido y del perjudicado como de cualquier ciudadano que demuestre un interés legítimo.

La acusación del Ministerio Fiscal será la acusación habitual en todo tipo de procedimientos penales, salvo aquellos de carácter privado, ejerciendo en defensa de la legalidad y con las premisas y fundamentos que marca su Estatuto Orgánico. Como acusación pública reviste un cierto carácter principal, desempeñando una cierta *«voz cantante»* respecto de las demás acusaciones que puedan existir personadas en la causa, sin olvidar el principio de igualdad que debe regir entre las mismas. No obstante, la principal objeción que se le realiza por la doctrina es el carácter dependiente y jerárquico del ministerio público, y el enturbiamiento que de su

labor puede suponer las orientaciones políticas de quien ostente la Fiscalía General del Estado, dada su forma de nombramiento.

2.3. La acusación particular

En comparación a las demás acusaciones analizadas, la particular viene referida al interés individual que ostentan en la persecución de las infracciones criminales, quienes han sido directamente perjudicados por los efectos y consecuencias lesivas de los hechos punibles (art. 110 LECrim). En ocasiones se habla indistintamente de víctima, ofendido y perjudicado, siendo el perjudicado la persona que sufre en su esfera moral o estrictamente patrimonial las consecuencias de un ilícito penal, el ofendido, el sujeto que sufre directamente la lesión del bien jurídico protegido por el ordenamiento; y la víctima, un concepto más amplio capaz de englobar a los dos anteriores.

Su regulación legal se contempla en el citado artículo 110 LECrim, que señala en su párrafo primero que *«los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan o solamente unas u otras, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones».* No obstante, las últimas reformas operadas en nuestro texto procesal recogen la facultad del Instructor de la causa para hacer saber a los ofendidos o perjudicados, no personados en el curso de aquélla, el estado en que se encuentra, y poder propiciar así su participación[30]. Es más, el legislador ha posibilitado la personación posterior, al contemplar el artículo 785.3 LECrim la obligación por parte del Secretario Judicial de informar a la víctima por escrito de la fecha y lugar de celebración del juicio, lo que no impide su posterior personación «apud acta» en el juicio, incorporándose con plenitud de derecho y con posibilidad de presentar conclusiones, si las lleva preparadas, adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas[31]. No obstante, esa personación tardía debe cuidar que no se produzca ningún quebranto del derecho de defensa del acusado, con acusaciones sorpresivas, sustancialmente más elevadas, radicalmente distintas y no homogéneas, o que se aparten del contenido estricto del proceso. En todo caso, basta señalar que la defensa podrá solicitar el aplazamiento del juicio oral por invocación del artículo 788.4 LECrim.

El principal interés de esta acusación reside en la persona quien la ejercita, la víctima, el perjudicado u ofendido por el delito, facultándole el legislador por esta vía el restablecimiento del daño causado, que aún cuando no pueda ser personal o económico, al menos lo será moral. Permite de igual forma a la víctima del delito, tener un cierto poder de disposición so-

---

[30] Artículos 782.2.b) y 783 LECrim.

[31] Así lo concluye nuestro Tribunal Supremo, en la relevante sentencia de 18 de febrero de 2005.

bre el procedimiento penal, ejercitando la acusación, calificando los hechos, solicitando la imposición de determinadas penas y evitando que el acusado alcance una *«barata»* conformidad con el Ministerio Fiscal en contraposición al bien jurídico lesionado con su conducta.

III. REGULACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA: ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD DE MADRID

Al margen de la regulación procesal previamente aludida relativa al ejercicio de la acción popular, contenida en los artículos 101 de la LECrim, 19.1 de la LOPJ y 125 de la Constitución Española, en lo que respecta a la materia de la violencia de género, y dentro del ámbito penal y procesal que el legislador ha desarrollado para su tratamiento, pueden destacarse una serie de previsiones legales, contenidas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de julio, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LORMPIVG), que abren el camino al protagonismo o la participación de las Administraciones autonómicas en el ámbito procesal. Así, pueden citarse tanto su artículo 29.2, que previene que *«el titular de la Delegación Especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer estará legitimado ante los órganos jurisdiccionales para intervenir en defensa de los derechos y de los intereses tutelados en esta Ley en colaboración y coordinación con las Administraciones con competencias en la materia*", como el artículo 61.2 de la misma Ley, al señalar que "*en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, o del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, determinando su plazo, por si procediera su adopción».*

En ejercicio de las competencias constitucionalmente atribuidas (art. 149.3 CE) y estatutariamente desarrolladas, son varias las Comunidades Autónomas que han legislado con carácter previo o posterior a la Ley estatal 1/2004, recogiendo de forma expresa la previsión de personación por parte de la Administración autonómica, en ejercicio de la acción popular en el seno de procedimientos penales seguidos por violencia de género. Sin ánimo exhaustivo, se expondrá a continuación el mapa legislativo autonómico actualmente vigente sobre la materia, para detenernos posteriormente en las previsiones contenidas en la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid (BOCM de 29 de diciembre de 2005).

3.1. Legislación Autonómica sobre el ejercicio de la acción popular en procedimientos por violencia de género

Son varias las Comunidades Autónomas que han decidido legislar sobre el fenómeno de la violencia de género, en desarrollo de políticas públicas

de prevención y de igualdad entre el hombre y la mujer, previendo como posibilidad la personación de la Administración autonómica en procedimientos penales seguidos por delitos relacionados con la violencia de género, en ejercicio de la denominada acusación popular.

Sin perjuicio del distinto alcance y matiz contenidos en cada norma, todas ellas se pronuncian en términos similares, como veremos en la siguiente exposición, que se ilustrará por orden cronológico de promulgación legislativa:

— El artículo 16 de la Ley de Castilla-La Mancha 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de malos tratos y de protección a las maltratadas, dispone: *«Ejercicio de la acción popular. La Administración Regional ejercitará la acción popular en los procedimientos penales por malos tratos, siempre que la víctima lo solicite o cuando las especiales circunstancias lo aconsejen, en la forma que establezca la legislación procesal del Estado».*
— El artículo 16 *ter* de la Ley Foral del Parlamento de Navarra 22/2002, de 2 de julio, para la Adopción de Medidas Integrales contra la Violencia Sexista (introducido por La Ley Foral del Parlamento de Navarra 12/2003, de 7 de marzo) establece: *«Acción popular. La Administración de la Comunidad Foral y las entidades locales promoverán, a través de organismos de igualdad o entidades y asociaciones entre cuyos fines se encuentren la defensa de los derechos de la mujer, el ejercicio de la acción popular en los casos más graves de violencia sexista si la víctima así lo solicita o cuando la acción delictiva provoque la muerte de ésta».*
— El artículo 10.5 de la Ley del Parlamento de Castilla y León 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (en redacción dada por la Ley del Parlamento de Castilla y León 7/2007, de 22 de octubre) señala: *«La Administración Autonómica se personará en los procedimientos penales sobre violencia contra mujeres en la forma y condiciones establecidos por la legislación procesal, siempre que las circunstancias lo aconsejen y la víctima o sus familiares hasta el cuarto grado lo soliciten. Reglamentariamente se determinará el procedimiento administrativo dirigido a autorizar el ejercicio de las acciones judiciales en estos casos».*
— El artículo 36 de la Ley del Parlamento de la Comunidad Valenciana 9/2003, de 2 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, dispone: *«Personación de la Administración autonómica en los procedimientos por malos tratos. La Conselleria con competencias en materia de mujer podrá proponer al Consell de la Generalitat el ejercicio de la acción popular, a través del Gabinete Jurídico de la Generalitat o de abogadas/os colegiadas/os, en los supuestos de agresiones físicas domésticas en los que se cause la muerte o lesiones graves a mujeres residentes en la Comunidad Valenciana».*
— El artículo 42 de la Ley del Parlamento de Canarias 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género, señala: "*Acción popular. La Comunidad Autónoma ejercerá la acción popular en los procedimientos penales por violencia*

de género, en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal, en los casos de muerte o incapacitación definitiva de la víctima por las secuelas de la violencia. La acción popular se ejercerá con el consentimiento de la familia".

— El artículo 18 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, para la Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas, establece: *«Personación de la Comunidad Autónoma de Cantabria en juicio. La Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, a través de la Dirección General del Servicio Jurídico, previa evaluación de los hechos por parte de la Consejería competente en materia de la Mujer y a requerimiento expreso de ésta y, previo informe de viabilidad jurídica del Servicio Jurídico, ejercerá la acción popular en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal, en los procedimientos penales por violencia de género en toda su extensión, en que por las secuelas de la misma se produzca la muerte, lesiones graves o incapacitación definitiva de la víctima. La acción popular se ejercerá con el consentimiento de la familia y de la propia víctima»*.

— El artículo 31 de la Ley de las Cortes de Aragón 4/2007, de 22 de marzo, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón, dispone: *«Acción popular. El Gobierno de Aragón ejercerá la acción popular en los casos más graves de violencia contra las mujeres, si la víctima así lo solicita, o cuando la acción delictiva provoque la muerte de esta, en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal»*.

— El artículo 31 de la Ley del Parlamento de Galicia 11/2007, de 27 de julio, para la Prevención y Tratamiento Integral de la Violencia de Género, señala: *«Personación de la Xunta de Galicia en los procedimientos penales iniciados por causas de violencia de género. 1. En los casos en que proceda, la Xunta de Galicia podrá acordar su personamiento en los procedimientos penales instados por causa de violencia de género, en calidad de parte perjudicada civilmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 2. La representación y defensa en juicio corresponderá a la Xunta de Galicia, sin perjuicio de que las mencionadas funciones de representación y defensa en juicio puedan ser encomendadas a uno o a más profesionales de la abogacía colegiados en ejercicio, con arreglo a la normativa reguladora de los servicios jurídicos de la Administración autonómica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial»*.

— El artículo 38 de la Ley del Parlamento de Andalucía 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género, establece: *«Personación de la Administración de la Junta de Andalucía. La Administración de la Junta de Andalucía podrá personarse, de acuerdo con la legislación procesal vigente, en los procedimientos por actos de violencia de género cometidos en Andalucía, en los que se cause la muerte a mujeres»*.

— Finalmente, la Ley 5/2008 del Parlamento de Cataluña, de 24 de abril, del Derecho de las Mujeres a erradicar la Violencia Ma-

chista, dedica la Sección Cuarta, del Capítulo III, Título III, a la *«PERSONACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALIDAD EN PROCESOS PENALES»,* estableciendo en su artículo 45: *«Supuestos para la personación. 1. La Administración de la Generalidad puede personarse en los procedimientos penales por violencia machista, en los casos de muerte o lesiones graves de mujeres, en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal. 2. Si la personación es ejercida por otra administración pública, el Gobierno puede personarse de forma potestativa. 3. El Gobierno puede personarse en otros casos además de los especificados por el apartado 1 y que sean de relevancia especial, previa evaluación de los hechos por parte del Instituto Catalán de las Mujeres. 4. La personación de la Administración de la Generalidad debe ejercerse con el consentimiento de la mujer víctima o de su familia, siempre y cuando ello sea posible».*

En otras Comunidades Autónomas, como las de Asturias, Baleares o Extremadura, se encuentran en tramitación diferentes proyectos legislativos para la aprobación de las correspondientes leyes autonómicas de prevención de la violencia de género, siendo previsible que en su articulado se incluyan supuestos para el ejercicio de la acción popular en forma y características similares a las hasta ahora analizadas.

3.2. Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid

En la misma línea seguida por las Comunidades autónomas que acaban de exponerse, la Asamblea de Madrid promulga la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid, desarrollando la previsión competencial establecida en su Estatuto de Autonomía, relativa a la *«promoción de la Igualdad respecto a la mujer que garantice su participación libre y eficaz en el desarrollo político, social, económico y cultural»*.

Así, dentro del Capítulo Tercero del Título I, dedicado a las *«Medidas de asistencia integral y protección a las víctimas de Violencia de Género»,* la Ley dedica dos artículos al ejercicio de la acción popular por la Administración pública, y a la personación en procedimientos penales seguidos por violencia de género. En concreto:

— El artículo 29 señala: *«Acción popular. La Comunidad de Madrid ejercerá la acción popular en los procedimientos penales por causa de muerte, lesiones graves o mutilación genital de la víctima, en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal»*.
— A continuación, el artículo 30 dispone: *«Personación de la Comunidad de Madrid en los procedimientos penales iniciados por causas de Violencia de Género. 1. En los casos en que proceda, la Comunidad de*

Madrid se personará en los procedimientos penales instados por tales causas, en calidad de parte perjudicada civilmente, conforme a lo establecido en el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 2. La representación y defensa en juicio corresponderá a los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de que las mencionadas funciones de representación y defensa en juicio puedan ser encomendadas, a uno o más abogados colegiados en ejercicio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

Siguiendo a Juan Sánchez[32], del examen comparado de las anteriores disposiciones legales pueden extraerse las siguientes características comunes a todas ellas: a) se otorga de forma mayoritaria el ejercicio de la acción penal a la propia Administración autonómica, correspondiendo a los Servicios Jurídicos o Cuerpo de Letrados de cada Comunidad Autónoma, integrado, en el caso de la Comunidad de Madrid, por el Cuerpo de Letrados de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, regulado por Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid; y b) generalmente, el ejercicio de la acusación penal por la Administración autonómica se supedita a la concurrencia de ciertos presupuestos acumulativos (autorización de la víctima o de sus familiares y resultado muy grave de los hechos a enjuiciar).

Por lo que respecta a la puesta en práctica de la habilitación legal contenida en el artículo 29 de la citada Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid, por parte del Cuerpo de Letrados pertenecientes a sus Servicios Jurídicos, llama la atención que la misma tuvo lugar, en buen número de procesos penales, con anterioridad a la promulgación del citado texto legal, encontrando amparo su actuación procesal en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de fecha 6 de septiembre de 2001, con efectos vigentes hasta el 31 de diciembre de 2004 (en uso de las previsiones contenidas en la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, y más en concreto, en su artículo 7.2). Sin embargo, con posterioridad a 2004, y pese a contar con la expresa previsión legal contenida en la Ley 5/2005 para el ejercicio de la acción popular en procedimientos penales seguidos por delitos graves cometidos en el ámbito de la violencia sobre la mujer, los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid no han visto renovada su concreta habilitación para tal actuación procesal, por parte del Consejo de Gobierno, lo que en la práctica ha supuesto, de forma paradójica, una desaparición de la acción popular autonómica en los procesos de violencia de género seguidos en la Comunidad de Madrid a partir del año 2005.

---

[32] Juan Sánchez, R., «Ejercicio de la acusación popular por las Administraciones autonómicas en los delitos de violencia de género: una grieta en el proceso penal español único», *Diario La Ley,* núm. 6897, 2008, Año XXIX, Editorial La Ley.

IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la personación de las Comunidades Autónomas en ejercicio de la acusación popular en el procedimiento penal, en lo atinente a las causas seguidas por violencia de género, a partir de la fundamental STC 311/2006, Sala Primera, de 23 de octubre (Pte. Casas Baamonde), posteriormente seguida por las consecutivas STC 8/2008, Sala Segunda, de 21 de enero (Pte. Gay Montalvo) y STC 18/2008, Sala Primera, de 31 de enero (Pte. Pérez Tremps). Sin embargo, la cuestión objeto de análisis debe pasar, necesariamente, por un examen previo de la doctrina constitucional fijada en la STC 129/2001, de 4 de junio, y la posterior sentada en la STC 175/2001, de 26 de julio, del Pleno del Tribunal Constitucional, por cuanto constituyen el marco de referencia para nuestro estudio, dentro del cual se enmarca la tesis finalmente consagrada por el Alto Tribunal para reconocer legitimidad a la Administración Pública para ejercer la acción popular en el marco de los procedimientos penales seguidos por determinados delitos cometidos en el ámbito de la violencia de género, siempre que, como veremos, exista una Ley autonómica habilitante para ostentar dicha posición y protagonismo procesal.

4.1. El punto de partida: la STC 129/2001

Sin perjuicio de la ampliación que el Tribunal Constitucional venía haciendo del término «ciudadanos» (art. 125 CE), respecto de los legitimados para el ejercicio de la acusación popular, a partir de la STC 53/1983, de 20 de julio, comprendiendo tanto las personas físicas como las jurídicas, esta doctrina es acotada en lo referente a las personas jurídicas de Derecho público, a quienes, inicialmente, se les niega la titularidad de la acción popular. Así, el TC, en su Sentencia 129/2001, de 4 de junio, deniega el amparo al Gobierno vasco, confirmando la legitimidad de la exclusión realizada en sede jurisdiccional de la posibilidad de su personación como acusador popular, en un proceso penal seguido por delito de calumnias a la Policía Autónoma Vasca, concluyendo que el término «ciudadanos» del artículo 125 CE es un concepto *«atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas […] tanto por sus propios términos como por el propio contenido de la norma, que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la Administración pública, y más concretamente, de los órganos de poder de la comunidad política»*.

4.2. Una nueva doctrina: la STC 175/2001, del Pleno del TC

Resolviendo un recurso de amparo interpuesto por la Generalidad de Cataluña, por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), la STC 175/2001, de 26 de julio, viene a establecer los tres

supuestos en los que, según el criterio del propio Tribunal, de forma excepcional, y en ámbitos procesales muy delimitados puede admitirse que las personas públicas disfruten del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva —y con ello del recurso de amparo ante ese Tribunal—:

a) En primer lugar, las personas públicas en aquellos litigios en los que su situación procesal es análoga a la de los particulares —así se ha hecho por el TC otorgando el amparo en procesos donde la situación jurídica de las personas públicas era equiparable a la de las personas privadas (entre otras, SSTC 120/1986, de 22 de octubre; 162/1990, de 22 de octubre; 117/1991, de 23 de mayo; 91/1991, de 25 de abril; 27/1992, de 9 de marzo; 168/1992, de 26 de octubre; 58/1993, de 15 de febrero; 96/1993, 22 de marzo; 278/1994, de 17 de octubre; 4/1995,de 10 de enero; 30/1995, de 6 de febrero; 189/1995, de 18 de diciembre; 124/1997, de 1 de julio; 68/1999 de 26 de abril; 179/1999, de 11 de octubre; 100/2000, de 10 de abril)—, tratándose de litigios donde las personas públicas no gozaban de privilegios o prerrogativas procesales y pedían justicia como cualquier particular. Siendo lo relevante, en palabras del propio TC, *«destacar que en todos aquellos casos donde la posición procesal de los sujetos públicos es equivalente a la de las personas privadas el artículo 24.1 CE también ampara a las personas públicas»*.

b) Las personas públicas son titulares, también, del derecho de acceso al proceso, correspondiendo a la Ley determinar los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado, si bien *«la interpretación judicial de las normas de acceso al proceso estará guiada, también en relación con las personas públicas, por el principio pro actione (cuando se trate de acceso a la jurisdicción) o por el canon constitucional de interdicción de la arbitrariedad, la irrazonabilidad y el error patente, cuando se trate del acceso a los recursos legales»*.

c) Como tercera excepción, las personas públicas están amparadas por el derecho a no sufrir indefensión en el proceso (art. 24.1 CE), destacando el Alto Tribunal que la prohibición de indefensión procesal a las personas públicas protege inmediatamente a éstas, pero mediatamente también a otros intereses: al interés objetivo en que el proceso sirva de forma idónea a la función jurisdiccional atribuida por la Constitución a Jueces y Tribunales (art. 117.1 CE); y también al interés de las otras partes de que el proceso en el que actúan esté desprovisto de toda indefensión, de forma que queda reforzada la confianza de las demás partes en la estabilidad de las resoluciones que pongan fin al proceso.

Es dentro de este marco genérico, no expresamente referido al ejercicio de la acción popular, donde se desarrollará la novedosa doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional a partir de su fundamental STC 311/2006, que pasamos a analizar.

4.3. Generalitat Valenciana *vs.* Audiencia Provincial de Valencia: la STC 311/2006

La STC 311/2006, de 23 de octubre, constituye el auténtico hito en la materia objeto de nuestro análisis, al otorgar el amparo a la Generalitat Valenciana, reconociéndole el derecho a la tutela judicial efectiva en un caso en el que se había impedido al ejecutivo autonómico la personación, en calidad de acusación popular, seguido por delito de homicidio en el ámbito de la violencia de género, corrigiendo así el criterio que habían mantenido tanto el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Xátiva, en el procedimiento del Tribunal del Jurado 1/04, como la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia.

Las resoluciones judiciales impugnadas en el presente caso fundamentaban la denegación de personación a la Generalitat Valenciana en cuatro argumentos: a) que el término «ciudadanos» a que se refiere el artículo 125 CE no admite ser interpretado como comprensivo de la Administración pública; b) que al no ser perjudicada por el delito carecía de legitimación para ejercer la acusación particular; c) que además de la acusación pública ejercida por el Fiscal, se ejercieron dos acusaciones particulares, una por los familiares de la víctima y otra por el Colegio de Graduados Sociales; y d) que el artículo 36 de la Ley valenciana 9/2003 habría creado una nueva forma de acusación, invadiendo la legislación estatal y contradiciendo la doctrina del TC.

El TC comienza su análisis exponiendo la doctrina de la STC 175/2001, dando por superada la fijada en la STC 129/2001, y recogiendo también la emanada de la STC 280/2000, de 27 de noviembre, señalando que el establecimiento de la acción popular en el proceso penal es una decisión que corresponde al legislador, como hace la LECrim, de modo que *«la interpretación restrictiva que los órganos judiciales realicen sobre las condiciones de su ejercicio resultará lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión si no se respeta el principio pro actione que rige en el ámbito del derecho de acceso a la jurisdicción para resolver, precisamente, los problemas del enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción»*. Partiendo de esta doctrina, y aplicándola al caso analizado, entiende el TC que la denegación de la personación de la Generalitat Valenciana en el procedimiento penal seguido ante el Juzgado de Instrucción de Xátiva tiene relevancia constitucional en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del que es titular la citada entidad pública, al tratarse de la denegación del acceso a la jurisdicción penal, concluyéndose que los argumentos invocados por los Tribunales valencianos, anteriormente expuestos, no pueden ser tenidos por conformes con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, pues impiden de forma absoluta el ejercicio de esta clase de acción por las entidades jurídico-públicas cuando ni la Constitución ni las leyes que la regulan incluyen una restricción expresa semejante y cuando el legislador ha previsto la personación de la Generalitat Valenciana en los procesos penales que se sustancien en relación con los casos más graves de violencia de género.

Bajo este marco general, la STC 311/2006 desgrana, en su FJ 4.º, el marco legal vigente relativo al ejercicio de la acusación popular en el proceso penal, precisando que ni el artículo 125 CE, ni el artículo 19.1 LOPJ, así como tampoco los artículos 101 a 104 LECrim excluyen de forma expresa a las personas jurídico-públicas para el ejercicio de la acción popular. A esta regulación general se han unido, como hemos visto *ut supra,* las previsiones específicas sobre el ejercicio de la acción popular por las Administraciones públicas en los procesos penales sustanciados para el enjuiciamiento de hechos que se enmarcan en la denominada violencia de género, entre los que se encuentra el artículo 36 de la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la Igualdad entre hombres y mujeres, dictada por el Parlamento de la Comunidad Autónoma valenciana, y con el contenido que antes ha quedado expuesto, previéndose por dicha norma autonómica la posibilidad de que la Generalitat Valenciana se persone ejerciendo la acción popular en algunos de los procesos penales seguidos por violencia de género, esto es, en aquellos en los cuales la víctima sea residente en la Comunidad Autónoma y siempre que se haya producido muerte o lesiones graves.

Partiendo pues del reconocimiento de tal realidad legislativa autonómica, concluye el Alto Tribunal que los argumentos aducidos por los Tribunales de instancia para denegar la personación de la Generalitat Valenciana resultan desproporcionadamente restrictivos y contrarios al principio *«pro actione»*. Y ello sin perjuicio de reconocer que *«lo razonado no implica un juicio sobre la constitucionalidad abstracta de la ampliación de la acción popular a las personas públicas, juicio que sólo podríamos realizar en caso de que la ley que así lo establezca fuera recurrida ante este Tribunal. En el ejercicio de la jurisdicción de amparo, desde la perspectiva del derecho de acceso al proceso aquí alegado, existiendo una ley vigente, no impugnada ante este Tribunal, que prevé la posibilidad de ejercicio de la acción popular por la Generalitat Valenciana, no compete a este Tribunal pronunciarse sobre la oportunidad de tal previsión legal ni sobre su constitucionalidad»*. Mas sin que, entiende el TC, las dudas del órgano judicial sobre la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 9/2003 de las Cortes Valenciana puedan llevar a aquél a desconocer e inaplicar su contenido, dejando de promover la oportuna cuestión de inconstitucionalidad, con audiencia previa de la entidad pública afectada.

4.4. Gobierno de Cantabria *vs.* Audiencia Provincial de Cantabria: las SSTC 8/2008 y 18/2008

La STC 8/2008, Sala Segunda, de 21 de enero, analiza un supuesto en el que el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Santander, primero, y la Audiencia Provincial de Cantabria, después, denegaron al Gobierno de Cantabria la personación como acusación popular en el procedimiento de Tribunal de Jurado 2/2004 seguido ante el primer órgano, por un delito de violencia de género con resultado de muerte. El TC, tras analizar los argumentos sostenidos por ambos tribunales, que vinieron a coincidir en esencia con los invocados por las instancias judiciales valencianas en el supuesto anterior-

mente analizado, recoge la doctrina sentada en la STC 311/20006, recordando cómo en ella se señala que la STC del Pleno 175/2001 ya afrontó la cuestión de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por parte de las entidades jurídico-públicas, y señala que en ella se dijo que nada impide la ampliación del término «ciudadanos» a las personas jurídico-públicas, a la luz del reconocimiento a las mismas de la titularidad en ambos ámbitos específicos del derecho a la tutela judicial efectiva.

Partiendo de esta premisa, la conclusión viene a ser la misma, a saber, que cuando la Ley autonómica prevé que la Comunidad Autónoma se persone como acción popular en algunos procesos seguidos por violencia de género, esa posibilidad legal no puede desconocerse por los órganos judiciales e inaplicarse, como ocurría en el presente caso con el artículo 18 de la Ley de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección de sus víctimas, sino que, por el contrario, establecida por la Ley procesal la posibilidad de que las personas públicas dispongan de acciones procesales para la defensa del interés general que tienen encomendado, y una vez que la Ley ha incorporado dichos mecanismos procesales, el principio *«pro actione»* debe guiar la interpretación judicial de las normas que determinan el acceso al proceso, motivos por los que el TC otorga el amparo al Gobierno de Cantabria en el supuesto analizado, declarando vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.

En idéntico sentido se pronuncia la STC 18/2008, Sala Primera, de 31 de enero, en la que se otorga el amparo igualmente al Gobierno de Cantabria, ante la denegación por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Torrelavega y por la Audiencia Provincial de Cantabria de la personación de la entidad pública en el procedimiento ante el Tribunal de Jurado 1/2004 seguido en aquel Juzgado, por delito de homicidio en el ámbito de la violencia de género, haciéndose remisión a la anterior STC 8/2008.

No obstante, merece especial relevancia el voto particular formulado por el Magistrado Don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la STC 8/2008, al entender que el recurso de amparo debía haber sido desestimado, discrepando de la doctrina consolidada a partir de las SSTC 175/2001 y 311/2006. Comienza el citado Magistrado señalando: *«Niego que un poder público, como es en este caso el Gobierno de Cantabria, pueda ser titular de un derecho fundamental de tutela judicial efectiva, susceptible de ser objeto de un recurso de amparo, que es en el que nos movemos en este caso»*. Para explicar su posición, precisa a continuación que el Tribunal Constitucional no puede considerarse vinculado por una Ley autonómica, en cuando base fundante de un pretendido derecho de tutela judicial efectiva de la Comunidad Autónoma, vedándose así un posible juicio de constitucionalidad de la norma de que se trate. Y sigue señalando que *«en tal sentido, mi criterio es el de que la Ley de que ahora se trata (en su art. 18) no es conforme a la Constitución, porque invade un área de competencia exclusiva del Estado, ex artículo 149.1.6 CE, en tanto que reguladora de un contenido inequívocamente procesal, que además considero en sí mismo contrario al artículo 125 CE. El derecho, que en este precepto constitucional, y en coherencia con el mismo en el artículo 101 LECrim, se atribuye a los ciuda-*

danos, no puede atribuirse por una Ley autonómica a quienes no son ciudadanos, sino órganos del poder público». Para concluir, según este criterio, que *«la Comunidad Autónoma recurrente no es titular del derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos que lo ejerce, para defender una facultad que una Ley autonómica le atribuye en tanto que poder público, y si dicha Ley, a su vez, debe ser considerada inconstitucional, falta por completo la base para el otorgamiento del amparo»*.

4.5. Otros pronunciamientos: ATC 186/2009, de 16 de junio

Por último, debe destacarse que la doctrina que venimos comentando ha sido recogida por el TC en pronunciamientos posteriores: así, como ejemplo significativo, puede citarse el Auto 186/2009, de 16 de junio de 2009, del Pleno del Tribunal Constitucional, pronunciándose sobre la inadmisión a trámite de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 respecto de los artículos 19.1 LOPJ y 270 LECrim, en relación al artículo 125 CE, en lo referente a la exclusión de los extranjeros del ejercicio de la acción popular, contiene un voto particular formulado por el Magistrado Pérez Tremps, en el que señala que: *«No es posible identificar el término ciudadanos y el término españoles, del mismo modo que no es posible identificar plenamente el término ciudadanos y el término personas físicas, o aún más, del mismo modo que no es posible excluir, por ejemplo, a las personas jurídico públicas del ejercicio de ciertas facultades o derechos atribuidos por la Constitución a los ciudadanos (precisamente en relación con el ejercicio de la acción popular por personas jurídico públicas se pronuncia la STC 311/2006, de 23 de octubre)»*.

V. VALORACIÓN Y CRÍTICA DEL SISTEMA. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Expuesta la cuestión jurídica que nos planteábamos procede entrar a valorar y criticar el sistema fijado por nuestro legislador y configurado interpretativamente por nuestra jurisprudencia.

Es sabido que en el caso de la acusación popular en cuanto manifestación acusatoria nos encontramos ante un instrumento capaz de poner en marcha un mecanismo tan aflictivo como el proceso penal y su consabido efecto estigmatizador para quien resulte imputado, aunque no por ello haya que caer en la generalización hasta el punto de restringir de forma drástica el derecho proclamado en el artículo 125 de la Constitución, como ha realizado nuestra jurisprudencia para delitos ajenos al ámbito de la violencia de género.

Viene señalando la doctrina [33] que el proceso penal se contempla como un campo abonado para la actuación de un nuevo espécimen, como son los «profesionales de la acción popular», que actúan guiados por un claro afán de notoriedad o como vengadores de presuntos desmanes.

---

[33] Entre otros: Ortego Pérez, Francisco, Gutiérrez-Alviz y Armario, F., y Moreno Catena, V.

En este sentido, como ha sido expuesto en el presente estudio, uno de los debates jurídicos en los que en la actualidad nos encontramos inmersos, en el seno del Derecho procesal penal, es el relativo a la necesidad de reformar el instituto de la acción popular, cuestión en la que convergen tanto doctrina como jueces, y sobre la que incluso se han pronunciado diversos votos particulares emitidos por Magistrados del Tribunal Supremo, con ocasión de las sentencias 1045/2007 y 54/2008. La polémica está servida, y así recientemente hemos podido leer en distintos medios de comunicación cómo el Ministro de Justicia expone su anunciada «reflexión» en torno a la acusación popular (es de suponer que con futuro reflejo en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, actualmente en fase de redacción) en los siguientes términos: *«La acción popular está en la Constitución y por tanto tiene que existir. Pero debe ser regulada de acuerdo con la lógica de los Estados democráticos, y en ellos el Ministerio Público es el encargado de perseguir el delito y defender el interés general. En nuestro sistema se da una paradoja bastante curiosa y es que hay veces que quien defiende el interés general de todos los españoles, que es el Ministerio Fiscal, y las víctimas, no presentan ninguna acusación penal y sin embargo lo hace alguien, la acusación popular, que no sabemos muy claramente qué interés defiende, por que no es ni el interés general ni el interés de las víctimas. […] Pero si los fiscales no lo hacen y tampoco las víctimas o personas o colectivos interesados, ¿Puede haber una acción popular que actúe en todo momento y de cualquier manera? Es necesario darle la conveniente regulación»* [34]. En línea contraria se manifestaba, también recientemente, y a modo de respuesta velada a las anteriores declaraciones, un Magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, quien escribía las siguientes líneas, bajo el título *«Acción popular»: «lo que debe tenerse claro es que esta nueva configuración legal no puede limitar su ejercicio de forma grosera, y mucho menos en aquellos delitos en los que el bien jurídico protegido es difuso o de carácter colectivo, tales cuales son por ejemplo los que afectan a ejercicio de la función pública, y por supuesto tampoco se puede limitar su ejercicio a los supuestos en los que coincida con el criterio del Ministerio Fiscal, puesto que ante la ausencia de ejercicio de la acción penal por parte de aquél, es cuando la acción popular recobra su auténtica e histórica razón de ser»* [35].

Quizá debiera huirse de planteamientos realizados al calor de los acontecimientos, y concluir, con Gimeno Sendra [36], que la clave de la reforma legal nos la proporciona la propia doctrina sustentada por la STS 54/2008 (caso Atutxa), de modo que en el futuro se distinguiera entre la asunción por todo acusador popular, sea persona física o jurídica, de alguno de los citados intereses colectivos o difusos, y los supuestos en los que, *prima facie,* no se observa la defensa de dichos intereses. De forma que en el primer caso, la persona física o jurídica debiera ejercer la acción popular con todo el estatus procesal de parte principal, asimilando su posición procesal a la de

---

[34] En Diario *ABC*, 25 de septiembre de 2010.

[35] López, E., «Acción popular», en Diario *La Razón,* 18 de octubre de 2010.

[36] Gimeno Sendra, V., «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos Botín y Atutxa», en Diario *La Ley,* núm. 6970, Sección Doctrina, 18 de junio de 2008, Año XXIX, Editorial La Ley.

los ofendidos o perjudicados por el delito; mientras que en los demás casos, en los que no se pueda apreciar la asunción, por el particular, de defensa de interés colectivo o difuso alguno, el acusador popular debiera comparecer como «coadyuvante» del Ministerio Fiscal.

En lo atinente al concreto objeto de nuestro estudio, y por lo que respecta a la jurisprudencia constitucional consagrada a partir de las ya comentadas SSTC 311/2006, 8/2008 y 18/2008, la doctrina ha puesto el acento y la crítica en el punto de partida del problema abordado, que no es otro que el reconocimiento por parte del legislador autonómico de la posibilidad de ejercicio de la acusación popular por parte de la Administración autonómica, pese a que dicho reconocimiento esté movido por el legítimo interés, por parte de las Administraciones autonómicas, de implicarse en la lucha contra la violencia sexista o de género, lo que, sin embargo, entendemos que no puede hacerse a costa o al margen de las garantías técnico-jurídicas que deben regir el funcionamiento del proceso penal. Como señala Samanes Ara [37], esta actividad procesal del legislador autonómico es criticable por varias razones, *«fundamentalmente porque el artículo 149.1.6.º de la CE y la propia doctrina al respecto del TC establecen que para que pueda dictarse una norma procesal autonómica hace falta que ésta obedezca a las necesarias especialidades de derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas»,* lo que con evidencia no ocurre en todos los casos que hemos analizado, ya que estas especialidades podrán darse en el ámbito procesal civil, en virtud de las competencias asumidas por las Comunidades autónomas sobre sus derechos civiles forales y especiales (art. 149.1.8.ª CE), mas no en el ámbito procesal penal. Y es que el propio artículo 149.1.6.ª CE, en su inciso final, atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de Derecho penal, vedando así al legislador autonómico la posibilidad de dictar normas sustantivas penales, y en buena lógica, también de carácter procesal penal.

Sin embargo, ante la realidad legislativa existente en la actualidad, surge la pregunta de si las Comunidades Autónomas pueden realmente legislar en materia de legitimación penal, a la cual la doctrina mayoritaria ofrece una respuesta negativa, llegando a afirmarse que el vigente panorama legislativo en la materia objeto de análisis supone una quiebra del modelo único del proceso penal, instaurando diferentes Derechos territoriales para el ejercicio de la acción penal (Juan Sánchez), pudiendo concluirse con este autor que *«en el panorama procesal español, tras la STC 311/2006, existe un desigual diseño territorial del proceso penal, de modo que será más amplia la legitimación procesal penal en aquellas Comunidades Autónomas en las que ya se ha dictado una norma que permite a sus Administraciones públicas ejercitar la acción popular con relación a determinados delitos. Los mismos hechos criminales no serán perseguibles por igual en todo el territorio nacional»* [38]. Y es que no debe olvidarse, como también recuerda Juan Sánchez, que el artículo 125 CE no impone

---

[37] Samanes Ara, C., «Los límites de la acusación popular», en *Reformas necesarias de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, CENDOJ, 2008.

[38] Juan Sánchez, R., ob. cit.

la presencia del acusador popular en todo proceso penal, sino que se remite a la determinación legal de la misma, y esa determinación, por tratarse de una materia que incide en los principios configuradores del proceso penal español, sólo debe corresponder al Estado.

Como ha destacado Gómez Amigo [39], la técnica legislativa seguida por las Comunidades autónomas en esta concreta materia, pese a su loable interés en combatir la violencia de género, no parece la más adecuada, *«puesto que el interés de la Administración autonómica en estos procesos es exactamente el mismo que el perseguido por el Ministerio Fiscal […], y no tiene sentido que se dé entrada en el proceso penal a otro acusador público»*. O en palabras de Pérez Gil [40], *«la legitimidad del ejercicio de las funciones públicas se justifica sólo desde la especialización en el desempeño de éstas, por lo que lo adecuado es que los órganos de la Administración intervengan en el proceso penal no como acusadores, sino como denunciantes, peritos o testigos, encomendando el desempeño de la función de acusación al único cuya existencia viene preordenada a su satisfacción: el Ministerio Fiscal»*.

Como se ve, el panorama vigente en la actualidad no es, sin duda, el más deseable, y ante su falta de clarificación, deberemos esperar a que por parte de los tribunales ordinarios que duden de la constitucionalidad de la Ley autonómica que deban aplicar, en previsión de la personación de la Administración autonómica como acusador popular en un procedimiento penal, se plantee la pertinente cuestión de inconstitucionalidad ante el TC [41]. Mientras tanto, y entre las diferentes propuestas *«de lege ferenda»* sugeridas por la doctrina, no encontramos otra posibilidad que la de la modificación de la Ley estatal sobre la materia, otorgando legitimación expresa a la personación procesal de las Comunidades Autónomas para la persecución de determinados delitos (en este caso, los de violencia de género), siempre que se opte por mantener el modelo actualmente en vigor, y no por otro donde el papel de la Administración autonómica quede limitado al de mero colaborador directo del Ministerio Fiscal, siendo éste el único legitimado para el ejercicio de la acusación en nombre de la Administración, en su función constitucional de defensa de la legalidad (en este sentido, entre otros, Pérez Gil). Y ello sin dejar de sumarnos, con Juan Sánchez, a la congratulación ante previsiones legislativas mucho más respetuosas con el ordenamiento constitucional español, como lo son las contenidas en la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres y de Protección contra la Violencia

---

[39] Gómez Amigo, L., «El ejercicio de la acusación popular en los delitos de violencia de género», en *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 765, 18 de diciembre de 2008.

[40] Pérez Gil, «La acusación popular», Comares, Granada, 1998.

[41] Algún autor, como Sánz Pérez, en comentarios a la STC 8/2008, realiza sin embargo el siguiente planteamiento, no exento de buena lógica: *«Por otra parte, más lógico podría haber sido, que la Sala segunda del Tribunal Constitucional hubiese elevado (debería haberlo hecho) al Pleno la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Motivos había para ello, porque no parece que deban ser las Comunidades Autónomas los entes competentes para legislar en materia de procedimiento penal, ni en materia de condiciones de ejercicio de la acción popular». Vid.* Sánz Pérez, A. L., «La acción popular y el Tribunal Constitucional», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional,* núm. 2/2008 (Estudio), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

de Género en la Región de Murcia, en sus artículos 46 y 52, que limitan el ámbito de actuación de la Administración autonómica al fomento de protocolos de actuación con las fuerzas y cuerpos de seguridad, órganos judiciales, forenses, Ministerio Fiscal, colegios profesionales de abogados, trabajadores sociales, psicólogos y personal sanitario, que intervienen en la atención de las víctimas de violencia, así como al asesoramiento jurídico y psicológico a prestar a éstas, habilitando y facilitando los medios necesarios para que, en los juzgados y tribunales, se puedan aportar las pruebas periciales oportunas para acreditar la existencia y gravedad de las agresiones de violencia de género.

En resumen, y a modo de conclusión, a la vista de nuestro sistema legal y de la jurisprudencia que viene recayendo, varias son las conclusiones que podemos alcanzar:

1.ª Resulta totalmente necesaria una nueva regulación legal del ejercicio del derecho a la acusación popular[42], cuestión que no deja de evidenciar la urgente necesidad de que el legislador afronte la regulación de un nuevo procedimiento penal acorde a la época en la que vivimos y al consolidado cuerpo de doctrina que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han contribuido a formular ante las lagunas y carencias de la legislación vigente.
2.ª Dicha regulación debería contemplar la posibilidad de controlar el interés legítimo que presentan las distintas acusaciones populares, el interés colectivo o difuso que justificaría su intervención, al objeto de impedir acusaciones claramente infundadas, con dudoso interés legítimo, o ejercidas simplemente por móviles tales como la politización del asunto o los meramente económicos. En este sentido, parte de la doctrina postula la negación de legitimación activa en el ejercicio de la acción popular a los partidos políticos y a las asociaciones carentes de «intereses legítimos».
3.ª Sería conveniente delimitar los concretos delitos cuya persecución pueda instar la acusación popular.
4.ª La personación como acusación popular de las Administraciones en los procesos por delitos relativos al ámbito de la violencia sobre la mujer, pese a contar actualmente con el respaldo del Tribunal Constitucional, puede constituir un factor de distorsión en la buena marcha del proceso. Más aún si la acusación viene siendo ejercida por el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

---

[42] Lo que ya se apuntaba en el Principio 17 b) del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia suscrito en mayo de 2001, señalando como aspiración una delimitación nítida de las facultades del acusador particular y del acusador popular.

VI. BIBLIOGRAFÍA

GALLEGO SÁNCHEZ, Gemma, «La acusación particular y la acusación popular», en *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial,* pp. 261-273, Manuales de Formación Continuada, núm. 46/2007, CGPJ.

GIMENO SENDRA, Vicente, «La acusación popular», *Revista del Poder Judicial,* núm. 31, septiembre de 1993.

GIMENO SENDRA, Vicente, «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos "Botín" y "Atutxa"», *Diario La Ley,* núm. 6.970, Sección Doctrina, 18 de junio de 2008.

GÓMEZ AMIGO, Luis, «El ejercicio de la acusación particular en los delitos de violencia de género», *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 765, 18 de diciembre de 2008.

JUAN SÁNCHEZ, R., «Ejercicio de la acusación popular por las Administraciones autonómicas en los delitos de violencia de género: una grieta en el proceso penal español único», *Diario La Ley,* núm. 6.897, 2008, Año XXIX, Editorial La Ley.

ORTEGO PÉREZ, Francisco, «Restricción jurisprudencial al ejercicio de la acción penal popular (Un apunte crítico a la controvertida "doctrina Botín")», *Diario La Ley,* núm. 6.912, Sección Doctrina, 27 de marzo de 2008.

PÉREZ GIL, «La acusación popular», Comares, Granada, 1998.

SAMANES ARA, C., «Los límites de la acusación popular», en *Reformas necesarias de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,* CENDOJ, 2008.

SÁNZ PÉREZ, A. L., «La acción popular y el Tribunal Constitucional», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional,* núm. 2/2008 (Estudio), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

VARELA CASTRO, Luciano, «El juicio sobre la acusación», en *Hacia un nuevo proceso penal,* pp. 287-349, Manuales de Formación Continuada, núm. 32/2005, CGPJ.

IV

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Javier Sánchez Sánchez★

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2010, de 26 de julio

Un presupuesto de trascendencia constitucional *ratione personae*.

La reciente STC 44/2010, de 26 de julio, dictada con ocasión de un recurso de amparo presentado por un Grupo Parlamentario contra diversas resoluciones de la Mesa de las Cortes Valencianas prosigue la consolidación de las líneas maestras ya marcadas por el Tribunal Constitucional en relación con las facultades de calificación y admisión a trámite de las Mesas de las Asambleas Legislativas y apunta algunas otras cuestiones que consideramos interesantes en cuanto a aspectos novedosos como la concurrencia de la especial trascendencia constitucional como requisito de procedibilidad y la forma de restablecimiento pleno del derecho cuando no se ha agotado aún la legislatura en la que se produjo la lesión del mismo.

Los hechos, resumidos, son simples. Un determinado Grupo Parlamentario de las Cortes Valencianas (en este caso Ezquerra Unida — Bloc —Verds —IR Compormís) formula diversas iniciativas parlamentarias que resultan inadmitidas por la Mesa de la Cámara, tanto en un primer examen como posteriormente en reposición. Las iniciativas se plantearon en forma de pregunta parlamentaria en la mayoría de los casos y de Proposición No de Ley, en uno de ellos.

Las preguntas versaban sobre:

1. Contaminación por unos vertidos tóxicos en el municipio de Mislata, por una fábrica de papel.
2. Sobre si las Consejería del Gobierno valenciano habían realizado contratos con algunas empresas implicadas en una supuesta trama que estaba siendo objeto de investigación judicial.
3. Sobre si la Consejería de Hacienda había pagado diversas facturas a las señaladas empresas.
4. Sobre adjudicaciones de licencias de radio y televisión en territorio valenciano y sobre el plan de emergencia exterior de un Polígono Industrial.

★ Letrado de la Asamblea de Madrid.

Por su parte, la Proposición No de Ley proponía el reconocimiento de una persona que había sido Consejero del Gobierno Provisional de Valencia durante la Segunda República para otorgarle la consideración de Consejero Preautonómico.

La decisión de la Mesa en todos los casos es de inadmisión de la iniciativa, en el caso de las preguntas bien por considerar que se referían a una persona física o jurídica que no tiene trascendencia pública dentro del ámbito de la Comunidad Valenciana o bien por entender que su contenido era estrictamente jurídico. En el caso de la Proposición No de Ley, la Mesa de las Corts inadmite la iniciativa por entender que su contenido no es propio de una PNL. No se explican ni razonan los motivos o consideraciones que han llevado al órgano rector de la Cámara a subsumir las iniciativas señaladas en las causas de inadmisión declaradas.

En vía de reconsideración, tras la interposición de los oportunos recursos de reposición, la Mesa se reafirma en su decisión sin ofrecer nuevas explicaciones o motivos. Será ya en sede de recurso de amparo, cuando la representación procesal de las Corts, encarnada en su Letrado Mayor, ofrezca una explicación algo más extensa para fundamentar las decisiones de inadmisión, y así se dirá que los sujetos a los que afectaban las preguntas tenían la consideración de personas jurídicas privadas, que las preguntas inquirían sobre cuestiones de estricta índole jurídica o bien que los recurrentes podían haber optado por vías alternativas como las peticiones de información. Se afirma asimismo que el artículo 23.2 CE, cuya lesión alegaban los demandantes de amparo, tiene una clara configuración legal y que la misma se contiene en sede parlamentaria en los Reglamentos de las Cámaras, por lo que la Mesa de las Corts no había lesionado el contenido del mismo al actuar mediante una estricta y aséptica aplicación de las previsiones reglamentarias al respecto.

El Tribunal Constitucional va a rechazar todos los argumentos de las Corts y va a otorgar íntegramente el amparo a los recurrentes en todas sus peticiones, aplicando para ello una *doctrina ya plenamente consolidada,* y cuyas líneas maestras al respecto son perfectamente conocidas por todos los operadores jurídicos del sector:

a) Las funciones de calificación y admisión a trámite que realizan los órganos rectores de las Asambleas parlamentarias en relación con las iniciativas que presenten los diputados y los grupos han de limitarse a la verificación de la corrección formal de las mismas en aplicación de las normas reglamentarias que las regulen.

b) Para poder enjuiciar si los órganos rectores se han ajustado a esa función de verificación formal o se han excedido de ella, es absolutamente necesario que los acuerdos de inadmisión contengan la suficiente motivación exponiendo las razones que han llevado a la misma.

c) La ausencia de motivación en las decisiones de inadmisión, además de una arbitrariedad, supone privar tanto a los recurrentes como al propio Tribunal Constitucional del conocimiento de los motivos o razones que permitan realizar el juicio sobre el adecuado ejercicio de las facultades por parte de la Mesa de la Cámara, por lo que tal imposibilidad, por mor de la aplicación de la necesaria interpretación extensiva del efectivo ejercicio de los derechos fundamentales, lleva a la consideración de que la lesión al derecho se ha producido y procede, en consecuencia, anular la decisión de inadmisión.

Como se ve, la claridad de la previa doctrina establecida al efecto por parte del Tribunal Constitucional, llevaba casi inexorablemente en el presente caso, ante la constatación de la ausencia de motivación en las decisiones de inadmisión, a la anulación de las mismas y al reconocimiento de los derechos fundamentales lesionados a los demandantes de amparo. Y efectivamente, así ocurrió.

En este caso, además, el reconocimiento de la lesión del derecho va a permitir su restablecimiento íntegro, pues al dictarse la sentencia cuando aún no había expirado la Legislatura en la que se produjo la lesión, la declaración del Tribunal Constitucional no va a ser meramente declarativa, sino que va a producir plenos efectos jurídicos, al obligar a la Mesa de las Corts a retrotraer las actuaciones y a resolver sobre las iniciativas indebidamente inadmitidas, con respeto al derecho fundamental reconocido.

Pero no es en este aspecto nuclear del asunto donde la sentencia que analizamos reviste importancia, a nuestro juicio, ya que no hace más que reiterar la aplicación de una doctrina pacífica y consolidada (ni tampoco en la inusual ocasión de que el restablecimiento del derecho lesionado pueda realizarse de forma íntegra); lo ciertamente relevante, a nuestro criterio, son dos pronunciamientos que se contienen en la sentencia de forma auxiliar: de un lado la definitiva subsunción que en estos casos se produce de una eventual lesión al artículo 14 CE dentro de la más específica vulneración del artículo 23.2 CE, y de otro la que puede ser incipiente consolidación de un nuevo presupuesto de relevancia constitucional *ratione personae.*

En el primer aspecto, ya los propios recurrentes admitían en su demanda que la lesión invocada en relación con el artículo 14 CE podría entenderse subsumida en la también formalizada vulneración del artículo 23.2 CE que garantiza el ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos de participación política. La misma tesis sostuvo el Ministerio Fiscal y así lo establece también de forma contundente el propio Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia, señalando que: «en cuanto al análisis de las alegadas lesiones de los derechos garantizados por el artículo 23 CE, conviene recordar que, como hemos señalado en reiteradas ocasiones, existe una directa conexión entre el derecho de participación política de los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE) y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), puesto que puede decirse que son primordialmente los representantes políticos

de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos. De suerte que el derecho del artículo 23.2 CE, así como, indirectamente, el que el artículo 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio (SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3; 203/2001, de 15 de octubre, FJ 2; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3; y 40/2003, de 27 de febrero, FJ 2)».

Parece ya definitivamente establecido el criterio de la improcedencia de alegar la violación del artículo 14 CE cuando lo que se está planteando es una vulneración específica del artículo 23.2 CE.

Pero donde esta Sentencia resulta de mayor interés, a nuestro juicio, es en un aspecto que en la misma no se analiza directamente y se da por asumido, como es el establecimiento de lo que puede ser un nuevo presupuesto de *trascendencia constitucional* por razón de las personas demandantes de amparo.

Como se sabe, tras la última reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, operada mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, para que un recurso de amparo sea admitido a trámite, se exige que, además de que afecte al contenido de uno los derechos fundamentales reconocidos en los artículo 14 a 29 y 30.2 de la Constitución española y de que se haya agotado, en su caso, la vía ordinaria, concurra un nuevo requisito, cual es el de que la lesión denunciada revista una «especial trascendencia constitucional», requisito cuya concurrencia constituye una carga del demandante, que habrá de alegarlo y de acreditarlo.

Se dispone así en el actual artículo 50.1 b) LOTC que:

> *«Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».*

Se sitúa así nuestro sistema de amparo dentro de los regímenes denominados de *leader case,* como el alemán o el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque no se quiera reconocer expresa y formalmente, de forma tal que el Tribunal se pronunciará sólo en aquellos casos en los que, por decirlo coloquialmente, «merezca la pena hacerlo», dejando el resto de violaciones de derechos fundamentales bajo la protección de los tribunales ordinarios, a cuyo efecto se opera también una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial configurando en su artículo 241.1 como una causa de solicitud de nulidad de actuaciones la violación de un derecho fundamental.

Sin entrar ahora en la oportunidad o procedencia de la reforma del recurso de amparo ni de la eficacia de su remedio en la vía ordinaria mediante el incidente de nulidad de actuaciones (ciertamente escasa, dicho sea de paso), lo cierto es que el Tribunal Constitucional había venido constru-

yendo un incipiente cuerpo de doctrina sobre en qué supuestos es posible considerar que concurre el señalado requisito de trascendencia constitucional sobre la base del nuevo precepto legal.

Así, hasta el día de hoy, el propio Tribunal había señalado que cabría apreciar la concurrencia del requisito de especial trascendencia constitucional cuando en la demanda de amparo se hubiera alegado y acreditado que:

a) La lesión denunciada afectaba o podía afectar a un gran número de ciudadanos.
b) No existía aún una doctrina suficientemente consolidada por parte del Tribunal Constitucional sobre la concreta lesión denunciada o sobre su restablecimiento.
c) Con ocasión de la demanda, pudiese originarse una nueva doctrina que supusiese una variación con respecto a la anterior sobre la misma materia.

La aplicación práctica de estos principios por parte del propio Tribunal Constitucional ha sido más bien inconsistente y, en todo caso, de difícil comprobación, pues salvo la inadmisión automática de aquellos recursos en los que se denunciaba una lesión respecto de la que ya existía de forma evidente una doctrina consolidada, no se han llegado a conocer con precisión hasta el día de la fecha las razones de inadmisión que, desde la entrada en vigor de la reforma, el Tribunal decreta de forma casi automática, a lo que contribuye ciertamente que en la notificación al demandante de las citadas resoluciones de inadmisión, jamás se expone una sola razón de porqué el Tribunal entiende que no concurre la ya señalada trascendencia constitucional, limitándose a manifestar de forma escueta y hasta displicente que no se considera que concurra tal requisito, sin más. No estaría de más que el Alto Tribunal se aplicase a sí mismo las exigencias de motivación que tan plausiblemente exige a otros poderes públicos, como hemos visto, entre otras, en la sentencia aquí analizada.

Pero centrándonos en el objeto de este comentario, lo que nos resulta ciertamente interesante es que en el presente caso no concurre ninguno de los requisitos que, para apreciar la existencia de trascendencia constitucional, se venían exigiendo por parte del Tribunal, pues resulta evidente que aplica de forma consecuente una doctrina ya plenamente consolidada, de la que no se aparta un ápice y que tampoco cabe alegar que las lesiones denunciadas afectasen a un gran número de ciudadanos. Sin embargo, el Tribunal admite la demanda de amparo y para explicar tal decisión no nos ofrece más motivos que la referencia a los que, en su demanda, expusieron a tal efecto, los recurrentes: *En este sentido los recurrentes vienen a justificar la especial trascendencia constitucional del recurso en la importancia de los derechos en juego, en que en los asuntos parlamentarios no existe una vía jurisdiccional previa al recurso de amparo y en que resulta afectado no sólo el derecho fundamental de los diputados sino también el de los ciudadanos a los que representan, y por tanto la vulneración de estos derechos afecta a la calidad de la democracia.*

Dejando a un lado la alegación sobre la importancia de los derechos en juego, por genérica y subjetiva, parece que el Tribunal ha tenido en consideración alguno o ambos de los otros dos motivos alegados por los recurrentes:

a) Que en que en los asuntos parlamentarios no existe una vía jurisdiccional previa al recurso de amparo.
b) Que resulta afectado no sólo el derecho fundamental de los diputados sino también el de los ciudadanos a los que representan, y por tanto la vulneración de estos derechos afecta a la calidad de la democracia.

El primero de los motivos, que podríamos denominar *procedimental,* es congruente con el sentido de la última reforma de la LOTC, pues, en efecto, en los asuntos de las Asambleas Legislativas es inviable la protección general de los tribunales ordinarios al tener éstos vedado el conocimiento de los *acta interna corporis*. Parece lógico que si sólo cabe el amparo del Tribunal Constitucional, éste deba ser prestado en todo caso.

El segundo de los argumentos, de *fondo,* tiene también su lógica, si bien en este caso de carácter principal y de sistema, pues en efecto, al igual que la libertad de prensa es un derecho especialmente tutelado por su íntima conexión con la formación de una opinión pública libre, no parece descabellado atribuir también una especial tutela, reconociendo su especial trascendencia, a los derechos de los cargos representativos en el ejercicio de su función, por su íntima conexión con la soberanía popular y lo que, con acierto, los demandantes en este recurso calificaban como «calidad de la democracia».

No sabemos cuál de los dos criterios habrá influido en la voluntad del Tribunal Constitucional para admitir a trámite el recurso de amparo en el presente caso, esperamos que hayan sido los dos y con ello se establezca una doctrina garantista para la protección en amparo de los derechos fundamentales de los cargos representativos que, a la postre, redundará en un mejor funcionamiento de las instituciones democráticas.

José María Codes Calatrava★

Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Von Hannover contra Alemania: ¿una esperanza para la intimidad de los famosos?

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA.—II. LA CONFIGURACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN.—III. LA SENTENCIA VON HANNNOVER CONTRA ALEMANIA.—IV. CUESTIONES A DEBATIR DERIVADAS DEL FALLO DE LA SENTENCIA VON HANNOVER CONTRA ALEMANIA.—V. CONCLUSIONES: PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.—VI. BIBLIOGRAFÍA

En este trabajo vamos a analizar los principales pronunciamientos de la sentencia del Caso Von Hannover contra Alemania, dictada por el Tribunal Europeo de derechos humanos (en adelante TEDH) el 24 de junio de 2004 y compararemos la doctrina que sienta esta sentencia con la legislación y la jurisprudencia españolas. Para ello, es necesario hacer una introducción sobre los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución española. A continuación, resumiremos la sentencia que es objeto de nuestro trabajo así como la jurisprudencia española y terminaremos con unas conclusiones sobre las perspectivas de futuro de los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA

El artículo 18.1 de la Constitución española recoge los derechos destinados a proteger lo que se ha dado en llamar vida privada. De este modo,

★ Letrado de las Cortes Generales.
Profesor de Derecho Administrativo. Universidad Pontífica Comillas.

los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se insertan dentro de los llamados derechos de la personalidad, que De Castro define como aquellos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia del ser humano y sus más importantes cualidades. También se pueden incluir dentro del derecho a la vida privada los demás derechos incluidos en el artículo 18 que no entran dentro de nuestro objeto: la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones.

Concretamente, aquí interesa centrarnos en los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que son los que se vieron afectados en la sentencia que hemos situado como referencia. El origen de estos derechos se encuentra claramente ligado a las ideologías burguesas. Como señala Serrano Alberca, durante la Edad Media el aislamiento era un privilegio de la nobleza o de quienes libremente optaban por renunciar a la vivencia comunitaria. La burguesía emergente de los siglos XVIII y XIX aspira a conseguir la protección de un ámbito de la vida con un carácter exclusivo y excluyente. Se observa así una similitud entre intimidad y propiedad y un matiz netamente individualista manifestado en la frase de Bendich: *«privacy and poverty are simply contradictorious».*

La vida privada aparece así como un derecho a la soledad y a la reserva reflejadas en la máxima inglesa *«my house is my castle»* y que comienza a configurarse a nivel doctrinal a partir del célebre ensayo de Warren y Brandeis *«The Right to Privacy»,* publicado en la *Harvard Law Review* en 1890.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano fue configurando, según Rigaux, este *«right of privacy»,* que estaría integrado por cuatro derechos subjetivos:

— el derecho a estar solo *(the right to be let alone)* expresión acuñada por el Juez Cooley y que supone el derecho a prohibir la transgresión por un tercero de la voluntad de un individuo a ser ignorado, sin olvidar la inviolabilidad del domicilio;
— el derecho al anonimato dentro de asociaciones o comunidades, dentro del que se han incluido derechos vinculados a la libertad de conciencia, como la elección de la educación de los hijos;
— el derecho a tomar solo las decisiones que afectan a la esfera de la intimidad personal, y
— la protección del secreto de las comunicaciones.

Como señala Carrillo, el desarrollo y la evolución del Estado liberal y de la economía industrial, con el consiguiente advenimiento del Estado social y democrático de Derecho y de la sociedad de masas, trajo como consecuencia una ruptura con la concepción tradicional del derecho a la intimidad considerado como limitado a sectores sociales minoritarios, para pasar a ampliar la base social que podía invocarlo. Tiene mucho que ver con esto la generalización de la burguesía como clase social y el reconocimiento del sufragio universal y de los derechos de libertad y participación para el conjunto de la sociedad.

Con el progreso tecnológico y el desarrollo económico, las intromisiones en la *privacy* no sólo son ya imputables al Estado o a los particulares, sino también a corporaciones, entidades y grupos privados que tienen acceso a las nuevas formas de difusión de la comunicación como son la fotografía, la grabación de imágenes y, hoy en día y sobre todo, Internet. Todo esto tiene un potencial nada despreciable que puede suponer una subversión de los derechos de la personalidad y que coloca en una posición fundamental el derecho a la propia imagen.

La importancia de estos derechos en la sociedad actual hizo que las Constituciones influidas por el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, y especialmente las Constituciones posteriores a las caídas de las dictaduras del sur europeo, considerasen que los derechos destinados a proteger la vida privada tienen rango de derecho fundamental. Buen ejemplo de esto son las Constituciones de España, Portugal y Grecia. El Tribunal Constitucional ha insistido en diversas ocasiones (por ejemplo en la célebre Sentencia 231/1988, caso Pantoja-Paquirri) en que los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución son derechos inherentes a la personalidad y por ello derivados de la dignidad de la persona, protegida por el artículo 10 de la Constitución.

A partir de aquí en nuestro país se promulgó la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Además, hay que tener en cuenta la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, que ha creado un ente jurídico independiente, la Agencia de Protección de Datos, con el fin de asegurar el denominado derecho a la libertad informática, derivado del artículo18.4 de la Constitución.

A nivel internacional estos derechos están protegidos en el artículo 8 del Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, que establece que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar de su domicilio y de su correspondencia». La Declaración Universal de los Derechos del Hombre establece que «nadie podrá ser objeto de intromisiones arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de atentados contra su honor o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales intromisiones o atentados». También están reconocidos estos derechos en el Pacto Internacional relativo a la Protección de los Derechos Civiles y Políticos de 1966.

En definitiva, los derechos a la intimidad y a la propia imagen son hoy derechos fundamentales que deben gozar de la máxima protección. Antes de entrar a estudiar su desarrollo legislativo y jurisprudencial en nuestro país, conviene dar un concepto de los mismos:

— La intimidad puede definirse con Albadalejo como el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de dar la publicidad que no desee el interesado.
— El derecho a la propia imagen, por su parte, es definido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 117/1994 y por el Tribunal

Supremo en la de 19 de octubre de 1992, como el derecho a evitar que se reproduzca la efigie de una persona o se obtengan fotografías sin su consentimiento y por el derecho del interesado a difundir o publicar su imagen.

La doctrina ha discutido si estos derechos tienen una sustantividad propia o si existe una denominación común a los mismos. Para Álvarez Conde las posturas doctrinales van desde afirmar que el bien jurídicamente protegido es el derecho a la intimidad, siendo el honor y la propia imagen concreción de la misma, hasta las que señalan que el derecho al honor tiene una sustantividad propia, a diferencia del derecho a la intimidad, del que sí debe considerarse una auténtica manifestación el derecho a la propia imagen. En la doctrina norteamericana sí parece con más claridad que el derecho a la propia imagen ha adquirido una plena independencia e incluso una denominación propia, *right of publicity,* definido por Barnett como el derecho a que el propio nombre, imagen, e incluso la propia identidad no sean usadas con fines comerciales sin su consentimiento.

No es ésta la sede para terciar en esta polémica, ya que nuestra finalidad es, a partir del pronunciamiento de la sentencia Von Hannover contra Alemania, estudiar no tanto las posibles diferencias entre la intimidad y la propia imagen como su protección concreta y, sobre todo, su colisión con otro derecho, la libertad de información, reconocida en el artículo 20.1 d) de la Constitución española como el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

En cualquier caso, la colisión entre los derechos a la intimidad y a la propia imagen y el derecho a la libertad de información se manifiesta a día de hoy con una intensidad especial como consecuencia del auge de la prensa dedicada a informar sobre la vida de las personas famosas. Sobre esta cuestión versa específicamente la sentencia Von Hannover contra Alemania y es en la que vamos a centrarnos a partir de ahora.

II. LA CONFIGURACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

El derecho a la intimidad personal se extiende al conocimiento de datos sobre la persona, sobre su propio cuerpo y sobre las personas relacionadas con ella con un vínculo familiar. La Ley Orgánica 1/82 describe las acciones que pueden considerarse ataques o intromisiones en este derecho. Así, constituyen intromisiones ilegítimas en la intimidad:

— emplazar o utilizar aparatos para reproducir la vida íntima de las personas, o la utilización de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien las utiliza;
— divulgar hechos relativos a la vida privada de las personas que afecten a su reputación o buen nombre, y
— revelar datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial del que los revela.

Además de esto, hay que tener en cuenta que será necesario realizar una ponderación a la hora de determinar cuándo ha sido violado el derecho a la intimidad, pues varía en función de la persona y de las circunstancias. De ello deriva también la imposibilidad de recoger en un texto legal de una manera previa todas las acciones contrarias a este derecho y que muchas veces, como vamos a ver posteriormente, tengan que ser los tribunales los que determinen cuándo se ha producido una violación del derecho a la intimidad.

La Ley Orgánica 1/82 señala cuándo las intromisiones en el derecho a la intimidad no serán ilegítimas: cuando se acuerden conforme a la Ley, cuando se aplique un criterio histórico-científico o cultural relevante, o aquéllas que se refieren al derecho a la imagen y que sean aplicables por analogía al derecho a la intimidad, es decir, cuando se trate de personas públicas.

Por su parte, la protección del derecho a la propia imagen podrá ser objeto de excepción en los siguientes casos:

— Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.
— La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.
— La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Como hemos dicho anteriormente, es tremendamente complicado que la determinación del contenido y, sobre todo, de los límites, de unos derechos de configuración tan extensa como los derechos a la intimidad y a la propia imagen se fijen en un texto legal. Por ello se hace imprescindible el estudio de la jurisprudencia constitucional sobre los criterios para solucionar los casos de colisión entre los derechos a la intimidad y la propia imagen y la libertad de información, fijándonos especialmente en los supuestos en los que la libertad de información puede lesionar la intimidad y la propia imagen de las personas famosas. Siguiendo de nuevo a Carrillo, pasamos a señalar cuáles son esos criterios:

1. El Tribunal Constitucional ha evolucionado desde una primera línea que afirmaba la preferencia de la libertad de información sobre los derechos de la personalidad, a una línea que considera que, una vez que el órgano jurisdiccional ha realizado la ponderación de los intereses en juego, la preeminencia del derecho a la información procede en dos casos:

   — cuando la información verse sobre asuntos en los que por razón de su objeto resulta de interés colectivo o general o que los hechos resulten noticiables.

— cuando la información se refiera a personas que en razón de su dimensión pública determinada por el cargo que ocupan, la función representativa que ejercen, o la actividad profesional que desarrollan, también resulte de interés público.

2. Esta preeminencia del derecho a la libertad de información cuando afecta a personas de notoriedad pública no implica que éstas carezcan de protección en los derechos recogidos en el artículo 18 de la Constitución. Lo que ocurre es que el interés público obliga a que el sujeto tenga que prescindir de una parte de la esfera íntima y someterse al conocimiento de terceros. Más aún, se argumenta por algunos que en muchas ocasiones son las personas famosas las que disponen libremente de determinadas informaciones que afectan directamente a su esfera íntima. Sin perjuicio de volver más tarde sobre este argumento, lo que queda claro es que los derechos a la intimidad y a la propia imagen no son ilimitados, ya que su titular puede disponer de ellos, y por otro lado, que aunque su titular no lo autorice expresamente, se podrá dar información veraz sobre personas famosas cuando lo que se difunden son asuntos de interés general por las materias a las que se refieran y por las personas que en ellas intervengan (STC 107/1988).
3. Una información, para ser veraz, no tiene que ser necesariamente cierta, sino que bastará con que dicha información haya sido elaborada y difundida con diligencia y buena fe profesional, es decir, con escrupuloso respeto a las normas deontológicas de la profesión periodística (STC 6/1998).
4. El cumplimiento del requisito de la veracidad no excluye la responsabilidad, ya que la veracidad no legitima en ningún caso la injuria. Una cosa es realizar una crítica por muy desfavorable que sea, y otra emitir expresiones o calificativos vejatorios (STC 105/1990).

Teniendo estos criterios generales como base, el Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina sobre la controversia entre la intimidad y la propia imagen por un lado, y los medios de comunicación por otra. Esta doctrina se puede resumir de la siguiente forma:

a) Las celebridades, a pesar de serlo, no carecen de derechos de la personalidad, si bien no pueden imponer el silencio a quienes valoran o informan sobre la actividad por la que son conocidos.
Como acabamos de señalar, la jurisprudencia constitucional recuerda reiteradamente que la legitimidad de las intromisiones en el derecho a la intimidad requiere no sólo que la información sea veraz, sino también que la información tenga relevancia pública porque sirve al interés general al referirse a un asunto público, es decir, a unos hechos, a unos acontecimientos o a un estado de la cuestión que es objeto de controversia social.

La relevancia pública de la información plantea precisamente la cuestión del grado de cobertura de las personas célebres. Pues bien, en este caso la jurisprudencia y la gran mayoría de la doctrina estiman evidente que estas personas puedan sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los particulares anónimos. Sin embargo, ello no implica que las personas famosas deban aceptar cualquier intromisión en su intimidad, sino que la información debe revestir, como hemos señalado, interés público. Para que dicho interés exista es exigible:

— Que junto al elemento subjetivo del carácter público de la persona concurra otro de carácter objetivo consistente en que los hechos constitutivos de la información no afecten al núcleo de la vida privada inaccesible a los demás, aunque estemos ante una persona muy conocida.
— Si, no obstante, la información afecta a ese núcleo privado, es porque su contenido es de interés público.

b) De lo dicho podemos concluir que existe intromisión ilegítima en la intimidad si, aun siendo veraz la información difundida, carece de interés público, por lo que *a sensu contrario* la relevancia comunitaria es lo único que puede justificar perturbaciones en el ámbito de lo privado.
En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 20/1992, ha señalado que en modo alguno puede exigirse a una persona que soporte de forma pasiva la difusión de datos reales o supuestos sobre su vida que afecten a su reputación y que según el sentir común puedan ser considerados como triviales o indiferentes al público. O como recuerda el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 154/1999, es la relevancia comunitaria de la información lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman perturbaciones de la intimidad o molestias ocasionadas por la difusión de una noticia.

Estos criterios que hemos venido señalando en relación fundamentalmente con el derecho a la intimidad son perfectamente aplicables al derecho a la propia imagen. Como señalan Romero y Gitrama, *«incluso cuando se trate de una persona de notoriedad, si la publicación de su imagen obedece a fines distintos de los legítimos de satisfacer la pública exigencia de información, la dicha notoriedad o popularidad deja de ser una justificación del acto […] lo que la Constitución protege es la información veraz, es decir, la no manipulada ni adulterada con otros fines menos confesables, como el mero chismorreo, la satisfacción de la curiosidad morbosa, el sensacionalismo artero y/o la deformación interesada y manipuladora de la libertad de las personas»*.

Esta última consideración doctrinal es verdaderamente interesante, ya que abiertamente descalifica a la prensa sensacionalista destinada a alimentar el morbo y la curiosidad, algo que nunca puede considerarse como de interés público. Quizá si la jurisprudencia comenzara a recoger estas consi-

deraciones podrían empezarse a solucionar algunos contenidos de determinados medios de comunicación que, si bien producen pingües beneficios, son verdaderamente vergonzantes. Por ello es tan interesante la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 (correspondiente al conocido caso Mar Flores-Conde Lecquio), en la que se alude a que los hechos gráficamente difundidos en ese caso carecían absolutamente de interés público y se dirigían exclusivamente al *«chismorreo de la vida íntima ajena para satisfacer oscuros morbos de los interesados»*. Volveremos sobre esta línea argumental en las conclusiones de nuestro trabajo; de momento, nos sirve también para comenzar a estudiar la sentencia Von Hannover contra Alemania, en la que también se hacen referencias vitales al acoso de la prensa sensacionalista.

III. LA SENTENCIA VON HANNNOVER CONTRA ALEMANIA

En esta sentencia el TEDH resuelve una demanda presentada por la princesa Carolina de Mónaco contra Alemania como consecuencia de la publicación de tres series de fotografías que, en opinión de la demandante, afectaban a su derecho a la vida privada. Los Tribunales internos no consideraron que se hubiese violado ningún derecho de la demandante por haberse publicado fotos en las que ésta aparecía en el mercado, haciendo la compra, o en un restaurante muy concurrido. Sin embargo, sí que consideraron que unas fotografías en las que la demandante aparecía en el jardín de un restaurante en el que se podía considerar que había una situación de aislamiento por la que la demandante creía legítimamente que se hallaba fuera de miradas ajenas, vulneraron los derechos de la demandante. Por tanto, los Tribunales internos utilizaron fundamentalmente un criterio espacial para determinar si se violaron o no los derechos de la demandante: si se encontraba en un lugar aislado, había vulneración, si el lugar no estaba aislado, prevalecía la libertad de información. Por otro lado, el carácter de la demandante de personalidad «absoluta» de la historia suponía que la libertad de información no podía limitarse a representar a la demandante en el ejercicio de sus funciones oficiales, ya que el público tiene un interés legítimo en saber cómo la demandante se comporta en público.

Como hemos dicho, la demandante acudió a los tribunales hasta tres veces por tres series de fotos distintas. La respuesta de los Tribunales alemanes llevó a la demandante a acudir al TEDH por considerar que su esfera privada quedaba totalmente desprotegida ante la actuación de los *paparazzi* y que se veía obligada a probar que se encontraba en un lugar aislado para poder gozar de protección.

El TEDH, a la hora de resolver, señala que en los asuntos relativos a la colisión entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión siempre ha puesto el acento en si la publicación de fotografías en la prensa o de imágenes en la televisión ha contribuido al debate de interés general,

considerando por ejemplo en el caso Tammer que ciertos calificativos sobre la vida privada de una persona no se justificaban por el interés público.

Aparece así, de nuevo, la importancia del criterio del interés público al que nos hemos venido refiriendo, que también utiliza el Tribunal Constitucional español, y que el TEDH utilizará por encima del criterio del aislamiento y del carácter de persona pública de la demandante. El Tribunal señala que en este caso las fotografías se sitúan fuera de cualquier debate político o público ya que las fotos publicadas y los comentarios que las acompañan se referían exclusivamente a la vida privada de la demandante y que tenían como único fin satisfacer la curiosidad de cierto público sobre los detalles de la vida privada de la princesa Carolina. Esto no contribuye a un debate de interés público o general para la sociedad, a pesar de la notoriedad de la demandante.

Por todas estas razones, el TEDH concluye que en este caso la libertad de expresión requiere una interpretación menos amplia. El Tribunal también se apoya en la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la protección del derecho a la vida privada (recogida en el parágrafo 42 de la Sentencia), que destaca la interpretación unilateral del derecho a la libertad de expresión que realizan determinados medios de comunicación, en la medida en que tratan de justificar determinadas vulneraciones de los derechos reconocidos en el artículo 8 del Convenio sobre la base de la consideración de que sus lectores tienen derecho a saberlo todo sobre las personas públicas.

La decisión del TEDH se refiere directamente a la cuestión también señalada en la sentencia del Tribunal Supremo español de 11 de noviembre de 2004, antes comentada, ya que en sus parágrafos 59 y 68 se afirma que las *«las fotografías publicadas por la prensa sensacionalista son tomadas a menudo en un clima de acoso continuo que implica para la persona en cuestión un fuerte sentimiento de intrusión en su vida privada e incluso persecución […] no es posible sustraerse del acoso que padecen determinadas personalidades públicas en su vida cotidiana».*

En definitiva, se afirma que toda persona, incluso la que es conocida para el gran público, tiene derecho a gozar de una esperanza legítima de protección y respeto de su vida privada, y más aún hoy en día, que los progresos técnicos en el campo de la grabación y reproducción de datos personales y en las tecnologías de la información pueden hacer que la imagen de una persona tomada de manera ilegítima pueda recibir una amplísima difusión en muy poco tiempo.

Así, el Tribunal llega a una conclusión de gran interés que le lleva a afirmar que en este caso se habían violado los derechos reconocidos en el artículo 8 del Convenio: *«el Tribunal considera que el público carece de un interés legítimo en saber dónde se encuentra la demandante y cómo se comporta generalmente en su vida privada, incluso si aparece en lugares que no siempre pueden calificarse de aislados, y ello pese a su notoriedad*[1]*. Y aunque existiese un interés público, al igual que un interés comercial de las revistas que publican fotos y artículos, dichos in-*

[1] Subrayado del autor.

tereses deben desaparecer, en opinión del Tribunal, ante el derecho de la demandante a la protección efectiva de su vida privada».

Llegados a este punto, y sabiendo ya cómo resolvió el TEDH este caso, podemos pasar ya a tratar determinadas cuestiones para el debate. Para ello nos serán útiles los votos concurrentes de los jueces Cabral y Zupancic.

IV. CUESTIONES A DEBATIR DERIVADAS DEL FALLO DE LA SENTENCIA VON HANNOVER CONTRA ALEMANIA

El fallo de la Sentencia Von Hannover contra Alemania tiene en nuestra opinión unas implicaciones fundamentales en un debate de gran actualidad y que despierta opiniones normalmente muy alejadas tanto en el mundo periodístico como en el jurídico. Creemos que se pueden encontrar tres posiciones en este debate.

En primer lugar, tendríamos a quienes afirman que cualquier imagen de una persona famosa captada en un lugar abierto al público puede ser difundida, ya que estas imágenes crean en todo caso un interés en el público, que tiene un derecho legítimo a conocer cómo se comportan en público las personas famosas. Además, desde esta línea argumental se suele afirmar que muchas celebridades deciden voluntariamente comerciar con aspectos de su vida íntima, lo que supondría que una vez realizadas estas actuaciones no podrían posteriormente intentar evitar la publicación de cualquier imagen suya en un lugar público sin su consentimiento. Esta opinión es defendida fundamentalmente en el ámbito periodístico por la prensa de tipo sensacionalista o llamada en España «prensa del corazón».

Una segunda opinión intenta situarse en un punto más equilibrado. Éste es el caso del juez Cabral, que considera que el interés general no debe restringirse al debate político, ya que algunos hechos de la vida privada de determinadas personas conocidas interesan al público y, por tanto, este interés debe protegerse a través de la libertad de información. Por ello, hay que intentar encontrar un equilibrio entre la vida privada y el derecho a ser informado. El juez Cabral entiende que a la hora de encontrar ese equilibrio el criterio del aislamiento espacial es muy restrictivo, por lo que él prefiere considerar que sólo en los casos en los que la persona famosa tiene la esperanza legítima de estar al abrigo de los medios de comunicación, el derecho a la vida privada prima sobre el derecho a la libertad de dar información y el derecho a recibirla. Este juez considera también de decisiva importancia la caracterización del concepto de persona famosa definido por el artículo 7 de la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que ya hemos citado, como las que ejercen funciones públicas y todas aquellas que desempeñan un papel en la vida pública, bien político, económico, artístico, social deportivo u otro. Por tanto, en opinión de este juez, el público tiene derecho a ser informado de la vida de las personas famosas respetando siempre el equilibrio entre los dos derechos en conflicto a través de criterio de la esperanza legítima. De esta línea argumental salen a relucir

las dos cuestiones que, en nuestra opinión, son las que deben centrar este debate y sobre las que incidiremos en la conclusión de este trabajo: cuándo se es persona de relevancia pública y el interés que su vida puede concitar.

La tercera postura es la defendida por el TEDH en la sentencia objeto de nuestro trabajo, que se sitúa en la posición de que la vida privada de las personas públicas carece de interés general incluso en lugares abiertos al público y que, por tanto, su derecho a la vida privada debe prevalecer no sólo sobre el morbo o el chismorreo, sino también sobre un cierto interés público o comercial.

Partiendo de estas tres posturas, vamos a continuación a estudiar sus argumentos. Adelantamos ya que nuestra opinión se alinea a favor de la línea mantenida por el TEDH.

La primera postura es fácilmente rebatible en lo que se refiere al argumento de que muchos famosos comercian voluntariamente con su vida privada, desde el punto de vista de que una renuncia puntual a un derecho fundamental no puede suponer en ningún caso una renuncia definitiva al mismo. La teoría de los propios actos no puede evitar que una persona elija libremente su derecho al olvido, en expresión de Cabezuelo Arenas. Esta lectura de la teoría de los propios actos conllevaría una renuncia permanente al ejercicio de un derecho fundamental de tal modo que esa renuncia es incompatible con la propia configuración que tal rango otorga a un derecho. En consecuencia, la actuación en el pasado de una persona con relevancia pública no puede ser un argumento absoluto a la hora de decidir en un caso de conflicto entre los derechos reconocidos en los artículos 18 y 20 de la Constitución española. La posibilidad de reconsiderar la propia actitud y la disposición de la vida íntima y de la propia imagen debe permanecer siempre abierta para el individuo, que quedaría en caso contrario privado de su titularidad, lo que llevaría a que se produjese, *de facto,* la renuncia a un derecho fundamental. Además, no hay que olvidar que la propia Ley Orgánica 1/1982, en su artículo 2.3, permite incluso cuando ha mediado consentimiento para la utilización por terceros de la imagen de un sujeto que éste pueda revocar dicho consentimiento.

La segunda postura, en palabras del juez Cabral, considera que si bien para la mayoría de la Sala la publicación de imágenes sobre la vida privada de una persona carece de interés público, *«la demandante es una persona pública y el público tiene derecho a ser informado sobre su vida»*. De ahí la necesidad de llegar a un equilibrio entre los derechos en conflicto y la referencia a la *«esperanza legítima»* de la persona de creerse aislado de los demás. El principal problema de este enfoque es que, como sucede siempre que se utilizan conceptos indeterminados, como lo es *«esperanza legítima»,* para proteger un derecho fundamental, es muy difícil concretar cuándo concurre esa esperanza legítima, por lo que hay que acudir a un enfoque casuístico que, en nuestra opinión, es poco deseable cuando estamos ante la vulneración de un derecho fundamental. El propio juez Cabral reconoce la necesidad de recurrir al casuismo, en el que siempre pueden surgir divergencias. Está claro que en el desarrollo de un derecho

fundamental, como hemos visto en epígrafes anteriores, son necesarios pronunciamientos jurisprudenciales que aclaren su contenido, pero esto no es igual que decir que a la hora de tratar de resolver un conflicto entre dos derechos fundamentales hay que ir caso por caso; la jurisprudencia puede, en el ejercicio de su función de desarrollo de los contenidos de los derechos, establecer criterios claros para proteger dichos derechos y resolver potenciales conflictos entre los mismos.

Como señala Velázquez, se puede discrepar del razonamiento del juez Cabral, aunque hay que reconocerle un mérito, que es sacar a relucir una de las cuestiones fundamentales del debate subyacente a esta decisión: ¿qué información contribuye a la formación de una opinión pública libre indispensable para la articulación de una sociedad democrática? ¿Puede o debe la justicia constitucional dirimir este extremo? La sentencia Von Hannover contra Alemania es, en nuestra opinión, un primer paso para contestar afirmativamente a estas preguntas.

Partiendo de la tercera postura, vamos ahora a señalar las que, en nuestra opinión, son las dos cuestiones fundamentales que deben resolverse en este debate.

La primera es la que acabamos de señalar, es decir, cómo opera el concepto de interés público cuando afecta al derecho a la propia imagen de las personas famosas. Creemos que la decisión del TEDH es completamente justa. No parece constitucionalmente admisible afirmar que se puede fotografiar y publicar las imágenes de una persona famosa paseando por la calle, llevando a sus hijos al colegio o comiendo en un restaurante. Si consideramos que la vida privada de una persona famosa es de interés público salvo que se encuentre en un lugar aislado o en el que el famoso pueda tener esperanza legítima de encontrase aislado, habría que concluir que los famosos deben aceptar ser fotografiados e importunados prácticamente desde que salen de la puerta de su casa. No es ésta una afirmación teórica, basta con encender la televisión a cualquier hora del día o con leer cualquier revista del corazón para llegar a esta misma conclusión.

No parece tampoco ajustado a la realidad afirmar que el público tiene un interés legítimo en conocer detalles banales de la vida de otros, esto es algo que entra directamente en el mundo del morbo o de la curiosidad y, por tanto, hay que concluir con el TEDH que, aunque nos encontremos ante una persona famosa en un lugar abierto al público, el derecho de esa persona a no ser importunado o fotografiado está por encima del pretendido interés (insistimos, en nuestra opinión, más bien chismorreo) del público en saber aspectos de su vida privada. A este respecto, es muy clarificador el parágrafo 74 de la sentencia que analizamos, al afirmar que si no se comparte este criterio la persona famosa *«no puede aprovecharse de una protección de su vida privada a menos que se encuentre en un lugar aislado, al abrigo de la gente y si, además, consigue probarlo, lo que puede resultar muy difícil. Si faltan estos elementos, deberá aceptar ser fotografiada en casi todo momento, de forma sistemática, y que dichas fotos sean posteriormente ampliamente difundidas, incluso*

si, como sucedió en este caso, las fotos y los artículos que las acompañaban hicieran referencia a detalles de su vida privada».

La ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 hace, como hemos visto, menciones incidentales a la cuestión, y aunque a la hora de fallar opta por el criterio tradicional del lugar donde se realizaron las fotos, abre el objeto de este debate, y es que se cuestiona si pueden entenderse protegidos dentro del artículo 20 de la Constitución los contenidos de la prensa sensacionalista cuando alude a que *«la relevancia comunicativa no puede confundirse con la simple satisfacción de la curiosidad ajena».* Podría habérsele pedido más al Tribunal Supremo y que, como hizo el TEDH, se hubiese adentrado en la delimitación material de los datos que son necesarios para el debate público beneficioso y necesario para fortalecer el pluralismo sobre el que se asienta en la base de la democracia. Es de esperar que tras la decisión de la sentencia Von Hannover contra Alemania la jurisprudencia española avance en este sentido.

En nuestra opinión, *hay una segunda cuestión* que es menos tratada por la doctrina y por la jurisprudencia y que debe ser necesariamente solucionada, ya que ayudará a solventar injusticias manifiestas. Nos referimos a la necesidad de que se fije con claridad qué es una persona famosa.

La razón de hacer esta afirmación es que cuando estamos, en efecto, ante una persona famosa, se puede entrar al debate de si hay o no un interés público sobre su vida privada o sobre si la libertad de información está o no por encima de su derecho a la intimidad o a la propia imagen. Aquí las opiniones son, como hemos visto, variadas, y todas ellas respetables. Lo que en ningún caso parece admisible es que una persona que nunca ha hecho ni el más mínimo acto que le convierta en famoso o que incluso ha manifestado claramente su oposición a aparecer a los medios de comunicación, se vea molestada por los periodistas. En España han tenido especial relevancia los casos que han afectado a los familiares de la Princesa de Asturias, por poner un ejemplo. No parece adecuado desde un punto de vista constitucional que una persona anónima, por el hecho de tener alguna relación, del tipo que sea, con una persona famosa, deba someterse al conocimiento público en aspectos de su vida privada.

Por ello, es absolutamente necesario que se delimite con claridad qué es una persona famosa. Ya hemos visto anteriormente la definición que da la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Es una definición de carácter fundamentalmente objetivo pero que puede ayudar bastante a resolver el problema si se hace hincapié en su vertiente subjetiva. Dicha definición afirma que son personas famosas aquellas que *desempeñan* un determinado papel en la vida pública. Es decir, el papel es desempeñado subjetivamente por una persona, no por sus padres, hermanos, hijos o demás personas cercanas. Lo que queremos decir es que cuando una persona es conocida sólo en relación con ella puede realizarse el debate sobre el interés de su vida privada, debate en el que ya hemos mostrado nuestra opinión. Lo que está claro es que las personas de su entorno no entran ni siquiera en ese debate porque en ningún caso deben ser importunadas en

su vida privada ya que son, simplemente, personas anónimas que no pierden esta condición por ser cercanos a una persona famosa.

Tratadas estas dos cuestiones, podemos pasar ya a las conclusiones de este trabajo.

V. CONCLUSIONES: PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Creemos que, por fin, el TEDH ha fallado en un debate de gran importancia. Los contenidos de la prensa sensacionalista llegan a extremos insospechados y crean incomodidades completamente inadmisibles en la vida de algunas personas famosas. Las afirmaciones del TEDH de que la vida privada de las personas carece de interés público e, incluso, que cuando haya un cierto interés público o comercial, estos intereses deben desaparecer en determinadas circunstancias en beneficio del derecho a la vida privada, contribuyen a crear una sociedad más decente.

Los contenidos de la prensa del corazón pueden ser de interés para un determinado público y crean, indudablemente, enormes ganancias. Pero de ahí a afirmar que la satisfacción del morbo o de la curiosidad del espectador tiene un interés público defendido por la libertad de información, hay un largo camino que andar. Puede que tengamos la situación actual en Europa por influencia de lo que el juez Zupancic considera como *«fascinación fetichista de la doctrina norteamericana sobre la libertad de prensa»*. Sean cuales sean las razones, la realidad es, en nuestra opinión, que el espectáculo ofrecido por determinados sectores de la prensa del corazón no es que no contribuya a un debate de interés público, sino que carece absolutamente de interés e, incluso, puede ser nocivo para la sociedad.

E insistimos, si esto es así en relación con personas conocidas, es evidente que con más razón sucederá cuando nos referimos a personas cuya única razón para ser famosos es ser familiar o tener alguna relación con una persona efectivamente conocida. En este caso, la vida de estas personas carece sin discusión de interés público y, por tanto, cualquier intromisión en su intimidad o imagen será necesariamente ilegítima.

Muchas voces provenientes del mundo del Derecho y algunas del mundo periodístico, ante el acoso sufrido por determinados famosos como consecuencia de la actuación de los paparazzi, han defendido que dicha actuación es claramente ilegítima. El problema es que dicha actuación tiene su base legal en el último inciso de la letra a) del artículo 8.2 de la Ley 1/1982, según el cual *«el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público»*. Es la mención ***"lugares abiertos al público"*** la que legitima a los fotógrafos a tomar imágenes de personas famosas cuando, por ejemplo, están de compras o llevando a sus hijos al colegio. Quizá la eliminación de este inciso de la ley o su modificación a través de la inclusión de alguna mención referente al necesario

interés público de las imágenes, o incluso al consentimiento de las personas cuya imagen se toma, podría conseguir que se acabase con el acoso de la prensa sensacionalista y con la constante difusión de contenidos referentes únicamente a la vida privada de las personas famosas sin su consentimiento.

Esta opinión no tenía un apoyo jurisprudencial claro al que aferrarse hasta la sentencia Von Hannover contra Alemania. El fallo de esta sentencia confirma la idea de que fotografiar a personas famosas en lugares abiertos al público cuando no están en un acto público u oficial, sino haciendo su vida cotidiana, y además difundir esas imágenes sin su consentimiento obteniendo lucro de ello, son actos que vulneran su derecho a la propia imagen. Por ello, hay razones para afirmar que la jurisprudencia humanitaria europea ha descalificado las actuaciones de la prensa sensacionalista amparadas, al menos en nuestro país, por el inciso citado del artículo 8.2 de la Ley 1/1982. Esto convierte, según nuestro criterio, a dicho inciso en inconstitucional, por permitir la vulneración de un derecho fundamental reconocido en el artículo 18 de la Constitución.

En conclusión, la sentencia Von Hannover contra Alemania debería mover al legislador a derogar la mención *«o en lugares abiertos al público»* de la Ley Orgánica 1/1982, o al menos a aclararla incluyendo, bien la necesidad de que dichas imágenes tengan un interés público por encima del mero morbo o curiosidad, bien que se exija el consentimiento de la persona cuya imagen se ha obtenido para difundirla. Y es que este inciso con su redacción parece inconstitucional por ser la base jurídica para la vulneración de un derecho fundamental. Antes de la sentencia Von Hannover contra Alemania había lugar al debate y después de esta resolución, lógicamente, lo sigue habiendo. Sin embargo, los defensores del derecho a la intimidad y a la propia imagen de las personas famosas cuentan ya, como apoyo de sus argumentos, con una sentencia del máximo órgano de defensa de los derechos humanos a nivel europeo. Sólo es cuestión de tiempo saber si esta decisión será un clavo al que puedan aferrarse las personas famosas y sus personas cercanas o si será el punto de partida de una nueva forma de resolver los conflictos entre los derechos a la intimidad y a la propia imagen y la libertad de información.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CONDE, *Curso de Derecho Constitucional,* Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 2003.

BARNETT, «El derecho a la propia imagen: el "right of publicity" americano y su correspondencia en el derecho español», en *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 237, julio-septiembre de 2000.

CARRILLO, «La intimidad, las celebridades y el derecho a la información», en *Diario La Ley,* núm. 6.979, Sección doctrina, 1 de julio de 2008, Año XXIX.

GARRIDO FALLA y otros, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001.

LETE, «Colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información y a la intimidad», en *Revista de Derecho Privado,* abril de 1998.

LÓPEZ GUERRA y otros, *Derecho constitucional,* Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

ROMERO COLOMA, «Derecho a la propia imagen y libertad de información», en *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro,* marzo de 1999.

VELÁZQUEZ, «Fricción entre libertad de información y derecho a la propia imagen. Una revisión jurisprudencial de los límites», en *Revista jurídica del deporte y del entretenimiento,* núm. 14, 2005.

Mariano Daranás Peláez★

FRANCIA

DECISIONES DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL núm. 2100-14/22 QPC, de 30 de julio, y 2010-30/34/35/47/48/49/50 QPC, de 6 de agosto, por las que se declaran inconstitucionales diversos artículos del Código de Enjuiciamiento Criminal relativos a la detención policial incomunicada (garde à vue)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: OBSERVACIONES PRELIMINARES Y ORDEN DE LA EXPOSICIÓN.—1.1. Preámbulo.—1.2. Partes de la exposición.—II. CONCEPTO LEGAL DE LA *«GARDE À VUE»*.—III. PRECEDENTES DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. —IV. RESUMEN DE LA DECISIÓN NÚM. 2010-14/22 QPC.—4.1. Artículos impugnados del Código de Enjuiciamiento Criminal.—4.2. Alegaciones de los peticionarios y decisión del Consejo sobre cada una.—4.3. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad.—4.4. Fallo final.—4.5. Breve referencia a la Decisión núm. 2010-30/34/35/437/48/49/50 QPC, de 6 de agosto.—V. COMENTARIO.

I. INTRODUCCIÓN: OBSERVACIONES PRELIMINARES Y ORDEN DE LA EXPOSICIÓN

1.1. Preámbulo

Una de las cuestiones más acuciantes en las sociedades democráticas contemporáneas, acogidas y a la vez sometidas irrenunciablemente a los imperativos y a las garantías del Estado de Derecho, es la necesidad de lograr un equilibrio justo entre, por una parte, la seguridad individual del ciudadano frente a toda interferencia o coacción arbitraria del Estado, en particular de las autoridades policiales y, hasta cierto punto, las judiciales, y, por otra parte, la necesidad no menos inexcusable de dotar a esos mismos poderes de los medios no sólo técnicos, sino también jurídicos, para preservar en todo momento la seguridad colectiva (y en definitiva la individual) contra una delincuencia cada vez más organizada, más invasora y más violenta, amén de su creciente imbricación internacional. Así lo describe el siguiente pasaje de una Decisión del propio Consejo Cons-

★ Letrado de las Cortes Generales.

titucional en 2004 (a la que volveremos a referirnos) sobre dos recursos contra una ley del mismo año que reforzaba las facultades de la policía y del ministerio fiscal en materia de investigación criminal y de prevención de los delitos:

> «4.—Considerando en segundo lugar que compete al legislador asegurar la conciliación entre, por un lado, la prevención de los atentados al orden público y la busca de los autores de infracciones, ambas necesarias para la salvaguardia de derechos y principios de valor constitucional y, por otro, el ejercicio de las libertades garantizadas constitucionalmente; que entre éstas figuran la libertad de ir y venir, la inviolabilidad del domicilio privado, el secreto de la correspondencia y el respeto a la vida privada…».

Uno de los ejemplos que ilustran dramática y espectacularmente la tensión jurídica y política entre los dos imperativos es la legalización y posterior evolución bajo la V República Francesa, desde el Código de Procedimiento Penal de diciembre de 1958 hasta el momento presente, de la figura acuñada por la legislación procesal del país vecino como *«garde à vue»,* que podríamos traducir como detención policial incomunicada. A este proceso dedicamos el presente resumen.

1.2. Partes de la exposición

Definimos en primer lugar el concepto legal de la *«garde à vue»* (Sección II) y resumimos a continuación (Sección III) dos «decisiones» del propio Consejo Constitucional de 11 de agosto de 1993 y 2 de marzo de 2004 que cabe hasta cierto punto considerar (más la primera que la segunda) antecedentes directos de la de julio pasado. En tercer lugar, y ésta será la parte central y esencial de la exposición (Sección IV) recogeremos lo más fielmente posible (pero sin transcribirla, cosa que alargaría demasiado el texto) las Decisiones de 30 de julio y 6 de agosto pasados, precedida de una traducción íntegra de los artículos del Código de Enjuiciamiento Criminal objeto del pronunciamiento. Finalmente, dedicamos una Sección V a los comentarios que nos merecen ambas Decisiones (en rigor, sólo la primera).

II. CONCEPTO LEGAL DE LA *«GARDE À VUE»*

En derecho procesal francés se trata de la facultad de los funcionarios (no de los meros «agentes») de la policía judicial o de la gendarmería de detener y sobre todo de mantener incomunicada durante cierto tiempo a cualquier persona sospechosa de haber cometido «una infracción» o de quien se sospeche plausiblemente que ha intentado cometerla. La incomunicación debe en todo caso ser notificada inmediatamente al Ministerio Fiscal y no puede, en principio, durar más de veinticuatro horas.

Desde el punto de vista estrictamente legal el concepto se formula en términos casi idénticos en dos artículos, el 63 y el 77, del Código de Enjuiciamiento Criminal *(Code de procédure pénale),* ambos comprendidos en el Libro I (Del ejercicio de la acción pública y de la instrucción), Título II (De las pesquisas y comprobaciones de identidad) y Capítulos I (De los crímenes y delitos flagrantes), artículos 53 al 74.2, y II (De la investigación preliminar, arts. 75 al 78) respectivamente. La razón de esta repetición en un mismo Título estriba en que en el artículo 53 se trata de «indagaciones» *(enquêtes)* no formales, es decir, de acciones emprendidas de oficio por la policía o los cuerpos de seguridad, mientras que en el 77 nos encontramos ante «investigaciones preliminares», ordenadas por el Ministerio Fiscal o incoadas de oficio por la propia policía, si bien bajo la vigilancia en todo momento del Ministerio Fiscal.

Es obligado advertir (aunque el Código no dice nada en este punto) que si dura más de cuatro horas la retención de una persona para su interrogatorio, su situación procesal pasa automáticamente a ser la de *«garde à vue»*.

Señalemos, por último, en esta descripción introductoria que por «crimen o delito *in fraganti»* se entiende (art. 53 del propio Código) «el crimen o el delito que se comete en el momento mismo o el recién cometido», así como el supuesto de que en un lapso muy cercano al acto, el sospechoso sea perseguido por el clamor público o se le encuentre en posesión de objetos, huellas o indicios que permitan suponer que ha participado en el crimen o delito.

III. PRECEDENTES DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En el medio siglo transcurrido desde la promulgación del Código actualizado en diciembre de 1958, se ha modificado el Código por multitud de leyes, unas para suavizar o atenuar el rigor del texto originario de 1958, otras, al contrario, para reforzar o aumentar las facultades de las autoridades de policía en materia de indagación y de represión o de prevención de actos delictivos.

Estos cambios han respondido a factores más políticos que estrictamente jurídicos. El primero ha sido la repulsa que desde el primer momento suscitó la figura misma de la *«garde à vue»* en el Consejo de Europa, el gran foro del Viejo Continente en materia de derechos humanos, por presunta incompatibilidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo Convenio Europeo de Derechos Humanos), repulsa que obligó a los sucesivos gobiernos franceses a ir ampliando las garantías para el sujeto incomunicado, especialmente en cuanto a la asistencia de abogado y a la obligación del Ministerio Fiscal de someter el caso al juez competente (siempre en uno y otro caso con las limitaciones que más adelante se expondrán).

La que podríamos llamar segunda tendencia se ha debido a la creciente preocupación de los Gobiernos sucesivos por el incremento de los delitos

graves de diversa índole, desde el tráfico de drogas hasta la actividad de grupos organizados y permanentes de apoyo desde Francia a movimientos terroristas extranjeros, pasando por las reyertas y violencia urbanas desencadenadas en localidades y zonas con fuerte implantación de masas de inmigrantes no adaptadas al estilo de vida del país de acogida.

No es del caso enumerar aquí las numerosas leyes promulgadas en los últimos cincuenta años, si bien nos permitimos señalar que la Decisión que resumimos enumera exactamente diez en sus considerandos iniciales, de las de las cuales sólo una, afecta al régimen en sí de la detención provisional incomunicada, a saber la núm. 96-647, de 22 de julio de 1996, sobre medidas de refuerzo de la represión del terrorismo, al autorizar, en los términos que más adelante se exponen, la prolongación del período de incomunicación cuando se trate de diversas formas graves de delincuencia organizada (terrorismo, narcotráfico, proxenetismo, trata de blancas, extorsión de fondos, etc.).

Como era no ya comprensible, sino prácticamente inevitable, las leyes de esta segunda tendencia han dado lugar a la interposición de recursos de inconstitucionalidad con varia fortuna. Así, la Decisión del Consejo núm. 93-326 DC, de 11 de agosto de 1993, desestimó casi en su totalidad el recurso de unos senadores contra determinados artículos, todos ellos de una ley que modificaba la núm. 93.2, de 4 de enero del mismo año, de reforma del Código de Enjuiciamiento Criminal. Los dos únicos puntos en que se dio la razón a los recurrentes fueron:

— Primero, la discriminación que suponía para los detenidos por determinados delitos (precisamente los ya citados a título de ejemplo en el párrafo antecedente) el que no pudiesen ser asistidos por un abogado hasta pasadas treinta y seis horas de la detención y que, en cambio, en el régimen por así decir normal el detenido por delitos no necesariamente menos graves tuviese asistencia de letrado al cabo de veinte horas.
— Segundo, la detención incomunicada de todo menor de trece años, fuese cual fuese la naturaleza o la gravedad del delito, era de todo punto inconstitucional.

El segundo precedente ha sido la Decisión del mismo Consejo 2004-492 DC, de 2 de marzo de 2004, por la que se resolvían sendos recursos interpuestos por dos grupos de diputados y de senadores contra otra ley, la muy extensa 2004-204, de «adaptación de la justicia a las evoluciones» *(sic)* «de la criminalidad»[1], por la que se reformaban numerosos artículos del Código. Uno de éstos, el único que se refería a la detención incomunicada, consistía en insertar un nuevo artículo 706.88, que autorizaba al «juez de las libertades y de la prisión» o, en su caso al juez de instrucción a prolon-

[1] *Nota del Autor* (en lo sucesivo *N. del Aut.*).—Se da la circunstancia de que los dos recursos se interpusieron tras haber sido aprobada definitivamente la Ley por la Asamblea Nacional el 11 de febrero, pero antes de su promulgación por el Presidente de la República, que no tuvo lugar hasta el 9 de marzo, es decir siete días después de dictar el Consejo su resolución.

gar excepcionalmente la incomunicación por dos períodos de veinticuatro horas cada uno, no sólo para el tráfico de drogas o de terrorismo, como ya estaba previsto por reformas anteriores, sino también para una lista de quince figuras (la mayoría con del denominador común de «banda organizada») enunciada en un nuevo artículo 706.73[2]. De este modo el máximo originario de 48 (cuarenta y ocho) horas pasaba al doble, o sea 96 (noventa y seis) horas, con la agravante de que si para cinco de esos delitos el incomunicado no podía tener acceso a un abogado hasta pasadas las primeras cuarenta y ocho horas, para los demás (10 de un total de quince) este lapso se alargaba a 72 (setenta y dos) horas.

Los recurrentes juzgaban que estos dos últimos límites mínimos constituían una restricción injustificada al derecho de defensa. El Consejo falló, sin embargo, que el Código obliga en todo caso a la autoridad policial a dar inmediatamente cuenta de la incomunicación al Ministerio Fiscal, especificando los hechos imputados, aparte de que, tratándose de determinados delitos especialmente graves, la ampliación de esos plazos podía resultar necesaria para una debida instrucción. No había, por lo tanto (Considerando 34), «atentado injustificado ni a la libertad individual ni a los derechos de la defensa ni a las prerrogativas de la autoridad judicial»[3].

---

[2] *N. del Aut.*—Dichos delitos del artículo 706.73 eran:

1.º homicidios cometidos por banda organizada, castigados hasta con cadena perpetua;
2.º torturas y actos de barbarie cometidos por bandas organizadas cuando se hubiesen perpetrado de modo habitual contra menores de quince años o personas especialmente vulnerables física o psíquicamente o en estado de embarazo, punibles todos ellos con treinta años de reclusión mayor;
3.º tráfico de estupefacientes, cuando fuese punible con cinco años de prisión a cadena perpetua;
4.º rapto y secuestro por banda organizada, punibles con treinta años de reclusión mayor o cadena perpetua;
5.º trata de seres humanos punible con diez años de prisión a cadena perpetua;
6.º proxenetismo punible con diez años de prisión a cadena perpetua;
7.º robo por banda organizada cuando fuese punible con 15 a 30 años de reclusión mayor;
8.º crímenes «agravados» de extorsión cuando hubiesen causado mutilación, invalidez, muerte o torturas o actos de barbarie o se hubiesen cometido con el uso o el amenaza de un arma y fuesen punibles con veinte años de reclusión mayor a cadena perpetua;
9.º destrucción o de bienes o ultraje *(dégradation)* a éstos cometido por banda organizada y, provocado mediante explosivos, incendio o cualquier otro medio susceptible de causar daños a las personas, cuando fuese punible con veinte a treinta años de reclusión mayor;
10.º falsificación de moneda, punible con penas de diez años de prisión a treinta años de reclusión mayor;
11.º actos de terrorismo cuando fuesen punibles con la pena máxima de cadena perpetua;
12.º delitos en materia de armas cometidos por banda organizada y punibles con diez años de prisión;
13.º delitos de ayuda a la entrada, circulación y permanencia irregulares de extranjeros en Francia cometidos por banda organizada y punibles con diez años de prisión;
14.º blanqueo de dinero o receptación punibles con cinco a diez años de prisión, y
15.º delitos de asociación de delincuentes *(association de malfaiteurs)* que tuviesen por objeto la preparación de cualquiera de los actos citados, y punibles con cinco o diez años de prisión.

[3] *N. del Aut.*—Señalemos en cuanto a la «autoridad judicial», citada en último lugar, que según jurisprudencia del propio Consejo, el Ministerio Fiscal forma parte del Poder Judicial y que, por lo tanto, la intervención de la Fiscalía es equiparable a la del juez o tribunal competente, a efectos de garantías constitucionales.

Al no existir ninguna otra Decisión posterior en este punto, entramos en la Sección

IV. RESUMEN DE LA DECISIÓN NÚM. 2010-14/22 QPC

Conforme al esquema anunciado, reproducimos en primer lugar los,

4.1. Artículos impugnados del Código de Enjuiciamiento Criminal

Nos limitaremos en lo posible a traducir únicamente los preceptos que cita expresa y literalmente la Decisión (si bien nos permitimos señalar que el primero de ellos, a saber el art. 62, no habla en absoluto de *«garde à vue»,* sino sólo de interrogatorios de posibles testigos o informantes).

Artículo 62:

> «Los funcionarios de policía judicial podrán llamar y escuchar a cualesquiera personas capaces de suministrar información sobre los hechos o sobre los objetos y documentos incautados.
>
> Las personas así convocadas deberán comparecer, pudiendo el funcionario de la policía judicial obligar a comparecer por la fuerza pública a las personas citadas en el artículo 61[4].
>
> (El funcionario) levantará acta *(procès-verbal)* de las declaraciones. Las personas así oídas procederán por sí mismas a leerlas, pudiendo hacer constar en ellas sus observaciones, y las firmarán. Si declaran no saber leer se les dará lectura del acta por el funcionario de policía judicial antes de que la firmen. En caso de negativa a la firma, así se hará constar en el acta.
>
> Los agentes de la policía judicial a que se refiere el artículo 20 podrán igualmente oír, bajo el control de un funcionario de la policía judicial, a toda persona capaz de suministrar información sobre los hechos en cuestión y levantarán con este fin, del modo establecido en el presente Código, unas actas que transmitirán al funcionario de la policía judicial a quien asistan.
>
> Las personas contra quienes no exista razón plausibles de sospechar que han cometido o intentado cometer infracción alguna, sólo podrán estar retenidas el tiempo estrictamente necesario para su audición».

Artículo 63:

> «Los funcionarios de policía judicial podrán, en la medida que exija la investigación, someter a detención incomunicada *(placer en garde à vue)* toda persona contra quien exista una o más razones plausibles para sospechar que

[4] *N. del Aut.*—Es decir, prácticamente a cualquier persona, dado que el artículo 61 dice escuetamente: «El funcionario de policía judicial podrá prohibir a cualquier persona que se aleje del lugar de la infracción mientras no dé por cerradas sus actuaciones».

ha cometido o intentado cometer una infracción, e informarán al Ministerio Fiscal desde el comienzo mismo de la incomunicación.

No podrá dicha persona ser retenida durante más de veinticuatro horas, si bien podrá prolongarse la incomunicación por un nuevo lapso de veinticuatro horas como máximo en virtud de autorización por escrito del Ministerio Fiscal, quien está facultado para supeditar la autorización a la previa presentación del incomunicado.

Según instrucciones del Ministerio Fiscal, al final de la detención incomunicada las personas respecto a quienes los indicios obtenidos sean susceptibles de dar lugar a la incoación de procedimiento serán puestas en libertad o bien presentadas ante el propio Ministerio Fiscal.

… (breve párrafo estrictamente relativo a la jurisdicción territorial de determinados tribunales).

1. Toda persona en detención incomunicada será inmediatamente informada por un funcionario de policía judicial o bien, bajo el control de éste, por un agente de la policía judicial, sobre la naturaleza de la infracción objeto de la investigación, de los derechos que se especifican en los artículos 63.2, 63.3 y 63.4, así como sobre lo dispuesto en el artículo 63 en cuanto a la duración de la detención incomunicada.

La notificación se hará constar en el atestado *(procès-verbal)* y será firmada al margen por el incomunicado. Si éste se negare a firmar, así se hará constar.

Las informaciones especificadas en el primer párrafo se notificarán al incomunicado en un idioma que entienda, y en su caso mediante formularios impresos.

Si dicha persona estuviere aquejada de sordera y no supiere leer ni escribir, deberá ser asistida por un intérprete en lenguaje de signos o por cualquier persona cualificada que domine un idioma o un método que permita la comunicación con sordos. Se podrá asimismo recurrir a cualquier dispositivo técnico que permita comunicar con personas aquejadas de sordera.

… (breve párrafo sobre determinados derechos del incomunicado puesto definitivamente en libertad).

Salvo caso de dificultad insuperable, las diligencias a las que dé lugar para los investigadores la notificación de los derechos especificados en los artículos 63.2 y 63.3, se cumplimentarán a más tardar en un lapso de tres horas desde el momento en que una persona haya quedado en detención incomunicada».

… …

4. El incomunicado podrá, desde el comienzo de la detención, pedir que se le permita hablar con un abogado. Si no pudiere designarlo o no fuere posible el contacto con el abogado elegido, el incomunicado podrá pedir que el Letrado de servicio del Colegio de Abogados *(le bâtonnier)*[5] designe abogado de oficio.

---

[5] *N. del Aut.*—La palabra *«bâtonnier»* (literalmente portador del bastón), de origen claramente medieval, tiene en rigor dos significados: primero y originario, el de presidente del Colegio de Abogados; Gor-

El Letrado de servicio será informado de la petición por todos los medios posibles y sin dilación.

El abogado designado de oficio podrá entrevistarse con el incomunicado en condiciones que garanticen la confidencialidad de la conversación. Será informado por el funcionario de la policía judicial o, bajo el control de éste, por un agente de la policía judicial sobre la naturaleza y la fecha presunta de la infracción objeto de la investigación.

Al final de la entrevista, cuya duración podrá exceder de treinta minutos, el abogado entregará, si procede, unas observaciones por escrito que se incorporarán al expediente.

No podrá el abogado dar parte a nadie de la entrevista mientras dure la detención incomunicada.

En caso de prórroga de la detención incomunicada el detenido podrá asimismo solicitar una entrevista con un abogado en cuanto dé comienzo la prórroga, en las condiciones y del modo previstos en los párrafos precedentes.

Si el detenido estuviere incomunicado por alguna de las infracciones especificadas en los ordinales 4.º, 6.º, 7.º, 8.º y 15.º del artículo 706-73[6], la entrevista con el abogado sólo podrá tener lugar transcurridas cuarenta y horas. El Ministerio Fiscal será informado de la calificación de los hechos por quienes tengan a su cargo la investigación en el mismo momento en que éstos le informen de la detención incomunicada».

Capítulo II: De la investigación preliminar *(De l'enquête préliminaire)*

Artículos 75 al 76.3

… …

Artículo 77:

«Los funcionarios de policía podrán, para las necesidades de la investigación, retener *(garder à…..disposition)* a toda persona contra quien exista una o más razones plausibles de sospechar que ha cometido o intentado cometer una infracción. Deberán informar al Ministerio Fiscal *(procureur de la République)*. La persona sometida a detención incomunicada no podrá quedar retenida más de veinticuatro horas.

Podrá el Ministerio Fiscal, antes de expirar el lapso de veinticuatro horas, prorrogar la detención incomunicada por un nuevo lapso de veinticuatro horas como máximo La prórroga sólo podrá acordarse previa presentación del detenido a dicho magistrado, si bien podrá excepcionalmente decidirse en auto por escrito y

---

dos; segundo, quizá el más usual en los textos legales, el Letrado designado por sus colegas para representar al Colegio y hacer que sus miembros observen la disciplina profesional. A falta de equivalencia exacta en España, hemos optado que nos parece funcionalmente más aproximada, la de Letrado de servicio.

[6] *N. del Aut.*— Es decir, como se recordará, el rapto y secuestro por banda organizada (ord. 4.º), el proxenetismo (ord. 6.º), el robo por banda organizada (ord. 7.º), la extorsión acompañada de mutilación, muerte, invalidez o torturas actos bárbaros (ord. 8.º) y, por último, la asociación de delincuentes con el fin de cometer alguno de los delitos del propio artículo 706.73.

motivado sin el requisito de dicha presentación. Si prosigue la investigación en jurisdicción que no sea la del Ministerio Fiscal que entienda de los hechos, podrá acordarse la prórroga por el fiscal del lugar de ejecución de la medida.

Por instrucción del Ministerio Fiscal que entienda de los hechos, las personas respecto a quienes los indicios obtenidos sean susceptibles de dar lugar a la incoación de procedimiento serán, al final de la detención incomunicada, puestas en libertad o bien presentadas ante el propio Ministerio Fiscal.

… (breve párrafo estrictamente relativo a la jurisdicción territorial de determinados tribunales).

Será aplicable a las detenciones incomunicadas en el marco del presente capítulo lo dispuesto en los artículos 63.1,63.2, 63.3, 63.4, 64, 64.1 y 65».

Pasamos ya a la subsección

4.2. Alegaciones de los peticionarios y decisión del Consejo sobre cada una

Señalemos ante todo que nos hallamos ante de uno de los primeros casos de aplicación, mejor dicho utilización, de la nueva introducida por la última reforma constitucional del 2008 (nuevo art. 61.1) a saber, «la cuestión prioritaria de constitucionalidad», que consiste en la posibilidad de que alguna de las partes en litigios ante el Consejo de Estado o ante el Tribunal de Casación (equivalente *grosso modo* a nuestro Tribunal Supremo), antes de que se dicte respectivamente decisión o sentencia, invoque presunta violación de derechos o libertades fundamentales por una disposición legislativa determinada. El órgano juzgador suspende su fallo y eleva consulta al Consejo Constitucional. Si éste declara constitucional la ley impugnada, nada se opone a que el órgano *a quo* pueda dictar resolución o sentencia apoyándose en esa disposición; si, por el contrario, declara la inconstitucionalidad, se anula toda posibilidad de decisión o sentencia basada en dicha ley.

Recordemos que han sido dos, con diferencia de once días, las cuestiones presentadas, pero, al ser sus motivos casi idénticos y mucho más detallada la primera (1.º de junio de 2010), y bastante más numerosos sus firmantes, el Consejo sólo ha hecho un análisis en profundidad en su primera Decisión, fechada el 30 de julio, y la segunda, muy breve, dictada seis días después, el 6 de agosto, se ha remitido en bloque a la primera respecto a todos los artículos impugnados menos uno, el 64, sobre el cual se ha limitado a fallar sumarísimamente, si se nos permite la expresión.

Entramos ya en la exposición de cada uno de los alegatos y la respectiva apreciación del Consejo, siguiendo en lo posible el orden de los «considerandos».

a) Alegato genérico (es decir, sin especificar los preceptos presuntamente inconstitucionales).

Los consultantes o más bien «peticionarios» *(requérants)* empiezan afirmando (Consid. núm. 8) que «las condiciones materiales en que se desarro-

lla la *garde à vue* desconocen la dignidad de la persona» (dicho sea incidentalmente y sin ánimo de tomar partido, al menos de momento, no se dice en qué consisten esas «condiciones materiales»).

Se dice en segundo lugar (Consid. núm. 9) que:

— la facultad de los funcionarios de policía judicial de detener a alguien en régimen de incomunicación desconoce el principio según el cual «la autoridad judicial es el guardián de la libertad individual»;
— el Ministerio Fiscal *(le procureur de la République)* «no es una autoridad judicial independiente»;
— sólo se informa al Ministerio Fiscal *ex post,* es decir, una vez que la policía ha decidido la detención incomunicada;
— el Ministerio Fiscal goza de la facultad de prorrogar la detención incomunicada, incluso sin necesidad de que se le presente al detenido.

Se alega en tercer lugar (Consid. núm. 10) que la facultad concedida a los funcionarios de la policía judicial de detener e incomunicar todo sospechoso constituye un «poder arbitrario» que atenta al principio del artículo 9.º de la l0.ª Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que prohíbe «todo rigor que no sea necesario para asegurarse de la persona del encausado».

Se aduce en cuarto y último término (Consid. núm. 11) que:

— el incomunicado sólo tiene derecho a una entrevista inicial de treinta minutos con un abogado y no «a la asistencia» de este último;
— el abogado no tiene acceso a la documentación del expediente y no asiste a los interrogatorios;
— no se notifica al incomunicado su derecho a guardar silencio;
— en consecuencia, el régimen mismo de *la garde à vue* desconoce los derechos de la defensa, las exigencias de un procedimiento justo y equitativo, la presunción de inocencia y la igualdad ante la ley y la (administración de) justicia, y además que
— el hecho de que en las investigaciones referentes a determinadas infracciones, el derecho a entrevistarse con un abogado se aplace hasta las 48 (cuarenta y ocho) a las 72 (setenta y dos) horas de la detención infringe las citadas exigencias.

Contrariamente al método de la Decisión a propósito de las alegaciones concretas (las que especifican los artículos presuntamente inconstitucionales del Código), que van siempre seguidas de la contestación del Consejo, aquí el texto no se ocupa de estos argumentos iniciales hasta después de comentar el segundo grupo de alegatos, y se hace en los términos (Consids. núms. 19 y 20) que a continuación se resumen.

Por lo que se refiere al «atentado a la dignidad de la persona», se empieza reconociendo que el Preámbulo de la Constitución de 1946 (al que se

remite expresamente la vigente de 1958 en lo referente a derechos y libertades) ha reafirmado, entre otros principios, el de la dignidad de la persona contra toda forma de servidumbre y de «degradación». Este principio tiene, pues, «valor constitucional».

Ahora bien, el Consejo añade que es a las autoridades judiciales y a las autoridades competentes de la policía judicial a quienes corresponde «velar para que la detención incomunicada se aplique en cualesquiera circunstancias dentro del respeto a la persona», y que incumbe además a las autoridades judiciales, en el marco de los poderes que les confiere el Código de Enjuiciamiento Criminal, prevenir y reprimir todo acto que atente a la dignidad personal del incomunicado y ordenar, en su caso, la reparación de los años sufridos. Se observa asimismo que el desconocimiento eventual de este imperativo en la aplicación de la ley no tiene por efecto que la ley misma resulte inconstitucional.

En conclusión (Consid. núm. 20 *in fine)* «los preceptos sometidos a examen del Consejo no atentan a la dignidad de la persona».

b) alegatos referentes a los artículos 63.4, párrafo 7, y 706.73 del Código (Consids. núms.12 y 13).

El Consejo empieza recordando que, según su propia legislación orgánica, no se le pueden someter cuestiones prioritarias relativas a preceptos legislativos que ya hayan sido declarados conformes a la Constitución en decisiones precedentes del propio Consejo («salvo cambios en las circunstancias»). En consecuencia, al haber declarado la Decisión ya reseñada de 2 de marzo de 2004 que el artículo 706.73, introducido por la ley del mismo mes y años como nuevo Título XXV en el Libro IV con el título «Del procedimiento aplicable a la criminalidad y a la delincuencia organizadas», no violaba la Constitución, y al no haber cambiado las circunstancias desde entonces en materia de lucha contra estos dos fenómenos sociales, no ha lugar (Consid. núm. 13 *in fine)* a un «nuevo examen» de las disposiciones citadas (es decir, que se mantiene por un lado, la declaración de constitucionalidad del párrafo séptimo del artículo 63.4, según el cual, si el detenido lo está por determinados delitos de los comprendidos en el artículo 706.73, la entrevista con el abogado no puede tener lugar hasta pasadas durante y ocho horas, y si la detención es por otros dos tipos del mismo artículo, hasta pasadas setenta y dos horas. Se mantiene igualmente la constitucionalidad del citado artículo 706.73, o sea de la lista de los delitos de delincuencia organizada susceptibles de dar lugar a la aplicación de la *«garde à vue»).*

c) alegatos relativos a los artículos 63, 63.1, 63.4 en sus seis primeros párrafos, y 77 del Código (Consids. núms. 14 al 29).

Hay que sustraer del análisis los considerandos 19 y 20 ya analizados que, como hemos visto, responden únicamente al argumento genérico de atentado a la dignidad humana. Nos limitamos, pues, a las alegaciones de contenido concreto.

En este punto el Consejo hace a guisa de introducción un breve resumen cronológico de su propia jurisprudencia, del que se deduce lo siguiente:

— en su Decisión (ya citada en el presente resumen) de 11 de agosto de 1993, el Consejo no examinó específicamente los artículos 63 (definición de la detención incomunicada), 63.1 (derecho del incomunicado a ser informado de los motivos de su detención y de la posible duración de ésta), seis primeros párrafos del 63.4 (régimen de entrevistas con el abogado) y 77 (definición de *la garde à vue* en el marco de investigaciones preliminares), pero sí declaró conformes a la Constitución las modificaciones introducidas en dichos preceptos por una ley del mismo año 1993, objeto precisamente de los dos recursos entonces presentados;
— ahora bien, aun siendo cierto que desde 1993 se han introducido en el Código de Enjuiciamiento Criminal varias modificaciones (no se dice cuáles) inspiradas en la finalidad de ampliar las garantías del incomunicado, no lo es menos que también desde 1993 algunos cambios (que tampoco se especifican) en materia de procedimiento penal, así como en las condiciones de aplicación efectiva, «han conducido a un recurso cada vez más frecuente a la *garde à vue* y modificado el equilibrio de los poderes y derechos fijados por el Código de Enjuiciamiento Criminal». Se citan diversas leyes ordinarias promulgadas entre 1978 y 2006, en virtud de las cuales no sólo ha aumentado la lista de las personas con calidad de funcionario de «policía judicial» y habilitadas, por tanto, para imponer la detención incomunicada, sino que también se han reducido los requisitos para la obtención de dicha categoría, con el resultado de que entre 2003 y 2009 ha pasado de 25.000 (veinticinco mil) a 30.000 (treinta mil) el número de funcionarios civiles (policía judicial) y militares (gendarmería) con rango de policía judicial;
— como consecuencia en buena parte de lo anterior, ha ido aumentando sin cesar el número de detenciones incomunicadas, por ejemplo más de 790.000 (setecientas noventa mil) en 2009[7], y al mismo tiempo la proporción de los procedimientos sometidos a instrucción preparatoria'' no ha dejado de disminuir, hasta el punto de representar menos del 3 (tres) por ciento de las sentencias y autos dictados en virtud de acción pública en el ámbito de lo «correccional» (delitos de gravedad media, que no llegan a la calificación de «crímenes»);
— con posterioridad a la ley citada de 1993, se ha generalizado la práctica llamada del tratamiento «en tiempo real» de las causas penales, que ha abocado a que la decisión del Ministerio Fiscal se tome

[7] *N. del Aut.*—Según las estadísticas oficiales, en el año 2001 se dieron sólo un poco más de 336.000 (trescientos treinta seis mil) casos, y desde entonces la cifra global ha crecido sin cesar. Los 900.000 del año 2009 suponen, pues, casi el 1,5 (uno coma cinco) '045 100 (ciento) de la población francesa.

sobre la base del atestado policial antes de que se haya puesto fin a la detención incomunicada. Si todo esto, se añade, ha hecho posible una respuesta penal más rápida y más diversificada, no es menos cierto que incluso en los procedimientos relativos a «hechos complejos o especialmente graves», las personas son juzgadas las más de las veces únicamente sobre la base de las pruebas reunidas antes de expirar la detención incomunicada, y en particular sobre las confesiones que el detenido haya podido hacer mientras tanto. La *garde à vue* se convierte, así, a menudo en la «fase principal de constitución del procedimiento para juzgar al encausado»;

— por lo tanto «estas modificaciones de derecho y de hecho justifican un reexamen de la constitucionalidad de los preceptos impugnados».

Hasta aquí, los considerandos de orden general. Más adelante, se abordan (Consids. núms. 26 al 29) las alegaciones relativas a cada uno de los preceptos impugnados, en los términos siguientes:

1.º sobre la afirmación de que el Ministerio Fiscal no es una autoridad independiente, «la autoridad judicial comprende a la vez los magistrados de la judicatura *(du siège)* y los de la Fiscalía *(du parquet)»;*

2.º acerca de la intervención del Ministerio Fiscal a lo largo del procedimiento, dicho órgano, en virtud de los artículos 63.7 y 77 del Código, está informado desde el comienzo mismo de la detención y controla en consecuencia el desarrollo de la situación;

3.º respecto a la afirmación de que el Ministerio Fiscal puede decretar la prórroga de la detención por otras veinticuatro horas sin que se le presente al detenido, dicho órgano puede en todo momento ordenar dicha presentación o bien la puesta en libertad;

4.º la prórroga eventual de la detención, criticada en sí misma por los autores de la cuestión prioritaria, es una medida necesaria para la investigación «y proporcionada a la gravedad de los hechos»;

5.º (Consid. núm. 26) por lo tanto, procede desestimar el argumento de que la *garde à vue* viola en ese punto el artículo 66 de la Constitución[8] sobre prohibición de toda detención arbitraria (dicho sea incidentalmente, no consta la invocación de este precepto por los peticionarios, a juzgar por el resumen inicial que hace la Decisión (que ya hemos expuesto);

6.º ahora bien no cabe ignorar (Consid. núm. 27) que en virtud de los citados artículos 63 y 77 del Código de Enjuiciamiento Criminal cualquier persona puede ser detenida por un funcionario de la policía judicial y quedar incomunicada durante veinticuatro horas «…sea cual fuere la gravedad de los hechos…», ni desconocer tam-

[8] *N. del Aut.*—El artículo 66 Constit. dice en efecto: «Nadie puede ser detenido arbitrariamente. La autoridad judicial, guardián de la libertad individual, asegurará el respeto de este derecho en las condiciones previstas por la ley».

poco que toda incomunicación puede ser prorrogada otras veinticuatro horas «sin que esta facultad quede reservada a infracciones de cierta gravedad»;

7.º (Consid. núm. 28), el juego combinado de los artículos 62 y 63 del Código permite el interrogatorio del incomunicado y el artículo 63.4 «no permite a la persona así interrogada, a pesar de que se la retiene contra su voluntad, gozar de la asistencia efectiva de un abogado». A mayor abundamiento «esta restricción de los derechos de la defensa se impone de modo general sin consideración a las circunstancias particulares susceptibles de justificarla para reunir o conservar las pruebas o asegurar la protección de las personas». Finalmente, el incomunicado «no recibe notificación de su derecho a guardar silencio»;

8.º (Consid. núm. 29), en estas condiciones los artículos impugnados no establecen las garantías adecuadas al uso que se hace de la *garde à vue* y por consiguiente ya no puede considerarse como «equilibrada» la «conciliación entre, por un parte, la prevención de los atentados al orden público y la busca de los autores de las infracciones y, por otra, el ejercicio de las libertades constitucionalmente garantizadas». En conclusión, «estos preceptos desconocen los artículos 9 y 16 de la Declaración de 1789[9] y deben ser declarados contrarios a la Constitución».

4.3. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad

El Consejo señala en su último considerando (el 30) que, al no disponer «de un poder general de apreciación de la misma naturaleza que el del Parlamento», no le corresponde «indicar las modificaciones de las normas de enjuiciamiento criminal que deban escogerse para poner remedio a la inconstitucionalidad observada». Pero, añade inmediatamente, si bien una declaración de inconstitucionalidad debe beneficiar en principio a la parte que ha presentado la cuestión, «la derogación inmediata de los preceptos impugnados desconocería los objetivos de prevención de los atentados al orden público y de busca de los autores de infracciones y acarrearía consecuencias manifiestamente excesivas». El Consejo concluye que «procede en consecuencia aplazar al 1.º de julio de 2001 la fecha de la derogación para permitir al legislador remediar esta inconstitucionalidad»; de este modo ninguna medida que se adopte antes de esa fecha en aplicación de los preceptos impugnados podrá ser impugnada por inconstitucionalidad.

---

[9] *N. del Aut.*—El artículo 9.º de la Declaración de 1789 dice en efecto: «Se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable; si se juzga indispensable detenerle, todo rigor que no sea necesario para asegurarse de su persona deberá ser severamente reprimido por ley».

El artículo 16 dice: «Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución».

4.4. Fallo final

Consta de tres pronunciamientos sustantivos:

1.º se declaran inconstitucionales los artículos 62, 63, 63.1 y 77 del Código de Enjuiciamiento Criminal y los seis primeros párrafos de su artículo 63.4;
2.º la declaración de inconstitucionalidad surtirá efecto a partir del 1.º de julio del 2011 (dos mil once), y
3.º no ha lugar a que el Consejo Constitucional se pronuncie sobre el artículo 706.73 del mismo Código ni sobre el párrafo séptimo de su artículo 63.4.

4.5. Breve referencia a la Decisión núm. 2010-30/34/35/437/48/49/50 QPC, de 6 de agosto

Es un texto muy breve por el que se resuelven siete consultas transmitidas por el Tribunal de Casación acerca, por un lado, de los mismos artículos del Código que los analizados y resueltos en la Decisión precedente, es decir 62, 63, 63.1, 63.4 y 706.83, y, por otro, del artículo 64.

En el primer punto se falla (como no podía ser de otro modo en virtud de la regla *non bis in idem* proclamada en este punto, con otras palabras, por la propia Constitución) que no ha lugar a pronunciarse sobre los artículos citados.

En cuanto a la presunta inconstitucionalidad del artículo 64, sobre la obligación del funcionario de la policía judicial de hacer constar en el acta del interrogatorio la duración de éste, los intervalos, las horas a las que el detenido haya podido alimentarse, el día y hora en que haya dado comienzo *la garde à vue* y el día y hora en que el detenido haya sido puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial, así como las peticiones formuladas en aplicación de los artículos 63.2, 63.3 y 63.4 y el curso que se les haya dado, el Consejo estima escuetamente (Consid. núm. 4 y último) que «estos preceptos, que se limitan a imponer al funcionario de policía judicial el levantamiento de acta de las condiciones de desarrollo de la detención incomunicada, no desconocen ningún derecho ni libertad garantizado por la Constitución». Se falla, en consecuencia, que el artículo 64 «es conforme a la Constitución».

V. COMENTARIO

Empezaremos por unas observaciones meramente formales, limitadas estrictamente a la decisión 2010-14/22 (la única que realmente justifica un comentario) para continuar y terminar con unas consideraciones sobre el fondo.

A) *En cuanto a la forma*

El método de exposición es el normal de las Decisiones del Consejo. Ninguna objeción, pues, de principio, pero sí nos permitimos apuntar dos de menor cuantía, en la medida en que suponen cierta dificultad para el seguimiento de los antecedentes y del hilo argumental.

En primer lugar, la enumeración de los diez antecedentes legislativos en las páginas iniciales peca de parquedad en la indicación del nexo entre algunos de ellos y el régimen legal de la *garde à vue*, dejando así al lector en incertidumbre sobre la relación entre esas leyes y los preceptos que se impugnan del Código de Enjuiciamiento Criminal. Bien es verdad que esta impresión se disipa en el Considerando 17, donde se vuelven a citar (muy brevemente) ocho de las disposiciones, cifrando su denominador común progresiva ampliación de las categorías de funcionarios habilitados de la policía judicial, pero esto se habría podido decir sin dificultad desde el principio.

El segundo reparo es que el concepto de «atentado a la dignidad personal» que sirve de encabezamiento a los considerandos 19 y 20, no aparece en la lista de alegatos de los peticionarios. Es cierto que se podría deducir implícita y genéricamente del alegato de restricción de libertad personal que esgrimen los peticionarios, pero así se habría debido hacer constar de modo expreso.

B) *En cuanto al fondo*

Parece correcta y equilibrada la Decisión por cuanto, sin caer en descalificaciones globales y simplistas, como habría sido precisamente la de «atentado a la dignidad personal», deja a salvo el principio de la detención incomunicada, pero al mismo tiempo estima excesivas y contrarias a la Constitución, algunas de las restricciones que dicho régimen impone a la libertad personal.

Ahora bien, tenemos aquí un reparo de cierta entidad, y es que no parece correcto en términos rigurosamente jurídico-constitucionales apelar a dos argumentos puramente cuantitativos (el aumento de los funcionarios habilitados para imponer la *garde à vue* y la proporción de los casos de aplicación de ésta) para apoyar una declaración de inconstitucionalidad. En buena lógica jurídica los preceptos son constitucionales o no con independencia de la frecuencia o intensidad con que se apliquen en cada momento. No es éste lugar para juicios presuntivos sobre los motivos últimos del Consejo en su declaración, pero el lector difícilmente puede evitar la sospecha de que sus componentes se han sentido comprensiblemente, si no coaccionados, al menos influidos por consideraciones socio-políticas, dicho más claramente, por el clamor de una masa creciente de opinión contra el aumento de la delincuencia de todo tipo.

En definitiva, estamos una vez más ante un caso de virtual imposibilidad de aplicar lo que en términos kelsenianos habría que llamar una «teo-

ría pura del derecho», es decir criterios estricta y abstractamente jurídicos o legalistas a usos y prácticas procesales que responden de modo punto menos que obligado a factores y circunstancias sociales. El Consejo (cuyo presidente Jean-Louis Debré ha sido por cierto Ministro del Interior bajo el mandato del ex Presidente Jacques Chirac, y ha atesorado amplios conocimientos en materia de actuación policial) ha optado en definitiva por la única solución viable tanto para las necesidades de la policía judicial como para las garantías de la libertad personal: mantener la *garde à vue* por un lado y, anular, por otro, algunos de sus aspectos, forzando así al legislador a reformar en el plazo de un año las disposiciones pertinentes. De hecho el Gobierno francés está preparando ya un proyecto de ley con este fin.

V

CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

Ángeles Nieto Lozano, Santiago Sánchez Fernández
y María Isabel Prada Barrio*

La Actividad Parlamentaria de enero a junio de 2010 (VIII 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 junio de 2010. VIII 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 séptimo período de sesiones la VIII Legislatura, que comprende los meses de enero a junio de 2010.

La estructura del presente trabajo sigue el mismo esquema que el adoptado en anteriores números de la Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid.

II. COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA

Durante el séptimo período de sesiones (enero/junio de 2010), se han producido las siguientes modificaciones en cuanto a pérdida y adquisición de la condición de Diputado.

---

* Jefa de la Sección de Archivo, Jefe de Negociado de Archivo Parlamentario y Jefa del Negociado de Archivo Administrativo de la Asamblea de Madrid.

El ***Ilmo. Sr. D. Jorge Gómez Moreno*** 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 01 de febrero de 2010, Acuerdo de Mesa de 1 de febrero de 2010 (BOAM 175, de 04 de febrero de 2010), y fue sustituido por el ***Ilmo. Sr. D. José Luis García Sánchez***, del Grupo Parlamentario Socialista, que adquirió la condición de Diputado en la sesión plenaria de 11 de febrero de 2010 (D.SS. 616, de 11 de febrero de 2010, BOAM 177, de 18 de febrero de 2010).

El ***Ilmo. Sr. D. Juan José Güemes Barrios*** 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 22 de marzo de 2010, Acuerdo de Mesa de 30 de marzo de 2010 (BOAM 184, de 07 de abril de 2010), y fue sustituido por la ***Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Hernández Martínez***, del Grupo Parlamentario Popular, que adquirió la condición de Diputado en la sesión plenaria de 08 de abril de 2010 (D.SS. 661, de 08 de abril de 2010, BOAM 186, de 15 de abril de 2010).

III. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA

3.1. El Pleno de la Asamblea de Madrid

Se han celebrado 17 sesiones ordinarias en el séptimo período de sesiones (enero/junio 2010).

A continuación se reseñan las fechas concretas de las sesiones, el número del Diario de Sesiones y de Acta correspondientes.

Sesiones Plenarias

Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**	**N.º de Acta**
	1	04-02-2010	610	1/2010
	2	11-02-2010	616	2/2010
	3	18-02-2010	627	3/2010
	4	23-02-2010	630	4/2010
	Total sesiones mes de julio 2010 4			
Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**	**N.º de Acta**
	1	04-03-2010	635	5/2010
	2	11-03-2010	642	6/2010
	3	18-03-2010	653	7/2010
	Total sesiones mes de julio 2010 3			
Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**	**N.º de Acta**
	1	08-04-2010	661	8/2010
	2	15-04-2010	667	9/2010
	3	22-04-2010	678	10/2010
	Total sesiones mes de julio 2010 3			
Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**	**N.º de Acta**
	1	06-05-2010	688	11/2010
	2	13-05-2010	694	12/2010
	3	20-05-2010	703	13/2010
	Total sesiones mes de julio 2010 3			
Junio	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**	**N.º de Acta**
	1	10-06-2010	712	14/2010
	2	17-06-2010	723	15/2010
	3	24-06-2010	726	16/2010
	4	28-06-2010	729	17/2010
	Total sesiones mes de junio 2010 4			
Total sesiones enero/junio 2010 17				

3.2. Las Comisiones de la Asamblea de Madrid

El número total de sesiones celebradas por las Comisiones de la Asamblea de Madrid en el presente período de sesiones ha sido de 111, 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: 16 de julio de 2007 (D.SS número 5, de 16/07/2007)

3.2.1.2. Composición

Modificaciones en la composición (enero/junio 2010): Altas y Bajas de Diputados en la Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GS	-	D.ª Rosa María Alcalá Chacón	-	BOAM 177, 18/02/2010

3.2.1.3. Sesiones de la Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE PRESIDENCIA, JUSTICIA E INTERIOR

Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	11-03-2010	s/nº
	Total sesiones mes de marzo 2010 1		
Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	15-04-2010	s/nº
	Total sesiones mes de abril 2010 1		
Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	13-05-2010	s/nº
	Total sesiones mes de mayo 2010 1		
Junio	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D.SS**
	1	10/06/2010	s/nº
	Total sesiones mes de junio 2010 1		
Total sesiones enero/junio 2010 4			

3.2.2. *Comisión de Presidencia, Justicia e Interior* **(modificación en la denominación y estructura de las Comisiones Permanentes Legislativas, en virtud de los Decretos 14 a 18/2008, de 25 de junio, de modificación de las Consejerías de la Comunidad de Madrid)**

3.2.2.1. Constitución: 30 de septiembre de 2008 (D.SS. número 264, de 30/09/2008)

3.2.2.2. Composición: (BOAM número 87, de 25/09/2008)

Modificaciones en la composición (enero/junio 2010): Altas y Bajas de Diputados en la Comisión de Presidencia, Justicia e Interior:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GS	D.ª Rosa María Alcalá Chacón	D. José Luis García Sánchez	-	BOAM 177, 18/02/2010
GP	D.ª Teresa de Jesús Lara Rico	D.ª Carmen Martín Irañeta	-	BOAM 184, de 07/04/2010

3.2.2.3. Sesiones de la Comisión de Presidencia, Justicia e Interior

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE PRESIDENCIA, JUSTICIA E INTERIOR

Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	02-02-2010	607
	2	16-02-2010	621
	Total sesiones mes de febrero 2010 2		
Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	02-03-2010	633
	2	16-03-2010	648
	Total sesiones mes de marzo 2010 2		
Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	06-04-2010	657
	2	20-04-2010	672
	Total sesiones mes de abril 2010 2		
Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	04-05-2010	683
	2	18-05-2010	699
	Total sesiones mes de mayo 2010 2		
Junio	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	01-06-2010	707
	2	15-06-2010	717
	Total sesiones mes de junio 2010 2		
Total sesiones enero/junio 2010 10			

3.2.3. *Comisión de Presupuestos, Economía y Hacienda* **(modificación en la denominación y estructura de las Comisiones Permanentes Legislativas, en virtud de los Decretos 14 a 18/2008, de 25 de junio, de modificación de las Consejerías de la Comunidad de Madrid)**

3.2.3.1. Constitución: 30 de septiembre de 2008 (D.SS. número 264, de 30/09/2008)

3.2.3.2. Composición: (BOAM número 87, de 25/09/2008)

Modificaciones en la composición (enero/junio 2010): Altas y Bajas de Diputados en la Comisión de Presupuestos, Economía y Hacienda:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GS	-	D.ª Rosa María Alcalá Chacón	-	BOAM 177, 18/02/2010
GS	Designación de D.ª Rosa María Alcalá Chacón como Presidenta de la Comision de Presupuestos, Economía y Hacienda, en sustitución de D. Jorge Gómez Moreno		16/02/2010	D.SS. 622, 16/02/2010 BOAM 178, 25/02/2010

3.2.3.3. Sesiones de la Comisión de Presupuestos, Economía y Hacienda

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE PRESUPUESTOS, ECONOMÍA Y HACIENDA

Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	09-02-2010	614
	2	16-02-2010	622
	Total sesiones mes de febrero 2010 2		
Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	09-03-2010	640
	2	16-03-2010	647
	Total sesiones mes de marzo 2010 2		
Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	13-04-2010	665
	2	20-04-2010	673
	Total sesiones mes de abril 2010 2		
Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	11-05-2010	692
	2	18-05-2010	700
	Total sesiones mes de mayo 2010 2		
Junio	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	08-06-2010	710
	2	15-06-2010	718
	3	25-06-2010	727
	Total sesiones mes de junio 2010 3		
Total sesiones enero/junio 2010 11			

3.2.4. *Comisión de Transportes e Infraestructuras*

3.2.4.1. Constitución: 16 de julio de 2007 (D.SS. 11, de 16/07/2007)

3.2.4.2. Composición: BOAM número 11, de 26 de julio de 2007

Modificaciones en la composición (enero/junio 2010): Altas y Bajas de Diputados en la Comisión de Transportes e Infraestructuras:

Grupo	**Baja**	**Alta**	**Fecha Comisión**	**Publicación**
GS	D.ª Rosa María Alcalá Chacón	D. José Luis García Sánchez	-	BOAM 177, 18/02/2010
GS	Designación de D. Mario Lisandro Salvatierra Saru como Vicepresidente de la Comision de Transportes e Infraestructuras, en sustitución de D.ª Rosa María Alcalá Chacón		19/02/2010	D.SS. 629, 19/02/2010 BOAM 180, 04/03/2010

3.2.4.3. Sesiones de la Comisión de Transportes e Infraestructuras

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE TRANSPORTES E INFRAESTRUCTURAS

Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	19-02-2010	629
	Total sesiones mes de febrero 2010 1		
Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	05-03-2010	637
	Total sesiones mes de marzo 2010 1		
Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	09-04-2010	663
	2	23-04-2010	679
	Total sesiones mes de abril 2010 2		
Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	07-05-2010	689
	2	21-05-2010	705
	Total sesiones mes de mayo 2010 2		
Junio	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	18-06-2010	724
	Total sesiones mes de junio 2010 1		
Total sesiones enero/junio 2010 7			

3.2.5. *Comisión de Educación*

3.2.5.1. Constitución: 16 de julio de 2007 (D.SS número 10, de 16/07/2007)

3.2.5.2. Composición: BOAM número 11, de 26 de julio de 2007

No se han producido modificaciones en la composición de la Comisión de Educación durante el séptimo período de sesiones (enero/junio 2010).

3.2.5.3. Sesiones de la Comisión de Educación

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE EDUCACIÓN

Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	03-02-2010	608
	2	17-02-2010	623
	Total sesiones mes de febrero 2010 2		
Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	03-03-2010	634
	2	17-03-2010	649
	Total sesiones mes de marzo 2010 2		
Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	07-04-2010	658
	2	21-04-2010	674
	Total sesiones mes de abril 2010 2		
Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	05-05-2010	684
	2	19-05-2010	701
	Total sesiones mes de mayo 2010 2		
Junio	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	02-06-2010	708
	2	16-06-2010	719
	Total sesiones mes de junio 2010 2		
Total Sesiones enero/junio 2010 10			

3.2.6. *Comisión de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio.*
(Modificación en la denominación y estructura de las Comisiones Permanentes Legislativas, en virtud de los Decretos 14 a 18/2008, de 25 de junio, de modificación de las Consejerías de la Comunidad de Madrid)

3.2.6.1. Constitución: 30 de septiembre de 2008 (D.SS número 266, de 30 de septiembre de 2008)

3.2.6.2. Composición: BOAM número 87, de 25 de septiembre de 2008

Modificaciones en la composición (enero/junio 2010): Altas y Bajas de Diputados en la Comisión de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GIU	Designación de D.ª Reyes Montiel Mesa como Portavoz de la Comisión de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio en sustitución de D. Gregorio Gordo Pradel y designación de D. Gregorio Gordo Pradel como Portavoz de la Comisión de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio en sustitución de D.ª Reyes Montiel Mesa.		-	BOAM 186, 15/04/2010

3.2.6.3. Sesiones de la Comisión de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE MEDIO AMBIENTE, VIVIENDA Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	15-02-2010	618
	Total sesiones mes de febrero 2010 1		
Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	01-03-2010	631
	2	15-03-2010	644
	Total sesiones mes de marzo 2010 2		
Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	05-04-2010	654
	2	19-04-2010	669
	Total sesiones mes de abril 2010 2		
Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	03-05-2010	680
	2	17-05-2010	696
	Total sesiones mes de mayo 2010 2		
Junio	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	14-06-2010	714
	Total sesiones mes de junio 2010 1		
Total sesiones enero/junio 2010 8			

3.2.7. *Comisión de Sanidad*

3.2.7.1. Constitución: 16 de julio de 2007 (D.SS número 8, de 16 de julio de 2007)

3.2.7.2. Composición: BOAM número 12, de 27 de julio de 2007

No se han producido modificaciones en la composición de la Comisión de Sanidad durante el séptimo período de sesiones (enero/junio 2010).

3.2.7.3. Sesiones de la Comisión de Sanidad

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE SANIDAD

Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	17-02-2010	624
	Total sesiones mes de febrero 2010 1		
Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	17-03-2010	651
	Total sesiones mes de marzo 2010 1		
Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	21-04-2010	675
	Total sesiones mes de abril 2010 1		
Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	05-05-2010	685
	Total sesiones mes de mayo 2010 1		
Junio	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	02-06-2010	709
	2	16-06-2010	720
	Total sesiones mes de junio 2010 2		
Total sesiones enero/junio 2010 6			

3.2.8. *Comisión de Vicepresidencia, Cultura y Deporte*

3.2.8.1. Constitución

Cambio de denominación de la Comisión de Cultura, Deporte y Turismo para transformarla en Comisión de Vicepresidencia,

Cultura y Deporte: Acuerdo de Mesa 18/05/2009 (BOAM 133, de 21/05/2009). Decreto 42/2009, de 30 de abril, de modificación de las Consejerías de la Comunidad de Madrid.

3.2.8.2. Composición

Modificaciones producidas en la composición (mayo/junio 2009): Altas y Bajas de Diputados en la Comisión de Vicepresidencia, Cultura y Deporte.

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GP	D. Álvaro González López	D. Federico Jiménez de Parga Maseda	-	BOAM 186, 15/04/2010
GP	Designación de D. Federico Jiménez de Parga Maseda como Secretario de la Comisión de Vicepresidencia, Cultura y Deporte, en sustitución de D. Álvaro González López		-	DSS 666, 14/04/2010 BOAM 187, 22/04/2010

3.2.8.3. Sesiones de la Comisión de Vicepresidencia, Cultura y Deporte

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE VICEPRESIDENCIA, CULTURA Y DEPORTE

Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	10-02-2010	615
	217-02-2010		625
	Total sesiones mes de febrero 2010 2		
Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	10-03-2010	641
	2	17-03-2010	650
	Total sesiones mes de marzo 2010 2		
Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	14-04-2010	666
	2	21-04-2010	676
	Total sesiones mes de abril 2010 2		
Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	12-05-2010	693
	2	19-05-2010	702
	Total sesiones mes de mayo 2010 2		
Junio	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	09-06-2010	711
	2	16-06-2010	721
	3	28-06-2010	728
	Total sesiones mes de junio 2010 3		
Total sesiones enero/junio 2010 11			

3.2.9. *Comisión de Familia y Asuntos Sociales*

3.2.9.1. Constitución: 16 de julio de 2007 (D.SS número 15, de 16 de julio de 2007)

3.2.9.2. Composición: BOAM número 12, de 27 de julio de 2007

No se han producido modificaciones en la composición de la Comisión de Familia y Asuntos Sociales durante el séptimo período de sesiones (enero/junio 2010).

3.2.9.3. Sesiones de la Comisión de Familia y Asuntos Sociales

Sesiones de la Comisiones
COMISIÓN DE FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES

Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	02-02-2010	606
	2	16-02-2010	620
	Total sesiones mes de febrero 2010 2		
Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	02-03-2010	632
	2	16-03-2010	646
	Total sesiones mes de marzo 2010 2		
Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	06-04-2010	656
	2	20-04-2010	671
	Total sesiones mes de abril 2010 2		
Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	04-05-2010	682
	2	18-05-2010	698
	Total sesiones mes de mayo 2010 2		
Junio	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	01-06-2010	706
	2	15-06-2010	716
	Total sesiones mes de junio 2010 2		
Total sesiones enero/junio 2010 10			

3.2.10. *Comisión de Empleo* **Cambio de denominación de la Comisión de Empleo para transformarla en Comisión de Empleo e Inmigración: Acuerdo de Mesa 30/03/2010 (BOAM, 184 de 07/04/2010). Decreto 15/2010, de 18 de marzo, de modificación de las Consejerías de la Comunidad de Madrid** (fusión de la Consejería de Empleo y Mujer y la Consejería de Inmigración y Cooperación)

3.2.10.1. Constitución de la Comisión de Empleo: 16 de julio de 2007 (D.SS número 16, de 16 de julio de 2007)

3.2.10.2. Composición de la Comisión de Empleo: BOAM número 12, de 27 de julio de 2007

Modificaciones producidas en la composición (enero/junio 2010): Altas y Bajas de Diputados en la Comisión de Empleo e Inmigración (modificada su denominación por Acuerdo de Mesa de 30/03/2010).

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GP	Designación de D. Federico Jiménez de Parga Maseda como Portavoz Adjunto del Grupo Parlamentario Popular en la Comisión de Empleo e Inmigración		-	BOAM 186, 15/04/2010
GIU	Designación de D. Fernando Camaño Gómez como Portavoz del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en la Comisión de Empleo e Inmigración		-	BOAM 186, 15/04/2010
GIU	Designación de D.ª Inés Sabanés Nadal como Portavoz Adjunta del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en la Comisión de Empleo e Inmigración, en sustitución de D. Antero Ruiz López		-	BOAM 186, 15/04/2010
GS	D. Cesar Augusto Giner Parreño	D.ª María Antonia García Fernández	-	BOAM 186, 15/04/2010

GS	Designación de D.ª María Antonia García Fernández como Vicepresidenta de la Comisión de Empleo e Inmigración en sustitución de D. César Giner Parreño	19/04/2010	DSS 670, 19/04/2010 BOAM 188, 29/04/2010

3.2.10.3. Sesiones de la Comisión de Empleo/Empleo e Inmigración

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE EMPLEO

Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	15-02-2010	619
	Total sesiones mes de febrero 2010 1		
Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	15-03-2010	645
	Total sesiones mes de marzo 2010 1		
Abril	N.º Sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	05-04-2010	655
	Total sesiones mes de abril 2010 1		
Total sesiones febrero/abril 2010 3			

Cambio de denominación de la Comisión de Empleo para transformarla en Comisión de Empleo e Inmigración: Acuerdo de Mesa 30/03/2010 (BOAM, 184 de 07/04/2010). Decreto 15/2010, de 18 de marzo, de modificación de las Consejerías de la Comunidad de Madrid (fusión de la Consejería de Empleo y Mujer y la Consejería de Inmigración y Cooperación)

COMISIÓN DE EMPLEO E INMIGRACIÓN

Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	19-04-2010	670
	Total sesiones mes de abril 2010 1		
Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	03-05-2010	681
	2	17-05-2010	697
	Total sesiones mes de mayo 2010 2		
Junio	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	14-06-2010	715
	Total sesiones ses de junio 2010 1		
Total sesiones abril/junio 2010 4			

3.2.11. *Comisión de Inmigración y Cooperación*

3.2.11.1. Constitución: 16 de julio de 2007 (D.SS número 17, de 16 de julio de 2003)

3.2.11.2. Composición: BOAM número 12, de 27 de julio de 2007

3.2.11.3. Disolución: Acuerdo de Mesa de 30/03/2010 **(BOAM, 184 de 07/04/2010)**. **Decreto 15/2010, de 18 de marzo, de modificación de las Consejerías de la Comunidad de Madrid** (fusión de la Consejería de Empleo y Mujer y la Consejería de Inmigración y Cooperación)

3.2.11.3. Sesiones de la Comisión de Inmigración y Cooperación

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE INMIGRACIÓN Y COOPERACIÓN

Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	08-02-2010	612
	Total sesiones mes de febrero 2010 1		
Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	08-03-2010	638
	Total sesiones mes de marzo 2010 1		
Total sesiones febrero/marzo 2010 2			
Disolución: Acuerdo de Mesa de 30/03/2010			

3.2.12. *Comisión de Mujer*

3.2.12.1. Constitución: 16 de julio de 2007 (D.SS número 19, de 16 de julio de 2007)

3.2.12.2. Composición: BOAM número 12, de 27 de julio de 2007

No se han producido modificaciones en la composición de la Comisión de Mujer durante el séptimo período de sesiones (enero/junio 2010).

3.2.12.3. Sesiones de la Comisión de Mujer

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE MUJER

Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	12-02-2010	617
	Total sesiones mes de febrero 2010 1		
Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	05-03-2010	636
	Total sesiones mes de marzo 2010 1		
Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	09-04-2010	662
	Total sesiones mes de abril 2010 1		
Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	14-05-2010	695
	Total sesiones mes de mayo 2010 1		
Junio	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	18-06-2010	725
	Total sesiones mes de junio 2010 1		
Total sesiones enero/junio 2010 5			

3.2.13. *Comisión de Juventud*

3.2.13.1. Constitución: 16 de julio de 2007 (D.SS número 21, de 16 de julio de 2007)

3.2.13.2. Composición: BOAM número 12, de 27 de julio de 2007

No se han producido modificaciones en la composición de la Comisión de Juventud durante el séptimo período de sesiones (enero/junio 2010).

3.2.13.3. Sesiones de la Comisión de Juventud

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE JUVENTUD

Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	05-02-2010	611
	2	19-02-2010	628
	Total sesiones mes de febrero 2010 2		
Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	12-03-2010	643
	Total sesiones mes de marzo 2010 1		
Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	16-04-2010	668
	Total sesiones mes de abril 2010 1		
Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	07-05-2010	690
	2	21-05-2010	704
	Total sesiones mes de mayo 2010 2		
Junio	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	11-06-2010	713
	Total sesiones mes de junio 2010 1		
Total sesiones enero/junio 2010 7			

COMISIONES PERMANENTES NO LEGISLATIVAS

3.2.14. *Comisión de Vigilancia de las Contrataciones*

3.2.14.1. Constitución: 16 de julio de 2007 (D.SS número 22, de 16 de julio de 2007)

3.2.14.2. Composición: BOAM número 11, de 26 de julio de 2007

No se han producido modificaciones en la composición de la Comisión de Vigilancia de las Contrataciones durante el séptimo período de sesiones (enero/junio 2010).

3.2.14.3. Sesiones de la Comisión de Vigilancia de las Contrataciones

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE VIGILANCIA DE LAS CONTRATACIONES

Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	04-02-2010	609
	Total sesiones mes de febrero 2010 1		
Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	08-04-2010	659
	Total sesiones mes de abril 2010 1		
Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	06-05-2010	687
	Total sesiones mes de mayo 2010 1		
Total sesiones enero/junio 2010 3			

3.2.15. *Comisión de Control del Ente Público Radio Televisión Madrid*

3.2.15.1. Constitución: 16 de julio de 2007 (DSS número 20, de 16 de julio de 2007)

3.2.15.2. Composición: BOAM número 11, de 26 de julio de 2007

Modificaciones producidas en la composición (enero/junio 2010): Altas y Bajas de Diputados en la Comisión de Control del Ente Público Radio Televisión Madrid.

Grupo	**Baja**	**Alta**	**Fecha Comisión**	**Publicación**
GS	-	D. José Luis García Sánchez	-	BOAM 177, 18/02/2010

3.2.15.3. 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

Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	18-02-2010	626
	Total sesiones mes de febrero 2010 1		
Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	18-03-2010	652
	Total sesiones mes de marzo 2010 1		
Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	08-04-2010	660
	2	22-04-2010	677
	Total sesiones mes de abril 2010 2		
Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	06-05-2010	686
	Total sesiones mes de mayo 2010 1		
Junio	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	17-06-2010	722
	Total sesiones mes de junio 2010 1		
Total sesiones enero/junio 2010 6			

3.2.16. *Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad*

3.2.16.1. Creación: Ley 1/2009, de 15 de junio para la Creación de una Comisión Permanente no Legislativa para las Políticas Integrales de la Discapacidad (BOCM 146, de 22 de junio de 2009)

3.2.16.2 Constitución: 08 de julio de 2009 (BOAM 141, de 25/06/2009, D.SS 518, de 87/07/2009)

3.2.16.3 Composición: BOAM 144, de 16 de julio de 2009

Modificaciones producidas en la composición (enero/junio 2010): Altas y Bajas de Diputados en la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad.

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GP	D. Elena Utrilla Palombi	D. María Nieves García Nieto	—	BOAM 184, 07/04/2010
GP	Designación de D. José Gabriel Astudillo López como Secretario de la Comisión para las Política Integrales de la Discapacidad, en sustitución de D.ª María Teresa Gómez-Limón Amador		13/04/2010	BOAM 184, 07/04/2010 D.SS. 604, 13/04/2010 BOAM 187, 22/04/2010

3.2.16.4. Sesiones de la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN PARA LAS POLÍTICAS INTEGRALES DE LA DISCAPACIDAD

Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	09-02-2010	613
	Total sesiones mes de febrero 2010 1		
Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	09-03-2010	639
	Total sesiones mes de marzo 2010 1		
Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	13-04-2010	664
	Total sesiones mes de abril 2010 1		
Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º D. SS.**
	1	11-05-2010	691
	Total sesiones mes de mayo 2010 1		
Total sesiones enero/junio 2010 4			

3.3. La Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid

3.3.1. *Designación de miembros: Sesión plenaria de 28 de junio de 2007 (D.SS número 3, de 28-06-2007)*

3.3.2. *Composición: BOAM número 5, de 4 de julio de 2007*

Modificaciones producidas en la composición de la Diputación Permanente (enero/junio 2010).

MODIFICACIÓN EN LA COMPOSICIÓN DE LA DIPUTACIÓN PERMANENTE DEL GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR

Sesión plenaria de 17/06/2010 (D.SS. 723, de 17/06/2010 - BOAM 200, de 24/06/2010)

Designación de D.ª Marta Escudero Díaz-Tejeiro como suplente de D. Antonio Germán Beteta Barreda

Designación de D.ª María Nieves Margarita García Nieto como suplente de D. Jesús Fermosel Díaz

Designación de D.ª María del Carmen Rodríguez Flores como suplente de D. Álvaro González González

Designación de D.ª Pilar Liébana Montijano como miembro titular

Designación de D. Federico Jiménez de Parga como suplente de D.ª Pilar Liébana Montijano

3.3.3. *Sesiones de la Diputación Permanente:*

No se han producido sesiones de la Diputación Permanente durante el séptimo período de sesiones (enero/junio 2010).

3.4. La Mesa de la Asamblea de Madrid

3.4.1. *Sesión constitutiva de 12 de junio de 2007: Elección de los miembros de la Mesa de la Asamblea (D.SS número 1, de 12 de junio de 2007)*

3.4.2. *Composición de la Mesa de la Asamblea: BOAM número 1, de 14 de junio de 2007*

Presidenta:	Ilma. Sra D.ª María Elvira Rodríguez Herrer (G.P.P)
Vicepresidenta Primera:	Ilma. Sra. D.ª María Cristina Cifuentes Cuencas (G.P.P)

Vicepresidente Segundo:	Ilmo. Sr. D. Francisco Cabaco López (G.P.S.)
Vicepresidente Tercero:	Ilmo. Sr. D. Antero Ruiz López (G.P.IU)
Secretaria Primera:	Ilma. Sra D.ª Rosa María Posada Chapado (G.P.P)
Secretaria Segunda:	Ilma. Sra D.ª María Helena Almazán Vicario (G.P.S.)
Secretario Tercero:	Ilma. Sr. D. Jacobo Ramón Beltrán Pedreira (G.P.P)

3.4.3. *Sesiones de la Mesa de la Asamblea*

Sesiones de la Mesa

Enero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º de Acta**
	MESA DE LA DIPUTACIÓN PERMANENTE		
	1	19-01-2010	1/2010
	2	25-01-2010	2/2010
	3	26-01-2010	3/2010
	Total sesiones mes de enero 2010 3		
Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º de Acta**
	1	01-02-2010	4/2010
	2	08-02-2010	5/2010
	3	15-02-2010	6/2010
	4	16-02-2010	7/2010
	5	22-02-2010	8/2010
	6	23-02-2010	9/2010
	Total sesiones mes de febrero 2010 6		
Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º de Acta**
	1	01-03-2010	10/2010
	2	08-03-2010	11/2010
	3	15-03-2010	12/2010
	4	30-03-2010	13/2010
	5	30-03-2010	14/2010
	Total sesiones mes de marzo 2010 5		
Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º de Acta**
	1	06-04-2010	15/2010
	2	08-04-2010	16/2010
	3	12-04-2010	17/2010
	4	19-04-2010	18/2010
	5	26-04-2010	19/2010
	Total sesiones mes de abril 2010 5		

Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º de Acta**
	1	03-05-2010	20/2010
	2	10-05-2010	21/2010
	3	13-05-2010	22/2010
	4	17-05-2010	23/2010
	Total sesiones mes de mayo 2010 4		
Junio	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º de Acta**
	1	01-06-2010	24/2010
	2	01-06-2010	25/2010
	3	07-06-2010	26/2010
	4	14-06-2010	27/2010
	5	21-06-2010	28/2010
	6	24-06-2010	29/2010
	7	28-06-2010	30/2010
	8	28-06-2010	31/2010
	9	29-06-2010	32/2010
	Total sesiones mes de junio 2010 9		
Total sesiones enero/junio 2010 32			

3.5. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid

3.5.1. *Designación de asistentes a la Junta de Portavoces:*

Composición de la Junta de Portavoces al inicio del séptimo período de sesiones:

Grupo Parlamentario Popular:

Portavoz: Ilmo. Sr. D. David Pérez García
Portavoces Adjuntos:
Ilmo. Sr. D. Juan Soler-Espiauba Gallo
Ilmo. Sr. D. Pedro Muñoz Abrines

Grupo Parlamentario Socialista:

Portavoz: Ilma. Sra. D.ª Carmen Menéndez González-Palenzuela
Portavoces Adjuntos:
Ilmo. Sr. D. Adolfo Navarro Muñoz
Ilmo. Sr. D. José Manuel Franco Pardo

Grupo Parlamentario de Izquierda Unida:

Presidente/Portavoz: Ilmo. Sr. D. Gregorio Gordo Pradel
Portavoces Adjuntos:

Ilmo. Sr.. D. Miguel Ángel Reneses González-Solares
Ilma. Sra. D.ª Caridad García Álvarez

No se han producido modificaciones en la composición de asistentes a la Junta de Portavoces durante el séptimo período de sesiones (enero/junio 2010).

3.5.2. *Sesiones de la Junta de Portavoces*

Sesiones de la Junta de Portavoces

Enero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º de Acta**
	1	26-01-2010	1/2010
	Total sesiones mes de enero 2010 1		
Febrero	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º de Acta**
	1	02-02-2010	2/2010
	2	09-02-2010	3/2010
	3	16-02-2010	4/2010
	4	23-02-2010	5/2010
	Total sesiones mes de febrero 2010 4		
Marzo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º de Acta**
	1	02-03-2010	6/2010
	2	09-03-2010	7/2010
	3	16-03-2010	8/2010
	4	30-03-2010	9/2010
	Total sesiones mes de marzo 2010 4		
Abril	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º de Acta**
	1	06-04-2010	10/2010
	2	13-04-2010	11/2010
	3	20-04-2010	12/2010
	4	27-04-2010	13/2010
	Total sesiones mes de abril 2010 4		
Mayo	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º de Acta**
	1	04-05-2010	14/2010
	2	11-05-2010	15/2010
	3	18-05-2010	16/2010
	Total sesiones mes de mayo 2010 3		
Junio	**N.º Sesión**	**Fecha**	**N.º de Acta**
	1	01-06-2010	17/2010
	2	08-06-2010	18/2010
	3	15-06-2010	19/2010
	4	22-06-2010	20/2010
	5	29-06-2010	21/2010
	Total sesiones mes de junio 2010 5		
Total sesiones enero/junio 2010 21			

IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA CÁMARA

Durante la VIII Legislatura, en el séptimo período de sesiones (enero/junio 2010) se han aprobado las siguientes Leyes:

4.1. Relación de Leyes aprobadas

[LEY 1/2010, de 24 de febrero] ORIGEN: PROPOSICIÓN DE LEY 1/2009. De Creación del Colegio Profesional de Educadoras y Educadores Sociales de la Comunidad de Madrid.

BOAM Núm. 178 Fecha 25/02/2010, **BOCM** Núm. 71 Fecha 24/03/2010,**BOE** Núm. 184 Fecha 30/07/2010.

[LEY 2/2010, de 15 de junio] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 1/2010. De Autoridad del Profesor.

BOAM Núm. 198 Fecha 17/06/2010, **BOCM** Núm. 154 Fecha 29/06/2010.

[LEY 3/2010, de 22 de junio] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 2/2010. De Instalaciones Aeronáuticas de la Comunidad de Madrid.

BOAM Núm. 200 Fecha 24/06/2010 **(B.O.A.M.** 203 de 08/07/2010 p. 19367, Corrección de errores BOAM 200), **BOCM** Núm. 154 Fecha 29/06/2010, (**B.O.C.M.** 171 de 19/07/2010 p. 13, Corrección de errores BOCM 154).

[LEY 4/2010, de 29 de junio] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 4/2010. De Medidas Urgentes, por la que se modifica la Ley 9/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2010, para su adecuación al Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

BOAM Núm. 202 Fecha 01/07/2010, **BOCM** Núm.154 Fecha 29/06/2010.

[LEY 5/2010, de 12 de julio] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 3/2010. De Ley de Medidas Fiscales para el Fomento de la Actividad Económica.

BOAM Núm. 202 Fecha 01/07/2010, **BOCM** Núm.154 Fecha 29/06/2010.

V. RESUMEN DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

5.1. Cuadros resumen de Actividad Parlamentaria

El cuadro resumen referido a la actividad parlamentaria de la Cámara, expresa el número total de iniciativas parlamentarias presentadas en el séptimo período de sesiones (enero/junio 2010) de la VIII Legislatura, así como su estado de tramitación al finalizar dicho período de sesiones.

Iniciativas	Presentadas	Pendientes	Tramitadas	Decaídas	No Admitidas	Transformadas	Retiradas
Proyectos de Ley	4	-	4	-	-	-	-
Proposiciones de Ley	6	2	3	-	1	-	-
Proposiciones no de Ley	28	6	Aprob.: 7 | Rechaz.: 10 17	-	4	-	1
Interpelaciones	22	5	12	-	1	-	4
Mociones	12	-	Aprob.: - | Rechaz.: 12 12	-	-	-	-
Comparecencias	472	Pleno: 30 | Comis. 239 269	Pleno: 31 | Comis. 83 114	1	72	-	16
Preguntas Orales Pleno	305	-	206	-	21	21	57
P. Orales Comisión	210	-	74	-	16	68	52
Preguntas Escritas	563	116	409	-	14	20 Calif. como PI	4
Peticiones de Información	1921	507	1366	-	46	1 Calif. como PE	1
Total	3543	905	2217	1	175	110	135
C. de Gobierno	38	2	36	-	-	-	-

El cuadro resumen que se expresa a continuación refleja las iniciativas parlamentarias presentadas por Autores en el séptimo período de sesiones (enero/junio 2010)

Iniciativas Parlamentarias	Total	G.p. Popular	G.p. Socialista	G.p. De Izquierda Unida	G.p. Socialista / Izquierda Unida	Gobierno	
Proyectos de Ley	4	-	-	-	-	-	4
Proposición de Ley	6	-	3	1	-	2	-
Proposición No de Ley	28	8	9	11	-	-	-
Interpelaciones	22	-	11	11	-	-	-
Mociones	12	-	7	5	-	-	-
Comparecencias	472	116	233	114	2	-	7
Preguntas Orales Pleno	305	92	105	108	-	-	-
Pregunta Orales Comisión	210	69	109	32	-	-	-
Preguntas Escritas	563		522	41	-	-	-
Peticiones de Información	1921		1765	155	-	-	-
Totales	3543	285	2764	478	2	2	11

5.2. Gráficos estadísticos

Los dos gráficos que se reseñan a continuación muestran los porcentajes de iniciativas parlamentarias presentadas y su estado de tramitación en el séptimo período de sesiones (enero/junio 2010 de la VIII Legislatura).

GRAFICO PORCENTUAL POR TRAMITACIÓN
INICIATIVAS PRESENTADAS: 3543
SÉPTIMO PERÍODO DE SESIONES (ENERO / JUNIO 2010)

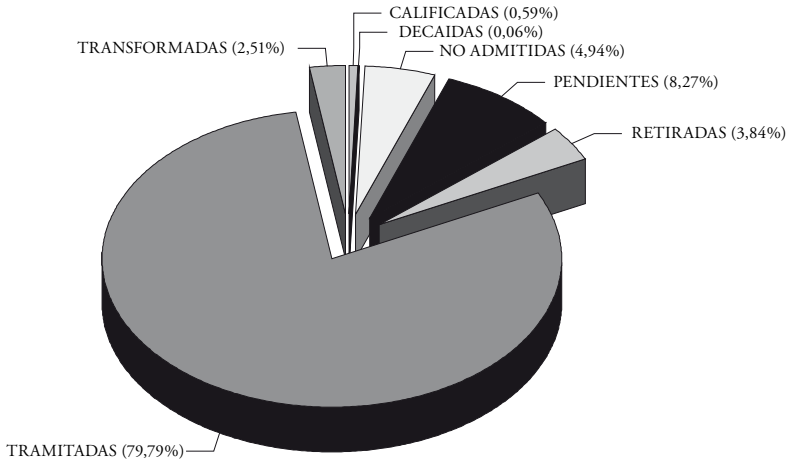
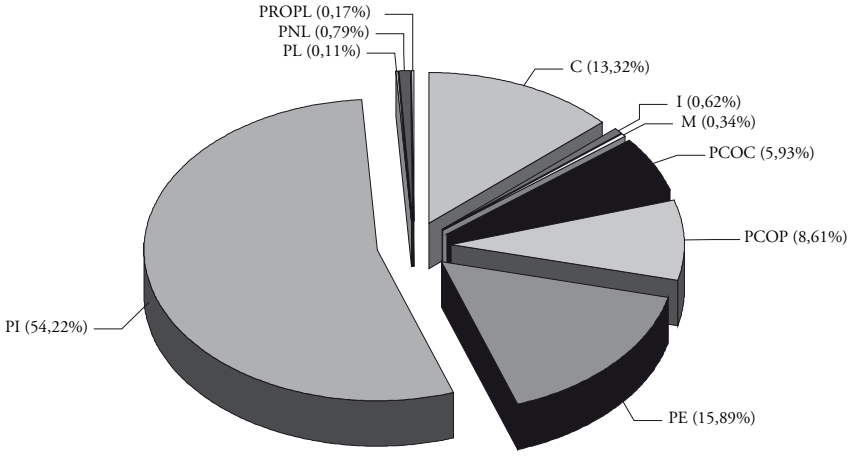


GRAFICO PORCENTUAL POR INICIATIVAS
INICIATIVAS PRESENTADAS: 3543
SÉPTIMO PERÍODO DE SESIONES (ENERO / JUNIO 2010)



VI
RECENSIONES

Ernesto Orlando Calderón Moscoso★

Díaz-Silveira Santos, Cintia: *La estrategia inter-regional de la Unión Europea con Latinoamérica. El camino a la asociación con el Mercosur, la Comunidad Andina y Centroamérica*

Monografías Iberoamericanas CEIB,
Cástor M. Díaz Barrado (Dir.)

La obra de Cintia DÍAZ-SILVEIRA SANTOS, *La estrategia inter-regional de La Unión Europea con Latinoamérica. El camino a la asociación con el MERCOSUR, la Comunidad Andina y Centroamérica,* está dividida en dos partes, en las que trata por un lado de la Comunidad Internacional y la Asociación Unión Europea-América Latina como escenarios de la estrategia inter-regional europea, y por otro, de las relaciones inter-regionales entre la Unión Europea y los procesos de integración Latinoamericanos. La primera parte sirve como una aproximación conceptual y teórica al fenómeno del regionalismo y al inter-regionalismo en concreto, en la escena internacional, como respuesta al proceso de globalización desatado con especial fuerza a partir de la caída del muro de Berlín. La Unión Europea ha sido un actor fundamental en el momento de establecer relaciones con otros procesos de integración regional, y en este rol, la autora nos lleva a entender en la segunda parte de su obra, las relaciones concretas y en detalle que se han establecido entre tres procesos de integración en América Latina (Comunidad Andina de Naciones, Mercosur y Centroamérica) y la Unión Europea.

Partiendo de esta relación general del contenido de la obra, es menester revisar en más detalle los aportes que se mencionan en los cinco capítulos que la conforman. En el primer capítulo se define el marco jurídico y político del nuevo regionalismo y del nuevo inter-regionalismo a nivel global, así como el alcance de estos fenómenos en las relaciones exteriores de la Unión Europa. Así, la autora comienza a reseñar los cambios que se dieron en el or-

★ Doctorando en Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III de Madrid. Becario MAEC-AECID.

den internacional desde el denominado «orden global westfaliano», posterior a la Guerra de los Treinta Años en Europa (1618-1648) y que representó el momento en el que la soberanía de los Estados-nación devino absoluta, hasta que tras la Segunda Guerra Mundial y mucho más tras el final de la Guerra Fría, se establece un orden mundial que se caracteriza por dos fenómenos novedosos, por un lado la *globalización*, y por otro lado la emergencia de *procesos regionales* o *supra-nacionales de prosperidad*, ya sean multilaterales como la Organización Mundial del Comercio (OMC) o regionales, que implican el establecimiento de grandes zonas de libre comercio en sus primeras fases. En palabras del profesor B. Hettne, citado por la autora, estos dos procesos «afectan profundamente a la estabilidad del sistema de Estados westfalianos, contribuyendo tanto al desorden, como a un nuevo orden mundial».

Así también, el primer capítulo nos explica los decursos del fenómeno del regionalismo, en sus distintas generaciones, ya que a saber, dicha tendencia tuvo diferentes hitos de formación y de resurgimiento, desde su aparición a mediados del siglo XX hasta el establecimiento del Regionalismo de *tercera generación,* también conocido como *Regionalismo abierto* dada su doble tendencia a integrar a países entre sí a la vez que propulsarlos hacia el comercio global. Dentro de la importancia cada vez más creciente de varios procesos de integración en el mundo, se empezó a evidenciar una interacción informal de principio, pero con visos de institucionalización, entre los diferentes procesos de integración en el mundo, así la autora comenta que «tras el escenario bipolar de la Guerra Fría surgieron una serie de diálogos *grupo-a-grupo».* Fruto de estos constantes intercambios surgió la conceptualización del *inter-regionalismo*, que con el tiempo dejó de ser una exclusividad europea, *v. gr.* las relaciones de la Comunidad Europea con otros procesos de integración, para ser un inter-regionalismo global, que implica relaciones entre diversos procesos de integración extra-europeos. A pesar de esto, es innegable que el inter-regionalismo es tributario de las acciones desarrolladas por la el proceso de integración en Europa, que siempre ha preferido acercamientos de bloque a bloque *versus* la postura bilateralista de Estados Unidos en las relaciones internacionales. En esta posición la UE siempre ha tenido el cuidado de velar no solo por intereses comerciales, sino y en muchos casos principalmente, por el respeto a los derechos humanos y por conceptos más amplios como el de la *cohesión social*, propios de un proceso de integración, que se han visto apoyados por una intensa política de cooperación al desarrollo europea.

Al mismo tiempo el regionalismo y el inter-regionalismo se posicionan como una suerte de solución al problema actual del multilateralismo, con el estancamiento de foros multilaterales de negociación comercial, como el caso de la Ronda de Doha en el seno de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Bajo el amparo del artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT (por sus siglas en inglés) se permite que las naciones den tratos preferenciales a otros miembros de un proceso de integración regional, lo que permite que muchos países prefieran

optar por el regionalismo, al representar éste una vía más rápida para alcanzar acuerdos beneficiosos.

En el segundo capítulo la autora nos refiere a la Asociación Estratégica Birregional (AEB) reforzada entre la Unión Europea y América Latina y el Caribe, que se inaugura formalmente en la Primera Cumbre de Presidentes y Jefes de Estado de América Latina, el Caribe y la Unión Europea (ALC-UE) en Río de Janeiro en 1999. Se señala el recorrido del interés de Europa por la región más allá de los hitos institucionales, rastreando las relaciones desde los años setenta, cuando algunos grupos políticos europeos comenzaron a establecer vínculos con sus homólogos latinoamericanos. De estos años viene la actividad parlamentaria inter-regional, con el primer encuentro bianual entre el Parlamento Europeo y el Parlamento Latinoamericano (Parlatino) en 1974, que se mantiene en la actualidad bajo el rótulo de Asamblea Parlamentaria EUROLAT, un foro de encuentro de asambleístas de ambos continentes, que se reúnen periódicamente para tratar distintos asuntos de interés común de las regiones.

La piedra angular de las relaciones de la Unión Europea con Centroamérica de inicio y con Latinoamérica posteriormente, fue la realización del *Diálogo de San José* en 1984, que reunió a los representantes de los países miembros de la Comunidad Europea y de los países centroamericanos, y que a la postre significaría el umbral del diálogo que ahora se sostiene con la Latinoamérica a través del denominado *Grupo de Río*. En este capítulo la autora también nos presenta una relación de la política europea de Cooperación al Desarrollo, aspecto central de la relación bi-regional, así como un análisis sintético de las relaciones comerciales entre ambas partes, terminando con un repaso del marco jurídico y político de esta relación. En cuanto al marco jurídico resalta las diversas *generaciones de acuerdos* que se han dado, y en el marco político se analizan cada una de las Cumbres ALC-UE realizadas desde fines del siglo XX hasta la V Cumbre en Lima, Perú.

El tercer capítulo integra la segunda parte de la obra, en la que se abordan las relaciones particulares e individualizadas de la UE con cada uno de los procesos de integración. Se analiza en concreto la relación de la UE con el Mercado Común del Sur (Mercosur) compuesto por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. La autora nos hace notar que la relación entre la UE y el Mercosur siempre fue un aspecto preferente para Bruselas, por diversas razones, desde el factor político, el factor cultural hasta las sempiternas razones comerciales, ya que el Mercosur representa un mercado del 45% del total de la población de América Latina. Estas razones explican por qué tan solo a un año después de su creación, la UE firma con el Mercosur en 1992 un primer Acuerdo Institucional, el cual se irá perfeccionando y transformando, hasta acabar con la firma de un *Acuerdo Marco Inter-regional de Cooperación* (AMIC), el cual ha sido objeto de extensos análisis doctrinales, al ser un instrumento jurídico novedoso y vanguardista en el marco del inter-regionalismo, así en palabras de la autora: «por primera vez en la historia de las relaciones inter-regionales de la UE el 15 de diciembre de 1995, se estableció un marco jurí-

dico inter-regional, basado en el equilibrio de los ámbitos políticos, económicos y comerciales, con el que se pretendía lograr las condiciones propicias para el logro de una asociación inter-regional».

A pesar de la existencia de un marco referencial para las negociaciones de un Acuerdo de Asociación (AdA) entre la UE y el Mercosur, los resultados hasta la fecha han sido más bien decepcionantes, ya que tras un amplio recorrido de negociación entre ambos bloques, propulsado en cada una de las Cumbres presidenciales ALC-UE, las amplias diferencias en las posturas con respecto a temas como la agricultura y la subvención a sus productos, por parte de la Unión Europea a través de su conocida Política Agraria Común (PAC), y por la renuencia a liberalizar el sector de los servicios y la tecnología por parte del Mercosur, dio paso a que se produjera un *impasse* entre ambas regiones y se paralizase el proceso de negociación en 2004, poniendo como condicionante para su reactivación la concreción de la Ronda de Doha, en el marco de la OMC, en la que se negocia la liberalización del comercio a nivel mundial.

La autora hace un repaso de los elementos endógenos y exógenos del Mercosur que han podido derivar en el estancamiento de las negociaciones inter-regionales, así como también examina los posibles derroteros de la relación bi-regional. Dado que el libro se publicó el 2009, no analiza la Cumbre ALC-UE de Madrid de mayo de 2010, en la que precisamente se reabrió la negociación entre la UE y el Mercosur, con visos a tener mayores elementos de concreción de un Acuerdo para fines de este año, cumpliéndose de esta forma uno de los escenarios posibles que se establecían en el apartado relativo a los desafíos del proceso de negociación de la obra que analizamos.

La Unión Europea basa sus relaciones inter-regionales con América Latina en «tres pilares», a saber, diálogo político, cooperación al desarrollo y el pilar comercial. Si bien el aspecto económico-comercial ha representado desde sus inicios un aspecto duro de abordar con el Mercosur, no lo han sido los otros dos aspectos de la relación, que han quedado virtualmente concluidos, a pesar de esto, la autora estima que un futuro Acuerdo de Asociación UE-Mercosur debería abordar un diálogo político más amplio que el acordado entre ambos procesos en el marco de la II Cumbre ALC-UE de 2002, en la que se dejaron fuera algunos aspectos importantes como el desarrollo social, la cohesión social y la eliminación de la pobreza. Con respecto al pilar de la cooperación al desarrollo, se señala que la UE es el principal donante de ayuda al Mercosur y que en palabras de la autora: «La UE constituye un actor internacional único para ayudar en el fortalecimiento de la integración regional del Mercosur».

En el capítulo V de la obra, se abarcan las relaciones entre la UE y la Comunidad Andina de Naciones (CAN), grupo regional integrado actualmente por cuatro países andinos: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Las relaciones con la CAN se enmarcan dentro de lo que se ha venido a conocer como *acuerdos OMC-plus,* que son acuerdos entre países desarrollados con *partenaires* en vías de desarrollo, en un esquema típico de cooperación económica

norte-sur. Estos acuerdos no significan una ganancia en términos económicos para los países desarrollados, ya que el porcentaje de comercio interregional es mínimo con respecto al peso total de su balanza comercial. El interés con los países andinos se expresa más bien en términos de reducción de producción y tráfico de droga, en concreto de cocaína.

El proceso de integración andino es uno de los más antiguos en América Latina, ya que nació como el *Pacto Andino* en 1969, y a pesar de su largo recorrido no ha logrado alcanzar niveles de supranacionalidad necesarios para profundizar en su integración. Es por tanto, como afirma la autora: «uno de los procesos de integración más necesitado de una renovación interna». Algunas de las razones que se esgrimen para justificar la desunión andina son las negociaciones bilaterales asumidas por Colombia y Perú con Estados Unidos, firmando ambos países Tratados de Libre Comercio (TLC) con el coloso del Norte, o las divisiones entre estos dos países con Ecuador y Bolivia (con este último país especialmente) en las negociaciones del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea. En cualquier caso no hay que perder de vista que la CAN es y ha sido uno de los mejores interlocutores con la UE.

La relación de la UE y la CAN data desde los inicios del proceso andino, ya que la región sudamericana se sirvió del modelo de la entonces Comunidad Económica Europea (CEE), llegando a desarrollarse entre ambos grupos fuertes lazos a través de la cooperación al desarrollo, también y en razón de la política de la Comunidad Europea hacia el tráfico de drogas y como alternativa a la política represiva de Estados Unidos, se estableció un trato preferencial a través del instrumento del Sistema de Preferencias Generalizadas (SPG), en su variante SPG-drogas. En cuanto al aspecto del *diálogo político* las dos regiones firmaron la *Declaración de Roma* en 1996, estableciendo un Foro de diálogo político a nivel presidencial y de ministros de exteriores. El marco jurídico de las relaciones entre la UE y CAN se remonta a 1983, y el libro hace un recorrido de la evolución de las relaciones hasta el estado actual de lo que la autora ha denominado como un «Acuerdo de Asociación inter-regional cojo», ya que en referencia a los tres pilares o tres patas, en el caso de la CAN solo existen el de cooperación al desarrollo y el de diálogo político, faltando la «pata» comercial. En la VI Cumbre ALC-UE se ha llegado finalmente a un acuerdo que implica el ámbito comercial, pero no a nivel Comunidad Andina, sino solamente a nivel «multipartes» con Colombia y Perú, dejando a Bolivia fuera del Acuerdo y a Ecuador con visos de adherirse a las negociaciones posteriormente.

En el quinto capítulo, se explican las relaciones con Centroamérica, que a través del Sistema de Integración Centroamericano (SICA) integra a cinco países: Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Centroamérica ha sido objeto de un especial interés de la Unión Europea, ya que como hemos mencionado, desde el *Diálogo de San José* los gobiernos europeos han visto en esta subregión una punta de lanza de su acercamiento con América Latina. Además del apoyo al proceso de pacificación de la región, la UE ha jugado un papel importante en alentar la *integra-*

ción regional económica. Centroamérica se debate entre una presencia inexorable de Estados Unidos en todos los ámbitos de la vida económica de sus países, y una tendencia hacia la integración que data desde la independencia de la Colonia. El acercamiento de la Unión Europea ha sido considerado tradicionalmente como una ayuda en este esfuerzo.

Un problema de la integración centroamericana, que por otro lado no es atributo único del SICA, es el excesivo *intergubernamentalismo* que existe, restando cabida a un proceso de institucionalización que idealmente debería tender hacia una estructura *supranacional*, como es el caso en la Unión Europea. La autora señala que una de las notas características del proceso centroamericano es la profunda impronta que ha dejado el ejemplo integracionista europeo. Los dos procesos surten como efecto de una serie de guerras intestinas, que permite a su vez la creación de una identidad basada en la tolerancia, el respeto y la validez de lo múltiple. Otra nota característica de las relaciones bi-regionales, son los acuerdos del Sistema de Preferencias Generalizadas ampliadas (SPG-plus), una evolución del SPG-drogas, mencionado anteriormente. En este marco se permite la importación libre de aranceles a ciertos productos centroamericanos al mercado de la Unión, pero dejando fuera los productos agrícolas clave como el banano o el café, que representan gran parte de la producción centroamericana. No obstante, tras una resolución de la Unión Europea de finales del 2009, se ha concedido la baja de aranceles al banano, lo que afecta positivamente a las regiones exportadoras de esta fruta en América Latina, esto es, los países centroamericanos y algunos países andinos como Ecuador.

Con todo, la relación entre Europa y la región centroamericana es una de las más desarrolladas y en la obra que aquí reseñamos se explica en detalle en qué consiste el contenido de la relación en «pilares» de la UE. El diálogo político a pesar de haber sido el cemento de la relación bi-regional durante los años ochenta, posteriormente fue perdiendo fuerza en razón de que el tema controvertido de las exportaciones del banano se convirtieron en un elemento recurrente de disputas. La creación de un Foro Comercial entre Centroamérica y la UE de alguna forma alivió el problema al separar las discusiones meramente políticas de las comerciales. Un aspecto importante relativo al diálogo político de la UE con la región fue la respuesta comunitaria a la crisis en Honduras, tras el golpe de Estado protagonizado a mediados del 2009. El aspecto de cooperación al desarrollo se remarca que la mayor parte de la ayuda europea está dirigida hacia el fortalecimiento institucional de la integración centroamericana, diseñada velando por los criterios diseñados en el acuerdo de *Esquípulas I*, en el cual los Presidentes y Jefes de Estado centroamericanos definieron cuáles deberían ser los sectores de apoyo de la cooperación internacional. La región representa en términos *per cápita* la mayor receptora de cooperación al desarrollo de América Latina.

Recientemente, en la Cumbre ALC-UE de Madrid de 2010, la UE ha llegado a concretar un Acuerdo de Asociación con el SICA, el primero de su clase ya que es un acuerdo inter-regional entre bloques de integración, tras

la solución al tema largamente postergado del banano. De esta forma se ha demostrando que la vocación integracionista de ambos lados del Atlántico es fuerte y que la larga relación de diálogo y de cooperación se ve ahora complementada por una relación comercial más fluida, que esperamos redunde en el beneficio mutuo de ambas regiones.

En conclusión el libro señala que la *globalización* representa un desafío al cual los países han decidido enfrentar mediante una doble estrategia, integrase en grupos regionales, es decir optar por el *regionalismo*, y crear relaciones entre sus respectivos grupos con otros procesos de integración, es decir optar por el *inter-regionalismo.* La autora expresa su convicción de que el *inter-regionalismo puro* es la mejor alternativa a un mundo tri-polar que significa al presente Estados Unidos-Unión Europea-China, además puede potenciar la voz de los países en vías de desarrollo y deshacer por una vez las diferencias entre Norte y Sur. El *regionalismo* y el *inter-regionalismo* también representan una alternativa a la vía multilateralista, que al presente se encuentra estancada, en la reforma todavía pendiente del Sistema de Naciones Unidas, en particular del Consejo de Seguridad, y en la liberalización internacional del Comercio, en el seno de la Ronda de Doha de la OMC.

En suma, el libro nos parece una aportación importante al amplio bagaje de literatura académica que existe alrededor de las relaciones entre América Latina y la Unión Europea, ya que aborda el tema enfocado desde el regionalismo, y el papel de los procesos de integración en dicha relación. Como ha demostrado ampliamente la autora, el fenómeno de construir procesos regionales es el camino ineludible asumido por casi todos los países en el mundo. Sumado al buen repaso del marco teórico y político del regionalismo, encontramos en esta obra un aporte especializado de las relaciones entre la UE y la CAN, el Mercosur y Centroamérica, lo que hace que la misma sea a la vez un libro apropiado para quienes desean conocer las relaciones bi-regionales, y una referencia imprescindible para los estudiosos de las relaciones entre el Viejo Continente y América Latina.

Ángel L. Sanz Pérez★

Müller, Fiedrich y Villacorta Mancebo, Luis-Quintín: *Postpositivismo*

Ed. Tratamiento Gráfico del Documento, Santander 2009, 224 pp.

Friedrich MÜLLER es un autor reconocido y conocido por cualquiera que se adentre en el mundo del Derecho constitucional y en el de la interpretación jurídica. Muy valiosos, entre su vasta obra, son sus *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional (fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico)*, *Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts,* una de sus pocas obras traducidas al español. *Postpositivismo* es el último libro de MÜLLER que aparece en castellano y lo hace junto con L. VILLACORTA. Desprende un conjunto de muy valiosas enseñanzas para el jurista: porque de la pluma de los autores se exponen las más sólidas ideas del completo pensamiento filosófico y jurídico de MÜLLER y su Escuela. La realidad del postpositivismo y su imposición como método interpretativo lleva a reflexionar al lector, de la mano de los autores, acerca de las evidentes imperfecciones de métodos más tradicionales y aparentemente más simples. Por la versatilidad de su contenido y la riqueza de sus ideas, el destinatario de la lectura puede ser tanto el estudiante, como el jurista algo más experimentado, que encontrarán tanto la descripción concreta del proceso interpretativo, como la insuficiencia de la interpretación tradicional. La personalidad y el significado de MÜLLER trascienden las del jurista tradicional y abarca aspectos multidisciplinares que tienen un efecto conformador en su teoría. De la relevancia del autor da idea la traducción a más de diez idiomas de parte de su extensa obra, consagrada a la elaboración de la *Teoría estructurante del Derecho como Teoría postpositivista de la metodología jurídica,* que busca una ética que obligue al compromiso con el Estado social y democrático, y que obligue también a encontrar una solución justa cotidiana.

★ Letrado del Parlamento de Cantabria. Profesor Asociado del Derecho Constitucional de la Universidad de Cantabria.

El trabajo de L. VILLACORTA es cuidado y consigue hacernos llegar, para su compresión y asimilación, la obra, compleja y completa, del autor alemán. Es evidente que, en esta ocasión, la labor del profesor español va mucho más allá de una mera labor de traducción. Es un libro de indudable interés, en el que se describe la labor del operador jurídico, y se teoriza sobre la necesidad de una convicción ética que debe presidir el trabajo jurídico. Para explicar la construcción de F. MÜLLER aparecen de un modo sucesivo los nombres de ADORNO, ESSER, DUBISCHAR o GADAMER. Todo para exponer con claridad las contradicciones del positivismo, y la necesidad de actualizar al máximo la comprensión/interpretación, evitando caer en el formalismo que niega al Derecho el contacto (necesario) con la Realidad.

El libro se divide en cuatro partes, cada una de ellas completada por una nota bibliográfica. Es, además, de una lectura sencilla con una notable maquetación y edición. La Primera parte es obra de L. VILLACORTA MANCEBO quien, de forma preliminar, expone la tesis y los pilares básicos de la *Teoría Estructurante*. La Segunda parte es el trabajo de F. MÜLLER «Tesis acerca de la estructura de la norma jurídica», en: *Revista Española de Derecho Constitucional,* 1989, pp. 111 y ss, traducida por el propio Profesor VILLACORTA. La Tercera es el trabajo «Positivismo», por F. MÜLLER (Traducción de L. VILLACORTA MANCEBO), «Positivismus», en *Ergänzbares Lexikon des Rechts*, ed. de Norbert Achterberg, Darmstadt, Neuwued, 1986, 2/400. Finalmente, la última parte de la obra es obra DE F. MÜLLER «Unidad del ordenamiento jurídico», en: *Ergänzbares Lexikon des Rechts*, ed. de Norbert Achterberg, Darmstadt, Neuwued, 1986, 2/80. La última parte del libro también es traducción del profesor L. VILLACORTA MANCEBO.

I. PRELIMINAR

La primera parte del libro que se recensiona, está desarrollada enteramente por el profesor VILLACORTA, y en esta Preliminar aborda la *Teoría Estructurante del Derecho*, explicada como clara reacción hacia el modelo de interpretación desarrollado a través de los principios del método positivista. Constituye una introducción necesaria para comprender en toda su magnitud la segunda mitad del libro, compuesto por los tres referidos trabajos de MÜLLER. Reflexiona el profesor VILLACORTA acerca de las posibilidades y el alcance real de la *Teoría estructurante*. El propio Friedrich MÜLLER indica que la teoría positivista más tradicional entiende el «Derecho en cuanto poder objetivo y como ser independiente de la realidad, de igual modo que los números, los árboles o las casas». Pero las cosas para el jurista (y esta es la primera enseñanza de los autores) no son tan fáciles (¿o difíciles?). No hay puros hechos, ni normas puras desgajadas o apartadas de la realidad y empecinarse en que existe conducen a una «mala metafísica estrictamente mental», por recordar las palabras de MÜLLER. La *Teoría* de MÜLLER es una clara reacción contra

ese positivismo «rancio» que se considera, a sí mismo, capaz de proporcionar una voluntad jurídica única y limpia, objetiva y calculable.

Sin embargo, la interpretación significa, como se esfuerzan en exponer los autores, un enriquecimiento progresivo determinado por la fuerza de los hechos. Antes del caso que debe resolverse *(ante casum)* no hay norma. Si acaso, aclaran, un juicio previo «hipotético». No obstante, debe huirse, advierte el autor, de las simplificaciones excesivas, porque caben y hay muchas corrientes y múltiples opciones. Pero para la hermeneútica sólo puede comprenderse la Norma mediante la aplicación y su puesta en relación con el caso a resolver. El autor lo explica así: «si se quiere entender qué significa en la actualidad una determinada institución, se debe comprender, desde luego, qué es y ha sido exactamente la misma, o tener al menos una idea de cómo se ha desarrollado, y saber en qué consistió en un momento histórico concreto: una imagen total con un punto de partida de aprehensión global para concluir en un punto de llegada que es también global».

Lo que sucede es que la interpretación no es sólo un medio para lograr la comprensión, sino que se interpreta en la norma. Ello no supone dudar de la función de ordenación que tiene la Norma, «como representación existente de una voluntad normativa estable, independientemente de su aplicación». Por su lado, el error de los métodos interpretativos tradicionales es la aplicación de los conceptos modernos de ciencia y de método, «originariamente surgidos de las pretensiones de las Ciencias naturales, sin tener en cuenta las distintas "finalidades" planteadas en ambos tipos de conocimiento». Y es que estos métodos no son aplicables a las Ciencias sociales sin más. Con aquellos métodos exclusivamente, las denominadas Ciencias del espíritu olvidan (aunque lo necesiten) la vida social y el carácter inacabado de las mismas. Es evidente que la causalidad en la Naturaleza es diferente a la causalidad en la vida social y en las Ciencias del Espíritu. Y éstas se olvidan, a menudo, que una norma está inscrita en unos parámetros de espacio-tiempo que han de presidir las labores del intérprete. Y que la Norma no es ajena a la Realidad. El Derecho sería, así, Cultura y Ciencia del Espíritu. Y, por todo ello, Martín KRIELE se refería (como explica el autor) al método jurídico como «doctrina artística». El Derecho aparece entendido como arte y como creación. Y en definitiva, cada interpretación jurídica remite a un «horizonte de comprensión» que excede claramente la norma escrita. De modo que la labor del juez es labor de reconocimiento del sentido actual de la norma.

En este contexto, se vislumbra una premisa importante: la interpretación jurídica, nadie puede dudarlo, se sitúa en un contexto histórico, social y objetivo. Y las soluciones al problema que se le plantea al intérprete «no se pueden extraer de un modo definitivo, y a través de operaciones puramente lógicas, ni de la ley general ni de un canon más o menos abstracto de reglas de interpretación». Por ello la interpretación jurídica se orienta por el resultado, por la experiencia y el intento por llegar a una capacidad de consensuar y averiguar una solución. Así, interpretación, precomprensión (por supuesto, no sólo individual) y solución están unidos, de forma el texto legal que va a

ser interpretado, interesa como «soluciones inteligentes» para resolver el caso. La actividad del intérprete se mueve hacia la elección de un general consenso para obtener una decisión razonable. Lo cierto es que a todos se nos ocurren «precomprensiones» en torno a la labor de interpretación. En torno a ella operan y basculan «infraestructuras» como las denomina el autor, que condicionan la función interpretativa. De este modo, la aplicación/decisión del Derecho se acerca a los casos y a los textos que deben ser interpretados. Con todos estos elementos, la interpretación procede de un modo selectivo, pues se destacan y acentúan la influencia de las ideas finales sobre la resolución. No debe olvidarse el intérprete que «trabaja con un entendimiento previo selectivo, incluso a la hora de analizar el fondo de modelos de regulación y de normativas existentes». Así, el entendimiento previo de Justicia se basa en el lenguaje y se orienta por un objetivo ordenador supraindividual, más allá de lo objetivo y de lo puramente individual. Y es esta precomprensión de Justicia, la principal de las que condicionan la interpretación.

Aunque F. MÜLLER construye su metodología estructurante como método válido para todo el universo jurídico, se desenvuelve de modo especialmente claro en el ámbito del Derecho constitucional. Cualquier operador del Derecho Constitucional sabe que surgen problemas interpretativos diariamente y que no pueden ser resueltos con la metodología positivista clásica de la subsunción. De este modo el Derecho constitucional es particularmente sensible «por cuanto evidencia ser el área jurídica más dependiente de la Realidad». Como el lector se puede imaginar de una forma sencilla, este presupuesto aleja a la *Teoría Estructurante del Derecho* del formalismo kelseniano que hacía de la Constitución pura forma y solo creación jurídica. Así, la nueva *Teoría* propone un «cambio hacia un paradigma sustancial, orientándose ahora al reencuentro de Derecho y Realidad en el Derecho constitucional».

La *Teoría* no importa Métodos interpretativos de otras Ramas del conocimiento. Se reivindica la autonomía de la Ciencia del Derecho como «Ciencia de la Decisión». «De igual forma a la sucedido en Theodor Adorno, el método más que depender del ideal metodológico lo hace de la cosa», puntualiza L. VILLACORTA. Por tanto, el método, está unido al objeto concreto de investigación. Para la *Teoría Estructurante*, la razón de los significados en el Derecho no reside en unas formas objetivas y previas, sino en el «uso práctico» extraído de la realidad, que convierte al trabajo del jurista en una labor creativa y que suprime la diferencia entre Norma y aplicación de la Norma. La *Teoría Estructurante* no crea Derecho, ni aplica Derecho, lo «extrae» mediante la progresiva concreción de la Norma. Para ello, se utilizan los elementos tradicionales (los del artículo 2 de nuestro CC), y de un modo principal los elementos de interpretación de la Constitución, elementos del ámbito de la Norma o, entre otros, «elementos de Política del Derecho y de Política Constitucional». Por tanto, se hace evidente y se reclama la necesidad de una intervención activa del operador.

Y el resultado de la operación interpretativa ha de ser comprensible «en cada uno de los momentos constitutivos de ese proceso», como explica el

autor. Pero el peligro por caer en el relativismo debe evitarse, y por ello F. MÜLLER defiende que el operador debe colocarse en lo que él denomina «la necesidad de una ética científica y práctica a través del combate a favor del Estado social y democrático de Derecho, como obligación impuesta por el Derecho positivo». El criterio último de razonamiento jurídico es ético y no lógico ni formal. Tiene, pues, razón MÜLLER en que esta labor creativa no puede alejar a la Norma de los presupuestos de legitimidad defendidos y asumibles.

En cualquier caso, como aclara el profesor VILLACORTA, la *Teoría Estructurante* busca la estabilidad de los procedimientos de la interpretación jurídica desde «una reflexión de la generación del Derecho en el sentido de un "análisis de la estructura de la Norma Jurídica como Norma de decisión"». La metódica jurídica debe ser fundamentada por medio de una teoría del Derecho: «pero no por una teoría "sobre" el Derecho que es, sino a partir de una teoría "del" Derecho que dice ser, por una teoría de la Norma Jurídica en los términos referidos; circularidad que comporta siempre una referencia o intencionalidad de tres elementos: las "normas", los "hechos" y el "intérprete"». Se señala aquí una conexión íntima entre el programa y el ámbito de la norma. Por ello se debe concluir con el autor, que «programa y ámbito de la Norma se generan y conjugan envueltos en la mediación del lenguaje, esto es, destaca el papel del lenguaje y los argumentos en el estudio y empleo de los métodos jurídicos de trabajo, como nexo conjuntivo de un enfoque interdisciplinario y cooperativo; ninguno de los dos son, por consiguiente, algo dado "cósicamente"». Para la *Teoría*, el programa de la Norma ha de diferenciarse de su texto. El texto es sólo la «potencialidad» y es promulgado para ser trabajado en el marco del modelo estructurado de concretización. Esto significa que un mismo texto normativo se rescribe cada vez que se interpreta, y el programa normativo es el resultado del proceso de atribución de sentido a un texto. Este texto no vive disperso, no es hueco ni aislado en el mundo, sino que se integra en la realidad social.

Lo que se plantea en el trabajo, seguidamente, es la complejidad del trabajo del intérprete. El intérprete, el trabajador del Derecho debe partir de un estado de hechos existente en la realidad, y actuar conforme a un conjunto de estadios que el autor resume y enumera con rigor. En un primer momento, el operador selecciona las normas que piensa puedan ser aplicables de entre el *corpus* de textos vigentes. Esta primera selección es el límite extremo de la «generación posible del Derecho». En un segundo momento, se fijan las hipótesis que se han fijado como pertinentes para realizar la primera selección. Desde este punto, el «trabajador del Derecho» estrecha los ámbitos materiales del caso y los delimita. Pero la interpretación relevante a efectos de la decisión no se da en el texto legal, pues la solución jurídica tiene su conclusión en los tribunales. Friedrich MÜLLER lo señalaba con claridad: «no es que la norma jurídica provenga del texto de la Norma, sino que aquélla se ha de medir conforme a él». Y ello constituye también una de las claras premisas de la *Teoría*. La responsabilidad de los tribunales se ensancha y se relativiza, a su vez, la autonomía del Juez respecto a la Ley.

Ha de tenerse presente que el texto legal, considerado en su frialdad aislada, no tiene normatividad «pues ésta es justamente dinamismo, proceso y el lenguaje no es normativo por sí mismo sino que se le imprime fuerza normativa por los agentes del lenguaje». La normatividad no es la simple producción y elaboración de textos pues es, como se ha dicho, un proceso; y es un proceso «estructurado» (puntualiza el autor) por la realidad subyacente, que ordena la realidad. El trabajo de lograr lo que se denomina «programa de la Norma» se realiza a través de una labor de interpretación realizada mediante el trabajo con elementos lingüísticos, y mediante la aplicación de todos los medios reconocidos en lo referente a los métodos. En este punto F. MÜLLER (nos explica L. VILLACORTA) recurre al «círculo hermenéutico» que «emplea el lenguaje y la letra como medios». Y es que, como recuerdan los autores, el tenor literal, la letra de la Ley, es un elemento de la interpretación, pero sólo uno. A nadie se le debería escapar el uso habitual, casi ritual de «materiales legales, de manuales didácticos, de comentarios y estudios monográficos, de precedentes y de materiales de Derecho comparado», por recordar alguno de los citados por el autor. «La actividad jurídica es actividad con textos» sentencia MÜLLER. Y eso es una realidad inobjetivable. Esta forma de operar funciona (obviamente) de un modo receptivo, pero también (de forma igualmente obvia) es una fórmula productiva de trabajo.

El intérprete, por tanto, se sitúa como parte de una comunidad jurídica propia, en la que priman y coexisten textos y «frases convertidas en objetivas, efectivamente pronunciadas o escritas». Sin duda, el intérprete está integrado en una «comunidad lingüística históricamente evolucionada», de modo que en el lenguaje se puede encontrar la «experiencia de la verdad». Y la precomprensión moldea y condiciona el resultado. Pero MÜLLER enriquece el sentido de la precomprensión, pues, a su juicio, la precompresión excede de lo jurídico y «se toma también de la propia realidad y, expresado más exactamente, del lenguaje y de los fondos existentes de conocimiento que el lenguaje encierra implícitamente».

Con toda esta amalgama de materias, el ámbito de la norma se va fijando por el «trabajador del Derecho» en el momento en el que el programa de la Norma se fija a la realidad del caso. A lo largo de este proceso se crea la «Norma de decisión». Es decir, el ámbito de la Norma se concreta a partir de una selección «del ámbito material» con ayuda del ámbito normativo. Como recuerda el autor, para definir el trabajo jurídico, es preciso analizar elementos específicos del ámbito de la Norma y, con «ayuda del programa normativo escoger... la masa parcial de los hechos, de realidad social, que tomados en su estructura fundamental sustentan conjuntamente la Norma Jurídica general y la Norma de decisión». Pero los conceptos cambian para la *Teoría estructurante* y, por ejemplo, por ámbito normativo se entiende una parte integrante de estructura de la Norma Jurídica, y que no está separada de la Norma.

En definitiva, se puede defender que el sistema hermenéutico tendría un doble carácter con este precipitado de material, pues trata de seleccionar la interpretación jurídica para diferenciar hechos jurídicamente relevantes y los

que no lo son. Y además, esta apertura obliga a asumir un cambio social «en el marco de una expectativa de homogeneidad» al deber aplicarse en una Sociedad democrática. En este ámbito, como demuestra el autor, el trabajador del Derecho efectúa una labor claramente constructiva pues construye y elabora la Norma abstracta y general, que «ha de formarse» por la cooperación de «programa» y «ámbito» de la Norma. Por eso la vigencia de la norma «pasa» por los trabajadores del Derecho pues, en cierta forma, la Norma jurídica es formada por el jurista y es una realidad en proceso. La norma no se limita pasivamente a recibir el objeto que debe ser interpretado, sino que «contribuye a crearlo con motivo de cada decisión». La vigencia sólo se produciría si, previamente, se ha incorporado la estructura real de la cosa.

En definitiva, como concluye el Luis VILLACORTA esta parte del libro, la Norma Jurídica es un producto. Como cada supuesto, cada caso necesita una nueva producción, un nuevo proceso, otro trabajo del trabajador del Derecho. La interpretación, por eso, desplaza el sentido de lo normativo. Y por ello la interpretación y la aplicación no se convierten en operaciones autónomas, pues ambas son la misma cosa.

Para finalizar, y como señala el autor de esta parte, encontrar las influencias recibidas por MÜLLER no es fácil: «la principal fuente de inspiración es él mismo, lógicamente». Pero se puede vislumbrar un punto de arranque en varias cuestiones de Lugwig WIGENSTEIN o de Nicolai HARTMAN. Además, siendo GADAMER uno de los iniciadores de la filosofía hermenéutica moderna debe inferirse que hay una conexión entre el propio GADAMER y MÜLLER. Con aquél comparte la revitalización del concepto hegeliano de mediación, o su desconfianza ante la filosofía del sujeto trascendental. A su vez, detrás de GADAMER se puede encontrar a Martín HEIDEGGER (con quien el autor comparte el concepto de entendimiento previo, que enlazaría con la idea de «estar proyectado») y Edmund HUSSERL que representan una ruptura con las los planteamientos formalistas neokantianos. Y como puntualiza el autor MÜLLER «en el plano más estrictamente jurídico, por lo referido a su magisterio, a nuestro juicio depende más de Josef ESSER que de Konrad HESSE». Y aunque presente diferencias con todos ellos, no cabe dudar que les une a todos ellos una cierta consideración de la función social de la interpretación jurídica.

II. TESIS ACERCA DE LA ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICA

Escribía L. VILLACORTA MANCEBO en 1989, cuando se publicó por vez primera este estudio en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, que «F. MÜLLER es, en expresión feliz de Dieter SHUR, la conciencia "metodológico contemporánea". El presente artículo puede considerarse una expresión abreviada, y en buena manera anticipada, de su cuerpo doctrinal. Por esta razón, no obstante los años transcurridos desde la publicación inicial (1970),

parece ahora de interés ofrecer la versión castellana de algunas de las tesis del autor». Lo mismo se puede suscribir ahora, en 2010, en relación con esta interesante parte de la obra del autor, cuya comprensión se afronta mejor desde el estudio de la primera parte del libro.

Expone el autor que la construcción de las normas jurídicas ha sido examinada desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, pero nunca como un problema de aplicación del Derecho. Como se ha dicho, la Realidad es ignorada en el proceso de elaboración de la norma para la teoría más tradicional, y por ello su aplicación no es parte constitutiva de la ella, pues la Realidad no se integra en la misma. Es en la esfera del Derecho Constitucional en donde se «toma conciencia» de la cuestión en torno al Derecho normante y la realidad normada, aunque sea un dato común con el resto del ordenamiento. Y en este momento aparece la Hermenéutica, entendida como un concepto técnico que realiza el examen «de las condiciones esenciales bajo las cuales se lleva a cabo la interpretación jurídica».

Afirma el autor que la aplicación, en la interpretación jurídica, de los criterios manejados por las Ciencias Naturales produce una «generalización insostenible», pues implica una esquematización excesiva para que el objeto que hay que investigar se convierta en tal. Sin embargo, no se puede ignorar que Derecho y Realidad se compenetran intensamente, y que el objeto de la Ciencia del Derecho debe ser averiguar cómo actúan los elementos de la realidad social en la conformación del Derecho. En esta Ciencia, la objetividad absoluta desaparece, y reaparece una necesidad de racionalidad en la aplicación-creación de la norma. Ello constituye una crítica frontal a la teoría de Hans KELSEN, como ya se analiza en la primera parte del libro. Para KELSEN, Norma y Realidad, como se sabe, coexisten sin relacionarse entre sí, como universos paralelos. Para MÜLLER, la norma no es una abstracción que expresa el deber ser, sino que tiene un trasfondo material evidente. Así, afirma el autor que «el estudio de la práctica jurídica demuestra que las interpretaciones gramatical y sistemática, por ejemplo, están obligadas a traspasar de distintas maneras los límites del texto normativo y su contexto». Es, sobre todo, una superación de la teoría de SAVIGNY, si bien no hay que olvidar que estas reglas de la interpretación no se elaboraron sobre la base del Derecho Constitucional. En este sector del ordenamiento, las normas no son «juicios hipotéticos logificados», pues su interpretación requiere la aplicación de la realidad que es objeto de la misma norma. La relación entre Derecho y Realidad es entendible y asimilable, y sólo puede ser explicada mediante la investigación de las condiciones de la realización del Derecho. Aquí el contenido sociológico es constitutivo de la Realidad y por esa incapacidad de explicar de un modo coherente y completo la función normativa de la Realidad, no merecen una consideración positiva la Sociología jurídica y Técnica de la decisión jurídica, la Crítica ideológica o la Fenomenología del Derecho de LEIBHOLZ.

La estructura propia del Derecho constitucional motiva que la lógica jurídico-formal no sea el método más adecuado para interpretar adecuadamente sus normas. Y eso es así porque las normas de Derecho constitucional no se

apoyan en ninguna de rango superior y, además, es el sector del ordenamiento que organiza la sociedad en su conjunto. Esto implica que sus normas sean preceptos abiertos, con una amplitud y dinámica que no existen en otros sectores del ordenamiento jurídico. Y, por ello, las normas constitucionales no pueden ser interpretadas conforme los criterios del «Derecho civil y del penal», o del Derecho administrativo, pues cada sector usa métodos interpretativos propios, sin validez universal. El Derecho constitucional tiene unas evidentes exigencias de obligatoriedad, mayores quizá que en otros sectores del ordenamiento y, por ello, «es aún más necesario atenerse a la primacía de la vinculación a la Norma por concretar». En general, la aplicación de los criterios de la interpretación filosófica al mundo del Derecho tropieza con dificultades insalvables, en donde la interpretación está sometida a unas condiciones de publicidad que son inevitables, y que no se producen en otros ámbitos.

Este planteamiento de relación entre Realidad y Derecho es útil, afirma el autor, para analizar de un modo amplio la jurisprudencia. En la segunda parte de este artículo el autor pone de relieve que, en la numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán tiene una gran importancia un número de «factores normativos adicionales», no expresos en la norma, aunque sean incluidos en decisiones del Tribunal que se revistan de formalidad jurídica. El autor cita varios factores, como «desde soslayar en forma motivada el tenor literal del precepto, hasta introducir directamente el contexto de las deducciones determinantes para el caso de hechos y estructuras politológicas, económico-sociales, sociológicos, estadísticos y otros». Tras el análisis de la cuestión, el autor expone seguidamente las siguientes, que vienen a ser un compendio de su pensamiento:

1. Derecho y Realidad no son entidades independientes entre sí. «Lo que en el terreno jurídico actúa normativamente, se manifiesta en cada caso particular gracias a la acción combinada de diferentes perspectivas». Estos elementos de la Realidad son parte de la Norma en tanto se integran dentro de lo normativo y constituyen parte de la regulación jurídica.
2. Los Tribunales que tratan de normativo al «ámbito de la norma» no realizan un procedimiento de metodología sociológica, ni un método que no sea jurídico. Es más, este planteamiento no podría realizarse por los métodos tradicionales de SAVIGNY quien, además, prescindió del denominado «método sociológico». No se explica bien el conjunto de hechos afectados por la Norma y que vienen a conformar lo que se entiende por programa normativo. Por su lado, la «conexión» de elementos estructurales extraídos de la realidad social expresa un «ámbito normativo».
3. Los elementos materiales sólo se integran en el ámbito normativo cuando concretan la Norma para un caso determinado. La Norma Jurídica es entendida así, «como modelo de ordenamiento marcado por su materia».

4. Estos «puntos de vista auxiliares» se añaden a los métodos tradicionales y plantean problemas diferentes según el área jurídica en el que se planteen. Estas diferencias se basan en la independencia material de los diferentes tipos de ámbitos normativos que predominen. En algunos casos, el «ámbito normativo» desaparece o se atenúa, sobre todo cuando se trata de normas de procedimientos, organización y competencias. Por el contrario, en el marco constitucional el ámbito normativo es mucho más numeroso (y más interesante, cabría añadir), que permite ser descubierto mediante el estudio de la jurisprudencia constitucional.
5. En Derecho constitucional debe mantenerse el efecto «clarificador y estabilizador» del tenor literal de la Norma, aspecto fundamental del Estado de Derecho. El texto fija y marca los límites externos en el significado: más allá de esos límites no debe moverse el trabajo del intérprete.
6. Los conceptos «ámbito material», «ámbito normativo» y «programa normativo» sólo ofrecen nuevos puntos de vista auxiliares utilizados de forma constante por la jurisprudencia constitucional y que pueden resultar de utilidad en otros campos, como el Derecho administrativo.

III. POSITIVISMO

El tercer artículo del libro se centra en el estudio del positivismo y su evolución, desde que el término fuera acuñado por A. COMTE. Como es sabido, el positivismo trata de explicar todo el saber humano mediante una metodología empírica exacta. Analiza el autor seguidamente el origen del positivismo y su aplicación al ámbito del Derecho, que es un punto de vista que el autor denomina «positivismo de la validez del Derecho» y que se impone desde el mediados del siglo XIX.

La cuestión central es en qué ha de consistir la positividad del Derecho y distingue entre un positivismo psicológico, un positivismo sociológico y un positivismo estatista, que sitúa el positivismo del Derecho en lo legislado. Para el positivismo el Derecho es idéntico a las leyes estatales, con lo que (para esta versión del positivismo) el Derecho carece de toda referencia ética. De nuevo aparece la ajustada crítica a Hans KELSEN, quien fue un ejemplo claro de esta visión del Derecho: «cualquier contenido puede ser Derecho», afirmaba. Y es más, esta postura es mayoritaria hoy día.

El positivismo, explica el profesor F. MÜLLER, concibe la codificación como un sistema cerrado «al que se debe proporcionar unidad» exenta de contradicciones. Así, todos los casos jurídicos deben resolverse mediante una subsunción silogística. Los conceptos jurídicos debían proporcionar un «número redondo» de axiomas: las normas existentes se pueden destilar mediante principios y conceptos científicos. Pero, como advierte el autor, este sistema cerrado, axiomático, sólo puede ser manejado de modo formalista

«desatendiendo sus premisas y funciones históricas y políticas». En efecto, la explicación de esta corriente filosófica se sitúa en torno a unos parámetros espacio-temporales, pues se centró en conservar una determinada forma monárquico-conservadora y responde a una forma de entender el Estado.

Para el positivismo, las circunstancias sociales que han contribuido a la construcción de la norma carecen de interés, pues las normas no son realidades sociales. Sin embargo, la duda del profesor MÜLLER es evidente pues «nadie se percataba que con ello sólo se abarcaban textos normativos, únicamente datos lingüísticos, pero no normas». Pero no ha faltado la crítica al positivismo, como la que procedía desde la Jurisprudencia libre y desde la Jurisprudencia de intereses, que es certera pero limitada, al centrarse sólo en los detalles

De un modo más profundo, el autor detalla que pretender sólo encontrar la solución a un problema jurídico mediante la vía de una subsunción de unos hechos bajo una premisa mayor, es producto de considerar y confundir la Norma con su Texto. Concluye, por ello, el autor que la pregunta por la función de la Realidad en el Derecho no se resuelve eliminando la pregunta, pues Norma es una estructura compuesta por el programa normativo (datos lingüísticos) y de la cantidad de datos básicos (ámbito normativo) conformes con el programa normativo. Para finalizar el artículo, el autor apunta la única solución: recuperar todo lo que ha perdido el positivismo, impidiendo que la norma quede reducida a su mero texto, de modo que quede completado por la Realidad.

IV. UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La última de las partes que componen el libro analiza el concepto de unidad del ordenamiento jurídico. Este concepto tiene un significado muy inseguro y poco claro, pues puede ser utilizado como característica del sistema jurídico o como unidad del «conocimiento científico».

De nuevo el punto de partida ha de ser el positivismo y sus insuficiencias. El positivismo procede de un modo axiomático, y pretende construir un sistema riguroso de conocimiento previo, que responde a unos principios y reglas fijas. Todo ha de ser ordenado y anticipado mediante normas. Concluye el autor en esta parte que «la idea de una legislación exhaustiva, el optimismo social de una época de Derecho racional, se basaba ingenuamente tanto en conceptos de coherencia e integridad como en la ausencia de contradicciones internas». Los conceptos jurídicos elaborados por el positivismo se presentan como un *numerus clausus* y se presentan a sí mismos como solucionadores de todos los problemas jurídicos planteables al intérprete: nunca hay contradicciones ni presentan lagunas.

Pero el autor expone que el positivismo se engaña a sí mismo por una ficción de unidad del ordenamiento. Y se engaña porque confunde los conceptos de «integridad», «coherencia», «ausencia de lagunas» y, sobre todo,

«unidad» con la positividad del sistema jurídico. Por ello es preciso la diferenciación ente Norma Jurídica y Texto de la Norma, y eso aclararía la idea de Derecho vigente y supondría el abandono de pretender tratar el ordenamiento como una unidad.

La cuestión del concepto de unidad también se produce en el marco de la Constitución. El origen de la teoría de la unidad de la Constitución se sitúa en la República de Weimar y la dogmática de la época. Recuerda el autor que para SMEND la Constitución atendía a la totalidad del Estado y a todo su proceso de integración. Por su lado, para Hans KELSEN la unidad del Estado sólo puede ser fundamentada desde el punto de vista normativo y se basa en la unidad del ordenamiento compuesto de normas que no se contradigan. Carl SCHMITT, por su parte, señaló la deficiencia del sistema que se limitaba al mandato positivista aislado. Sin embargo, la «voluntad decisionista existente, que no se desea más que a sí misma, atropella cualquier normatividad materialmente vinculada a unos hechos». No obstante, la crítica a este planteamiento es evidente, y ha de hacerse desde la base del Estado Democrático y del Estado de Derecho.

A pesar de ser la tesis seguida por el Tribunal Constitucional Federal, o el Tribunal Federal Supremo el autor defiende una visión crítica de la unidad de la Constitución. Afirma el autor que la Ley Fundamental tiene lagunas y presenta contradicciones, igual que cualquier texto constitucional, podría añadirse: no es una unidad perfecta, ni un sistema. Sin embargo, la Constitución presenta una integridad y rigor en su texto, sin que haya jerarquía alguna entre preceptos constitucionales. La Constitución sí tiene una unidad de «rango jerárquico de las fuentes del Derecho y... unidad de estructura normativa». No obstante, todas estas características se presentan como consecuencia de la naturaleza escrita de la Constitución, y no como algo interno del texto final, ni como una característica del sistema.

Y es que, como concluye el autor, todas las cuestiones sobre la unidad de la Constitución se explican mediante las características que proporcionan su positividad y ello vale para los tipos como los de «unidad documental, unidad del rango jerárquico de las fuentes, así como de la estructura normativa de la Constitución». Por todo ello, la unidad de la Constitución puede ser abandonada tanto como hecho dado o como meta inspiradora de la práctica interpretativa. En definitiva, la unidad de la Constitución no es sino un axioma, desprovisto de valor y realidad jurídica.

Ángeles González Escudero★

García-Escudero Márquez, Piedad: *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿Hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*

Civitas, Madrid, 2010, 216 pp.

La exigencia del artículo 9.3 de la Constitución relativa a la seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (STC 46/1990, FJ 4.º).

Siendo el Derecho un instrumento capaz de reglamentar la vida social, creado por y para las personas, es evidente que su eficacia real queda condicionada por la capacidad que el mismo tenga en darse a conocer y de ser comprendido por sus destinatarios. A la hora de legislar, no sólo es importante la idea, sino también la redacción del proyecto. JENNINGS lo resume con toda claridad cuando afirma que una cosa es decir lo que se ha de hacer, y otra muy distinta es ponerlo en forma adecuada; este *ponerlo en forma adecuada* no es sino en lo que consiste la técnica legislativa, la cual es, desde BENTHAM, el *arte de redactar las leyes* de forma clara y eficaz, es decir, el acto por el que se da expresión al contenido de la ley, de forma tal, *que conduce, en el máximo grado posible, a la obtención de los fines que el legislador persigue*.

Así concebida, la técnica normativa se concreta, en la práctica, en la exigencia de que el ordenamiento jurídico esté integrado por normas de calidad[1]; sin ellas, la ley se convierte en irracional al fracasar como acto de comunicación, en tanto que no es comprendida por los ciudadanos a los que se dirige; con normas de calidad, en cambio, el ordenamiento jurídico aparece como un todo coherente y comprensible, útil, en definitiva, para que el Derecho cumpla la función ordenadora que le es propia.

★ Letrada de las Cortes Generales.

[1] Las normas deben superar un estándar mínimo de calidad; responder a unas exigencias jurídicas básicas como son la seguridad jurídica y la eficacia; la ley tiene que ser accesible, concisa y precisa, *STEDH caso The Sunday Times vs Reino Unido, de 24 de abril de 1979.*

Las cuestiones de técnica legislativa son, por lo anterior, el reflejo de una preocupación generalizada por la necesaria cercanía y claridad del Derecho; preocupación que ha estado presente desde el origen mismo del pensamiento jurídico [2].

La obra que ahora analizamos, viene a sumarse a la preocupación antigua y reciente por la calidad de las leyes. No es la primera aportación de Piedad GARCÍA-ESCUDERO en esta materia; recuérdese un artículo publicado en esta misma revista [3], en el que el acercamiento a la técnica legislativa, esencialmente descriptivo, se hacía a partir del estudio de las Directrices de Técnica Normativa, contenidas en la *Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa* (BOE de 29 de julio de 2005).

Ahora, el objetivo es más ambicioso, y la calidad de las leyes es el punto de partida desde el que la autora defiende la conexión existente entre la técnica normativa y el principio de seguridad jurídica, y se muestra favorable a que el Tribunal Constitucional se implique activamente en la tarea de mejorar la calidad del ordenamiento jurídico, lo cual pasa necesariamente por superar una arraigada jurisprudencia constitucional por la que, si bien la técnica legislativa es un instrumento al servicio de la seguridad jurídica (STC 46/1990), sin embargo, el control de constitucionalidad no lo es de la calidad técnica de las leyes.

Sobre esta base, la obra de Piedad GARCÍA-ESCUDERO se organiza en cuatro grandes apartados: una breve introducción; un segundo capítulo en el que se analiza la vinculación existente entre la técnica normativa y el principio de seguridad jurídica a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional; un tercer apartado, que es el eje de la obra, en el que se proponen los distintos supuestos en que su juicio cabría por parte del Alto Tribunal un control de

---

[2] La problemática acerca de cómo mejorar las leyes, la encontramos ya en las obras de PLATÓN, ARISTÓTELES, CICERÓN o SANTO TOMÁS, y en el conjunto de los autores iusnaturalistas del siglo XVII. Pero será en el siglo XVIII, siglo de las luces y siglo también de las leyes, las cuales se convierten en fuente prioritaria del Derecho y en garantía de las libertades ciudadanas, cuando la técnica normativa adquiere entidad propia como una preocupación consciente acerca de la calidad de la Ley, necesaria para garantizar eficazmente la seguridad jurídica. VOLTAIRE, BENTHAM y MONTESQUIEU son los grandes exponentes de la época. La codificación decimonónica no hace sino profundizar en el tema de la técnica normativa, introduciendo la variable de la sistematización del ordenamiento jurídico. Desde entonces, la técnica normativa tiene un doble contenido: conjunto de recursos y procedimientos para que la norma esté suficientemente justificada, y sea clara, sencilla y accesible; y garantía de unidad, coherencia y sistematicidad del ordenamiento jurídico, como conjunto integrado, superador del concepto de norma jurídica aislada. En la actualidad, existe una preocupación generalizada por la técnica legislativa, tanto a nivel doctrinal, como positivo y jurisprudencial: los trabajos del grupo GRETEL, la actividad de los Letrados de las Cortes Generales y de las Asambleas Autonómicas, y las obras doctrinales *(justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas,* de GARCÍA DE ENTERRÍA; *de la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad; una crónica sobre el proceso, al parecer imparable, de degradación de la Ley*, de Tomás Ramón FERNÁNDEZ; *el lenguaje y la ley*, de Francisco LAPORTA; *la calidad de la ley según la jurisprudencia del TEDH*, de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO; *las disposiciones reguladoras de la técnica legislativa en la Unión Europea,* de PASCUA MATEO; y un largo etcétera), son buena prueba de ello.

[3] «Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid,* ISSN 1575-5312, núm. 13, 2005, pp. 121-164.

constitucionalidad de la calidad de la Ley; para terminar la obra con una breve conclusión.

Como ya hemos apuntado, el motor de la obra que ahora comentamos es el principio de seguridad jurídica. La intención se observa desde el título mismo: *técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia un control constitucional de la calidad de las leyes?;* y desde este momento, y a lo largo de todo el libro, la seguridad jurídica es el hilo conductor que explica tanto la necesidad de que el ordenamiento jurídico se integre por normas de calidad, como que, más allá de las meras declaraciones de intenciones, es imperativo que un órgano como el Tribunal Constitucional asuma como tarea propia una posición de garante de tal calidad.

En este sentido, la aproximación que la autora hace a la técnica normativa nos parece muy acertada puesto que, al margen de cuestiones estéticas que justifican una cuidada tarea de creación normativa, lo que la técnica legislativa pone en jaque es precisamente la seguridad jurídica. Una seguridad jurídica que es un principio constitucional básico, consagrado como tal en el artículo 9.3 de nuestra Constitución, y que el Tribunal Constitucional ha puesto en el centro de su Jurisprudencia. En ella, la vinculación entre este principio y la técnica normativa es evidente en un doble sentido: por un lado, la técnica legislativa ha sido definida por el Tribunal Constitucional como un instrumento al servicio de la seguridad jurídica, cuyo objeto es detectar los problemas que la realización del ordenamiento jurídico plantea y formular las directrices para su solución; y por otro lado, la seguridad jurídica se resume por el Tribunal Constitucional en tres ideas fundamentales: certeza del ordenamiento jurídico aplicable y de los intereses tutelados, expectativa de cuál va a ser la actuación del poder público en la aplicación del derecho, y claridad del legislador (SSTC 27/1981, 104/2000, 83/2005). Certeza, expectativa y claridad son elementos que una técnica normativa depurada puede proporcionar al ordenamiento jurídico, y es en este punto donde la técnica legislativa y la seguridad jurídica se conectan.

Dicho esto, es importante recordar, como lo hace la propia GARCÍA-ESCUDERO, tanto que la técnica legislativa se mueve fuera del campo del Derecho y dentro del de las buenas prácticas, y que sus principios no son normas jurídicas y carecen de sanción, como que esta técnica normativa adquiere una dimensión netamente jurídica cuando se contempla a la luz del principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución.

En este marco, la autora se propone un doble objetivo: analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de técnica normativa, y sobre todo, identificar aquellos defectos de técnica normativa que, por atentar directamente contra el principio de seguridad jurídica, debieran ser objeto de consideración por el Alto Tribunal, en el sentido de que una ley pudiera ser declarada inconstitucional atendiendo a cuestiones de técnica normativa, cuando, al no alcanzar un determinado nivel de calidad técnica, el resultado fuese contrario a la seguridad jurídica.

Centrada la cuestión, el segundo capítulo del libro entra directamente en materia, realizando una panorámica general de la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la técnica legislativa y la seguridad jurídica.

Del análisis de la jurisprudencia constitucional se extrae una conclusión clara: es evidente la conexión existente entre seguridad jurídica y técnica normativa, pero esta conexión no es suficiente para el Tribunal Constitucional, que al no considerarse juez de la calidad técnica de las leyes, se limita a advertir que determinadas prácticas legislativas podrían desembocar en la declaración de inconstitucionalidad de una ley, por generar un alto grado de incertidumbre y confusión en el destinatario de la misma. Esto no obstante, el Tribunal Constitucional no se ha decidido a llevar esta jurisprudencia hasta sus últimas consecuencias, y por el contrario exige un análisis caso por caso, que casi nunca le ha llevado a declarar la inconstitucionalidad de una ley por defectos de técnica normativa.

El capítulo se cierra con un recorrido por la casuística jurisprudencia constitucional, distinguiendo entre los defectos de técnica normativa que el Tribunal Constitucional ha considerado irrelevantes para el principio de seguridad jurídica, y los que no. La primera categoría es, sin duda, la más numerosa; para el Tribunal Constitucional, aunque supongan un claro ejemplo de mala técnica legislativa, no son relevantes a efectos constitucionales, entre otros, los siguientes supuestos: los preceptos ininteligibles (STC 37/1981), la calificación errónea de un precepto como disposición transitoria (STC 225/1998), el carácter tautológico del precepto (STC 118/1996), las omisiones (STC 150/1990), las normas intrusas (STC 76/1992) o la reproducción de preceptos constitucionales (STC 15/1989).

La amplitud de los supuestos de defectos de técnica normativa irrelevantes a efectos constitucionales, contrasta con la dificultad con la que se encuentra la autora para encontrar deficiencias de estricta técnica legislativa que hayan supuesto la declaración de inconstitucionalidad de una norma. En concreto, la categoría de defectos relevantes se subdivide en dos: defectos relevantes por su conexión con otros preceptos constitucionales (tipicidad en materia penal, certeza en las leyes de limitación de los derechos fundamentales, contenido material de la Ley de Presupuestos, desarrollo de la legislación básica estatal, o remisiones autonómicas a leyes estatales), y defectos de técnica legislativa relevantes, ahora sí, para la seguridad jurídica; en este último escalón, la autora sólo encuentra una Sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 46/1990, en la que se reconoce, como motivo de inconstitucionalidad, no único, pero sí determinante, *el complicadísimo juego de remisiones* que contenían las leyes impugnadas, que resultaba contrario a la seguridad jurídica, y por ende inconstitucional.

En definitiva, los defectos de técnica legislativa son en general insuficientes, a juicio del Tribunal Constitucional, para provocar la declaración de inconstitucionalidad de una ley; esta inconstitucionalidad sólo se declara cuando el principio de seguridad jurídica se vulnera junto con otros preceptos de la Constitución, y sólo encontramos un pronunciamiento, el contenido en la

ya citada STC 46/1990, en el que la inconstitucionalidad viene determinada por la vulneración del principio de seguridad jurídica provocada por falta de claridad del derecho.

Esta actitud del Tribunal Constitucional resulta criticable, a juicio de GARCÍA-ESCUDERO, en tanto que nos lleva a un callejón sin salida, ya que, sin un Tribunal Constitucional implicado en la tarea de mejorar la calidad de la ley, se convierte en vano todo esfuerzo por mejorarla efectivamente.

Es evidente, tal y como se observa en el libro, que no todo defecto de técnica normativa tiene entidad suficiente como para justificar la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Pero en no pocas ocasiones, *«la deficiente calidad de las leyes y la cada vez mayor complejidad y confusión del ordenamiento, vulneran el principio de seguridad jurídica»,* en forma tal, que debiera ser apreciada por el Tribunal Constitucional.

Llegados a este punto, la situación, para GARCÍA-ESCUDERO, puede resumirse en tres ideas fundamentales: un problema de defectuosa técnica normativa puede convertirse en un problema de inseguridad jurídica, que en cuanto tal vicia a la norma de inconstitucionalidad; la complejidad del ordenamiento jurídico lesiona la seguridad jurídica en su aspecto subjetivo, es decir, en términos de previsibilidad; y la degradación técnica de las leyes afecta a la seguridad jurídica en su aspecto objetivo, es decir, en términos de certeza y claridad.

Sentados estos principios, el grueso fundamental de esta obra lo compone un análisis detallado de los supuestos concretos que, a juicio de la autora, podrían llevar a un control de constitucionalidad de la calidad de la ley. En concreto, tomando como base los cinco ejes fundamentales de la técnica normativa (título y rango de la ley, homogeneidad en el contenido de la ley, lenguaje de la ley, inserción de la ley en el ordenamiento, y evaluación legislativa), se van desgranando los casos en que, por defectos graves de técnica normativa, sería conveniente realizar un control jurídico de la constitucionalidad.

En relación con el título y el rango de la ley, el posible control por parte del Tribunal Constitucional se justifica en los siguientes términos: el título identifica el objeto de la ley, y la individualiza y distingue; forma parte de su contenido, es objeto de enmienda, debate y votación, y sirve para interpretar la ley y citarla. Regulado por las Directrices de técnica legislativa, la STC 173/1998 lo excluye del contenido normativo de la ley, razón por la cual queda al margen del control de constitucionalidad. Esta decisión del Alto Tribunal, entendible quizá en muchos casos, es más cuestionable en otros supuestos; en la obra se citan dos ejemplos significativos: la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que sólo es orgánica por tener tal rango tres disposiciones adicionales, y las normas intrusas y las leyes ómnibus, que aparte de incurrir en otros defectos de técnica normativa, en ellas el título *«no refleja, ni puede reflejar, su contenido»*.

Otro de los elementos en los que la autora centra sus propuestas es la homogeneidad en el contenido de la ley, que es un principio fundamental en

materia de técnica legislativa. Sin embargo, más allá de la mera declaración del principio, en la práctica no existe un obligación real de respetarlo desde el momento en que, como es bien sabido, la homogeneidad en el contenido de la ley no se exige en relación con las iniciativas legislativas (a excepción de la popular), ni en relación con las enmiendas (recuérdese que no existe entre nosotros un concepto material de enmienda que permita diferenciarla de las proposiciones de ley desde el punto de vista de su contenido). Esta situación, criticada por la autora, puede evitarse siguiendo los modelos implantados en otros sistemas de derecho comparado, como el del *principle or relevancy* británico, el *lien* francés o el *sachzusammenhang* alemán, sin olvidar tampoco los casos de Grecia, Colombia o Ecuador; entre nosotros, el Reglamento del Parlamento de Cataluña recoge expresamente el principio de congruencia respecto de las enmiendas de modificación y adición.

Un tercer elemento determinante de la técnica normativa que debería tenerse en cuenta la hora de hacerse el control de constitucionalidad es el relativo al lenguaje de la Ley, ya que, tal y como dijera BENTHAM, *las palabras de la ley deben pesarse como diamantes*. Para nuestra autora también es evidente la importancia del lenguaje: *una correcta redacción*, dice, *es la puerta de entrada al contenido de las normas*. Y así, siguiendo las más básicas exigencias de técnica normativa, en la ley, la redacción debe ser clara, sencilla, precisa y coherente, evitando los errores de puntuación, gramaticales y sintácticos, así como los extranjerismos, los neologismos y los términos técnicos. Sin duda, muchos de los defectos derivados de un mal uso del lenguaje no son lo suficientemente relevantes como para justificar la declaración de inconstitucionalidad de una ley, sino tan solo aquéllos que, tal y como GARCÍA-ESCUDERO deduce *a contrario* de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, generan incertidumbre jurídica, al no ser fácilmente comprensibles e inteligibles.

Un largo apartado se ocupa de analizar las cuestiones relativas a la inserción de la ley en el ordenamiento. Con ello se da el salto a una dimensión de la técnica normativa, que va más allá de la ley individualmente considerada y que tiene en cuenta la homogeneidad del conjunto del ordenamiento jurídico [4]. En este marco, la obra que ahora comentamos es un claro ejemplo del sentir general de la doctrina, no sólo española, acerca del crecimiento desmedido de la producción legislativa: numerosas normas con rango de ley y todavía más numerosas normas reglamentarias, que hacen difícil la vigencia efectiva de los artículos 9.1 CE *(los poderes públicos y los ciudadanos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico)* y 6.1 Ccv, de acuerdo con el cual, la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento.

Esto no obstante, sólo en supuestos muy extremos va el Tribunal Constitucional a entender que se está vulnerando el principio de seguridad jurídica, primándose en el resto de los casos, la libertad del legislador. Así, por ejemplo,

---

[4] Recuérdese que en la actualidad SAINZ MORENO define la técnica normativa como aquella rama de la *ciencia de la legislación*, cuyo objeto consiste en optimizar la producción normativa, garantizando, no sólo la buena redacción de las leyes, sino también la unidad y la coherencia del OJ.

no parece posible que el Tribunal Constitucional entre a valorar la decisión del legislador sobre la oportunidad política de regular o no una determinada materia. Coincide en este punto la autora con la jurisprudencia constitucional, al señalar que los cuestionarios previos son un instrumento útil pero meramente informativo y orientador, y añade que, en todo caso, el control por el Alto Tribunal deberá hacerse sobre el resultado final, es decir, sobre la ley.

Más exigente resulta ser el Tribunal Constitucional cuando de la publicidad de la Ley se trata. El principio de publicidad, dice, es inherente al de seguridad jurídica (SSTC 104/2000 y 235/2000) y constituye una garantía básica del ordenamiento jurídico; y para que este principio no se incumpla, se requiere que la ley sea objeto de publicación en el Boletín Oficial correspondiente, de forma inmediata, completa y exacta. Dos supuestos plantean problemas: las leyes de presupuestos, que no se publican en su integridad, y las anulaciones por el Tribunal Constitucional y las modificaciones o derogaciones legislativas, que no dan lugar a la publicación del texto consolidado. En relación con el primero de ellos, existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional (STC 3/2003), en los que se estima el recurso por violación del artículo 9.3 CE. En el segundo caso, convenimos con la autora en que sería tal vez *«excesivo que el Tribunal declarara la inconstitucionalidad por la falta de claridad en el ordenamiento que introduce la falta de publicación de los textos consolidados»*.

La adecuada publicidad de las correcciones de errores es también un elemento importante a tener en cuenta. A diferencia de lo que ocurre habitualmente, coincidimos con la autora en que las correcciones debieran limitarse a las erratas, quedando excluidas aquellas revisiones que alteren la voluntad original del legislador. En este marco, toda corrección de errores que supere este umbral, debería ser declarada inconstitucional por razones de procedimiento.

La entrada en vigor debe también cumplir determinados requisitos para no vulnerar la seguridad jurídica; especialmente deberá especificarse la duración de la *vacatio legis*. Además es necesario que el régimen transitorio y la posible retroactividad de la norma queden convenientemente delimitados. El Tribunal Constitucional es especialmente exigente en relación con la normativa tributaria, desarrollando una doctrina que para nuestra autora podría ampliarse a otros ámbitos, puesto que no es sólo en el tributario en el que debe garantizarse la *confianza de los ciudadanos* en el sistema jurídico.

Esta necesidad de confianza es predicable también cuando de los efectos de la derogación y la modificación de las leyes se habla. En materia de derogación, son convenientes las derogaciones expresas. Las fórmulas genéricas no parecen ya suficientes, si tenemos en cuenta los avances tecnológicos, y sobre todo el crecimiento espectacular de la producción legislativa; un crecimiento que sólo puede ser asumible si, como contrapunto, existe una depurada técnica normativa que, por la vía de identificar exactamente las normas que quedan derogadas, permita incrementar la seguridad jurídica. La modificación legislativa, por su parte, puede también vulnerar la seguridad jurídica

porque, en última instancia, la modificación de las leyes favorece la inestabilidad del sistema jurídico. Por ello, es necesario que las modificaciones legislativas respeten unos estándares mínimos, enunciados en las directrices de técnica normativa. Sin embargo, como bien puntualiza GARCÍA-ESCUDERO, coincidiendo con ello con la generalidad de la doctrina, no suele ser inhabitual el incumplimiento de aquellos estándares. El caso más flagrante es el de las leyes ómnibus, siendo la más reciente la Ley 25/2009, de modificación de diversas leyes (48 en total) para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio. Frente a estas leyes, que el Tribunal Constitucional no se decide a sancionar, la presente obra nos propone, más allá de la de evitar esta forma de legislar, algunas soluciones: exigir la publicación de textos consolidados, fomentar la técnica de la refundición de textos, o impulsar la codificación.

El último punto se refiere a la evaluación legislativa, que es aquella que, frente a los cuestionarios previos a la ley y a las directrices que rigen en el momento de su redacción, *«se sitúa en la fase aplicativa de la ley»,* formando parte también *«de una visión amplia de la técnica legislativa»*. Se recurre de nuevo al derecho comparado (Suiza, Reino Unido o Alemania), para reclamar la institucionalización de las técnicas de evaluación legislativa, por la vía de la creación de órganos específicos, encargados exclusivamente de esta tarea, y ubicados bien en la Administración Pública o en el Parlamento, así como para proponer diversos mecanismos informativos a través de los cuales se estableciera un canal adicional de comunicación entre las Cortes y el Gobierno, que permitiera evaluar la eficacia material de una ley. Del resultado de la evaluación, sólo en casos muy puntuales podría derivarse la inconstitucionalidad de una ley; en concreto en aquellos supuestos en que, aplicando la doctrina constitucional en materia de seguridad jurídica, la libre decisión política del legislador en relación con una materia concreta, encerrase en realidad un mero voluntarismo, carente de toda justificación razonable.

La obra se cierra con una breve conclusión que condensa las ideas fundamentales expuestas con anterioridad, de las que se deduce una reivindicación clara: elevar la calidad de nuestro ordenamiento jurídico. Y es que la calidad de las leyes no es una cuestión baladí; tres grandes figuras del pensamiento político la defendieron en el pasado [5], y hoy, como ya hemos venido reiterando, es una demanda común entre la doctrina más cualificada.

Sin embargo, el logro efectivo de tal calidad resulta en la práctica bastante complicado. La vía más eficaz para conseguir leyes de calidad podría ser, como se propone, la de su exigencia jurídica, cosa que podría lograrse si el

[5] Para BENTHAM, las leyes son palabras, y en tanto que de aquéllas dependen nuestras libertades, en las normas jurídicas, las palabras de la ley deben pesarse como diamantes, porque la incertidumbre sobre el significado de las palabras genera inseguridad jurídica; VOLTAIRE llegó a afirmar que el legislador debe procurar que la legislación sea clara uniforme y precisa, porque interpretar la ley es tanto como corromperla; y para MONTESQUIEU las leyes deben redactarse en un estilo conciso, porque la expresión directa se entiende mejor que la redundante; las leyes no son arte de lógica, sino el argumento sencillo de un padre de familia; y es esencial que las palabras de la ley susciten las mismas ideas en todos los hombres.

Tribunal Constitucional asumiera como propio el control constitucional de la calidad de las leyes.

Es verdad que esta opción no puede ser absoluta; es importante no olvidar que cuando el Tribunal Constitucional dice que no es juez de la calidad de las leyes, no lo dice por decir. Por todos es sabido que el papel del Alto Tribunal, al enjuiciar los productos del legislador, comporta un límite importante al principio democrático, y por ello el Tribunal debe ser cauto a la hora de anular una ley. En este marco, son muchos los defectos de técnica normativa que carecen de entidad suficiente como para provocar por si solos la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Pero con ello no se quiere decir que tales defectos, por no tener relevancia constitucional, estén justificados, ni que deba relajarse la crítica a su presencia en muchas de nuestras leyes. En este sentido compartimos la cierta desazón que se observa en la obra, por el estrecho margen de actuación de los Letrados de las Cortes, cuya labor en materia de técnica legislativa no siempre es atendida durante la tramitación parlamentaria de las iniciativas legislativas.

A mayor abundamiento, la hipertrofia legislativa que hoy sufrimos, causada en gran medida por la falta de una técnica normativa adecuada, plantea problemas concretos, en cuya solución debiera implicarse toda la comunidad jurídica, incluido en primer término el Tribunal Constitucional, que, llegado el caso, ante vulneraciones graves del principio de seguridad jurídica por defectos en la estructura, contenido y lenguaje de las leyes, debería declarar su inconstitucionalidad.

Para terminar lo hacemos citando el párrafo que cierra la obra hasta aquí comentada: *«es posible que el ambiente jurídico no esté todavía maduro para que se realice un control constitucional de la calidad de la ley y de la coherencia del ordenamiento. Pretendemos, no obstante, contribuir a la creación de un estado de opinión en este sentido y aportar algunas ideas para que el principio de seguridad jurídica no sea una falacia en un ordenamiento oscuro, caracterizado por la dispersión normativa y plagado de leyes ómnibus y normas intrusas»*. A nuestro juicio, este extracto resume con total claridad el estado de la cuestión: falta, por parte de quienes tienen capacidad para modificar el estado de las cosas, una voluntad firme para acabar con una larga lista de defectos de técnica normativa que devalúan nuestro ordenamiento jurídico en términos de certidumbre y seguridad. La doctrina, en cambio, eleva constantemente su voz en contra de las que se consideran malas prácticas desde el punto de vista de la técnica legislativa y, en este marco la obra comentada es un claro y contundente ejemplo al respecto.

Carmen Sánchez-Abarca Gornals★

Wouters, Jan; Verhey, Luc; y Kiiver, Philipp (eds.): *European Constitutionalism Beyond Lisbon*

Ed. Intersentia, julio 2009, 306 pp.

Esta obra colectiva ofrece, a lo largo de sus trece capítulos, una visión amplia y actualizada de la situación actual de la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Las distintas reflexiones giran en torno a cuatro temas principales: los tratados y su reforma; los derechos humanos y la política social europea; la democracia y el control político; y el futuro del constitucionalismo político, ocupando cada uno de ellos una de las partes en las que se estructura el contenido de la obra. Las interpretaciones corren a cargo de especialistas en la materia, académicos en su mayoría, si bien también intervienen jueces, funcionarios o políticos. En todo caso, y como corresponde a una obra coral, el resultado es heterogéneo, rico en enfoques que invitan a la reflexión sobre el dinamismo del constitucionalismo europeo antes y, sobre todo, después del Tratado de Lisboa.

En el prólogo, el que fuera Vicepresidente de la Convención sobre el futuro de Europa, Jean Luc DEHAENE, presenta los antecedentes históricos del momento actual sobre el que se centra la obra. Desde el proyecto de Altiero SPINELLI, votado en el Parlamento Europeo en 1984 hasta la Declaración de Laeken en 2001, la simplificación y reorganización de los Tratados comunitarios ha sido un tema omnipresente en el Derecho constitucional europeo. En el origen de esta idea se encuentra el Informe del Grupo de Sabios presentado en octubre de 1999 a Romano PRODI, entonces Presidente de la Comisión, donde se proponía un texto básico, que habría de ser ratificado por los Estados miembros, y una serie de textos básicos de desarrollo, que adoptarían la forma de derecho comunitario derivado, aprobándose por el procedimiento legislativo ordinario. Sobre esta base, la Comisión europea encargó al Centro de Estudios Avanzados «Robert Schuman» de Florencia la tarea de reorganizar los tratados. La propuesta del citado Centro fue la división de los

★ Letrada de las Cortes Generales.

Tratados en un Tratado básico de la Unión Europea, complementario a la Carta Europea de Derechos Humanos, por un lado, y una versión consolidada del Tratado de la Comunidad Europea, por otro. Sin embargo, la Declaración de Laeken fue más allá, proponiendo el ambicioso objetivo de «refundar Europa», así como otras novedades de calado: la personalidad jurídica de la Unión; la supresión de la estructura de los tres pilares; la definición de los poderes y competencias de la UE; el establecimiento de la co-decisión como procedimiento legislativo ordinario; la extensión del método comunitario a los temas de justicia y seguridad; y la coordinación de la política exterior y de defensa, entre otros. Sin embargo, en este momento entra en escena el hecho que condicionará en mayor medida esta evolución: el resultado negativo en los referéndums francés y holandés sobre el Tratado Constitucional, celebrados en 2005. El impasse creado por estos acontecimientos encontró su punto final durante la Presidencia alemana y la Conferencia intergubernamental de 2008, que plantearon una nueva reforma de los Tratados comunitarios, ya sin carácter constitucional. El resultado final, que diferencia entre el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, si bien suprime los artículos simbólicos de carácter constitucional, podría considerarse como tal, según Dehaene y un gran número de autores, algunos de los cuales participan así mismo en esta obra colectiva.

La obra se centra en lo que sus editores, J. Wouters, L. Verhey y P. Kiiver, califican de una «década dramática de constitucionalismo político», desde la Declaración de Laeken de 2001, hasta el referéndum irlandés sobre el Tratado de Lisboa de 2008. El rechazo del Tratado Constitucional por Francia y Países Bajos en la primavera de 2005, momento clave presente en varios de los capítulos, presenta de una manera clara la distancia que separa a las élites europeas, favorables a una integración europea progresiva, de una opinión pública cada vez más euro escéptica.

El Tratado de Lisboa, ya en vigor, está sin embargo sujeto a debate en múltiples puntos, como por ejemplo la fusión de los tres pilares; el papel de la UE en política migratoria y social; la protección de los derechos fundamentales en el Derecho de la UE; la responsabilidad democrática o el papel de los Parlamentos nacionales en la toma de decisiones. Y por encima de todos ellos, se discute el propio carácter constitucional de la Unión Europea. En este debate, juega un importante papel el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que ha afirmado, desde sus inicios, las diferencias entre el Derecho comunitario y el Derecho Internacional Público. Los fundamentos del orden constitucional comunitario fueron establecidos ya en los años 60, con las doctrinas de efecto directo y supremacía, pero no fue hasta 1986, en el caso *Les Verts*, cuando el TJUE apoyó expresamente una visión constitucional del Tratado de la Comunidad Europea. Más tarde, tras un periodo de omisión del concepto en la jurisprudencia comunitaria —para evitar interferir con el trabajo de los «constituyentes»—, el carácter constitucional de los Tratados reaparece en el caso *Kadi and Al Barakaat*. El Tratado de Lisboa cierra un capítulo de esta evolución, pero se mantiene en todo caso la conti-

nuidad del proceso de integración europea, y sobre esta premisa se desarrollan los distintos capítulos de la obra.

La Parte I, dedicada a los Tratados y los Referéndums, comienza con el análisis que J. ZILLER realiza de las circunstancias que rodearon el referéndum francés del 29 de mayo de 2005. Señala el autor que, si bien en anteriores ocasiones el resultado negativo en un referéndum no fue óbice para que un Estado miembro ratificase un Tratado comunitario [1], los factores comunes que permitieron remontar estos resultados negativos, como el miedo al aislamiento de los socios europeos, o los esfuerzos por ratificar el Tratado de los Gobiernos de los Estados miembros, no se dieron en Francia en 2005. Presenta el autor un interesante recorrido histórico por las decisiones en temas europeos de líderes como De Gaulle, Pompidou, Mitterand o Chirac, subrayando lo que califica de «déjà vus» característicos de la política francesa. A diferencia de la alemana o italiana, la clase política francesa no está plenamente convencida de la necesidad de un esfuerzo continuado de integración europea. Esta actitud, unida a la denuncia del carácter excesivamente favorable al libre mercado del Tratado Constitucional, conduciría en última instancia al triunfo de la idea del «mini-Tratado» impulsada por el Presidente Sarkozy. Sin embargo, el autor refuta esta idea, presentando el paralelismo entre el Tratado Constitucional y cada una de las partes del Tratado de la UE y el Tratado de Funcionamiento de la UE. El resultado final es matizado tanto por cambios en el lenguaje (e.j.: el Ministro de Asuntos Exteriores de la UE pasa a denominarse Alto Representante de la UE para Asuntos de Exterior y Política de Seguridad); como por la gran cantidad de Protocolos y Declaraciones que acompañan al texto y que reflejan, en definitiva, el recelo de los Estados miembros ante la UE.

Continuando el análisis desde el enfoque de ciencia política, P. BURSENS y M. MEIJER presentan en el siguiente artículo un exhaustivo estudio del referéndum holandés, comparando su resultado negativo con el positivo del referéndum luxemburgués. Parten de la teoría general aplicada a este tipo de referéndums y elecciones europeas, que los caracterizaría por tratar temas bien poco conocidos por la opinión pública, bien de escasa relevancia para los votantes, rasgos que permitirían definirlos como «votaciones de segundo orden». En cualquier caso, la participación sería escasa, y los votantes atenderían con frecuencia a razones de política nacional a la hora de determinar su voto. Esta teoría no sería aplicable sin embargo a los referéndums europeos, que son vistos como más importantes que las elecciones europeas y cuentan con una mayor participación. La clave está por tanto en el tema que se plantea en el referéndum, en la posición del partido político en relación con sus votantes, el beneficio que haya supuesto históricamente la UE para el Estado miembro en cuestión, y la campaña que se realice con carácter previo a la votación.

---

[1] Como ocurrió en el referéndum danés de 1992, cuyo resultado fue contrario a la ratificación del Tratado de Maastricht; o el referéndum irlandés de 2001 en contra del Tratado de Niza.

En el caso de Países Bajos y Luxemburgo, dos países con características similares en su historia europea, común desde 1952, sus intereses comerciales y su alto apoyo a la Unión Europea, la clave residiría en la campaña realizada en Luxemburgo, respaldada personalmente por el Primer Ministro Juncker y apoyado el referéndum por todos los partidos, frente a la complejidad del panorama político holandés del momento, donde el referéndum no fue decisión de un Gobierno falto de apoyos, sino impuesto por una élite política y condicionado por la desconfianza de la opinión pública ante la UE. En definitiva, puede concluirse que los factores domésticos son especialmente importantes para entender el resultado de cada referéndum, y que no se puede simplemente clasificar las votaciones como de primer o segundo orden.

En la Parte II, dedicada a los derechos humanos y la política social, J. VAN DER VELDE presenta una perspectiva histórica de la protección de los derechos humanos en la UE. La firma del Tratado Constitucional, el 29 de octubre de 2004, supuso un hito al incluir por primera vez en la historia de la UE un catálogo de derechos humanos en un Tratado comunitario. Esta protección se concretaba en tres niveles: los principios constitucionales y las tradiciones de los Estados miembros; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; y la Carta Europea de Derechos Humanos. En el Tratado de Lisboa, por el contrario, la Carta Europea de Derechos Humanos no se incluye en el propio texto del Tratado, sino que mantiene una existencia separada, si bien según el artículo 6.1 del TUE, tendrá la misma eficacia jurídica que los Tratados [2], sin añadir nuevas competencias a la UE. En efecto, los Estados miembros siempre han sido reacios a la existencia de un texto legal que recoja derechos humanos para la Unión, dado que su interpretación y aplicación podrían crear nuevas competencias para las instituciones de la UE. Por ello, la citada cláusula limitativa intenta evitar una aplicación jurisprudencial expansiva de la Carta Europea de Derechos Humanos, en la línea del concepto de «obligaciones positivas» acuñado por el TJUE. En definitiva, la adaptación de los derechos humanos en la UE no implica una total aceptación de los derechos humanos recogidos en el Derecho internacional moderno. En la Carta Europea de Derechos Humanos, los Estados miembros de la UE han aceptado nuevos derechos, pero han evitado su interpretación jurisprudencial evolutiva o expansiva. El TJUE debe por tanto encontrar un equilibrio entre esa posibilidad y la primacía del Derecho comunitario. VAN DER VELDE considera, en esta línea, que la UE podría haber previsto la adhesión a otros Tratados de derechos humanos, como los relativos a la protección de menores o refugiados, para demostrar así el compromiso de la UE con los derechos humanos.

El enfoque del tema relativo a los derechos humanos y la política social se detiene en la contribución de M. C. FOBLETS en el análisis de la política

[2] La aplicación de la Carta Europea de Derechos Humanos es limitada en el Reino Unido y Polonia, donde un Protocolo regula las condiciones de aplicación.

europea de inmigración y, en especial, en el estatus de los nacionales de terceros países.

La inmigración de nacionales de terceros países y la movilidad de ciudadanos extra comunitarios dentro de la UE son dos temas que han planteado múltiples problemas legales, derivados de las diferentes posiciones de los Estados miembros al respecto, así como del hecho de que la migración es una cuestión tradicionalmente ligada a la soberanía de cada Estado. Sin embargo, desde el Tratado de Ámsterdam, la UE tiene competencia sobre la movilidad de nacionales de terceros países. Por ello, desde 1999 ha aumentado el número de Directivas y Reglamentos que condicionan la política migratoria de los Estados miembros, lo que no se ha traducido en una homogeneización de las legislaciones de los diferentes Estados miembros. En efecto, la peculiar combinación de cooperación intergubernamental e integración europea que caracteriza esta materia, debida al mantenimiento del requisito de la unanimidad que ha prevalecido, han limitado el Derecho migratorio europeo a unos mínimos comunes.

Sin embargo, la colaboración en materia migratoria entre los Gobiernos europeos sí existió en el pasado, como muestran textos como la Convención de los Refugiados de 1951, o la multitud de acuerdos bilaterales sobre migración de trabajadores alcanzados en los años 60, en los que se encuentra el germen del actual derecho migratorio europeo. En los años 70, por el contrario, el objetivo en muchos países fue la integración, después de poner freno a la inmigración, y con las consecuencias que dicha opción implicaba para el Derecho internacional privado (aplicación del derecho del domicilio, no el de la propia nacionalidad). Desde los años 90, la inmigración ilegal ha motivado una mayor colaboración entre los Estados miembros en materia de control fronterizo y política migratoria. El paso decisivo en este sentido se dio en el Tratado de Ámsterdam, donde se establecieron los fundamentos de la política migratoria común. En el Título IV de este Tratado, referido al libre movimiento de personas, asilo e inmigración, se establecieron importantes competencias comunitarias relativas al asilo y la inmigración, áreas que, desde entonces, se han «comunitarizado». Multitud de normas se han aprobado en esta materia, como las relativas a la posición legal de los nacionales de terceros Estados, donde los artículos 61, 63 (3) y (4) del TCE, regulan sus derechos y condiciones de entrada y residencia. Tras el Tratado de Ámsterdam, el Consejo europeo de Tampere en octubre de 1999 acordó la creación de una política común europea de asilo e inmigración, sobre las bases siguientes: acuerdo con los países de origen, sistema común europeo de asilo, tratamiento justo de los nacionales de terceros países y gestión de los flujos migratorios. La intensa actividad legislativa que inició la Comisión europea tras el Consejo de Tampere se vio repentinamente interrumpida por los atentados del 11-S en Nueva York y Washington en 2001. A partir de entonces, y tanto en EEUU como en Europa, el objetivo prioritario fue la lucha contra la migración ilegal y el terrorismo.

Las Directivas relacionadas con migración y asilo otorgan un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros, por lo que las legislacio-

nes nacionales no se han homogeneizado en esta materia. Estas diferencias provocan el turismo de foro, como ocurre en el caso de la legislación belga sobre reunificación familiar, mucho más laxa que la holandesa, lo que mueve a los interesados a mudarse a Bélgica hasta que su esposo/a nacional de un tercer Estado consigue el permiso de residencia, para a continuación regresar a Holanda. Estas prácticas aumentan el escepticismo hacia la función de la legislación de la UE, al crear lagunas y desequilibrios en elementos clave del estatus jurídico de los nacionales de terceros Estados en la UE. La Directiva del Consejo sobre el derecho a la reunificación familiar (2003/86/CE) fue objeto de un recurso del Parlamento Europeo ante el TJUE, que se pronunció en sentencia de 27 de junio de 2006. Esta decisión podría convertirse, según la autora, en un hito en la creación del futuro derecho europeo sobre los nacionales de terceros estados, ya que considera que la Directiva establece un mero esquema de mínimos, que cada Estado puede aplicar, incluso rebajando los beneficios previstos con anterioridad en su legislación interna.

La Directiva del Consejo 2003/109/EC, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, es uno de los hitos dentro del proceso de establecimiento de una política común europea en esta materia. Su base jurídica se encuentra en el artículo 63(4) del TCE. La Directiva confiere libertad de movimiento y residencia a los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración, si bien se condiciona dicha libertad al cumplimiento de los requisitos en ella regulados (cinco años de residencia e independencia económica), así como a las exigencias de integración que pueda establecer cada Estado miembro. Por esta vía, se mantiene la diversidad de intereses de los Estados miembros, y se liquida el régimen de igualdad de trato de los nacionales de terceros países con los ciudadanos comunitarios, previsto en la Cumbre de Tampere. Como conclusión, y tras haber presentado el panorama actual, señala FOBLETS que el desarrollo de esta regulación podría realizarse en los próximos años a través del método abierto de coordinación. Sin embargo, dado el carácter flexible y no vinculante de este método, no parece capaz en principio obtener una gran reforma del Derecho migratorio europeo en el medio plazo.

El dilema que refleja la política social europea, dividida entre la economía social de mercado y las políticas ultraliberales es el objeto de la contribución de T. J. M. JACOBS, quien presenta la evolución de la política social de la UE en los últimos 25 años. Su punto de partida es que la afirmación de que muchos de los problemas actuales en Europa (paro, deslocalización, inmigración relacionada con la falta de integración, aumento de la distancia entre clases sociales) son vistos, por una parte de la opinión pública, como debidos a la acción, o más bien a la falta de acción social de una UE centrada en la búsqueda constante de la libre competencia y la apertura de los mercados. En definitiva, la UE estaría caminando aceleradamente hacia el desmantelamiento del Estado del bienestar. El papel del TJUE en este ámbito ha sido el de defensor de las libertades económicas frente a los derechos colectivos de los trabajadores, así en los casos *Viking, Laval* y *Rüffert*. Sin embargo, en última

instancia la responsable de esta evolución no sería la Unión Europea, sino el fenómeno más amplio de la globalización, ya que, en palabras del profesor BLANPAIN, de la Universidad de Lovaina, *«la globalización tiene una influencia asfixiante sobre las políticas sociales nacionales y el derecho laboral»,* por la competencia en la que obliga a incurrir a todos los Estados. A su vez, el Derecho comunitario tendría un impacto negativo en los derechos sociales de los Estados miembros, porque restringe la capacidad de los Estados miembros de legislar libremente en este sentido, y enfrentaría, según los *«ultraliberales»* a los que se refiere JACOBS, el modelo europeo a los exitosos modelos de Estados Unidos, China o India.

La falta de acción social de la UE no se debe a la falta de competencias previstas en los Tratados, en concreto en el artículo 137 del TCE, sino a la no utilización de estas competencias, que requieren, en la mayoría de los casos, la votación por mayoría cualificada o incluso la unanimidad en el Consejo. Los conflictos de intereses se multiplican, entre las asociaciones de empresarios y los sindicatos, por un lado, y entre los distintos Estados miembros, por otro, siendo el resultado final la falta de legislación social europea en los últimos años.

El papel de la Comisión europea es ambiguo en este ámbito, dado que por una parte promueve el comercio internacional, la apertura de los mercados y la privatización de servicios de interés general, y por otra parte realiza estudios sobre derecho laboral y conceptos como la *«flexiseguridad»*. En todo caso, la Comisión europea no ha tomado, según la opinión crítica de JACOBS, medidas concretas para aliviar los efectos de la destrucción de empleo y el desmantelamiento del Estado del bienestar.

La Constitución europea incluía cuatro líneas de refuerzo de la vertiente social de la UE: la inclusión de derechos fundamentales sociales en el texto de la Constitución; la inclusión de valores y objetivos sociales; el reconocimiento del estatus de interlocutores sociales y el diálogo social a nivel europeo; y la ampliación de los poderes del Parlamento Europeo en esta materia. Sin embargo, la Constitución no modificaba las competencias sociales de la UE, ni los procedimientos de votación, donde se mantuvo la unanimidad.

El Tratado de Lisboa, por su parte, no ha hecho ninguna contribución significativa a la imagen social de la UE. Se ha limitado a retocar el proyecto de Tratado constitucional, de forma positiva en el caso de los servicios de interés general, donde el Protocolo correspondiente establece que las previsiones del Tratado no afectan la competencia de los Estados miembros para ofrecer dichos servicios y regularlos. En definitiva, en la situación actual y de acuerdo con su ideario político, JACOBS aboga por el instrumento de la cooperación reforzada prevista en el artículo 20 TUE y artículos 326-334 del TFUE, que permitiría avanzar, a los Estados que así lo deseen, hacia la supervivencia del Estado social, en la línea del modelo escandinavo.

P. KIIVER presenta en su contribución una nueva visión de la reforma de los Tratados y su repercusión en relación con los Parlamentos nacionales. Tanto en la Constitución europea como en el Tratado de Lisboa, los Parlamentos nacionales han recibido una especial atención, siendo por primera

vez en 50 años mencionados en el cuerpo de un Tratado comunitario. Con ello, se pretende resaltar su posición como foros de control político con los que se identifican los ciudadanos, y principal institución democrática de los Estados miembros. A la vista de esta situación, el Tratado de Lisboa incorpora varias menciones favorables a los Parlamentos nacionales, algunas ya incluidas como declaraciones anexas al Tratado de Maastricht, como la necesidad de que los Parlamentos nacionales sean periódicamente informados para permitir el control de la actividad de sus Gobiernos en Bruselas; y el fomento de la cooperación interparlamentaria, también entre los Parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo. Estas provisiones se mantuvieron en el Tratado de Ámsterdam, y fueron ampliadas en la Constitución para Europa. El texto final del Tratado de Lisboa no sólo reproduce los términos de la Constitución, sino que los amplía. Pese a ello, se plantea KIIVER la cuestión de hasta qué punto estas provisiones encerrarían verdaderos poderes, o se trataría, más bien, de una mera invitación a la participación de los Parlamentos nacionales en los asuntos europeos, que como tal, carecería de carácter vinculante.

Los Parlamentos nacionales desempeñan un papel limitado en el proceso de toma de decisiones comunitario, protagonizado por las instituciones europeas, Comisión y Parlamento, y los Gobiernos representados en el Consejo. Las asambleas parlamentarias de los Estados miembros se presentan en principio por tanto como ratificadores de tratados y legislaciones nacionales. Sin embargo, sus competencias van más allá, dado que son los encargados del desarrollo del ordenamiento de cada Estado miembro, así como del control del ejecutivo y de su acción europea. Todos los Estados miembros de la UE son democracias parlamentarias o semi-parlamentarias, por lo que, al menos en teoría, las decisiones tomadas por el Ejecutivo de un Estado miembro en Bruselas pueden ser controladas por su Parlamento nacional. En la práctica, la realización de esa posibilidad depende de muchos factores, como el grado de información que reciben los miembros del Parlamento de las actividades del Ejecutivo, su voluntad de ser informados y de convertir los temas europeos en uno de los elementos desestabilizadores del Gobierno. La toma de decisiones en la UE es, en definitiva, fruto de una negociación compleja y con frecuencia confidencial, de carácter internacional e interinstitucional, donde el clásico control al ejecutivo de los Parlamentos nacionales es difícilmente aplicable. En la práctica, y pese a las previsiones del Tratado de Lisboa, los Parlamentos nacionales mantienen en general una actitud pasiva frente a los asuntos europeos, como receptores de información y de Derecho comunitario. El control del Ejecutivo se mantiene, por supuesto, si bien con notables diferencias entre los Estados miembros.

En un momento de debate sobre la legitimidad democrática y la eficacia del control sobre la toma de decisiones a nivel europeo, no es difícil justificar la inclusión del concepto de Parlamentos nacionales en los Tratados comunitarios, ya desde la década de los 90. Tanto la Constitución europea

como el Tratado de Lisboa [3] mencionan a los Parlamentos nacionales como pilares del principio de democracia representativa en la UE. En el Tratado de Lisboa, los Parlamentos nacionales aparecen como receptores de información extensa y actualizada sobre los avances europeos, y por ello deben recibir información sobre todos los documentos de consulta de la UE y el Programa anual de trabajo de la Comisión, informes del Tribunal de Cuentas, así como los «proyectos de actos legislativos», término amplio que incluye propuestas de la Comisión, iniciativas legislativas de un grupo de Estados miembros, peticiones del TJUE, recomendaciones del BCE y del Banco Europeo de Inversiones para la adopción del derecho comunitario. Los órdenes del día y las actas del Consejo que versen sobre un acto legislativo, deben así mismo enviarse a los Parlamentos nacionales. El artículo 308 TCE prevé la notificación a los Parlamentos nacionales de la aplicación de la cláusula de flexibilidad, que permite la adopción de medidas que persigan un objetivo comunitario sin tener una base legal específica. El control parlamentario de las actividades de EUROPOL y EUROJUST también se prevé, de tal modo que los Parlamentos nacionales deben ser notificados sobre las solicitudes de adhesión y las iniciativas de revisión de los Tratados. Los Parlamentos nacionales deben también ser notificados de cualquier iniciativa para aplicar el procedimiento simplificado de revisión de los Tratados, que permite al Consejo europeo, con el consentimiento del Parlamento, adoptar unánimemente el método de co-decisión o mayoría cualificada en una determinada política, sin tener que comenzar todo el procedimiento de reforma de los Tratados. Se prevé por otra parte en el Tratado de Lisboa el veto individual y vinculante de cualquier Parlamento nacional a la aplicación de una reforma simplificada de los Tratados. El Protocolo 1 del Tratado de Lisboa prevé que se concedan ocho semanas a los Parlamentos nacionales desde el momento en que una iniciativa se pone a su disposición y hasta la fecha en que dicha

---

[3] Artículo 1-46(2) de la Constitución europea; artículo 1(12) del Tratado de Lisboa: «Los Parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión, para lo cual:

a) serán informados por las instituciones de la Unión y recibirán notificación de los proyectos de actos legislativos de la Unión de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea;

b) velarán por que se respete el principio de subsidiariedad de conformidad con los procedimientos establecidos en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad;

c) participarán, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión en dicho espacio, de conformidad con el artículo 70 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y estarán asociados al control político de EUROPOL y a la evaluación de las actividades de EUROJUST, de conformidad con los artículos 88 y 85 de dicho Tratado;

d) participarán en los procedimientos de revisión de los Tratados, de conformidad con el artículo 48 del presente Tratado;

e) serán informados de las solicitudes de adhesión a la Unión, de conformidad con el artículo 49 del presente Tratado;

f) participarán en la cooperación interparlamentaria entre los Parlamentos nacionales y con el Parlamento Europeo, de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea».

iniciativa sea incluida en el orden del día del Consejo, con la finalidad de que los Parlamentos nacionales controlen el cumplimiento del principio de subsidiariedad.

En principio, podrían calificarse los avances previstos en el Tratado de Lisboa en relación con los Parlamentos nacionales como simbólicos y carentes de contenido real. Y ello, porque en definitiva lo que se pretende con ellos es un equilibrio entre una intervención parlamentaria que sea suficientemente intensa para ser creíble, pero no tan enérgica como para alterar el juego de fuerzas entre los intereses supranacionales y nacionales. Es decir, más importante que el poder real que conceden estas provisiones, lo relevante sería el grado en el que puedan estimular a los Parlamentos nacionales a usar los poderes que ya tienen. Por tanto, en la medida en que puedan favorecer el debate y la actividad de los Parlamentos nacionales en temas europeos, merecerían, según el autor, una valoración positiva.

El análisis de la democracia y el control en el sistema político europeo es abordado por W. VAN GERVEN desde la óptica del sempiterno debate sobre la legitimidad democrática para la UE, con frecuentes comparaciones con el sistema político de Estados Unidos, al que toma como modelo de referencia.

Las causas del fracaso del proceso constitucional europeo son múltiples, y van desde el malestar de los votantes, que fueron consultados sobre la Constitución europea en un momento de crisis, donde otros muchos temas parecían más relevantes ante la opinión pública que el planteado en el referéndum; hasta el propio recurso al referéndum, frente a la tradicional ratificación de las reformas de los Tratados comunitarios por vía parlamentaria; pasando por el complejo texto del proyecto constitucional, compuesto por 448 artículos, con 36 protocolos adjuntos, 2 anexos, 30 declaraciones sobre artículos concretos, 10 declaraciones sobre los protocolos y 7 declaraciones hechas por los Estados miembros.

La evolución de la UE, desde la organización internacional de 6 ó 15 miembros y de carácter fundamentalmente económico y tecnocrático, hasta la actual Unión de 27 miembros, con muy distintos antecedentes históricos y que afecta en su funcionamiento a multitud de cuestiones ligadas a la soberanía nacional de cada Estado, exigiría aumentar el carácter democrático del funcionamiento de la UE. La UE no es un Estado, pese a contar con elementos como una población, un territorio, un gobierno o el poder para mantener relaciones con otras entidades internacionales, ya que carece de un ejército, una policía europea, de un derecho criminal europeo o de la capacidad de imponer impuestos a sus ciudadanos. Estas facultades, vinculadas al núcleo de la soberanía, se reservan a los Estados miembros, en el artículo 4(2) del TUE. Pese a ello, la legitimidad democrática que necesita la UE podría conseguirse, según VAN GERVEN, a través de las técnicas que utilizan para ello los Estados: el control político del ejecutivo comunitario —la Comisión—, en el Parlamento; el reconocimiento del Estado de Derecho; y la promoción del buen gobierno y la transparencia. El Tratado de Lisboa ha introducido cambios en relación con cada una de estas técnicas. El control de la Comisión

europea en el Parlamento se mantiene, con el mismo sistema de nombramiento de los Comisarios por el Consejo y el Parlamento, si bien el Consejo debe ahora tener en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento europeo a la hora de nombrar al Presidente de la Comisión. El cese de los Comisarios continúa siendo, sin embargo, una competencia del Presidente de la Comisión, no del Parlamento. El Estado de Derecho se realizaba ya antes del Tratado de Lisboa en toda su extensión en el primer pilar, donde los actos de las instituciones comunitarias son controlados por el TJUE. Sin embargo, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se extiende este control a los actos del Consejo y a los actos que afecten directamente a una persona y que no necesiten ejecución, como por ejemplo una violación de derechos humanos. La Política Común de Seguridad y Defensa (PESD) continúa sin estar dentro de las materias competencia del TJUE, mientras que todas las materias que pertenecían al tercer pilar se someterán al control del TJUE, con las excepciones previstas en el artículo 276 TFUE. La transparencia de la UE se relaciona con el papel de los Parlamentos nacionales, que tiene sin embargo en el Tratado de Lisboa un carácter fundamentalmente simbólico. Por ello, si bien el Tratado de Lisboa contiene importantes cambios, ninguno de ellos supone un giro radical en cuanto a la legitimidad democrática de la UE. La institución que resulta más reforzada tras esta reforma sería el Consejo, dado que la Comisión mantiene su capacidad de presentar iniciativas, pero no refuerza sus competencias; y el Parlamento Europeo se beneficia sólo parcialmente de las nuevas competencias legislativas y presupuestarias, así como del establecimiento simbólico de la co-decisión como procedimiento legislativo ordinario. En este estado de cosas, se impone la consecución de una mayor legitimidad democrática. Destaca la mención, por primera vez en la obra, de la posibilidad que efectivamente exista un punto de no retorno en la evolución de la UE, que tal vez ya se habría alcanzado, tanto en el mercado interior como en la entidad política europea.

Realiza Van Gerven una propuesta detallada de un nuevo sistema de designación de los miembros de la Comisión europea, sobre la base de los resultados de las elecciones al Parlamento Europeo, con la finalidad de aumentar su legitimidad democrática si bien esta iniciativa, al igual que otras planteadas en el texto, tendrán que esperar para ver la luz.

El debatido tema de la legitimidad democrática de la UE es objeto así mismo del artículo de Koen Lenaerts y Nathan Cambien, para quien esta legitimidad puede observarse desde dos perspectivas, bien como legitimidad de origen, por la que las decisiones deben ser tomadas por un órgano legitimado por su carácter representativo de los ciudadanos; bien como legitimidad de resultado, ya que el nivel europeo es, en ciertas áreas, el más eficiente para la toma de decisiones.

Por una parte, la legitimidad democrática de la UE se deriva de varios factores de origen externo: la representatividad de sus instituciones, y en especial en el Tratado de Lisboa se incrementa la del Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales; la mayor participación de los ciudadanos prevista

en el artículo 11 del TUE; y el aumento de la transparencia en la actuación de las instituciones. El Tratado de Lisboa simplifica los procedimientos, los principios fundamentales y la división de competencias (competencias exclusivas, competencias compartidas y medidas de apoyo); y prevé un aumento de transparencia en la actuación de las instituciones, con medidas como la previsión de reuniones públicas del Consejo (artículo 16.8 TUE), cuando debate y vota iniciativas de carácter legislativo; o la extensión del derecho de acceso a los documentos, extendido a todas las instituciones de la UE y a documentos en cualquier soporte.

Por otra parte, la legitimidad democrática de la UE se fundamenta en la naturaleza de sus propios actos, ya que esta legitimidad será mayor cuanto mayor sea la eficacia de la toma de decisiones en aquellas políticas que sean gestionadas de una forma más eficaz por la UE que por los Estados miembros. El Tratado de Lisboa introduce cambios en el régimen jurídico de las instituciones europeas, con la finalidad de reconciliar los requisitos de eficacia de sus decisiones y control de las mismas. Así, en el caso del Parlamento Europeo, se mantiene la elección por sufragio universal directo, si bien se limita el número total de sus miembros; el Consejo europeo, por su parte, es reconocido formalmente como institución de la UE y ve sus competencias definidas, y sometidas al control del TJUE; el Consejo adoptará diferentes formatos de reunión, siendo en todo caso presidido por un trío de Estados miembros por un periodo de 18 meses; mientras que la Comisión europea incluye en su estructura la nueva figura del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, y verá reducido el número de Comisarios a partir del 1 de noviembre de 2014. El procedimiento de toma de decisiones adquiere así mismo un carácter más democrático, con la supresión de la estructura de los tres pilares (si bien se mantienen ciertas reservas en la Política Común Exterior y de Seguridad) y la extensión de la co-decisión como procedimiento legislativo ordinario. En relación con la ejecución de las decisiones, el Tratado de Lisboa establece un nuevo sistema de aplicación de actos legislativos, que diferencia entre actos delegados y actos de ejecución. La Comisión europea continúa siendo el principal poder ejecutivo de la UE, dentro del marco establecido por el legislador (Consejo-Parlamento Europeo) y bajo un control más estrecho del Parlamento Europeo. Estos cambios suponen una mayor legitimidad democrática del sistema, si bien Lenaerts y Nathan consideran que la división entre actos delegados y ejecutivos no está perfectamente delimitada y la regulación podría haberse hecho de un modo menos formalizado.

Otro de los elementos claves del funcionamiento de la UE que se mantiene en el Tratado de Lisboa es el referido a la cooperación reforzada. Este mecanismo se hace más atractivo en el nuevo Tratado, reduciendo los requisitos y equiparándolos en todas las áreas, ya que bastará que nueve Estados miembros decidan iniciar este procedimiento, y que sea autorizado por el Consejo, por mayoría cualificada o unanimidad.

En definitiva, si bien es susceptible de mejora, el Tratado de Lisboa es, según LENAERTS y CAMBIEN, un paso en la dirección correcta, que acercará la UE a los ciudadanos y aumentará la eficacia de su funcionamiento, especialmente a través de mecanismos como la cooperación reforzada.

En su artículo sobre la transparencia en la UE, Carol HARLOW presenta el dilema entre la posición de las instituciones, de protección de la confidencialidad de sus trabajos en aras del interés general, y los derechos individuales de los ciudadanos a conocer esas informaciones. La visión de la UE sobre esta cuestión aparece recogida en el Libro Blanco de la Comisión sobre la Gobernanza europea, que se basa en cinco principios: apertura, en el sentido de aumentar la transparencia en el funcionamiento de las Instituciones; participación ampliada de los ciudadanos en la toma de decisiones comunitarias; responsabilidades efectivas de los órganos implicados en el proceso legislativo y en la ejecución de las políticas comunitarias; eficacia en las medidas que se adopten, y coherencia entre los objetivos políticos y las acciones emprendidas para conseguirlos.

La naturaleza de la transparencia, entendida como derecho individual o colectivo, es sometida a un extenso análisis por HARLOW, en el que se tiene en cuenta la opinión del TJUE, según el cual se trataría de un derecho individual y por ello, los titulares del mismo deberían demostrar un interés legítimo que justifique la solicitud de una información. El Reglamento 1049/2001, piedra de toque de la regulación de esta materia, es contrastado con la legislación de los países nórdicos, pionera en la regulación de la transparencia administrativa, para concluir que la UE estaría más próxima a la regulación de secretos oficiales que a la legislación de libertad de información.

La Directiva de protección de datos (95/46), por su parte, aparece como otra de las normas fundamentales de este conjunto legislativo europeo, en la medida en que coordina las legislaciones nacionales, al tiempo que deja un margen de maniobra a los Estados miembros en su aplicación. Las múltiples bases de datos europeas justifican la necesidad de esta regulación, y en especial el Sistema de Información Schengen (SIS). Sin embargo, la Directiva de protección de datos no se aplica en materias relacionadas con la política de seguridad y la lucha contra el terrorismo.

El objeto de la crítica no es tanto la ausencia de libertad de información o de legislación de protección de datos en la UE, sino el carácter parcial y oscuro de esta legislación, que sería contrario por definición a la ansiada transparencia en la actividad de las instituciones de la UE. Los puntos oscuros son múltiples, valga como ejemplo la duda que se plantea sobre la aplicabilidad o no de estas medidas a los asuntos de justicia e interior; o los criterios que deben aplicarse en caso de colisión entre las normas de protección de datos y las que regulan la libertad de información. El derecho de acceso a la información es aún objeto de una regulación imperfecta en la UE, pese a los esfuerzos en este sentido de los Defensores del Pueblo europeos. El TJUE tampoco ha logrado establecer un cuerpo de jurisprudencia consolidado, dado que con frecuencia ha permitido a las ins-

tituciones europeas proteger privilegios institucionales en nombre de un supuesto interés general. La voluntad política tampoco aboga por el progreso hacia una mayor transparencia, en el clima actual de preocupación por la seguridad. En este contexto, HARLOW plantea la alternativa entre atribuir la responsabilidad de defender la transparencia a los Gobiernos de los Estados miembros y los Parlamentos nacionales, con lo que se corre un serio riesgo de heterogeneidad en las regulaciones de cada Estado, o bien atribuir dicha responsabilidad a la UE. Cabe añadir que no deberían esperarse resultados muy esperanzadores a través de esta segunda opción, de mantenerse el criterio restrictivo en asuntos de justicia e interior.

El análisis de la democracia y el control político en la UE finaliza con la contribución de L. F. M. VERHEY, que aborda las distintas formas de control del ejecutivo en la Unión Europea. Partiendo del hecho, reiterado en múltiples ocasiones, de que la Unión Europea no es un Estado, y no puede considerarse como un régimen parlamentario en el sentido estricto del término, el control que puede existir en el seno de la Unión será por tanto sólo en cierta medida parlamentario. El Parlamento Europeo puede, en teoría, aprobar una moción de censura que forzaría la dimisión de la Comisión Europea, pero no puede ni siquiera en teoría cesar individualmente a un Comisario. Dado que las funciones ejecutivas del Consejo se han visto ampliadas tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se plantea el necesario control de sus actos, que se realiza actualmente en dos niveles. A nivel europeo, el Consejo responde ante el Parlamento Europeo, dado que el artículo 15(5) del TUE prevé que el Presidente del Consejo informe a la Cámara después de cada Consejo. Sin embargo, el Parlamento Europeo carece de la potestad de aplicar ningún tipo de sanción política al Consejo, en caso de que la mayoría parlamentaria encontrase inaceptables las explicaciones del Presidente del Consejo. Ello responde a la lógica institucional del sistema político de la UE, ya que los miembros del Consejo son ministros de los Gobiernos nacionales, controlados por el Parlamento de su Estado miembro junto con el resto del Gobierno al que pertenecen. En este sentido, el Tratado de Lisboa sólo prevé mayores competencias de control de los Parlamentos nacionales en lo relativo al área de libertad, seguridad y justicia; mientras que sólo determinados Parlamentos nacionales controlan realmente a sus miembros en el Consejo. En todo caso, cada Parlamento nacional podría controlar a su representante en el Consejo, no a la institución en su totalidad. Por ello, aumentar las facultades ejecutivas del Consejo, lejos de resolver el problema, contribuiría a aumentar el déficit democrático de la UE. Una alternativa sería parlamentarizar el sistema político europeo, aumentando el papel ejecutivo de la Comisión europea. Sin embargo, el Tratado de Lisboa aumenta la relevancia del Consejo, al que dota de un Presidente permanente, fruto del deseo de continuar la integración europea y de la aversión de los Estados miembros a dar mayor poder a la Comisión y el Parlamento Europeo.

Ante este panorama, en el que no cabe un control extenso ni por el Parlamento Europeo ni por los Parlamentos nacionales, cabe optar por

el control horizontal, en el que las instituciones europeas responden directamente ante la sociedad civil a nivel europeo. Esta técnica, propia de una buena práctica administrativa, plantea sin embargo dos problemas: la representatividad de la sociedad civil, y la diferencia entre dar información y controlar, dado que el control implica la posibilidad de una sanción que no existe en el caso de la mera información. En su conjunto, el control horizontal se presenta por tanto como una técnica "suave" que no podría equiparar sus resultados al control parlamentario.

Sí cabe aplicar sin embargo al funcionamiento del sistema comunitario una serie de principios comunes a los Estados miembros, que según el artículo 6 del TUE se encuentran en la base de la UE: *«Los derechos fundamentales […] que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales»*. Podría, de acuerdo con este artículo, entenderse que el control político del ejecutivo es un principio común a todos los Estados miembros que también lo es de la UE. Para aplicar de una forma eficaz este principio, sería necesario evitar la fragmentación del Ejecutivo con el frecuente recurso a la creación de Agencias independientes; así como aumentar la transparencia en la actuación de todas las Administraciones y la propia calidad del control que se realiza de esa actuación, evitando la creación de un aparato burocrático nuevo, con la única finalidad de controlar la burocracia ya existente.

El problema fundamental para el establecimiento de un control eficaz del ejecutivo en la Unión Europea radica en la complejidad de la estructura constitucional, que comparte rasgos intergubernamentales y supranacionales. Queda abierta por ello la puerta a nuevas propuestas y más profundas investigaciones sobre el sistema político europeo y las posibles aportaciones de los sistemas nacionales al mismo.

La última parte de la obra, que mira al futuro del constitucionalismo europeo, comienza con un análisis de L. F. M. Besselink sobre la naturaleza de la Constitución europea en la actualidad. Tras el fracaso de la Constitución europea en 2005 y la decepción que ello causó en el mundo académico, Besselink nos presenta una nueva reflexión sobre el constitucionalismo europeo.

Parte de la distinción entre Constituciones revolucionarias y evolutivas, para incluir a la Constitución europea en el segundo grupo de Constituciones históricas o evolutivas. Las consecuencias de esta afirmación son múltiples, ya que no se podrán aplicar criterios formales para determinar el carácter constitucional u ordinario de una norma europea; y por ello mismo, la línea divisoria entre normas constitucionales y el resto no estará perfectamente definida.

Las características de los Tratados comunitarios confirmarían esta impresión inicial, en varios aspectos. En primer lugar, el carácter constitucional de los Tratados comunitarios, frente a las normas de origen nacional, tiene muchos precedentes históricos, como la Unión de Utrecht en los Países Bajos o los Acuerdos de Dayton en la Antigua Yugoslavia. En cuanto al procedi-

miento de reforma de los Tratados, está previsto en el propio texto del Tratado (artículo 48 del TUE), lo que sería otro elemento propio de su carácter constitucional, ya que si bien aparece una Conferencia intergubernamental, predomina con carácter general el papel de las instituciones europeas. En todo caso, el carácter constitucional de los Tratados no se ceñiría únicamente a criterios formales, dado que los criterios sustantivos compartidos por los Estados miembros, basados en la idea de constitucionalismo entendida como Gobierno limitado, deben ser considerados como una parte fundamental del Derecho constitucional europeo.

El intento de la Convención para el Futuro de Europa de consolidar todo el acervo comunitario en un solo texto, la Constitución para Europa, fue sin duda loable, pero como señala BESSELINK, no todo su contenido era constitucional, en especial, no lo era su parte III, ni tampoco todos los aspectos constitucionales de la UE estaban efectivamente incluidos en las partes I y II. En última instancia, el carácter constitucional o no de una norma no depende de la forma que ésta adopte, sino de su contenido.

Vista la intensa evolución de la UE desde sus inicios, y teniendo en cuenta así mismo la situación actual, la Constitución europea tiene que ser, por necesidad, pragmática, atenta a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y especialmente a los puntos comunes a todos ellos, y cauta con los elementos divergentes que provocarán, con toda seguridad, un conflicto en caso de ser planteados. El carácter acumulativo de la Constitución europea, entendida en un sentido histórico, debe ser tenido en cuenta, en la medida en que permite incluso incluir aspectos del concepto opuesto de Constitución, el revolucionario, como el concepto formal de Constitución.

Si bien BESSELINK defiende un concepto sustantivo de Constitución, presupone la necesidad de un texto constitucional europeo, lo que se presenta como un proyecto a largo plazo en el momento actual, dominado por el desarrollo de las previsiones del recién inaugurado Tratado de Lisboa.

La cuarta y última parte de la obra relativa al futuro del constitucionalismo europeo se cierra con las reflexiones de R. A. WESSEL sobre la unidad constitucional de la UE y la creciente irrelevancia de la estructura de los pilares, tras la supresión de esta estructura en el Tratado de Lisboa.

Wessel analiza las diferencias actuales entre las áreas tradicionalmente enmarcadas en los tres pilares, el comunitario, la política exterior y de seguridad común (PESC) y la cooperación policial y judicial en materia penal (CPJP). En últimos 15 años, el desarrollo del ordenamiento jurídico comunitario ha allanado el camino para la convergencia de la Unión Europea y la Comunidad Europea prevista en el Tratado de Lisboa. Las diferencias entre el primer pilar, por un lado, y el segundo y el tercer pilar por otro lado, se han reducido, en efecto, en distintos aspectos. El monopolio de la Comisión en la iniciativa legislativa comunitaria no existe en la PESC y la CPJP, donde son los Estados miembros quienes ejercen generalmente el derecho de iniciativa, y en concreto, el Estado miembro que ostenta la Presidencia rotatoria del Consejo. La Comisión europea está presente sin

embargo en la PESC, a través de la Dirección General de Relaciones Exteriores y sobre la base del artículo 27 del Tratado, ya que la cooperación de los Estados miembros con la Comisión europea es, en este ámbito, muy estrecha. Hoy habría que añadir a este análisis el proyecto de un Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE), previsto en el Tratado de Lisboa y que, pese a encontrarse aún en fase de formación, supone el establecimiento de una nueva estructura que reforzará la acción de la UE en sus relaciones exteriores, compuesta por funcionarios procedentes de la Comisión, de la Secretaría del Consejo y de los cuerpos diplomáticos nacionales. En todo caso, tanto en la actualidad como en el momento de instauración completa del Servicio Exterior, la interconexión entre el primer y el segundo pilar es muy intensa, a todos los niveles, tanto políticos como funcionariales. La comunitarización de la PESC se acentuó, por otra parte, tras los Tratados de Ámsterdam y Niza, en los que se introdujo la posibilidad de votación por mayoría cualificada en esta materia. En la práctica, también es indicativo el hecho de que el orden del día de las sesiones del Consejo no diferencie entre asuntos comunitarios y asuntos relativos a la PESC, por lo que es tarea de los servicios jurídicos del Consejo controlar esta diferencia y aplicar el régimen jurídico correspondiente a cada punto. Otro elemento que contribuyó a debilitar el carácter intergubernamental de las decisiones en materia de política exterior fue la creación del Alto Representante de la UE para la PESC, que con frecuencia asumió la representación de los Estados miembros en el exterior. La figura prevista en el Tratado de Lisboa del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad representa un elemento clave en la nueva PESC, al mismo tiempo que ocupa la vicepresidencia de la Comisión europea, en lo que supone un paso más en la combinación de relaciones exteriores en el marco de la PESC y fuera de él. El papel del Parlamento Europeo en la PESC se ha visto así mismo aumentado, tras el surgimiento de más asuntos que no se encuadran en un único pilar, como la lucha contra el terrorismo y a través no ya de las previsiones de los Tratados, sino de acuerdos interinstitucionales firmados por el Parlamento Europeo con el Consejo y la Comisión Europea. En cuanto a las normas que se usan en el ámbito de la PESC, no son las directivas y reglamentos, sino las decisiones, en la terminología del Tratado de Lisboa. La diferencia entre ambos tipos de normas no es tan radical como pudiera parecer, dado que pese a carecer de carácter vinculante desde un punto de vista formal, las decisiones acordadas en la PESC realmente vinculan a los Estados miembros en sus políticas individuales. Los principios de efecto directo y primacía, característicos del derecho comunitario, no son en principio aplicables en la PESC, pero tampoco son ajenos a este orden jurídico. Pese a que el TJUE aún no se ha pronunciado en este sentido, el Tratado de Lisboa acentúa el carácter vinculante de las normas de la PESC, señalando la obligación de lealtad de los Estados miembros en su artículo 24.3.

La PESC ha evolucionado desde un sistema intergubernamental a un sistema basado en el derecho de los tratados y en el funcionamiento de las instituciones europeas, que han producido un importante cuerpo normativo en relación con la política exterior y de seguridad común. Esta «bruselización» no implica una total identidad entre las políticas comunitarias y la PESC, dado que se trata de políticas separadas pero, en última instancia, inseparables. En la misma línea, el tercer pilar relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal ya ha sido analizado por el TJUE a la luz de los principios del Derecho comunitario. Esta arquitectura constitucional de los tres pilares, en términos del TJUE, sería la base de la unidad constitucional europea, en la que las normas no pueden ser interpretadas únicamente en el marco de su sub-sistema, pero tampoco pueden aplicarse todos los principios indistintamente en cada área. El Tratado de Lisboa previsiblemente reforzará la unidad constitucional europea, pero al igual que en los sistemas políticos estatales, la realidad tiende a evolucionar por caminos distintos a los previstos en las Constituciones, como ha demostrado la historia de la Unión Europea y la de cada uno de sus Estados miembros.

Antonio Díaz Otero★

Sarmiento Méndez, Xosé Anton y Murias Gil, Patricia: *Manual de Derecho Constitucional*

Ed. Universidad de Vigo, Servicio de Publicaciones, Vigo 2010, 448 pp.

La reciente celebración del segundo Congreso de Innovación Educativa en Derecho Constitucional en el seno del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales el 8 de julio de 2010, pone de manifiesto la gran actualidad que la puesta al día de los medios didácticos en el ámbito del Derecho público español tiene.

De este modo, podemos constatar las fortalezas y debilidades que la obra publicada presenta a la luz de las recientes aportaciones científicas de numerosos estudiosos del ámbito constitucional español.

El punto de partida del *Manual de Derecho Constitucional* es coincidente con las inquietudes que María Isabel MARTÍN DE LLANO plantea en relación con el tratamiento de las herramientas propias que la metodología cualitativa de la investigación puede aportar para el conocimiento de qué competencias, aptitudes y destrezas propias del Derecho constitucional debe adquirir un estudiante de grado. En efecto, el *Manual* publicado por la Universidad de Vigo, adopta una sistemática en la cual las razones, objetivos, metodologías y herramientas adaptadas a cada unidad didáctica aparecen expuestas al inicio de cada tema del programa de la asignatura, facilitando notablemente el trabajo de los estudiantes que se aproximan a su estudio.

La idea destacada por Alberto OLIVARES GALLARD acerca de la asignación de competencias transversales en las asignaturas de Derecho constitucional, aparece recogida de forma muy clara cuando con motivo de cada uno de los temas del programa, los autores se preocupan de interrelacionar sus contenidos con otras asignaturas del plan de estudios. Esta labor, como se ha

★ Letrado del Parlamento de Galicia.

apuntado, tiene mucho que ver con la ubicación en los primeros cursos del grado de la asignatura del Derecho constitucional y con su carácter básico y propedéutico en un área particularmente apropiada para el desarrollo de competencias transversales de los estudiantes. Es de esperar que los logros alcanzados en la Universidad Rovira y Virgili puedan ser también repetidos con este Manual en el ámbito de las universidades gallegas.

El primero de los temas del Manual aborda como práctica un análisis comparativo de técnica legislativa entre los ordenamientos de España y Portugal. Se trata de un enfoque que intenta buscar el lugar propio del Derecho constitucional español en los procesos de globalización y multiculturalidad en una línea que ya ha sido apuntada por el profesor titular de la UNED Ignacio GUTIÉRREZ.

Las prácticas propuestas por los autores del Manual tratan de fomentar el trabajo autónomo del estudiante, ayudándole a organizarlo y estableciendo un calendario de actividades que posibilite la adquisición de habilidades y competencias propias de la materia. Precisamente, la asunción de estas competencias es el núcleo duro de la evaluación que el modelo de Bolonia quiere introducir en nuestra Universidad. Como recuerda MARTÍNEZ RUANO, se trata de adecuar las actividades conducentes al aprendizaje a la adquisición de los necesarios conocimientos disciplinares (saber), de las competencias profesionales (saber hacer), de las competencias académicas y del saber ser.

Un valor añadido de las unidades didácticas presentadas en la obra que se comenta, es el estudio de ciertos casos reales que permitan fijar conceptos teóricos aprendidos y así poder manejarlos en situaciones concretas similares a las que los alumnos tendrán que enfrentarse en su vida profesional. El libro documenta diferentes pleitos constitucionales en los que ha sido parte el Parlamento de Galicia, dando cuenta de las argumentaciones que a favor y en contra de la constitucionalidad de las leyes autonómicas se vertieron en el proceso constitucional.

El Libro blanco del grado en Derecho fija una serie de competencias específicas propias que ha sido fuente de inspiración en los documentos generales elaborados desde los decanatos y de las distintas universidades. Con ese punto de partida, el *Manual de Derecho Constitucional* profundiza en competencias específicas de la asignatura en una labor que hasta el momento no había sido llevada a cabo de este modo entre nosotros.

Me complace felicitarme sobre el surgimiento de estas acciones de innovación educativa en el ámbito jurídico y, muy especialmente, en el del derecho constitucional. También se ha de resaltar la utilidad que está llamada a tener la colaboración entre los profesionales jurídicos y los expertos de la innovación educativa para la obtención de frutos útiles como el que me ocupa. Especialmente útil será cuando los materiales sirvan para una enseñanza introductoria del Derecho constitucional español, y también para la enseñanza de materias específicas en los grados no jurídicos.

El ámbito en el que nace la obra, una Universidad fundamentalmente científica y técnica como es la viguesa, ha de servir para que su uso sea ex-

tendido en titulaciones ajenas a las ciencias sociales. Como nos enseña Leire ESCAJEDO para el caso de la Universidad del País Vasco, resulta de gran interés proporcionar al alumno de grados no jurídicos unos conocimientos básicos sobre la organización política que dicta las normas jurídicas que afectan al ejercicio de su profesión.

Es de esperar que un Manual como este supere los problemas de burocratización de la actividad universitaria que han sido detectados por parte de nuestra doctrina (Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA) y sirva para que la transmisión de información, aprovechando los recursos técnicos existentes, sea bidireccional, de modo que el alumno sea parte activa del aprendizaje no sólo en las clases prácticas, sino a lo largo de todo el proceso formativo, lo que se ha definido cómo «enseñar a aprender» al estudiante.

La idea de los autores de estas prácticas para el estudio comprensivo de la materia del Derecho constitucional, es la de integrar y articular diferentes materiales en torno a cada una de las unidades temáticas del programa, algo que ya ha sido llevado a los hechos mediante programas informáticos por autores como F. REVIRIEGO en el ámbito de una universidad tan puntera en los temas didácticos como es la UNED. En este orden de cosas, resulta destacable el interés de los autores en familiarizar a los alumnos del primer curso de grado con ciertos vocablos jurídicos que en ese momento le resultan ajenos, y posibilitar su contraste de comprensión mediante los oportunos mecanismos de autoevaluación contenidos en el Manual.

La idea de aprender el Derecho constitucional siguiendo la trayectoria del caso concreto a la teoría y de la teoría al caso, supone como ha señalado la profesora MALO DE MOLINA ZAMORA un modo de argumentar jurídicamente las razones y de conseguir un aprendizaje autónomo, dinámico y gradual. Estas ideas se aprecian cuando en el *Manual de Derecho Constitucional* se utilizan comentarios de textos jurídicos con profunda base teórica y dogmática, pero que descienden a problemas concretos sobre los cuales el alumno ha de pronunciarse en la parte final de la práctica propuesta. La metodología que se debe emplear para que los estudiantes del derecho constitucional español puedan aprender tanto los conocimientos propios de esta disciplina como las habilidades y destrezas necesarias para afrontar situaciones y problemas, es en definitiva el objeto de una obra que trata de aportar novedad respecto del panorama existente hasta ahora en los manuales al uso.

No cabe duda de que la superación de técnicas tradicionales en la transmisión de conocimientos debe servir para aproximar los contenidos sin pérdida del rigor intelectual. De este modo, y en la línea avanzada por profesores como BARRERO y RUBIO en relación al fin como vehículo para aprendizaje actitudinal del Derecho constitucional o ESCOBAR respecto del uso de la prensa escrita como método de identificación y solución de problemas actuales de carácter constitucional, la obra acude a instrumentos «amigables» de estudio como los tests de autoevaluación o la identificación de ideas fuerza en textos de carácter constitucional.

La existencia de un equipo multidisciplinar en la base de la obra está llamada a producir frutos óptimos para los estudiantes, al modo que ha documentado Laura ROMÁN MARTÍN en relación a la elaboración de materiales didácticos sobre las instituciones de autogobierno, experiencia del Parlamento universitario que ha tenido gran éxito en el ámbito catalán.

En definitiva, el libro es un instrumento de trabajo útil que potencia la autonomía del alumno en el aprendizaje de la materia y que trata, además, de hacerlo mediante el uso de una lengua minoritaria como es el gallego, que también tiene muchos pasos por avanzar en el ámbito de las ciencias sociales, como los tiene el Plan de Bolonia en el ámbito de los estudios jurídicos en la Universidad española.