

ASAMBLEA

REVISTA PARLAMENTARIA DE LA ASAMBLEA DE MADRID



Número 17 • Diciembre 2007

SUMARIO

I. TEMA DE DEBATE

- Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo: *El debate sobre la constitucionalización de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea.*

II. ESTUDIOS

- García Martínez, María Asunción: *La Ley Orgánica 6/2007 y el juez de la Ley.*
- Alonso Timón, Antonio J.: *Análisis de la nueva regulación de la función pública: al fin un Estatuto.*
- De Alba Bastarrechea, Esther: *Estudio de la inmigración en la Asamblea de Madrid.*
- Tobías Rodríguez, Carlos: *Aspectos polémicos de la deducción por empresa y por vivienda habitual en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones.*

III. NOTAS Y DICTÁMENES

- Sanz Pérez, Ángel Luis: *El sistema electoral en las Comunidades Autónomas: la economía normativa exagerada.*
- Fernández Rodríguez, José Julio: *El voto electrónico en la balanza.*
- Sánchez Maíllo, Carmen: *El valor de la ley para los clásicos y en la modernidad.*
- Zarco Colón, Pedro: *La participación en los Convenios Concur-sales de los Organismos Públicos.*
- Izquierdo Arines, Manuel: *La caducidad de los expedientes sanciona-dores. Especial referencia al ámbito de los transportes terrestres: la reciente doctrina del Tribunal Supremo.*
- Aguado Renedo, César: *De nuevo sobre la naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía, con motivo de los procesos de reforma.*

IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

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

V. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

- Nieto Lozano, Ángeles, y Prada Barrio, María Isabel: *La Acti-vidad Parlamentaria de enero al 11 de junio de 2007 (VII Legislatura).*

VI. DOCUMENTACIÓN

- Cid Villagrasa, Blanca, y Villena Cortés, Ana: *Consejos Asesores de la Comunidad de Madrid.*

VII. RECENSIONES

- Carretero Sánchez, Santiago: *El Derecho en teoría*, de Andrés Ollero.
- Laiz Castro, Consuelo: *Ética pública y buen gobierno*, de Jaime Ferri Durá.
- Villarino Marzo, Jorge: *La Administración electoral*, de Fabio Pascua Mateo.
- Greciet García, Esteban: *Derecho constitucional para la sociedad mul-ticultural*, de Erhard Denninger y Dieter Grimm.
- Sarmiento Méndez, Xosé Antón: *Pensamiento republicano y derecho constitucional. El problema de la irreelegibilidad en las democracias contemporáneas.*

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la
Asamblea de Madrid

17

Diciembre
2007

Asamblea de Madrid
- *Servicio de Publicaciones* -

Plaza de la Asamblea, 1. 28018 – Madrid

Edita: Asamblea de Madrid
Depósito Legal: M-30.989-1999
I.S.S.N.: 1575-5312
Imprime: Closas-Orcoyen, S.L.
Polígono Igarsa. Paracuellos de Jarama (Madrid)
MADRID, 2008

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid

PRESIDENTA

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

DIRECTORA*

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

SERVICIO DE PUBLICACIONES

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

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

ASAMBLEA DE MADRID

NORMAS PARA EL ENVÍO DE ORIGINALES

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

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

ÍNDICE

	Pág.
I. TEMA DE DEBATE	
MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO: <i>El debate sobre la constitucionalización de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea</i>	3
II. ESTUDIOS	
GARCÍA MARTÍNEZ, MARÍA ASUNCIÓN: <i>La Ley Orgánica 6/2007 y el juez de la Ley</i>	23
ALONSO TIMÓN, ANTONIO J.: <i>Análisis de la nueva regulación de la función pública: al fin un Estatuto</i>	45
DE ALBA BASTARRECHEA, ESTHER: <i>Un estudio sobre la inmigración en la Comunidad de Madrid</i>	105
TOBIÁS RODRÍGUEZ, CARLOS: <i>Aspectos polémicos de la deducción por empresa y por vivienda habitual en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones</i>	139
III. NOTAS Y DICTÁMENES	
SANZ PÉREZ, ÁNGEL LUIS: <i>El sistema electoral en las Comunidades Autónomas: la economía normativa exagerada</i>	167
FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO: <i>El voto electrónico en la balanza</i>	205
SÁNCHEZ MAÍLLO, CARMEN: <i>El valor de la ley para los clásicos y en la modernidad</i>	223
ZARCO COLÓN, PEDRO: <i>La participación en los Convenios Concursales de los Organismos Públicos</i>	241
IZQUIERDO ARINES, MANUEL: <i>La caducidad de los expedientes sancionadores. Especial referencia al ámbito de los transportes terrestres: la reciente doctrina del Tribunal Supremo</i>	257
AGUADO RENEDO, CÉSAR: <i>De nuevo sobre la naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía, con motivo de los procesos de reforma</i>	283
IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	
CID VILLAGRASA, BLANCA; MARTÍ SÁNCHEZ, SYLVIA; GRECIET GARCÍA, ESTEBAN, y RECODER VALLINA, TATIANA: <i>Obligación de respetar los derechos humanos. Derecho a la vida. Interdicción de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradan-</i>	

	Pág.
<i>tes. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado. Derecho a la libertad y a la seguridad. Derecho al proceso equitativo. Principio de legalidad penal. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. Libertad de pensamiento, conciencia y religión. Libertad de expresión. Libertad de reunión y asociación. Derecho a contraer matrimonio. Derecho a un recurso efectivo. Prohibición de discriminación</i>	307
 V. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA	
NIETO LOZANO, ÁNGELES, y PRADA BARRIO, MARÍA ISABEL: <i>La Actividad Parlamentaria de enero a 11 de junio de 2007 (VII Legislatura)</i>	401
 VI. DOCUMENTACIÓN	
CID VILLAGRASA, BLANCA, y VILLENA CORTÉS, ANA: <i>Consejos Asesores de la Comunidad de Madrid</i>	425
 VII. RECENSIONES	
CARRETERO SÁNCHEZ, SANTIAGO: <i>El Derecho en teoría</i> , de Andrés Ollero . . .	477
LAIZ CASTRO, CONSUELO: <i>Ética pública y buen gobierno</i> , de Jaime Ferri Durá . .	491
VILLARINO MARZO, JORGE: <i>La Administración electoral</i> , de Fabio Pascua Mateo	497
GRECIET GARCÍA, ESTEBAN: <i>Derecho constitucional para la sociedad multicultural</i> , de Erhard Denninger y Dieter Grimm	503
SARMIENTO MÉNDEZ, XOSÉ ANTÓN: <i>Pensamiento republicano y Derecho constitucional. El problema de la irrelegibilidad en las democracias contemporáneas</i>	515

I

TEMA DE DEBATE

El debate sobre la constitucionalización de los derechos fundamentales en la Unión Europea¹

I

A lo largo de 2007 están teniendo lugar a lo largo de toda Europa una serie de actos con que conmemorar los cincuenta años del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que había sido firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. Se instituía entonces la CEE, la Comunidad Económica Europea, una de esas fórmulas tan hábilmente diseñadas con que superar enfrentamientos, desgarrones y traumas que habían dado lugar a la Segunda Guerra Mundial. Pensando razonablemente en adelantarse para erradicar cualquier tentación futura, se había iniciado el proceso de construcción europea², de una parte, y muy tempranamente, con la puesta en marcha del sistema de protección de derechos fundamentales que con tanto acierto impulsó el Consejo de Europa al elaborar en 1950 (Roma, 4 de noviembre) el Convenio para la Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (habitualmente denominado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, o el Convenio de Roma); pero, de otra parte, y en otros terrenos, y con organización del todo diversa, al iniciarse dicha construcción de manera sectorial y separadamente: el carbón y el acero, primero (Tratado CECA —Comunidad Europea del Carbón y del Acero—, de 1951); en 1957 se llevaría a cabo una enérgica ampliación, siempre en sectores especialmente sig-

* Universidad Complutense de Madrid. Presidente de la Asociación Española de Profesores de Derecho administrativo.

¹ Texto de la conferencia pronunciada en Bogotá, en la Universidad Externado de Colombia, el 27 de julio de 2007, en el seno del «VI Foro Iberoamericano de Derecho administrativo» y de las «VIII Jornadas de Derecho constitucional y administrativo».

² Para una síntesis del sistema comunitario, de su evolución, de sus instituciones y de sus reglas jurídicas, me remito al interesante libro del profesor Ricardo Alonso García, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 2007, con muy cuidada bibliografía y selección jurisprudencial.

nificativos: la energía atómica y el sistema económico con el fin de lograr un mercado común ³, muy presente siempre la intención de enervar tensiones entre los Estados y entre los ciudadanos, esas viejas querellas tan pasionales, que tantos desastres habían producido. A partir de allí, tras una larga y zigzagueante evolución, creciendo constantemente, se llegaría a la actual Unión Europea (UE): una organización de muy amplio calado y extensión —de los seis países originarios a los 27 Estados actuales, y no faltan los aspirantes a entrar, como Turquía o Croacia—, con un cualificado nivel de prosperidad económica, con destacada eficacia, con muy positivos efectos para los ciudadanos, y, sin perjuicio de la vitalidad de cada uno de los Estados, que siguen conservando atribuciones irrenunciables —por más que hayan hecho importantes cesiones en su soberanía, como es, por ejemplo, el caso de la moneda única, el euro, asumido por una cualificada mayoría, en proceso de ampliación (con la próxima incorporación de los dos pequeños Estados de Malta y Chipre)—, así mismo con un intenso sistema de integración jurídica. También en 2007, y bien recientemente, como un paso más de esa larga evolución, como culminación del semestre alemán, en el correspondiente Consejo Europeo, celebrado en Bruselas del 23 al 26 de junio de 2007, se ha alcanzado un importante principio de acuerdo, uno de cuyos contenidos incide directamente en lo concerniente a la codificación de los derechos fundamentales, último intento por el momento, que da la impresión ha de conseguir efectos positivos. Analicemos sumariamente la evolución que se ha producido entre uno y otro paso.

II

El arraigo de un sistema económico, sobre todo cuando se pretende que logre intensa y efectiva incidencia sobre una diversidad de Estados soberanos, necesita por fuerza el apoyo de una espesa y compleja estructura jurídica que lo sustente y fortalezca. Como juristas —y prescindiendo ahora de la importante vertiente económica— nos va a interesar así constatar la vitalidad y firmeza que ha logrado adquirir el Derecho comunitario europeo. Y dentro de su consistente papel, hay que resaltar por fuerza el protagonismo inicial del Derecho económico. Eran ante todo los aspectos del Derecho económico los que interesaban: reglas de la competencia, correcto funcionamiento del mercado, sistema de contratos, exclusión de subvenciones y tratos de favor, atención a los consumidores, más tarde, etc. Pero cuando se avanza en un intento tan ambicioso como ése, por fuerza va a tener que hacer su aparición otra problemática jurídica. Es así como el Derecho comunitario se va a caracterizar por una decidida vocación de ir penetrando en los más diversos ámbitos

³ Para la documentación, puede verse Eduardo García de Enterría, Antonio Tizzano y Ricardo Alonso García, *Código de la Unión Europea*, tercera edición, Civitas, 2007; Luis Martín Rebollo, *Código de la Unión Europea*, Aranzadi, 2002.

jurídicos: no se puede poner puertas al campo. Y así, desde esa tensión expansiva, el Comunitario irá penetrando en las más diversas parcelas jurídicas, del Civil y Mercantil, al Administrativo, Financiero y Tributario y Laboral, llegando incluso hasta el Derecho penal y, por supuesto, al Derecho constitucional. Se trata de un imparable proceso de profundización del sistema, con ritmos muy variados, tan pronto acelerones consistentes como reflexión y disminución de la velocidad, o vuelta a recuperar el ritmo.

III

Conforme se aglutine el sistema, hará su aparición una solución contundente, reflejo de las opciones que se han asumido: si los Estados ingresan en las Comunidades, si asumen sus reglas de juego, va a derivar, casi como secuela natural, el principio de tanto significado —rejón incuestionable en la soberanía que había venido rigiendo la vida de los Estados— de que el Derecho comunitario habrá de imponerse al Derecho de cada Estado, desplazándolo en caso de contradicción. Regla de enormes efectos, hoy, en general, y a salvo de pequeños roces, asumida con entera normalidad. Y hay que decir que, como tantas construcciones del Derecho comunitario, es un descubrimiento afianzado paso a paso por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Para lo cual ha resultado de enorme utilidad la introducción en el sistema judicial de la llamada «cuestión», consagrada por el artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE): muy eficaz, en efecto, esa invitación a los jueces nacionales, de cualquier orden que fueran, y ocupen el lugar que ocupen en la escala jurisdiccional, para dirigirse directamente en consulta al TJCE cuando tuvieran duda acerca de si a la hora de resolver algún conflicto debería prevalecer la solución ofrecida por el Derecho nacional o la resultante del Derecho comunitario. Con lo cual, a su vez, se producía el efecto sobresaliente de que el juez nacional, cualquier juez —o tribunal— nacional, se convertía en juez del Derecho comunitario. Dentro de una muy amplia serie de decisiones, se puede recordar el alcance de la sentencia «Simmenthal», de 9 de marzo de 1978, en la que el TJCE, ante la consulta que le había formulado un pretor italiano, le requiere a éste a que él mismo aplique el Derecho comunitario, «dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél»⁴. Hoy es, por consiguiente, planteamiento asumido con todas sus consecuencias —sin que hayan faltado roces y dificultades—, y al que se han ido habituando los órganos jurisdiccionales de los Estados. Incluso, el Proyecto de Constitución Europea, de que luego se hablará, lo codificaba de forma expresa en su artículo 6, en estos términos: «La Constitución y el Derecho adoptado por las institucio-

⁴ Puede verse recogida en Ricardo Alonso García, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Civitas, 2007.

nes de la Unión en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas primarán sobre el Derecho de los Estados miembros».

IV

Pero el proceso de incorporación del principio, tan trascendental y de tantas consecuencias, no ha dejado de ofrecer resistencias. Aludiré sumariamente —es ya agua pasada— a la reacción, tanto de la Corte Constitucional Federal Alemana como de la Corte Constitucional Italiana. Por ejemplo, aquélla, en la jurisprudencia «Solange»⁵, ponía reparos al criterio de primacía del Derecho comunitario si éste pudiera afectar a la protección de los derechos fundamentales, tal y como están configurados en la Constitución Alemana (la «Grundgesetz» o Ley Fundamental de Bonn)⁶. Es decir, entraba de lleno la preocupación, sin duda lógica, por la garantía de los derechos fundamentales, con reticencias desde el derecho interno, a la vista de la escasa atención que les dedicaba el Derecho comunitario. Ésta es una de las causas, entre otras muchas, que avivarían el interés por los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea. Quede ahí esa nota. Es curioso que tras la larga evolución que se ha producido, y a la que voy a referirme seguidamente, pueda terminar resultando que el Derecho comunitario resulte mejor garante de los derechos fundamentales que el Derecho constitucional interno. Hay un caso paradigmático, concerniente precisamente a Alemania, el asunto Kreil, de 10 de enero de 2000. La señora Kreil se encuentra con que, en su redacción originaria, el artículo 12,a.(4), *in fine*, de la Constitución alemana, no permitía a las mujeres formar parte de la oficialidad en las Fuerzas Armadas. Y ella a lo que aspira es a llegar a ser oficial del Ejército. Podían, sí, acceder a la escala sanitaria, a las bandas de música, etc., pero no a la oficialidad. Se va a estimar, en cambio, que tal regla resulta contraria a la regulación comunitaria, muy cuidadosa en el intento de evitar discriminaciones que pudieran estar basadas en el sexo, a la hora de acceder a los puestos de trabajo, incluso en las Fuerzas Armadas. Planteada la correspondiente «cuestión», así lo estimó el TJCE, dando de lleno la razón a Kreil. Será obligado destacar que muy diligentemente Alemania modificó en breve su Constitución para erradicar esa cláusula discriminatoria⁷.

⁵ Me remito a lo que he señalado en mi libro *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Cuadernos Civitas, 2004, 103.

⁶ En lo que concierne a España, es interesante notar que en la reforma constitucional que planteaba el actual Gobierno Zapatero, uno de los puntos que aparecía era el de si sería preciso modificar la Constitución Española de 1978 para incorporar a la misma el principio de primacía del Derecho comunitario. Dicha reforma no ha seguido adelante. Desde mi punto de vista personal, esta modificación no era necesaria: el Constituyente de 1978 era bien consciente de a qué se comprometía, cuando apostaba decididamente, si bien de forma velada, por el ingreso en las instituciones europeas. De hecho, la sentencia «Simmenthal», que acabo de citar, era anterior a la Constitución de 1978. Destaco el especial interés del *Informe* que elaboró el Consejo de Estado sobre dicho proyecto de reforma constitucional, que lleva fecha de 16 de febrero de 2006.

⁷ Véase, sobre esta problemática, Lorenzo Martín-Retortillo, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, 2004, 101 ss.

V

Por tanto, obvias carencias iniciales en el ámbito de los derechos fundamentales. Pero la regulación jurídica de un sistema económico, a poco que se vaya integrando, por muy centrado que se halle en los problemas de la economía, tiene que asumir, sin falta, la presencia de algunos derechos fundamentales, cuya presencia se requerirá puntualmente para ir abordando los problemas concretos que van apareciendo. Piénsese, por ejemplo, en la no discriminación, entre varones y mujeres, o entre nacionales y extranjeros, en relación con las opciones laborales, o con la retribución; en el derecho de propiedad y, en general en la garantía y respeto de los bienes y titularidades (por ejemplo, en relación con la expropiación forzosa o, incluso, frente a posibles nacionalizaciones); en la posible responsabilidad patrimonial de las instituciones comunitarias por los daños causados; en el derecho a la libre circulación de personas, mercancías y servicios; en la protección del domicilio de las empresas; etc. Por muy apegado que esté un sistema a la economía —y sabido es cómo la Unión Europea iría agrandando progresivamente sus empeños, sus competencias y funciones—, la seguridad jurídica va a reclamar la solidez que representan reglas jurídicas como las referentes a los derechos fundamentales que se han mencionado. Y es que en el rico universo de los derechos fundamentales hay algunos de ellos especialmente próximos al campo de lo económico. El caso es que se iniciaría un largo y duradero proceso de formalización de los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea⁸. De nuevo hay que atribuirle el mérito inicial al Tribunal de Justicia, que comenzaría «inventando» los derechos fundamentales en el sistema comunitario, como «principios generales» extraídos de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. No será preciso recordar ahora —lo ha destacado unánimemente la doctrina—, el peso que en la jurisprudencia del Tribunal adquieren las decisiones «principalistas». Significado así de los principios generales en el sistema de fuentes del Derecho comunitario, modalidad de la mayor utilidad en un ordenamiento jurídico tan asistemático, tan abundante en lagunas y disfuncionalidades. Lo que nos recuerda la larga evolución del Derecho administrativo francés y el señero papel desempeñado por el Consejo de Estado, poniendo orden en la caótica legislación, y recurriendo con frecuencia a los principios generales del derecho, y, prácticamente, inventando el moderno Derecho administrativo. Algo similar en el Derecho comunitario: al margen de que jueguen su papel, y reflejen los equilibrios de poder, no son pocas las críticas a la escasa calidad de tantas normas comunitarias. Es uno de los argumentos recurrentes de la doctrina, y empeño, el de

⁸ En relación con esta evolución, véase, por todos, Juan Antonio Carrillo Salcedo, «La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas», capítulo XVIII del volumen colectivo *Tratado de Derecho comunitario europeo*, II, Civitas, Madrid, 1986; Ricardo Alonso García, «Derechos fundamentales y Comunidades Europeas», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, II, Civitas, Madrid, 1991, 799 ss.; Lorenzo Martín-Retortillo, «Para una afirmación de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Poder Judicial*, 57 (2000), 31 ss.

la mejora, periódicamente anunciado, si bien de muy difícil realización. De ahí la utilidad de la metodología «principal» que ha colaborado a resolver tantos problemas. Pero lo que me interesaba destacar en este punto es el proceso de progresiva aparición de derechos fundamentales.

VI

Aludiré a otra característica que se superpone, en parte derivada de algo que ya se ha dicho. Era necesario y elemental, por supuesto, algo querido y asumido, y sin duda, de efectos muy positivos, pero a los juristas se nos ha complicado sobremanera nuestro oficio. Aunque por ello, el reto de los estudiosos consista en hacer patentes los problemas y tratar de buscarles solución. Me gusta recalcar, en efecto, que vivimos tiempos de «interconexión de ordenamientos jurídicos»⁹. Y resulta así inevitable el contraste con la «placidez» tradicional, el «bucólico» panorama de antaño. Por más que siempre hayan surgido problemas en el momento de la aplicación del derecho, la unidad de origen de las normas, el saber que uno tenía que centrarse, en principio, en aquello que había aparecido en la Gaceta, o el Boletín Oficial del Estado, como se designa ahora al diario oficial español, era antes un elemento de tranquilidad y de certeza. Hoy, en cambio, vivimos en el sobresalto de constatar que acaso se van a imponer normas o, incluso, soluciones jurisprudenciales, que vienen de lejos, vienen de fuera, y de las que hemos perdido el control, por más que participemos de alguna manera en su elaboración. El Derecho comunitario en concreto, como se dijo, desplaza al derecho de los Estados, o, dígame lo mismo de la normativa de la Organización Internacional del Comercio, aspecto que no analizaré ahora. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desempeña un gran papel a la hora de modular cómo sea en efecto ese Derecho que se va a imponer. Pero aparte del que llamamos Derecho comunitario (el propio de la Unión Europea, heredera de las anteriores «Comunidades»), como algo bien diferenciado, y recalcando la necesidad de no confundir organizaciones y fórmulas, existe el Consejo de Europa, en cuyo seno ocupa un lugar destacado y muy activo el sistema de derechos fundamentales propiciado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y con el que nuestros Estados se han comprometido también. A similitud de vuestro Pacto de San José, el que llamamos sistema de Estrasburgo, complementa la fuerza del contenido sustantivo del Convenio —instrumento internacional que los Estados han asumido voluntariamente, y con el que se han comprometido, por ende— con la eficacia y activismo del Tribunal garante del mismo, el Europeo de Derechos Humanos, llamado habitualmente Tribunal de Estrasburgo, por ser esa ciudad francesa la sede del mismo. Es autor de una abundante y rica jurisprudencia —en constante evolución, ade-

⁹ Me remito a mi citado libro *La interconexión de los ordenamientos jurídicos*, escrito para la grata ocasión de mi discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

más— que no sólo se impone a los Estados, sino que ofrece también la virtualidad de desplazar al derecho interno que esté en contradicción con la misma.

Lo que fuerza a estar muy atentos a toda esa legislación, pero también a la ingente jurisprudencia aplicativa, no siempre disponible con facilidad y cuyo manejo a veces resulta complicado: he destacado así en otros lugares cómo las sentencias del Tribunal de Estrasburgo se publican oficialmente sólo en francés o en inglés, sin que falten ocasiones en que no sea fácil disponer de versión en español.

VII

En este sentido, situándonos en la perspectiva que hoy día podemos contemplar, teniendo muy presente esa realidad de la interconexión de ordenamientos jurídicos, tan viva, y tan contundente, la observación de nuestros sistemas jurídicos, me lleva a una nueva constatación, en la que vengo insistiendo recientemente¹⁰, que va a permitir hablar de una «triple vía» para la defensa de los derechos fundamentales. Tres fórmulas, muy próximas en su alcance, contenido y funcionalidad —cincelada cada una de ellas teniendo muy presentes a las otras y siempre con recíprocas influencias—, pero que formalmente son diferentes, ofrecen peculiaridades propias y, en ocasiones, van a suscitar problemas de roces y tensiones.

a) A considerar, en primer lugar, la vía de las constituciones: hay que tener en cuenta, ante todo, que los Estados, sobre todo a partir del final de la Segunda Guerra Mundial —ejemplos, así, del Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946, de la Constitución Italiana de 1947, luego de la «Grundgesetz» Alemana, etc.—, aun contando con notables precedentes, se han preocupado por llevar al texto de sus Constituciones un significativo paquete de disposiciones referentes a los derechos fundamentales y sus fórmulas de garantía, en un proceso ininterrumpido —pienso en el dato algo posterior de las Constituciones de Portugal, de España o de Colombia— y por el momento, imparable —a recordar así las recientes Constituciones, tan numerosas, de los Estados del Este de Europa—. Destacaré, por ejemplo, que, en el caso de España, el Tribunal Constitucional tiene que dedicar gran parte de su tiempo a resolver los «recursos de amparo», pieza señera en el ámbito interno para la garantía de los derechos fundamentales, en un proceso desbordante, que una reciente reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, intenta racionalizar, evitando recursos intrascendentes o duplicaciones innecesarias.

b) Desde otra perspectiva, está el otro sistema ya referido del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con el activo protagonismo del Tribunal

¹⁰ Me remito a mi libro *Vías concurrentes para protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europeas*, Cuadernos Civitas, 2006.

Europeo de Derechos Humanos, o Tribunal de Estrasburgo, sistema que ha sido aceptado por todos los Estados que integran la Unión Europea. En este nivel, hay que constatar la desbordante tarea que viene realizando el Tribunal de Estrasburgo, prueba de la confianza que suscita. Les diré que en general, y salvo excepciones, los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados están muy pendientes de las líneas que marca la jurisprudencia de Estrasburgo. Por centrarme de nuevo en el caso de España, es fácil constatar lo atento que está el Tribunal Constitucional a las directrices que introduce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su cotidiana labor de resolver los casos. Pero no sólo España. Es igualmente ejemplar, por dar otra muestra, la respuesta del Reino Unido que con su Ley de Derechos Humanos (Human Rights Act, de 1998) ha transpuesto al sistema británico los contenidos centrales del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Admira el grado de respeto de las instituciones británicas para con las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, el cuidado contraste que lleva a cabo el Parlamento a la hora de elaborar cada nueva ley, como destacaba recientemente Omar Bouazza Ariño desde las páginas de la Revista de Administración Pública ¹¹.

c) Vías a las que hay que sumar el camino propio de la Unión Europea. Aludía antes al proceso de penetración de la sensibilidad por los derechos fundamentales a través de una larga evolución, algunos de cuyos pasos más destacados describiré enseguida.

Es así como nos vamos a encontrar con esta triple vía para la protección de los derechos fundamentales. Refuerzo consistente para su defensa, aunque, en ocasiones, esta abundancia origine roces y conflictos, que han de reclamar por fuerza la atención de los especialistas.

IX

Largo proceso, en efecto, de formalización en la Unión Europea de compromisos referentes a los derechos fundamentales. No es fácil avanzar, dado el creciente número de socios, muy presente también que cada reconocimiento marca una serie de exigencias y obligaciones para cada uno de los Estados. Pero el avance ha sido constante e imparable, incesante ¹². Un testimonio preclaro es el que se consigue cuando en 1992 se hace en Maastricht (Holanda) el Tratado de la Unión Europea ¹³. Se va a incluir así en el primer escalón jurídico un precepto, el artículo 6 en la numeración actualizada, que se inicia con las siguientes afirmaciones:

¹¹ Omar Bouazza Ariño, «El impacto de la jurisprudencia de Estrasburgo en materia de planificación y domicilio en el Derecho inglés», *Revista de Administración Pública*, 164 (2004), 407-434.

¹² Me remito para más detalles a Lorenzo Martín-Retortillo, «Para una afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Revista del Poder Judicial*, 57 (2000), 31 ss.

¹³ Véase, por todos, Eduardo García de Enterría, *I diritti fondamentali nel Trattato di Maastricht*, Universidad de Bolonia, SPISA, Bologna, 1992.

«1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

La simple lectura del texto impresiona ya por lo que representa, con afirmaciones que, por una serie de razones, han ido ganando consistencia al ir siendo reforzadas posteriormente. Nótese la especial referencia a la técnica de los principios generales del derecho, que implica una destacada codificación de la forma de proceder del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El «basarse en», y el «respetar», es ya un cierto grado de compromiso, con el conjunto tan amplio de valores que se enumera. Aquí hay que insertar una doble reflexión. El grado de compromiso, de una parte, puede ser mucho más intenso. Pero, de otra, una cosa es remitirse a instrumentos, por así decir ajenos, y otra bien distinta elaborar instrumentos propios, incorporados de lleno al sistema jurídico comunitario. En esta doble dirección se ha pretendido avanzar, y, de hecho, se ha avanzado un gran trecho.

X

Así las cosas, tras los sucesivos pasos de maduración y preparación, después de muchos esfuerzos, fracasos e insistencias¹⁴, la Unión Europea elaborará un texto propio, aspirando alcanzar una moderna *declaración de derechos*, y es así como se da el avance decisivo de llegar a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se presentó al Consejo Europeo de Biarritz los días 13 y 14 de octubre de 2000, hecha en Niza en el Consejo Europeo de 7 de diciembre de 2000, donde sería solemnemente proclamada —y des-

¹⁴ Me remito de nuevo a lo estudiado en mi citado trabajo, «Para una afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea».

En 1994 se ponía en marcha así un proyecto de Constitución Europea, que albergaba una amplia lista de derechos fundamentales.

Especial peso y significado logró en tan intenso proceso el llamado «Informe Pintasilgo», «Por una Europa de los derechos cívicos y sociales», de 1996, elaborado por el «comité de sabios», presidido para la que fuera Jefe del Gobierno de Portugal, María Lourdes Pintasilgo, que dio así su nombre al documento —comité del que formó parte uno de sus más brillantes expositores luego, el profesor García de Enterría—, poniendo el acento en la necesidad de incorporar los derechos fundamentales al acervo comunitario, y de dar cabida, sin excusa, a los llamados derechos sociales.

Tuve el honor de participar en el «Informe Simitis», de 1998, que insistiría en la conveniencia de codificar y hacer ostensibles los derechos fundamentales, con lo que se iba preparando el terreno para llegar a la Carta, de que se va a hablar a continuación.

Pero, insisto, fueron numerosos los pasos que propugnaban una profundización del alcance de los derechos fundamentales en lo que ahora llamamos la Unión Europea, con postura muy activa de los estudiosos y, en ocasiones, del Parlamento o de la propia Comisión.

taco lo de «proclamada»— por los tres órganos de gobierno de la UE, el Parlamento Europeo, presidido a la sazón por la señora Weil, el Consejo, encabezado por el Presidente de la República Francesa, Mr. Chirac, y la Comisión, dirigida entonces por el señor Romano Prodi, actual Jefe del Gobierno de Italia ¹⁵.

No hay nada nuevo bajo la tierra: debo destacar así que se trata de un texto de síntesis, que se nutre del consistente caudal existente en materia de derechos fundamentales, si bien va a innovar y a añadir relevantes aportaciones con que situarse a la altura de nuestros tiempos. Ese afán de utilizar lo ya existente ha quedado reflejado con toda claridad en el párrafo quinto del Preámbulo, que se expresa en estos términos:

«La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

Tributo justo a un muy rico material, que forzoso resultaba aprovechar: en definitiva, es el resultado de ingentes esfuerzos. Es así como hallarían cabida los derechos y libertades que podemos denominar tradicionales, desde, entre otros, el derecho a la vida, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión, o la superación de discriminaciones entre varones y mujeres. Pero, como digo, el respeto a la tradición no es obstáculo para incorporar igualmente un buen número de reglas jurídicas que las exigencias de nuestro tiempo reclaman, como la protección de datos personales (art. 8), el derecho a disfrutar de la propiedad «de los bienes adquiridos legalmente» (art. 17), la no discriminación por razón de la «orientación sexual» (art. 21.1) —intento de resolver fenómeno tan emocional, tratado históricamente de manera tan injusta y que hoy se conviene en Europa que debe ser normalizado con entera naturalidad—, o, por ejemplo, en el ámbito de la medicina y la biología: el apartado segundo del artículo 3 (Derecho a la integridad de la persona), queda así redactado:

¹⁵ Véase, tempranamente, la lección inaugural del curso académico en la Universidad Autónoma de Madrid, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, 2000, a cargo del profesor Álvaro Rodríguez Bereijo, que fue uno de los redactores de la misma, nombrado a propuesta del Presidente del Gobierno de España; recientemente, con muy amplia documentación, Ricardo Alonso García y Daniel Sarmiento, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, Concordancias, Jurisprudencia*, Civitas, 2006.

«En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

- el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley;
- la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular de las que tienen por finalidad la selección de las personas;
- la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro;
- la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos».

En lo que concierne a los derechos sociales, encontramos una muy amplia y destacada presencia, sobre todo en el capítulo IV, dedicado a «Solidaridad», aunque ciertamente se suelen plantear enmarcados en «lo que disponga la Ley» —es decir, que el juez no pueda inventar o añadir por sí mismo, desde una cierta prevención al «activismo judicial»—: seguridad social y ayuda social (art. 34), derecho de negociación y de acción colectiva (art. 28), derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27), protección en caso de despido injustificado (art. 30), etc.

XI

La Carta se apoya en significativos elementos simbólicos, lo cual parece connatural a cualquier declaración de derechos, y fue objeto de una elaboración ejemplar en lo concerniente a la participación, acudiéndose así a la fórmula de que fuera redactada por una «Convención», lo cual forma parte ya de ese reforzamiento de lo simbólico.

Quería hacerse un gran documento de la Unión Europea aprovechando el significado que se le dio a ese momento del principio y final del siglo y del milenio, y se pensó además que así se conmemoraban los cincuenta años de la promulgación en Roma, el 4 de noviembre de 1950, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que papel tan trascendental había representado y sigue desempeñando.

En esta línea se optó por que en lugar de un documento preparado por funcionarios, como suele ser habitual, actuara una amplia asamblea, a la que expresamente se denominó Convención —con todas las implicaciones que evoca el término—, integrada por 15 representantes de los Presidentes de Gobierno de los países de la Unión, muy cuidadosamente seleccionados —uno por cada Estado, que entonces eran 15—, 30 de los Parlamentos de cada Estado, 16 del Parlamento Europeo, y uno de la Comisión Europea, contando con cualificados observadores, entre otros, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Consejo de Europa o del Defensor del Pueblo europeo.

Celebró su sesión constitutiva el 17 de diciembre de 1999 y eligió Presidente al conocido jurista Roman Herzog, que había sido Presidente de la República Federal de Alemania (y, antes, de su Tribunal Constitucional Federal), actuando como Vicepresidente jurista de tanta calidad como Guy Brai-

bant, tan vinculado al Consejo de Estado Francés. La Convención, tras arduas discusiones y debates, que pudieron seguirse por Internet, que sirvió también como cauce para enviar sugerencias, con lo que quedó asegurada ampliamente la participación, adoptaría el texto, el 2 de octubre de 2000.

XII

Quiero resaltar, que entre las novedades que se incorporan a la Carta, en una vertiente menor, si se quiere, y junto a aspectos de gran trascendencia, hay algo que a mí como administrativista me interesa especialmente, y es que se dedica señalada atención a la Administración Pública. Y no sólo de forma indirecta o refleja —a consecuencia de las cargas y limitaciones que derivan habitualmente de los derechos y libertades garantizados—, sino de manera directa, apuntando, entre otras cosas, a su forma de ser y proceder. En varios preceptos se aborda la manera de actuar de la Administración, pero merece especial interés el artículo 41, en el que se consagra el «Derecho a una buena administración»¹⁶, en una línea que tuvo una formulación pionera en la Constitución Italiana de 1947, con su referencia al «*buon andamento dell'amministrazione*», que luego se ha expandido con generosidad, y que podemos encontrar así, entre otros, en el Derecho colombiano. Está redactado así:

«1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente;
- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;
- la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua».

Adviértase que a estas reglas se las engloba ahora dentro de un derecho fundamental —recuérdese el vivo debate acerca de qué puedan considerarse

¹⁶ Aspecto que he abordado en mi trabajo, *Dos notas sobre la Carta*, en el seminario dirigido por Eduardo García de Enterría, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, 183 ss.

derechos fundamentales—, con la secuela, obvia, de que haya de disponerse de un «recurso judicial efectivo» a la hora de defenderse frente a posibles violaciones.

Destacaré en qué gran medida la redacción que se ha dado al precepto implica un traslado al orden del procedimiento administrativo de lo que eran peculiaridades que habían ido arraigando en el sistema procesal, en relación con las actuaciones ante los tribunales de justicia.

XIII

Mi opinión es decididamente positiva respecto a la elaboración de la Carta y a su contenido. Fue una operación compleja, que ofreció muchas dificultades, para cuya consecución hubo que pactar y negociar, de ahí que junto a preceptos taxativos y lineales, de inequívoca virtualidad —en general los derechos y libertades más arraigados, como el derecho a la vida, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, etc.—, en otros casos los artículos ofrecen salvedades y distinguos, no siendo rara la reserva a lo que dispongan las leyes nacionales —metodología que se observa en algunos de los derechos sociales de más moderna implantación—. Fruto de estas diferencias es el resultado final en cuanto a la virtualidad de la Carta. Destacaba antes que había sido «proclamada». En efecto, y lo fue solemnemente. Pero nunca fue promulgada como una norma jurídica, nunca se le dotó del marchamo jurídico que la hiciera inequívocamente vinculante. La firma solemne por la Presidenta del Parlamento, y por los Presidentes del Consejo y de la Comisión, implica que estos tres órganos se consideran vinculados por la Carta. Más aún, la Comisión ha recalcado de manera especial que cualquier norma que provenga de ella ha de ser contrastada expresamente con el contenido de la Carta, para asegurar su correcta adecuación. De recordar así la «Comunicación de la Comisión», de 27 de abril de 2005, sobre el «Respeto de la Carta de Derechos Fundamentales en las propuestas legislativas de la Comisión. Metodología para un control sistemático y riguroso». Pero la realidad es que no ha sido formalmente declarada como norma. ¿Quiere esto decir que no surte efectos jurídicos? Se ha entablado, en efecto, un vivo debate acerca de la eficacia de la Carta ¹⁷. Es curioso, porque cualificados Tribunales la mencionan especialmente a la hora de fundamentar sus argumentaciones, desde el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, o el Tribunal de Primera Instancia, también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, u otros, como, y muy tempranamente, el Tribunal Constitucional Español. Lo que, por otro lado, me recuerda el proceso de propagación de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de los revolucionarios franceses, de 1789: el significado así de la temprana traducción de Nariño, aquí en Bogotá (de la que tan duras secuelas se le seguirían); o la de Picornell en

¹⁷ Me remito así a mi trabajo «La eficacia de la Carta», *Azpilcueta*, 17 (2001), 19 ss.

Caracas; Declaración que, por cierto, hoy forma parte del «bloque de la constitucionalidad» en Francia, y a mí me gusta recalcar que ha penetrado de lleno en el Derecho comunitario, a través de la referencia que se hace a las «tradiciones constitucionales de los Estados miembros»¹⁸.

XIV

El panorama cambió radicalmente cuando a partir de 2004 apareció el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, o simplemente denominado, Constitución Europea, que ha representado una amplísima movilización de la opinión pública así como de la atención de los estudiosos. La introducción con toda intención del nombre de Constitución era ya un paso destacable. El texto innovaba sobre todo en los mecanismos de toma de decisión —el peliagudo tema del quórum en una organización, ahora con 27 socios—, en la idea de superar el carácter itinerante, el famoso relevo cada semestre —albergando el Estado correspondiente la celebración de los consejos especialmente relevantes—, lo que nos recordaba un poco el ejemplo de las Cortes itinerantes en la Edad Media europea, así como el fortalecimiento de un responsable de la política exterior. Pero, al margen de unos cuantos problemas vitales, la propuesta consistía sobre todo en una codificación de lo ya existente, tratando de racionalizar un tanto el complejísimo entramado normativo de la Unión Europea. De modo, que no eran demasiadas las novedades. Donde sí se producía un salto cualitativo era en relación con la Carta: se transcribía íntegramente —Preámbulo incluido—, con muy ligeros ajustes y alguna cláusula de salvedad¹⁹, pasando a formar la Parte Segunda del texto de la Constitución. Lo que significa que adquiría relevancia de norma constitucional, cobrando así pleno valor normativo. De manera que, tal y como estaba redactado el Proyecto, se solventaba de forma expresa el problema de su eficacia.

La Constitución suscitó esperanzas e ilusiones, muy presente, como digo, en el debate jurídico de los últimos meses —se le han dedicado abundantísimas páginas, congresos, seminarios, conferencias, etc.— y fueron muchos los que la acogieron con alborozo. Varios países, como España, la aprobaron por referéndum de la Nación, mientras otros lo hicieron por simple refrendo del Parlamento. También suscitó rechazos, por ejemplo en los llamados «euroescépticos», los partidarios de no aumentar los poderes de la organización europea. En esta tesitura, el globo se deshinchó, creo que de manera coyuntural y excepcional, a consecuencia del referéndum francés, que resultó fallido. En mi opinión, influyó decididamente el acre debate en el seno del Partido Socialista francés, que había sido siempre decidido partidario del sistema europeo, que había apoyado con fuerza desde el comienzo. Influyó también

¹⁸ Me remito a mi citado trabajo *Dos notas sobre la Carta*, 186 ss.

¹⁹ Sobre los matices y salvedades introducidos, véase Lorenzo Martín-Retortillo, *Vías concurrentes para la defensa de los derechos humanos*, cit., 120 ss.

el debate sobre la «Directiva de Servicios», desde el temor de que pudiera afectar a derechos laborales consolidados (luego, la Directiva se ha aprobado, sin que se confirmaran tales temores). El no francés influyó sin duda en el referéndum holandés, y el resultado fue también negativo en esta segunda ocasión. El Reino Unido, desde sus conocidas reticencias, había quedado a la espera, pero, a la vista de los dos fracasos reseñados, quedó demorada la decisión británica.

XV

Se ha vivido así un período de incertidumbre, un auténtico *impasse*, barajándose todo tipo de hipótesis, desde la de esperar y repetir el referéndum en dichos países, confiando en una situación más propicia, hasta la de acortar de forma radical el proyecto. Unos y otros estadistas se han mostrado muy activos en la búsqueda de fórmulas que permitieran la superación del problema. Muy laboriosa así la Canciller de Alemania, la señora Ángela Merkel, decidida a hallar una solución a lo largo del «semestre alemán» —el primero de 2007—, en que ella presidía el Consejo. Y, en efecto, en el último Consejo del semestre, celebrado en Bruselas desde el pasado 23 de junio, tras laboriosas y arduas negociaciones, se alcanzó el acuerdo, como suele ser habitual en la historia de la evolución de la organización europea. Por de pronto, se desecha el nombre de Constitución, también con todo lo que tiene de simbólico, y se opta por introducir las novedades modificando el Tratado de la Unión Europea, con lo que se desarmen algunas de las reacciones²⁰. Fueron muy vivas las discusiones acerca de los criterios referentes a la toma de decisiones y acuerdos, superándose la dura postura de Polonia, con un alargamiento del plazo para la entrada en vigor de tales disposiciones. Desaparecen algunas de las novedades que introducía la Constitución, señaladamente en materia de símbolos. Va a producirse una intensa refundición de los Tratados hoy vigentes, desde esa idea recurrente de simplificar el panorama normativo y hacer-

²⁰ El proceso de codificación seguirá así su curso con las peculiaridades que se vienen indicando. Cada nueva etapa resulta trabajosa. Pero se afianza como incuestionable el propósito de la Unión Europea de seguir avanzando por la senda de los derechos fundamentales. Un excelente ejemplo lo constituye el dato de que se acaba de acordar la creación de una «Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», a través del Reglamento número 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, que apareció en el «Diario Oficial de la Unión Europea», el 22 de febrero de este mismo año de 2007. El Preámbulo pone énfasis en el compromiso de la Unión Europea —y, por tanto, de toda su organización, así como de todos los que tengan que aplicar el Derecho comunitario (es decir, los Estados)— con los derechos fundamentales. No falta ciertamente la referencia a la Carta. La creación de la «Agencia» apunta directamente al reforzamiento de la garantía y efectividad de los derechos fundamentales, para lo que se prevén variadas modalidades de actuación: supervisar puntualmente el grado de respeto por las diversas organizaciones de la UE y por los diversos Estados y denunciar los incumplimientos; preparar datos y estudios; elaborar conclusiones y dictámenes; fomentar el diálogo con la sociedad civil y sensibilizar a la opinión pública; elaborar propuestas, etc.

Es decir, que no basta con codificar normas: se da un paso más y se aspira a consolidar un organismo independiente desde el cual irradiar mensajes positivos, pero también vigilar y sopesar, desde la pretensión de alcanzar resultados efectivos.

lo más inteligible y funcional. Y he dejado para el final, para ir concluyendo ya, lo referente a la Carta de Derechos Fundamentales, objeto también de la atención de los negociadores. La respuesta ha resultado claramente positiva en este punto, no obstante algunas serias reticencias. Se ha convenido en que había que dar carácter vinculante a la Carta, proclamando de manera expresa su vigencia y carácter obligatorio. En este sentido, se ha acordado promulgarla expresamente y afirmar su operatividad jurídica. Se trata, por consiguiente, del gran paso que no logró darse cuando se elaboró en el 2000. Se desbloquea así el problema, con carácter general. Eso sí, como resulta frecuente en la evolución del sistema comunitario, habrá algún párrafo específico para satisfacer las exigencias, por ejemplo del Reino Unido, estableciendo algunas matizaciones. Del resto, normal operatividad y eficacia de la Carta. Precisamente, cuando yo salía de Europa, comenzaba sus sesiones en Bruselas la Conferencia Intergubernamental (CIG) encargada de dar cuerpo y de redactar los acuerdos tomados en el Consejo Europeo. La Conferencia Intergubernamental se ha reunido, en efecto, los días 23 y 24 de julio de 2007 y, actuando con toda diligencia, ha dado a conocer ya el texto —que yo he podido consultar en Internet— de lo que se va a reformar en el Tratado de la Unión Europea, así como otros instrumentos. Entre ellos, las «Declaraciones», la undécima de las cuales contempla que la Carta será solemnemente proclamada por el Parlamento Europeo, por el Consejo y por la Comisión²¹. Se está pendiente, por tanto, de que se lleven a cabo los pasos que acaban de ser acordados. Desde el punto de vista del contenido de esta ponencia, el colofón consiste en que se refuerza la idea de codificar los derechos fundamentales, dando vida plena a este instrumento de la Unión, para la Unión²².

²¹ Otro problema pendiente en la Unión Europea es el de las relaciones del Derecho comunitario con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el gran texto del Consejo de Europa. Para superar pasadas dificultades —así, el informe negativo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 28 de marzo de 1996—, se había convenido en que el proyecto de Constitución, que acaba de decaer, contemplara de forma expresa la adhesión de la Unión Europea al Convenio. Por su parte, el Consejo de Europa —auténtico *dominus* del Convenio—, había contemplado de manera formal tal posibilidad, al incluir una cláusula *ad hoc* en el Protocolo Adicional número 14 al Convenio. Con lo cual, un Convenio pensado inicialmente para vincular a los Estados se abría también ahora a esta peculiar organización internacional que es la Unión Europea. Pues bien, la Primera de las declaraciones que la Conferencia Intergubernamental ha aprobado el 23 de julio de 2007 retoma dicha opción, si bien precisando que la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos habrá de hacerse con las modalidades que permitan conservar las especialidades del orden jurídico de la Unión. Debo añadir por mi cuenta que ahí late sin duda, entre otros problemas, el de la relación entre los dos Tribunales Europeos, el de Luxemburgo y el de Estrasburgo, o, dicho en otras palabras, el de la Unión Europea, integrado sólo por jueces de los países de la Unión Europea, y el del Consejo de Europa, del que forman parte también jueces que no pertenecen a Estados de la Unión Europea.

²² Por cierto, que ha causado sorpresa que las noticias que informan de la puesta en funcionamiento de la Comisión Intergubernamental y del inicio de sus trabajos anuncian también que Polonia, sorpresivamente, habría cambiado de opinión con posterioridad al Consejo, y no estaría dispuesta ahora a comprometerse con la Carta. Sería un nuevo testimonio del proceso que antes refería de lo complicado que resulta tomar acuerdos en un club con tantos socios, y más cuando puedan derivar compromisos vinculantes, en esa sucesiva acumulación de avances, de acelerones, también de frenazos, y de los esfuerzos para lograr el desbloqueo. A estas alturas, no puedo conocer en absoluto cuál vaya a ser el alcance efectivo de estas reticencias, aparte de que mis informaciones son, por el momento, muy limitadas. Pero creo puede partirse de la seguridad de que eventuales incidentes como éste no van a impe-

Debo decir que el interés de autores y estudiosos por la Carta y su problemática continúa en alza ²³, muy abiertos los ojos a ver cómo se conjugan los problemas que suscita esa triple vía para la defensa de los derechos fundamentales, a que antes me refería, y a cómo hayan de resolverse ²⁴.

dir la puesta en marcha de la efectividad de la Carta, acaso den lugar a alguna reserva o a la formalización de alguna excepción.

²³ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia SEJ 2005-08538, sobre «El reto de los derechos fundamentales en el seno de una sociedad pluralista», del que yo mismo soy director.

²⁴ Cierro la redacción de este trabajo en Redes (La Coruña), el 3 de agosto de 2007, si bien, al corregir pruebas, puedo puntualizar que los pasos previstos se han ido cumpliendo, habiéndose producido la decisiva aprobación del instrumento llamado a ocupar el espacio que antes se atribuía a la Constitución Europea. En efecto, el 6 de diciembre de 2007 se logró el nuevo tratado de Lisboa, que ya ha comenzado a ser ratificado y, de hecho, ya han sido varios los Estados que han dado los pasos necesarios según su propio ordenamiento consuetudinario. Según la nueva solución, se apuesta decididamente por considerar vinculante y dar plenitud de efectos jurídicos a la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, si bien con ciertas especialidades en relación con el Reino Unido y Polonia. Por su parte, se ha mantenido igualmente el criterio del anterior proyecto, de que la Unión Europea se adhiera al Convenio Europeo de Derechos Fundamentales. En definitiva, la apasionante aventura de la codificación de los Derechos Fundamentales, con la pretensión de hacerlos efectivos, sigue su curso, por más que se sea consciente de que es un empeño que tiene paciencia, habilidad y tesón, y saber tomarse el tiempo necesario.

II

ESTUDIOS

La Ley Orgánica 6/2007 y el juez de la Ley

Sumario: I. UNA REFORMA NECESARIA.—II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO OBJETO DIRECTO E INDIRECTO DE LA REFORMA.—III. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO OBJETO DE LA REFORMA.—IV. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.—4.1. La competencia de las Salas.—4.2. La presentación de la cuestión de inconstitucionalidad.—4.3. La personación de las partes procesales.—V. LA CUESTIÓN INTERNA DE CONSTITUCIONALIDAD.—VI. LA INCIDENCIA DE LA LO 6/2007 EN LA RELACIÓN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL-OTROS PODERES PÚBLICOS.—6.1. El Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.—6.2. La integración del Tribunal Constitucional: el Tribunal Constitucional y las Cámaras parlamentarias.—VII. LA PRÓRROGA DEL MANDATO DEL PRESIDENTE: DE LA COSTUMBRE A LA LEY.—VIII. LA LO 6/2007 COMO RESPUESTA A LA CRISIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—IX. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

I. UNA REFORMA NECESARIA

La rapidez con que se desarrolló el Título IX de la Constitución de 1978 pone en evidencia el consenso de que estuvo revestida desde el primer momento la creación del Tribunal Constitucional como órgano encargado de la justicia constitucional. Menos de un año tardaron las Cortes en aprobar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 2/1979, de 3 de octubre) y el Tribunal dictó sus primeras sentencias en enero de 1981.

Su labor ha sido esencial en la puesta en marcha de las instituciones constitucionales, y la doctrina emanada de sus sentencias ha incidido sustancialmente en una serie de ámbitos jurídicos entre los que cabe destacar la organización del Estado autonómico, el desarrollo de los derechos fundamentales y la articulación de las garantías procesales. Su protagonismo en la implementación del modelo constitucional es indiscutible, y, sin embargo, desde hace casi dos décadas su eficacia ha sido reiteradamente puesta en entredicho y no

★ Profesora titular de Derecho constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

cabe duda de que es un síntoma preocupante el que un órgano empiece a ser cuestionado a los nueve o diez años de su creación.

El diagnóstico de la situación no ha sido difícil: el uso generalizado e indiscriminado del recurso de amparo ha hecho que esta vía procesal de defensa de derechos fundamentales haya perdido el carácter subsidiario con que fue concebido, de manera que el Tribunal Constitucional ha pasado a ser una última instancia procesal, y no sólo de los procesos en los que realmente se dirimen violaciones de los derechos fundamentales sino también casi en cualquier tipo de procesos en los que la presentación del recurso de amparo se utiliza por la parte perjudicada por la sentencia dictada en el proceso previo como una fórmula de alargamiento de la causa; el hecho de que más del 96 por ciento de los recursos de amparo que se presentan sean inadmitidos por el Tribunal Constitucional da una idea de la insustancialidad de los mismos.

La avalancha de recursos de amparo ha entorpecido gravemente la labor del Tribunal Constitucional, no sólo en relación con los amparos, sino en su actividad global, que se ha ralentizado hasta extremos inadmisibles; no es de recibo que el Tribunal tarde tres, cinco, seis y hasta diez años en resolver sus procesos, sean éstos de control de constitucionalidad, de amparo o de conflictos competenciales. Como bien ha indicado reiteradamente el mismo Tribunal Constitucional (entre otras muchas, SSTC 24/1981, de 14 de julio, 119/1983, de 14 de diciembre, 43/1985, de 22 de marzo, 223/1988, de 24 de noviembre), siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la justicia tardía no es justicia, y a tenor del razonamiento podemos decir que una actuación de la justicia constitucional tan absolutamente extemporánea pierde el significado con que ha sido configurada en la Norma constitucional.

La denuncia de la situación no ha dejado de ser reiterada e incansablemente resaltada por los sucesivos presidentes y magistrados del Tribunal, así como por la doctrina; la ocupación de más de un 95 por ciento de la actividad total del Tribunal por los recursos de amparo (ya sea en los trámites previos de admisión, ya sea en la actividad juzgadora propiamente dicha) deja en un ridículo porcentaje el tiempo que el Tribunal Constitucional tiene que distribuir entre los demás procesos constitucionales, en detrimento de los mismos e incluso de los amparos. La cuestión reviste una gravedad especial desde el momento en que la pérdida de eficacia arrastra buena parte de la credibilidad en el órgano, así como de su funcionalidad en el esquema constitucional de relación entre los poderes, tanto estatales como territoriales.

Que la situación estaba desbordada desde hace tiempo lo demuestran los intentos de controlarla por medio de una serie de reformas de la LOTC (LLOO 8/1984, de 26 de diciembre, 4/1985, de 7 de junio, 6/1988, de 9 de junio, 7/1999, de 21 de abril, 1/2000, de 7 de enero), además de una serie de medidas puntuales adoptadas por el mismo Tribunal. La prueba de que ninguna de estas reformas ha producido el efecto deseado es que los recursos de amparo han seguido interponiéndose al mismo ritmo, si no más, y que no se

ha registrado una incidencia significativa en la eficacia del Tribunal Constitucional.

La nueva reforma de la LOTC que plantea la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, se presentó por el Gobierno y en su debate parlamentario como la modificación más significativa de las hechas en relación con la LO 2/1979, justificando esta apreciación en que la nueva regulación aborda de manera global, el tiempo dirá con qué resultado, el problema endémico del Tribunal Constitucional.

En este contexto parece evidente que la reforma tenía que centrarse necesariamente en una modificación significativa del desarrollo procesal del recurso de amparo en el entendimiento de que con ello será posible atajar la enfermedad que aqueja al Tribunal Constitucional, que así podrá asumir de manera eficaz su función de guardián y garante de la Constitución.

De hecho, esta nueva revisión de la LOTC se centra fundamentalmente en dos aspectos: en primer lugar, modifica determinados elementos estructurales del Tribunal Constitucional, aspecto éste que veremos posteriormente; en segundo lugar, incide en una serie de normas procesales, poniendo de relieve que el Derecho procesal constitucional, que como todo derecho procesal es un derecho instrumental, tiene una funcionalidad material esencial a la hora de actuar la función de un órgano. Éstas serán las novedades legislativas que analizaremos primeramente.

Los procesos constitucionales en general se configuran como procesos *sui generis*, algunos de ellos, específicamente los de control de constitucionalidad, atípicos en relación con los procesos ordinarios, que reflejan la naturaleza del Tribunal Constitucional como un poder en relación dialéctica con los demás poderes del Estado, pero mientras que la Constitución no marca más que esta relación, sin establecer más rango jerárquico entre el Tribunal y los demás poderes que el que puede derivarse del hecho de ser el Tribunal Constitucional el único en su jurisdicción, la regulación que hace la LOTC de su actividad procesal trasciende la sola vía procesal de un derecho sustantivo e incide significativamente en el esquema relacional de los poderes constituidos que articula la Constitución. De aquí el interés que puede revestir el análisis crítico de las normas procesales de los procesos constitucionales.

II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO OBJETO DIRECTO E INDIRECTO DE LA REFORMA

Pese a que somos conscientes que la remodelación del recurso de amparo ocupa, tal como se ha expresado reiteradamente, el eje de la reforma procesal abordada por la LO 6/2007, vamos a centrar nuestra exposición en los aspectos de la función de control de constitucionalidad que han sido objeto de alguna modificación.

Sin duda, como señala la doctrina, la justicia constitucional y su correlativa jurisdicción constitucional (aun con las dificultades que presenta su definición conceptual) no se agotan en su función de control de constituciona-

lidad; las constituciones han ido integrando en la institución de la justicia constitucional, junto a aquella función, una serie de competencias que, al margen de algunas que puedan ser más o menos pintorescas, tienen el rasgo común de venir referidas, de manera mediata, a la garantía de determinados aspectos concretos del orden constitucional, sea el definido por los derechos fundamentales, sea el que resulta del reparto de poder en función de los respectivos repartos competenciales. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias; ya en su primer pronunciamiento sobre un recurso de amparo (STC 1/1981, de 26 de enero) afirmaba que, junto a su finalidad directa y subjetiva de protección de los ciudadanos frente a violaciones de sus derechos y libertades originadas por la actividad de los poderes públicos, el proceso de amparo constitucional tiene también el sentido de defensa objetiva de la Constitución «sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular», garantizando «el orden jurídico y, en concreto, la observancia de la Constitución» (STC 83/1982, de 22 de diciembre). El mismo sentido objetivo encuentra el Tribunal en los procesos que traen causa en los conflictos de competencias cuando afirma que en ellos busca mantener «el respeto a la pluralidad o complejidad de la estructura de poderes constitucionales» (SSTC 110/1983, de 29 de noviembre, y 11/1984, de 2 de febrero, entre otras); la importancia de esta función objetiva se pone de manifiesto en la STC 88/1989, de 11 de mayo, en la que el Tribunal declara de oficio su falta de jurisdicción para resolver el conflicto de competencias planteado por entender que el orden competencial definidor del Estado autonómico consagrado en la Constitución no era cuestionado por las partes implicadas en el conflicto concreto.

Así puede decirse que existe un hilo conductor de los procesos básicos en que se articula la jurisdicción constitucional, instrumentalizados en función de un fin objetivo común definidor de la naturaleza de aquella jurisdicción, lo que parece que ha sido apreciado por el legislador a la hora de modificar el artículo 40.2 LOTC. *La incidencia de la doctrina del Tribunal Constitucional en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia*, que en la antigua redacción se circunscribía a la derivada de las sentencias y autos resolutorios de recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, ha sido ampliada en la nueva redacción de este precepto en el sentido de que la doctrina constitucional deriva «de las sentencias y autos que resuelvan los *procesos constitucionales*», lo que parece muy puesto en razón si nos atenemos al elemento teleológico objetivo de los procesos constitucionales, al margen de que en los dos que hemos contemplado sean unos fines subjetivos los que abran las vías procedimentales a través de las que el Tribunal, satisfaciendo éstos, cumplimenta aquél.

Resulta evidente, sin embargo, que el control de constitucionalidad reviste un carácter nuclear en la función y significado de la justicia constitucional. La justicia constitucional nace históricamente en torno al concepto de supremacía de la Constitución como fuente del derecho y de la articulación de un mecanismo jurisdiccional con el que asegurar dicha supremacía centrado en el control que los órganos que asumen esta función ejercen sobre los productos normativos situados formalmente en una situación jerárquicamente infe-

rior; la vinculación constitución-ley plantea una relación directa que convierte a las normas legales en el objeto inicial en torno al que se articula la función de garantía de la norma constitucional, que es la que da sentido a la nueva institución. Esta relación directa es, por lo tanto, una relación lógica, que también adquiere sentido en el esquema del Estado de Derecho, ya que supone la afirmación definitiva del principio de supremacía de la constitución sobre el mismo poder legislativo, que por su propia configuración y naturaleza ha sido el más reacio a admitir algún tipo de control jurisdiccional.

El sentido del control de constitucionalidad como referencia esencial de la función de la jurisdicción constitucional, puesto en evidencia por el Tribunal Constitucional en numerosísimas sentencias (valgan por todas las SSTC 11/1981, de 20 de abril, y 86/1982, de 23 de diciembre), supone que en los procesos de control que articulan aquella función coinciden, al menos formalmente, las finalidades objetiva y subjetiva, siendo esta última mucho menos relevante en el proceso de inconstitucionalidad que en los otros procesos constitucionales. Creemos que ésta es la consideración que subyace en la nueva regulación de la LOTC introducida por la LO 6/2007 en la que el legislador, ante el dilema que plantea la pérdida de eficacia del juez constitucional de la ley, opta por reordenar el factor de desequilibrio (el recurso de amparo) y potenciar el papel del juez ordinario como garante de los derechos fundamentales al proceder, en la Disposición final primera, a una nueva redacción del artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial regulando la admisión, con carácter excepcional, de los incidentes de nulidad de actuaciones cuando ésta esté fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental.

III. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO OBJETO DE LA REFORMA

Las modificaciones introducidas por la LO 6/2007 en relación con el control de constitucionalidad han afectado sólo al proceso que prevé el artículo 163 de la Constitución. Buena parte de las modificaciones de la cuestión de inconstitucionalidad suponen positivar en la norma lo que ha sido práctica procesal y jurisprudencial del Tribunal Constitucional a lo largo de sus más de veinticinco años de actividad, lo que quiere decir que, en definitiva, la funcionalidad de la nueva regulación viene avalada por el mismo Tribunal, de manera que es lícito esperar que su puesta en marcha no presente distorsiones significativas.

Las dos vías de apertura del control de constitucionalidad configuran dos procesos de inconstitucionalidad diferenciados que combinan un control abstracto con una forma específica de control concreto en un sistema que ha sido calificado de mixto, aunque, a nuestro juicio, el modelo español se articula como un sistema básicamente concentrado y abstracto en el que el objetivo de las dos fórmulas legitimadoras del control tiene una finalidad común, tal como lo expresa el mismo Tribunal Constitucional en su STC 17/1981,

de 1 de junio, cuando afirma que «la cuestión de inconstitucionalidad es, como el recurso del mismo nombre, un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de la nulidad de las normas legales que violen estos límites. El objetivo común, la preservación de constitucionalidad de las leyes, puede ser perseguido a través de estas dos vías procesales que presentan peculiaridades específicas, pero cuya identidad teleológica no puede ser ignorada».

Esta identidad teleológica se traduce en que ambas fórmulas procesales se complementan como vías de enjuiciamiento constitucional, si bien el objeto del control, la norma legal, es contemplada desde dos ópticas diferentes, lo que hace variar de forma sustancial el significado del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad.

El recurso de inconstitucionalidad es el pórtico de un proceso directo o principal en el que la ley aparece como el fruto concreto de un acuerdo político, al margen de su efectividad real. Es la falta de ese acuerdo (entre mayorías y minorías parlamentarias, o entre instituciones centrales y territoriales), es decir, es el problema político que suscita dicha ausencia, el que puede llevar al planteamiento ante el Tribunal Constitucional del recurso de inconstitucionalidad para que el órgano jurisdiccional se pronuncie al respecto, pacificando el conflicto.

La vía procesal indirecta o incidental que representa la cuestión de inconstitucionalidad plantea ante el mismo órgano, el Tribunal Constitucional, la duda de constitucionalidad respecto de una ley, pero no en cuanto producto de un acuerdo parlamentario sino en su eficacia concreta; es la necesaria aplicación de la norma legal en una situación específica suscitada en un proceso ordinario el elemento central del proceso constitucional sin que para el juez que suscita el conflicto tenga ninguna relevancia ni el significado político de la ley que cuestiona, ni el pacto parlamentario o territorial que hubiera podido estar en su origen, ni las mayorías o minorías parlamentarias que se enfrentaron o integraron en el proceso de aprobación de la norma, ni su significado en función de la salvaguarda del pluralismo político, datos todos ellos relevantes y condicionantes en el recurso de inconstitucionalidad pero totalmente superfluos en relación con la cuestión.

Por ello la cuestión de inconstitucionalidad se presenta como una vía procesal que intenta introducir algún mecanismo de jurisdicción concreta en el modelo de jurisdicción constitucional abstracta que articula nuestra Constitución. Aunque es evidente que el juicio sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada lo reservan, tanto la Constitución cuanto la LOTC y la jurisprudencia constitucional, al Tribunal Constitucional, también lo es, y está en la esencia misma de la cuestión, que ello no excluye que el juicio sobre la hipotética inconstitucionalidad de la ley competa a los órganos jurisdiccionales ordinarios legitimados para interponer la cuestión. Este juicio es en realidad el fundamento de la cuestión de inconstitucionalidad, aunque sus efectos no pueden compararse con el juicio de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional en la sentencia en la que resuelve la cuestión susci-

tada ante él; mientras que aquél no sirve más que para fundamentar la presentación, o no, de una cuestión de inconstitucionalidad, el que realiza el Tribunal Constitucional tiene el efecto de excluir del ordenamiento la norma legal declarada inconstitucional.

A la hora de introducir modificaciones en la regulación de los mecanismos de control de constitucionalidad la LO 6/2007 no ha contemplado más que la cuestión de inconstitucionalidad, dejando intacta la regulación del recurso. No parece que el significado netamente diferente de las dos vías procesales sea ajeno a esta decisión; el legislador no ha querido incidir en absoluto en la fórmula de significado político y se ha volcado en la incidental con la intención, que se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley, de intensificar el papel de las partes litigantes en el proceso judicial *a quo*, con lo que se introduce un principio contradictorio en el juicio de constitucionalidad que deriva de la cuestión, que así asume un cierto sentido de continuidad en relación con el proceso ordinario del que trae causa.

El sentido de la otra modificación, que afecta al órgano del Tribunal Constitucional que asume la competencia de las cuestiones de inconstitucionalidad, responde sin duda a la intención de descargar al Pleno para agilizar la tramitación de los recursos de inconstitucionalidad y de los conflictos de competencias; al desvincular su tramitación de la de los procesos de inconstitucionalidad incoados por medio del recurso se acentúa el significado diverso de los dos procesos de inconstitucionalidad aun cuando sus efectos sigan siendo los mismos.

IV. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Como hemos indicado las modificaciones referidas a la regulación de la cuestión de inconstitucionalidad son pocas y en algunos casos escasamente significativas.

4.1. La competencia de las Salas

La primera de las modificaciones que incorpora la LO 6/2007, y acaso la que aporte mayor novedad, se encuentra en la nueva redacción del artículo 10 LOTC, que modifica el reparto de competencias jurisdiccionales entre el Pleno, las Salas y las Secciones, respondiendo a uno de los elementos fuerza de la nueva regulación, la descentralización, o más bien desconcentración, de competencias entre los órganos funcionales del Tribunal Constitucional con el fin de racionalizar el funcionamiento del Tribunal en aras de su eficacia.

En lo que interesa al tema de este artículo, las Salas asumen con carácter general las competencias de las cuestiones de inconstitucionalidad, según un turno objetivo, difiriéndose al Pleno sólo las que éste se reserve expresamente.

Las competencias que el artículo 10 reserva al Pleno de manera absoluta son las referidas a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los tratados internacionales [art. 10.1.a) ¿incluye esta redacción genérica la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados?, ¿se aplica a la denuncia de la inconstitucionalidad de los tratados internacionales por medio del recurso de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad o sólo a la que se suscita por medio del recurso?], a los recursos de inconstitucionalidad [art. 10.1.b)] y a los conflictos de competencias entre órganos constitucionales del Estado [art. 10.1.g)]. El resto de las competencias pueden atribuirse a las Salas, y en ese resto se encuentran las cuestiones de inconstitucionalidad.

Esta atribución supone que el legislador ha hecho una valoración distinta de las dos vías de control de constitucionalidad. El recurso de inconstitucionalidad, que desde un punto de vista político es potencialmente más conflictivo, se reserva al Pleno, puede ser que buscando una implicación cualitativamente más significativa del Tribunal Constitucional en su resolución, mientras que el significado aparentemente neutro, desde un punto de vista político, que suelen tener las cuestiones de inconstitucionalidad parece haber sido uno de los elementos tenidos en consideración a la hora de atribuir su competencia a las Salas.

Al margen de que el recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad tengan su propia singularidad y, como hemos indicado anteriormente, respondan a situaciones de partida diferentes, la puesta en marcha de esta solución normativa puede, pese a su aparente inocuidad, plantear algún problema si nos atenemos al ejemplo deducible de la práctica funcional de las Salas en relación con los recursos de amparo; aunque es cierto que no ha sido norma común, no han faltado ocasiones en las que se han producido soluciones divergentes de amparos sustancialmente similares, en función de la Sala a la que se hubiese encomendado en enjuiciamiento. La posibilidad de que se pudieran presentar divergencias entre los fallos de las Salas en relación con la resolución de cuestiones de inconstitucionalidad, en las que en definitiva el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la validez o no de una ley, tiene una proyección especialmente delicada, ya que incidiría en el mismo principio de seguridad jurídica; la trascendencia del fallo del Tribunal es similar, en relación con el ordenamiento jurídico, tanto si se trata de un recurso como de una cuestión de inconstitucionalidad, por lo que no se nos alcanza la razón de esta modificación. No parece lógico desdoblar en dos órganos la competencia de unos procesos constitucionales que, a pesar de las diferencias existentes entre ellos, tienen una identidad teleológica reconocida por el mismo Tribunal Constitucional.

Naturalmente se puede decir que se trata de descargar al Pleno para potenciar su eficacia, aunque cabe dudar de que el resultado real responda a las expectativas del legislador toda vez que la sobrecarga del Tribunal no parece provenir de las cuestiones de inconstitucionalidad y que, en Pleno o en Sala, el número de magistrados que tienen que hacer frente a estos procesos no pasa de doce. En todo caso la justificación es pobre si la contrapartida es alterar la proyección final de las dos vías de control de constitucionalidad.

4.2. La presentación de la cuestión de inconstitucionalidad

La conexión de la cuestión de inconstitucionalidad con la aplicación efectiva de la norma legal cuestionada a un supuesto procesal concreto exige que la relevancia de aquella norma para sustanciar el fallo del proceso ordinario sea evidente, convirtiéndose dicha relevancia en un requisito esencial previo a la admisión de la cuestión (SSTC 26/1981, de 17 de junio, 6/1984, de 24 de enero, 196/1987, de 11 de diciembre, entre otras). Ello supone que la cuestión de inconstitucionalidad sólo puede plantearse, con independencia del momento en que surgiese la duda, en el momento en que el juez o tribunal haya concluido el proceso y se abra el plazo para dictar sentencia o, en la nueva redacción del artículo 35.2, *«la resolución jurisdiccional que procediese»*.

Esta adición no aporta una verdadera novedad toda vez que no hace más que dar cobertura legal a la interpretación extensiva que ha venido haciendo el Tribunal Constitucional del término «fallo» empleado por el artículo 163 de la Constitución para deducir que el vocablo significa el pronunciamiento decisivo de una resolución judicial, cualquiera que sea su forma de manifestación (STC 76/1982, de 14 de diciembre). El nuevo artículo 35.2 deja claro que el elemento clave de la cuestión de inconstitucionalidad es el órgano legitimado, es decir, que la duda sobre la constitucionalidad de la ley aplicable sea planteada por el juez o tribunal encargado de aplicarla en unas actuaciones respecto de las que, sea cual sea su naturaleza y forma de desarrollo, ejerce sus poderes decisorios (STC 76/1992, de 14 de mayo).

Otra modificación mínima relacionada con la presentación de la cuestión, que se encuentra en el mismo artículo 35.2, se refiere al trámite de audiencia a las partes procesales y al Ministerio Fiscal a cumplimentar por el órgano judicial antes de adoptar su decisión definitiva; la finalidad de esta audiencia es para que los convocados puedan alegar lo que deseen sobre la *pertinencia de presentar la cuestión o sobre el fondo de la misma*. La preposición «o» ha venido a sustituir a la anterior («y»), es decir, evita la necesidad de que las partes convocadas por el juez tengan que acumular sus alegaciones en un doble sentido, permitiendo que se decanten únicamente por una de las opciones, lo que en definitiva les permitirá aliviar la carga de aquellas alegaciones.

Se trata de una alteración menor que no afecta en absoluto al fondo de la cuestión, es decir, a la decisión judicial de presentar o no la cuestión; lo único que puede señalarse es su posible incidencia en la posición de las partes procesales como coadyuvantes del órgano jurisdiccional a la hora de formar el juicio de relevancia; no cabe duda de que aquella función sólo la desarrollarán en el supuesto de que sus alegaciones versen sobre el fondo de la cuestión, que obliga a razonar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma legal afectada, sin que el simple planteamiento sobre la pertinencia de presentar la cuestión, movido normalmente por sus propios intereses procesales subjetivos, absolutamente legítimos por otra parte, sirva de ayuda en relación con el juicio de relevancia, aunque sí pueda ser un elemento a

considerar por el juez a la hora de decidir sobre la presentación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Tampoco parece introducir una novedad relevante la inclusión de un tercer apartado al artículo 35 referido a la *suspensión de las actuaciones* en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión, y producida ésta, hasta que resuelva definitivamente.

4.3. La personación de las partes procesales

Parece que el legislador ha tenido un interés especial en resaltar la modificación del artículo 37, al que se ha añadido un nuevo apartado 2 para garantizar la personación de las partes del proceso *a quo* con el fin de que puedan formular alegaciones en el proceso *ad quem*. El entusiasmo por la medida se expresa en la Exposición de Motivos de la LO 6/2007 y con ella se viene a aplicar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la que el Tribunal Constitucional ha sido repetidamente renuente.

Han sido varias las sentencias en las que el Tribunal Constitucional se ha manifestado en el sentido de que la no previsión legal de comparecencia de las partes litigantes en el proceso constitucional no produce indefensión desde el momento en que lo que el Tribunal Constitucional enjuicia en la cuestión de inconstitucionalidad son normas legales y no hechos, cuyo enjuiciamiento compete a la jurisdicción ordinaria (SSTC 17/1981, de 1 de junio, 25/1984, de 23 de febrero, 94/1986, de 8 de julio, 186/1990, de 15 de noviembre, entre otras).

El Tribunal Constitucional mantuvo esta misma interpretación a pesar de la sentencia de 23 de junio de 1993 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que condenó al Estado español por no haber permitido al recurrente (la familia Ruiz-Mateos), que era parte en el juicio *a quo*, personarse ante el Tribunal Constitucional en el proceso que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el juez respecto de la Ley 7/1983, de 29 de junio; entendía el Tribunal europeo que España había incumplido el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 1950, que impone el derecho de toda persona a ser oído por los tribunales. Como decimos, el Tribunal Constitucional no alteró la aplicación que venía haciendo del anterior artículo 37.2 LOTC y en sendas sentencias y autos (SSTC 90/1994, de 17 de marzo, 337/1994, de 23 de diciembre, AATC 378/1993, de 21 de diciembre, 349/1995, de 21 de diciembre) concluye que la doctrina del TEDH sólo sería aplicable al supuesto concreto en el que se produjo su pronunciamiento, es decir, en el caso excepcional de una ley singular.

La nueva redacción del artículo 37.2 valora con acierto la incidencia que la decisión del Tribunal Constitucional sobre la norma legal cuestionada tendrá de forma necesaria en los intereses concretos de las partes litigantes. Aunque resulta evidente que la sentencia de inconstitucionalidad recaída en una cuestión de inconstitucionalidad tiene un alcance *erga omnes* y afecta directa-

mente al ordenamiento jurídico, también lo es que la resolución del proceso *a quo* en el que se dirimen las pretensiones subjetivas de las partes está pendiente del pronunciamiento constitucional, que no es indiferente en ningún caso para los litigantes.

Hay un cierto paralelismo, que no identidad, entre la participación de las partes procesales en el proceso *ad quem* y la que tiene lugar en el trámite de audiencia previa a la decisión del órgano jurisdiccional ordinario de presentar, o no, la cuestión de inconstitucionalidad; salvando las distancias, en ambos trámites las partes procesales alegan su propia interpretación de la aplicación de la ley cuestionada en función de sus propios intereses, y ello con toda legitimidad. A los jueces, ordinario y constitucional, corresponderá en cada momento valorar el peso de aquellos argumentos.

La LO 6/2007 no introduce, como hemos visto, ningún cambio en la regulación procesal del control de constitucionalidad vía recurso de inconstitucionalidad, por lo que podríamos dar por terminado el análisis *de lege data*. Pero desde un punto de vista doctrinal el interés de una materia no puede quedar sólo centrado en la normativa vigente. Las reflexiones *de lege ferenda* suponen siempre el planteamiento de hipótesis que incitan a la reflexión sobre su validez en función de los principios que estructuran una institución jurídica. Por ello no nos podemos resistir a plantear si no hubiera sido oportuno aprovechar la ocasión de esta nueva regulación para abordar alguna cuestión referida al control de constitucionalidad por medio del recurso de inconstitucionalidad, y en concreto nos referimos a un supuesto, de no excesiva trascendencia al referirse a un supuesto poco frecuente, que podría haber sido objeto de alguna atención en la nueva regulación de la LOTC. Se trata de la personación de los directamente afectados en el caso de leyes singulares, no prevista en la Ley Orgánica vigente.

Como hemos visto, la nueva LOTC ha modificado el artículo 37 para permitir la personación de las partes procesales en el proceso constitucional que trae causa de una cuestión de inconstitucionalidad; por supuesto el contexto de esta previsión, en una cuestión de inconstitucionalidad, aparece vinculado a un proceso *a quo*, y no tiene nada que ver con la personación en el recurso de inconstitucionalidad, donde la cualidad de órganos o sujetos públicos de los legitimados activos y pasivos, junto al carácter abstracto del recurso, impiden en principio la personación de los particulares.

No obstante, en el supuesto de las leyes de caso concreto su destinatario es singular, netamente identificado, de manera que la imposibilidad de que dicho destinatario se persone y formule alegaciones en el caso que presentamos supone la creación de una situación evidente de indefensión. En este sentido, aunque el supuesto procesal no fuera el del recurso de inconstitucionalidad sino el de la cuestión, se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 23 de junio de 1993, a la que ya hemos hecho referencia en páginas anteriores, en la que se denuncia la situación de indefensión del recurrente en el proceso constitucional derivado de una cuestión de inconstitucionalidad presentada sobre una ley singular al habersele negado la posibilidad de formular las alegaciones que hubiera podido considerar

pertinentes. Aunque el supuesto específico al que se refiere la sentencia (proceso de constitucionalidad suscitado por una cuestión de inconstitucionalidad) queda ya remediado con la nueva redacción del artículo 37 LOTC, la nueva LO 6/2007 no ha contemplado la posibilidad de que la misma situación se produzca en un proceso constitucional instado por medio de un recurso de inconstitucionalidad.

En el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, la personación y formulación de alegaciones de las partes procesales tendrá lugar, cualquiera que sea la norma legal cuestionada. En el caso de un recurso de inconstitucionalidad sólo podría plantearse esta situación cuando la ley recurrida fuese singular y por el destinatario directo de la misma, que, por supuesto, no habría sido parte procesal en ningún juicio previo, evidentemente inexistente. Sin duda este supuesto es absolutamente atípico, excepcional y previsiblemente poco probable; las leyes de caso concreto no son regla general, como tampoco lo es que su constitucionalidad se recurra por medio de un recurso de inconstitucionalidad. Pero el derecho está para prever, y aunque potencialmente sea ésta una hipótesis de laboratorio (o no tan de laboratorio, ya que de hecho se ha planteado en una ocasión) nos parece que no hubiera sido disparatado haberla previsto en la nueva regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; si se repitiese el caso de una ley singular recurrida por los sujetos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el destinatario de la ley volvería a encontrarse en una situación de indefensión evidente.

Mucho más problemático resulta sostener la legitimación pasiva del destinatario directo de una ley singular para interponer un recurso de inconstitucionalidad, supuesto que queda fuera del alcance del legislador orgánico, ya que exigiría una reforma del artículo 162.1.a) de la Constitución; siempre hemos mantenido la coherencia de la legitimación de sujetos políticos en el recurso de inconstitucionalidad, pero simplemente subrayamos que con los mismos argumentos con que puede mantenerse la conveniencia de su personación en los procesos de constitucionalidad derivados del recurso, podría argumentarse su inclusión entre los legitimados activamente para interponer dicho recurso, entendiendo, por supuesto, que el fundamento de dicha legitimación difiere sustancialmente de la consagrada en la Constitución, ya que se centraría en la defensa directa de unos intereses subjetivos concretos sobre los que incidiría la norma singular, al margen de la depuración del ordenamiento en abstracto que se deduce siempre en este tipo de procesos.

V. LA CUESTIÓN INTERNA DE CONSTITUCIONALIDAD

El artículo 55.2 de la LOTC ha sido también modificado en el sentido de establecer una mayor semejanza entre la llamada autocuestión y la cuestión de inconstitucionalidad, si bien tal semejanza no significa identidad.

Acaso el elemento más significativo de la nueva regulación en la reconversión de la cuestión interna de constitucionalidad en una cuestión preju-

dicial asumiendo el mismo carácter incidental que la cuestión de inconstitucionalidad.

Frente a la anterior redacción del precepto que comentamos, que exigía como *conditio sine qua non* la resolución por sentencia de un recurso de amparo para presentar la autocuestión, el nuevo artículo 55.2 establece lo que es principio general en las cuestiones de inconstitucionalidad: la Sala o Sección competente en el proceso de amparo tiene que presentar la cuestión interna de constitucionalidad antes de dictar sentencia, quedando en suspenso el plazo correspondiente hasta que se resuelva aquella cuestión cuya competencia corresponde siempre al Pleno del Tribunal, a diferencia de lo establecido por el nuevo artículo 10.1.c) para las cuestiones de inconstitucionalidad.

Los trámites procesales que se le imponen a la Sala o Sección son los mismos que tienen que cumplimentar los jueces y tribunales a la hora de presentar la cuestión de inconstitucionalidad desde el momento que el artículo 55.2 se remite al respecto a los artículos 35 y siguientes de la LOTC. No obstante, hay una diferencia sustancial en cuanto al fundamento de la autocuestión de inconstitucionalidad; el artículo 55.2 impone que la cuestión interna de constitucionalidad se plantee con un argumento concreto: que la norma legal aplicada por el poder público cuya actuación ha sido recurrida en amparo lesione derechos fundamentales o libertades públicas. Tal condición supone que lo que plantea la Sala o Sección es la posible vulneración por parte de una ley de derechos fundamentales para que el Pleno se pronuncie sobre si dicha vulneración tiene un alcance general y abstracto que supera el supuesto concreto denunciado en el recurso de amparo, en cuyo caso de aquella vulneración se deduciría la inconstitucionalidad de la norma en cuestión.

De esta forma queda limitada la capacidad de las Salas o Secciones del Tribunal Constitucional a un solo supuesto de posible inconstitucionalidad con lo que se acentúa la vinculación específica de la cuestión interna de constitucionalidad con el juicio de amparo constitucional, cuyo único fundamento es la violación concreta de alguno de los derechos fundamentales o de las libertades públicas, no permitiendo así al juez constitucional más iniciativa que la estrictamente necesaria para que pueda resolver posteriormente el recuso de amparo pendiente.

En realidad, esta nueva regulación estaba siendo práctica común en la actuación juzgadora del Tribunal Constitucional en relación con las autocuestiones de inconstitucionalidad en las que siempre ha valorado, para fallar la inconstitucionalidad de una norma legal, que la violación concreta de un derecho fundamental haya sido consecuencia directa de su regulación y no de su mera aplicación o interpretación; de hecho, la razón por la que el Tribunal Constitucional desestimó en sendas sentencias (SSTC 185/1990, de 15 de noviembre, y 48/1995, de 14 de febrero) dos autocuestiones de inconstitucionalidad se basaba en que la norma legal cuestionada no había sido la causa de la lesión denunciada, sino que ésta había sido producida, bien por un insuficiente desarrollo legal de un precepto constitucional, bien por la decisión del órgano jurisdiccional al aplicar la norma.

Por el contrario, en la cuestión de inconstitucionalidad no se le imponen a los órganos jurisdiccionales más límites en su fundamentación que la denuncia de la posible vulneración por parte de la ley aplicable de algún precepto constitucional, cualquiera que sea, ya que los posibles objetos de los procesos ordinarios no permitirían la limitación material aplicable a la autocuestión.

VI. LA INCIDENCIA DE LA LO 6/1989 EN LA RELACIÓN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL-OTROS PODERES PÚBLICOS

Al margen de las modificaciones estrictamente procesales, la LO 6/2007 introduce varios cambios significativos que afectan a la misma estructura del Tribunal Constitucional y que inciden necesariamente en su relación con otros órganos estatales.

6.1. El Tribunal Constitucional y el Poder Judicial

La LO 6/2007 completa la redacción anterior del artículo 4 que sólo contemplaba la imposibilidad de promover cuestiones de jurisdicción o competencia al Tribunal, lo que ya suponía cerrar una vía existente para cualquier otro órgano jurisdiccional; a esta prohibición preexistente se añade ahora la competencia del Tribunal Constitucional para delimitar el ámbito de su propia jurisdicción y adoptar cuantas medidas considere necesarias para preservarla «incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscabasen», para lo cual tendrá que atenerse a los requisitos que señala el apartado 3 de este precepto, requisitos que se configuran como garantía frente a la posible discrecionalidad de la actuación del Tribunal: resolución motivada y audiencia previa al Ministerio Fiscal y al órgano autor del acto o resolución que se anula; en el mismo sentido, y como complemento, la LO 6/2007 añade un párrafo al artículo 92 en virtud del cual la declaración de nulidad la puede extender el Tribunal a cualquier resolución que contravenga las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción con ocasión de la ejecución de éstas, previa audiencia a los mismos órganos que en el supuesto del artículo 4.3, si bien ahora no se especifica la necesidad de motivación.

Como colofón del acorazamiento de la jurisdicción constitucional, el artículo 4.2 impide el enjuiciamiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional por ningún órgano jurisdiccional del Estado. La experiencia verdaderamente insólita que supuso para el Tribunal la presentación por parte de un recurrente de amparo de una denuncia de responsabilidad civil contra once magistrados en el ejercicio de sus funciones, denuncia que terminó con la condena de los denunciados por la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004, ha sido sin duda el factor determinante de estas novedades normativas que delimitan de manera tajante un ámbito de impenetrabilidad de la jurisdicción ordinaria en la constitucional.

Parece que el legislador ha considerado suficiente la modificación del artículo 4 para garantizar la imposibilidad de futuras intromisiones del Poder Judicial en la jurisdicción constitucional por lo que finalmente no se ha incorporado al texto definitivo de la LO 6/2007 una nueva redacción del artículo 22, prevista en el proyecto, que intentaba reforzar la inviolabilidad de los magistrados al precisar que la previsión que hace este precepto de que no puedan ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones se refiere en concreto «a todas las jurisdicciones» e incluye también «los votos emitidos»; no cabe duda de que estas precisiones habrían sido redundantes y no habría añadido nada al «cierre de filas» que supone el nuevo artículo 4 de la LOTC.

6.2. La integración del Tribunal Constitucional: el Tribunal Constitucional y las Cámaras parlamentarias

La otra novedad referida a la relación del Tribunal Constitucional con otros poderes del Estado viene contenida en el artículo 16, que si bien no supone ninguna alteración en la designación de los magistrados a propuesta del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, sí aporta modificaciones de distinto significado en la designación que corresponde a las Cámaras.

La novedad menos significativa se encuentra en el artículo 16.2 en virtud del cual «los candidatos propuestos por el Congreso y por el Senado deberán comparecer previamente ante las correspondientes Comisiones en los términos que dispongan los respectivos Reglamentos». El primer proyecto de ley orgánica incluía también la comparecencia ante el Congreso de los Diputados de los candidatos propuestos por el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial; con toda lógica se ha eliminado esta previsión, manteniendo sólo la de los candidatos de las Cámaras ya que sobre ellas recae la responsabilidad de la idoneidad de sus candidatos, lo que no sucede en los otros dos casos.

La comparecencia ante las comisiones parlamentarias está ya prevista como posible en el artículo 185 del Reglamento del Senado, que establece la comisión competente (la Comisión de Nombramientos) y que regula detalladamente, junto al artículo 186, el procedimiento de designación de los candidatos que le corresponden a la Cámara Alta; mucho más somera es la redacción del artículo 204 del Reglamento del Congreso. De todas formas no parece que la simple obligatoriedad de comparecencia vaya a evitar el efecto de las cuotas de reparto de los nombramientos entre los partidos políticos, que es una de las causas de la indeseable sensación, y ojalá fuese sólo una sensación, de politización del Tribunal.

Mucha más enjundia tiene el segundo párrafo que se agrega al apartado 1 del artículo 16, en virtud del cual se vincula la propuesta del Senado a los candidatos presentados por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, lo que supone una alteración radical de la anterior LOTC, del Reglamento del Senado y, creemos, del mismo artículo 159.1 de la Constitución.

En realidad la modificación viene condicionada por el artículo 180 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio) en el que la Generalitat se asigna la competencia de participar en la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional, «en los términos que dispongan las leyes o, en su caso, el ordenamiento parlamentario». Con este precepto, aprobado por las Cortes Generales y que goza de la presunción de constitucionalidad mientras el Tribunal Constitucional no se pronuncie en sentido contrario, se altera el esquema competencial Estado-Cataluña en relación con un órgano constitucional al asignarse la Comunidad Autónoma una competencia específica respecto al Tribunal. A la postre esta previsión del Estatuto catalán se ha traducido en el artículo 16.1 en la generalización de la participación de todas las Comunidades Autónomas y la especificación del órgano autonómico (las asambleas legislativas) llamado a efectuar la selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional.

La nueva regulación tendría que imponer lógicamente la necesidad de modificar el Reglamento del Senado, al menos en su artículo 184.2, respecto de lo que sólo vamos a poner de relieve algunas cuestiones sobre las que conviene reflexionar.

Primera, la cuestión que tratamos afecta al derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución (derecho a ejercer cargos públicos), ya que se suprime el derecho de los grupos parlamentarios del Senado a presentar candidaturas, además de comprometer la misma autonomía de la Cámara.

En segundo lugar, la modificación del Reglamento del Senado exigiría el acuerdo de la mayoría absoluta de la Cámara (art. 196 RS), ya que con la reforma se recortarían, como hemos dicho, derechos de los parlamentarios ejercitables a través de sus respectivos grupos; por supuesto no tomamos en cuenta la posibilidad de que la reforma del Reglamento se pudiera hacer por medio de una norma interpretativa de la Presidencia, ya que la modificación es sustancial al afectar a derechos parlamentarios.

Por último, se condiciona de forma necesaria la voluntad del Senado, órgano estatal, a la de las asambleas autonómicas, órganos territoriales. Se podrá aducir que el Senado, como cámara territorial, tiene que integrar y representar los intereses territoriales, que por definición son parciales; sin poner en duda esta afirmación, lo cierto es que la definición que hace el artículo 69.1 de la Constitución del Senado como cámara territorial no se corresponde a una naturaleza de verdadera representación de los territorios autonómicos, como se pone en evidencia por el resto del contenido del mismo artículo 69. Una cosa es que el Senado, y no vamos a entrar en la cuestión de la necesidad de su modificación, «debería ser» un órgano parlamentario del Estado en el que tuvieran presencia sólo las Comunidades Autónomas como elementos de base del Estado autonómico, y otra es que lo sea. Si la realidad no se corresponde con la ficción (aunque sea una ficción lógica y deseable) la previsión del artículo 16.1 de la LOTC no convertirá al Senado en cámara de representación e integración de las Comunidades Autónomas y sí lo convertirá en el campo de batalla de unos intereses políticos parciales

en lucha por tener una presencia activa en un órgano constitucional cuya función sólo debe estar guiada por la garantía de la Constitución, norma común e integradora en todo el territorio nacional. No nos parece que la intención del constituyente al configurar el Tribunal Constitucional con la fórmula del artículo 159.1 de la Constitución, que se remite inequívocamente a los órganos constitucionales representativos de los tres poderes estatales, fuese la que se articula en el nuevo artículo 16.1.

VII. LA PRÓRROGA DEL MANDATO DEL PRESIDENTE: DE LA COSTUMBRE A LA LEY

El mismo artículo 16, en su apartado 3, introduce una nueva modificación referida al mandato del Presidente y Vicepresidente del Tribunal; cuando su mandato de tres años no coincida con la renovación del Tribunal, dicho mandato se prorrogará automáticamente para que finalice en el momento en que se produzca la renovación y tomen posesión los nuevos magistrados, que procederán a la elección del Presidente y Vicepresidente que sustituirán a los anteriores.

En realidad este nuevo precepto no hace más que normar la práctica seguida de forma habitual por el Tribunal cuando se ha producido la situación descrita, lo que no deja de suscitar la duda si no hubiera sido preferible respetar la flexibilidad de la costumbre frente a la rigidez de la norma.

El debate se ha planteado en relación con la posible retroactividad del precepto a los cargos actuales. Al margen del pronunciamiento que en su momento emita el Tribunal en respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica que comentamos, en nuestra opinión resulta un tanto problemático sostener su retroactividad toda vez que las Disposiciones transitorias primera, segunda, tercera y cuarta de la LO 6/2007 establecen supuestos concretos de aplicación retroactiva de la norma legal en cuestión, sin referirse en ningún caso a la situación que describe el artículo 16.3. Si el legislador orgánico ha dedicado cuatro transitorias a determinar los efectos de la ley en una serie de casos, puede pensarse que lo no previsto en ellas no tiene por qué tener efecto retroactivo.

VIII. LA LO 6/2007 COMO RESPUESTA A LA CRISIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Si hay algo evidente en los últimos meses es que al Tribunal Constitucional le han colocado, y creemos que en buena parte se ha colocado él mismo, en el ojo del huracán. Como indicábamos al comienzo de estas páginas, es indiscutible que el Tribunal Constitucional se ha configurado y ha actuado como un órgano clave en la articulación del Estado y del orden constitucional, pero también lo es que desde hace más o menos dos décadas, y al margen de algunas sentencias conflictivas, y discutidas, su pérdida de eficacia deri-

va de no haber sido capaz de dar respuesta en plazos razonables a las cuestiones planteadas, lo que ha desembocado en una pérdida de credibilidad en el órgano que, en último extremo y combinada con otros factores, puede acabar afectando, si no lo ha hecho ya, a su misma legitimidad; la legitimidad de origen de un órgano y la de ejercicio pueden coincidir o no, pero sin duda se afectan mutuamente.

Es evidente, que la responsabilidad de esta situación no recae sólo en el Tribunal, pero lo cierto es que un órgano jurisdiccional que no responde a las expectativas de funcionamiento acaba perdiendo su razón de ser. Si a ello se añade la denuncia de su politización, no ya en su composición, sino sobre todo en su actuación, cualquier decisión que adopte el Tribunal Constitucional será cuestionada y vista con recelo. Teniendo en cuenta que estamos hablando de un órgano clave para la garantía del sistema constitucional, su crisis resulta especialmente peligrosa en relación con su función de control de constitucionalidad y de garante del orden constitucional.

Que haya normas de significado político evidente respecto de las que se interpusieron recursos de inconstitucionalidad hace dos años y que sobre las que aún no se ha pronunciado el Tribunal genera una situación de inseguridad sobre la posibilidad de paliar los efectos jurídicos y políticos de su aplicación al amparo de la presunción de su constitucionalidad, cuando finalmente se pronuncie la sentencia; dos casos paradigmáticos son los del Estatuto de Autonomía catalán, que está siendo objeto de amplio desarrollo normativo por parte de las instituciones autonómicas de prácticamente imposible retroacción en el supuesto de que se declarasen inconstitucionales los preceptos estatutarios que las amparan, o el de la Ley de Paridad, que aplicada a los procesos electorales ya ha supuesto la anulación de candidaturas, afectando así a derechos fundamentales.

Es un hecho que prácticamente todos los recursos de inconstitucionalidad plantean un problema político de enfrentamiento (entre mayorías-minorías, poder central-poderes autonómicos) que se pretende que solucione el Tribunal Constitucional por vía jurídica, y así resulta que la limitación a tres meses del plazo general de interposición del recurso (art. 33.1 LOTC) tiene la finalidad de no prolongar el conflicto más allá de unos límites razonables por la que la dilación del Tribunal en su admisión, y sobre todo en dictar sentencia, es siempre injustificada, ya que no tiene otro efecto que prolongar el conflicto político que subyace en el recurso hasta necrosar la situación y dejarla prácticamente irreversible.

Si bien la sobrecarga de trabajo ha impedido desde el primer momento que se pudiesen cumplir los plazos del artículo 34 LOTC, plazos posiblemente ilusorios en cualquier caso, parecería lógico que el Tribunal Constitucional se hubiera impuesto la atención de los asuntos que entran en su sede en función de la trascendencia de los efectos previsibles que pudieran producirse durante el tiempo de presunción constitucional de la norma legal recurrida, incluso con la contrapartida, posiblemente injusta, de relegar a un segundo plano los casos de repercusión más limitada. Buena parte de estos recursos serían sin duda los de amparo, lo que podría parecer desproporcionado al tra-

tarse de procesos de garantía de derechos fundamentales; no obstante, al margen de que tales derechos ya son objeto de protección por la justicia ordinaria por lo que no puede hablarse de desprotección, hay que reconocer que la en demasía generosidad del Tribunal al admitir los amparos en sus primeros años de funcionamiento ha sido una de las causas de la avalancha de los recursos de amparo, por lo que una restricción de los mismos a favor de otros procesos constitucionalmente más enjundiosos hubiera podido servir de elemento disuasorio, lo que hubiera repercutido favorablemente en los demás procesos constitucionales.

Sin embargo, al margen de estas consideraciones, nunca se ha encontrado el Tribunal Constitucional en una situación tan compleja y delicada como la actual. La acumulación de abstenciones y recusaciones, con mayor o menor motivo, han puesto en evidencia la fragilidad del órgano convertido en objetivo de una serie de actores políticos cuyo interés directo, al margen de sus declaraciones oficiales de defensa de la imparcialidad del Tribunal, es alterar su composición de cara a los importantes pronunciamientos que tiene que emitir sobre una serie de normas de carácter capital, entre ellas la misma LO 6/2007, de reforma de la LOTC. El hecho de que estas recusaciones provengan del Gobierno (la primera vez que un Gobierno utiliza este instrumento procesal para afectar a otro órgano constitucional) y de la oposición del Partido Popular, así como la amenaza del Gobierno catalán de plantear nuevas recusaciones en el supuesto de que prosperasen las presentadas por el Partido Popular, lo único que pone de manifiesto es que se ha perdido el respeto que merece el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución y que lo único que se pretende abiertamente de él en los procesos de control de constitucionalidad es una decisión favorable a los intereses políticos concretos de cada uno de los sujetos interesados en el mantenimiento, o no, de la norma cuestionada, al margen de su efectiva inconstitucionalidad. La frase del político catalán de CIU, Artur Mas (si el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el Estatuto catalán, habrá que cambiar la Constitución) expresa bien a las claras la valoración que hace de la función del Tribunal y de la misma Constitución.

La situación a la que se ha llegado es fruto de una serie de factores que la nueva LOTC no parece ser capaz de resolver. La acumulación de recursos de amparo en detrimento del funcionamiento normal del Tribunal, tanto en los mismos amparos como en sus demás funciones, no es más que un aspecto de la situación actual del Tribunal Constitucional por lo que las correcciones procedimentales que introduce la LO 6/2007, aun cuando puedan ser necesarias y efectivas, no parecen remedio suficiente.

Más interesante hubiera podido ser incidir en reformas estructurales del Tribunal para evitar su politización. El acceso al Tribunal como colofón de una carrera jurídica, lo que podría obligar a establecer una edad mínima para poder ser nombrados magistrados de manera que éstos no tuviesen necesidad de hacer méritos políticos para futuros cargos, ya que su carrera profesional terminaría en el Tribunal Constitucional, o la modificación del sistema de designación de los propuestos por las Cámaras evitando el reparto por cuo-

tas, pueden ser fórmulas adecuadas, entre otras, para desvincular a estos magistrados de su origen partidista. La única modificación estructural recogida en la LO 6/2007 altera, con una previsión no incluida en el texto constitucional, la forma de designación de los magistrados que corresponden al Senado en un sentido que puede incluso potenciar la politización del Tribunal.

En definitiva, estamos asistiendo a un pulso entre poderes constitucionales de resultado incierto pero que en cualquier caso está poniendo en jaque la misma legitimidad de los órganos implicados. El que no sea un jaque mate al Tribunal Constitucional depende más de su propia actuación ante la crisis que de una regulación concreta, y creemos que insuficiente para apuntalar la credibilidad perdida.

IX. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- BALAGUER CALLEJÓN, *El recurso de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- BORRAJO INIESTA, «Amparo frente a las leyes (en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 98, 1982.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ FARRERES, «Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional española», en *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII Jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ DE FRUTOS, *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, Cedecs, Barcelona, 2003.
- FIGUERUELO BURRIEZA, «Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 de la LOTC)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 21, 1987.
- GARCÍA COTARELO, «Los fundamentos socio-políticos de la jurisdicción constitucional», en *Revista de Derecho Político*, núm. 33, 1991.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.
- GARCÍA MARTÍNEZ, *El control de constitucionalidad de las leyes*, Jurista Editores, Perú, 2005.
- GARCÍA ROCA, «El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el juez ordinario», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 27, 1992.
- GARCÍA Pelayo, «El “status” del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981.
- GONZÁLEZ PÉREZ, «La reforma del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 129, 2006.
- JIMÉNEZ CAMPO, «Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad», en *Los procesos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- LARUMBE BIURRUM, «Comentarios en torno a las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por los órganos judiciales», en *Estudios sobre la Constitución española* (homenaje a Eduardo García de Enterría), vol. IV, Civitas, Madrid, 1991.

- LÓPEZ ULLA, *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- MARÍN PAGEO, *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1989.
- MIERES MIERES, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, Civitas, Madrid, 1998.
- PÉREZ GORDO, «Problemática procesal de la promoción por órganos judiciales de la cuestión de inconstitucionalidad», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1981.
- PÉREZ TREMPs, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- PÉREZ ROYO, «La regulación de algunos aspectos del recurso de inconstitucionalidad: su influencia sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional en la Constitución española de 1978», en *El Tribunal Constitucional*, vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.
- PIBERNAT, «El control de constitucionalidad en vía de recurso de amparo. El artículo 55.2 de la LOTC y sus interpretaciones por el Tribunal Constitucional», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1983.
- RIBAS MAURA, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Universitat de les Illes Balears-Civitas, Madrid, 1991.
- URÍAS MARTÍNEZ, *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- VVAA, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, TC y BOE, Madrid, 2001.
- «El Tribunal Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, monográfico, 1999.
- *La reforma de la justicia constitucional*, Centro de Estudios Jurídicos-Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006.

Análisis de la nueva regulación de la función pública: al fin un Estatuto

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. MODELOS DE FUNCIÓN PÚBLICA.—III. EVOLUCIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA.—IV. NUESTRA FUNCIÓN PÚBLICA EN LA ACTUALIDAD.—4.1. El marco constitucional de distribución de competencias.—4.2. El marco legal de regulación.—4.3. La reciente reforma.—V. LA LEY 7/2007, DE 12 DE ABRIL, POR LA QUE SE APRUEBA EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.—5.1. Clasificación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.—5.2. Órganos Superiores con competencias en materia de función pública.—5.2.1. De gestión activa.—5.2.1.1. AGE.—5.2.1.2. CCAA.—5.2.1.3. EELL.—5.2.2. Consultivos.—5.3. Personal funcionario civil al servicio de la AGE.—5.3.1. Cuerpos, Escalas y Grupos Profesionales.—5.3.2. Instrumentos de gestión de Recursos Humanos en la AGE.—5.3.2.1. La OEP.—5.3.2.2. Las RPTs.—5.3.2.3. Los Planes de Empleo.—5.3.3. Adquisición de la condición de funcionario.—5.3.3.1. Requisitos de capacidad.—5.3.3.2. Procedimientos selectivos.—5.3.3.2.1. Oposición.—5.3.3.2.2. Concurso.—5.3.3.2.3. Concurso-oposición.—5.3.4. Pérdida de la condición de funcionario.—5.3.4.1. Causas normales.—5.3.4.2. Causas anormales.—5.3.5. Provisión de puestos de trabajo.—5.3.6. Promoción profesional.—5.3.7. Promoción interna.—5.3.8. Situaciones administrativas.—5.3.9. Deberes de los funcionarios.—5.3.10. Derechos de los funcionarios.—5.3.10.1. Derechos adquiridos y expectativas de derechos.—5.3.10.2. Derechos individuales.—5.3.10.3. Derechos colectivos.—5.3.11. Responsabilidad de los funcionarios.—5.3.11.1. Civil.—5.3.11.2. Penal.—5.3.11.3. Disciplinaria.—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Bajo la denominación de función pública se ha estudiado tradicionalmente el conjunto de medios personales con los que cuentan las diferentes Administraciones para hacer frente al ejercicio de las competencias que el ordenamiento jurídico les reconoce para la defensa de los intereses generales. De manera más concreta, el estudio de ese ámbito se centra primordialmen-

★ Doctor en Derecho. Profesor de Derecho administrativo de la Universidad Pontificia Comillas y del Real Centro Universitario Escorial-María Cristina. Técnico del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (en excedencia).

te en el análisis de la relación de servicio que une a una categoría de empleados públicos con la Administración, que está regida por el Derecho administrativo y que se conocen con el nombre de funcionarios públicos. Esta denominación de funcionarios públicos no engloba a todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas, puesto que existen otros colectivos dentro de la función pública cuya relación con la Administración no está regulada por el Derecho administrativo, sino por el Derecho laboral (personal laboral). El importante proceso de laboralización que han experimentado nuestras Administraciones Públicas en los últimos años ha hecho que se prefiera hablar de empleados públicos y no de funcionarios públicos cuando se hace referencia al conjunto del personal al servicio de las Administraciones Públicas. De hecho, las normas de reforma de la función pública que desde hace ya demasiado tiempo se venían elaborando y que, finalmente, acaban de ver la luz, prefieren hablar de empleados públicos para englobar así a todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas. Es cierto que el colectivo de los funcionarios de carrera sigue siendo, en el conjunto de todas las Administraciones, el más numeroso, pero su reinado, casi solitario en todos los sentidos, hace algún tiempo que finalizó.

Hecha esa primera aclaración, el estudio que se propone se va a centrar en la parte del personal al servicio de la administración sometido a una relación estatutaria o de Derecho Administrativo. Pero dentro de este colectivo también hay que hacer diferenciaciones, pues su composición no es nada homogénea. En realidad, la parte que centrará el análisis está compuesta por el personal funcionario de carrera civil, que, de nuevo, es el colectivo más numeroso dentro del personal funcionario, pero no el único personal que reúne dicha condición. Creo que con estas primeras afirmaciones se habrá advertido la necesidad de clarificar todas estas cuestiones con la clasificación de todo el personal al servicio de la Administración, que se ofrecerá en el punto correspondiente del estudio.

Debe destacarse también desde este primer momento la complejidad que supone la regulación unitaria de una amalgama tan considerable de personas, con una serie de intereses comunes en algunos aspectos, pero nada afines en otros. Por si fuera poca esa dificultad, la regulación del personal al servicio de las Administraciones Públicas se complica aún más por otros tres factores. A saber:

- Su estrecha conexión con la organización administrativa, a la que en algunos casos sirve pero que en la mayoría de ellos condiciona.
- La complejidad política derivada del hecho de estar tocando la fibra sensible del aparato que sirve a los intereses del Estado. Se puede afirmar que regular la función pública es adentrarse en las tripas del propio Estado.
- Los condicionantes constitucionales y legales que hay que tener en cuenta en dicha regulación para respetar principios básicos que tienen como objetivo conseguir, no siempre con la eficacia deseada, evitar la tentación de que el poder público genere cíclicamente un ejército de

personas que sirva a los intereses particulares del momento con pretensiones de perpetuidad, y no a los intereses generales.

Por todo ello, es comprensible que ninguna de las regulaciones que en este sector se han llevado a cabo en nuestro país haya conseguido los objetivos perseguidos *a priori* y, como veremos, haya dejado sin resolver problemas nucleares de nuestra función pública que perviven en la actualidad. Y, por todo ello, se entenderán también las dificultades con las que se han encontrado los distintos gobiernos en los últimos años para sacar adelante la aprobación de una nueva regulación de nuestra función pública, que era obligada desde el punto de vista constitucional, al no haberse cumplido, hasta hace poco, con el mandato contenido en el artículo 103.3, y muy necesaria desde el punto de vista legal, al sustituir una Ley como la 30/1984 que se dictó provisionalmente, como su propia Exposición de Motivos reconoce, para solucionar en buena medida los problemas que en ese momento se plantearon al echar a andar la descentralización de nuestro Estado y que no servía ya para dar cumplimiento a los objetivos y retos planteados por una Administración inmersa en un proceso de modernización tecnológica y de cambio estratégico en el marco de unas relaciones globales presididas por la aplicación del modelo de la *Gobernanza*.

II. MODELOS DE FUNCIÓN PÚBLICA

Los distintos modelos de función pública que han conocido los diferentes sistemas de Derecho comparado han sido los siguientes:

- a) Modelo abierto, privado o del puesto.
 - En él, el servidor público resulta nombrado para un puesto concreto y no genera frente al Estado más relación que un trabajador con su empleador. No accede a ninguna carrera especial ni se le somete a ningún régimen exorbitante.
 - Su principal virtud es la sencillez en su gestión y su flexibilidad para adaptarlo a las necesidades organizativas de cada momento.
 - Su principal inconveniente es que no crea cultura administrativa.
- b) Modelo cerrado o estatutario.
 - Gira en torno a dos elementos esenciales: el Estatuto y la carrera.
 - Su principal virtud es que provee a los poderes públicos de unos administradores profesionales, independientes de los vaivenes políticos.
 - Su principal defecto es su costosa gestión, su poca flexibilidad para adaptarse a los cambios y la escasa especialidad en tareas concretas de sus burócratas.

El modelo abierto es tradicional de los países anglosajones y el modelo cerrado es el propio de los países de Derecho administrativo francés, siendo

precisamente Francia el país que con mayor grado de desarrollo y de manera más exitosa lo ha implantado a lo largo de su historia. En la actualidad, no se da ninguno en puridad. Los dos han tomado cosas del otro, produciéndose una mezcla. Un buen ejemplo de la convivencia de ambos modelos en la práctica totalidad de los países es el caso de la función pública española actual.

III. EVOLUCIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

La visión retrospectiva que la Historia nos ofrece es de indudable valor para la comprensión de las instituciones jurídicas o de los distintos sectores de la actividad pública. El caso de la función pública española no es una excepción. Su histórica evolución, centrada desde el origen del Estado contemporáneo, que es donde se encuentran las pistas más fiables a seguir, nos da cuenta de los enormes problemas que hemos tenido en este ámbito, como en tantos otros, para encontrar una identidad propia y para solucionar algunos de los problemas seculares planteados en este terreno, como, por ejemplo, la falta de regulación de una carrera administrativa mínimamente creíble y motivadora para el empleado público.

En efecto, la evolución de la función pública en nuestro país ha vivido distintas etapas, ninguna de ellas lo suficientemente exitosa como para conformar un perfil característico digno de ser destacado. Podemos diferenciar, no obstante, tres: una etapa inicial de regulaciones parciales encaminadas a dar respuesta al fenómeno de la contratación pública de personal al servicio de la Administración para hacer frente al mayor volumen de competencias que ésta empezaba a adquirir a lo largo del siglo XIX; una segunda etapa de pretensiones de regulación global en la que se sigue, a grandes rasgos, el modelo francés de función pública cerrada; y una tercera, iniciada por la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, en la que se abandona progresivamente el modelo cerrado francés y se van incorporando progresivamente técnicas y soluciones procedentes del modelo abierto anglosajón.

La etapa inicial de nuestra función pública, que podemos situar desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta la mitad del siglo XIX, está caracterizada por dos aspectos esenciales. El primero de ellos hace referencia a la presencia de algunos vestigios del Antiguo Régimen, con todos sus vicios más profundos (compraventa de cargos públicos, dependencia política y clientela social). El segundo factor, el más relevante a efectos jurídicos, es la ausencia de una regulación completa, con un mínimo sentido de unidad y coherencia. Las normas de la época en materia de función pública establecen regulaciones parciales que tratan de dar respuesta a los problemas de cada uno de los Departamentos ministeriales, sin que se pueda hablar todavía de un mínimo común denominador por lo que a las relaciones de los servidores públicos con su empleador se refiere. Se puede poner como ejemplo paradigmático de la fragmentación normativa a la que se alude la Ordenación de López Ballesteros de 1827, destinada con carácter exclusivo al Ministerio de Hacienda, pero cuyo mérito consiste en la pretensión de regular de manera global la

normativa aplicable a dicho Ministerio y acabar con la propia dispersión normativa existente hasta entonces, incluso dentro de cada uno de ellos.

Con la entrada en vigor del Estatuto Bravo Murillo en 1852 comienza la segunda de las etapas señaladas de nuestra función pública, caracterizada por la progresiva asunción del modelo cerrado francés. Este cuerpo normativo es el primero en nuestra Historia que aborda la regulación de la función pública con pretensiones de globalidad, alejándose de las soluciones parciales intradepartamentales y ensayando soluciones globales interdepartamentales. No obstante, la tosquedad de las soluciones propuestas, unido al convulso y desfavorable clima político sobre el que se implantan, hacen fracasar tan loable empeño. Es digno de mención el catastrófico régimen de cesantías que instauró, tan bien reflejado por alguno de los grandes escritores de nuestra literatura.

Al Estatuto de Bravo Murillo le sucede el Estatuto Maura, aprobado en 1918. Durante la vigencia de esta norma se produce el período más radical de asunción del modelo cerrado francés, si bien nunca se llega a aplicar, ni en su espíritu ni sobre el papel, de manera plena, por lo que las disfunciones que presenta la regulación de dicho Estatuto no le hacen digno de ser considerado como un buen sucedáneo del modelo de función pública desarrollado en el país vecino. La apuesta por el sistema francés de cuerpos es evidente, pero la proliferación bajo su vigencia de los cuerpos especiales frente a los cuerpos generales acaba por convertir a nuestra función pública en una jaula de grillos en la que el caos es la nota imperante. Las otras dos notas características más negativas que de este texto se pueden destacar hacen referencia a la anarquía de las retribuciones que consagra y, directamente relacionado con lo que se acaba de decir, la laxitud en la regulación que del régimen de incompatibilidades, tanto entre funciones públicas como con las funciones privadas, establece. Parece claro que el legislador de la época es consciente de las dificultades que tienen los servidores públicos para completar un sueldo digno con el desempeño exclusivo de un puesto de trabajo mal remunerado en la Administración.

La derogación del Estatuto Maura llega con la aprobación de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964.

Desde la entrada en vigor de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 se inicia el progresivo proceso de apertura de nuestra función pública, debido a la incorporación de técnicas procedentes del mundo anglosajón. De hecho, en la actualidad, podemos afirmar que nuestro modelo de función pública está a medio camino entre el modelo cerrado francés y el modelo abierto anglosajón, entendiendo, como ya se puso de manifiesto, que en ninguno de estos países, y tampoco en el nuestro, se da en puridad ninguno de los dos sistemas básicos que el Derecho comparado, en materia de función pública, ha consagrado a lo largo de la Historia contemporánea.

Las características más destacables de esta norma son la creación de órganos centrales con competencias sobre todos los ministerios, la unificación y potenciación de los Cuerpos Generales frente a la caótica proliferación de

Cuerpos Especiales que había tenido lugar bajo la vigencia del Estatuto Mau-
ra y el intento de racionalización del sistema retributivo.

La aplicación práctica de la norma supuso la constatación de un nuevo fracaso, pues no solucionó ninguno de los problemas que nuestra función pública tenía planteados. Así, el Real Decreto-Ley de 30 de mayo de 1977 intenta remediar las deficiencias observadas y anticipar soluciones para nuestra función pública más acordes con el nuevo sistema democrático que estaba llegando. No obstante, una vez más, el contexto político y, fundamentalmente, la importante crisis económica que vivía nuestro país por aquella época, hicieron que los parches que dicho Real Decreto-Ley establecía, fuesen eso, sólo parches. Lo más destacable del mismo es la solución adoptada para el ámbito retributivo, distinguiendo ya muy claramente lo que van a ser retribuciones básicas y complementarias y tomando como referencia la titulación exigida para el ingreso en la función pública a efectos retributivos, creando unos coeficientes indiciados a dicha titulación. Ambas soluciones fracasaron por diferentes motivos, pero, de una manera más desarrollada y perfeccionada, se incorporan posteriormente a la LMRFP, vigente hasta hace muy poco.

Los continuos fracasos por encontrar una regulación más o menos fiable de nuestra función pública y, sobre todo, la necesidad de adaptarla al modelo democrático instaurado por la Constitución española de 1978 obligan al legislador a aprobar una norma, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, cuyo nombre es, cuanto menos, sugerente (*Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, LMRFP en adelante*). En efecto, la necesidad de contar con una nueva normativa en materia de función pública era evidente si se escarba en el texto constitucional. El problema es que dicha norma, cuya Exposición de Motivos, con deliberada consciencia, daba cuenta de la provisionalidad de las soluciones que acogía, no era la que demandaba la Constitución, que exige en el artículo 103.3 un Estatuto de la Función Pública con pretensiones de complitud. Pues bien, con dicha norma se cumple una de las máximas de nuestro ordenamiento, que no es otra que la segura longevidad de las normas aprobadas con carácter provisional.

Con la entrada en vigor de la LMRFP se incrementa el proceso de apertura de nuestro sistema de función pública, iniciado, como se ha dicho, con la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 hasta límites que rayan la inconstitucional. Sus mayores apuestas eran:

- La consolidación de unos órganos con competencias generales sobre todos los funcionarios, cuestión ya regulada de manera más tímida por la Ley de 1964.
- La reforma del sistema de Cuerpos, propiciando la movilidad de todos ellos al permitir que los Cuerpos especiales también puedan ser interdepartamentales.
- El diseño de una nueva carrera administrativa, que se basa en el grado personal del funcionario, el cual opera a modo de garantía en dos aspectos concretos: el retributivo y el profesional, impidiendo que al

funcionario que tiene consolidado un determinado grado personal se le proporcionen puestos de trabajo de categoría inferior en más de dos niveles al que tiene ya consolidado (con ello se evita lo que en el argot funcional se denomina coloquialmente «*el cuarto oscuro*», tan practicado en épocas anteriores después de cada cambio de Gobierno o en el Gobierno y garantizando el cobro del complemento de destino del grado personal que se tenga consolidado, siempre que el mismo sea inferior al nivel del puesto de trabajo desempeñado.

- La laboralización de la función pública hasta extremos de dudosa constitucionalidad, lo que lleva al Tribunal Constitucional a anular la redacción originaria del artículo en la famosa Sentencia 99/1987, de 11 de junio, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la norma, que era el precepto más polémico en este punto y cuya redacción tuvo que cambiar después de la citada Sentencia constitucional.
- El tratamiento dado al personal transferido a las CCAA, adoptando la solución definitiva vigente a día de hoy, aunque con matices introducidos por el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público, y que ya se había recogido en la Ley del Proceso Autonómico, cual es la de crear una nueva situación administrativa en la que pasa a encontrarse dicho personal en el ámbito de la función pública estatal que es la de *servicio en Comunidades Autónomas*, regulada ahora de un modo más amplio en el Estatuto citado y rebautizada con el nombre de *servicio en Administraciones Públicas*.

Si bien es cierto que la LMRFP mejora notablemente la situación de nuestra función pública, no es menos cierto que su reforma se hacía cada vez más necesaria, tanto por motivos de constitucionalidad como por motivos de legalidad. Éste es un hecho que, no por suficientemente conocido, deja de ser problemático para cada uno de los gobiernos que en los últimos años trataron de sacar adelante la necesaria reforma que se apunta. Y es que los intereses en este ámbito, además de ser contrapuestos, son enrevesados.

Frente a la LMRFP se interpusieron varios recursos de inconstitucionalidad que fueron resueltos por la STC 99/1987, de 11 de junio. La citada sentencia, que declaró inconstitucionales varios de los artículos de la norma se pronunció básicamente sobre las siguientes cuestiones:

- Concepto y ámbito de la reserva de ley para regular la relación de servicio de los funcionarios, permitiendo que determinados aspectos del régimen básico de la función pública pudiesen ser desarrollados por normas reglamentarias siempre que hubiese una mínima cobertura legal. El ejemplo paradigmático son las situaciones administrativas, enumeradas y reguladas en sus aspectos más importantes por el artículo 29 de la LMRFP y desarrolladas posteriormente por el Reglamento de Situaciones Administrativas, aprobado por Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo.

- Reserva de ley para la unificación de Cuerpos y Escalas. El TC anula el precepto de la norma que habilitaba al Gobierno para que, mediante Real Decreto, pudiera refundir Cuerpos y Escalas existentes bajo la vigencia de la normativa anterior. El TC exige en dicho pronunciamiento que todas las refundiciones, modificaciones o alteraciones de Cuerpos o Escalas se hagan por Ley, lo que se cumplió posteriormente en la modificación efectuada a la LMRFP a results de esta sentencia por la Ley 23/1988, de 28 de julio, en las disposiciones adicionales de la misma.
- Concepto de derechos adquiridos y diferenciación con expectativas de derechos. El TC distingue estos dos conceptos a efectos de jubilación. La controversia que se le planteó al Alto Tribunal giraba en torno al derecho adquirido que tenían los funcionarios a jubilarse con posterioridad a la edad general de jubilación de sesenta y cinco años que establecía la norma cuando su ingreso en la Administración se había producido en una época en la que el Estatuto les reconocía una edad de jubilación superior. El TC entiende en su pronunciamiento que la edad de jubilación no es un derecho adquirido y que puede ser modificado por el legislador al formar parte del *ius variandi* atribuido a éste para la regulación legal del Estatuto funcional por ser una mera expectativa de derecho.
- Posibilidad de dar diferente trato a funcionarios y laborales. Ésta fue una de las batallas más importantes que libró la sentencia citada, que procedió a anular, como ya ha quedado dicho, la redacción originaria del artículo 15 de la Ley, que era un auténtico portillo abierto a la laboralización de la función pública, lo que chocaba frontalmente con el artículo 103.3 de la Constitución. El TC permite la convivencia de laborales y funcionarios en el seno de la función pública siempre que la Ley especifique claramente los puestos que pueden desempeñar los primeros, sin la calculada ambigüedad escogida por el precepto originario.

La STC 99/1987, de 11 de junio, obliga al legislador a modificar la LMRFP y adaptarla a dicho pronunciamiento. Con ese propósito se aprueba la Ley 23/1988, de 28 de julio. Esta norma, además, aprovechó para introducir algunas novedades en el modelo de función pública. Sus aspectos más importantes son los siguientes:

- Delimitación clara, en cumplimiento del mandato del TC, de los puestos que pueden ser ocupados por el personal laboral (art. 15). Desgraciadamente, el portillo sigue demasiado abierto, a pesar de la mayor delimitación que la nueva redacción otorgó a aquel precepto otrora vigente. Prueba de ello es la actual denominación de la norma que regula, *prima facie*, nuestra función pública. No hay más que leer su Exposición de Motivos para aseverar lo que se está afirmando.
- Cambios en el sistema de provisión de puestos de trabajo.
- Clarificación y perfeccionamiento del modelo de carrera administrativa a través del concepto de grado personal y de nivel de puesto de

trabajo que ya se había acogido en la redacción originaria de la LMRFP.

— Fomento de la promoción interna.

IV. NUESTRA FUNCIÓN PÚBLICA EN LA ACTUALIDAD

4.1. El marco constitucional de distribución de competencias

Podemos destacar dos preceptos constitucionales que se refieren directamente a la materia función pública. Uno trata los aspectos sustantivos o de fondo y el otro los aspectos adjetivos o de competencia. El primero es el artículo 103, apartado 3, que dice que «la ley regulará el estatuto básico de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones». Como se puede observar, la carga de contenido del precepto es importante. No sólo porque deje más o menos claro en un solo apartado el modelo por el que apuesta, sino porque toca muchos y muy distintos palos, dando pistas a la legislación de desarrollo acerca de la regulación esencial a establecer. Huelga un análisis pormenorizado de cada uno de los ámbitos descritos por el precepto porque serán objeto de un análisis posterior.

El segundo de los preceptos aludidos es el artículo 149.1.18 de la Constitución, que es el que establece las reglas competenciales en la materia. La opción elegida por el constituyente es la compartimentalización de las competencias en materia de función pública entre el Estado y las Comunidades Autónomas en virtud de la división de la función legislativa, reservando al Estado la competencia para la regulación de las cuestiones básicas y a las Comunidades el desarrollo de esas bases estatales. El cumplimiento de esta previsión constitucional por parte de los legisladores estatal y autonómico será una cuestión que pasemos a tratar de inmediato.

4.2. El marco legal de regulación

Distribuidas las competencias en materia de función pública por el texto constitucional en la forma expuesta, el legislador estatal hizo uso de sus potestades normativas aprobando una norma que, de manera provisional, viniese a solucionar algunos de los problemas más graves que tenía planteada nuestra función pública en la época y a dar respuesta a algunas de las nuevas necesidades creadas por el nacimiento del Estado autonómico. En definitiva, se trataba de intentar articular una función pública distinta a la anterior dentro de un Estado diferente al anterior. Esa Ley, como sabemos, es la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

La técnica legislativa para la aprobación de dicha norma no fue la más ortodoxa. No obstante, no seré yo quien critique al legislador de entonces por aquello. A pesar de no utilizar los medios adecuados para la consecución del fin, el resultado no ha sido del todo malo, pues gracias a esa norma y a la inestimable ayuda del TC en la ya citada Sentencia 99/1987 no se ha producido una fragmentación de la función pública en nuestro país que hubiese tenido unas consecuencias muy negativas para los servidores públicos y para el conjunto de los ciudadanos. Además, la aprobación de la norma estaba, en aquel momento, más que justificada. Los problemas posteriores con los que se encontraron los sucesivos gobiernos para sacar adelante una verdadera reforma integral que cumpliera con el mandato constitucional y sirviera para encauzar legalmente la modernización y adaptación definitiva de nuestra función pública a los parámetros de los países de nuestro entorno jurídico, social y económico son cuestiones que deben quedar al margen de la crítica a esta norma, la cual, en líneas generales, merece ser tratada en su justa medida y esa justa medida incluye el hecho de reconocer, aun siendo consciente de sus lagunas y de sus deficiencias, que mejoró sustancialmente lo que venía a sustituir, cosa, por otra parte, que no era muy complicado de conseguir.

Lamentablemente, no podemos lanzar las mismas flores al recientemente aprobado Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril (BOE de 13 de abril de 2007) y en vigor desde el día 14 de mayo de 2007. Dicha norma consagra definitivamente la fragmentación de nuestra función pública, otorgando a las CCAA grandes posibilidades de desarrollar su contenido en aspectos importantes. Este Estatuto es, como querían aquéllas, demasiado básico y viene a confirmar la dejación de funciones que caracteriza el paupérrimo discurrir que en el ejercicio de sus competencias constitucionalmente reconocidas muestran nuestras instancias centrales en los últimos tiempos, rendidas como están al ciego poder fagocitador de algunas CCAA crecidas por la debilidad de un gobierno central en minoría y arropado por partidos políticos infieles al espíritu y a la letra de nuestra Carta Magna.

Produce una sonrisa amarga en este contexto comentar las baladías críticas formuladas contra la LMRFP por su carácter de regulación parcial y, si se quiere, asistemática. Es totalmente cierto. Era aquélla una Ley que no regulaba de manera completa la función pública ni pretendía establecer, con vocación de permanencia, un modelo. Era lo que era, y no pretendía ser más. No obstante, era una norma que daba pistas acerca del camino a seguir, que solucionó los problemas que en aquel momento eran urgentes, que dotó de mayor estabilidad el sector y que ha sido un instrumento útil para transformar una Administración oxidada en una Administración moderna en la que prestan servicios unos profesionales mucho mejor preparados y formados que antes.

No podemos, desgraciadamente, insisto, decir lo mismo del nuevo Estatuto. A pesar de las pretensiones de globalidad que su nombre parece indicar, las referencias al personal laboral son anecdóticas o simbólicas, como no puede ser de otra forma, pues el grueso de su relación jurídica se regula en el

Estatuto de los Trabajadores. A pesar del espíritu de complitud que pretende dar, las constantes referencias a su necesario desarrollo por normas posteriores aprobadas por otras Administraciones Públicas e incluso por normas sectoriales le convierten en presa fácil de aventuras desleales. Y a pesar del bombo y platillo que se ha dado a su aprobación, todo parece indicar, con las reservas propias que hay que tener a resultados de la posible obra del milagro, que, una vez más, el marketing político se ha impuesto a las necesidades reales.

Es necesario comentar que el nuevo Estatuto tiene carácter básico y que debe ser desarrollado por diversas normas. En concreto, cada Administración deberá aprobar un Estatuto propio en desarrollo del básico. Es decir, habrá un Estatuto para la Administración General del Estado, otro para cada Comunidad Autónoma y otro para las Entidades Locales. Además, los ámbitos de la educación y de la sanidad contarán con un Estatuto propio que tenga en cuenta sus propias especificidades. Por lo que al ámbito sanitario se refiere, se aplica ya como Estatuto propio la Ley 55/2003, de 14 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

4.3. La reciente reforma

Una de las críticas que se formuló contra la LMRFP fue que no respetaba el imperativo constitucional de exigencia de un Estatuto de los funcionarios públicos previsto en el artículo 103.3. Consciente de ello, el propio legislador destaca su provisionalidad en la Exposición de Motivos. Por ello, desde el año 1995, solventados los problemas más acuciantes que la modernización de nuestra función pública exigía y la instauración de un Estado compuesto imponía, se trabajó en su reforma, culminada en abril de 2007 con la aprobación de la norma que da cumplimiento al citado imperativo constitucional pero que hace saltar por los aires el sistema de función pública más o menos homogéneo que hasta ahora se había regulado. Las razones por las que se ha tardado tanto tiempo en aprobar un Estatuto Básico del Empleado Público son muy sencillas de entender. Sintéticamente, pasamos a exponerlas:

- Los intereses de los distintos sectores afectados por la norma son muy divergentes. Así, los sindicatos de funcionarios apostaban por un Estatuto Básico del Empleado Público muy desarrollado, prácticamente reglamentista. Por el contrario, las Comunidades Autónomas pretendían que el Estado regulase como básicas unas pocas cuestiones y tener ellas un amplio margen de desarrollo normativo de un Estatuto que quieren que sea de mínimos. No hace falta decir quién ha resultado el ganador de esta batalla contrapuesta de intereses, pues las migajas de las pagas extraordinarias completas y la ampliación de las materias objeto de negociación no pueden venderse por los sindicatos como un triunfo al lado de las amplias competencias que el nuevo Estatuto deja en manos de las CCAA.

- Los propios empleados públicos se resistían a la introducción de cambios notables y, sin llegar a paralizar el proceso, ponían constantes chinitas en el camino, confirmando la máxima de la dificultad de introducir modificaciones en el ámbito de la función pública por la sempiterna resistencia del empleado público al cambio. Esta resistencia, organizada y ejercida a través de los sindicatos más representativos en el ámbito funcional, finalizó con el acuerdo al que llegaron con el MAP en el año 2006, lo que supuso, en la práctica, el desbloqueo de la norma.
- Resultado de todo lo anterior, los sucesivos gobiernos amagaban pero no daban. Es decir, parece que querían pero parece que no podían. O sea, ni querían de verdad meterse en demasiados jaleos que les pudieran crear verdaderos quebraderos de cabeza ni podían dejar de intentarlo para salvar los muebles del decoro. Ello fue así hasta que el titular del Ministerio de Administraciones Públicas, Jordi Sevilla, hizo de la aprobación del texto una apuesta personal que, finalmente, ha conseguido ganar políticamente, aunque la verdadera batalla jurídica resultante de la aplicación práctica del Estatuto está por ver que se pueda ganar. No obstante, es justo reconocer al citado Ministro el coraje político para desbloquear una situación que se tornaba en insostenible y haber logrado aprobar, a pesar de todas las dificultades, una norma necesaria.

La conclusión que cabe hacer sobre todas estas perspectivas de reforma que se venían anunciando constantemente desde hace más de diez años y que acaba de finalizar es que, a pesar de los distintos borradores, anteproyectos e, incluso, proyectos enviados al Parlamento, no existió una verdadera voluntad política por parte de los distintos gobiernos para sacar adelante una reforma que empezaba a tener tintes de inaplazable. Y es que, bien estaba lo que estuvo en su momento, pero mal estaba lo que estaba hasta hace bien poco. La LMRFP ha dado mucho jugo, más del que le auguraban muchos, pero se hacía imprescindible coger el toro por los cuernos y abordar de manera más respetuosa con el texto constitucional y de forma más acorde con nuestra pertenencia a los países más desarrollados del mundo occidental una reforma dirigida a mejorar la situación de las personas que trabajan para una institución esencial en el funcionamiento de cualquier Estado democrático. El problema es que, viendo el texto finalmente aprobado, da la impresión de que hemos dejado pasar una nueva oportunidad para clarificar nuestro modelo de función pública, para solucionar los problemas más graves con los que ésta contaba y va a contar, entre otros el de la carrera administrativa, y que se ha cedido demasiado ante las CCAA cuando se tenían argumentos constitucionales y jurisprudenciales para no haber cedido tanto, cesiones que han afectado incluso de manera nada colateral y sí muy directa a colectivos concretos, como, por ejemplo, los Cuerpos de funcionarios, otrora con habilitación nacional, ahora con habilitación estatal. La disposición adicional segunda de este Estatuto Básico supone otro ejemplo bien palpable de la claudicación estatal a favor de las CCAA.

V. LA LEY 7/2007, DE 12 DE ABRIL, POR LA QUE SE APRUEBA EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Efectuadas ya las reflexiones introductorias necesarias para que el aterrizaje en el contexto actual de la regulación de nuestra función pública no sea tan brusco, debemos pasar ahora al análisis concreto de las cuestiones más destacables de la novedosa regulación que la normativa recientemente aprobada nos propone. Parece adecuado comenzar con una clasificación de las personas que prestan servicios en el seno, no sólo de todas las Administraciones Públicas, sino dentro de todos los poderes públicos, para tener una visión de conjunto de todos los colectivos que lo integran y de las heterogeneidades de las que ya se había dado cuenta.

5.1. Clasificación del personal al servicio de las Administraciones Públicas

- a) Personal al servicio de las Administraciones Públicas:
 - Administración General del Estado.
 - Personal Civil.
 - Personal funcionario.
 - De carrera.
 - Interino.
 - Personal laboral.
 - Fijo.
 - Temporal.
 - Personal eventual.
 - Personal directivo.
 - Personal Militar.
 - Personal de la Seguridad Social.
 - Personal de los Organismos Públicos dependientes de la Administración General del Estado.
 - Personal con un régimen especial (docentes, investigadores, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado).
 - Comunidades Autónomas (la clasificación es idéntica que para la Administración General del Estado, salvo que estas Administraciones territoriales no cuentan ni con personal militar ni de la Seguridad Social).
 - Entidades Locales (la clasificación es idéntica a la de las Comunidades Autónomas, con la especialidad de su personal funcionario, que se divide en Cuerpos con habilitación nacional, como Secretarios o Interventores, y Cuerpos propios de la Entidad Local, los cuales se dividen, a su vez, en Generales y Especiales, con distin-

tas divisiones en Escalas dentro de cada uno de ellos en atención a la titulación exigida para su ingreso).

- b) Personal que no pertenece a las Administraciones Públicas:
- Personal al servicio de los órganos constitucionales (Tribunal Constitucional, Cortes Generales o Asambleas legislativas de las distintas Comunidades Autónomas, Defensor del Pueblo o instituciones análogas de las Comunidades Autónomas, etc.).
 - Personal al servicio del Poder Judicial (Jueces, Magistrados, Fiscales, etc.).
 - Ejercientes privados de funciones públicas (Notarios, Registradores, etc.).

Pues bien, expuesta esta clasificación de todo el personal al servicio de los poderes públicos, en los apartados siguientes se analizará el régimen jurídico del colectivo que más especialidades ofrece, que es el personal funcionario de carrera perteneciente a las diferentes Administraciones Públicas. En especial, se hará referencia al ámbito de la Administración General del Estado por ser éste el régimen más desarrollado y el que ha servido de inspiración a todos los demás, a pesar de los esfuerzos de la Exposición de Motivos del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público por justificar la pérdida de competencias del Estado en la materia a favor de las Comunidades Autónomas.

5.2. Órganos Superiores con competencias en materia de función pública

Desde la entrada en vigor de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 el legislador español, inspirado en el modelo de función pública abierto típico de los países anglosajones, se ha preocupado por identificar los órganos que dentro de nuestra Administración deberán asumir competencias generales en la materia. La LMRFP profundizó en esa búsqueda, ante la dificultad que presenta en ocasiones saber, dentro de esa amalgama de órganos, cuál es exactamente el competente. Dicha norma dedicaba sus artículos 3 a 10 a esta cuestión y, además, dichos preceptos fueron desarrollados por un reglamento específico, aprobado por Real Decreto 2169/1984, de 28 de noviembre, de atribución de competencias en materia de personal, que está modificado por el Real Decreto 1084/1990, de 31 de agosto. El Estatuto Básico recientemente aprobado no introduce novedad alguna en este punto.

Por consiguiente, siguiendo la legislación actualmente vigente, podemos dividir esos órganos en dos apartados en atención al tipo de funciones que despliegan. Así, distinguiremos entre órganos de gestión activa, que son los que se encargan de dirigir de manera cotidiana cada Administración Pública, y órganos consultivos, que son aquellos que se ocupan de asesorar a los órganos de gestión activa en la formulación, mejora, perfeccionamiento y coordinación de las políticas implantadas en materia de función pública.

5.2.1. *De gestión activa*

5.2.1.1. AGE

Dentro de la Administración General del Estado podemos señalar como órganos con competencias genéricas en materia de personal los siguientes:

- El Gobierno, que en virtud del artículo 97 de la Constitución dirige la Administración civil y militar, y que, por consiguiente, tiene potestades para la elaboración y aprobación de la política en materia de función pública en toda su extensión, bien dictando reglamentos que desarrollen las leyes vigentes en la materia, bien a través de decisiones más concretas reflejadas en instrucciones, directrices y acuerdos en el terreno de la negociación de las condiciones de trabajo con los funcionarios o en cualquier otro tipo de acto o convenio que pudiera firmar.
- El Ministerio para las Administraciones Públicas, que es el Departamento encargado de la gestión del personal al servicio de la Administración General del Estado. Entre otras competencias, se encarga de llevar el Registro Central de personal, de informar o, incluso, otorgar o denegar, con carácter definitivo, las compatibilidades o certificar la situación administrativa en la que se encuentran los funcionarios. Este Ministerio se configura como el auténtico gestor de nuestro sistema de función pública. Para ello, se apoya en dos Centros directivos de especial importancia, como son la Secretaría de Estado para la Administración Pública y la Dirección General de la Función Pública.
- El Ministerio de Economía y Hacienda, que es el competente en todo lo relacionado con aquellas cuestiones que tengan una incidencia en el gasto público. Entre sus competencias destaca la de informar al Gobierno sobre las propuestas de subida de salarios a los empleados públicos, tener un papel relevante en las negociaciones sobre la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, sobre la elaboración de la Oferta de Empleo Público, la aplicación de un Plan de Empleo... En fin, sobre casi todas las decisiones importantes que se tomen en esta materia, ya que todas ellas tendrán una incidencia en los presupuestos públicos.
- Además, dentro de cada Departamento ministerial, tendrán competencias en materia de personal el Ministro correspondiente y el Subsecretario.
- Por último, en la Administración periférica del Estado, son órganos competentes en materia de personal el Delegado del Gobierno y, en menor medida tras la aprobación de la Ley 6/1997, de 13 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), los Subdelegados del Gobierno y los Directores insulares.

5.2.1.2. CCAA

En el seno de las Comunidades Autónomas podemos decir que serán competentes en materia de personal, tal y como prevén todas sus leyes de función pública, su Consejo de Gobierno, con carácter general y ejerciendo competencias parecidas a las que desempeña el Gobierno de la Nación en el ámbito estatal, y los Consejeros. Dentro de los Consejeros, suele atribuirse a uno de ellos la competencia directa en materia de función pública, y suele ser el Consejero de Administración Pública o, en algunos casos, el Consejero de Hacienda el que asume esta materia. Ello no obsta para que el resto de Consejeros tengan competencias sobre el personal que presta servicios en su Consejería.

5.2.1.3. EELL

En el ámbito de las Entidades Locales estas competencias están repartidas entre el Pleno del Municipio [art. 22.2.i) LBRL], de la Diputación Provincial u órgano colegiado de gobierno de la Provincia [art. 33.2.f) LBRL] y el Alcalde [art. 21.1.g) y m) LBRL] o Presidente de la Diputación u órgano unipersonal de gobierno de la Provincia [art. 34.1.l) LBRL].

Como ya se ha indicado, el Estatuto Básico del Empleado Público recientemente aprobado no prevé ningún cambio significativo en la atribución o cambio de competencias de estos órganos. Los cambios que introduce dicha norma son mucho más sustanciales en el terreno de los órganos consultivos en materia de función pública, como veremos a continuación.

5.2.2. Consultivos

Una de las grandes novedades de la LMRFP fue la creación de unos órganos colegiados que tuviesen como objetivo fundamental coadyuvar en la coordinación interorgánica e intersubjetiva en materia de función pública ante las dificultades que el nuevo escenario de Estado descentralizado presentaba. El paso del tiempo y la experiencia práctica en la aplicación de la norma ha demostrado el fracaso de esta apuesta que hizo en su momento aquella Ley y la mala vida que han llevado estos órganos, ninguneados por todas las Administraciones Públicas constantemente. Por ello, sí que es de alabar en este punto el nuevo Estatuto Básico, que procede a reordenar este ámbito de los órganos consultivos en materia de función pública de una manera más lógica y razonable.

- **El Consejo Superior de la Función Pública**, que se regulaba en los artículos 6 y 7 de la LMRFP y era, hasta hace poco, el supremo órgano consultivo de las Administraciones Públicas territoriales en materia de función pública. Este órgano estaba presidido por el Ministro para las Administraciones Públicas y tenía una composición exótica que le

hacia ingobernable, pues formaban parte de él 21 representantes de la Administración General del Estado (además del Ministro citado, el Secretario de Estado para la Administración Pública y el de Hacienda, todos los Subsecretarios de los distintos Ministerios y el Secretario General del Consejo), 17 de las Comunidades Autónomas (los Consejeros competentes en la materia), 17 de las Entidades Locales (nombrados entre Alcaldes y Presidentes de Diputación por la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), *de facto*, ante la ausencia de previsión al respecto en la LMRFP) y, por fin, 17 de los Sindicatos con mayor implantación en el ámbito de la función pública.

La escasa entidad de las competencias que se le otorgaron y su evidente ingobernabilidad ha hecho que una de las cosas con mayor sentido que realiza el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público sea su supresión, creando, en sustitución del mismo, la **Conferencia Sectorial de Función Pública** (art. 100.1). De hecho, las cuestiones importantes en la materia ya venían siendo tratadas fuera del seno del Consejo Superior de la Función Pública por el Estado y las Comunidades Autónomas. Además, éstas han creado Consejos similares que solapaban al estatal. Y, por si fuera poco, la representación sindical presente en dicho Consejo como forma de asegurar voz y voto a los empleados públicos en un órgano que se pretendía de gran calaje, se ejercía también fuera del ámbito del mismo a través de las Mesas de Negociación, como indica la propia Exposición de Motivos del nuevo Estatuto para argumentar a favor de su supresión y apostar por canalizar la negociación de las condiciones de trabajo a través de las Mesas de Negociación, como hace en su articulado, y no a través de estos órganos híbridos con intereses contrapuestos y, por ende, de poca utilidad práctica. En este sentido, el nuevo Estatuto crea una Mesa General de Negociación (art. 34.1) en la que estarán presentes todas las Administraciones Públicas y las Organizaciones Sindicales con mayor implantación en el sector como órgano supremo de audiencia y canalización de las propuestas de los empleados públicos, lo cual parece un cauce bastante más razonable que el existente hasta ahora.

La nueva Conferencia Sectorial de Administración Pública será el órgano encargado, según el artículo 100.1 de dicho Estatuto, de la «...cooperación en materia de administración pública de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades de Ceuta y Melilla, y de la Administración Local...».

En cuanto a los representantes de la Administración Local en dicho órgano, ahora sí, expresamente, el Estatuto indica que serán designados por la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP).

Por último, por lo que hace referencia al funcionamiento y organización de esta Conferencia Sectorial, el precepto se remite a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

(LAP). Concretamente es el artículo 5 de dicha Ley el que regula este tipo de instrumentos de cooperación interadministrativa.

- La **Comisión de Coordinación de la Función Pública**, que estaba regulada en el artículo 8 de la LMRFP y cuyo cometido básico era coordinar la política de personal entre la AGE y las CCAA, fundamentalmente para la elaboración de la Oferta de Empleo Público). Este órgano estaba compuesto por 34 miembros, 17 en representación del Estado y otros 17 en representación de las Comunidades y lo presidía el Secretario de Estado para la Administración Pública.

Pues bien, el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público también suprime este órgano y, en su lugar, crea la Comisión de **Coordinación del Empleo Público** (art. 100.2) «...como órgano técnico y de trabajo dependiente de la Conferencia Sectorial de Administración Pública. En esta Comisión se hará efectiva la coordinación de la política de personal entre la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, y las entidades locales...». La mejora en la regulación de este órgano es evidente desde varios puntos de vista.

Primero, lo hace depender de manera más clara de la Conferencia Sectorial de Administración Pública, cosa que no estaba tan clara en la legislación anterior respecto del Consejo y de la Comisión de Coordinación.

Segundo, incorpora, de manera lógica, a las EELL al mismo, pues tienen cosas importantes que decir en la materia.

Tercero, porque es coherente con el deslindamiento de composición y de intereses que está presente en la regulación de su articulado y que se acaba de poner de manifiesto, ya que en este órgano, de nuevo, sólo están presentes las Administraciones Públicas, y los representantes de los empleados están presentes en las Mesas de Negociación, que es donde deben escucharse sus propuestas y sugerencias. De hecho, la letra c) del artículo 100.2 del nuevo Estatuto Básico exige que los informes y estudios elaborados por este ente se remitan a las Organizaciones Sindicales de la función pública por conducto de la Mesa General de Negociación que se crea.

Cuarto, porque define más claramente las competencias que tiene atribuidas. En concreto le atribuye las siguientes:

- a) Impulsar las actuaciones necesarias para garantizar la efectividad de los principios constitucionales en el acceso al empleo público.
- b) Estudiar y analizar los proyectos de legislación básica en materia de empleo público, así como emitir informe sobre cualquier otro proyecto normativo que las Administraciones Públicas le presenten.
- c) Elaborar estudios e informes sobre el empleo público. Dichos estudios e informes se remitirán a las Organizaciones Sindicales presentes en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas.

En cuanto a su composición, el apartado 3 del artículo 100 dice que formarán parte de dicha Comisión los titulares de los órganos directivos de la política de recursos humanos de la AGE, de las CCAA, de las EELL y de las Ciudades de Ceuta y Melilla.

- La **Comisión Superior de Personal**, órgano creado por la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 y no derogado por la LMRFP, que la regulaba en su artículo 9. Si los dos órganos anteriormente analizados tenían un claro componente interadministrativo, éste lo tiene interorgánico, pues opera dentro, exclusivamente, de la AGE. En desarrollo de ese artículo 9 de la LMRFP, se aprobó el Real Decreto 1085/1990, de 31 de agosto, que regula su composición y funcionamiento. Está formado por altos cargos de distintos Ministerios, con presencia cualificada del Departamento de Administraciones Públicas y del de Economía y Hacienda. En cuanto a sus competencias, el citado artículo 9 de la LMRFP le atribuye la «...coordinación, documentación y asesoramiento para la elaboración de la política de personal al servicio de la Administración del Estado». En la práctica, informa sobre todos los proyectos normativos que en materia de función pública parten de la AGE, sobre los procesos selectivos convocados por la AGE y sobre los sistemas de provisión de puestos de trabajo.

El nuevo Estatuto Básico del Empleado Público nada dice acerca de este órgano. No lo regula dentro de los órganos de cooperación administrativa, como hace con la Conferencia Sectorial y la Comisión de Coordinación del Empleo Público que crea, al no ser, obviamente, como ha quedado dicho, un órgano interadministrativo sino interorgánico. No obstante, debemos entender que quedará vigente tras la entrada en vigor de dicha norma, puesto que la disposición derogatoria de la misma no deroga el artículo 9 de la LMRFP. Cuando la AGE elabore su propio Estatuto en desarrollo del Básico recientemente aprobado será cuando, con casi total probabilidad, se actualice la regulación de este órgano y se derogue, consecuentemente, dicho artículo 9.

5.3. Personal funcionario civil al servicio de la AGE

Como comentamos anteriormente, centraremos en adelante el análisis del régimen jurídico de nuestra función pública en el personal funcionario civil de la AGE.

Esta apuesta se hace más difícil de justificar con el paso de los años por distintos motivos, ya que ni los funcionarios son el único colectivo que presta servicios en la Administración, donde conviven, como sabemos, con los laborales, que son cada vez más numerosos, ni es la AGE la Administración que ostenta en la actualidad, después de la profunda descentralización operada en nuestro país, un mayor número de funcionarios civiles, como certera-mente se encarga de poner de manifiesto la Exposición de Motivos del Estatuto Básico del Empleado Público. Sin embargo, la justificación a los dos

hechos expuestos se centra, por una parte, en el objeto de la disciplina que ahora se estudia, pues dentro de un trabajo de Derecho administrativo no debería abarcarse en profundidad el estudio de la situación del personal laboral que presta servicios en las distintas Administraciones más que de manera tangencial, al estar regulada su relación jurídica por el Derecho laboral en casi todos sus aspectos y, por otra parte, en el hecho de que, todavía hoy, a pesar de no ser el colectivo más numeroso ya, el régimen estatutario de los funcionarios de la AGE, aparte de imponerse en sus aspectos esenciales al resto de Administraciones Públicas, al tener el carácter de básico, sirve de inspiración en la mayoría de los casos a éstas, incapaces, la mayoría de ellas, de encontrar soluciones más imaginativas.

5.3.1. *Cuerpos, Escalas y Grupos Profesionales*

La inclusión de los funcionarios públicos en Cuerpos y Escalas es deudora de la incorporación por nuestro ordenamiento del modelo cerrado francés de función pública. Siguiendo al Profesor Santamaría Pastor podemos afirmar que el sistema de Cuerpos en este modelo cerrado que reinó en nuestra Administración Pública hasta mediados del siglo XX se caracterizaba por las siguientes notas¹:

- Exigencia de una misma titulación para el ingreso.
- Idénticos sistemas de reclutamiento para cada Cuerpo, con Tribunales cuya composición era mayoritaria de miembros del propio Cuerpo, lo que ponía en duda la independencia de los Tribunales en muchos casos.
- Configuración de categorías jerarquizadas, a imagen y semejanza de la carrera militar, sobre las que se asignaban los puestos de trabajo y que servían para establecer el sistema retributivo del funcionario.
- Atribución de unas funciones propias de cada Cuerpo.

Todo ello otorgaba un grado de rigidez y de endogamia al sistema incompatible con la formación de una función pública moderna, necesitada de profesionales cualificados para realizar diferentes funciones en atención a las necesidades del servicio y de una estructura organizativa ágil y que se adaptase rápidamente a la gestión de un número mayor y más complicado de tareas. Por ello, la LFCE de 1964, pero, sobre todo, la LMRFP, operaron una serie de reformas que acabaron con el reinado del sistema de Cuerpos francés.

Como pone de manifiesto también el Profesor Santamaría Pastor, la Ley 30/1984 adopta tres medidas que suponen un golpe casi definitivo al sistema de Cuerpos napoleónico²:

- Elimina el sistema selectivo con predominio mayoritario de miembros del propio Cuerpo en el Tribunal, imponiendo que «los órganos de

¹ Santamaría Pastor, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo*, p. 760, vol. I, Iustel, Madrid, 2005.

² *Op. cit.*, pp. 760-762.

selección no podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo que se ha de seleccionar» (art. 19.2).

- Desvincula funciones públicas y Cuerpos, al establecer que «los Cuerpos y Escalas de funcionarios no podrán tener asignadas facultades, funciones o atribuciones propias de los órganos administrativos» (art. 26).
- Desvincula los Cuerpos con la asunción de determinados puestos de trabajo, al establecer la movilidad total de los funcionarios para desempeñar cualquier puesto de trabajo, independientemente del Cuerpo al que pertenezca. Sólo excepcionalmente, las relaciones de puestos de trabajo podrán reservar a los miembros de un Cuerpo o Escala el desempeño de puestos de trabajo concretos (art. 26). Esta medida acaba también con la diferenciación, a efectos prácticos, entre Cuerpos Generales y Cuerpos Especiales, ya que, ahora, todos, y no sólo los Generales, al menos en teoría, son Cuerpos interdepartamentales.

Por cierto, la distinción entre Cuerpos y Escalas es irrelevante a efectos prácticos. Se trata de una reminiscencia de denominación que tiene una explicación más bien histórica que permanece todavía hoy para referirse a determinados colectivos dentro de la Administración, como, por ejemplo, el ámbito de la Policía, que distingue entre escala ejecutiva y escala básica.

Así las cosas, en la actualidad el único poder que ejercen los Cuerpos y Escalas dentro de la Administración es el poder fáctico que siguen ostentando determinados colectivos prestigiosos de funcionarios pertenecientes a algunos Cuerpos de élite, los cuales se configuran como auténticos *lobbies* dentro de la organización administrativa. Podríamos prescindir de ejemplos, pero, como parece más razonable el sistema de *lobbies* anglosajón en el que impera la transparencia y el conocimiento generalizado de los mismos, diremos que los Cuerpos de funcionarios que más desempeñan labores de *lobby* dentro de la AGE son el Cuerpo de Abogados del Estado y el Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado. Sólo basta constatar este hecho mediante el dato empírico de repasar a qué Cuerpo pertenecen la mayoría de Subsecretarios y Secretarios Generales Técnicos o Secretarios Generales de Consejos de Administración de Organismos Públicos, es decir, la espina dorsal de la organización administrativa.

En la actualidad, como ya sucedía bajo la vigencia de la LFCE de 1964, los Cuerpos y Escalas se insertan en Grupos profesionales en atención a la titulación exigida para su ingreso. La LMRFP distinguía cinco Grupos profesionales. A saber:

- Grupo A (Grupo Técnico o Superior): Están adscritos a este Grupo los Cuerpos y Escalas para cuyo ingreso se exige el título de Doctor, Licenciado, Arquitecto Superior, Ingeniero Superior o equivalente. Son los más prestigiosos. Ej.: Cuerpo de Abogados del Estado, Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado, Inspectores de Finanzas del Estado.
- Grupo B (Grupo de Gestión): A este Grupo se adscriben los Cuerpos y Escalas para cuyo ingreso se exige el título de Diplomado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico, Formación Profesional de tercer grado

o equivalente. Ej.: Cuerpo General de Gestión del Estado, Cuerpo de Gestión de la Seguridad Social, Cuerpo de Gestión de Hacienda.

- Grupo C (Cuerpo Administrativo): Pertenecen a este Grupo los Cuerpos y Escalas para cuyo ingreso se exige el título de Bachiller, Formación Profesional de segundo grado o equivalente. Ej.: Cuerpo General Administrativo del Estado, Cuerpo Administrativo de la Seguridad Social, Cuerpo Administrativo de Hacienda.
- Grupo D (Grupo Auxiliar): Integran este Grupo los Cuerpos para cuyo ingreso se exige el título de Graduado Escolar, Formación Profesional de primer grado o equivalente. Ej.: Cuerpo General Auxiliar del Estado.
- Grupo E (Grupo Subalterno): Forman parte de este Grupo los Cuerpos a los que se exige para su ingreso el certificado de escolaridad. Estos Cuerpos están prácticamente erradicados en la actualidad y son muy pocos los funcionarios que siguen perteneciendo a los mismos. Es un grupo a extinguir. De hecho el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público confirma su desaparición.

Dentro de cada uno de estos Grupos profesionales existían unos niveles de puestos de trabajo, que iban del 30, el más alto, al 7, el más bajo, y que podían ser desempeñados por los funcionarios pertenecientes a los mismos. Aunque su examen detallado lo haremos en el apartado correspondiente a la promoción profesional de los funcionarios, ahora los señalaremos como los siguientes:

- Grupo A: Niveles del 20 al 30.
- Grupo B: Niveles del 16 al 26.
- Grupo C: Niveles del 11 al 22.
- Grupo D: Niveles del 9 al 18.
- Grupo E: Niveles del 7 al 14.

El nuevo Estatuto Básico del Empleado Público establece en su artículo 75 que «los funcionarios se agrupan en cuerpos, escalas, especialidades u otros sistemas que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo». Asimismo, el artículo 73.2 establece que «las Administraciones Públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin merma en las retribuciones». El objetivo de ambos preceptos es claro: flexibilizar la gestión de los recursos humanos en nuestras Administraciones Públicas. Sin perjuicio del desarrollo posterior obligado que cada Administración ha de hacer de estas previsiones contenidas en ambos artículos, el Estatuto Básico da pistas más que sobradas de por dónde van los tiros. La idea es fomentar el reclutamiento de personal con unas capacidades más genéricas y no tan específicas como hasta ahora, que pueda desempeñar funciones diversas en atención a las necesidades del servicio, favoreciendo así la movili-

dad funcional y flexibilizando la gestión del personal, sin necesidad de contratar fuera lo que podemos tener dentro.

Además, el Estatuto Básico del Empleado Público, en coherencia con el objetivo expresado en su Exposición de Motivos de respetar la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en materia de función pública mantiene en el artículo 75.2 la obligación de que la creación, modificación o supresión de los Cuerpos y Escalas funcionariales se haga mediante Ley. Recordemos que ésta es una exigencia que estableció el Tribunal Constitucional en la Sentencia 99/1987, de 11 de junio, y que motivó la necesidad de introducir una modificación en la redacción originaria que a este respecto establecía la LMRFP.

Por último, dicho Estatuto reduce a tres los Grupos profesionales en su artículo 76 (A, B y C), dividiéndose el A en A1 y A2 en atención a la responsabilidad ejercida en el desempeño del puesto de trabajo o a las dificultades que plantee el proceso selectivo para el ingreso. Por su parte, el Grupo C se divide en otras dos Subescalas, C1 y C2, dependiendo de la titulación exigida para el ingreso. En cuanto a la titulación exigida, ésta está adaptada ya al régimen de títulos recogido en el Espacio Europeo de Enseñanza Superior que se avecina, conocido coloquialmente como modelo Bolonia. Hasta que llegue éste, la disposición transitoria tercera del Estatuto Básico establece una tabla de equivalencias con el régimen de Grupos profesionales de la LMRFP, que es la siguiente:

Grupo A: A1

Grupo B: A2

Grupo C: C1

Grupo D: C2

Grupo E: Agrupaciones Profesionales.

5.3.2. *Instrumentos de gestión de Recursos Humanos en la AGE*

Uno de los mayores problemas que presenta el modelo cerrado de función pública, como se señaló al inicio de este estudio, es la rigidez en la gestión de sus recursos humanos. Dicha rigidez viene motivada en gran medida por los derechos que adquiere un sujeto a la hora de incorporarse a la organización administrativa, que tiene que ocuparse de diseñar un complicado sistema de carrera administrativa para satisfacer las aspiraciones profesionales futuras del empleado público y fomentar su motivación en el ejercicio de su trabajo. Todo ello se complica con la limitada movilidad, funcional y geográfica, que la organización puede imponerle a dicho sujeto como consecuencia de haber superado un proceso selectivo con el que, prácticamente, se asegura permanecer, si ése fuera su deseo, en el mismo puesto de trabajo de por vida, independientemente de las necesidades del servicio.

Pues bien, ese panorama de estabilidad absoluta en el empleo y de inmovilidad prácticamente total es cada vez más discutido y matizado por las nor-

mas que regulan la función pública en los diferentes países de nuestro entorno como consecuencia de la incorporación de técnicas procedentes de los sistemas abiertos y de la cada vez mayor atención que las organizaciones públicas han venido prestando a la utilización de instrumentos de gestión de recursos humanos procedentes de la empresa privada. Como muestra de lo que se acaba de comentar, la LMRFP otorgaba a los gestores públicos tres instrumentos básicos para la gestión de los recursos humanos con los que cuentan, uno de los cuales estaba tomado del modelo norteamericano de empleo público y otro más, el más reciente en llegar, incorporado en 1993, se asemejaba bastante a las herramientas que utilizan las empresas privadas a la hora de realizar ajustes de personal.

El Estatuto Básico no introduce grandes novedades en la materia, pero sí matices de calado mediano. Se mantienen, a grandes rasgos, las técnicas preteritas, pero se perfeccionan para conseguir el objetivo apuntado de una mayor flexibilización de la política de personal en el seno de unas organizaciones administrativas necesitadas de dar respuestas rápidas a las necesidades de medios personales presentes y futuras.

5.3.2.1. La Oferta de Empleo Público

Podríamos definir la Oferta de Empleo Público (OEP) como el instrumento de gestión de recursos humanos que, a corto y medio plazo, determina y ordena las necesidades de personal dentro de la organización administrativa.

Esta técnica fue introducida por la LMRFP en nuestro ordenamiento como forma de racionalizar de manera eficaz la gestión de personal, de dotar de mayor seguridad jurídica a los procesos selectivos, al establecer una periodicidad en su celebración que con anterioridad a su entrada en vigor no se observaba, y de adaptar la contratación de personal al servicio de las Administraciones Públicas al ciclo presupuestario. Así, el artículo 15 de dicha norma establecía que la OEP debía aprobarse dentro del primer trimestre natural de cada año. Todas las Administraciones Públicas tienen que aprobar su OEP. En el caso de la AGE, esta aprobación se realiza mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro para las Administraciones Públicas y con el visto bueno del Ministro de Economía y Hacienda. Por consiguiente, la OEP señala las necesidades de personal que tiene la AGE cada año, indicando las plazas que se cubrirán para cada Cuerpo o Escala e iniciando con ello el proceso selectivo de dicho personal, que continuará con la convocatoria de las pruebas, como veremos. La OEP debe publicarse, en el caso de la AGE, en el Boletín Oficial del Estado y en el caso del resto de Administraciones en el Diario Oficial correspondiente. Cuando se publica la OEP se dice que las plazas están ofertadas. Posteriormente, cuando se publica la convocatoria para cubrir las plazas ofertadas para cada uno de los Cuerpos y Escalas, se dice que las plazas están convocadas.

El Estatuto Básico del Empleado Público, por lo que a la OEP se refiere, la regula en el artículo 70, que mantiene intacta la fisonomía de la figura, pero exige, con mayor rigor que la regulación precedente, que, una vez aprobada una OEP, deba desarrollarse en el plazo máximo de tres años. Tal y como confirma el citado Estatuto, la OEP puede estar condicionada por la aplicación de un Plan de Empleo [art. 69.2.e)].

5.3.2.2. Las Relaciones de Puestos de Trabajo

Este segundo instrumento de gestión de recursos humanos que se analiza se incorporó a nuestro ordenamiento también en la LMRFP. Está inspirado en las *job descriptions* del modelo de empleo público norteamericano. Se regulaba en los artículos 15 y 16 de la LMRFP.

Podemos definir las Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT) como la técnica a través de la cual se identifican las características de cada uno de los puestos existentes en cada Centro directivo (Ministerio en la AGE, Consejería en las CCAA u organismo autónomos dependientes de cada una de esas Administraciones). En dicha descripción deben figurar las siguientes circunstancias:

- Si el puesto de trabajo debe ser desempeñado por personal funcionario o por personal laboral.
- La unidad administrativa en la que queda adscrito el puesto de trabajo.
- La denominación del mismo.
- El nivel de dicho puesto (dentro de la escala del 30 como máximo al 7 como mínimo que vimos con anterioridad y que condicionará su nivel retributivo).
- Las retribuciones complementarias ligadas al mismo.
- La descripción de las funciones que exige desarrollar.
- El sistema de provisión por el que se cubrirá (que, como se verá, será el de concurso o libre designación).
- El resto de características que singularicen dicho puesto.

Las RPT se aprueban, tal y como establece el artículo 13.6 de la LOFAGE, por el Ministro para cada Departamento ministerial, previa autorización conjunta del Ministro de Administraciones Públicas y del Ministro de Economía y Hacienda. La modificación de una RPT exige idénticos requisitos.

El Estatuto Básico del Empleado Público regula las RPT en su artículo 71. De la regulación que en ese extenso precepto se efectúa, destacan dos aspectos. Primero, que la Conferencia Sectorial de Administración Pública deberá establecer los contenidos mínimos comunes de los Registros de personal y los criterios que permitan el intercambio homogéneo de la información entre Administraciones Públicas en materia de personal (apartado 3). Segunda, la posibilidad de que la AGE o la CA respectiva auxilien a sus EELL en la elaboración de su RPT (apartado 5), ya que, ahora, todas las Administraciones Públicas están obligadas a elaborarla.

5.3.2.3. Los Planes de Empleo

Podemos definir los Planes de Empleo como el instrumento de gestión de recursos humanos con el que cuentan nuestras Administraciones Públicas para racionalizar y ordenar su personal a medio o largo plazo, movilizándolo efectivos desde ámbitos excedentarios de personal a ámbitos deficitarios.

Este novedoso instrumento fue introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de función pública y de protección por desempleo, que dio una nueva redacción a los artículos 18 y 20 de la LMRFP.

El contexto en el que se introdujo este instrumento en nuestra función pública era muy propicio, ya que vino a coincidir con una época en la que, tanto por factores internos como por factores externos, parecía necesitarse un instrumento que dotase de mayor flexibilidad la movilidad funcionarial.

Desde el punto de vista de los factores internos, estábamos en esos años inmersos en pleno proceso de descentralización, con el traspaso de competencias estatales a las CCAA que habían accedido a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, una vez transcurridos los cinco años previstos en el artículo 148.2 como período transitorio de equiparación competencial con las de la vía del 151. El pacto autonómico PSOE/PP de 1992 para impulsar de manera homogénea dicho proceso hacía presagiar que la ordenación de todo el personal que iba a cambiar de Administración y el personal que se quedase dentro de la propia AGE resultaría complicada y estaría necesitada de instrumentos que favoreciesen la movilidad del mismo.

Desde el punto de vista de los factores externos, una vez firmado el Tratado de Maastricht en 1992, suscrito y ratificado por España, los requisitos para cumplir los criterios de convergencia en él impuestos a los países que quisieran acceder a la moneda única hacían necesario ser disciplinados con el gasto público y tratar de no contratar más personal de fuera de la organización administrativa si se disponía de personal dentro de la misma, aunque hubiese que reubicarle en otros puestos y en otras funciones.

A pesar del loable objetivo, la aplicación práctica que de este instrumento se ha hecho ha sido más bien escasa, debido, fundamentalmente, a la enorme resistencia que desde el colectivo funcionarial y laboral público se ha desplegado contra un arma que, desde el principio, se vio como una amenaza intolerable e incompatible con los derechos históricos que en materia de inamovilidad habían venido disfrutando consuetudinariamente los empleados públicos.

De acuerdo con el artículo 18.6 de la LMRFP, la iniciativa para la elaboración de estos planes corresponde al Ministerio u organismo afectado. Subsidiariamente, dicha iniciativa podrá ser adoptada conjuntamente por los Ministerios para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda.

El Estatuto Básico del Empleado Público regula los Planes de Empleo en el artículo 69. Se limita dicho precepto a señalar las cuestiones que puede regular un Plan de Empleo, dejando amplio margen de desarrollo en la materia a las diferentes Administraciones Públicas en las normas que tendrán que

aprobar en desarrollo de dicho Estatuto. Las cuestiones que se señalan como propias de los Planes y que, por ende, condicionarán el contenido de las normas de desarrollo son las siguientes (art. 69.2):

- a) Análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos como de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos.
- b) Previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo.
- c) Medidas de movilidad, entre las cuales podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen.
- d) Medidas de promoción interna y de formación del personal y de movilidad forzosa de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo III del presente Título de este Estatuto.
- e) La previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la Oferta de Empleo Público, de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente.

5.3.3. *Adquisición de la condición de funcionario*

El acceso a la función pública está rodeado de un conjunto de garantías que hacen posible el cumplimiento de los principios constitucionales destinados a garantizar que no se produzcan arbitrariedades en la contratación de un personal que tiene prácticamente garantizada su permanencia en la organización administrativa hasta su retiro. Respecto a dichos principios, el artículo 103.3 de la Constitución impone la necesidad de respetar los de mérito y capacidad en el acceso a la función pública. Esos dos principios se complementan con los de igualdad y publicidad, sin los cuales no sería posible que aquéllos desplegasen toda su virtualidad práctica, como pone de manifiesto el artículo 23.2, que establece que todos los ciudadanos tienen derecho a acceder a los empleos públicos en condiciones de igualdad. En definitiva, todos estos principios tienen un objetivo común, que es el intento de asegurar que la Administración contrata al candidato más capaz desde un punto de vista objetivo. Para conseguir dicho objetivo, nuestro ordenamiento diseña un procedimiento selectivo al que pueden acudir, en régimen de libre concurrencia, todas aquellas personas que cumplan con los requisitos previstos en la Ley y desarrollados en cada convocatoria para el acceso a los diferentes Cuerpos y Escalas y que están pensados en función de las actividades futuras que dicho personal va a realizar en el desempeño de su trabajo.

5.3.3.1. Requisitos de capacidad

Los requisitos comunes que deben reunir todas las personas que quieran acceder a la función pública en nuestro país están regulados, tras la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público, en el artículo 56 de dicha norma, que sustituye la regulación que de los mismos se contenía en el recientemente derogado artículo 30.1 de la LFCE de 1964. Son los siguientes:

- a) Tener la nacionalidad española, si bien los ciudadanos naturales de países de la Unión Europea pueden desempeñar funciones en la Administración cuando no impliquen ejercicio de potestades públicas o responsabilidades en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas para las que prestan el servicio.
El acceso de los nacionales de Estados de la Unión a la función pública española se regulaba en la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, desarrollada por el Real Decreto 800/1995, de 19 de mayo. No obstante, el Estatuto Básico del Empleado Público deroga ambas normas y regula esta cuestión en el artículo 57. La nueva regulación que propone el Estatuto es más amplia, pues el apartado 2 del artículo 57 extiende la posibilidad de acceso a la función pública a los cónyuges de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que no estén separados de derecho y a sus descendientes y a los de su cónyuge siempre que no estén separados de derecho, sean menores de veintitún años o mayores de dicha edad dependientes. Asimismo, el apartado 4, establece la posibilidad de que todos los extranjeros con residencia legal en España, independientemente de su nacionalidad, accedan como laborales a la función pública en las mismas condiciones que se establezcan para los españoles. Asimismo, se establece en ese artículo 57 dos previsiones contenidas ya en la legislación anterior que viene a sustituir en relación a la necesidad de Ley para eximir del requisito de la nacionalidad por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario y la competencia de los órganos de Gobierno de las distintas Administraciones Públicas para determinar qué puestos de trabajo exactamente son los que quedan vedados para el acceso de los nacionales de otros Estados.
- b) Tener cumplidos dieciséis años y no exceder de la edad que se establezca para cada Cuerpo.

Los dieciséis años es la edad mínima común para todos los Cuerpos y Escalas. La edad máxima la fijarán las convocatorias de los distintos Cuerpos y Escalas en atención a las actividades a desarrollar en los mismos. Por ejemplo, para el acceso al Cuerpo de Bomberos o de las diferentes Policías se establecen edades máximas para el ingreso, ya que se entiende que el candidato debe contar con unas aptitudes físicas para el desempeño de su cargo que van directamente relacionadas con la edad.

En realidad, el Estatuto Básico del Empleado Público reduce la edad mínima de acceso a la función pública en dos años, estableciendo el artículo 56 que ésta será de dieciséis años y no de dieciocho, como se establecía en la legislación anterior. Esta reducción parece estar motivada en el intento de equiparar la edad mínima de acceso al empleo público con la legislación laboral.

- c) Hallarse en posesión del título académico exigible para el Cuerpo o Escala correspondiente.

Como ya sabemos, los Cuerpos o Escalas se insertan ahora tres Grupos Profesionales, según recoge el Estatuto Básico del Empleado Público, con un período transitorio en el que se respetan los cinco Grupos Profesionales procedentes de la legislación anterior hasta la entrada en vigor de las nuevas titulaciones académicas, como se apuntó antes.

- d) No padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones.

Esta previsión no quiere decir que cualquier enfermedad inhabilite al candidato para el acceso a la función pública. Tendrá que ser una enfermedad que le impida desempeñar las funciones propias del Cuerpo o Escala de que se trate. Se me permitirá un ejemplo burdo pero muy claro, creo. Una persona que, lamentablemente, haya perdido sus dos piernas no podrá optar al ingreso en el Cuerpo de Bomberos, pero sí podrá optar por participar en cualquier proceso selectivo para el ingreso en un Cuerpo donde desempeñe funciones de oficina delante de un ordenador.

- e) No haber sufrido sanción disciplinaria de separación del servicio en cualquier Administración Pública ni pena de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

5.3.3.2. Procedimientos selectivos

El procedimiento selectivo es el conjunto de trámites a superar por los aspirantes para la obtención de la condición de funcionario. Nuestro ordenamiento ha distinguido secularmente tres tipos de procesos selectivos: la oposición, el concurso y el concurso-oposición. Estos tres sistemas deben respetar, en todo caso, los principios constitucionales señalados con anterioridad.

5.3.3.2.1. Oposición

Consiste en la superación de las pruebas establecidas en la convocatoria para el ingreso en los diferentes Cuerpos y Escalas. El iter procedimental es el siguiente:

1. Publicación de la Oferta de Empleo Público en la que se indica el número de plazas a cubrir.

2. Publicación de la convocatoria, que es el documento más importante por el que se va a regir el proceso. En él se especifican todas las cuestiones importantes (temario, forma de realización de los ejercicios, número de plazas que se cubrirán por turno libre y por promoción interna, composición del tribunal, etc.).

3. Presentación de solicitudes en un plazo de 20 días naturales desde el día siguiente al que se publica la convocatoria, con justificante del pago de las tasas de examen.

4. Publicación de la Resolución del Tribunal en la que consta la lista de admitidos y excluidos. En el caso de los excluidos, se deberá especificar la causa de la exclusión y, en su caso, si dicha causa es subsanable, otorgándose un plazo de 10 días para dicha subsanación.

5. Realización de las pruebas de acuerdo a lo establecido en la convocatoria.

6. Resolución del Tribunal indicando la lista de aprobados. Esta resolución será nula si incluye a más candidatos que plazas ofertadas. Sin embargo, el Tribunal sí que puede aprobar a un número menor de candidatos que plazas existentes, debido a que el proceso selectivo debe cumplir también con el principio de suficiencia, conforme al cual todos los candidatos deben demostrar un nivel mínimo de conocimientos por debajo del cual no será posible que superen las pruebas aunque queden plazas vacantes.

7. Posibilidad de realizar prácticas o curso selectivo si así se establece en la convocatoria y conforme a los términos establecidos en la misma.

5.3.3.2.2. Concurso

Consiste en la valoración de todos los méritos presentados por los aspirantes, resolviendo el Tribunal a favor del que obtenga una mayor puntuación de conformidad con los criterios objetivos fijados en la convocatoria.

5.3.3.2.3. Concurso-oposición

Es una mezcla de los dos anteriores. En este sistema selectivo, hay una primera fase de valoración de méritos y una segunda de celebración de pruebas selectivas. Ambas fases se desarrollarán de acuerdo a lo establecido en los dos apartados anteriores.

Una vez superado el proceso selectivo por cualquiera de los cauces indicados, la Administración tiene la obligación de nombrar funcionario al aspirante. Esta obligación se cumple mediante el acto de nombramiento, que, como se indica, es un acto debido para la Administración. Sin embargo, este acto necesita de una aceptación expresa por parte del aspirante. Dicha aceptación se realiza mediante la toma de posesión. La toma de posesión debe realizarse en un plazo máximo de 30 días. Por consiguiente, la adquisición de la

condición de funcionario es un acto bilateral para cuya perfección se requiere la voluntad expresa del aspirante.

Las notas más destacables que sobre esta cuestión recoge el Estatuto Básico del Empleado Público son las siguientes:

- Se mantiene la reserva del 5 por ciento de las plazas que introdujo la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, de cada convocatoria para que sean cubiertas, eventualmente, por discapacitados (art. 59).
- Se prohíbe que formen parte de los Tribunales de selección el personal de designación política, los interinos y el personal eventual (art. 60) y se hace mucho hincapié en la necesidad de que dichos Tribunales preserven su independencia, como es lógico (art. 55, que es el precepto que regula los principios por los que debe regirse el proceso selectivo).
- La novedad más destacable es la contenida en el párrafo segundo del apartado 8 del artículo 61, que establece la posibilidad de que accedan a la función pública personas que seguían en la lista del proceso selectivo a aquellos candidatos propuestos por el Tribunal como aprobados cuando haya renunciado alguno de ellos con el fin de que se pudieran cubrir todas las plazas, siendo ésta una decisión libérrima y no obligatoria del órgano convocante.

5.3.4. *Pérdida de la condición de funcionario*

Distinguiremos entre pérdida de la condición de funcionario por circunstancias o causas normales y por causas anormales.

El Estatuto Básico del Empleado Público regula la pérdida de la condición de funcionario en los artículos 62 a 68, señalando todas las causas en el artículo 63 y desarrollando cada una de ellas en los artículos 64 a 68. Se enumera expresamente la sanción disciplinaria de separación del servicio que tuviera carácter firme como causa de extinción de la condición de funcionario en su artículo 63.d), cosa que no hacía de manera expresa la legislación anterior, aunque se entendiese implícita.

5.3.4.1. Causas normales

- Jubilación forzosa por edad forzosa, actualmente fijada, con carácter general, en los sesenta y cinco años, permitiéndose excepciones para determinados colectivos de funcionarios, que pueden continuar en activo hasta los setenta años [art. 67.1.b)].
- Jubilación por incapacidad permanente. La causa de la jubilación aquí es la lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y que sea irreversible o de muy difícil curación. El expediente en

el que se tiene que acordar esta jubilación puede iniciarse de oficio o a instancia de parte [art. 28.2.c)] del Texto Refundido por el que se aprueba la Ley de Clases Pasivas. Esta causa de jubilación está regulada en el artículo 67.1.c) del Estatuto Básico.

- Jubilación voluntaria, que se permite que tenga lugar, a petición del interesado, cuando éste tenga cumplidos sesenta años y tenga reconocidos treinta años de servicios efectivos en la Administración [art. 28.2.b)] del Texto Refundido por el que se aprueba la Ley de Clases Pasivas. El Estatuto Básico del Empleado Público prevé esta causa de jubilación en el artículo 67.1.a), dejando en manos de las Administraciones Públicas su desarrollo, por lo que a los requisitos de otorgamiento hace referencia, en las normas que aprueben las normas que desarrollarán este Estatuto Básico.

5.3.4.2. Causas anormales

- La renuncia, regulada en el antiguo artículo 37.1.a) de la LFCE de 1964 y recogida hoy en el artículo 63.a) del Estatuto Básico del Empleado Público, que la desarrolla en el 64 en términos muy parecidos a como estaba en la legislación anterior. La renuncia debe ser presentada por escrito por el funcionario y debe ser aceptada por la Administración, en una decisión que es debida para la Administración, pues no puede exigir al funcionario que continúe en la organización en contra de su voluntad. La renuncia no impide el nuevo ingreso en la Administración mediante la participación en el correspondiente proceso selectivo.
- La pérdida de la nacionalidad española, regulada hoy en el artículo 63.b) del Estatuto Básico del Empleado Público y desarrollada en el artículo 65. Esta causa de pérdida de la condición de funcionario permite la posibilidad de la rehabilitación cuando desaparezca la causa objetiva que la motivó.
- Inhabilitación absoluta o especial para cargo público impuesta por Sentencia judicial, recogida ahora en el artículo 63.e) del Estatuto Básico del Empleado Público y desarrollada en el artículo 66. No se contiene novedad alguna en estos nuevos preceptos, exigiéndose la firmeza de la Sentencia para que tenga virtualidad práctica la pérdida de dicha condición.

5.3.5. *Provisión de puestos de trabajo*

La provisión de puestos de trabajo es el instrumento a través del cual se distribuyen los empleos entre los funcionarios. Es la forma también a través de la cual los funcionarios pueden moverse funcional o territorialmente. Los dos sistemas tradicionales de atribución de puestos de trabajo para los funcionarios en activo son el concurso y la libre designación.

El concurso consiste en la valoración de los méritos aportados por los funcionarios que quieren optar a otros puestos de trabajo que han quedado vacantes, atribuyéndose el puesto al que obtenga una mayor puntuación. El puesto de trabajo obtenido por el sistema de concurso lo es en propiedad, es decir, es inamovible y sólo se puede extinguir, cesando el funcionario, por ende, en las funciones que en él desempeña, por circunstancias objetivas. No se debe confundir este concurso con el procedimiento selectivo de concurso para el ingreso en la función pública. A pesar de su misma denominación, se hace referencia a dos realidades totalmente distintas. Un ejemplo de este concurso como sistema de provisión de puestos de trabajo sería el de aquel funcionario que está en Melilla y se quiere trasladar a Madrid. Sólo podrá hacerlo acudiendo al concurso para la cobertura de las plazas que de su Cuerpo queden vacantes en Madrid.

La libre designación consiste en la atribución de puestos de trabajo que implican la asunción de cierto grado de responsabilidad de manera discrecional. Por consiguiente, si en el sistema de concurso la atribución del puesto se hace teniendo en cuenta circunstancias objetivas, en la libre designación dicha atribución suele ser mucho más subjetiva. El funcionario que ostente un puesto de trabajo por libre designación, a diferencia de lo que vimos que sucedía en el concurso, puede ser cesado libremente por el órgano que lo nombró. No adquiere el puesto en propiedad, como sí sucede en el concurso.

Hay otros sistemas de provisión de puestos de trabajo que tienen una utilización residual o mucho menos habitual que los dos de los que se ha dado cuenta. Así, podemos encontrarnos con la permuta y la comisión de servicios como sistemas alternativos a la general forma de atribución de puestos de trabajo por concurso o libre designación.

La provisión de puestos de trabajo se regulaba hasta hace poco en el artículo 20 de la LMRFP y se desarrollaba por el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo.

El Estatuto Básico del Empleado Público regula ahora la provisión de los puestos de trabajo en los artículos 78 a 84. Las novedades más dignas de destacar que introduce son las siguientes:

- Intento de dotar de una mayor transparencia al sistema de libre designación y de reducir la discrecionalidad presente en el mismo (art. 80). Se requiere una convocatoria pública para la distribución de dichos puestos, aunque la regulación que de dicha convocatoria se hace no es todo lo exigente que sería exigible. El órgano competente podrá asesorarse de especialistas que le permitan apreciar la idoneidad de los candidatos.
- Intento de flexibilizar la movilidad de los empleados públicos para mejorar la adaptación de la organización a las necesidades de cada momento de manera más ágil y eficaz. En este sentido, el artículo 81 dice que las Administraciones Públicas podrán ordenar la movilidad de sus funcionarios, voluntariamente o por necesidades de los servicios. Los traslados forzados darán lugar a indemnizaciones. Estas movilizaciones forzadas traen causa, normalmente, de la aplicación de un Plan de Empleo.

- Se mantiene en el artículo 82 la movilidad por razones de violencia de género que ya se había incorporado en una modificación reciente en la LMRFP.
- Se fomenta la movilidad interadministrativa y los criterios para llevarla a cabo se remiten a lo establecido en Convenios de Conferencia Sectorial de Administración Pública (art. 84).

5.3.6. *Promoción profesional*

La promoción profesional, también denominada en este ámbito de la función pública carrera administrativa, es el derecho que tiene el funcionario a evolucionar dentro de la organización pública, desempeñando puestos de trabajo de cierta responsabilidad. Como derecho que se señala que es, será analizado dentro del apartado correspondiente. No obstante, se ha querido dotarle de una sustantividad propia y, por ende, ser analizado en un epígrafe aparte debido a la trascendencia práctica que tiene y a los grandes quebraderos de cabeza que siempre ha dado. Y es que, en la práctica, articular un Plan de Carrera Administrativa dentro de las distintas Administraciones que sea eficaz y creíble, a la vista de los acontecimientos y de las regulaciones anteriores, no debe ser tarea fácil. De hecho, uno de los grandes problemas de nuestra función pública es la ausencia de carrera administrativa en los Cuerpos Superiores o de élite de nuestra Administración, donde la movilidad de los funcionarios es horizontal y no vertical, sin otra motivación que la caza del puesto de trabajo con un complemento específico mayor, siempre que se tome la difícil decisión de mantenerse en activo en el servicio público y no sucumbir a la tentación de pasarse al sector privado, donde el sueldo puede ser muy superior para algunos funcionarios.

El Estatuto Básico del Empleado Público no parece que vaya a resolver de manera eficaz este asunto. La opción por reducir a tres los Grupos Profesionales, con dos Subescalas en el Grupo A y C respectivamente, a results del desarrollo posterior que pueda experimentar la norma, como prevé su artículo 16, no parece suficiente para implantar un Plan de Carrera creíble que solucione los problemas de motivación y de ausencia de expectativas profesionales de los funcionarios mejor preparados y más capaces de nuestra función pública. Tampoco parece suficiente la regulación que de la evaluación del desempeño de los puestos de trabajo por parte de los funcionarios se hace a efectos de promoción profesional.

Siguiendo lo establecido en la disposición derogatoria del Estatuto Básico, el desarrollo de esta materia debe entenderse efectuada, todavía hoy, por el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, en tanto en cuanto éste no contradiga las previsiones de la norma legal recientemente aprobada y no se apruebe una nueva norma de desarrollo.

5.3.7. *Promoción interna*

La promoción interna es el ascenso de un Cuerpo o Escala a otro distinto integrado en el Grupo Profesional inmediatamente superior. Por ejemplo, un funcionario que pasa de un Cuerpo del Grupo B (Gestión del Estado) a un Cuerpo del Grupo A (Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado).

La promoción interna estaba regulada en el artículo 22 de la LMRFP, cuya rúbrica era significativa: «fomento de la promoción interna». Ya dijimos cuando comentábamos los aspectos más destacados de dicha Ley que uno de sus objetivos era precisamente el fomento de la promoción interna. Posteriormente, la regulación de la promoción interna se desarrolló por el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo.

El Estatuto Básico del Empleado Público sigue otorgando gran importancia a la promoción interna. No se introducen novedades dignas de destacar en este punto respecto de la legislación anterior. Por consiguiente, se sigue exigiendo el cumplimiento de tres requisitos por parte del candidato para poder llevar a cabo una promoción interna:

- Tener, al menos, dos años de antigüedad en el Cuerpo o Escala de origen.
- Estar en posesión del título requerido para el ingreso en el Cuerpo o Escala de destino (en el ejemplo expuesto, sería necesario contar con el título de Doctor o licenciado para poder acceder al Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado).
- Superar las pruebas del proceso selectivo. En este sentido, es de destacar que a los aspirantes de promoción interna se les exime de parte del temario que se supone que ya conocen por haber aprobado una oposición con carácter previo y que cuentan con preferencia sobre los aspirantes del turno libre a la hora de seleccionar las plazas de destino una vez superado el proceso selectivo.

5.3.8. *Situaciones administrativas*

Se puede definir la situación administrativa como la relación en la que se encuentra en cada momento el funcionario respecto de su empleador. En definitiva, la situación administrativa del funcionario es la que va a marcar el régimen de derechos y obligaciones que ostenta en cada momento respecto de la Administración.

La LMRFP regulaba esta cuestión en el artículo 29, que estaba desarrollado por el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de Situaciones Administrativas. El artículo 2 del Reglamento de Situaciones Administrativas distinguía hasta once distintas posibilidades en las que se podía encontrar el funcionario a lo largo de su vida profesional. A saber:

- Servicio activo.
- Servicios especiales.

- Servicio en Comunidades Autónomas.
- Expectativa de destino.
- Excedencia forzosa.
- Excedencia para el cuidado de hijos.
- Excedencia voluntaria por servicios en el sector público.
- Excedencia voluntaria por interés particular.
- Excedencia voluntaria por agrupación familiar.
- Excedencia voluntaria incentivada.
- Suspensión de funciones.

Pues bien, esas once situaciones administrativas quedan reducidas a cinco en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público, que las regula en los artículos 85 a 92. Es el artículo 85 el que enumera las cinco situaciones en las que se puede encontrar el funcionario conforme a la nueva regulación. Son las siguientes:

- Servicio activo.
- Servicios especiales.
- Servicio en otras Administraciones Públicas.
- Excedencia.
- Suspensión de funciones.

No obstante, esta reducción del número de situaciones respecto a la normativa anterior es un poco engañosa o artificial, puesto que la situación de excedencia, regulada ahora en el artículo 89 del Estatuto, conoce cuatro modalidades (voluntaria por interés particular, por agrupación familiar, por cuidado de familiares y por violencia de género). Además, el apartado 2 del artículo 85 prevé la posibilidad de que se amplíe este número de situaciones administrativas en las Leyes de la Función Pública que tienen que publicarse en desarrollo de este Estatuto por razones organizativas o cuando, en virtud de una promoción interna o de algún sistema de acceso a la función pública, al funcionario no le corresponda quedar en alguna de las situaciones contempladas en ese artículo 85, apartado 1. Por último, el nuevo Estatuto, en su condición de Estatuto Básico del Empleado Público, con pretensiones de englobar en su seno la regulación también de determinados aspectos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, hace referencia a la situación del personal laboral en el artículo 92.

En virtud de la disposición derogatoria única, letra *b*), del nuevo Estatuto, queda derogado el artículo 29 de la LMRFP que regulaba las situaciones administrativas, salvo el último párrafo de los apartados 5, 6 y 7 de dicho precepto, referidos a la competencia del Ministerio para las Administraciones Públicas, dentro de la Administración General del Estado, para declarar el cese de las diferentes situaciones allí contempladas. Asimismo, conforme a la letra *g*) de la citada disposición derogatoria, debe entenderse derogado el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de Situaciones Administrativas en todo aquello que se oponga a esta nueva regulación.

Pasamos ahora a analizar cada una de las situaciones administrativas que contempla la nueva regulación del Estatuto.

Servicio activo

En esta situación se hallan los funcionarios que prestan servicios normalmente en cualquiera de las Administraciones Públicas. Es la situación en la que se encuentra el funcionario que acude a su puesto de trabajo a diario. Es, por consiguiente, la situación más habitual dentro de la Función Pública y la situación en la que el funcionario goza de la plenitud de derechos y deberes respecto a su Administración empleadora.

El nuevo Estatuto Básico del Empleado Público regula esta situación en el artículo 86, sin que contenga ninguna novedad respecto a la regulación que de esta situación administrativa se contenía en la legislación anterior.

Servicios especiales

Pasan a esta situación administrativa aquellos funcionarios que comienzan a desempeñar un cargo público o situación extraordinaria. Los supuestos de paso a esta situación se enumeran ahora en el artículo 87.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, que introduce alguna novedad respecto a la normativa anterior, como, por ejemplo, el supuesto de la letra l), que hace referencia a los reservistas de las Fuerzas Armadas, o la letra g) por lo que al nombramiento para ser miembros de los Consejos de Justicia de las Comunidades Autónomas cuya creación se prevé en alguno de los nuevos Estatutos de Autonomía se refiere. Por lo demás, el resto de supuestos son los que ya se contemplaban antes de la entrada en vigor de esta norma, es decir, cuando el funcionario sea designado como miembro del Gobierno central o de los Gobiernos autonómicos o locales, Diputado, Senador, miembro de las Instituciones de la Unión Europea o de otro organismo internacional, miembro de un órgano constitucional, etc.

El funcionario que pasa a esta situación tiene una situación asimilada a la de servicio activo en cuanto a sus derechos estatutarios, pues se computa el tiempo de desempeño de su puesto a efectos de ascensos, reconocimiento de trienios, promoción interna y derechos del régimen de la Seguridad Social. Además, gozan de reserva de puesto de trabajo en la misma localidad donde prestaban sus servicios en activo antes de pasar a servicios especiales.

El apartado 3 del artículo 87 muestra una especial preocupación, dada la experiencia, por preservar los derechos sobre la carrera administrativa, ante posibles represalias, de los funcionarios que hayan desempeñado cargos políticos electos y vuelvan a reincorporarse en la Función Pública, garantizando en todo caso que, como mínimo, recibirán el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales y otros cargos superiores de la Administración Pública de que se trate.

La declaración de esta situación administrativa corresponde, en el ámbito de la AGE, al Ministerio para las Administraciones Públicas.

El funcionario que se encuentre en esta situación tiene la obligación de solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo de un mes desde que cesa en el puesto de trabajo que causó su paso a la situación de servicios especiales. Si no solicita dicho reingreso, se le declarará de oficio en la situación administrativa de excedencia voluntaria por interés particular. Aunque el artículo 91 del Estatuto establece que los plazos para la solicitud del reingreso se regularán reglamentariamente, hay que entender aplicable transitoriamente, en tanto en cuanto no se apruebe un nuevo Reglamento de Situaciones Administrativas, la previsión del plazo de un mes a la que se ha hecho alusión y que se contiene en el artículo 9 del Reglamento de Situaciones Administrativas aprobado por Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, al no oponerse este plazo a ningún otro regulado en el Estatuto.

Servicio en otras Administraciones Públicas

Es ésta una novedosa situación administrativa, que no nueva. Es novedosa en cuanto a su denominación, pero con antecedentes claros en cuanto a su regulación. Viene a sustituir a la situación de servicio en CCAA que se regulaba en la legislación anterior. Parece que la intención del legislador con esta nueva denominación es favorecer la movilidad interadministrativa de los funcionarios, incluyendo a todas las Administraciones Públicas, con unos efectos beneficiosos sobre la reestructuración de efectivos y la redistribución de los mismos. De hecho, la referencia explícita al viaje de ida y vuelta que con mayores visos de realidad que lo que ha sido hasta ahora se contiene en el apartado 4 de dicho precepto es bastante ilustrativo, ya que se hace referencia a que los Convenios de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración entre Administraciones Públicas reconocerán los progresos de los funcionarios transferidos cuando reingresen en el servicio activo en la Administración de origen. Habrá que ver el desarrollo que de esta previsión se hace en los instrumentos de colaboración citados. En todo caso, se prevé dicho reconocimiento de derechos por parte de la Administración de reingreso cuando no se haya utilizado ninguno de estos instrumentos de colaboración.

Por lo demás, la regulación que de esta situación efectúa el nuevo Estatuto es idéntica a la que la LMRFP y el Reglamento de Situaciones Administrativas establecían para la situación de servicio en CCAA. Los funcionarios que pasen a desempeñar funciones en otras Administraciones permanecerán en servicio activo en la Función Pública de la Administración donde presten los servicios y en servicio en otras Administraciones Públicas en la Administración de origen. La Administración de destino debe respetar el Grupo o Subgrupo (antiguo Grupo Profesional) del Cuerpo o Escala de procedencia, así como los derechos económicos y la carrera administrativa del funcionario. El tiempo en que permanezcan en esta situación se computa como de servicio activo en la Administración de procedencia, por lo que nos encontramos de nuevo con una situación asimilada a la de servicio activo en la Administración de origen.

Excedencia

El artículo 89.1 del Estatuto distingue cuatro tipos de excedencia:

- a) Excedencia voluntaria por interés particular.
- b) Excedencia voluntaria por agrupación familiar.
- c) Excedencia por cuidado de hijos.
- d) Excedencia por razón de violencia de género.

La **excedencia voluntaria por interés particular** podrá concederse, según el apartado 2 del artículo 89, a los funcionarios que hayan prestado servicios efectivos en cualquier Administración Pública por un período mínimo de cinco años anteriores a la solicitud. No obstante, las normas que desarrollen el Estatuto podrán establecer un período mínimo de servicios efectivos menor y regular el plazo máximo en el que puede permanecer el funcionario en el disfrute de la misma, que, hasta ahora, estaba cifrado en quince años.

La concesión de esta excedencia está supeditada a las necesidades del servicio y no se podrá conceder a los funcionarios que estén incurso en un procedimiento disciplinario.

El funcionario que se encuentre en esta situación no percibirá ninguna retribución ni el tiempo que permanezca en ella será computable a efectos de ascensos, trienios y derechos de la Seguridad Social.

A la finalización del plazo de concesión de la misma, se deberá solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo de un mes. Si no se solicita el reingreso en dicho plazo, se pierde la condición de funcionario.

La **excedencia voluntaria por agrupación familiar** se podrá conceder, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 89 del Estatuto, a los funcionarios cuyo cónyuge resida en otra localidad por haber obtenido un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario de carrera o como laboral fijo en cualquier Administración Pública o ente dependiente de las mismas, órgano constitucional u órgano de la Unión Europea o de cualquier organización internacional. No se requiere ningún plazo de prestación de servicios efectivos previo a la solicitud de esta excedencia y los funcionarios que se encuentren en esta situación no devengarán retribuciones ni se les computará el plazo de disfrute de la misma a efectos de ascensos, trienios o derechos de la Seguridad Social.

Deberán solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo de un mes desde que cese la causa que motivó su paso a esta situación. Si no solicitan dicho reingreso, se les declarará de oficio en la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

La **excedencia para el cuidado de hijos** se regula en el apartado 4 del artículo 89 del nuevo Estatuto, y se otorga, por un plazo no superior a tres años, a los funcionarios que hayan tenido un hijo natural, por adopción o por acogimiento permanente o preadoptivo. El período de disfrute empieza a computarse desde la fecha de nacimiento en el primer caso o desde la resolución judicial o administrativa en el resto de supuestos.

El nuevo Estatuto Básico del Empleado Público, como novedad que cabe calificar de muy positiva y que se encuentra en armonía con la recientemente aprobada Ley de Dependencia, amplía esta excedencia, con idéntico plazo máximo en cuanto a su disfrute, al cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad que se encuentren a cargo del funcionario y que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida.

El tiempo de disfrute de esta excedencia no genera derechos retributivos para el funcionario pero sí genera derechos profesionales en materia de ascensos, trienios y derechos de Seguridad Social. Además, el reconocimiento de la reserva de puesto de trabajo que se preveía en la legislación anterior pasa a ser de dos años y no de uno, como recogía el Reglamento de Situaciones Administrativas.

El nacimiento de un nuevo hijo o una nueva adopción o el acontecimiento de cualquier naturaleza que diera lugar a la posibilidad de disfrute de un nuevo período de excedencia pondrá fin, en caso de que se opte por ejercitar el derecho de nuevo, al período del que se venía gozando. Asimismo, en el caso de que dos funcionarios generasen el derecho a disfrutar de esta excedencia, la Administración en la que presten servicios podrá limitar el ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de los servicios.

Cuando finalice el período de disfrute se deberá solicitar el reingreso en el servicio activo. De no solicitarse, se declarará, de oficio, la situación administrativa de excedencia voluntaria por interés particular.

La **excedencia por razón de violencia de género** se regula en el apartado 5 del artículo 89 del Estatuto Básico del Empleado Público. El objetivo de esta excedencia es que coadyuve y haga efectiva la protección o derecho a la asistencia social integral de la mujer. No se requiere un período mínimo de prestación de servicios para su solicitud ni se establece un período máximo de disfrute. Durante los seis primeros meses se reserva el puesto de trabajo, con posibilidad de ampliación de dicho plazo hasta un máximo de dieciocho meses cuando las actuaciones judiciales así lo exijan. Se tendrá derecho a percibir retribuciones íntegras durante los dos primeros meses.

Esta excedencia, la más novedosa, ya se preveía en el artículo 29, apartado 8, de la LMRFP, que tras varias modificaciones recientes, había vuelto a ser dotado de una nueva redacción por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Suspensión de funciones

Regulada ahora en el artículo 90 del Estatuto Básico del Empleado Público, sigue distinguiendo entre suspensión provisional y suspensión firme.

La suspensión provisional se declarará en los supuestos de tramitación de un procedimiento judicial o expediente disciplinario, según establece el artículo 90.4, que no modifica en nada lo ya previsto en este sentido por la legislación anterior.

La suspensión firme, como recoge ahora el artículo 90.2 del Estatuto se impondrá en virtud de sentencia dictada en causa criminal o en virtud de sanción disciplinaria y no podrá exceder de seis años.

Esta situación administrativa conlleva la pérdida de todos los derechos para el funcionario que se encuentre en la misma, incluida la pérdida del puesto de trabajo cuando la suspensión exceda de seis meses. El tiempo de permanencia en la misma no se computa a efectos de ascensos, de trienios ni de derechos sobre la Seguridad Social.

El funcionario declarado en situación de suspensión de funciones no podrá prestar servicios en ninguna Administración Pública ni en los Organismos públicos, Agencias, o Entidades de derecho público dependientes o vinculadas a ellas durante el tiempo de cumplimiento de la pena o sanción.

Cuando finalice el plazo de suspensión impuesto al funcionario, tendrá que solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo de un mes, participando en cualquiera de los sistemas de provisión de puestos para la adquisición de un puesto de trabajo. Si no solicita el reingreso en el citado plazo, se le declarará, de oficio, en la situación de excedencia voluntaria por interés particular. Recuérdese lo que se comentó al respecto de la situación de servicios especiales sobre el plazo aplicable en la actualidad para solicitar el reingreso al servicio activo en tanto en cuanto no se apruebe un Reglamento de desarrollo de este Estatuto.

Situaciones del personal laboral

El artículo 92 se remite al Estatuto de los Trabajadores y a los Convenios Colectivos, reconociendo la posibilidad de que los Convenios Colectivos celebrados entre la Administración y su personal laboral pueda extender el régimen de situaciones administrativas del personal funcionario regulado en este Estatuto a dicho personal.

5.3.9. Deberes de los funcionarios

El Estatuto Básico del Empleado Público regula los deberes de los funcionarios en el Capítulo IV del Título III, artículos 52 a 54. Se pretende una regulación completa, por primera vez, de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento que constituyen un auténtico Código de Conducta, como la propia rúbrica del Capítulo se encarga de poner de manifiesto, frente a la regulación dispersa que se contenía en la normativa anterior. El esfuerzo por regular de manera completa y más exigente los deberes de los funcionarios se enmarca dentro de la lucha por dotar de un halo de honestidad, rigor y transparencia la gestión pública y es la continuación o extensión al ámbito funcional de la labor normativa ya iniciada con la aprobación de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado,

norma, por cierto, cuya aplicación, por lo que a su artículo 8 se refiere, se va a extender a los miembros corporativos de las Entidades Locales, tal y como se prevé en la disposición adicional séptima de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, Estatal de Suelo que verá la luz en las próximas semanas, en la redacción dada a la misma por una enmienda transaccional aprobada por unanimidad de todos los partidos en el Congreso.

El enunciado de los tres preceptos que regulan la materia en el nuevo Estatuto no deja lugar para la duda acerca de las intenciones del legislador (art. 52, código de conducta, art. 53, principios éticos, y, art. 54, principios de conducta).

La mayor alabanza que cabe hacer de la nueva regulación es su sistemática, que, aunque manifiestamente mejorable, sintetiza en tres preceptos correlativos que ofrecen una visión de conjunto mucho más clara. Sin embargo, los cambios introducidos respecto de la regulación anterior no son tan significativos como a primera vista parece deducirse. En realidad, casi todo estaba en la regulación anterior, de una u otra forma. Sí que destaca la incorporación de la obligación de que los funcionarios respeten principios cada vez más protegidos por el ordenamiento jurídico debido a la conciencia social existente acerca de su importancia. Nos referimos a principios tales como la promoción del entorno cultural y medioambiental o el respeto a la igualdad entre mujeres y hombres. No obstante, su regulación es más un brindis al sol que otra cosa, al ser muy difícil demostrar en la práctica un incumplimiento de los mismos por parte del funcionario que dé lugar a la correspondiente sanción disciplinaria. En definitiva, se trata, pues, de deberes que pretenden despertar conciencias y que supongan un impulso desde las Administraciones Públicas en la aplicación al ámbito laboral de conductas sociales honorables en el desempeño del trabajo que puedan ser incorporadas posteriormente al ámbito privado.

- **Código de Conducta**, regulado en el artículo 52, consiste en el deber que pesa sobre los funcionarios de desempeñar con diligencia las tareas asignadas y velar por los intereses generales (auténtico nudo gordiano de la obligación funcional en el que están basadas todos los demás deberes y obligaciones), respetando en el ejercicio de su puesto la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico y actuando de acuerdo con los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres.

En definitiva, este artículo es el que engloba todo el elenco de responsabilidades que pesan sobre el funcionario en el ejercicio de su cargo y que son desarrolladas en los dos preceptos siguientes, el 53 y el 54.

El párrafo segundo de este artículo 52 afirma que los principios y reglas establecidos en este Capítulo IV del Título III informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los funcionarios.

- **Principios éticos**, regulados en el artículo 53. Son muy similares a los que se recogían de manera dispersa en la legislación anterior. Pasamos a enumerarlos siguiendo, en la medida de lo posible, la sistemática, manifestamente mejorable, como se ha indicado, del precepto:
 - Respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.
 - Objetividad e imparcialidad en la tramitación de los asuntos.
 - Lealtad y buena fe con la Administración en la que presten servicios y con sus superiores, compañeros, subordinados y ciudadanos.
 - Respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando la discriminación por cualquier motivo.
 - Deber de abstención en los asuntos en que tengan intereses directos o de desempeñar actividades.
 - Deber de no intervenir en operaciones financieras o negocios de cualquier tipo que supongan un conflicto de intereses con su actividad pública.
 - No aceptación de tratos de favor que impliquen privilegios para personas físicas o jurídicas privadas.
 - Desempeño del puesto de trabajo con criterios de eficacia, economía y eficiencia, procurando la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización.
 - No incurrir en tráfico de influencias, mediante la agilización o resolución de trámites procedimentales sin justa causa, otorgando privilegios con ello a titulares de cargos públicos o su entorno familiar y social inmediato cuando suponga un menoscabo de intereses de terceros.
 - Deber de diligencia en el cumplimiento de sus tareas.
 - Deber de sigilo, guardando secreto sobre aquellas materias clasificadas y discreción sobre los asuntos de los que conozcan por razón de su cargo.
- **Principios de conducta**, regulados en el artículo 54, que enumera los siguientes:
 - Deber de corrección con los ciudadanos, sus superiores y los restantes empleados públicos.
 - Cumplimiento de la jornada de trabajo que se establezca.
 - Cumplimiento de las instrucciones y órdenes profesionales de sus superiores, salvo que constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.
 - Deber de informar a los ciudadanos acerca de los asuntos que sobre los que tengan un derecho a conocer y de informarles sobre el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.
 - Deber de administrar los recursos públicos con austeridad y de no utilizarlos en provecho propio o de personas allegadas.
 - Deber de rechazar dádivas o favores, más allá de los usos habituales, sociales o de cortesía.

- Deber de mantener y transmitir la documentación del servicio a los funcionarios que desempeñen con posterioridad ese puesto de trabajo.
- Deber de mantener actualizada su formación y cualificación.
- Deber de observar las normas sobre seguridad y salud laboral.
- Deber de poner en conocimiento de sus superiores las propuestas que consideren adecuadas para mejorar la gestión de la unidad administrativa donde presten sus servicios.
- Deber de atender al ciudadano en la lengua que solicite, siempre que sea oficial en el territorio donde preste el servicio.

5.3.10. *Derechos de los funcionarios*

Una vez analizados los deberes, pasamos a continuación a examinar los derechos de los funcionarios públicos. En la actualidad, los derechos de los funcionarios públicos de carrera se regulan en el Título III del Estatuto Básico del Empleado Público, artículos 14 a 51. Pero, antes de comenzar con el estudio de todos estos derechos allí reconocidos, parece adecuado comenzar el análisis haciendo referencia a una cuestión preliminar. Nos referimos a la distinción, efectuada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1987, de 11 de junio, entre derechos adquiridos y expectativas de derechos, tema que es de especial importancia para determinar cuáles son los límites infranqueables para el legislador a la hora de regular el Estatuto funcional en cada momento y cuáles otros se pueden modificar.

5.3.10.1. *Derechos adquiridos y expectativas de derechos*

Como se ha apuntado, esta distinción es deudora del pronunciamiento que en la Sentencia 99/1987, de 11 de junio, efectuase el Tribunal Constitucional. Dicho pronunciamiento tenía como objeto determinar si el derecho a la jubilación a una determinada edad de los funcionarios públicos de carrera era un derecho adquirido, habiendo rebajado la LMRFP la edad de jubilación a los sesenta y cinco años, en vez de los setenta que se recogía en la LFCE de 1964. Téngase en cuenta que para determinados colectivos de funcionarios la jubilación supone una importante pérdida de poder adquisitivo, al pasar a cobrar una pensión con cargo al sistema de clases pasivas muy inferior en cuantía a la que venía percibiendo en activo.

Pues bien, el Tribunal Constitucional en dicho pronunciamiento estableció que la edad de jubilación no era un derecho adquirido de los funcionarios públicos de carrera y que era ésta una cuestión que entraba dentro del *ius variandi* reconocido a la Administración Pública para la determinación de las condiciones de trabajo en cada momento, con lo que la edad de jubilación es un derecho de configuración legal que se regirá por lo que establezca el Estatuto en cada momento. Así, el funcionario que entra a prestar ser-

vicios en la Administración Pública en el momento en el que se establece una edad para la jubilación superior al momento en el que ejerce dicho derecho, ostenta una mera expectativa de jubilarse en aquella edad y no un derecho adquirido a jubilarse efectivamente con dicha edad si, con posterioridad, se modifica.

Por lo demás, de acuerdo con nuestra legislación funcional, representada ahora por el Estatuto Básico de la Función Pública, y teniendo en cuenta la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, podemos decir que son derechos adquiridos los siguientes:

- El sueldo, en su cuantía íntegra.
- El derecho al cargo, entendido como el derecho que tiene el funcionario a disfrutar de la plaza que haya obtenido en propiedad mediante la participación en los sistemas de provisión de puestos de trabajo.
- La categoría administrativa.
- Los honores y tratamientos a que tenga derecho en función de su cargo y trayectoria profesional.

Por el contrario, no son derechos adquiridos:

- La expectativa a ocupar plazas que no estuvieran vacantes.
- La expectativa a categorías, honores y tratamientos en cuyo disfrute no se halle todavía el funcionario.

5.3.10.2. Derechos individuales

Regulados actualmente en el artículo 14 del Estatuto Básico del Empleado Público, los podemos agrupar en los siguientes:

- Derechos profesionales

Las previsiones que respecto de estos derechos se contienen en las diferentes letras del artículo 14 del Estatuto están posteriormente desarrolladas en los artículos 16 a 20 del Estatuto Básico del Empleado Público (Capítulo II del Título III) y en los artículos 47 a 51 (Capítulo V del Título III). Son los siguientes:

- El derecho a la inamovilidad. Está reconocido en la letra *a)* del artículo 14 del Estatuto. Es el derecho que fundamenta todos los demás y, no por casualidad se regula en la primera de las letras que reconocen derechos. La traducción práctica de este derecho conlleva la imposibilidad de que el funcionario pueda ser privado de su condición, salvo expediente disciplinario contradictorio en el que la resolución imponga la pérdida de la condición de funcionario.
- El derecho a la carrera profesional y a la promoción interna, reconocidos en la letra *c)* del artículo 14 del Estatuto y desarrollados en los artículos 16 a 20. La carrera profesional es el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional con-

forme a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 16.2 del Estatuto), que deberá ser favorecida por las AAPP mediante los oportunos cursos de formación. La promoción profesional de los funcionarios, conforme establece el actual Estatuto en su artículo 16.3, puede desarrollarse mediante las siguientes vías:

Carrera horizontal, consistente en la progresión de grado, categoría o escalón, sin tener que cambiar de puesto de trabajo. El grado se consolida, de acuerdo con el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, mediante el desempeño de un puesto de trabajo durante dos años continuados o durante tres años con interrupciones. El grado personal es, todavía hoy, la pieza clave de la carrera administrativa, pues supone una garantía frente a caídas libres en el desempeño de puestos de trabajo, pues no se podrá desempeñar un puesto de trabajo que sea de más de dos niveles inferior al grado personal que tenga consolidado el funcionario y, además, cuando se esté desempeñando un puesto de trabajo de nivel inferior, en no más de dos niveles, como ha quedado expuesto, se cobrará siempre el complemento de destino por el grado personal que se tenga consolidado. El grado, pues, conlleva una garantía profesional *in minus* y una garantía retributiva.

Carrera vertical, consistente en el ascenso en la estructura de puestos de trabajo mediante la participación en cualquiera de los sistemas de provisión de puestos de trabajo.

Promoción interna vertical, consistente en el ascenso desde un cuerpo o escala de un Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, a otro superior.

Promoción interna horizontal, consistente en el ascenso a cuerpos o escalas del mismo Subgrupo profesional.

No hay novedades importantes en las cuatro fórmulas promocionales, más allá de su sugerente denominación, pues ya se contemplaban, sin tanto boato, en la legislación anterior.

La novedad más importante que introduce el Estatuto en materia de carrera profesional es la evaluación del desempeño, que regula en el artículo 20, según el cual, las AAPP establecerán sistemas que se adecuarán a los principios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación con el objetivo de determinar si el funcionario está cumpliendo con su obligación de buen desempeño del puesto de trabajo. La retórica es muy buena pero el contenido es mejorable. La remisión, prácticamente en blanco, que de esta cuestión efectúa el Estatuto puede convertirse en una potente arma en manos de desaprensivos, ya que las consecuencias que se pueden derivar de una mala evaluación del desempeño pueden llegar, ni más ni menos, que a la pérdida del puesto de trabajo obtenido en propiedad mediante concurso, botín muy goloso para quienes sientan la necesidad de saldar alguna cuenta pendiente.

- El derecho a la suspensión temporal del deber de desempeñar la función o cargo. En este ámbito el Estatuto se remite a lo que puedan

establecer las normas de desarrollo del mismo, siendo la regulación que de los diferentes permisos se contempla en los artículos 48 y 49 supletoria de la que en su día se recoja en dichas normas.

El conjunto de estos derechos que el nuevo Estatuto reconoce podemos agruparlo en tres grandes categorías:

Vacaciones. El artículo 50 del Estatuto establece que los funcionarios tienen derecho a disfrutar, como mínimo, de veintidós días hábiles de vacaciones retribuidas por cada año natural trabajado, sin que se consideren hábiles los sábados. Si no se hubiese trabajado el año completo, se tendrá derecho a la parte proporcional de la época trabajada.

Permisos ordinarios. Están regulados en el artículo 49 del Estatuto y se sintetizan en los siguientes:

Por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad se reconocen tres días hábiles si el suceso tiene lugar en la misma localidad y cinco si es en localidad diferente. Si la causa afecta a un familiar que esté dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad el permiso será de dos o cuatro días respectivamente.

Por traslado de domicilio sin cambio de residencia, un día.

Para realizar funciones sindicales o de representación del personal, lo que se establezca en la legislación correspondiente. En la actualidad, la legislación establece un período de 20 horas semanales.

Para concurrir a exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud, durante los días de su celebración.

Por lactancia de un hijo menor de doce meses, una hora diaria, que se podrá dividir en dos fracciones, pudiendo incrementarse por parto múltiple.

Por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados después del parto, dos horas diarias.

Por razones de guarda legal se tendrá derecho a la disminución de la jornada de trabajo con disminución proporcional de las retribuciones.

Para el cuidado de un familiar de primer grado en caso de enfermedad muy grave, se tendrá derecho a reducción de la jornada en un 50 por ciento, con carácter retribuido, por un plazo máximo de un mes.

Por el tiempo indispensable para poder cumplir con un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral. Es el caso en el que el funcionario tiene que ir a votar o forma parte de una mesa electoral o de un jurado popular.

Por asuntos particulares, seis días al año. Éste es el permiso vulgarmente conocido como moscosos y que se regula ahora en el artículo 48.1.k) del Estatuto.

El apartado 2 del artículo 48 establece que los funcionarios que cumplan seis trienios en la Administración, verán aumentados en dos días al año el disfrute de sus moscosos, incrementándose en un día más por cada trienio cumplido a partir del octavo.

Permisos especiales para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género. Esta novedad está regulada en el artículo 49 del Estatuto, que refunde en esta categoría especial supuestos que antes eran de carácter ordinario o general como consecuencia de distintos factores, de índole social, por las sucesivas modificaciones introducidas en esta categoría de supuestos en fechas recientes, y de marketing político, con un bautismo efectivo y efectista. Son los siguientes:

Parto, dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliándose a dieciocho en el supuesto de parto múltiple o de nacimiento de un hijo con discapacidad, con posibilidad de que disfruten de ese período los dos progenitores si trabajan, con la limitación de que las seis semanas posteriores al parto son de disfrute obligatorio de la madre.

Adopción o acogimiento, dieciséis semanas, ampliables a dieciocho si la adopción recae en una persona discapacitada o en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple. El cómputo se contará, a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de disfrute de este permiso.

Permiso de paternidad por el nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo. Este permiso lo reguló por primera vez en nuestro ordenamiento la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que lo generaliza a todos los hombres trabajadores. Su incorporación al ámbito de los funcionarios públicos lo efectúa ahora el nuevo Estatuto en el artículo 49.c), que reconoce, al igual que la citada Ley Orgánica 3/2007, un período de disfrute con esta causa de quince días, que es independiente del disfrute de los anteriormente señalados.

Durante el período de disfrute de alguno de estos permisos especiales, se permanecerá en el pleno disfrute de los derechos económicos y profesionales de los funcionarios solicitantes, quienes, a la finalización de los mismos, se podrán reintegrar al puesto de trabajo que venían desempeñando.

Por violencia sobre la mujer. Las funcionarias víctimas de violencia de género tendrán derecho a la reducción de su jornada de trabajo o a la adaptación de la misma, con disminución proporcional de retribuciones durante el período necesario para hacer efectiva su protección o su derecho de asistencia social integral.

Otros derechos profesionales inherentes al desempeño del cargo, recogidos por el Estatuto en la actualidad en las letras f), h), i) y j) del artículo 14 del Estatuto Básico del Empleado Público. Son los siguientes:

El **derecho a la defensa jurídica y protección** de la AP en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos [letra f)].

El **derecho al respeto a su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo**, especialmente frente al acoso sexual y laboral [letra h)].

El **derecho a la no discriminación** por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social [letra i)].

El *derecho a* la adopción de medidas que favorezcan **la conciliación de la vida personal, familiar y laboral** [letra j)].

- Derechos económicos

Están desarrollados en los artículos 21 a 30 del Estatuto Básico del Empleado Público (Capítulo III del Título III). Podemos diferenciar los derechos retributivos de los funcionarios en los siguientes grupos:

- **Retribuciones básicas.** Reguladas por el Estatuto en los artículos 22 y 23. Son las siguientes:

Sueldo, que es la cantidad mensual que cobra el funcionario público de carrera con cargo a los presupuestos de su Administración empleadora y que se asigna en la misma cuantía para cada Subgrupo o Grupo profesional.

Tienos, que es la cantidad que tiene por objeto la retribución de la fidelidad del funcionario en la Administración. Se devenga, como es obvio, por cada tres años de prestación de servicios y consiste en una cantidad que, al igual que el sueldo, es fijada de manera idéntica para cada Subgrupo o Grupo profesional.

Pagas extraordinarias, que serán dos al año y que, por primera vez, tal y como establece el actual artículo 22.4 del Estatuto, incluyen todas las retribuciones, también las complementarias. En definitiva, se convierten en pagas extraordinarias completas. Ésta era una larga reivindicación de los funcionarios públicos que, por fin, ha tenido traducción práctica con el reconocimiento en el nuevo Estatuto del Empleado Público, lo que ha sido uno de los factores, sin duda, que ha posibilitado el acercamiento de posturas entre el Ministerio para las Administraciones Públicas y los Sindicatos funcionariales y ha servido para que la tramitación de la norma haya salido del bloqueo en el que se encontraba de manera prácticamente permanente.

- **Retribuciones complementarias.** Reguladas en el artículo 24 del Estatuto, éste deja que sean las normas que desarrollen su contenido las que fijen las mismas, con respeto a los principios que el propio Estatuto regula, y que hacen referencia a la progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa, a las características específicas del puesto de trabajo que desempeñe, al grado de interés en el desempeño del trabajo y a los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.

La remisión, prácticamente en blanco, que efectúa el nuevo Estatuto en la regulación de las retribuciones complementarias va a suponer que se ahonden las diferencias entre los sueldos percibidos por los funcionarios al servicio de las distintas AAP, pero ha sido un guiño más que el Estado ha hecho a las CCAA como forma de acabar con el bloqueo de éstas a la norma y, por ende, sacarla adelante con cierta celeridad.

- **Indemnizaciones por razón del servicio.** Nada dice el artículo 28 del Estatuto sobre este tipo de indemnizaciones, dejando en manos de las normas de desarrollo del mismo, una vez más, la regulación de esta cuestión. Tradicionalmente, nuestro ordenamiento jurídico ha distinguido cuatro supuestos que dan lugar al cobro de indemnizaciones por razón del servicio, y que están reguladas en la actualidad por el Real Decreto 236/1988, de 4 de marzo:

Comisiones de servicios por desempeño del trabajo fuera del lugar habitual siempre que el período no excediese de un mes.

Traslado de residencia con desempeño del trabajo fuera del lugar habitual por períodos superiores a un mes.

Asistencias a sesiones de Consejos de Administración de empresas públicas.

Participación en Tribunales de oposiciones.

Las indemnizaciones a que dan lugar estos cuatro supuestos son de tres tipos:

Dieta. Consistente en una cantidad diaria para la manutención en los casos de comisiones de servicios de duración corta (uno o varios días) o fija por la asistencia a los Consejos de Administración o a los Tribunales de oposiciones. Se fija de manera general para cada Subgrupo o Grupo profesional.

Indemnización. Es la cantidad que se abona al funcionario por los traslados de residencia que tienen una duración amplia (uno o varios meses).

Gastos de viaje. Es la cantidad que se otorga al funcionario para el pago de los medios de transporte que haya tenido que utilizar para el desempeño de la función encomendada fuera de su lugar habitual de trabajo, dentro o fuera del mismo término municipal.

- **Derechos sociales**

Están reconocidos en el artículo 14, letras *n*) y *o*), del Estatuto Básico del Empleado Público. Son los siguientes:

- **Jubilación,** según los términos y condiciones establecidas en las normas aplicables. El Estatuto Básico del Empleado Público no establece ninguna novedad en materia de jubilación en su artículo 67, fijando dicha edad, con carácter general, en los sesenta y cinco años y permitiendo un abanico de posibilidades excepcionales, que ya ha sido analizada en el apartado de la pérdida de la condición de funcionario, que van desde los sesenta años a los setenta.

- **Prestaciones de la Seguridad Social** correspondientes al régimen que les sea de aplicación. El régimen de Seguridad Social de los funcionarios públicos es un régimen especial, compuesto por el mutualismo administrativo y el régimen de clases pasivas. El Estatuto Básico del Empleado Público no regula ni el régimen de la Seguridad Social de los funcionarios, ni su mutualismo administrativo ni su régimen especial de clases pasivas. Las únicas referencias a la Seguridad Social de los funcionarios se contienen en el artículo 14.o), que reconoce como derecho individual su existencia y el artículo 37.1 cuando dice que serán objeto de negociación las cuestiones referentes al régimen de clases pasivas de los funcionarios.

Por consiguiente, en la actualidad, el régimen de la Seguridad Social de los funcionarios públicos se regula por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado. Asimismo, el mutualismo administrativo está regulado por el Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Mutualismo Administrativo. Las mutualidades que reconoce este Reglamento son las siguientes:

MUFACE (Mutualidad de Funcionarios de la Administración Civil del Estado). Esta mutualidad gestiona las prestaciones sociales de los funcionarios públicos civiles de carrera del Estado.

ISFAS (Instituto Social de las Fuerzas Armadas). Es la mutualidad que gestiona los servicios sociales de los funcionarios militares.

Los funcionarios de carrera de las CCAA y de las EELL están encuadrados en el régimen general de la Seguridad Social.

El régimen de clases pasivas es el encargado de gestionar las prestaciones por jubilación de los funcionarios públicos de carrera del Estado. La normativa aplicable al mismo se contiene en el Real Decreto Legislativo 687/1987, de 30 de abril, que atribuye su gestión directa al Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas.

Este régimen especial de Seguridad Social del que siguen disfrutando los funcionarios de carrera del Estado ha tratado de extinguirse en muchas ocasiones, sin que parezca, al menos por ahora, que el nuevo Estatuto haya podido encuadrar a los mismos en el régimen general de la Seguridad Social, que es la tendencia iniciada y culminada para otros colectivos funcionariales, como se ha comentado.

5.3.10.3. *Derechos colectivos*

El artículo 15 del Estatuto Básico del Empleado Público reconoce los siguientes:

- Derecho de sindicación.

- Derecho de negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo.
- Derecho de huelga.
- Derecho al planteamiento de conflictos colectivos.
- Derecho de reunión.

El **derecho de sindicación** está reconocido en el artículo 15.a). Es la primera vez que, de forma explícita, una norma de función pública reconoce este derecho a los funcionarios públicos, ya que la Ley 30/1984 lo reconocía de una manera tan sólo implícita al referirse a la composición del Consejo Superior de Función Pública, del que formarían parte representantes de las organizaciones sindicales.

El reconocimiento global que para el conjunto de los trabajadores efectúa el artículo 1.2 de la libertad sindical la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto hacía innecesario un pronunciamiento expreso por parte de las normas reguladoras de la función pública, pero parece conveniente una alusión directa al mismo en una norma que pretende regular con pretensiones de globalidad nuestra función pública, aunque sea con una mención tan parca, aunque tan clara.

No podemos olvidar que este derecho de sindicación no alcanza a todos los colectivos de empleados públicos. En efecto, la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, prevé exclusiones en el reconocimiento del derecho a la sindicación que están referidas a los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados (art. 1.3) y a los Jueces, Magistrados y Fiscales (art. 1.4).

El **derecho de negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo** está reconocido en el artículo 15.b) del Estatuto y desarrollado en los artículos 31 a 44. Lo primero que llama la atención es la importancia que se le pretende dar a la negociación colectiva en la norma, no tanto por las novedades que introduce, que siendo notables no pueden considerarse relevantes, sino por el intento de establecer una cultura de la negociación colectiva en el seno de las Administraciones Públicas como forma normal de facilitar el diálogo dentro de la organización en orden a la superación de conflictos. Ello se desprende no sólo de la retórica empleada en la exposición de motivos, con un evidente dardo envenenado al Gobierno anterior incluido, sino que se hace palpable en el articulado, más allá de los preceptos que, de manera directa, regulan la materia. No se puede olvidar que, en buena medida, y con buen criterio en este caso, la desaparición del Consejo Superior de la Función Pública guarda relación muy directa con el intento de canalizar el diálogo con los Sindicatos más representativos a través de la potenciación de las Mesas de Negociación y del refuerzo de las materias objeto de negociación. Parece razonable llevar a los Sindicatos al ámbito que debe ser su sede natural y dejar a las AAPP el terreno que les es propio con la creación de la Conferencia Sectorial de Administraciones Públicas como manera de no formar el *totum revolutum* de sujetos y de materias que se producía en la composición y en el funcionamiento del Consejo citado, lo que llevó a la ineficacia práctica del órgano. Y tampoco se

puede olvidar que este guiño hecho a los Sindicatos con la potenciación de la negociación colectiva y de la regulación de nuevos instrumentos de planteamiento y solución de conflictos, junto con otras medidas ya comentadas, como el reconocimiento de las pagas extraordinarias íntegras, ha coadyuvado en el desbloqueo de la norma en aras a su promulgación.

La esencia del modelo se mantiene, es decir, la representación de los funcionarios recae en los Delegados de Personal (en AAPP con menos de 50 funcionarios, ejerciendo el cargo 1 en el rango de 6 a 30 funcionarios y 3, que desarrollarán su función mancomunadamente, si hay entre 31 y 49 funcionarios) y en las Juntas de Personal, que se constituirán en las unidades electorales que tengan más de 50 funcionarios y su composición va desde el mínimo de 5 representantes para el rango de 50 a 100 funcionarios hasta el máximo de 75. La regulación de estos órganos de representación se efectúa ahora en el artículo 39 del Estatuto.

Asimismo, la negociación de las condiciones de trabajo se lleva a cabo en el seno de las Mesas de Negociación, que pueden ser generales o sectoriales. Del resultado de esa negociación se pueden llegar a Pactos o Acuerdos, versando la diferencia entre ambos en el órgano administrativo competente para suscribirlos. Los Pactos se celebran sobre materias que son competencia del órgano que negocia en el seno de la Mesa (art. 38.2 del Estatuto). Los Acuerdos versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las AAPP y, por ende, para su validez y eficacia será necesaria su aprobación expresa y formal por esos órganos (art. 38.3 del Estatuto).

Las novedades más importantes que contempla el Estatuto en la regulación de estos derechos son las siguientes:

- El artículo 34.2 reconoce una legitimación negocial a los entes supramunicipales (comarcas o mancomunidades, fundamentalmente) y prevé la posibilidad de que las EELL que lo deseen se adhieran a los Acuerdos adoptados en el seno de su Comunidad Autónoma o en sede supramunicipal.
- El artículo 36.1 crea, como una gran novedad, la Mesa General de Negociación de las AAPP. En ella estarán presentes también los sindicatos más representativos en el conjunto de la función pública de todas las AAPP.
- El artículo 37.1 amplía las materias objeto de negociación, que ahora son retribuciones; planes de formación y promoción interna; planes de pensiones, prestaciones sociales, clases pasivas y criterios generales de acción social; derechos sindicales y de participación; prevención de riesgos laborales; Oferta Empleo Público; calendario laboral, vacaciones, permisos; y movilidad
- El artículo 37.2 enumera las materias excluidas de la **obligatoriedad** de negociar, pero introduce, con una dicción literal del precepto manifiestamente mejorable, la novedad de que puedan ser objeto de negociación si la AP correspondiente accede a ello (potestades de organización de las AAPP; ejercicio de derechos de los ciudadanos y de los

usuarios de los servicios públicos; procedimiento de adopción de actos y la elaboración de disposiciones administrativas; la determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo; los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica; y los procedimientos de acceso a la función pública y de promoción profesional. En definitiva, el núcleo gordiano de las materias otrora intocables.

- El artículo 38.3, párrafos segundo y tercero, introduce la novedad de la obligatoriedad de presentar un Proyecto de Ley en el caso en que un Acuerdo verse sobre una cuestión que debe ser regulada por una norma con rango de Ley. De todas formas, la obligación es muy laxa.
- El artículo 44 establece que el procedimiento electoral que dibuja deberá desarrollarse reglamentariamente. Hasta que no se apruebe ese reglamento, se entenderá en vigor el procedimiento establecido en la Ley 9/1987, de acuerdo con la disposición transitoria quinta.

El **derecho de huelga** está reconocido en el artículo 15.c) del Estatuto. El reconocimiento en la actualidad del derecho de huelga, derecho fundamental constitucionalmente regulado en el artículo 28.2 de la Constitución es consecuente con la evolución de los tiempos. En otras épocas, no se permitía a los funcionarios ejercitar este derecho, incluso estaba tipificado en el Código Penal, bajo distintos delitos dependiendo del período histórico, como delito de sedición o maquinación para la alteración del precio de las cosas. Es el Estatuto el que, de nuevo, se erige en la primera norma que, de manera expresa, reconoce este derecho en nuestra función pública. La Ley 30/1984 no pasaba de una mención indirecta al mismo al establecer que los funcionarios que lo ejercitasen no percibirían retribuciones durante el período que durase dicho ejercicio. Recordemos que el derecho de huelga en nuestro país goza, todavía hoy, por diversas razones que no son objeto de este trabajo explicar, de una regulación exótica, sin que se haya dado cumplimiento a la reserva de ley orgánica que impone el texto constitucional. Es lo cierto que se sigue rigiendo por el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, con los ajustes efectuados al mismo por la STC 11/1981, de 8 de abril.

La especialidad más notable por lo que al ejercicio del derecho de huelga de los funcionarios públicos se refiere viene determinada por el hecho de que, en muchas ocasiones, éstos desempeñan un puesto de trabajo en un establecimiento público que tiene la consideración de servicio público esencial, con lo que se limita más ese derecho mediante el establecimiento de unos servicios mínimos que garanticen la continuidad en su funcionamiento. Piénsese, por ejemplo, en una huelga total en el sector sanitario público, en la policía o en los medios de transporte público. La Doctrina del TC acerca del establecimiento de servicios mínimos para garantizar la continuidad en la prestación de servicios públicos esenciales para la comunidad se basa en unos principios muy arraigados, a saber:

1. Que no todos los servicios públicos son esenciales.
2. Que la determinación de unos servicios mínimos en estos casos tiene que hacerse de manera razonable para conjugar el interés público

en el mantenimiento de la prestación del servicio y el derecho que tienen los trabajadores sus trabajadores a no ver cercenado su derecho a la huelga mediante la fijación de unos servicios mínimos que supongan el funcionamiento normal del servicio, desvirtuando así su derecho a la huelga como medida de fuerza para la mejora de sus condiciones de trabajo.

El **derecho al planteamiento de conflictos colectivos**. Este derecho, reconocido en el artículo 15.d) del Estatuto y desarrollado en el artículo 45 supone una gran novedad respecto a la regulación anterior. Se prevén los instrumentos de la mediación, que será obligatoria si la pide una de las partes pero la solución no es obligatoria para ninguna de ellas; y el arbitraje, cuyas soluciones serán obligatorias para las partes si éstas han aceptado voluntariamente someterse a él. Ambos sistemas se desarrollarán reglamentariamente, previo acuerdo con las organizaciones sindicales más representativas.

El **derecho de reunión**, reconocido hoy en el artículo 15.e) del Estatuto y desarrollado en su artículo 46. Los rasgos más importantes de su ejercicio son los siguientes:

- a) Tienen legitimación para convocar.
 - Las Organizaciones Sindicales, directamente o a través de sus Delegados sindicales.
 - Los Delegados de Personal.
 - Las Juntas de Personal.
 - Cualesquiera funcionarios si suman el 40 por ciento, al menos, del colectivo convocado.
- b) Requisitos para convocar.
 - Comunicación escrita con antelación de dos días hábiles, en la que se señalará: hora y lugar de celebración, orden del día, datos de los firmantes que acrediten su legitimidad para convocar.

Las reuniones se autorizarán fuera de la jornada de trabajo, salvo acuerdo entre el órgano competente de la Administración en materia de personal y quienes estén legitimados para convocarlas. La celebración de la reunión no alterará la prestación de los servicios, siendo los convocantes responsables de los incidentes que se pudiesen producir durante el desarrollo de la misma.

5.3.11. Responsabilidad de los funcionarios

Las conductas irregulares de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones pueden dar lugar a responsabilidad civil, penal o administrativa. Estos tres tipos distintos de responsabilidad son independientes entre sí y compatibles al mismo tiempo.

5.3.11.1. Civil

En la actualidad, la responsabilidad civil de los funcionarios está regulada en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Concretamente, es el artículo 145 el que distingue dos tipos de responsabilidad civil en la que pueden incurrir los funcionarios: la indirecta y la directa. Este precepto legal es desarrollado, por lo que a la regulación de los procedimientos para la exigencia de responsabilidad se refiere, por los artículos 20 (procedimiento de exigencia de responsabilidad directa) y 21 (procedimiento de exigencia de responsabilidad indirecta) del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

La responsabilidad indirecta regulada en el apartado 2 del artículo 145 tiene lugar cuando el funcionario causa un daño a un tercero mediando dolo, culpa o negligencia grave. En este caso, la Administración Pública a la que ha imputado el daño dicho funcionario será la que tendrá que exigir, obligatoriamente, en vía de regreso y una vez efectuado el pago, dicha responsabilidad. A diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es directa y la víctima sólo puede dirigir su acción contra éstas y nunca contra el funcionario. Asimismo, el artículo 145.1 es muy claro, después de la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, respecto de la obligatoriedad que tienen las Administraciones Públicas de exigir responsabilidades al funcionario en vía de regreso cuando el daño se haya producido por dolo, culpa o negligencia grave de éste. La redacción originaria de dicho artículo no exigía con tanta claridad la utilización de esta vía de regreso, al configurarla como una alternativa para la Administración.

La responsabilidad directa recogida en el apartado 3 del artículo 145 se produce cuando éste causa daños y perjuicios a los bienes o derechos de la propia Administración cuando en la producción del daño concurra dolo, culpa o negligencia grave del funcionario.

En cuanto a los procedimientos de exigencia de ambas responsabilidades regulados en los artículos 20 y 21 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, se requiere en ambos casos la instrucción del correspondiente procedimiento, que deberá ser contradictorio.

5.3.11.2. Penal

Los funcionarios públicos pueden cometer tres tipos de delitos: comunes, agravados por su condición de funcionarios y especiales.

Respecto de los delitos comunes, nada interesante se puede comentar, pues ninguna especialidad de régimen se contempla en nuestra legislación al respecto.

Los delitos agravados por la condición de funcionario son aquellos en los que dicha condición ha sido relevante para la comisión del mismo. Por ejemplo, una detención ilegal en la que un policía se ha prevalido de su condición de tal y ha esgrimido una pistola a la víctima para llevar a cabo la detención.

Los delitos especiales son aquellos que sólo pueden ser cometidos por personas que ostentan el cargo de funcionario. Estos delitos gozan de una regulación propia dentro de nuestro Código Penal. Dentro de este grupo destacaremos los más conocidos y relevantes, como son la prevaricación, el cohecho o la malversación de caudales públicos.

De acuerdo con el artículo 146.2 de la Ley 30/1992, la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

5.3.11.3. Disciplinaria

La responsabilidad disciplinaria es aquella que tiene lugar cuando el funcionario transgrede alguna de las obligaciones inherentes a su cargo y recogidas en su estatuto funcional.

El Estatuto Básico del Empleado Público regula el régimen disciplinario de los funcionarios en el Título VII, artículos 93 a 98. Lo más destacable de la nueva regulación que se pretende aprobar es lo siguiente:

- Mayor atención a esta materia, estableciendo así una regulación más completa y razonable. Seis artículos frente al único que tenía su antecesora.
- Los principios de ejercicio de la potestad disciplinaria se recogen en el artículo 94.2. Son los principios de legalidad y tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad, culpabilidad y presunción de inocencia.
- El artículo 95 sigue distinguiendo entre faltas disciplinarias muy graves, graves y leves. Sólo se enumeran las faltas muy graves en el apartado 2. Entre éstas, destaca el acoso laboral. El apartado 3 deja, parcialmente, en manos de las Administraciones Públicas la configuración de las faltas graves, condicionando su regulación, dando pistas sobre los criterios a seguir para su configuración mediante Ley o Convenio Colectivo para los laborales y exigiendo, en todo caso, reserva de Ley, cuestión que no se cumplía en la legislación anterior respecto de las infracciones graves. El apartado 4 deja total libertad a las Administraciones Públicas para que, mediante Ley, en sentido amplio, o Convenio Colectivo para los laborales, establezcan las faltas leves. Esta última referencia a la Ley para las faltas leves hay que entenderla *laxo sensu*, permitiéndose, a mi juicio, que pueda ser una norma reglamentaria la que pueda tipificar dichas infracciones.
- El artículo 96 se encarga de regular las sanciones. Las principales novedades son la referencia al despido disciplinario de los laborales [96.1.b)],

que se incluye aquí ahora al pretender ser una norma que regule alguno de los aspectos del régimen jurídico de los laborales, y la configuración de una nueva sanción como el demérito [96.1.e)], que consiste en la penalización a efectos de carrera administrativa, promoción o movilidad voluntaria. Por lo demás, siguen estando vigentes las que se contemplaban en la legislación anterior. A saber:

- La separación del servicio, que supone la pérdida de la condición de funcionario y que sólo puede ser impuesta previa instrucción del correspondiente expediente disciplinario contradictorio por el Ministro del Departamento donde presta sus servicios el funcionario. Esta sanción sólo cabe imponerla en los supuestos de comisión de infracciones muy graves.
- La suspensión de funciones, que puede ser provisional, en tanto en cuanto se tramita un expediente disciplinario o de otro tipo, o definitiva, cuando se haya resuelto el expediente o procedimiento de que se trate. Esta sanción sólo puede imponerse por la comisión de infracciones muy graves, en cuyo caso la duración máxima es de seis años, o por infracciones graves, con período máximo de tres años.
- El traslado con cambio de residencia, que sólo cabe imponerlo por la comisión de infracciones muy graves o graves y que supone la pérdida del puesto de trabajo y la imposibilidad de obtener un nuevo destino participando en cualquiera de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo en el plazo de tres años si se impone por infracción muy grave o de un año si se impone por infracción grave. Ésta es, sin duda, una sanción muy temida por los funcionarios, puesto que la trascendencia de sus efectos, sin llegar a ser la de la pérdida de la condición de funcionario, son muy importantes en el terreno profesional y personal.
- El apercibimiento, que cabe imponerlo en los supuestos de comisión de infracciones leves y supone un reproche o reprimenda formal, sin que sus consecuencias sean relevantes en la esfera de los derechos del funcionario, pero sí en la esfera moral.

El artículo 98 regula los aspectos esenciales del procedimiento disciplinario, remitiéndose a un desarrollo posterior en cuanto a los detalles de plazos. La única cuestión digna de destacar es el apartado 4 de este precepto, que establece la obligatoriedad de devolver las retribuciones percibidas por el suspenso provisional cuando dicha suspensión sea elevada a definitiva.

Hay que entender vigente, de acuerdo con la tantas veces citada disposición derogatoria del Estatuto Básico, el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos en lo que no se oponga a la regulación al mismo. Sobre todo, hay que entender vigente el procedimiento disciplinario que allí se contempla, regulado en los artículos 23 a 51. Este procedimiento se aplica a las sanciones impuestas por la comisión de infracciones muy graves o graves. Para la imposición de una sanción por una infracción leve basta la audiencia al interesado, sin mayor tramitación.

El procedimiento, como todo procedimiento administrativo, consta de tres fases: iniciación, instrucción y terminación.

Son competentes para iniciar el procedimiento los Subsecretarios, Directores Generales, Delegados o Subdelegados del Gobierno.

El órgano competente para llevar a cabo la instrucción será el instructor que se haya nombrado por el órgano competente para iniciar el procedimiento y que sólo puede recaer en un funcionario perteneciente a un Cuerpo o Escala igual o superior al inculcado. El instructor tomará declaración al inculcado y a quien estime oportuno para el correcto esclarecimiento de los hechos y formulará un pliego de cargos, que se notificará al inculcado, quien tendrá un plazo de diez días para formular su pliego de descargos, con las alegaciones y la solicitud de la práctica de cuantas pruebas estime oportuno. Concluidos todos los trámites, el instructor formulará la propuesta de resolución, que se notificará nuevamente al inculcado para que pueda formular unas últimas alegaciones en el plazo de otros diez días.

La finalización del procedimiento se produce con la resolución del órgano competente, quien puede aceptar la propuesta de resolución elevada por el instructor, no resolver conforme a ella u ordenar al instructor la práctica de nuevas diligencias cuando entienda que los hechos no están claros.

VI. CONCLUSIONES

El Estatuto Básico de la Función Pública era una exigencia constitucional pero la reforma operada no responde a la necesidad legal que inspira la susodicha exigencia.

El Estatuto Básico de la Función Pública aprobado se enmarca dentro de las reformas legislativas de los últimos tiempos, caracterizadas por el denominador común de la disgregación normativa a favor de los ordenamientos autonómicos y el debilitamiento de las potestades estatales.

El Estatuto Básico actualmente vigente no tiene en cuenta, en cuestiones importantes, la jurisprudencia constitucional en materia de función pública, sentada por nuestro Alto Tribunal en la trascendental Sentencia 99/1987, de 11 de junio, y cuya esencia fue el fortalecimiento de la posición estatal a la hora de regular con carácter básico determinadas materias pretendidas por las Comunidades Autónomas.

El Estatuto Básico promulgado es el fruto de un tortuoso proceso de más de diez años, cuya aprobación definitiva ha sido posible debido a las cesiones realizadas a favor de Comunidades Autónomas y sindicatos, cuyas reivindicaciones más relevantes están presentes en el articulado.

Sin perjuicio de algunos aciertos indudables de la norma, que son reconocidos en este estudio, la valoración global que merece este Estatuto Básico es negativa. Es demasiado básico para ser bueno, lo que conlleva el peligro, importante por el terreno en el que nos movemos, de cantonalización de nuestra función pública.

Un estudio sobre la inmigración en la Comunidad de Madrid

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. COMPARECENCIAS.—III. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 149 de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de extranjería:

149.1.1.2.^a: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.»

Por este motivo no vamos a detenernos en este trabajo en cuestiones relacionadas con los marcos jurídicos internos o externos que regulan la situación de los inmigrantes en España, pero sí debemos referirnos a la realidad demográfica y económica de que existe una tendencia al crecimiento de los flujos migratorios hacia nuestro país, lo que se evidencia mediante el incremento de las solicitudes de asilo, los visados de residencia, los permisos de trabajo, las regularizaciones de los años 2000 y 2001, así como la normalización del año 2005 y las naturalizaciones¹.

Desde 1980² la población extranjera residente en la Comunidad de Madrid también ha experimentado un importante crecimiento, el cual no se manifiesta de forma homogénea en todo el ámbito territorial de nuestra Comunidad, sino que se produce en mayor medida en los municipios periféricos y especialmente en los del Sur y el Este, sin que esta afirmación sig-

★ Letrada de la Asamblea de Madrid.

¹ *Anuario de Estadísticas Laborales y de Asuntos Sociales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

² *Informe sobre la situación de los españoles que viven fuera de España, así como de los inmigrantes y refugiados que han llegado a nuestro país: sus necesidades y reivindicaciones y las medidas legales y sociales para solucionar los problemas existentes*. Aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 23 de junio de 1998, Congreso de los Diputados, 1999.

nifique, obviamente la ausencia de inmigrantes en los municipios del Norte o del Oeste, simplemente se destaca que su presencia es menor. También se ha experimentado desde los años noventa un crecimiento de inmigrantes latinoamericanos, africanos y asiáticos. Estas circunstancias implican que, por más que la extranjería sea una competencia de ámbito exclusivamente estatal, la imperativa integración social que supone la convivencia, el respeto mutuo a creencias, culturas y costumbres y, especialmente a la igualdad de oportunidades, dentro del espacio que permite nuestro Estado de Derecho, hayan determinado la necesidad de que las Comunidades Autónomas participen de competencias en el ámbito de la inmigración, aunque ceñidas a los aspectos sociales que contribuyen a facilitar y promover dicha integración.

Con objeto de profundizar en el conocimiento de este crecimiento en el fenómeno migratorio y de realizar las recomendaciones políticas o de adoptar las decisiones normativas que facilitasen la integración de los inmigrantes en la Comunidad de Madrid, el Pleno de la Asamblea de Madrid adoptó el 12 de febrero de 2004 la decisión de crear en el seno del Parlamento autonómico una Comisión de Estudio sobre la Inmigración en la Comunidad de Madrid. Las reglas básicas sobre composición, organización y funcionamiento de esta Comisión fueron publicadas en el Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid, núm. 17, de 19 de febrero de 2004.

Dicha Comisión fue integrada de forma paritaria por representantes de los tres grupos parlamentarios con representación en la Asamblea de Madrid, y su composición resultó la siguiente:

Presidencia: D.^a Rosa Posada Chapado, perteneciente al Grupo Parlamentario Popular.

Vicepresidencia: D. Eduardo Sánchez Gatell, perteneciente al Grupo Parlamentario Socialista.

Secretaría: D. José Cabrera Orellana, perteneciente al Grupo Parlamentario Popular.

Vocales: D.^a Caridad García Álvarez, D. Jorge García Castaño y D. Luis Suárez Machota, pertenecientes al Grupo Parlamentario de Izquierda Unida; D. Francisco Contreras Lorenzo y D.^a Matilde Fernández Sanz, pertenecientes al Grupo Parlamentario Socialista y D. Juan Soler-Espiau-ba Gallo, perteneciente al Grupo Parlamentario Popular.

Las iniciativas que se plantearon en esta Comisión tuvieron todas ellas carácter informativo y se solicitaron por unanimidad de los tres grupos parlamentarios, de acuerdo con el carácter de una Comisión de Estudio y no de control. La fecha prevista para la terminación de los trabajos de esta Comisión de Estudio se fijó por el Pleno de la Cámara en marzo de 2006; sin embargo, la creación de una Consejería de Inmigración en el Gobierno de la Comunidad de Madrid en septiembre de 2005 motivó la creación de una Comisión de Inmigración en el ámbito de la Asamblea; esta nueva Comisión sí implicaba control político y determinó la disolución de la Comisión de Estudio, que no pudo ver concluidos sus trabajos. El contenido material de este trabajo es un resumen de las informaciones que los comparecientes invi-

tados por la Asamblea de Madrid a la Comisión de Estudio facilitaron en su día y que en mi condición de Letrada de dicha Comisión tuve oportunidad de realizar. Sin embargo, es importante subrayar que dichos resúmenes nunca fueron aprobados ni rechazados por la Comisión y que, por lo tanto, no son conclusiones de la misma ni pueden, en modo alguno, ser considerados como trabajo de la Comisión desde un punto de vista institucional ni político. Como Letrada he procurado la realización de resúmenes muy ajustados a las manifestaciones expresadas por los comparecientes, por lo que las valoraciones contenidas en este trabajo corresponden a dichos comparecientes y no a quien suscribe y, reitero, nunca fueron asumidas por la Comisión de Estudio como propias, ya que su disolución no dio oportunidad al debate acerca de su aprobación, modificación o rechazo.

II. COMPARECENCIAS

Las comparecencias celebradas se pueden dividir en dos bloques:

- Comparecencias de representantes de asociaciones de inmigrantes.
- Comparecencias de representantes de asociaciones de solidaridad con la inmigración.

El lector interesado en más detalles sobre las mismas puede acceder a ellas de forma íntegra acudiendo a los Diarios de Sesiones de las fechas correspondientes a las sesiones y que se indican a continuación.

Sesión celebrada el 20 de mayo de 2004

***Comparecencia C 323/04 RGEP 2497**, de la Sra. representante de la Asociación RUMIÑHAUI, a petición de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y de Izquierda Unida, al objeto de informar sobre situación actual de la inmigración en Madrid. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea).*

La Presidenta de la Asociación de inmigrantes ecuatorianos Rumiñhauí, D.^a Dora Aguirre, expone que los problemas del colectivo de ecuatorianos en nuestra Comunidad son clasificables por materias: legales, laborales, de atención social, de salud y de vivienda.

Respecto de cada una de estas materias establece la siguiente exposición:

- Laborales:

La ocupación de los ecuatorianos en la Comunidad de Madrid tiene lugar principalmente en los sectores de servicio doméstico, hostelería, construcción y mensajería.

Sobre la actividad de servicio doméstico indica que más del 50 por ciento de los trabajadores y trabajadoras (expone que el colectivo de inmigrantes ecuatorianos es mayoritariamente femenino) se paga su propia Seguridad

Social; también plantea que la ausencia de una nómina, entendida como recibo de haberes, impide o dificulta el acceso a la vivienda, tanto en propiedad como en alquiler.

Sobre la actividad en el sector de la construcción expone la existencia de accidentes laborales por ausencia de formación.

En cuanto al sector de hostelería indica que se dan jornadas y categorías discriminatorias.

- Atención Social:

En este punto centra su exposición en los problemas de los inmigrantes irregulares.

Plantea la dificultad de empadronamiento, pese a la campaña a favor del mismo efectuada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a causa del acceso del Ministerio del Interior al padrón municipal, dado que ello genera en los inmigrantes irregulares el temor a ser detectados y expulsados.

También expone, como problemática, la suspensión de los derechos de asociación, sindicación, huelga y manifestación, que han implicado un distanciamiento de los inmigrantes de los espacios públicos y de las ONG'S.

- Salud:

Expone dificultades de atención sanitaria derivadas, precisamente, de la falta de empadronamiento, por lo que la atención sanitaria sólo se realiza en urgencias.

También indica una demora en la obtención de cita, lo que ignora si se trata de un problema general o de una cuestión discriminatoria.

Propone campañas informativas como solución, pues entiende que se trata de un problema de falta de información.

- Educación:

Expone la existencia de concentración de inmigrantes en los mismos centros, lo que dificulta la integración.

También plantea la posibilidad de que el apoyo escolar se facilite fuera del horario escolar, pues hacerlo dentro también dificulta la integración. Propone la realización de cursos de nivelación previos al inicio del curso.

Señala asimismo la dificultad que supone la falta de convalidación y homologación de estudios para acceder a la Universidad.

- Vivienda:

Plantea que la opción preferida es la de adquisición a causa, por un lado, de la búsqueda del reagrupamiento familiar, y, por otro, de la dificultad de acceso al alquiler.

Propone medidas de fomento del alquiler.

- Participación ciudadana:

Solicita el derecho de voto para los inmigrantes en las elecciones autonómicas y municipales.

Para la subsanación o mejora de los problemas expuestos efectúa las siguientes propuestas:

- Regulación general de los inmigrantes irregulares.
- Suspensión del contingente hasta que se regularice a los inmigrantes presentes.
- Información en el país de origen cuando se reanude el contingente.
- Cooperación y co-desarrollo en el país de origen.
- Revisión del Decreto que regula el servicio doméstico y equiparación con el Estatuto de los Trabajadores.
- Inspecciones de trabajo con regularidad.
- Transformar los CASI en centros de formación y participación.
- Aumentar los centros y servicios de atención sanitaria especialmente para inmigrantes irregulares y realizar campañas informativas para romper con prácticas culturales no aconsejadas que se trasladan desde la cultura de origen.
- Homologación de estudios para acceder a la Universidad.
- Creación de un parque de alquiler de viviendas gestionado por la Comunidad de Madrid y mediación para el acceso a créditos hipotecarios en iguales condiciones que los ciudadanos autóctonos.
- Modificar la legislación electoral para otorgar a los inmigrantes el derecho de voto en las elecciones autonómicas y municipales.
- Dar mayor agilidad a la tramitación de permisos de residencia y trabajo.
- No identificar colectivos concretos con delincuencia.
- Creación de una oficina específica para trabajadores inmigrantes con el fin de controlar los contratos de trabajo dentro del marco legal.

Comparecencia C 324/04 RGEP 2498, del Sr. representante de ATIME, a petición de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y de Izquierda Unida, al objeto de informar sobre situación actual de la inmigración en Madrid. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea).

El Presidente de ATIME, D. Mustapha El Merabet, expone que la ausencia de democracia en los países de origen es un motivo de emigración, no existiendo, pues, motivos económicos exclusivamente.

Considera incorrecto responsabilizar a los inmigrantes por la falta de integración, ya que entiende que la integración es una tarea de todos, y para que se lleve a cabo correctamente es necesario proceder a la regulación de cuestiones sobre las que no existe normativa, ya que el marco de convivencia ha de ser el ordenamiento jurídico.

La falta de regulación sobre tradiciones o costumbres implica que se hagan depender de la voluntad de los individuos y para que se haga sin vulnerar derechos ni libertades es necesaria la creación de un valor cívico en los ciudadanos que debe ser conformado con la participación de los agentes sociales, partidos políticos, instituciones, etc.

Como propuestas de solución plantea las siguientes:

- Aumento de servicios de atención proporcional al incremento de población que implican los inmigrantes, debiendo tratarse de servicios generales, no específicos para los inmigrantes.
- Dispositivos de acogida que garanticen la cobertura de necesidades de primer orden, de carácter provisional, no definitivos. Podrían ser los CASI.
- Plantea un actitud pro-activa, y no sólo pasiva, de los CASI, que supongan un acercamiento.

Expone el incumplimiento por parte de Marruecos del convenio suscrito con España en diciembre de 2003.

Plantea participar en el Foro Regional de la Inmigración, aunque se muestra disconforme con su forma de funcionamiento.

Propone consenso político en materia de inmigración.

Plantea que la práctica religiosa del Islam en España es un caos y propone un Consejo de musulmanes en España para autoorganizarse, así como el apoyo de las instituciones para poner orden, pero manteniendo el equilibrio y que no suponga intromisión. Como ejemplo indica que existen mezquitas no registradas y considera que la clandestinidad en la práctica religiosa debe desaparecer.

Sobre la inmigración en pateras expone que el Gobierno de Marruecos creó en noviembre dos órganos, uno administrativo y otro policial para una actuación coordinada que desde entonces señala que no se han puesto en funcionamiento.

Para la resolución del problema de las mafias propone medidas policiales, con incidencia también en el mercado laboral.

Sesión celebrada el 17 de junio de 2004

***Comparecencia C 400/04 RGEP 3191**, del Sr. representante de la Federación de Asociaciones Rumanas, a petición de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y de Izquierda Unida, al objeto de informar sobre situación actual de la inmigración en Madrid. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea).*

Comparecen el Presidente de la Asociación, D. Gheorghe Gainer y la Secretaria de la Asociación D.^a Doina Fagadar Fagadar.

La Secretaria de la Asociación es quien interviene en la presentación de la comparecencia exponiendo, en primer lugar, los problemas de los inmigrantes rumanos, que divide en administrativos, trabajo y vivienda.

- Trabajo:

Plantea que la integración del inmigrante rumano en el mercado de trabajo suele comenzar en la economía sumergida, principalmente en el sector de la construcción, en el servicio doméstico y en la hostelería.

- **Vivienda:**

El comienzo suele también realizarse compartiendo la vivienda con sus compatriotas y con la progresiva estabilización económica se busca la reagrupación familiar y, con ello, la búsqueda de una vivienda individual, destacándose la preferencia por la vivienda en propiedad, habida cuenta de que la letra supone el mismo importe que la renta mensual de arrendamiento, a su juicio.

- **Administrativos:**

Existe una diversidad de problemas de carácter administrativo, entre los que la Secretaria de la Asociación destaca los siguientes:

- **Falta de homologación de estudios.**

Plantea que la mayoría de los inmigrantes rumanos poseen estudios de grado medio y técnicos, que en España serían equiparables a la formación profesional, pero que existen muchas dificultades para conseguir el reconocimiento de titulaciones a través de homologación, lo que obliga a los inmigrantes a desempeñar puestos de trabajo por debajo de su cualificación. Prevé que esta situación mejore con el ingreso de Rumanía en la Unión Europea y la homogenización de estudios prevista para el año 2010 por el Acta de Bolonia.

- **Falta de homologación del carné de conducir.**

Se plantea como un problema particularmente grave, pues el vehículo suele ser necesario para el trabajo. La negociación entre el Estado español y el rumano para la validez de esta licencia se encuentra iniciada, pero discurre con mucha lentitud, por lo que propone su agilización.

- **Falta de información.**

Lo considera una necesidad prioritaria para los recién llegados y destaca la ausencia de medios en la Administración, pues considera que los servicios sociales están saturados y su horario es incompatible con el de los inmigrantes y también plantea la falta de medios en las asociaciones.

Considera que este problema se extiende a todas las gestiones administrativas, no sólo a aquellas relacionadas con la regulación, sino también a las más comunes, como renovar un pasaporte o inscribir a un niño.

- **Regulación de empresas.**

La representante de la Asociación expone que muchos empresarios rumanos han trasladado su empresa a España o han creado aquí su propia empresa. Con carácter general las actividades a que se dedican son la construcción, reformas, pintura, fontanería, etc. Ello genera la contratación de trabajadores rumanos por los empresarios rumanos, destacando las dificultades para regularizar tanto la situación de las empresas como de los trabajadores, solicitando la agilización de los trámites.

- También plantea dos problemas de carácter social:

En primer lugar, la alta edad de la población inmigrante rumana, en cuya comunidad existen muchas personas mayores de cincuenta años, con las dificultades que ello implica para encontrar empleo y la consiguiente repercusión para la percepción de pensiones más adelante.

En segundo lugar, plantea la especificidad del colectivo de gitanos rumanos, donde, además de los problemas comunes a todos, anteriormente expuestos, existen problemas de indocumentación desde su país de origen y un gran índice de analfabetismo, arrastrando situaciones de marginalidad que ya tenían en Rumanía.

- Como propuestas plantea:

- Fomentar la participación en asociaciones para que éstas realicen una labor de interlocución entre los inmigrantes y las autoridades españolas y faciliten la integración.
- Promover campañas de conocimiento cultural y social de la realidad rumana ante la sociedad española.
- Promover la colaboración entre los responsables de educación de ambos estados para facilitar y agilizar la homologación y reconocimiento de titulación.
- Facilitar la participación de las entidades representantes de los inmigrantes en los órganos de la Administración municipal y regional.
- Facilitar el acceso a la vivienda a través de ayudas oficiales.
- Programas de educación, sensibilización y protección de la mujer inmigrante rumana ante la violencia doméstica.

Comparecencia C 401/04 RGEP 3192, de la Sra. representante de AESCO, a petición de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y de Izquierda Unida, al objeto de informar sobre situación actual de la inmigración en Madrid. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea).

Comparece la Presidenta de la Asociación América España, Solidaridad y Cooperación (AESCO), D.^a Yolanda Villavicencio.

Inicia su intervención exponiendo los problemas de los colectivos a los que su Asociación representa, inmigrantes procedentes de la región andina, fundamentalmente de Colombia, Ecuador y Perú.

Como problema de mayor envergadura subraya la situación de indocumentación, que influye en la imposibilidad de conocer fehacientemente el número de inmigrantes que viven en España sin permiso de trabajo ni de residencia. Insiste en que esta cuestión es la que concentra la mayor atención de las ONG, contando con el apoyo de sindicatos, empresarios y del Gobierno.

Desde el punto de vista laboral expone que la mayoría de inmigrantes latinoamericanos son trabajadores por cuenta ajena, superando numéricamente a los españoles en determinados sectores en los que se han concentrado. Incipientemente comienza a tener relevancia la iniciativa empresarial, destacan-

do los obstáculos para acceder a recursos de financiación mostrados por cuestiones procedimentales.

Insiste en que los mayores problemas derivan de la situación de irregularidad parcialmente relacionada con lentitud en la resolución de expedientes y con falta de información. Se pronuncia contrariamente a lo que denomina «privatización de la información» que define como el desarrollo de gestorías y entidades privadas que se ocupan de la tramitación de las solicitudes de permisos, accediendo a la información sobre los mismos y sustituyendo el papel de las asociaciones en estos asuntos, lo cual, según opinión de la compareciente, ha puesto en cuestión la credibilidad de estas asociaciones, pues ya no pueden informar ni averiguar nada sobre los trámites.

Se remite a la memoria anual de 2003 del Defensor del Pueblo para subrayar una mayor necesidad de personal tanto auxiliar como cualificado para la resolución de expedientes en los organismos competentes.

Plantea un plazo medio de ocho meses desde la obligación de renovación de un permiso de trabajo hasta que se da cita para entregar la documentación, lo que impone al inmigrante recurrir a medios como el burofax, que acredita la presentación de la documentación en tiempo y forma para no incurrir en irregularidades. Sin embargo, aunque ello les permite continuar trabajando, les impide el ejercicio de otro tipo de actividades para las que se requiere la documentación, por ejemplo, comprar una vivienda o viajar a su país de origen.

Otro de los problemas que expone es la desestructuración familiar, ya que se pierde el contacto y la figura de autoridad paterna o materna.

En el ámbito de las medidas a adoptar expone que ya existen algunos servicios de información en los países de origen para que se comprenda desde allí el elevado coste social y económico de venir irregularmente. Pero ello no es suficiente, porque la ausencia de alternativas determina que a veces no haya otra opción.

Considera que sus propuestas ya están definidas en el programa GRECO, pero que no se ha llevado a cabo una implementación real de las mismas.

Insiste nuevamente en la proliferación de agencias y plantea que sería bueno que las asociaciones y ONG de apoyo recuperasen el derecho de representación para facilitar información a la población inmigrante sobre la tramitación y el estado de sus expedientes.

También considera importante la participación. Expone que ha concluido el período de vigencia del Foro Regional para la Inmigración y que están a la expectativa de un reglamento que esperan que se elabore previo cauce consultivo con las asociaciones.

Considera que existe una inmigración que califica de «estructural» frente a una inmigración temporal. Para estos inmigrantes con vocación de permanencia plantea el estudio del ejercicio de derechos de tipo político y económico, así como lo relacionado con la expresión cultural, la reivindicación legítima de una diferencia cultural, cuestiones que entiende que deben ser consensuadas para que la solución sea asumida por todos los que participan en la sociedad.

Sesión celebrada el 14 de octubre de 2004

Comparecencia C 537/04 RGEP 5000, de la Sra. representante de la Asociación Águila Blanca, de inmigrantes polacos, a petición de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y de Izquierda Unida, al objeto de informar sobre situación actual de la inmigración en Madrid. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea).

Comparece en representación de la Asociación Águila Blanca, de inmigrantes polacos, D.^a Bárbara Kurasz.

En su exposición indica que la comunidad polaca es una de las más integradas, la segunda con más permisos permanentes a causa de que la inmigración tuvo lugar a finales de los 80, principios de los 90, cuando la regularización era más sencilla. Ello ha implicado también una amplia experiencia en el trabajo de su Asociación.

Con la incorporación de Polonia a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004 ya sólo se exige el DNI para la libre circulación, pero ello no ha supuesto, al menos de momento, una mejora en las condiciones de regularización de los inmigrantes polacos, ya que hasta el año 2006 no habrá libre circulación como trabajadores. Paradójicamente las previsiones del Gobierno de la Nación, según expone, para la regularización de inmigrantes, no son aplicables a los polacos en tanto ciudadanos comunitarios, lo que implica que su situación no tiene posibilidad de regularizarse hasta el año 2006.

Plantea que el empleo femenino de su comunidad se realiza principalmente en el servicio doméstico, que implica problemas de naturaleza laboral, ya que si bien tienen permiso de trabajo y pagan cuotas de seguridad social no tienen, sin embargo, derecho a paro, lo que a su vez implica imposibilidad de acudir a los cursos de formación del INEM, para lo que es requisito estar en paro. Este sector tampoco tiene nómina, lo que se traduce en dificultades para realizar otro tipo de actividades en las que es requerida nómina.

Para los hombres el trabajo se desarrolla principalmente en el sector de la construcción y también como repartidores de butano y, en menor medida, en las fábricas. En los últimos años se extiende la creación de pequeñas empresas y de trabajadores autónomos.

Considera que la implantación de la comunidad polaca está muy repartida, con especial implantación en Alcalá de Henares, Parla, Leganés y Vicálvaro.

En el ámbito de la vivienda se prefiere la propiedad al alquiler, por considerarlo más rentable.

Desde el punto de vista de la integración expone la colaboración de su Asociación con los Ayuntamientos, que desde hace años prestan sus aulas en sábado para dar clase de polaco a los niños y para que aprendan también geografía e historia polacas. Asimismo destaca la colaboración del Diario de Alcalá, que una vez a la semana publica una página en polaco con asuntos de interés para esta comunidad. También expone la colaboración de las instituciones y la sociedad españolas en asuntos de la vida ordinaria: participación en ferias y fiestas; cesión de un lugar conmemorativo en el cementerio para poder

velar el 1 de noviembre, etc. En este orden de asuntos expone únicamente dos aspectos negativos: una mala imagen en los primeros años en los medios de comunicación, que considera corregida y escasez de ayuda económica y financiación para pequeñas asociaciones como la suya.

Como proyectos de futuro expone la creación de una Casa Polaca y el hermanamiento entre ciudades españolas y polacas.

Comparecencia C 536/04 RGEP 4999, del Sr. representante de la Asociación de Chinos de España, a petición de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y de Izquierda Unida, al objeto de informar sobre situación actual de la inmigración en Madrid. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea).

Comparece el Vicepresidente de la Asociación el Sr. Xu Meng Bin.

Expone que la inmigración de chinos en España comenzó en 1973, mediante el incremento de relaciones diplomáticas entre España y China.

Existe una pequeña academia para inmigrantes chinos, donde se enseña el idioma español con un libro de español directo y también, desde 1995-96 un colegio para enseñar chino a los niños inmigrantes en colaboración con un colegio público de Madrid, que cede sus aulas los sábados, solicitando más espacios similares.

Plantea que la implantación desde el punto de vista laboral de su comunidad se ha dado fundamentalmente en el sector empresarial, a través de la creación de restaurantes, bazares de todo a cien, frutos secos, otro tipo de comercio. Ello supone que en la comunidad china no hay paro, los empleadores chinos contratan a trabajadores chinos e incluso absorben también trabajadores españoles.

Señala que existen cinco periódicos semanales en chino, publicados por su propia comunidad con contenido de interés para los mismos.

Considera que no existe una mafia, sino que lo que existe es una comunidad en la que unos ayudan a otros, se ayudan entre sí y es lo que denomina «sistema interior». Por esta razón señala que no hay mendicidad ni atracos en la comunidad china, aunque sí otros enfrentamientos de carácter interno que podían tener indeseables consecuencias.

Expone como principal problema el idioma, aunque considera que la segunda generación ha alcanzado un alto nivel de integración y formación, incluso universitaria.

También considera un problema la regulación, pues si bien anteriormente tras obtener un visado especial se obtenían directamente los permisos de residencia y trabajo, con posterioridad esto ya no es posible, considerando que se ha agravado en los últimos dos años en los que no ha habido cupo para los chinos.

Otro problema es la ausencia de homologación del permiso de conducir.

Expone que su asociación tuvo su origen en un grupo de hosteleros que se reúnen informalmente para dar soluciones a los problemas de su comunidad, pero con escasez de financiación y subvenciones por desconocimiento de estas posibilidades. Tampoco participan, pese a la existencia del tejido

empresarial expuesto, en asociaciones empresariales o Cámaras de Comercio, considera que por razones de dificultad en el idioma cuya superación estima deseable, pues entiende que podría existir una colaboración y participación interesantes.

Comparecencia C 535/04 RGEP 4998, de la Sra. representante de la Asociación de Refugiados e Inmigrantes Peruanos (ARIPERU), a petición de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y de Izquierda Unida, al objeto de informar sobre situación actual de la inmigración en Madrid. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea).

Comparece en representación de la Asociación ARIPERU, de inmigrantes peruanos, D.^a Rosario Zanabria.

Expone como primer y principal problema para los inmigrantes peruanos la ausencia de un procedimiento claro y permanente que facilite un marco jurídico de igualdad en derechos y deberes con los españoles.

Como razones para la emigración de su país de origen señala la falta de desarrollo, la crisis política, social y económica y un deseo de desarrollo personal y profesional.

Explica que desde un planteamiento teórico la inmigración peruana no está sujeta a la política de cupos o contingentes, sino de régimen abierto, en el que sólo se requieren documentos de identidad y de regularidad desde el punto de vista de la justicia con el país de origen y una oferta de trabajo, siendo éste el requisito de imposible cumplimiento en la práctica, ya que en los consulados españoles en Perú no hay posibilidad de acceder a estas ofertas de trabajo. Ello ha implicado la aparición de organizaciones que realizan ofertas de trabajo ficticias, que facilitan la entrada en España, donde se inicia una segunda fase para obtener un trabajo real.

Critica severamente la descoordinación de las Administraciones exponiendo que exigen documentos diferentes según los casos y resuelven también de forma diferente supuestos similares. También expone que hay un gran retraso en la resolución de expedientes, siendo la Comunidad de Madrid una de las que más incide en este retraso, según el informe del Defensor del Pueblo, que cita.

Todo esto sitúa en su opinión al inmigrante en una posición de debilidad que le obliga a aceptar peores condiciones de trabajo.

En cuanto a otros ámbitos como vivienda, educación y sanidad expone que tienen las mismas dificultades que otros colectivos, incidiendo especialmente en los problemas para el empadronamiento, de carácter administrativo.

Señala que no se plantean políticas de retorno sino a muy largo plazo, más bien vinculadas a disfrutar en su país de origen la jubilación.

Expone que la inmigración peruana en España es de carácter económico, si bien en unos primeros momentos se admitieron algunos estatutos de refugio, son muy pocos y la propia Administración española estimó que era una forma de desviar solicitudes de imposible o difícil regularización por razones económicas.

Sesión celebrada el 18 de noviembre de 2004

Comparecencia C 602/04 RGEP 5597, del Sr. representante de la Asociación Voluntariado Madres Dominicanas (VOMADE), a petición de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y de Izquierda Unida, al objeto de informar sobre situación actual de la inmigración en Madrid. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea).

Comparece el Sr. Álvarez Pastor en representación de la Asociación Voluntariado de Madres Dominicanas (VOMADE).

Plantea en primer lugar que el principal objeto de su Asociación es la normalización, entendiendo por tal equiparación a la ciudadanía y al ejercicio de todos los derechos, incluidos los derechos políticos, motivo por el cual realizan una gran actividad para promover la nacionalización.

También expone que su Asociación es pluralista en el sentido de plurinacional, colaborando no sólo con ciudadanos dominicanos, sino también de otras nacionalidades, buscando el concepto de ciudadanía global.

En la descripción de programas que realiza VOMADE expone los siguientes: de retorno; de inserción laboral, apoyado por la Comunidad de Madrid a través de la Dirección General de la Mujer, el Ayuntamiento de Madrid y el Servicio Regional de Empleo; de asesoría legal; de bolsa de empleo, consistente en formación mediante cursos de inserción laboral.

Realiza una valoración negativa de la Ley 4/2000 y considera que el gran problema que hay en la Comunidad de Madrid es el de la irregularidad sobrevenida, motivada muy principalmente a causa de los requisitos administrativos.

Como problemas más comunes alude a las «camas calientes», a la violencia de género y a las «guarderías» infantiles a cargo de menores, exponiendo en relación a esta cuestión la rápida y eficiente actuación de los servicios sociales para intervenir cuando se ha denunciado. Respecto de la violencia de género insiste en la dificultad de denunciar, especialmente en los supuestos de irregularidad.

Valora negativamente los CASI y propone que los grupos políticos realicen un esfuerzo para llegar a un pacto de Estado sobre la inmigración. Considera que uno de los errores cometidos ha sido pensar en la inmigración como un fenómeno estático y plantea que el problema de la inmigración no se puede resolver de forma policial.

También expone que la inmigración no es homogénea, lo que requiere dar soluciones sabiendo que las diferencias son mayores que los aspectos comunes.

Explica que en República Dominicana la inmigración se realiza mediante redes denominadas «san»: varias personas se unen para formar un «san», aportan dinero entre todas para comprar el billete que hay que pagar a las mafias y después lo sortean. La persona a la que ha tocado emigra y se compromete a devolver el dinero para que la red traiga a otra persona y así sucesivamente hasta que todos los involucrados en el «san» puedan emigrar.

Esta forma de proceder favorece el efecto llamada, en opinión del compareciente, ya que implica que todos los integrantes del «san» conocen lo que aquí se gana, y esto se va comunicando a otras redes.

Respecto de las mafias expone que su Asociación ha tenido graves problemas y que entiende que la lucha contra las mismas se basa en la información a la gente que piense emigrar.

El compareciente informa que, en un principio, se estimaba que la causa de la emigración era fundamentalmente de carácter económico, pero con su experiencia han podido comprobar que hay un gran porcentaje, sobre todo de mujeres, que busca un nuevo proyecto de vida. Esta observación tuvo lugar a partir de 1994 en que se produjeron muchas regularizaciones y se invirtió la pirámide laboral, pasando la mayoría de inmigrantes dominicanos a trabajar como autónomos y quedando una minoría en el servicio doméstico.

Expone la dificultad para conocer con precisión el número de inmigrantes, ya que después de la última normativa se produjo entre los inmigrantes un gran miedo a empadronarse. Considera, en todo caso, que el empadronamiento tampoco aporta datos fiables, pues puede ser doble o triple, dependiendo del recorrido que haya realizado el inmigrante hasta su ubicación definitiva.

En cuanto al retorno, plantea que es una cuestión de máximo interés, ya que los inmigrantes que han retornado a sus comunidades han empezado a querer un proyecto de vida como el que han desarrollado aquí, lo que implica un gran ejemplo en sus comunidades. Considera que el retorno debe reflexionarse a partir de la experiencia de cada país, que debería planificarse para que muchas de las ayudas que se hacen, si se hicieran proyectos concretos de codesarrollo, pudieran ayudar a resolver el problema de las comunidades.

También propone la búsqueda de locales adecuados para que los inmigrantes puedan ejercer sus actividades de forma digna, sin ningún tipo de preferencia.

Sesión celebrada el 16 de diciembre de 2004

Comparecencia C 847/04 RGEF 7109, del Sr. representante de Cruz Roja de Madrid, a petición de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y de Izquierda Unida, al objeto de informar sobre situación actual de la inmigración en Madrid. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea).

Comparece, en representación de Cruz Roja de Madrid, D. Joaquín Pérez-Gil Delgado.

Describe la actividad de su organización en materia de inmigración considerando que comienza a trabajar estos asuntos a raíz de los años 79/80 con los colectivos de asilo, refugio y desplazados. Indica que desde 1985 empieza, de manera creciente, la inmigración económica, con un crecimiento exponencial.

Indica que el 12,5 por ciento de la población de la Comunidad de Madrid es inmigrante y señala como una preocupación la bolsa de personas no regularizadas, que califica de «importante», en la que incluye a quienes quedaron fuera de las regularizaciones del año 2000 y a quienes llegan *ex novo* de forma no regularizada.

Indica que existen dos colectivos que se encuentran en situación de exclusión social: los inmigrantes procedentes de África subsahariana y minorías étnicas procedentes del Este, fundamentalmente rumanos.

Respecto de los primeros indica que algunos llevan mucho tiempo en España y no están regularizados porque tienen orden de expulsión, pero transcurridos los cuarenta días para la expulsión, ésta no se ha producido, y no se les puede repatriar, ni están en situación de internamiento. Esta imposibilidad de regularización va generando una situación de pobreza y de exclusión.

En cuanto a los segundos, es igualmente la situación de su documentación la que impide su integración plena.

Como otros asuntos problemáticos señala los siguientes:

- La atención humanitaria, con independencia de su situación de regular o irregular, son personas y tienen derechos.
- Feminización de la inmigración, que implica la llegada cada vez mayor de mujeres y familias, lo que supone también un aumento en el número de menores inmigrantes.
- Respecto de las mujeres, considera la violencia de género como el problema más grave, dado que además de las dificultades que padecen las mujeres autóctonas, para las inmigrantes existe un mayor miedo a la denuncia.
- Respecto de los menores y, en concreto, de los menores no acompañados, fundamentalmente de origen magrebí, considera que es difícil trabajar con ellos para que salgan de la bolsa de marginación en la que están sumidos. También plantea la necesidad de abordar las situaciones de los menores que ya son segunda o tercera generación.

Como propuestas de medidas a adoptar plantea las siguientes:

La regularización de los flujos, donde considera necesaria una mayor coordinación de las Administraciones y de las organizaciones de apoyo.

Como organización indica que considera que todas las políticas de servicios se tienen que hacer desde el sector público, pero insiste en la reclamación de mayor coordinación en las medidas, plazas de emergencia y otros servicios.

También plantea el problema de la *vivienda*, con la existencia de concentración de personas en condiciones poco higiénicas, las «camas calientes», etc. Indica que afectan a personas con permiso de trabajo y residencia, pero que pretenden ahorrar costes para mandar más dinero a su casa. Considera que es muy importante el tema de la vivienda de protección.

El tema sanitario considera que ha ido mejorando desde el 2000. Piensa que cada vez más personas inmigrantes pierden el miedo al empadronamiento para poder acceder a la sanidad pública.

También el sector educativo considera que es importante para garantizar el acceso a la educación de todos los menores.

Sin embargo, como medida previa y necesaria, entiende que es fundamental la regularización y el permiso de residencia.

Con carácter general, señala que cree que el mercado todavía puede observar una importante cantidad de personas que necesitamos para nuestro propio desarrollo.

También plantea que «hay que compartir y adquirir nuevos hábitos y nuevos elementos que nos llegan desde otros puntos del mundo, que son valores importantes que tenemos que acoger, integrar y defender esos valores conjuntos y tener un espacio en convivencia». A estos efectos considera fundamental la educación en valores, lo cual entiende que es imprescindible para reducir y eliminar los brotes xenófobos que han aparecido.

En cuanto a los colectivos que son objeto de exclusión social y que son colectivos muy deteriorados e inmersos en una espiral complicada, plantea regularizar a los que tienen orden de expulsión, pero no han sido expulsados, y facilitar el permiso de trabajo favoreciendo su integración.

En cuanto a cifras de inmigrantes recuerda que en la primera regularización se hablaba de 100.000 personas y llegaron a 250.000, por ello considera que es un terreno de incertidumbre en el que sí cabe afirmar que existe una bolsa importante y creciente.

También señala que en torno al 15 ó 20 por ciento no están empadronados y sugiere que si no se admiten fórmulas alternativas al empadronamiento para demostrar que estaban en España en los plazos requeridos se estará generando una nueva bolsa de irregulares. Considera que es necesario trabajar con ellos en este aspecto para que lleguen a entender que existen una serie de derechos pero también de deberes.

En cuanto a la violencia de género considera importante que haya un acceso rápido a las redes públicas de los centros de acogida, principalmente en la primera fase de emergencia y después en recursos de apoyo para favorecer la independencia de su situación de regularidad o irregularidad.

Sobre el movimiento asociativo cree que se está dando una *atomización*, pero no sólo en las organizaciones de inmigrantes, sino en toda la sociedad, también opina que una exagerada fragmentación de los movimientos asociativos le harían perder fuerza y presencia.

En cuanto a proyectos de cooperación al desarrollo entiende que deben ser políticas a largo plazo y basadas en la paz de la zona: en el África subsahariana existen muchos conflictos de guerra, rencillas, tribus, y por muchos proyectos de cooperación que se realicen éstos se paralizan si surge de nuevo una punta de violencia. Por ello considera que los países ricos deben influir para que esas situaciones se normalicen, especialmente donde el punto de vista de la violencia, de lo contrario continuará el flujo de solicitantes de asilo y refugio.

Expone alguno de sus proyectos y subraya que las mayores dificultades están en el tema de la regularización, porque sin ella las personas no pueden llegar a la plenitud de la integración, ya que aunque puedan trabajar tendrá que ser en la economía sumergida y ése es ya un elemento desintegrador.

Sobre los CASI: considera que la intervención ha de hacerse desde el sistema público de servicios sociales y para ello el servicio ha de ser grande y dar cobertura y atención a todas las necesidades. En este sentido, los CASI se justifican si están integrados en la red de servicios sociales. Hasta ahora son algo que venían haciendo las organizaciones con centros de atención a inmigrantes, la diferencia es que la puerta de entrada era directa por la organización y no por la red pública. Lo que Cruz Roja plantea es que esto vaya siendo absorbido por la propia red de servicios públicos y que las organizaciones se vayan retirando. En cuanto a su funcionamiento, considera que, para la población que acude, es bueno: son atendidos y se ha contribuido a la no saturación de la red pública, pero considera que no es más que complementar el recurso público.

Cree que la OFRIM es un buen recurso, y su experiencia en cuanto a la gestión es positiva, explica que uno de los impulsos que hay que darle se deriva de los estudios de los efectos migratorios, de los problemas que había, intentando detectar cuáles son las situaciones problemáticas que pueden producirse o cómo va la situación de la inmigración en España.

La Escuela de Mediadores Sociales para la Inmigración también es valorada positivamente al entender que se ha realizado una labor fundamental de formación y preparación de todos aquellos que han acudido allí para poder trabajar.

Comparecencia C 846/04 RGEP 7108, del Sr. representante de la Asociación de Solidaridad con los Trabajadores Inmigrantes (ASTI), a petición de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y de Izquierda Unida, al objeto de informar sobre situación actual de la inmigración en Madrid. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea).

Comparece, en representación de ASTI, D. Antonio Martínez Rodrigo.

Como cuestión preliminar cree que hay que plantearse lo que significa el fenómeno migratorio en sí mismo, sus estructuras, sus condicionamientos, la diversidad de personas y situaciones. En su opinión, nunca se ha planteado el significado del fenómeno migratorio en sí mismo, ya que siempre se concibió como una presencia temporal, y desde esa premisa no se adopta una política verdaderamente integradora.

En cuanto a las cifras expone que su importancia radica en determinar las necesidades que se han de adoptar en relación con las que se están reclamando. Considera que no se deben utilizar políticamente. Señala una curva de crecimiento y de descenso del empadronamiento coincidiendo con la posibilidad de que la policía accediese al padrón municipal: ahora indica que se ha visto cómo personas que se empadronan en este momento llevaban ya meses viviendo en España. Considera muy importante el conocimiento de

los datos y su evolución por parte de las Administraciones e insiste en la necesidad de conocer datos reales y analizarlos con atención y ello en orden a evitar que se transmitan mensajes de desbordamiento, ya que ello aportaría más seguridad y permitiría hacer análisis válidos a la hora de enfocar la problemática. Entiende que no se puede hacer política migratoria en abstracto.

Opina que la política migratoria ha de ser sólida y que sólo lo es cuando es integrada e integradora, y entiende que limitarse a responder a las cuestiones más marginales implica no plantearse el objetivo final.

Sobre el fenómeno migratorio expone que los inmigrantes no vienen porque tienen hambre, vienen porque les necesitamos; «y si vienen porque tienen hambre es porque somos responsables de su hambre». Explica que la inmigración responde siempre a la localización espacial del capital que busca el mayor y el más rápido beneficio.

Considera que la inmigración es una mano de obra que debe ser regulada y señala que la no cobertura o el desbordamiento de los cupos no se debían sólo a dificultades de tramitación, sino también a que no se había hecho un verdadero análisis del cual era el mercado laboral, de cuáles eran sus demandas y sus necesidades.

También plantea que la inmigración es un fenómeno permanente, no temporal y lo justifica con el crecimiento de las cifras de racionalizados y de permisos permanentes. En virtud de ello, opina que no será posible una política integradora mientras contemplemos al inmigrante sólo en función del empleo y del paro, como fuerza de trabajo, y no como hombres y mujeres «que por vocación son hacedores de historia». También opina que no han de magnificarse las características de identidad de las comunidades en presencia: nacionalidad, etnia, religión, etc., y considera que no debe prevalecer lo simbólico sobre la convivencia real.

Para la integración plantea que estamos ante una nueva sociedad, urbana, compleja y cambiante y hay que trabajar para que esta sociedad sea verdaderamente integrada como espacio social, cultural, económico, político y religioso. Si no, todos queremos que los demás hagan el camino de integración, pero el otro no lo hará.

Desde el punto de vista de la legislación, expone que es una competencia del Estado, aunque cada vez se contempla más la participación de las Administraciones autonómica y local, cuya colaboración es muy importante en los procesos de normalización.

Considera que esta normalización supondrá una inversión de la tendencia del coste social y un incremento del aporte contributivo, sin perjuicio de que los flujos deban ser regulados.

Subraya la importancia del concepto de arraigo, ya que la inmigración siempre conlleva situaciones de gran problemática humana que por motivos humanitarios hay que resolver y la legislación debe permitir esto, de lo contrario considera que determinadas situaciones se harían crónicas, desfavoreciendo la integración.

Propone que el camino de la integración sea recorrido tanto por españoles como por extranjeros, subrayando las cosas que nos unen y no las que nos

separan. En este estado considera que se están «cosificando» las culturas. Para la consecución de este objetivo señala que es necesario reconocer la equiparación en derechos y deberes, también el derecho a participar. Opina que existen y se crean demasiados programas y servicios específicos para inmigrantes, cuando la política integradora debe suponer que el inmigrante pueda ejercer sus derechos, no ser tutelado ni asistido, por ello, las cuestiones de vivienda, educación, sanidad, trabajo, todo, tiene que tener un tratamiento igual para españoles que para inmigrantes. Considera que para la prestación de servicios públicos, y su calidad, la afluencia de inmigrantes no es el problema, el problema es que se incrementa la población sin que se incrementen los recursos.

Plantea que para el inmigrante el camino de la integración está en la comprensión de que es titular de derechos, pero también de obligaciones: tiene que optar por esta sociedad, resolver lo que para muchos es el problema del género, atender la educación y promoción de los hijos, entender que el trabajo es un derecho y un deber, que tiene que vivir de su trabajo.

Desde el punto de vista de la política de inmigración entiende que ésta ha de ser respetuosa con los derechos humanos, y ello «reclama saber conjugar en un Estado autonómico no sólo las compatibilidades económicas demográficas internas, sino también las laborales, las educativas, las culturas, las sanitarias, las de vivienda y bienestar social, así como la lucha contra la economía sumergida, junto con la posición geopolítica de España, sus obligaciones y lazos históricos con Iberoamérica, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Marruecos, Unión Europea; las nuevas causas de éxodo, derecho de asilo y motivos humanitarios, y la definición de un plan de integración que garantice la equiparación en derechos y deberes; la asociación a un proyecto común de sociedad y el derecho a vivir en familia; los acuerdos bilaterales con los países de origen para canalización de nuevos flujos; el reconocimiento de ambos países de los derechos sociales y laborales, y la definición y puesta en marcha de una política exterior de invertir para el desarrollo.

Dada su concepción de la inmigración como fenómeno permanente y no coyuntural se muestra contrario a las políticas y programas de retorno.

Respecto a los foros, considera que no son útiles en tanto que falta un verdadero plan integrador que parte de la igualdad en derechos y deberes, porque no se facilitan los canales normales de participación que debe haber en cualquier institución.

También señala que se habla demasiado del «problema que está por llegar» y que esto crea una sensación de desazón y de sentirse invadido que puede generar problemas mayores.

Sesión celebrada el 17 de febrero de 2005

Comparecencia C 33/05 RGEP 721, del Sr./Sra. representante del Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad (MPDL), a petición de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y de Izquierda Unida, al objeto de informar sobre situa-

ción actual de la inmigración en Madrid. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea).

Comparece la Coordinadora General del Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, D.^a M.^a José Herrera Ceballos.

Expone que desde su organización plantean el trabajo con los inmigrantes a través de las siguientes áreas:

- Asesoría jurídica: indica que las consultas más frecuentes, que realizan no sólo inmigrantes, sino también potenciales empleadores españoles, son las relativas a procedimientos para realizar contrataciones regulares, solicitudes de documentación, reagrupación familiar, visados, solicitudes de nacionalidad y conocimiento de derechos laborales. En el momento de celebrarse la comparecencia también las cuestiones relativas al proceso de normalización en curso.
- Asesoría sociolaboral: que realizan a través de itinerarios individuales de inserción, mediante talleres de formación y gestión de ofertas de empleo. También realizan una tarea de sensibilización de las empresas, a los efectos de considerar al inmigrante igual que a un trabajador nacional. Las dificultades que encuentran en esta tarea residen en la cultura laboral del inmigrante, en sus carencias de formación, en algunos casos, y en los supuestos en los que existe formación, en la dificultad de acreditar ésta, a causa de las dificultades de homologación de titulaciones y licencias para el ejercicio de determinadas actividades.
- Integración y educación: como actuación concreta realizan una mediación preventiva destinada a tener una convivencia intercultural correcta en los centros escolares, enseñando formas pacíficas para la resolución de conflictos entre los menores.
- Mujer inmigrante víctima de violencia doméstica: si la mujer está regularizada entra en el círculo normalizado, por el contrario, la ausencia de documentación lo dificulta todo y en este ámbito trabajan con plazas de acogida, orientación psicológica y jurídica.
- Menores inmigrantes no acompañados: expone que por la Convención de Ginebra el país de origen está obligado a recibirlos y tutelarlos, por lo que la prioridad es la acogida y, en segundo plano, intentar su integración a través de talleres de formación. Existe mucha dificultad porque no se conocen sus edades reales, ni su origen y muchas veces desconocen el idioma.
- CASI: gestionan centros que atienden al inmigrante cuyo perfil es el de recién llegado a España, sin documentación, sin trabajo y sin lugar de residencia.

Como dificultades básicas subraya las siguientes: el acceso o no a la documentación, el acceso al trabajo, el acceso a la vivienda.

Como solución plantea un incremento de los recursos y control de las ilegalidades por parte de las Administraciones Públicas.

Expone también la preocupación de la segunda generación, a la que considera desarraigada porque no se sienten ni españoles ni tampoco de su país de origen.

Como medidas que puedan favorecer la integración señala la necesidad de lanzar mensajes positivos que expongan que los inmigrantes son necesarios para determinados trabajos. Insiste en que la escasez de recursos sociales fomenta una visión negativa, por lo que aboga en favor de un aumento de los recursos que sea proporcional al aumento de población que supone la población inmigrante.

También señala que es necesario favorecer la inmigración desde la comprensión y el conocimiento de otras culturas por parte de la población autóctona y también de nuestra cultura y costumbres por parte de los inmigrantes.

Respecto de la vivienda expone experiencias de otros países, como Alemania, donde existe normativa que limita el número de familias inmigrantes por edificio, lo que ha impedido que se creen guetos.

Valora positivamente las asociaciones de inmigrantes pero considera que deben trabajar conjuntamente con asociaciones autóctonas, también para evitar una fragmentación por colectivos o nacionalidades.

Insiste en que el principal problema es la ausencia de documentación, porque sin documentación no puede haber un trabajo legal y sin trabajo es imposible la integración. También insiste en los aspectos positivos de la multiculturalidad y en trasladar esta idea a los jóvenes.

Se muestra partidaria de las políticas que favorecen el retorno a aquellos inmigrantes cuyas expectativas no se han satisfecho.

Comparecencia C 36/05 RGEF 724, del Sr./Sra. representante de Caritas, a petición de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y de Izquierda Unida, al objeto de informar sobre situación actual de la inmigración en Madrid. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea).

Comparecen en representación de Caritas su responsable del Programa de Integración Comunitaria, D.^a Concepción García, y su responsable de Comunicación y Relaciones Externas, D. Sebastián Mora.

Comienza el Sr. Mora exponiendo que el hecho migratorio ha existido siempre, con distinta entidad y problemática, pero consustancial a personas y sociedades. Considera que es un hecho que supone una oportunidad que exige derechos y deberes tanto a españoles como a los extranjeros inmigrantes.

Considera necesario deslindar claramente el hecho migratorio de las situaciones de exclusión social, que puedan afectar tanto a inmigrantes como a autóctonos, aunque los inmigrantes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

A continuación, la Sra. García comienza por subrayar la existencia de una situación de crispación social que atribuye a «una realidad constatable numéricamente: somos más y tenemos los mismos servicios». Plantea que en lo relativo a plazas escolares niños de los propios distritos se quedaron sin plazas en sus distritos y tuvieron que ser escolarizados fuera de los mismos, lo que

genera mala percepción en la población autóctona. También hace referencia a las listas de espera en los servicios sanitarios y a la masificación en la atención primaria. Explica que el sistema de protección se concede prioritariamente a los más desfavorecidos, que son los inmigrantes, lo que no es bien entendido por los autóctonos. También indica que cada vez hay más gente con más cargas pese a lo cual se mantienen los mismos recursos para el sistema de protección.

Respecto de los menores señala que entre cero y tres años hay insuficiencia de plazas de guardería, lo que dificulta el objeto del inmigrante, que es buscar un empleo, porque tiene que quedarse con sus hijos.

En cuanto a adolescentes expone que, además de su conflictividad natural, existen problemas de masificación en las aulas y otros problemas adicionales derivados de sus circunstancias personales y familiares, por ello la conflictividad aumenta.

Indica que existe desigualdad en la distribución del alumnado, con concentración de inmigrantes en determinados centros, normalmente públicos, lo que contribuye a formación de guetos, a lo que también se dirige la actitud de los padres con los niños españoles que sacan a sus hijos de esos centros en los que existe una mayor concentración de niños inmigrantes, según expone la compareciente.

Opina que es difícil que los esfuerzos de integración que se realizan den sus frutos si no se arreglan previamente estructuras tan sencillas como controlar los ratios.

También plantea el problema del fracaso escolar y lo atribuye a la desmotivación de los menores, que se incorporan a procesos educativos que no tienen que ver ni con su realidad anterior ni con la actual. Considera que los temarios no están adecuados.

Respecto a los adultos señala que la irregularidad genera precariedad general y condiciona todo lo que se pueda plantear; también dificulta todos los trámites o gestiones administrativas y señala que existe un «miedo a hacerse visible porque hay un gran desconocimiento, puedo ser expulsado, etc.».

Otro problema importante lo define como falsas expectativas, que es la diferencia que existe entre el planteamiento inicial que tienen los inmigrantes de encontrar un trabajo digno, acorde con su titulación o formación y la realidad que se encuentran, que suele ser servicio doméstico. Ello supone un deterioro humano y personal muy grande.

También considera un problema la movilidad, ya que la inmigración ha variado de un perfil individual a otro familiar y el traslado de toda la familia es más complicado que el de una sola persona.

También expone el problema de la violencia doméstica.

En lo relativo al empleo reitera que la situación de irregularidad impide encontrar un trabajo en condiciones dignas. Por ello sólo se accede a la economía sumergida. Indica que en el ámbito laboral existe discriminación entre las distintas nacionalidades de inmigrantes por la creación de estereotipos. Expone las dificultades para la homologación de títulos y las dificultades de acceso de los inmigrantes a formación, capacitación laboral o reciclado. Tam-

bién señala que empiezan a darse situaciones de desempleo entre los inmigrantes, lo que incide en el problema de la crispación social al que se refirió al principio de la comparecencia.

En el tema de sanidad plantea que existe un desconocimiento de nuestro sistema sanitario que conduce a un mal uso de la red. La masificación produce también dificultad y existe también un componente cultural y diferentes concepciones sobre la salud: en el ámbito femenino no se acude a los servicios de prevención, lo que supone encontrar en ocasiones situaciones avanzadas de cáncer de ovarios o de mamas.

El problema de la salud mental es grave entre los inmigrantes, ya que su desarraigo produce no sólo problemas psicológicos, sino también somatización de otras enfermedades.

En cuanto a la situación de la vivienda plantea que existen discriminación y abusos en los precios y en la exigencia de fianzas excesivas a los inmigrantes. También se refiere a problemas como el del hacinamiento o las «camas calientes».

Nuevamente interviene el Sr. Mora para hacer referencia a dos aspectos concretos: las mujeres inmigrantes traficadas y los menores no acompañados en situación de exclusión.

Planea que en el tema de la inmigración es necesario que la legislación aporte tres cosas:

- Una estructura básica justa, con derechos que sean equilibrados y justos. Para ello se requiere que la legislación sea estable, consensuada y planteada hacia el futuro.
- Una cultura participativa de la ciudadanía.
- Hábitos sociales: sensibilización tanto para la población autóctona como para la inmigrante. La integración no es de unos frente a otros, sino de todos.
- Propugna un pacto de Estado en esta materia y plantea que están trabajando en el consenso social: una primera fase, de foros de expertos y estudios sobre la inmigración; una segunda fase, de acuerdo entre las organizaciones sociales; y una tercera parte, proponer a los partidos políticos un gran pacto de Estado de Inmigración, que necesita estabilidad y políticas a largo plazo.

Sesión celebrada el 17 de marzo de 2005

Comparecencia C 37/05 RGEF 725, del Sr./Sra. representante de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), a petición de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y de Izquierda Unida, al objeto de informar sobre situación actual de la inmigración en Madrid. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea).

Comparece en representación de CEAR D.^a Estrella Pérez, coordinadora de CEAR en Madrid.

Expone que el objeto de su organización es facilitar el proceso de integración de las personas refugiadas e inmigrantes vulnerables.

Opina que la integración no es una responsabilidad exclusiva de los refugiados e inmigrantes, sino también de la población autóctona.

Estima que el hecho migratorio ha existido siempre y desde CEAR se considera un derecho fundamental de toda persona, por ello no entienden la inmigración como un problema, sino como una situación social que debe abordarse desde una perspectiva integral.

Expone que su organización, junto a Caritas, han iniciado un proceso para trabajar la inmigración desde el consenso social. En una primera fase han trabajado con expertos en la materia. En una segunda fase está previsto trabajar con las organizaciones sociales para, por último, proponer a los partidos un pacto de Estado sobre inmigración.

Considera que la diferencia entre inmigrantes y refugiados es que éstos carecen de un proyecto migratorio planificado, pero dentro de la sociedad, que desconoce las políticas de asilo, los refugiados son un inmigrante más.

Considera que las políticas de asilo en España son muy restrictivas, pues el 70 por ciento de las solicitudes no son admitidas a trámite. Para las que sí lo son el proceso de resolución suele durar dos años, si posteriormente la solicitud es denegada los interesados quedan en España engrosando las bolsas de inmigrantes irregulares.

Respecto de los inmigrantes en sentido estricto expone que la forma de llegada más extendida es por vía irregular, puesto que, como norma general, ello impide la obtención de un permiso de residencia y trabajo el acceso a las garantías sociales, laborales y formativas básicas es muy restringido, lo que dificulta la integración.

Señala que el acceso a una situación administrativa regular determina la inserción social y laboral, evitando posibles situaciones de explotación y dificultades de integración.

Respecto del empleo, indica que los nichos laborales ocupados por los trabajadores inmigrantes corresponden a los de menor nivel, tanto de categoría como de salario. Expone la necesidad de establecer estrategias de integración laboral, para lo cual las mayores dificultades son: ignorancia en los mecanismos de búsqueda de empleo, cargas personales o familiares, escasa formación profesional, insuficiente conocimiento del idioma, inestabilidad personal, por ausencia de vivienda estable y de ingresos mínimos.

Proponen mayor número de acciones formativas, políticas no discriminatorias que faciliten las relaciones laborales entre autóctonos y extranjeros, becas-salario para formación, planes de empleo específicos para inmigrantes y refugiados, sensibilización en los agentes económicos y sociales en las políticas de igualdad de género y lucha contra la discriminación por motivos de raza.

En el ámbito de los recursos sociales plantea que las personas con minusvalías tienen dificultades para su autonomía personal y que no se permite la valoración del grado de minusvalía si se carece de residencia, lo que impide acceder a recursos sociales que podrían favorecer a estas personas. Asimismo,

los portadores de VIH que carecen de empadronamiento no pueden acceder a tratamiento especializado, sólo a las pruebas para determinar si están o no afectados. También considera que no existen recursos adaptados para problemas de salud mental.

Expone que entre la sociedad de acogida se extiende la opinión de que los inmigrantes se están apropiando de los servicios y recursos sociales, lo que genera un gran rechazo social. Sin embargo, no es la condición de extranjero la que les da acceso a estos recursos, sino la condición de ser población en situación de vulnerabilidad económica y social.

En materia de alojamiento expone que existen en el mercado prácticas discriminatorias, así como insuficiencia en recursos de alojamiento de primera y media estancia y escasez de viviendas protegida, viviendas de alquiler.

Proponen mayor coordinación entre las Administraciones con competencias en materia de vivienda, la promoción de vivienda protegida en régimen de alquiler, la adopción de «Medidas de intervención directa e indirecta sobre el patrimonio residencial privado», el fortalecimiento de programas específicos para colectivos con dificultades especiales para acceder a vivienda y la implantación de medidas combativas de la discriminación.

En cuanto a participación ciudadana considera que el único espacio que se asigna a la población de origen extranjero es el del mercado laboral, negando cualquier otra participación en vida pública. Para su organización la participación pasa por el derecho a voto como una reivindicación fundamental. También valora negativamente la ausencia de espacios de convivencia que faciliten el conocimiento mutuo de la sociedad de acogida y la inmigrante.

Respecto del colectivo de menores indica que existe una alta tasa de abandono escolar tras la edad de la educación obligatoria, y refiere la «imposibilidad de obtener títulos oficiales para los jóvenes que carecen de documentación y se encuentran en formación profesional o en bachillerato». Cita la instrucción de 30 de agosto de 2004 de la Viceconsejería de Educación de la Comunidad de Madrid sobre admisión y matriculación de extranjeros en centros docentes no universitarios, que «se cierra a cualquier posibilidad de permitir que un menor entre dieciséis y dieciocho años pueda continuar su proceso formativo si se encuentra sin permiso de residencia».

Como colectivo en situación de exclusión social cita a los subsaharianos, que no pueden empadronarse sin un pasaporte o cédula de inscripción que los identifique y certifique su nacionalidad, conseguir esta documentación entraña gran dificultad, lo que implica que este colectivo se encuentra en «un limbo jurídico» que provoca un fuerte proceso de exclusión social.

En cuanto a la mujer inmigrante señala que es el colectivo que más ha aumentado, circunstancia que, junto a la de su incorporación al mercado laboral, ha dado lugar a un cambio en los roles sociales, cambio que no siempre es bien asumido por sus parejas. Incide especialmente en la problemática de mujeres inmigrantes sin documentación víctimas de la violencia doméstica: mujeres traficadas; mujeres con trastornos mentales; mujeres mayores de sesenta y cinco años sin documentación que les permita acceder a recursos específicos. Respecto a las mujeres refugiadas indica que su organización tra-

ta de que se reconozcan las persecuciones por razones de género, así como por razones de orientación sexual, como motivo para acceder al asilo, ya que en el Convenio de Ginebra, marco fundamental del derecho de asilo, no se contempla esta razón explícitamente.

En cuanto a la cooperación expone que debe ser una herramienta que los países desarrollados deben utilizar para que aquellos que están en situación de mayor vulnerabilidad puedan conseguir una mejor situación, pero no una alternativa para el retorno.

En cuanto al proceso de normalización indica que es exclusivamente laboral, lo que en su opinión va a dejar fuera a muchos menores y mayores. Opina que debe flexibilizarse dando cabida a personas que puedan demostrar arraigo por vías diferentes del empadronamiento, ya que es sabido que mucha gente no ha podido acceder al padrón o se borró del mismo por miedo ante la posibilidad de acceso al mismo por las fuerzas policiales a efectos de procedimientos de expulsión.

En cuanto a los CASI, los valora positivamente, entendiendo que no han sustituido a los servicios sociales, sino que actúan de forma complementaria.

Comparecencia C 39/05 RGEP 727, de la Sra. representante de la Asociación Comisión Católica Española de Migración (ACCEM), a petición de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y de Izquierda Unida, al objeto de informar sobre situación actual de la inmigración en Madrid. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea).

Comparece, en representación de la Asociación Católica Española de Migración, la Sra. De Luxán Castellforte.

Expone que los datos revelan una clara tendencia a la consolidación del movimiento de inmigración: según el padrón municipal de habitantes los inmigrantes han pasado a ser del 2,3 por ciento en 2000 al 8 por ciento en 2004.

De los datos de la Secretaría de Estado para la Inmigración y la Emigración en España residen 3,5 millones de extranjeros, lo que representa un 8 por ciento de la población, de los cuales aproximadamente 2 millones cuentan con permiso de trabajo y residencia y el resto se encuentra en situación irregular.

Las modificaciones que han tenido lugar en el movimiento migratorio la compareciente las atribuye a las desigualdades existentes entre los países del Norte y del Sur a nivel económico, social, político y demográfico. Así como con la globalización y el acceso a la información, a los medios de comunicación y a los medios de transporte.

Señala los efectos positivos de la inmigración en nuestra sociedad: contrarrestan los efectos de una población envejecida; en cuanto a empleos y salarios tampoco existen efectos negativos según informe 2/2004 del Consejo Económico y Social sobre inmigración y mercado de trabajo; desarrollo y mantenimiento de recursos en zonas rurales; fortalecimiento del progreso de la mujer, favoreciendo su inserción laboral y su independencia.

Expone la necesidad de tener en cuenta numerosos aspectos en la legislación sobre extranjeros: acuerdos europeos sobre seguridad, justicia e interior; persecución de mafias, control de fronteras; regulación de flujos, estudios demográficos; cooperación al desarrollo; economía sumergida; personas refugiadas; lucha contra la discriminación y sensibilización de la población de acogida. Considera que se debe lograr un modelo único a nivel nacional y europeo, y expone que existe consenso en lo relativo a algunos principios básicos:

- Interculturalidad o respeto mutuo.
- Igualdad de derechos y obligaciones.
- Normalización en el acceso a los servicios generalistas. Considera que debe existir un refuerzo derivado del aumento en la demanda. Expone que la existencia de servicios específicos para inmigrantes evidencia una situación de desventaja y además genera rechazo por parte de la población autóctona, aunque reconoce que son necesarios como «función puente» para posibilitar una calidad de vida digna a estas personas antes de que puedan normalizar su situación.
- Transversalidad: es una cuestión que afecta a muchos ámbitos, como educación, empleo, sanidad, etc.
- Libertad y laicidad, reconociendo los derechos religiosos individuales.
- Bidireccionalidad y reciprocidad, ya que en el proceso de integración deben participar tanto los inmigrantes como los autóctonos.
- Participación y derechos políticos, entendiendo que la participación del individuo es lo que constituye una comunidad y es, por tanto, necesaria y previa a la integración.

Para la realización de una política de integración considera que existen áreas básicas de actuación que se interrelacionan, siendo la mayoría competencia de las Comunidades Autónomas, y algunas otras competencia del Estado. Expone por ello que la coordinación de las competencias es un punto de partida imprescindible y describe la situación del inmigrante desde el punto de vista de su Asociación de la siguiente manera:

En cuanto a su situación social considera que vienen con una información distorsionada y poco realista sobre las condiciones socioeconómicas de España. Tienen el objetivo de trabajar y obtener recursos económicos. Muchos cuentan con el apoyo inicial de familiares o compatriotas.

Es frecuente compartir vivienda, a veces en situación de hacinamiento. También se da el caso de personas sin techo que viven en la calle y en albergues.

En cuanto a su situación económica y laboral, varía en función del tiempo que lleven en España: cuanto más tiempo, mayor estabilidad. Normalmente, a partir de un año comienzan a estabilizarse, pero al principio la situación suele ser muy complicada y con dificultad para encontrar trabajo.

De los trabajadores regularizados y cotizantes a la Seguridad Social, el 80 por ciento lo están en régimen general y el 15 por ciento en el régimen especial de empleados del hogar.

Su capacidad de ahorro es escasa, dada su precariedad en el trabajo y los envíos económicos a su país de origen, ya sea para el mantenimiento de sus familias, ya para saldar deudas contraídas allá.

También considera importante hacer referencia la situación psicológica, dado que la situación de precariedad que padecen algunos inmigrantes afecta a su estabilidad emocional, pudiendo derivar en el denominado «síndrome de Ulises», que recoge síntomas de depresión y ansiedad y que suele ser provocado por el incumplimiento de expectativas, unido el desarraigo y a la sensación de ausencia.

En cuanto al trabajo desarrollado por ACCEM expone que es necesaria la ordenación de los flujos, partiendo de la idea de que la población extranjera se dirige a lugares donde encuentra trabajo. Considera clave la lucha contra la economía sumergida a través de un control eficaz que concluya con una persecución real de los empresarios que vulneran las condiciones legalmente establecidas. Propone un procedimiento de obtención de permisos ágil y rápido para evitar situaciones de vulnerabilidad y abusos.

Considera también importante la cooperación, el codesarrollo y las buenas relaciones con los países de origen, para superar las condiciones socioeconómicas de estos países y para favorecer la información sobre la realidad del país de acogida, las vías de regulación y los peligros de las redes de tráfico de personas.

En cuanto al empleo y la formación destaca los problemas de precariedad, escasa remuneración, inestabilidad, concurrencia de situaciones de explotación, problemas administrativos para la contratación, discriminación.

Sobre la educación, expone la concentración de alumnos extranjeros en determinados centros escolares, distintos niveles de formación y conocimiento del idioma, incorporación de alumnos a destiempo, sobrecarga del profesorado y la ya mencionada dificultad para obtener la titulación de estudios realizados para inmigrantes no residentes mayores de dieciséis años. Como soluciones propone: una distribución equitativa de alumnos entre los centros escolares, refuerzo y ampliación en la formación del profesorado, promoción de la convivencia intercultural, aumento de la capacidad de las escuelas infantiles.

Por lo que se refiere a la sanidad, considera prioritaria la resolución de problemas de comunicación y entendimiento por el idioma entre médico y paciente, por lo que propone servicios de traducción. También cree en la necesidad de que los inmigrantes conozcan nuestros patrones sanitarios así como que los sanitarios conozcan ciertas costumbres de los países de origen.

En cuanto al problema de la vivienda, entiende que se incrementa para la población inmigrante por la dificultad de acceder a la propiedad, quedando supeditados al alquiler, donde se dan problemas para la obtención de avales y existen reticencias y discriminación por parte de los propietarios. Propone el incremento en el número de viviendas de protección tanto en régimen de compra como de alquiler y también el apoyo para avales económicos.

Sobre los servicios sociales, hace referencia al desconocimiento interno de la Administración por los inmigrantes, lo que a algunos les produce temor ante una posible expulsión. También existen dificultades idiomáticas y falta

de conocimientos en el personal de los servicios sociales con relación a cuestiones relativas a la inmigración. Expone que ciertos recursos no se ajustan suficientemente a la realidad (violencia doméstica ejercida sobre mujeres en situación irregular, insuficiencia de albergues y plazas temporales de acogida).

En cuanto a garantías jurídicas, considera que la población inmigrante depende esencialmente de su situación administrativa, y que la irregularidad de ésta favorece el riesgo de engaño, estafa o explotación. Ello hace necesaria la prestación de servicios de asesoramiento jurídico al inmigrante en materia de extranjería y en el ámbito laboral.

Desde el punto de vista de la participación, deben buscarse espacios formales e informales que conduzcan a una sensibilización de la sociedad de acogida que mejore su percepción sobre los inmigrantes, evitando estereotipos, prejuicios y discriminación, todo ello en sentido bidireccional.

Sesión celebrada el 14 de abril de 2005

***Comparecencia C 40/05 RGEF 728**, del Sr. representante del Movimiento Contra la Intolerancia, a petición de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y de Izquierda Unida, al objeto de informar sobre situación actual de la inmigración en Madrid. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea).*

Comparece en representación del Movimiento contra la Intolerancia su Presidente, D. Esteban Ibarra Blanco.

Explica que en la dinámica de su Asociación la principal cuestión es la prevención de conductas de racismo, de xenofobia y de intolerancia.

Respecto de la inmigración, expone que en España es un fenómeno reciente pero creciente, lo cual no debe dar lugar a alarmismos pero sí debe implicar un compromiso para evitar posibles problemas, en concreto, destaca la creación de guetos y el crecimiento de la intolerancia.

Como primer problema, plantea el discurso mediático y político, así como educativo, que existe sobre la inmigración. En su opinión hay que informar a la ciudadanía que la inmigración es «fruto de la evolución humana, cultural y natural». También considera que la inmigración es fruto de un desarrollo injusto y desequilibrado que hace que la gente busque nuevas oportunidades.

En cuanto a los sectores en los que trabajan los inmigrantes, destaca el servicio doméstico, la hostelería y la construcción. Considera que la ausencia de contratos de trabajo deriva de la ausencia de documentación y estima que existen empresarios que se aprovechan de esta circunstancia.

Expone que existe un desplazamiento en favor de la contratación de inmigrantes en detrimento de los jóvenes no cualificados entre dieciséis y veinte años. Aquí comienzan a surgir problemas e introducirse elementos de intolerancia que se trasladan también al ámbito de la escuela y de la formación profesional.

Respecto del ámbito de la escuela, manifiesta que la escuela pública recoge el 77 por ciento de los inmigrantes y la concertada el 23 por ciento.

En cuanto a la vivienda plantea que el 25 por ciento de los créditos hipotecarios pertenecen a los inmigrantes.

Como problema, expone que los prejuicios contra los inmigrantes son muy fuertes; el más extendido es el de la sustitución en los puestos de trabajo. También explica que se da el «discurso xenófobo de la invasión» y que hay una concepción de que se aprovechan de nuestro Estado del bienestar, que se benefician de nuestros impuestos. Según el compareciente, este alarmismo supone más prejuicios que problemas reales. Entre todos destaca el prejuicio de la delincuencia. Estos prejuicios implican un rechazo a la inmigración en la población autóctona, y refiriéndose a las encuestas, cita que este rechazo se sitúa entre el 15 y el 30 por ciento. Por todo ello plantea la necesidad de campañas de sensibilización destinadas a aceptar la diversidad, para promover la tolerancia.

En cuanto a la descripción de la situación de los inmigrantes que realiza, indica son «más pobres, más solos y más tristes». Señala que existen problemas de soledad, desarraigo, pobreza, desconocimiento del idioma, ilegalidad y diferencias culturales.

Sobre los jóvenes inmigrantes, expone que el 40 por ciento de los inmigrantes tienen una edad entre quince y veintinueve años, que la mayor parte son inmigrantes que vienen a trabajar y, en menor medida, por reagrupación familiar. También se refiere a jóvenes que son segunda generación, pero que en su opinión no son mayoría. Indica que más de la mitad están en situación irregular, que su procedencia es muy diversa, que hay grandes diferencias entre hombres y mujeres y mucho sexismo; destaca especialmente que lo que condiciona el proceso de transición de la adolescencia a la vida adulta es su prematura incorporación a la actividad laboral.

Respecto de la aparición de grupos de inmigrantes que, en ocasiones, se comportan como bandas (latín kings, ñetas, mara salvatrucha), indica que existen dos factores que favorecen la aparición de estos grupos: por un lado, la pérdida de identidad respecto de su lugar de origen y, por otro, la falta de integración en su lugar de acogida. Por eso estos grupos ejercen una función integradora, que es la del propio grupo, lo que, a su vez, produce una identificación entre individuo y grupo. Otra causa es la marginación existente en el ámbito escolar, que condiciona a los jóvenes a buscar otro tipo de afinidades, y en ese contexto aparecen estos grupos, a veces relacionados con la delincuencia. Por todo ello subraya la importancia de las políticas de integración para evitar marginalidades. Opina también que hay que trabajar en el mantenimiento de identidad de origen.

Respecto de la delincuencia, se pronuncia a favor de distinguir entre inmigrante y delincuente extranjero, ya que este segundo normalmente está relacionado con las mafias y nada tiene que ver con los inmigrantes trabajadores, opina que es esencial no identificar la inmigración con la delincuencia, y estima que las políticas educativas deben incidir en cambiar esa imagen, empezando desde la escuela con discursos positivos.

Expone también como asuntos importantes el ocio y el deporte y propone cambiar todas las normas que impiden la participación de estos jóvenes en condiciones de igualdad en el ámbito deportivo.

En cuanto a una valoración sobre el procedimiento de normalización, indica que «humanamente no es aceptable no regularizar», sin perjuicio de la existencia de límites que se deben cumplir, entre los que cita el certificado de penales, la regulación de flujos, el contrato laboral. No cree que incida en el «efecto llamada», porque considera que éste viene generado por el desequilibrio existente.

Comparecencia C 32/05 RGEF 720, de la Sra. representante de la Asociación Candelita, a petición de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y de Izquierda Unida, al objeto de informar sobre situación actual de la inmigración en Madrid. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea).

Comparece D.^a Paloma Rodríguez Villegas en representación de la Asociación Candelita.

Explica que su Asociación esta destinada a articular la formación y el empleo. Comenzaron con formación, pero pronto se dieron cuenta de que no era útil si no se ejecutaba esa formación.

En cuanto a los proyectos financiados o subvencionados por la Comunidad de Madrid cita: programas de acogida y asesoramiento para el empleo; educación intercultural; educación de personas adultas; formación ocupacional y atención a la mujer; taller de empleo para mujeres que hayan sufrido violencia familiar; cooperación y codesarrollo para la formación en origen, con Colombia; programas de rentas mínimas.

Considera importante el desconocimiento de nuestro país por parte de los inmigrantes, en el sentido de que suponen más expectativas de las que realmente existen. Cuando llegan reciben información contradictoria y dispersa por parte de las instituciones, entidades y medios de comunicación social.

Otro problema expone que es la ansiedad provocada por factores como la dispersión familiar; desarraigo; desconocimiento del idioma; miedo a la expulsión; a veces, situaciones de violencia doméstica en su país, que trasladan al nuestro; problemas económicos porque envían casi todo lo que ganan a su país; y también problemas de explotación sexual; embarazos no deseados; menores solos durante la jornada de trabajo de sus padres; hacinamiento en las viviendas.

En el ámbito laboral existe desconocimiento de los derechos y de los deberes y, en ocasiones, existen graves riesgos laborales. Los empleos suelen ser de muy baja cualificación, ya que no se reconoce su formación en origen.

También observan una repetición del rol de la mujer cuidadora. Siendo difícil para estas mujeres acceder a formación ocupacional, que sólo es accesible con permiso de trabajo y residencia e inscripción en el INEM.

Expone que prestan servicios complementarios con los de la Administración, que considera escasos: información, atención psicológica y jurídica,

atención a mujeres víctimas de violencia doméstica, formación adaptada, de intermediación laboral, y diseño de itinerarios para la inserción laboral, con empresas de inserción que dan trabajo a mujeres inmigrantes. También prestan servicios de atención infantil en procesos formativos, laborales y de períodos no lectivos de las madres.

Plantea que trabajan con familias, intentando crear grupos multiculturales y evitando los guetos. Potencian el asociacionismo en grupos de inmigrantes asentados en Madrid, intentando apoyar proyectos de cooperación que se puedan estar haciendo en sus países de origen.

Intentan que no se pierdan las raíces, porque consideran que es un empobrecimiento de la persona.

Realiza las siguientes propuestas:

Informar sobre la realidad de nuestro país en los lugares de origen para evitar falsas expectativas. Adoptar medidas que eviten que se dé una imagen negativa de la inmigración por los medios de comunicación. Campañas de sensibilización de la población autóctona para evitar situaciones xenófobas. Acuerdos internacionales de homologación de titulaciones y cotizaciones a la Seguridad Social. Flexibilización de los requisitos para acceder de la formación ocupacional, así como la creación de programas específicos para la población inmigrante. Aplicación de recursos en el dispositivo de salud mental de la Comunidad de Madrid. Facilitar el acceso a casas de acogida, pisos tutelados, centros de estancia breve, con independencia de su situación legal. Favorecer el acceso a la vivienda protegida y la creación de espacios e iniciativas de participación intercultural.

Respecto de las Administraciones propone que haya una mayor coordinación en la concesión de subvenciones y ayudas.

Sesión celebrada el 19 de mayo de 2005

***Comparecencia C 42/05 RGEP 730**, del Sr. representante del Colegio de Abogados, grupo ALA, a petición de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y de Izquierda Unida, al objeto de informar sobre situación actual de la inmigración en Madrid. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea).*

Comparece, en representación del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, su Decano, el Sr. D. Luis Martí Mingarro.

Expone que los abogados se centran, en materia de inmigración, sobre los elementos de la dignidad de la persona y su protección jurídica. Con este objetivo y de manera pionera en España, se estableció en el Colegio de Abogados de Madrid el Aula de Inmigración, puesto que ya se pudieron observar en otros países europeos elementos de tensión y además la experiencia del Colegio, a través de la Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados, mostraba no sólo una carga enorme de tragedia sino también una vulneración continuada de los derechos de las personas. Esta preocupación jurídica

es el motivo de la anticipación del Colegio de Abogados de Madrid para el tratamiento de estos asuntos.

En 1994 ya existía un servicio de asistencia jurídica a la inmigración, en buena armonía con otras entidades, como ACNUR y Cruz Roja. Posteriormente, a través de las Leyes de Asistencia Jurídica Gratuita y Extranjería, se ha llegado a la prestación de servicios jurídicos de manera integral en este área de inmigración.

Existen más de 400 abogados que prestan este servicio mediante su inscripción en una lista del Colegio, para la cual se exige una experiencia de al menos cinco años de ejercicio profesional y un período de formación *ad hoc* absolutamente especializado. El sistema de turno de oficio tiene unos parámetros de autoexigencia que requieren especialización y disponibilidad.

Se establecen guardias para un número que oscila entre 14 y 22 abogados todos los días. Hay 21.000 asistencias al año.

El aeropuerto de Barajas, como uno de los principales lugares de entrada, dispone desde hace años de la presencia de abogados de Madrid; en principio sin cobertura normativa ni formal, y en la actualidad con una modesta sede y amplia cobertura orgánica. En virtud de las actividades realizadas recientemente, el Tribunal Supremo ha exigido que las decisiones de rechazo de fronteras han de ser motivadas y fundadas.

También la intervención del Colegio de Abogados de Madrid y la receptividad de los poderes públicos han hecho posible la mejora del centro de internamiento de extranjeros en Madrid asignando al menos los mismos parámetros de trato que en un centro penitenciario.

Expone que en el último decenio se ha producido un giro positivo en materia de asilo y refugio, con un abanico mucho más amplio de causalidad, con importantes reformas por Naciones Unidas, y ello implica una importante carga de trabajo para los abogados en Madrid, carga que puede debilitar el hasta ahora buen funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, en este caso los juzgados de lo contencioso-administrativo.

Cuantifica en 6 millones de euros el coste que supone para la Comunidad de Madrid la atención jurídica a la extranjería.

Como aspectos preocupantes plantea los siguientes:

Situaciones de exclusión en menores: señala que las detenciones son del 45 por ciento de extranjeros y del 55 por ciento de nacionales, pero los internamientos son del 70 por ciento de extranjeros y el 30 por ciento nacionales.

Población penitenciaria: explica que está atendida a través de los Servicios de Orientación Jurídica Penitenciaria y que existen convenios de cooperación con los Colegios de los países de origen.

En este ámbito de convenios con Colegios de otros países destaca el caso de Marruecos, respecto de lo que informa que se está traduciendo el Código de Familia Magrebí. Con Ecuador existe también un trato muy fluido, se han establecido servicios de colaboración y están funcionando y espera que progresen.

Considera que es importante que desde el mundo del Derecho no se contribuya a agudizar los riesgos que tiene la emigración y también conseguir que la opinión pública llegue a descubrir que el factor criminógeno no está en la inmigración, sino en la marginalidad que produce.

Plantea que los informes del Colegio de Abogados de Madrid están a disposición de la Comisión y que se hará un esfuerzo de que en dichos informes se recoja también el reflejo jurídico del último proceso de normalización.

Indica que las subvenciones que el Colegio percibe no cubre los traductores, lo que es una insuficiencia, pero que se ha mejorado sensiblemente.

En el caso de menores explica que el menor tiene el mismo abogado que le atiende en el centro de detención durante toda la vida de las medidas que se adopten para él. El abogado está a disposición del menor o de las crisis del menor con el centro de internamiento. Considera imprescindible realizar un esfuerzo en formadores, porque el coste político que implica la ausencia de represión penal debe ser compensado haciendo de verdad un esfuerzo formativo y que se dé al menor una segunda oportunidad que sea de verdad.

Explica que existe muy buena cooperación con las Universidades tanto públicas como privadas, con las escuelas de práctica jurídica, el Colegio hace que desde las Universidades se puedan impartir los cursos correspondientes a extranjería y asilo, pero piden que también participen abogados que cuenten cómo se hace, para que no sea sólo un profesor universitario el que cuente la diferencia jurídica entre asilo, refugio, expulsión y rechazo. También expone que el Colegio tiene el privilegio de que cuando llama a alguien para que dé una charla o conferencia siempre encuentra muy buena disposición.

III. CONCLUSIÓN

La propia naturaleza del trabajo y el propósito del mismo de tratar de exponer objetivamente el contenido de las comparecencias sin derivaciones políticas o ideológicas impiden el planteamiento de conclusiones que vayan más allá de la mera constatación de la existencia de problemas y de la necesidad de soluciones, siempre en el marco de una integración que ha de tener implicación y voluntad por todos los implicados: los muy diversos colectivos de inmigrantes y la población autóctona madrileña.

Aspectos polémicos de la deducción por empresa y por vivienda habitual en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

Sumario: I. LA DEDUCCIÓN POR EMPRESA Y POR VIVIENDA HABITUAL EN LA LEY 29/1987.—II. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS DE 23 DE MARZO DE 1999 Y EL CAMBIO DE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—III. ESPECIALIDADES NORMATIVAS DE LAS DISTINTAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA REDUCCIÓN POR EMPRESA FAMILIAR Y VIVIENDA HABITUAL EN EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES.—IV. CONTROVERSIAS CONCEPTUALES CON LA COMUNIDAD DE MADRID.

El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones fue objeto de una profunda reforma para adaptarlo al sistema tributario español, llevada a cabo por la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, que suprimió todas las peculiaridades que durante veinte años habían mantenido a este Impuesto como una figura al margen del resto del sistema tributario español, tanto en cuanto a los principios inspiradores del mismo, como a los aspectos concretos de liquidación, gestión e inspección de dicho sistema.

Posteriormente el Reglamento de este Impuesto, aprobado por Real Decreto 1.629/1991, de 8 de noviembre, desarrolló la Ley y culminó el proceso de integración y armonización, iniciado por la citada Ley, de manera que el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones quedaba plenamente incorporado, como una figura impositiva más, al sistema tributario español, completando el diseño de la imposición directa y cerrando el círculo de gravamen sobre la renta desde su generación (IRPF) hasta su transmisión al extinguirse la personalidad jurídica del sujeto pasivo (ISD).

★ Abogado, Inspector de Hacienda del Estado (excedente), Profesor de Derecho financiero, Universidad Carlos III.

Sin embargo, esta integración, aplaudida unánimemente por la doctrina desde que se produjo en 1988, ha ido dando paso a un paulatino proceso de desintegración normativa interna motivado fundamentalmente por el abandono de la potestad reglamentaria que corresponde al Gobierno de la nación y su sustitución por la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, especialmente a través de su famosa Resolución de 23 de marzo de 1999 y de sus contestaciones a consultas sobre aspectos importantes del Impuesto que, a veces, constituyen interpretaciones de la Ley que resultan difícilmente comprensibles desde un mínimo rigor jurídico si se ponen en relación con el mandato legal contenido en la norma que regula este Impuesto.

La atribución de competencias legislativas a las Comunidades Autónomas ha sido también un factor determinante de la desintegración del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones provocando no sólo diferencias abismales en la carga tributaria que origina este Impuesto al sujeto pasivo, sino también una proliferación de requisitos, a veces contradictorios, y de modelos de protección fiscal de elementos tan importantes como la vivienda habitual o la empresa familiar, lo que unido a las bonificaciones y deducciones propias de cada Comunidad, configuran una diversidad impositiva difícilmente entendible para el contribuyente y totalmente alejada de los principios inspiradores de la reforma iniciada por la Ley de 18 de diciembre de 1987.

Antes de entrar en el análisis concreto de los aspectos que acabamos de enunciar, es preciso recordar, con carácter preliminar, una cuestión de indudable trascendencia a la hora de comprender la incidencia real de estos problemas y que, además, sirve para desmitificar gran parte del componente político que algunos pretenden atribuir a las medidas tributarias que en este Impuesto adoptan las Comunidades Autónomas. En efecto, todo cuanto se ha dicho va dirigido a un destinatario final que es el sujeto pasivo obligado al pago del Impuesto y que en materia de sucesiones son los causahabientes y en donaciones, los donatarios. Sin embargo, los llamados «puntos de conexión» que atribuyen la competencia para la regulación, liquidación, inspección y recaudación del Impuesto a una determinada Comunidad Autónoma establecen que en materia de sucesiones dicha competencia corresponde a la Comunidad Autónoma donde radique la residencia habitual de causante; mientras que en donaciones la competencia se atribuye a la Comunidad Autónoma donde radique la residencia habitual de donatario, salvo que se trate de donaciones de inmuebles, en cuyo caso será competente la Comunidad Autónoma del lugar de situación del inmueble.

Esto se traduce en la práctica en que los beneficios fiscales, y el correspondiente esfuerzo presupuestario, establecidos por una Comunidad Autónoma no se van a traducir necesariamente en menor carga tributaria para los residentes en dicha Comunidad Autónoma, ya que puede ocurrir que el causante resida en la Comunidad Autónoma que establece los beneficios fiscales, pero los herederos o causahabientes tengan su residencia en otra Comunidad Autónoma diferente; o que el donatario resida en dicha Comunidad, pero el

inmueble donado se encuentre situado en otra que no haya establecido ningún beneficio fiscal a dicha donación.

Es decir, que además de la complejidad jurídica que implica esta proliferación de normas, no existe necesariamente relación directa, desde el punto de vista político, entre la normativa de la Comunidad Autónoma y el destinatario final de dicha normativa y se están produciendo movimientos migratorios hacia las Comunidades Autónomas que regulan este Impuesto con mayor generosidad con la finalidad de beneficiarse de unas ventajas fiscales, aun a costa de empadronamientos ficticios o de decisiones personales o familiares directamente relacionadas con la fiscalidad, y que dejan en desventaja a aquellas Comunidades Autónomas que no quieran entrar en la competencia normativa planteada en este Impuesto o que no sepan o no puedan ser competitivas frente a las otras Comunidades ofreciendo incentivos fiscales para fidelizar a sus contribuyentes.

Vamos a analizar a continuación, como aspecto concreto de esta problemática, la regulación de la deducción en la transmisión hereditaria de la vivienda habitual y de la empresa familiar; la incidencia de la Resolución de 23 de marzo de 1999 de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda y las diferencias esenciales en la normativa y en los requisitos de las distintas Comunidades Autónomas respecto de la citada deducción.

Finalmente, se analizarán algunas controversias conceptuales planteadas en este Impuesto en la Comunidad de Madrid, su adecuación al ordenamiento jurídico y las consecuencias y efectos prácticos que producen.

I. LA DEDUCCIÓN POR EMPRESA Y POR VIVIENDA HABITUAL EN LA LEY 29/1987

La Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones regula la deducción por empresa y por vivienda habitual en el Capítulo V referente a la base liquidable. Es decir, dentro de la liquidación individual de cada sujeto pasivo, una vez determinada la masa hereditaria neta cuya fijación constituye la parte común del procedimiento de liquidación del Impuesto.

La base liquidable es, según dispone la Ley General Tributaria, el resultado de practicar en la base imponible las reducciones previstas en la Ley de cada impuesto y en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones las reducciones son individuales y se incardinan dentro de un proceso de liquidación también individual para determinar la cuota tributaria que cada sujeto pasivo debe satisfacer, de modo que cada sujeto pasivo reducirá en función de su parentesco; su grado de minusvalía; su condición de beneficiario de una póliza de seguro o su adquisición total o parcial de la empresa o de la vivienda habitual del causante.

Este carácter individual de la deducción se recoge claramente en el artículo 20.2.c) de la Ley sobre el Impuesto de Sucesiones y Donaciones que textualmente establece:

«En los casos en los que en la base imponible de una adquisición “mortis causa” que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, o el valor de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con los apartados anteriores otra del 95 por 100 del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo».

En los supuestos del párrafo anterior, cuando no existan descendientes o adoptados, la reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes, y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos recogidos anteriormente. En todo caso, el cónyuge superviviente tendrá derecho a la reducción del 95 por 100.

Del mismo porcentaje de reducción, con el límite de 122.606,47 euros para cada sujeto pasivo y con el requisito de permanencia señalado anteriormente, gozarán las adquisiciones “mortis causa” de la vivienda habitual de la persona fallecida, siempre que los causahabientes sean cónyuge, ascendientes o descendientes de aquél, o bien pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento.»

Resulta evidente del precepto transcrito que estas reducciones se aplican individualmente, como las demás previstas en la norma, a aquellos causahabientes que, reuniendo los requisitos de parentesco exigidos, adquieran, mediante su inclusión en la base imponible de la herencia, en todo o en parte la empresa o la vivienda habitual del causante a la que se atribuye el beneficio fiscal, quedando obligados al mantenimiento de dicha adquisición durante el plazo de diez años fijado en la norma (que ha sido reducido a cinco años en varias Comunidades Autónomas, entre ellas la de Madrid).

El texto legal es de una gran coherencia, ya que asigna el beneficio fiscal al bien que trata de proteger (empresa familiar o vivienda habitual), lo atribuye al causahabiente que adquiere dicho bien protegido y le exige, a cambio del beneficio, la obligación de mantenerlo durante un determinado período de tiempo.

El beneficio fiscal consiste en reducir de la base imponible del causahabiente adjudicatario, el 95 por ciento del valor de la empresa (sin límite alguno) y de la vivienda habitual (con el límite de 122.606,47 euros o el que hubiera fijado cada Comunidad Autónoma).

Esta regulación perfectamente clara, precisa y coherente con la sistemática y estructura del Impuesto queda sin efectos prácticos, a pesar de su rango legal, como consecuencia de la Resolución de 23 de marzo de 1999 de la

Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, como se expone en el apartado siguiente.

II. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS DE 23 DE MARZO DE 1999 Y EL CAMBIO DE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, con una finalidad armonizadora de la aplicación efectuada por las distintas Comunidades Autónomas de las deducciones previstas en este Impuesto fijó los criterios que consideraba aplicables en su Resolución de 23 de marzo de 1999, publicada en el BOE de 10 de abril del mismo año.

Dejando al margen la cuestión referente a si la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda tiene jurídicamente competencia para «armonizar» las diferentes normativas y criterios de aplicación fijados por cada Comunidad Autónoma en este Impuesto que, no hay que olvidar, está totalmente cedido a las mismas, la mencionada Resolución introduce, al margen de la Ley, dos importantes novedades que distorsionan sustancialmente la aplicación de la reducción por empresa familiar y por vivienda habitual.

En primer lugar, dispone la aplicación lineal de esta deducción a todos los causahabientes que cumplan los requisitos de parentesco, con independencia de cuál sea el adjudicatario efectivo del bien que lleva aparejado el beneficio fiscal de la reducción, salvo que el testador haya asignado nominativamente dicho bien a uno o varios de sus causahabientes.

En segundo lugar, establece que el porcentaje de reducción no se aplique sobre el valor de la empresa familiar o de la vivienda habitual, sino sobre un valor fijado en función del porcentaje de deudas que figuren en la masa hereditaria.

Analicemos separadamente cada uno de estos supuestos:

a) Aplicación lineal de la deducción por empresa familiar y por vivienda habitual

La Resolución de 23 de marzo de 1999 dispone en su apartado III.1.1.b) textualmente lo siguiente:

«A efectos del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, artículo 27 de la Ley 29/1987, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan, se considerará como si se hubiesen hecho con estricta igualdad y con arreglo a las normas reguladoras de la sucesión.

Por lo tanto, la reducción beneficiará por igual a los causahabientes en la sucesión, en la medida en que cumplan todos los requisitos previstos en el artículo 20.2.c) anteriormente citado, con independencia de las adjudicaciones realizadas en la partición, y cada uno sobre la parte del valor del bien objeto de reducción, incluida en su correspondiente base imponible.

Todo ello sin perjuicio de aplicar la reducción a determinados causahabientes en los supuestos en los que le testador les haya asignado los bienes específicamente.»

Este criterio fijado por la Resolución de 23 de marzo de 1999 carece, dicho sea con todos los respetos, de fundamento jurídico y debe ser calificado como erróneo, tanto formal como materialmente, por los siguientes motivos.

- 1) Carece de cobertura legal, ya que no puede ampararse, como pretende, en el artículo 27 de la Ley 29/1987, que regula la participación en la herencia y los excesos de adjudicación y que textualmente establecen:

«Artículo 27. Participación y excesos de adjudicación

1. En las sucesiones por causa de muerte, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan, se considerará para los efectos del impuesto como si se hubiesen hecho con estricta igualdad y con arreglo a las normas reguladoras de la sucesión, estén o no los bienes sujetos al pago del impuesto por la condición del territorio o por cualquier otra causa y, en consecuencia, los aumentos que en la comprobación de valores resulten se prorratearán entre los distintos adquirentes o herederos.

2. Si los bienes en cuya comprobación resultare aumento de valores o a los que deba aplicarse la no sujeción fuesen atribuidos específicamente por el testador a persona determinada o adjudicados en concepto distintos del de herencia, los aumentos o disminuciones afectarán sólo al que adquiriera dichos bienes.

3. Se liquidarán excesos de adjudicación, según las normas establecidas en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados cuando existan diferencias, según el valor declarado, en las adjudicaciones efectuadas a los herederos o legatarios, en relación con el título hereditario; también se liquidarán los excesos de adjudicación cuando el valor comprobado de los adjudicados a uno de los herederos o legatarios exceda del 50 por 100 del valor que le correspondería en virtud de su título, salvo en el supuesto de que los valores declarados sean iguales o superiores a los que resultarían de la aplicación de las reglas del Impuesto sobre el Patrimonio Neto.»

Resulta evidente, y así resulta de la simple lectura del precepto citado, que dicho artículo no se refiere a la aplicación de las reducciones, sino a las particiones que originen excesos de adjudicación, estableciendo que dichas particiones se considerarán hechas *«con estricta igualdad y con arreglo a las normas reguladoras de la sucesión»*, determinando a quien se imputaran los excesos de adjudicación y como y por qué impuesto tributarán dichos excesos.

No puede ampararse en este artículo la Dirección General de Tributos para justificar la introducción de un reparto lineal de unas reducciones que no aparece previsto en ningún artículo de la Ley reguladora del Impuesto y que establece una diferente aplicación del conjunto de las reducciones establecidas, fijando a través de una simple Resolución, aunque esté publicada en el BOE, un criterio contrario a la Ley o, cuanto menos, no previsto en ella.

- 2) Rompe con el principio básico, establecido por la Ley General Tributaria y mantenido por la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de que las bases imponibles y liquidables son individuales y, por tanto, las reducciones que corresponda hacer en las primeras para determinar las segundas tienen que ser también individuales, sin que procedan aplicaciones lineales que no correspondan con los bienes que integran dichas bases.
- 3) Desconoce que la aplicación de estas reducciones constituyen una excepción al régimen general de irrelevancia de la partición en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ya que la partición, de conformidad con el artículo 1.068 del Código Civil, concreta la titularidad *mortis causa* de la adquisición y determina que fiscalmente estas reducciones se apliquen sobre la porción individual neta que constituye la base imponible de cada sujeto pasivo y en función del porcentaje del bien adquirido al que se refiere la reducción, ya que ésta es inherente al bien que se trata de proteger fiscalmente y se debe aplicar únicamente en la base imponible en la que se integre dicho bien.
- 4) Produce efectos perversos en la práctica, derivados de su falta de coherencia con la norma, ya que al establecerse determinados requisitos y obligaciones para tener derecho a la reducción, como, por ejemplo, el mantenimiento de lo adquirido durante diez años (cinco años en algunas Comunidades Autónomas), se produce la injusta situación de que el adquirente del bien tiene que cumplir esos requisitos y, sin embargo, ve mermada la cuantía de su reducción fiscal al tener que compartirla con los restantes causahabientes que sólo tienen que cumplir el requisito del parentesco exigido.
- 5) Origina, como consecuencia de la injusta atribución de una reducción fiscal a quien no tiene derecho a ella, una paradójica compensación, que podríamos denominar «chantaje fiscal», ya que el adquirente del bien que ha visto mermada su reducción al repartirla con los demás causahabientes, por imperativo de la Resolución de 23 de marzo de 1999, se va a encontrar durante todo el tiempo que debe mantener lo adquirido con la posibilidad de incumplir unilateralmente dicho requisito, lo que determinaría que todos los que se beneficiaron de la reducción tengan que regularizar su situación tributaria con abono, cuanto menos, de los intereses de demora, por lo que bastaría que el adquirente recibiera una oferta de compra que cubriera sus expectativas de lucro más el coste fiscal de su incumplimiento para que todos los demás estuvieran en serio peligro de tener que devolver con intereses el beneficio fiscal que tan injustamente recibieron.

Para ilustrar más la incoherencia y falta de lógica de esta regulación hay que tener en cuenta que si algún causahabiente, de los que no reciben el bien en la partición, por miedo al «chantaje fiscal» que hemos mencionado, decidiera no aplicar en su base imponible la par-

te de reducción lineal que le atribuye la Resolución, esta parte no aplicada se perdería, ya que no podría aplicarla tampoco ninguno de los restantes causahabientes.

b) Porcentaje de reducción aplicado en función del porcentaje de deudas que figuren en la masa hereditaria

La Resolución de 23 de marzo de 1999 dispone en su apartado III.1.1.c) textualmente lo siguiente:

«La reducción del 95 por 100 opera sobre la parte del valor del bien en cuestión incluida en la base imponible del sujeto pasivo, siendo el valor incluido en la base imponible el valor neto que se define en el artículo 9 de la Ley. Dicho valor debe entenderse neto de cargas o gravámenes (art. 12), así como de deudas y gastos que tengan la consideración de deducibles (arts. 13 y 14).

De acuerdo con lo anteriormente dicho, del valor real (comprobado) del bien en cuestión se deducirán las cargas o gravámenes que figuren directamente establecidos sobre el mismo y disminuyan realmente su capital o valor, como los censos y las pensiones, así como la proporción correspondiente de deudas y gastos generales que integren el caudal relicto y que tengan la consideración de deducibles conforme a los artículos anteriormente citados. Dicho de otra forma, se reduce sobre el mismo valor del bien que ha integrado la base imponible.»

De conformidad con el texto transcrito la aplicación de la reducción por empresa familiar o por vivienda habitual no se va a hacer aplicando el 95 por ciento al valor de dicha empresa o vivienda incluida en la base imponible del adquirente, según dispone la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en su artículo 20.2, sino que la cuantía de dicha reducción va a ser minorada en la proporción que representen las deudas computadas para determinar la masa hereditaria neta, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\frac{\text{Masa hereditaria Neta}}{\text{Masa hereditaria Bruta}} = \frac{\mathbf{X}}{\text{Valor del bien atribuido al causahabiente, sobre el que se pretende deducir}}$$

Siendo **X** el valor neto sobre el que se aplicará el 95 por ciento de reducción.

El criterio fijado por la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda en esta resolución vuelve a incurrir en una extralimitación legal, inadmisibles jurídicamente y que ni siquiera, a diferencia de lo mencionado respecto del reparto lineal de las reducciones, pretende justificar ni dotar de cobertura en el articulado de la Ley del Impuesto, la cual sólo hace referencia a las deudas para determinar la masa hereditaria neta que va a ser objeto de reparto entre los llamados a la sucesión, en lo que podríamos denominar «parte común» del procedimiento de liquidación del Impuesto, pero

una vez determinada ésta, y entrando en la determinación individual de las bases de cada causahabiente, no hace mención alguna de que las reducciones que pudieran corresponderles puedan ser minoradas en función de las deudas y gastos generales que hayan sido tenidos en cuenta para determinar el caudal relicto.

Es de destacar que la citada Resolución no se refiere sólo a las cargas directamente constituidas sobre el bien al que se aplica la reducción y que minoran su valor real, sino que también incluye, a la hora de minorar la reducción las deudas y gastos deducibles generales que para nada afectan al valor de dicho bien, con la injusta consecuencia de que en la misma proporción que representen dichas deudas y gastos generales respecto de la masa hereditaria bruta, se reducirá el valor del bien sobre el que se va a aplicar el porcentaje de reducción, aunque, como se ha indicado y resulta evidente dichas deudas y gastos generales no tengan nada que ver con la empresa familiar o con la vivienda habitual y tampoco afecten al valor real de los mismos.

Hay que tener en cuenta, además, que el artículo 20.2 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se refiere al valor de la empresa familiar o de la vivienda habitual, entendiéndose, de conformidad con el artículo 9 de la misma Ley que el valor de dichos bienes debe ser su valor real y no el valor neto de la adquisición individual de cada sujeto pasivo que se determina globalmente por el conjunto de bienes y derechos minorado por las deudas y gastos deducibles y que constituye su base imponible particular.

El problema no es, como ocurre en el caso del apartado anterior, que el criterio que pretende introducir la Dirección General de Tributos a través de esta Resolución no tenga su cierto grado de lógica y de coherencia con un principio de aplicación ponderada de los beneficios fiscales. El problema está en que dicho criterio de ponderación no se recoge en la Ley del Impuesto por lo que se viola el principio de reserva de Ley, establecido como garantía de los contribuyentes, al fijar un elemento esencial del tributo, como son las reducciones, por medio de una simple Resolución, en unos términos contrarios a la Ley específica que regula el Impuesto y con un resultado restrictivo de los derechos de los contribuyentes, a los cuales se les minora, ilegalmente, la cuantía de una reducción careciendo de la mínima cobertura jurídica para ello.

Como conclusión de cuanto se ha dicho sobre el contenido de la Resolución de 23 de marzo de 1999 de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda hay que decir que, a pesar de que haya sido publicada en el Boletín Oficial del Estado, se trata de una simple resolución de una Dirección General que ocupa en la escala de jerarquía normativa el último puesto por importancia y por fuerza jurídica, por lo que resulta inadmisibles que pueda modificar, ni de hecho, ni por supuesto de derecho, lo dispuesto en otra norma con rango de Ley que no ha sido derogada y se encuentra plenamente vigente en la materia que estamos analizando.

En consecuencia, las reducciones por empresa familiar y por vivienda habitual deberían ser aplicadas, de conformidad con la Ley reguladora del Impuesto, únicamente por los causahabientes que resultaran adjudicatarios de dichos bienes en la partición y que reunieran los requisitos de parentesco y

cumplieran las obligaciones previstas en dicha Ley. Estos causahabientes deberían tener derecho a aplicar la reducción con la amplitud y en los términos que establece la Ley del Impuesto sin tener que soportar minoraciones del beneficio fiscal derivadas de la utilización de criterios, como el porcentaje de deudas y gastos generales, que carecen de cobertura legal y resultan, por tanto, antijurídicos.

Hay que reconocer, sin embargo, que no toda la culpa de esta situación es atribuible a la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, a la cual sólo le corresponde el tanto de culpa derivado de la autoría de dicha Resolución y la responsabilidad del contenido de la misma. Un porcentaje elevado de culpa corresponde a las Comunidades Autónomas responsables de la aplicación y liquidación del Impuesto, ya que, sin estar legalmente obligadas a acatar y aplicar dicha Resolución, han preferido aceptar su contenido por considerarlo beneficioso para sus intereses recaudatorios y no tener que asumir la co-responsabilidad de las consecuencias que produce en perjuicio del sujeto pasivo al ampararse en la inocencia que determina no ser el autor de tan desafortunada Resolución.

Por su parte, el **Tribunal Supremo** añadió un nuevo elemento de distorsión en esta materia a través de su Sentencia de 28 de julio de 2001 en la que al analizar la aplicación de un beneficio fiscal (bonos exentos) correspondiente a un bien de carácter ganancial estableció la doctrina de que dicho beneficio fiscal no era inherente al bien, en el sentido de que se aplicara íntegramente en la liquidación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones si dicho bien se incluía íntegramente en la masa hereditaria, sino que, por el contrario, consideró que, con independencia de la disolución de la sociedad legal de gananciales producida con ocasión del fallecimiento, que supone que el 50 por ciento del valor de los bienes se atribuyan al cónyuge superviviente y el otro 50 por ciento de dicho valor constituya el caudal relicto del fallecido, y de la adjudicación concreta de los bienes que correspondan a cada una de dichas mitades, el beneficio fiscal debía también repartirse al 50 por ciento, configurándose así como un beneficio ganancial independiente y separado del destino final del bien al cual se refería.

El planteamiento jurídico de esta Sentencia fue objeto de fuertes críticas doctrinales, ya que prescindía de la consideración civil de la sociedad legal de gananciales como una comunidad germánica o por cuotas en la que, al disolverse, se producía una especificación de derechos que determinaba la asignación de la mitad del valor de dicha comunidad a cada uno de los cónyuges o, en caso de fallecimiento, al cónyuge superviviente y a la masa hereditaria del fallecido. La disolución de la sociedad legal de gananciales culminaba con la adjudicación de bienes concretos a cada una de las partes en cuantía equivalente al valor que le correspondía, respetando en todo caso la paridad inicial. Es decir, la disolución de la sociedad legal de gananciales no implica que cada parte sea dueña de la mitad de todos y cada uno de los bienes que integran dicha comunidad germánica, sino de la mitad del valor global de la misma, pudiendo recibir íntegramente determinados bienes siempre que no se superase el valor total asignado a dicha parte.

La doctrina civilista tenía su reflejo en el ámbito tributario considerándose que los beneficios fiscales de carácter objetivo, es decir, aquellos que se aplican en consideración a un bien que se estima digno de especial protección, eran inherentes a dicho bien de forma que se aplicaban en función del destino de éste y siempre y cuando se cumplieran todos los requisitos exigidos por la norma tributaria, lo que determinaba que si la totalidad de un bien que tenía atribuido un beneficio fiscal (exención o reducción) formaba parte de la masa hereditaria, una vez disuelta la sociedad legal de gananciales, el beneficio fiscal que le correspondía debía aplicarse sobre la totalidad del valor de dicho bien y no sobre el 50 por ciento de dicho valor como sostenía la Sentencia de 28 de julio de 2001 del Tribunal Supremo. En definitiva, el bien podría ser ganancial, pero el beneficio fiscal no lo era, sino que seguía a dicho bien y acababa aplicándose o no en función del destino final del mismo una vez disuelta la sociedad legal de gananciales.

Así se establecía incluso en la Resolución de 23 de marzo de 1999 de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, que, en su apartado III.1.1.a), dispone:

«Tras la disolución del régimen económico matrimonial, la reducción deberá calcularse sobre el valor de los bienes que se encuentren incluidos en el caudal relicto del causante. Si, como consecuencia de la disolución del régimen económico de gananciales se atribuye al causante la mitad de la vivienda habitual sólo se aplicará la reducción sobre dicha mitad. Si, por el contrario, se atribuye a aquél la totalidad de la vivienda habitual, la reducción operará sobre el valor total de la misma.»

La Sentencia de 28 de julio de 2001 ponía de manifiesto claramente su errónea calificación jurídica, ya que, en la práctica, determinaba que, si el bien al que se refería el beneficio fiscal se atribuía íntegramente al caudal relicto pero sólo podía aplicarse la mitad de beneficio fiscal por ser ganancial, la otra mitad de dicho beneficio fiscal se perdía irremediabilmente ya que, cuando se produjera el fallecimiento del cónyuge supérstite no habría en su masa hereditaria ningún bien al que pudiera aplicarse la otra mitad del beneficio fiscal no tenida en cuenta en la primera sucesión.

Como rectificar es de sabios y a los miembros del Tribunal Supremo se les debe presumir esta condición, al menos en el ámbito jurídico, la Sentencia de 28 de julio de 2001 fue rectificada mediante recurso de casación en interés de ley estimado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004 que contiene la nueva doctrina de dicho Tribunal en esta materia y que podemos resumir de la siguiente forma:

- La adjudicación al cónyuge supérstite de los bienes que le correspondan en la liquidación de la sociedad legal de gananciales resulta ajena al hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y carece de trascendencia tributaria en dicho impuesto.
- Las reducciones objetivas en la base imponible, es decir, aquellas que están en función de los bienes objeto de adquisición *mortis causa*, se

aplican sobre el valor total de los indicados bienes que se hayan incluido, en el caudal relicto, una vez disuelta la sociedad legal de gananciales, sin que proceda su prorrateo por mitad.

Afortunadamente esta rectificación, contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004, ha evitado una radical e injusta limitación de los beneficios fiscales establecidos en la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones cuando los bienes integrantes de caudal relicto habían tenido la consideración de gananciales en vida del causante, y ha permitido respetar la autonomía de la voluntad, reconocida en nuestro Derecho civil, a la hora de repartir los bienes gananciales entre el cónyuge superviviente y la masa hereditaria del causante sin que el ejercicio de dicha autonomía, concretada en la libertad de reparto respetando las dos mitades, pudiera llevar aparejado el «castigo» de la pérdida de la mitad de los beneficios fiscales establecidos por la Ley a favor de los causahabientes adjudicatarios de los bienes fiscalmente protegidos.

III. ESPECIALIDADES NORMATIVAS DE LAS DISTINTAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA REDUCCIÓN POR EMPRESA FAMILIAR Y VIVIENDA HABITUAL EN EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

La Ley 21/2001, de 27 de diciembre, reguladora del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común atribuye capacidad normativa a estas Comunidades en materias tan importantes como las reducciones de la base imponible; la tarifa; las cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente; las deducciones y bonificaciones de la cuota y la gestión y liquidación del Impuesto. El ejercicio de esta capacidad normativa por parte de las distintas Comunidades Autónomas determina la existencia de diferentes requisitos y planteamientos en orden a la aplicación de las reducciones por empresa familiar y vivienda habitual en cada territorio autonómico.

Con carácter previo hay que recordar que la citada Ley 21/2001, de 27 de diciembre, con la finalidad de corregir las deficiencias técnicas que se habían puesto de manifiesto durante la vigencia de la Ley 14/1996 y para mejorar las reglas de coordinación entre la normativa estatal y la autonómica, clasifica las reducciones que pueden establecer las Comunidades Autónomas en dos grandes grupos:

- 1) Reducciones análogas o de mejora a las del Estado: son aquellas que recaen sobre los mismos conceptos regulados en el artículo 20 de la Ley estatal. Las Comunidades Autónomas pueden ampliar el importe de la reducción; los sujetos pasivos que pueden acogerse a la misma o disminuir los requisitos exigidos para su aplicación, pero lo que no pueden hacer es minorar el importe fijado en la norma estatal ni establecer requisitos adicionales, ya que las deducciones estatales tie-

nen el carácter de mínimo. Específicamente se establece que las regulaciones que hagan las Comunidades Autónomas, cumpliendo los límites anteriormente mencionados, excluye la aplicación de la normativa estatal.

- 2) Reducciones propias o específicas de las Comunidades Autónomas: son aquellas que recaen sobre presupuestos de hecho no regulados en la normativa estatal y se aplican, para determinar la base liquidable, con posterioridad a las reducciones estatales y a las que hemos denominado reducciones análogas autonómicas. El único límite establecido es que en ningún caso pueden suponer restricción directa o indirecta sobre las reducciones establecidas con el carácter de mínimo por la normativa estatal.

La Ley 21/2001 exige que las Comunidades Autónomas al regular las reducciones del Impuesto especifiquen la naturaleza de las mismas, indicando si es análoga o de mejora de una reducción estatal o tienen el carácter de propia o específica.

Teniendo en cuenta este marco jurídico la regulación fiscal de las reducciones referentes a la empresa familiar y a la vivienda habitual, además de las que se han mencionado de carácter estatal, es la siguiente en las Comunidades Autónomas de régimen común.

Andalucía

- Se equipara con el cónyuge a las personas unidas de hecho e inscritas en el Registro de uniones o parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- *Vivienda habitual*: El porcentaje de reducción en la adquisición *mortis causa* de la vivienda habitual del causante se amplía hasta el 99,99 por ciento, manteniendo los demás requisitos y límites fijados en la normativa estatal. Desde el 1 de enero de 2007 el plazo de permanencia se reduce de diez a cinco años.
- *Empresa familiar*: El porcentaje de reducción para las adquisiciones *mortis causa* de empresas familiares, en los términos previstos en la normativa estatal, se eleva al 99 por ciento, pero se configura como una reducción propia, incompatible con la estatal, exigiéndose que la empresa adquirida tenga su domicilio fiscal o social en Andalucía. Desde el 1 de enero de 2007 el plazo de permanencia se reduce de diez a cinco años, pero se exige el mantenimiento del domicilio social o fiscal de la empresa adquirida en Andalucía durante los citados cinco años.

Aragón

- *Vivienda habitual*: No existe regulación propia de la Comunidad Autónoma aplicándose la reducción estatal en todos los términos.

- *Empresa familiar*: Se configura la reducción como análoga a la del Estado manteniéndose la cuantía de la reducción en el 95 por ciento del valor neto y el plazo de permanencia exigido en diez años. Se exige que la empresa esté exenta en el Impuesto sobre el Patrimonio en alguno de los dos años naturales anteriores al fallecimiento, no necesariamente en el último como exige la normativa estatal. También se admite expresamente la aportación de la empresa adquirida a una sociedad siempre que las participaciones recibidas a cambio cumplan los requisitos para estar exentas en el Impuesto de Patrimonio. Se condiciona la reducción para las participaciones en entidades del grupo familiar, para las operaciones de fusión, escisión, canje de valores, aportación no dineraria o similares a que la actividad económica de la empresa, su dirección y control estén radicados en Aragón.

Asturias

- Se equipara con el cónyuge a la pareja estable definida en la Ley 4/2002 del Principado de Asturias.
- *Vivienda habitual*: Manteniendo los requisitos y límites del Estado se mejoran los porcentajes de reducción en los siguientes términos

Valor real del inmueble en euros	Porcentaje de reducción
Hasta 60.000.....	99
De 60.000,01 a 90.000.....	98
De 90.000,01 a 120.000.....	97
De 120.000,01 a 180.000.....	96
Más de 180.000.....	95

- *Empresa familiar*: El porcentaje de la reducción se eleva al 99 por ciento del valor de la empresa familiar siempre que no exceda dicho valor de 3 millones de euros. Se configura como una reducción análoga a la del Estado pero incompatible con la reducción estatal, de modo que la opción por la reducción autonómica, en caso de incumplimiento de los requisitos exigidos, no permite la aplicación subsidiaria de la reducción estatal. El período de permanencia o mantenimiento se fija en diez años, pero se exige que durante ese período el domicilio de la entidad siga estando en el Principado de Asturias.

Baleares

- Tienen la equiparación de cónyuge a todos los efectos del Impuesto, los miembros de las parejas estables reguladas en la Ley 18/2001, siempre que ambos convivientes cumplan todos los requisitos y formalidades previstas en dicha Ley y estén inscritos en el Registro de parejas estables de las Islas Baleares.

- *Vivienda habitual*: El porcentaje de reducción se eleva al 100 por ciento del valor de la vivienda habitual del causante y el plazo de permanencia se reduce a cinco años. Pueden acogerse a esta reducción los colaterales que hayan convivido con el causante durante los dos años anteriores a la defunción cualquiera que sea su grado y sin necesidad de que sean mayores de sesenta y cinco años. La reducción se aplicará a cada causa-habiente en la parte proporcional al valor de la vivienda habitual que se integre en su base imponible y también podrá aplicarse al usufructuario, aplicándose al valor del usufructo sobre la vivienda habitual.
- *Empresa familiar*: Se reduce el plazo de permanencia de diez a cinco años, aplicándose en todo lo demás la normativa estatal. Se establece una reducción específica del 95 por ciento para la adquisición *mortis causa* de participaciones en entidades cuyo activo esté constituido por terrenos donde como mínimo un 33 por ciento de la extensión esté situado en suelo rústico protegido, de interés agrario o espacio de relevancia ambiental. Esta reducción específica no está sujeta a requisito de permanencia.

Canarias

- *Vivienda habitual*: Se amplía el porcentaje de la reducción al 99 por ciento del valor de la vivienda habitual pero sólo cuando el sujeto pasivo sea descendiente o adoptado del causante menor de edad y la vivienda radique en Canarias. El plazo de permanencia exigido es de diez años y resultan de aplicación los restantes requisitos y límites exigidos por la normativa estatal.
- *Empresa familiar*: El porcentaje de reducción se eleva al 99 por ciento del valor neto de la empresa siempre que no exceda dicho valor de 3 millones de euros o, tratándose de un negocio profesional, de 1 millón de euros. Se exige que la empresa esté exenta en el Impuesto de Patrimonio en alguno de los dos años naturales anteriores al fallecimiento, no necesariamente en el último como exige la normativa estatal. El período de permanencia se fija en diez años, exigiéndose que la actividad económica, la dirección y el control de la empresa radiquen en Canarias en el momento del fallecimiento y se mantengan en dicho territorio durante el plazo de permanencia exigido. Se configura como una reducción de mejora a la del Estado de manera que si se cumplen los requisitos autonómicos la reducción es del 99 por ciento y en caso contrario se aplica la reducción estatal del 95 por ciento con sus propios requisitos.

Cantabria

- *Vivienda habitual*: El porcentaje de la reducción se eleva al 98 por ciento del valor de la vivienda habitual y el plazo de mantenimiento se reduce a los tres años siguientes al fallecimiento.

- *Empresa familiar*. El porcentaje de la reducción se eleva al 98 por ciento del valor y el plazo de permanencia, desde el 1 de enero de 2005, es de cinco años.

Castilla-La Mancha

- *Vivienda habitual*: No hay normativa autonómica sobre esta reducción aplicándose la normativa estatal sobre la misma.
- *Empresa familiar*. Se establece una reducción adicional a la estatal, desde el 1 de enero de 2006 del 4 por ciento, lo que supone que la reducción alcanza en 99 por ciento del valor de la empresa. Desde el 1 de enero de 2007 se excluyen esta reducción las participaciones en entidades que coticen en mercados organizados. El período de permanencia se reduce a cinco años siempre que se tenga derecho durante este tiempo a la exención en el Impuesto de Patrimonio, exigiéndose que el domicilio fiscal de la empresa del causante estuviera en Castilla-La Mancha en la fecha del fallecimiento y se mantenga en dicho territorio durante los cinco años posteriores al mismo. No se considera incumplimiento del deber de permanencia la transmisión de bienes o derechos y su reinversión en otros de análoga naturaleza y destino empresarial siempre que estén ubicados y conserven el domicilio fiscal durante los cinco años de permanencia en Castilla-La Mancha. Se exige que el adquirente tenga derecho a la exención en el Impuesto de Patrimonio y se configura como una reducción adicional y compatible con la reducción estatal. Adicionalmente se establece una reducción propia aplicable a las transmisiones lucrativas de explotaciones agrarias de carácter singular con efectos desde 1 de enero de 2006, siempre que estén ubicadas en Castilla-La Mancha y los adquirentes tengan su domicilio fiscal en dicho territorio y se mantenga el domicilio, la propiedad y la condición de explotación singular durante los cinco años siguientes al devengo. La cuantía de esta reducción es del 100 por ciento del valor de la explotación y sólo pueden beneficiarse de la misma el cónyuge o los hijos del causante o donante.

Castilla y León

- Se equipara a cónyuges, a los efectos de la aplicación de los beneficios fiscales en las adquisiciones *mortis causa*, a los miembros de las uniones de hecho que hayan tenido convivencia estable de pareja durante al menos dos años anteriores a la muerte del causante y cuya unión se haya inscrito en el Registro de Uniones de Hecho de Castilla y León.
- *Vivienda habitual*: No hay normativa autonómica sobre esta reducción aplicándose la normativa estatal sobre la misma.
- *Empresa familiar*. El porcentaje de la reducción se eleva hasta el 99 por ciento del valor de la empresa. Cuando el negocio es individual se

establece como requisito que los ingresos del causante procedentes de la actividad supongan al menos el 50 por ciento de la suma de sus rendimientos de actividades económicas y del trabajo personal, no de la totalidad de las rentas como establece la normativa estatal. El plazo de mantenimiento se fija en diez años pero no se entiende incumplido en caso de transmisión a favor del cualquiera del grupo de herederos que hubieran podido gozar de la reducción, quedando el nuevo adquirente obligado a mantener la adquisición durante el resto de tiempo que falte para cumplir el plazo exigido de diez años. Se configura como una reducción propia para empresas situadas en Castilla y León. Cuando se trate de la adquisición *mortis causa* de participaciones en entidades cuyo domicilio fiscal se encuentre en Castilla y León, el plazo de permanencia, desde el 1 de enero de 2004 se reduce a cinco años, y si se produjera la transmisión al grupo de herederos que hubieran podido gozar de esta reducción, el plazo de permanencia se fija en siete años desde el fallecimiento del causante.

Cataluña

- Las Uniones Estables de Pareja están asimiladas a la situación de cónyuge a los efectos de este Impuesto siempre que se acredite la existencia de esta unión mediante escritura pública de formalización de la convivencia o acta de notoriedad.
- *Vivienda habitual*: La cuantía de la reducción se eleva al 98 por ciento del valor de la vivienda con el límite de 125.060 euros por cada sujeto pasivo. El período de permanencia se reduce a cinco años y se configura esta reducción como análoga a la estatal y, por tanto, incompatible con ésta.
- *Empresa familiar*: El porcentaje de reducción es idéntico al del Estado, 95 por ciento del valor de los elementos patrimoniales afectos o de las participaciones en la entidad. El período de permanencia se reduce a cinco años exigiéndose durante este tiempo el mantenimiento de la misma actividad, de la titularidad y de la afectación de los mismos bienes o sus subrogados con un valor equivalente. Se configura como una reducción análoga a la del Estado y, por lo tanto, incompatible con ésta.

Extremadura

- Se equiparán a los cónyuges, a todos los efectos del Impuesto, a los miembros de parejas de hecho inscritas en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- *Vivienda habitual*: Desde el 1 de enero de 2006, manteniendo los requisitos y límites del Estado se mejoran los porcentajes de reducción en los siguientes términos.

Valor real del inmueble en euros	Porcentaje de reducción
Hasta 72.000.....	100
De 72.000,01 a 90.000.....	99
De 90.000,01 a 120.000.....	98
De 120.000,01 a 150.000.....	97
De 150.000,01 a 180.000.....	96
Más de 180.000.....	95

Se establece, además, una reducción propia, desde el 1 de enero de 2003 para la adquisición *mortis causa* de la vivienda habitual del causante situada en Extremadura y acogida a modalidades de protección pública, siempre que mantengan esta calificación a la fecha del fallecimiento. El porcentaje de reducción es del 100 por ciento del valor de la vivienda. Se requiere que el adquirente sea cónyuge, conviviente de hecho acreditado, ascendiente o descendiente y que hubiera convivido con el causante en el año anterior a la muerte del mismo y que la vivienda adquirida constituya la residencia habitual del adquirente en los cinco años siguientes al fallecimiento, que constituye el período de mantenimiento exigido por la norma. Esta reducción es incompatible con la reducción estatal, de manera que los sujetos pasivos deben optar por una u otra.

- *Empresa familiar*: Desde el 1 de enero de 2006, el porcentaje de reducción se eleva al 100 por ciento siempre que el ejercicio de la actividad radique en Extremadura y durante el período de mantenimiento, fijado en diez años, el domicilio fiscal y social de la empresa o negocio individual se mantenga en Extremadura. En el caso de adquisiciones *mortis causa* de participaciones en entidades se exige que la adquisición alcance al menos el 50 por ciento del capital social, ya sea computado individualmente o de forma conjunta con el cónyuge del sujeto pasivo, descendientes, ascendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado por consanguinidad y que la entidad no cotice en mercados organizados. La reducción sólo se aplica al adquirente al que se adjudique la empresa o negocio y se configura esta reducción con el carácter de propia e incompatible con la estatal.

Galicia

- *Vivienda habitual*: No hay normativa autonómica sobre esta reducción aplicándose la normativa estatal sobre la misma.
- *Empresa familiar*: El porcentaje de reducción se eleva al 99 por ciento del valor de la empresa, siempre que esté radicada en Galicia y la entidad tenga su domicilio fiscal en dicho territorio. El período de permanencia se reduce a cinco años debiendo, durante dicho período, tener derecho el adquirente a la exención en el Impuesto de Patrimonio y mantener el centro de gestión de la empresa y el domicilio fis-

cal en Galicia. Cuando se trate de la adquisición *mortis causa* de participaciones en entidades, para tener derecho a la reducción, se exige que éstas tengan la consideración de empresas de reducida dimensión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Esta reducción se configura como propia e incompatible con la reducción estatal. Adicionalmente se establecen unas reducciones propias para la transmisión *mortis causa* de una explotación agraria ubicada en Galicia cuando en la fecha del deceso el causante o el adquirente tuviese la condición de agricultor profesional. El porcentaje de reducción es del 99 por ciento del valor y el plazo de mantenimiento es de cinco años desde el fallecimiento, pero la diferencia fundamental con la anterior es que estas deducciones para explotaciones agrarias no requieren estar exentas en el Impuesto de Patrimonio del causante para dar derecho a la reducción. Estas reducciones son incompatibles con las estatales o autonómicas referidas a la empresa familiar.

Madrid

- Se asimilan a cónyuges los miembros de uniones de hecho que cumplan los requisitos establecidos en la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.
- *Vivienda habitual*: El porcentaje de reducción se fija en el 95 por ciento del valor de la vivienda con el límite, desde el 1 de enero de 2007, de 123.000 euros por cada sujeto pasivo. El período de permanencia, desde el 1 de enero de 2005, se reduce de diez a cinco años, si bien este período más corto no es aplicable a las reducciones de vivienda habitual disfrutadas al amparo de la normativa estatal.
- *Empresa familiar*: El porcentaje de reducción se fija en el 95 por ciento del valor y el plazo de permanencia, desde el 1 de enero de 2005, se reduce de diez a cinco años.

Murcia

- *Vivienda habitual*: No hay normativa autonómica sobre esta reducción aplicándose la normativa estatal sobre la misma.
- *Empresa familiar*: Si el negocio es individual, el porcentaje de reducción se fija en el 99 por ciento del valor del mismo, siempre que esté situado en Murcia y que su cifra de negocios, desde el 1 de enero de 2007, sea inferior a 6 millones de euros para empresas individuales y a 2,5 millones de euros para negocios profesionales. No se exige ningún requisito de parentesco al adquirente. El período de permanencia se fija en cinco años, admitiéndose expresamente la transmisión de bienes y derechos siempre que se reinviertan en otros de análoga naturaleza y destino empresarial, así como la realización de actos de disposición que no den lugar a una minoración sustancial del valor de

adquisición y que se mantenga el domicilio social y fiscal en Murcia. En el caso de adquisición *mortis causa* de participaciones en entidades cuyo domicilio fiscal y social se encuentre en Murcia, el porcentaje de reducción se fija en el 99 por ciento del valor de las mismas, siempre que la entidad sea de reducida dimensión para lo cual el importe neto de cifra de negocios de la misma debe ser inferior, desde el 1 de enero de 2007, a 6 millones de euros y la participación individual del causante, desde el 1 de enero de 2006, debe ser al menos del 10 por ciento, si bien se permite aplicar la reducción cuando posea el 20 por ciento conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes, o colaterales hasta el tercer grado por consanguinidad, afinidad o adopción. Tampoco se requiere ningún requisito de parentesco al adquirente. El plazo de permanencia se fija en cinco años, permitiéndose los supuestos de reinversión o la realización de actos de disposición en los mismos términos y con los mismos requisitos que para el negocio individual.

Estas reducciones se configuran como específicas o propias y, por tanto, incompatibles con la estatal, especificándose expresamente que la reducción se aplicará exclusivamente a los adjudicatarios en la partición, sin que proceda prorrateo entre los sucesores universales o herederos.

La Rioja

- *Vivienda habitual*: Se mantiene el porcentaje, los límites y requisitos establecidos en la normativa estatal, con la única diferencia de que, desde el 1 de enero de 2005, el plazo de permanencia se reduce a cinco años, y además, con efectos retroactivos, de tal forma que las viviendas a las que se haya aplicado la reducción, adquiridas *mortis causa* con anterioridad al 1 de enero de 2001 son transmisibles de manera inmediata sin que pierdan por ello la reducción aplicada y sin que proceda por este concepto liquidación alguna.
- *Empresa familiar*: El porcentaje de reducción se eleva al 99 por ciento del valor de la empresa o negocio siempre que este situado en La Rioja. Se incluye como adquirente que puede beneficiarse de esta reducción a la pareja de hecho inscrita en cualquier registro oficial de uniones de hecho. El plazo de permanencia se reduce a cinco años y se exige expresamente que el adquirente tenga domicilio fiscal en La Rioja en la fecha de fallecimiento del causante. En el caso de adquisición *mortis causa* de participaciones en entidades se exige que el domicilio fiscal y social de las mismas se encuentre en La Rioja y que no coticen en mercados organizados, computándose, dentro del grupo familiar, a efectos de alcanzar el porcentaje del 20 por ciento, a los colaterales por afinidad desde el 1 de enero de 2005 y a la pareja de hecho inscrita en cualquier registro oficial de uniones de hecho desde el 1 de enero de 2007. Estas reducciones se configuran como pro-

pías de la Comunidad Autónoma e incompatibles con las establecidas por la normativa estatal sobre empresa familiar.

Valencia

- *Vivienda habitual*: No hay normativa autonómica sobre esta reducción aplicándose la normativa estatal sobre la misma.
 - *Empresa familiar*: El porcentaje de reducción se fija en el 95 por ciento del valor de los elementos patrimoniales afectos o de las participaciones en entidades. El período de permanencia se reduce de diez a cinco años. En el caso de empresa individual o negocio profesional se establece la aplicación de la reducción respecto del valor neto de los bienes del causante afectos al desarrollo de la actividad empresarial o profesional del cónyuge superviviente, cuando éste sea el adjudicatario de los bienes, debiendo el cónyuge adjudicatario cumplir los requisitos de ejercicio habitual, personal y directo de la actividad y el requisito de que los ingresos que obtenga de la misma supongan su mayor fuente de renta, entendiendo por tal la que proporcione un importe superior de los rendimientos de trabajo o de las actividades económicas. Como modalidad especial de esta reducción se regula el supuesto de que el causante ya estuviera jubilado a la fecha del fallecimiento, en cuyo caso, el porcentaje de reducción será del 95 por ciento si en el momento de la jubilación el causante hubiera cumplido los sesenta y cinco años, siendo la reducción del 90 por ciento si en el momento de la jubilación el causante tuviera entre sesenta y sesenta y cuatro años cumplidos. En estos supuestos de jubilación sólo tienen derecho a aplicar la reducción el cónyuge y los descendientes del causante, alguno de los cuales deberá cumplir el requisito de ejercicio de la actividad y el de la obtención de la mayor fuente de renta y se aplicará la reducción por la parte que le corresponde de adquisición según el título sucesorio, con independencia de la partición real que se haga. Todas estas reducciones se configuran como propias de la Comunidad Autónoma y, por lo tanto, incompatibles con las establecidas por la normativa estatal.
- Por otra parte, se establece una reducción específica para las adquisiciones *mortis causa* de empresa individual agrícola cuyo porcentaje de reducción es el 95 por ciento del valor neto de la misma, exigiéndose, desde el 1 de enero de 2007 que en la fecha del devengo el causante hubiera ejercido la actividad de manera habitual, personal y directa, sin que ésta hubiera constituido su principal fuente de renta, es decir, que no la tuviera exenta en el Impuesto del Patrimonio. El período de permanencia se establece en cinco años. Si el causante ya estuviera jubilado de la actividad a su fallecimiento los porcentajes de reducción, los parientes beneficiarios de la misma, la distribución lineal de su cuantía y el cumplimiento de los requisitos de continuidad en la actividad, se harán en los mismos términos mencionados anteriormente para la empresa individual.

De cuanto se ha expuesto, se pueden destacar algunas conclusiones generales que ayudan a tener una visión global de la situación en la que se encuentra la aplicación real de la reducción por adquisición *mortis causa* de una empresa familiar, sea individual o a través de participaciones en entidades, y de la vivienda habitual del causante:

En primer lugar, hay que destacar la variedad y complejidad normativa que las distintas Comunidades Autónomas han desplegado para tratar de ajustar un beneficio fiscal establecido con carácter general en la Ley estatal que regula el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En segundo lugar, resulta evidente que una gran parte de las Comunidades Autónomas han procedido a equiparar las uniones de hecho a los cónyuges de derecho, si bien esta igualdad no resulta tan absoluta ya que en el caso de las parejas estables no casadas se les exige un período previo de convivencia acreditada.

Un tercer aspecto importante se refiere a los destinatarios que se pueden beneficiar de la reducción. Como se ha indicado al principio de este artículo, el punto de conexión que atribuye la competencia a una determinada Comunidad Autónoma es la residencia habitual del causante, lo que supone que los causahabientes, que pueden beneficiarse de la reducción, podrían ser residentes en una Comunidad Autónoma distinta de aquella, con lo que el esfuerzo fiscal y económico de la Comunidad Autónoma competente no se quedaría en su territorio, sino que beneficiaría a un residente en otra Comunidad. Para evitar esto, como se ha reflejado anteriormente, muchas Comunidades Autónomas han establecido como requisito para aplicar la reducción que las empresas mantengan en su territorio la actividad, la sede de dirección efectiva o el domicilio social y fiscal; otras exigen que la vivienda habitual del causante lo sea también del causahabiente que se beneficia de la reducción y, finalmente, algunas, de manera más radical y efectiva, exigen que el causahabiente beneficiario sea residente en el territorio de la Comunidad Autónoma que establece la reducción. Todo ello, sin negar que tiene una lógica y una justicia distributiva evidente, supone un freno y una importante restricción a la hora de aplicar estas reducciones que fueron establecidas con un carácter más general por la Ley estatal reguladora del Impuesto.

Un cuarto punto, digno de elogio es la casi generalizada reducción del período de permanencia desde los diez años fijados en la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones a los cinco años que casi todas las Comunidades Autónomas han establecido como período específico de mantenimiento de la adquisición beneficiada por la reducción.

Finalmente, y sin ánimo de agotar las múltiples conclusiones que podrían sacarse de la diversidad normativa anteriormente expuesta, hay que poner de manifiesto la confusión creada por la Resolución de 23 de marzo de 1999 de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, especialmente en cuanto a la distribución lineal de las reducciones por empresa familiar y por vivienda habitual, que ha determinado que algunas Comunidades expresamente excluyan dicha aplicación lineal en su terri-

torio. Curiosamente se echa en falta que alguna Comunidad Autónoma haya hecho lo mismo respecto de la incidencia negativa de las deudas del caudal relicto en la cuantificación del valor sobre el que se aplican los porcentajes de reducción.

IV. CONTROVERSIAS CONCEPTUALES CON LA COMUNIDAD DE MADRID

La labor interpretativa de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda junto con la propia y específica de las diferentes Comunidades Autónomas plantea en la práctica una serie de divergencias conceptuales que afectan a la aplicación directa del tributo y que se ven agravadas por la circunstancia de que, en muchos casos, la normativa de sucesiones se remite a conceptos civiles o a normas de otros impuestos que tienen, a su vez, su propia interpretación específica.

Para no extender innecesaria y excesivamente este artículo, se pueden citar, a título de ejemplo de estas controversias interpretativas, la delimitación del concepto de vivienda habitual y el cumplimiento del requisito de permanencia en el patrimonio del causahabiente.

a) Delimitación del concepto de vivienda habitual

La Resolución de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, de 23 de marzo de 1999, en su apartado III.1.1.4.b) establece:

«Para la determinación de lo que ha de entenderse por vivienda habitual hay que acudir al artículo 51 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, que es el que define dicho concepto en el ámbito fiscal.»

El artículo 51 del Reglamento del IRPF de 1995 ha sido sustituido por el artículo 54 del actual Reglamento del IRPF aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, que mantiene la redacción original del precepto y que textualmente dispone:

«Con carácter general se considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años.»

En base a una interpretación literal y aislada de este precepto, la Comunidad de Madrid viene aplicando, en algunos casos, un criterio restrictivo de dicha vivienda sobre la que se puede aplicar la reducción del 95 por ciento, excluyendo todo aquello que no sea estrictamente vivienda del contribuyente, como trasteros, plazas de garaje, jardines, piscinas, etc.

Este criterio, con todos los respetos, debe ser calificado de erróneo, por las siguientes razones:

- El artículo 54 del Reglamento comienza por indicar que la delimitación del concepto de vivienda habitual lo realiza «*con carácter general*» y además lo que regula, si se lee dicho artículo íntegramente, es el requisito temporal de tres años que se exige para que una vivienda tenga el carácter de habitual, determinando cómo se computa dicho período y cuándo se entiende incumplido este requisito temporal, así como aquellas circunstancias que, dando lugar a un menor período de permanencia, no implican la pérdida de la consideración de vivienda habitual.
- El concepto «material» de vivienda habitual, es decir, la delimitación de qué se considera como tal, al margen del requisito temporal de los tres años, se encuentra recogido en el artículo 55 de dicho Reglamento, cuyo apartado 2 c) establece:

«2. Por el contrario, no se considerará adquisición de vivienda:

...

c) La adquisición de plazas de garajes, jardines, parques, piscinas e instalaciones deportivas y, en general, los anexos o cualquier otro elemento que no constituya la vivienda propiamente dicha, **siempre que se adquieran independientemente** de ésta. Se asimilarán a viviendas las plazas de garaje adquiridas con éstas, con el máximo de dos.»

Parece evidente que, *a sensu contrario*, el artículo 55 del Reglamento del IRPF considera vivienda a las plazas de garaje, con un máximo de dos, a los jardines, parques, piscinas, e instalaciones deportivas y en general a todos los anexos que se adquieran conjuntamente con la vivienda propiamente dicha, siempre y cuando se cumpla el requisito temporal de los tres años previsto en el artículo anterior.

Por lo tanto, si la normativa de sucesiones se remite a la normativa del IRPF para delimitar el concepto de vivienda habitual que da derecho a la reducción del 95 por ciento de su valor en la base imponible, hay que considerar como tal aquella que en dicho Impuesto tiene esta consideración. El error viene derivado de la escasa precisión de la Resolución de 23 de marzo de 1999 de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda que, en lugar de hacer una referencia general al IRPF y a su regulación de lo que se considera vivienda habitual en dicho Impuesto, se limitó a citar el artículo que en el índice de dicho Reglamento se titulaba «Concepto de vivienda habitual», sin tener en cuenta que había más artículos que completaban la delimitación de este concepto en el IRPF.

Por consiguiente, no resulta conforme a Derecho minorar la reducción excluyendo los garajes, trasteros y demás anexos, que tienen la consideración de vivienda habitual en el IRPF si se adquieran conjuntamente con la vivienda propiamente dicha y la Comunidad de Madrid, con el rigor jurídico que

la caracteriza, debería unificar el criterio de aplicación de la reducción en los términos anteriormente expuestos.

b) Cumplimiento del requisito de permanencia en el patrimonio del causahabiente

El artículo 20.2.c) de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones establece la reducción del 95 por ciento del valor de la empresa familiar o de la vivienda habitual incluida en la base imponible de los causahabientes, pero condicionando la aplicación de esta reducción, entre otros requisitos, a *«que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo»*, estableciendo expresamente que:

«En el caso de no cumplirse el requisito de permanencia al que se refiere el siguiente apartado, deberá pagarse la parte de impuesto, que se hubiese dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los intereses de demora.»

Como hemos visto anteriormente, la mayoría de Comunidades Autónomas, entre ellas la de Madrid, han reducido este período de permanencia de diez a cinco años, manteniendo las consecuencias citadas en caso de incumplimiento.

La Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda ha mantenido un sorprendente criterio interpretativo, referido exclusivamente a la vivienda habitual, y plasmado, entre otras, en sus Consultas de 14 de octubre de 2004, 21 de marzo de 2005, 11 de abril de 2005, 31 de mayo de 2006 y 11 de julio 2006, entendiendo que no se incumple el deber de permanencia en el caso de venta de la vivienda adquirida *mortis causa* si se reinvierte el importe obtenido en una nueva vivienda del sujeto pasivo, siempre que se mantenga, al menos, el valor de adquisición de la vivienda heredada.

La Comunidad de Madrid rechaza de plano esta interpretación y considera que en el supuesto mencionado se incumple el requisito de la permanencia, lo que determina que el sujeto pasivo deba pagar la parte de Impuesto que dejó de ingresar como consecuencia de la reducción, los intereses de demora y, en su caso, la sanción correspondiente.

En este caso, el criterio de la Comunidad de Madrid parece ser el correcto y el más ajustado a Derecho, por los siguientes motivos:

- La Ley reguladora del Impuesto establece un requisito de permanencia referido a los mismos bienes, vivienda o empresa, que se heredan y que son especialmente protegidos en el ámbito fiscal con la intención, precisamente, de que no haya que venderlos para pagar el Impuesto, ya que suelen ser de gran valor y de nula liquidez.
- La Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda traslada el régimen de exención por reinversión de la vivienda habitual previsto en el IRPF al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sin que haya ninguna norma que prevea esta aplicación

a dicho Impuesto y careciendo, en consecuencia, de la más mínima cobertura jurídica que ampare tal criterio, todo ello sin entrar en el hecho de que por medio de Consultas, una Dirección General estatal infrinja o modifique el contenido de una Ley estatal.

- Las Comunidades Autónomas que han querido modificar, no sólo la duración del período de permanencia, sino el propio requisito de la permanencia lo han hecho en el ejercicio de sus competencias legislativas de manera específica (Castilla-La Mancha y Murcia).

Estas divergencias interpretativas dan lugar a una gran inseguridad jurídica para los contribuyentes que debería corregirse con una mejor coordinación de la Administración Central y de las Autonómicas.

Una propuesta sería que ambas Administraciones partieran de la Ley estatal del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de manera que las Comunidades Autónomas que quisieran introducir modificaciones en el ámbito de su territorio lo hicieran utilizando de manera expresa y clara sus competencias legislativas y que la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda interpretara la normativa estatal, pero con un mayor rigor jurídico y técnico, sin invadir el ámbito de competencia atribuido a las Haciendas Autonómicas. El objetivo sería aumentar la seguridad jurídica de los sujetos pasivos y, a ser posible, no reducir los beneficios fiscales ya establecidos.

III

NOTAS Y DICTÁMENES

El sistema electoral en las Comunidades Autónomas: la economía normativa exagerada

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: RÉGIMEN ELECTORAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—1.1. La Constitución y el régimen electoral.—1.2. Los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral.—1.3. Las leyes autonómicas y el régimen electoral: la homogeneidad inevitable.—II. ADMINISTRACIÓN ELECTORAL.—2.1. Introducción. Administración electoral general.—2.2. Administración electoral autonómica.—III. CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL.—IV. FÓRMULA ELECTORAL.—V. BARRERA ELECTORAL.—VI. CONVOCATORIA Y PROCEDIMIENTO ELECTORAL.—VII. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN: RÉGIMEN ELECTORAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Son varios los estudios sobre Derecho electoral que comienzan con las clásicas palabras de H. Kelsen sobre la legitimidad en el Estado democrático, en el que «la elección se realiza en virtud de un derecho de sufragio general e igual, además de democrático¹». Hoy es indiscutible que el sistema electoral de la organización política democrática es una de las claves de bóveda del sistema político, porque garantiza la generalidad, la igualdad y la participación en la elección. El proceso constituyente es el momento en el que se demuestra que el sistema electoral es una de esas decisiones fundamentales y que se manifiesta periódicamente mediante aquello que Mackenzie denominó *Elecciones libres*. Esto, además, no sólo se predica de las elecciones generales, pues, de un modo similar, también es una decisión esencial la determinación del sistema electoral en las Comunidades Autónomas. Por ello, es fácil recordar que su fijación no fue una decisión exenta de muchas dudas también en el ámbito

★ Letrado del Parlamento de Cantabria. Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Cantabria.

¹ H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Guadarrama, Barcelona, 1977, p. 50.

regional, y su relevancia proviene de que la participación y el sufragio activo y pasivo en los Parlamentos autonómicos es manifestación del artículo 23 CE.

Sin duda, las pretensiones de legitimidad del poder político democrático están cumplidas mediante la previsión, y el correcto cumplimiento y ejecución, de un régimen electoral, así como del procedimiento adecuado para verificar una elección y una selección efectivas. Mediante ellos, el pueblo se manifiesta y participa de forma periódica, y se hace presente como cuerpo electoral, reclutando de entre sus miembros a los representantes de las Asambleas legislativas. No se olvide que las elecciones sustancian la esencia de la Democracia y que ésta, como ha recordado M. Aragón², es «el presupuesto de la Democracia auténtica, es decir, de la Constitución normativa». La realidad de cuanto se acaba de indicar es importante. Debe tenerse en cuenta que aquellos sistemas que no cumplen con las condiciones como para merecer el calificativo de democráticos, tienen la misma pretensión de legitimidad y se presentan a sí mismos con un régimen electoral, como si se produjese una verdadera elección y selección. Desde luego, en estas dos condiciones se encuentra la clave para determinar la verdadera y efectiva legitimidad del poder, aunque también dependa de otras variables, como la realidad del sistema de partidos políticos, el cumplimiento y amparo o no de los derechos fundamentales y la verificación del ideal de Libertad.

Lo que diferencia a un Estado democrático occidental de otro que no lo es, es que aquél se dota de un procedimiento para introducir el elemento participativo esencial y definidor en cada uno de sus órganos representativos. Así, mediante la participación, la pretensión de legitimidad se convierte en legitimidad auténtica. Por ello, ha tenido éxito la afirmación de que las elecciones producen representación, gobierno y legitimación. De esta forma, la legitimidad democrática sólo puede ser electoral, y la exigencia de un procedimiento transparente es una parte, quizá la más esencial y vertebral, del cumplimiento del ideal de la Democracia. En la base del sistema se encontraría, pues, el procedimiento para producir de una forma democrática el órgano representativo nacional, que en España se identifica con el *régimen electoral general*. Y esa transparencia (la misma) se extiende al resto de entes y a la dotación de miembros de los órganos representativos de base territorial con que el sistema las ha creado. Por ello, en los regímenes electorales autonómico y local también se ha de producir la competencia por la consecución del poder, y la confrontación de ideas, programas y personas por ocupar el espacio político. Por tanto, sin elección y selección en el nivel autonómico y local, es también imposible la legitimidad del Estado.

Pero, como se ha insinuado, la legitimidad y la gobernabilidad dependen además de otras variables, sociales, jurídicas y económicas. Aquí las opciones son muchas y las propuestas para reformar el sistema innumerables (aquí se citarán algunas, con convicción ajustada y nula originalidad). En cualquier caso, el sistema electoral tiene una cierta relatividad y no puede dudarse que

² M. Aragón Reyes, *Constitución y Democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 14.

carece de un valor absoluto; así, ha señalado D. Nohlen que puede llegarse a la «convicción de que no hay ningún sistema electoral ideal, que los sistemas electorales cumplen con distintas exigencias de diferente modo y grado, que en la valoración de estas exigencias intervienen consideraciones de tipo teórico-democráticas como así también de poder político-partidarias y que la opción por un determinado sistema electoral depende de la ponderación de las diversas exigencias en relación con el sistema electoral en vigencia en su contexto de funcionamiento específico³».

Para finalizar esta breve anotación inicial, la complejidad y la relatividad del *régimen electoral* se hace presente también en una cierta indefinición de lo que se entiende por este concepto. No está muy claro qué es régimen electoral, aunque podría valer como inicio la que proporciona Douglas Rae, para quien *sistema electoral* es «el conjunto de normas, procedimientos y técnicas que rigen el proceso electoral por el que las preferencias de los ciudadanos se articulan en votos y estos votos son traducidos en una distribución de autoridad gubernamental, normalmente escaños parlamentarios, ente los distintos partidos políticos contendientes⁴».

1.1. La Constitución y el régimen electoral

La importante constitucionalización del sistema electoral es una más de las novedades de nuestro sistema político. Quizá la fórmula utilizada no haya sido la más feliz, ni las soluciones adoptadas las más conseguidas, pero se trataba de perseguir, y se ha conseguido, una petrificación que pudiese extender el famoso «consenso» constituyente a aspectos que se entendían fundamentales para garantizar la sensación de formalidad y permanencia. Con el objeto de evitar la repetición de las malas experiencias de nuestra Historia constitucional, son varios los artículos que forman parte de la *Constitución electoral*, constituida básicamente por los preceptos contenidos en los artículos 68, 69 y 70 CE.

Como se sabe, el artículo 81 de la Constitución efectúa una reserva de Ley Orgánica y atribuye al Estado competencia en materia de régimen electoral general. En la interpretación inicial de este precepto, se planteó si el sistema electoral de las Comunidades Autónomas podía ser determinado o al menos influido y modulado de forma más o menos intensa, por lo que el artículo 81 de la Constitución denominó *régimen electoral general*. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández⁵, entre otros, indicaron que sólo lo general, es decir lo relativo a las elecciones generales al Congreso de los Diputados o al Senado, debía ser objeto de Ley Orgánica. Quedaría fuera,

³ D. Nohlen, «Diseño institucional y evaluación de los sistemas electorales», en <http://www.observatorioelectoral.org/biblioteca>.

⁴ D. W. Rae, *Leyes electorales y sistema de partidos políticos*, CITEP, Madrid, 1977, p. 14.

⁵ E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2002, p. 138. Estos autores mantienen, de forma seguramente rigurosa, la ambivalencia del término «general», pues «podría referirse, en principio, tanto a un determinado tipo de elecciones, como a una cierta clase de normas o grupos de normas de entre las que constituyen el Derecho electoral».

según esta inicial interpretación, el régimen electoral de las Comunidades Autónomas y el de las locales. Sin embargo, pronto el Tribunal Constitucional entendió que esta postura, extensiva a favor del acervo de las Comunidades Autónomas, no era procedente.

De forma similar a lo que sucede en la Constitución, los diversos Estatutos de Autonomía han venido a regular y a predeterminar varios aspectos del régimen electoral autonómico⁶. Como se acaba de señalar y frente a una interpretación que hubiera podido ser más «autonomista», las opciones del legislador que vino a aprobar los Estatutos de Autonomía (y que alguna doctrina se empeña en llamar estatuyente) estuvieron muy limitadas. La citadísima Sentencia del Tribunal Constitucional⁷ 38/1983, de 16 de mayo, entendió que, dentro del régimen electoral general, deben incluirse también las normas reguladoras de las elecciones a las Asambleas de las Comunidades Autónomas y las elecciones locales; con ello, los diversos regímenes electorales especiales y particulares se iban a incluir también en el régimen electoral general. Por tanto, en éste cabe incluir «la elección del legislativo de cada Comunidad Autónoma, (la cual) queda deferida a los Estatutos para las de mayor nivel de autonomía —art. 152 CE— y ha sido asumida por cada Comunidad en los respectivos Estatutos, sin excepción y con independencia de tal nivel...», y es que «el régimen electoral general está compuesto por las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y en el de las Entidades territoriales en que se organiza a tenor del artículo 137 de la CE, salvo las excepciones que se hallen establecidas en la Constitución o en los Estatutos». Y por ello se declaró que la Ley de Elecciones Locales es inconstitucional al regular una materia reservada a la Ley Orgánica.

Así, el Tribunal Constitucional entendió (y hoy es pacífico) que la Norma Fundamental había establecido un punto de partida común entre todos los regímenes electorales, desde la base de los artículos 81 y 149.1.1.^a de la Constitución, para garantizar el derecho fundamental del artículo 23 CE. Esto implica que la previsión del régimen electoral autonómico no sea una exclusividad estatutaria, pues su regulación no sería cumplimiento sólo de lo dispuesto en los artículos 147.2.c) CE y 148.1.1.^a CE. No obstante y asumida la esencia de la competencia estatal, podría plantearse una mayor flexibilidad en esta interpretación, pues aquel punto de vista del Tribunal Constitucional no parece tan inevitable hoy, tras tantos años de experiencia constitucional. Podría argumentarse que las Comunidades Autónomas ni siquiera han ejercido la poca competencia que tenían, pero eso no debería impedir que en el futuro se pudiese desarrollar una competencia más incisiva en esta materia. En cualquier caso, no hay más remedio que estudiar este concepto, en su

⁶ Cfr. P. Santolaya Machetti, «La delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia electoral», en *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987, pp. 34 y ss.

⁷ Un estudio sistemático muy completo de la jurisprudencia constitucional en materia electoral hasta 2005, puede consultarse en J. C. Duque Villanueva, *Elecciones políticas y Tribunal Constitucional: jurisprudencia constitucional en materia electoral 1980-2005*, Aranzadi, Navarra, 2006.

momento actual, en la fórmula que ha sido trasladada al texto de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, y de ahí al de las Leyes autonómicas, a través de la Disposición Adicional Primera de aquélla.

1.2. Los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral

A diferencia de lo que sucede en la Constitución, los Estatutos de Autonomía no disponen de una completa regulación electoral, y suelen contener en un solo precepto las normas relativas a la composición y duración de la Legislatura, el sistema electoral y la fórmula electoral, la naturaleza de la circunscripción, la convocatoria de las elecciones e, incluso en ocasiones, la barrera electoral. De esta forma, respetando los preceptos de aplicación directa de la LOREG, los Estatutos de Autonomía han tratado de configurar un régimen electoral propio. Sin embargo, ya desde su mismo inicio estatutario, se puede observar que el régimen electoral autonómico es fiel reproducción del régimen electoral general. Por ello, E. Arnaldo ha escrito que el procedimiento electoral autonómico es «prácticamente uniforme y reproductivo» del procedimiento en el Estado, consecuencia de «un cierto conformismo en una materia poco proclive a la experimentación y más apta para el reproductivismo⁸». Este hecho no pasa desapercibido y algunos autores, como Baras y Botella, han calificado de «sorprendente» que las posibilidades normativas «no han sido apenas exploradas, limitándose en su gran mayoría las Comunidades Autónomas a reproducir, a escala menor, el sistema electoral vigente para el Congreso de los Diputados⁹».

En cualquier caso, las normas electorales estatutarias son muy variadas, y conviene su sistematización para comprobar que no dejan de ser sino reiteraciones de la norma estatal. Dentro del régimen electoral, todos los Estatutos de Autonomía incluyen la disposición del número exacto de parlamentarios o del procedimiento para determinarlos. Así, unos fijan el mínimo y máximo que determinará la Ley electoral (entre 65 y 80 de las Cortes de Aragón —art. 36 EAARA—; entre 100 y 150 en Cataluña —art. 56.1 EACAT—; entre 35 y 45 del Estatuto de Autonomía para Cantabria —art. 10.4 EACANT—, idéntica cifra que el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias —art. 25.2 EAPAST—; entre 47 y 59 en las Cortes de Castilla-La Mancha —art. 10.2 EACLM—; entre 50 y 70 en el Parlamento canario —art. 9.3 EACAN—; entre 60 y 80 en Galicia —art. 11.5 EAG—; entre 32 y 40 en la Comunidad Autónoma de La Rioja —art. 17.2 EARI—; entre 45 y 55 en la Región de Murcia EAMU; entre 40 y 60 LORAFNA). Otros Estatutos de Autonomía optan por fijar el procedimiento para su determinación (un Diputado por cada 50.000 habitantes o fracción superior a 25.000 —art. 10.2 EAMAD—, «según los datos actualizados del censo de población»; casi idéntica técnica

⁸ E. Arnaldo Alcubilla, «El procedimiento electoral de las Comunidades Autónomas: un modelo prácticamente uniforme y reproductivo», en *Cuadernos de Derecho Público*, núms. 22-23, pp. 299 y 300.

⁹ M. Baras y J. Botella, *El sistema electoral*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 131 y 132.

que la usada en el caso de Castilla y León: cada provincia cuenta con un número mínimo de tres Procuradores y uno más por cada 45.000 habitantes o fracción superior a 22.500¹⁰). Otros Estatutos de Autonomía fijan un número mínimo (109, art. 101.1 EAAND; 99, art. 23.2 EACV), o un número máximo como en Extremadura (65, art. 21.1. EAEX). No obstante, y de modo un tanto sorprendente, algunos Estatutos de Autonomía, como el del País Vasco o el de las Islas Baleares, nada disponen en cuanto al número de parlamentarios de su respectivo Parlamento.

Por su lado, algunos Estatutos de Autonomía incluyen disposiciones de carácter general en materia electoral. Un ejemplo de ello es el Estatuto de Autonomía de Cataluña, que dispone en su artículo 56 que «el sistema electoral es de representación proporcional y debe asegurar la representación adecuada de todas las zonas del territorio de Cataluña». Esta fórmula, obvio es recordarlo, recibe la influencia del artículo 152 de la Constitución y repiten también varios Estatutos de Autonomía. De forma general, los Estatutos suelen disponer, también, que la respectiva Asamblea estará «constituida por Diputados y Diputadas elegidos por sufragio universal, igual, libre, directo y secreto y de acuerdo con un sistema proporcional», disponiendo, además, que la circunscripción electoral será la provincia. Pero hay algún Estatuto con vocación aún más general, cuasi-constitucional, que efectúa otras declaraciones que, por ser reiterativas, no dejan de ser significativas. Así, el Estatuto de Cataluña dispone, también en el artículo 56 EAC y de una forma seguramente excesiva, que la «Administración electoral es independiente y garantiza la transparencia y la objetividad del proceso electoral». Otro Estatuto de Autonomía se atreve a definir, incluso, la materia electoral; como el artículo 105.1 Estatuto de Autonomía de Andalucía, que dispone, al regular la reserva de Ley, que ésta «regulará la convocatoria de elecciones, el procedimiento electoral, el sistema electoral y la fórmula de atribución de escaños, las causas de inelegibilidad e incompatibilidad para las elecciones al Parlamento de Andalucía, así como las subvenciones y gastos electorales y el control de los mismos». Como se ve, las declaraciones estatutarias son numerosas, aunque rara vez se escapan del modelo estatal.

Por otra parte, es habitual que el Estatuto de Autonomía determine cuál es la circunscripción electoral, como el caso del artículo 21.2 EAEX que prevé que la circunscripción electoral sea la provincia (también art. 11.4 EAGAL; art. 37.4 EAAR, o art. 11.2 EACyL), o el Territorio Histórico, en el Estatuto de Autonomía del País Vasco (art. 26.2 EAPV). Por su parte, otros Estatutos de Autonomía relativizan la división provincial, como el relevante caso del Estatuto de Autonomía de Canarias, que fija como circunscripciones electorales a las Islas de El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, La Gomera, Lanzarote, La Palma y Tenerife (art. 9.4 EACAN).

¹⁰ Es muy llamativo, en todo caso, que el baremo utilizado para determinar el número de parlamentarios sea el censo de población y no el censo electoral.

A diferencia de lo que se acaba de señalar, la determinación de la circunscripción electoral provincial en las Comunidades Autónomas uniprovinciales es especialmente sencilla, como ocurre en el Estatuto de Autonomía de Madrid (art. 10.5 EAMAD), en el de Cantabria (art. 10.2 EACANT), o en el de La Rioja (art. 17.3 EARI). Aunque hay algunos supuestos de Comunidades uniprovinciales, con circunscripción menor, como el del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, que dispone que serán circunscripciones electorales cada una de cuatro Islas principales (art. 41.3 EAIB)¹¹, o también el caso de la Región de Murcia o el Principado de Asturias, como se verá. Por su parte, en algún caso, se prevé en el propio Estatuto de Autonomía la aplicación de barrera electoral, como en el caso de Estatuto de Autonomía de Madrid (art. 11.6 EAMAD), que establece la del 5 por ciento.

Por su parte, y aunque algunos Estatutos de Autonomía nada dispongan (Cantabria, Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Galicia, Madrid, Murcia, País Vasco o Navarra) no son extrañas las disposiciones estatutarias que exigen una mayoría cualificada para la aprobación de la Ley electoral. Así, en Cataluña se dispone que «el régimen electoral es regulado por una ley del Parlamento aprobada en una votación final sobre el conjunto del texto por mayoría de dos terceras partes de los Diputados». Igual mayoría se exige en el de las Islas Baleares (art. 41 EAIB), en la Comunidad Valenciana (art. 24) y en el Estatuto de Autonomía de La Rioja (art. 17.1 EARI). Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Andalucía (art. 105 EAAND), el de Extremadura (art. 21.1, párrafo segundo), el del Principado de Asturias (art. 25.2 EAPAST) o el de Aragón (art. 37.6 EAAR) establecen el quórum final de votación de mayoría absoluta para la aprobación de esta Ley. En lo que se refiere a la tramitación parlamentaria de estas leyes autonómicas con mayoría cualificada, no todos los Reglamentos Parlamentarios autonómicos lo han regulado con claridad. No obstante y en ausencia de regulación reglamentaria propia, parece que lo más sensato sea aplicar a la tramitación de las leyes electorales autonómicas, el Reglamento del Congreso de los Diputados, en las disposiciones que éste regula para la tramitación de las Leyes Orgánicas. En este sentido, el artículo 131 RCD exige la presencia de quórum sólo en la votación final en el Pleno y no en la votación de los diversos órganos de tramitación, Comisión y Ponencia fundamentalmente.

A su vez, no es raro, sobre todo en esta última «generación» de reformas de Estatutos de Autonomía que se incluyan proclamaciones estatutarias, más o menos concretas o retóricas, que regulan, por ejemplo, el derecho de sufragio activo y pasivo. Así, en ocasiones se suele atribuir el derecho de sufragio activo a quienes ostenten la condición política de ciudadano de la referida Comunidad Autónoma. Por su parte, es llamativo que para ser elegidos los ciudadanos en algunos casos, como en el del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, se exige que hayan «sido presentados por partidos,

¹¹ Para la consulta de la problemática definición de la circunscripción electoral en la Comunidad balear en los momentos iniciales, J. Oliver Araujo, «El régimen electoral de las Islas Baleares», en *Cuadernos de Derecho Público*, núms. 22-23, pp. 473, 475 y 476.

federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores que obtengan el número de votos exigido por la Ley Electoral» (art. 23.2 EACV). Por su parte y también de esta regulación cuasi-constitucional, el apartado 3 del artículo 56 EAC dispone que «son electores y elegibles los ciudadanos de Cataluña que están en pleno uso de sus derechos civiles y políticos, de acuerdo con la legislación electoral». Estableciendo, seguidamente, que «la Ley Electoral de Cataluña debe establecer criterios de paridad entre mujeres y hombres para la elaboración de las listas electorales».

Para finalizar, completan este mínimo núcleo electoral autonómico varias disposiciones que todavía permanecen vigentes, y que son herederas de los Pactos Autonómicos de 1981. En efecto, se hace referencia a los artículos estatutarios que prevén la convocatoria de elecciones por el Presidente de la Comunidad Autónoma «en los términos previstos en la Ley que regule el régimen electoral general, de manera que se realicen el cuarto domingo de mayo cada cuatro años». Se consigue aquí (para algunas Comunidades Autónomas) una rigidez del régimen electoral, muchas veces criticada doctrinalmente, pero deliberadamente perseguida y, sin duda, insuficientemente explicada hoy. Poca duda cabe de que esta limitación no parece tener el mismo sentido cuando avanza ya el siglo XXI, y han pasado ya varios lustros de su inicial aprobación. Es cierto que la finalidad era fomentar y favorecer la creación de gobiernos estables; pero también es cierto que ya está en muy buena parte conseguido y, además, esto ha de asegurarse también mediante otros criterios y medidas (no exclusivamente electorales) definibles también por el legislador.

Dotar de más rigidez que la necesaria al régimen electoral tiene el conocido inconveniente de dificultar cualquier reforma que pretenda adecuar la representación, e incluso, interfiere cualquier debate previo. No en vano esta disposición ha desaparecido del Estatuto de Autonomía de Aragón, reformado por LO 5/2007, de 20 de abril; del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en la reforma llevada a cabo por la LO 1/2006, de 10 de abril, del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, modificado por LO 1/2007, de 28 de febrero, del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, modificado por LO 14/2007, de 30 de noviembre. Tampoco se prevé esta homogeneización de la celebración de los procesos electorales autonómicos en las reformas actualmente en tramitación de los Estatutos de Autonomía de Canarias (ya retirados) y Castilla-La Mancha. Queda claro que, si antes tenía poco sentido esta uniformización de procesos electorales, ahora tiene mucho menos interés, ya que ha ido desapareciendo de todos los textos de los Estatutos de Autonomía que han sido reformados. En cualquier caso, está aún vigente la coincidencia en ese cuarto domingo de mayo cada cuatro años en los Estatutos de Autonomía de Cantabria, artículo 11.3; de Extremadura, artículo 21.4; de Madrid, artículo 10.7; de Murcia, artículo 24.3, y del Principado de Asturias, artículo 25.4. No obstante, las alternativas han sido varias y no deja de ser curioso el caso del Estatuto de Autonomía de La Rioja, pues se limita a prever la posible coincidencia del proceso electoral con las elecciones «locales» (art. 17.5 EARI). Sobre este tema se volverá.

1.3. Las leyes autonómicas y el régimen electoral: la homogeneidad inevitable

Hasta aquí se ha visto que el régimen electoral autonómico es apuntado muy básicamente desde cada Estatuto de Autonomía. En este epígrafe se comprobará que las similitudes de las leyes autonómicas con el régimen electoral general son extraordinarias y la homogeneidad evidente. Como se sabe, en el régimen electoral autonómico rige, al igual que en el régimen electoral general, el principio de legalidad. En este sentido, todos los Estatutos de Autonomía, independientemente de cuál fue el procedimiento de su aprobación, siguen los criterios organizativos del artículo 152 CE, extendiéndose a todas las Comunidades los límites y la estructura de este precepto. Es muy interesante para defender esta (dudosa) interpretación, la STC 225/1998, de 25 de noviembre, que extiende (preceptivamente) a la Comunidad Autónoma de Canarias la organización del propio artículo 152 CE. Como se sabe, el precepto constitucional diseña una forma de gobierno autonómica «cuasi-parlamentaria» que se «basará», junto con un Presidente, elegido de entre los miembros de la Asamblea y un Consejo de Gobierno, «en una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación entre las diversas zonas del territorio». Como se conoce también, en cumplimiento de la competencia en materia de «instituciones de autogobierno» y en «normas y procedimientos electorales para la constitución de sus instituciones de autogobierno» que han asumido todos los Estatutos de Autonomía, casi todas las Comunidades Autónomas han aprobado leyes electorales¹².

De lo dicho, hay una notoria excepción. Ése es el supuesto de la Comunidad Autónoma de Cataluña que, a pesar del tiempo transcurrido, no ha aprobado una norma con rango de Ley que regule la materia electoral. Así, en esta Comunidad Autónoma, a pesar de la previsión estatutaria ya vista sobre aprobación de una Ley electoral, suele aprobarse para cada proceso electoral un Decreto que introduce una regulación complementaria. Así, aunque se incumplen las exigencias del principio de legalidad, y con motivo del proceso electoral de 2006 al Parlamento de Cataluña se aprobó el *Decreto 332/2006, de 5 de septiembre, que aprueba normas complementarias para la realización de las elecciones al Parlamento de Cataluña de 2006*, cuyo motivo fue «facilitar el desarrollo de las elecciones al Parlamento de Cataluña». No es discutible el carácter deficitario del régimen electoral catalán con una preo-

¹² Ley de Andalucía 1/1986, de 2 de enero, de elecciones; Ley de Aragón 2/1987, de 16 de febrero, electoral; Ley de Asturias 14/1986, de 26 de diciembre, de elecciones; Ley de Canarias 7/2003, de 20 de marzo, de elecciones; Ley de Cantabria 5/1987, de 27 de marzo, de elecciones; Ley de Castilla y León 3/1987, de 30 de marzo, de elecciones; Ley de Castilla-La Mancha 5/1986, de 23 de diciembre; Ley de la Comunidad Valenciana 1/1987, de 31 de marzo, de elecciones; Ley de Extremadura 2/1987, de 16 de marzo, de elecciones; Ley de Galicia 8/1985, de 13 de agosto, de elecciones; Ley de las Islas Baleares 8/1986, de 26 de noviembre, de elecciones; Ley de Madrid 11/1986, de 16 de diciembre, de elecciones; Ley de Murcia 2/1987, de 12 de febrero, de elecciones; Ley Foral 16/1986, de 17 de noviembre, de elecciones; Ley del País Vasco 5/1990, de 15 de junio, de elecciones; Ley de La Rioja 3/1991, de 21 de marzo, de elecciones.

cupante falta de determinación y aclaración de algunas materias que se antojan fundamentales, como, por ejemplo, la circunscripción. La provisionalidad y la inseguridad son notas del régimen electoral catalán y, algunas normas como la *Ley de Cataluña 5/1984, de 5 de marzo, que adapta la normativa general electoral para las elecciones de 1984*, ocupan un lugar muy interesante por ser un claro ejemplo de Ley de caso único.

Sin entrar en otras consideraciones de momento, ni abandonar una perspectiva general, ya es obvio que el régimen que diseñan las Leyes autonómicas es sustancialmente coincidente con el que plantea la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, al reproducir sin apenas separarse, el esquema, bases y principios definidos en aquélla. Pero hay que matizar algunas cosas. Así, no es que las leyes autonómicas no puedan contradecir las disposiciones declaradas de aplicación directa por la disposición adicional primera de la LOREG, como ya indicaron muy tempranos fallos del Tribunal Constitucional SSTC 75/1985 ó 154/1988. Lo extraño es que no se han separado las leyes autonómicas del régimen, ni de los aspectos de los que podrían separarse. Llega la similitud, incluso, a algunos aspectos adjetivos, de detalle casi insustanciales, que no son de aplicación directa. En este sentido, es habitual que las leyes autonómicas (como hace, por ejemplo, el Preámbulo de la Ley de Cantabria) reconozcan que «se respetan escrupulosamente los principios... y las disposiciones comunes para todas las elecciones por sufragio universal directo contenidas en la LOREG». Por tanto, se produce el paradójico efecto de que las leyes autonómicas han adoptado soluciones de muy escasa originalidad, y con una extrema concisión en la regulación. E incluso no es raro que alguna Ley autonómica, como la de Andalucía, reconozca que «Al abordar la regulación electoral, el Parlamento de Andalucía debe tener en cuenta las normas electorales recogidas en el Estatuto de Autonomía para Andalucía y la regulación contenida en la Ley 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General».

No obstante, y como sucede muy a menudo en el Estado de las Autonomías, la homogeneidad con el régimen general tiene alguna excepción, que en este caso lo representa la Ley del País Vasco 5/1990, de 15 de junio. Esta Ley tiene una inequívoca intención de introducir novedades, incluso terminológicas, así como regular algunas materias, como el (discutible y poco desarrollado¹³) procedimiento del voto electrónico (arts. 132 bis y ss., aunque se

¹³ Aunque excede del ámbito del presente trabajo, puede afirmarse que el modelo de voto electrónico está muy poco desarrollado en España. Como parece evidente, la implantación de este procedimiento requerirá de una inversión en medios materiales, y un esfuerzo en cambiar la mentalidad del electorado que no va a ser nada fácil. Las experiencias que ha habido en España, en ocasiones en elecciones a Parlamentos autonómicos, no han sido del todo satisfactorios. Por ejemplo, este método de votación crea algunas figuras, nada claras, como los «gestores del sistema», cuya participación en la gestión de los resultados se antoja fundamental, igual que su naturaleza independiente o plural. Además, el problema de falta de confianza del electorado en el sistema se une a una posible opacidad y falta de transparencia. Una visión del tema (que alcanza a las experiencias habidas hasta los años noventa), puede consultarse en E. Arnaldo Alcubilla, «El voto electrónico: algunas experiencias recientes», en *Cuadernos de Derecho público*, núm. 4, 1998, pp. 159 a 176. También este tema en J. Cano Bueso, «Democracia y tec-

aplazase su aplicación hasta que se realicen «las adaptaciones instrumentales necesarias»). Tal es el grado de detalle de esta Ley que llega a regular aspectos tan reglamentistas como la responsabilidad civil de los partidos políticos que presenten candidaturas, por «los daños causados a los inmuebles por cualquier tipo de propaganda gráfica» (art. 74.1 de la Ley del País Vasco), o su obligación de proceder a retirar la propaganda gráfica de los lugares en los que la colocaron, «dentro de los quince días siguientes a la celebración de las elecciones». O la peculiaridad del artículo 76, que dispone que «cuando se hubiera superpuesto propaganda gráfica de distintas fuerzas políticas correspondiera retirarla a quien la hubiera colocado en último lugar».

En cualquier caso, la explicación de aquella homogeneización entre las Comunidades Autónomas con respecto al Estado es clara: el modelo que impone la LOREG ha funcionado de forma muy apreciable y, además, es impuesto por el artículo 1.2 de la propia Ley estatal¹⁴. Más que hablar de conformismo autonómico, bien podría hablarse de mimetismo del régimen electoral autonómico. Vistos los resultados del régimen electoral, parecía inevitable su traspaso inmatizado a las Comunidades Autónomas. Parafraseando a E. Arnaldo, puede decirse que el electoral es un régimen «escasamente dinámico»¹⁵, por su gran proximidad al sistema LOREG, aunque las similitudes excedan de ese artículo 1.2 LOREG.

No obstante, este artículo 1.2 LOREG plantea varias cuestiones. En primer lugar, llama la atención que la Ley estatal utilice la técnica constitucional de la aplicación directa de sus disposiciones, que excluye de raíz toda posibilidad de ejercicio autónomo de la competencia autonómica. Y en esta materia, las Comunidades Autónomas podrían haber asumido competencias, pues no se olvide que la disposición adicional primera de la LOREG, en su párrafo segundo, se refiere a la naturaleza de estas materias como «condiciones básicas» de los ciudadanos (art. 149.1.1.^a CE). A pesar de que el título competencial del Estado se remite a la naturaleza básica de la competencia, la Ley ha agotado toda su regulación. En esta decisión ha sido importante el que sea materia emanada directamente de los derechos fundamentales de la Constitución y de su artículo 23, y que sea también eje vertebral de la estruc-

nocracia: a propósito del voto electrónico», en *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 3, pp. 62 y ss.; R. M. Fernández Riveira, «El voto electrónico: el caso vasco», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 112, pp. 213 y ss. Cfr. A. Rallo Lombarte, *Garantías electorales y Constitución*, CEPC, Madrid, 1997. En cualquier caso, y como demostración de la actualidad e interés de la materia, puede estudiarse la creación de varios observatorios sobre el voto electrónico, como el de la Universidad de León, que es publicado en www.votoelectronico.es. Por su parte, especialmente relevante fue la ponencia creada en el Senado durante la séptima Legislatura de una «Ponencia de estudio sobre el ejercicio del derecho al voto mediante sistemas electrónicos», constituida en el seno de la Comisión conjunta de la Comisión Constitucional y de la Comisión de la Sociedad de la Información y del Conocimiento. Aunque se produjeron varias comparecencias, no se llegó a conclusión alguna como consecuencia de la caducidad tras la disolución de las Cámaras del año 2004.

¹⁴ Su tenor es el siguiente: «asimismo, en los términos que establece la disposición adicional primera de la presente Ley es de aplicación a las elecciones a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y tiene carácter supletorio de la legislación autonómica en la materia».

¹⁵ Cfr. E. Arnaldo Alcubilla, *El carácter dinámico del régimen electoral español*, Madrid, CEPC, 2002. Estudia este autor todas las reformas de la LOREG, hasta el año 2002 (diez reformas hasta ese año).

tura del Estado democrático. Sea como fuere, las materias en las que las Comunidades Autónomas no pueden aprobar modificación alguna (por ser de aplicación directa) se refieren a ámbitos muy diversos, e incluyen 98 de los 152 artículos incluidos en el Título I de la Constitución.

Por su parte, también es muy llamativo que, de forma superflua, la LOREG disponga que su legislación sea supletoria de la legislación de las Comunidades Autónomas. No se olvide que una Ley Orgánica, aunque sea la LOREG, no debe disponer su propia supletoriedad respecto de otros ordenamientos, aunque sea el autonómico. Además, la supletoriedad del ordenamiento estatal es dispuesta por el artículo 149.3 CE y, por tanto, será supletoria, en todo caso, la norma estatal respecto de la autonómica, con independencia de lo que diga aquélla. En este sentido, la función de cierre del ordenamiento jurídico de la cláusula de supletoriedad ha sido definida por el Tribunal Constitucional en varias Sentencias, como en STC 147/1991, de 4 de julio, señalando que la cláusula proporciona al intérprete «una regla con la que pueda superar las lagunas de las que adolezca el régimen jurídico de determinadas materias». No parece por todo ello muy correcta la técnica aquí utilizada por la LOREG, pues nada puede disponer el legislador sobre esta materia. Debería tenerse en cuenta que, incluso, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional alguna disposición autonómica (como la Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, del comercio de Navarra) por declarar la supletoriedad de la legislación estatal, pues, decía el Tribunal, «no corresponde al legislador foral determinar la eficacia del derecho estatal aplicable», declaración que bien podría predicarse del propio legislador estatal electoral.

Sea como sea, es incuestionable que la homogeneización haya sido inevitable, en lo que han influido de forma definitiva el espíritu y la letra de los acuerdos suscritos hasta la fecha en materia autonómica, y que han tendido a igualar desde arriba las regulaciones en diversas materias también (y sobre todo) la electoral. En cualquier caso, esta notable similitud entre regímenes jurídicos electorales es susceptible de ser valorado de diversa forma, como casi todo en el ámbito del Derecho. En efecto, al igual de lo que sucede en una buena parte de las formas de Estado descentralizadas de nuestro entorno, la progresiva homologación se ha visto como un uso racionalizado y razonable de las facultades de autogobierno de las Comunidades Autónomas. Y es que la homogeneidad ha contribuido a la consolidación del sistema democrático y ha creado, a la vez, un subsistema propio de partidos en cada territorio autonómico, no calificado como de bipartidismo perfecto, y en el que han obtenido representación fuerzas políticas de naturaleza nacionalista y regionalista. Además, esta homogeneización tiene también el importante valor de proporcionar un mayor conocimiento de los ciudadanos del funcionamiento de las instituciones, y una relevante eficacia en la ordenación de los diversos procesos electorales. No se olvide que «La Constitución no prefigura un sistema electoral y excluye otros» (STC 75/1985, de 12 de junio), y además «el sistema proporcional puede asumir, en consecuencia, diversas variantes, y no puede excluirse que el legislador autonómico, a la hora de configurar la variante concreta a seguir, en el uso de su libertad de configuración normativa,

introduzca correcciones o modulaciones al principio de proporcionalidad» (STC 45/1992, de 2 de abril).

II. ADMINISTRACIÓN ELECTORAL

2.1. Introducción. Administración electoral general

La homogeneidad empieza desde la misma previsión de la organización de la Administración electoral. Sea donde sea, la necesidad de una Administración electoral independiente es inaplazable para el sistema. Y se ha visto que, además, algún Estatuto de Autonomía dispone expresamente como uno de sus principios básicos, la independencia de la Administración electoral. No se trata sólo de velar por el cumplimiento de las disposiciones electorales, sino también dar una apariencia real de independencia en el sistema. Por eso, el Tribunal Constitucional ha confirmado a toda la Administración electoral en una posición garantista. Así, la STC 24/1990, de 15 de febrero, ha indicado que, en general, se «configura un sistema electoral, peculiar en relación con los de otros países, pero ni menos democrático ni menos garantista que aquéllos, y caracterizado, por lo que aquí importa destacar: a) por descansar en una Administración Electoral (art. 8 LOREG), integrada por Juntas compuestas en su mayoría por Magistrados y Jueces y en todo caso presidida por ellos, designados siempre por insaculación (arts. 9 y ss. LOREG), y por unas mesas electorales cuyos tres miembros están designados, en todo caso, por sorteo público... (art. 26 LOREG)».

La necesidad de transparencia, objetividad y, sobre todo, de fiabilidad del sistema es ineludible. El propio Tribunal Constitucional ha indicado que la Administración electoral se trata de una «peculiar estructura administrativa» (STC 21/1984, de 16 de febrero), siendo su principal característica¹⁶, la de la garantía de pureza del proceso electoral, como «específica Administración de garantía» en palabras de la STC 197/1988, de 24 de octubre. De este modo, y aprovechando su posición en el sistema, la Junta Electoral ha llegado a elevar al Gobierno observaciones sobre el funcionamiento del proceso electoral (Acuerdo JEC de 10 de septiembre de 1990). Por ese motivo, parece interesante incidir en la naturaleza judicializada de toda la Administración electoral.

¹⁶ E. Arnaldo Alcubilla, «La Administración electoral: naturaleza y competencias de la Junta Electoral Central», en *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 40, pp. 82 a 85, señala que las características principales de la Administración electoral española son que se trata de una Administración independiente, netamente judicializada, especializada, no permanente y jerarquizada. También desarrolla estas ideas en E. Arnaldo Alcubilla, «Las juntas electorales: un modelo institucional de control de los procesos electorales», en VVAA, *Parlamento y sistema electoral*, Pamplona, 1999, pp. 85 a 95, y en «La Administración electoral», en <http://www.iustel.com>. También analiza esta cuestión de una forma específica, P. Santolaya Machetti, «La Administración electoral», en *Administraciones públicas y Constitución: Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, INAP, Madrid, pp. 655 y 667. Por su parte, este autor efectúa también una interesante reflexión en relación con carácter inacabado de la Administración electoral española.

En definitiva, la STC 154/1988, de 21 de julio, ha señalado que «la configuración de la administración electoral relativa a cualquier proceso electoral ha de responder a un esquema de integración personal, de determinación competencial y de funcionamiento orgánico de cada tipo de Junta en ella incluida que no puede dejar de ser básicamente el mismo en todos los casos». Y esta garantía de independencia de la Administración electoral general se ha de predicar también de la Administración electoral autonómica, como demostración, precisamente, de la unidad del sistema. Desde esta visión garantizadora, la doctrina ha tratado de explicar la naturaleza de la Administración electoral, de un modo muy variado. Se puede constatar, por ello, una postura mayoritaria que ha visto que es la electoral una Administración independiente (al modo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o de la Comisión Nacional de la Energía). Otros autores han defendido un indefinido carácter «administrativo», o quienes como F. Pascua Mateo, más recientemente, han defendido que la Administración electoral es la «organización administrativa puesta a disposición de un órgano constitucional distinto, el Cuerpo electoral, para el ejercicio de las competencias que le atribuye la Constitución¹⁷».

2.2. Administración electoral autonómica

A las Leyes autonómicas de elecciones les correspondía, sobre la base de los artículos 8 y ss. de la LOREG, la creación de una Administración electoral que garantizase el efectivo cumplimiento del régimen electoral, buscando una mayor objetividad y transparencia en el proceso electoral, gestionándolo de forma eficaz y dirimiendo imparcialmente las distintas incidencias. De modo similar a la Junta Electoral Central, se sitúa la Junta Electoral autonómica (donde existe) en una posición central en el sistema autonómico, siempre subordinada a la Central. No obstante, P. Santolaya no ha dejado de reconocer que «las Leyes electorales de las Comunidades Autónomas han tendido a crear una cierta confusión en los respectivos papeles de la Junta Electoral Central y de la Junta Electoral autonómica¹⁸».

¹⁷ F. Pascua Mateo, *La Administración electoral*, MAP, Madrid, pp. 53 y ss. Además de resumir el (insatisfactorio) panorama doctrinal español sobre la naturaleza de la Administración electoral en pp. 46 y 47, señala que ésta actúa en el tráfico bajo el manto de la personalidad jurídica del Estado, pues en el caso de la personalidad jurídica del Estado es un expediente que resuelve notables dudas que se han planteado o pueden plantearse en relación con dos temas de relevancia, cuales son, de un lado, la capacidad de los órganos de la Administración electoral, y en concreto de la Junta Electoral Central, dado que es el único que goza de permanencia en el tiempo, para ser parte en un proceso, y, por otro, su capacidad contractual y el régimen de responsabilidad..., *op. cit.*, p. 77.

¹⁸ P. Santolaya Machetti, *Manual de procedimiento electoral*, Ministerio del Interior, Madrid, 1991, p. 44. Algo más crítico es J. C. González Hernández, *Derecho electoral español*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 79 y 80. Señala este autor, con un planteamiento un tanto extremo: «La existencia de estos órganos, debido más a la bondad del legislador que a su eficacia técnico-administrativa, se consigna en la norma electoral con carácter puramente eventual y complementario de la Administración electoral, y al solo efecto de las elecciones autonómicas... Considerando su reducido alcance y su objeto específico (las elecciones

Pero, como es conocido, la Administración electoral autonómica no se ha generalizado en toda España. Puede sorprender que en algunas Comunidades Autónomas no exista Junta Electoral autonómica, como en Cataluña, Madrid (art. 7 de la Ley de Madrid), Navarra (art. 7 de la Ley de Navarra) y Asturias (art. 8 Ley de Asturias)¹⁹. Sin embargo, la distorsión es sólo aparente porque las Juntas Electorales provinciales llenan cualquier vacío que se pueda producir, aunque no deje de ser insólito en España que algunas Comunidades Autónomas no hayan reproducido también aquí la estructura estatal.

En cualquier caso, varias leyes autonómicas, al menos, han reproducido las grandes declaraciones y principios de la Ley estatal. La Administración electoral autonómica tiene como finalidad «garantizar la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad» (por ejemplo, art. 9 de la Ley de Cantabria), y está compuesta por la Junta Electoral Central, la Junta Electoral, las Juntas Electorales de Zona y las Mesas Electorales (art. 7 Ley de Andalucía; art. 6 Ley de Aragón; art. 7 Ley de Canarias; art. 9 Ley de Cantabria; art. 7 Ley de Castilla y León; art. 8 Ley de Castilla-La Mancha; art. 15.2 Ley de la Comunidad Valenciana; art. 9 Ley de Extremadura; art. 13.1 Ley de Galicia; art. 6 Ley de las Islas Baleares; art. 7.1 Ley de Madrid; art. 6 Ley de Murcia; art. 7 Ley de Navarra; art. 15 Ley del País Vasco; art. 7 Ley del Principado de Asturias). Por su parte, la omisión en algunas leyes autonómicas (como la de la Comunidad Valenciana o la del Principado de Asturias) de la Junta Electoral Central en la definición legal de la respectiva Administración electoral ha de reputarse como irrelevante, pues la pertenencia de la Junta Electoral autonómica al entramado electoral autonómico es estructurada desde la misma LOREG.

Como se ha dicho, también las Leyes autonómicas electorales persiguen la evidente intención de judicializar al máximo la composición de la Junta, pues la mayoría de los miembros son magistrados del Tribunal Superior de Justicia, quienes son designados, mediante insaculación, por el propio Tribunal. Además, está compuesta por otros vocales, catedráticos o profesores titulares de Derecho (y en algunos casos de otras disciplinas), o juristas de reconocido prestigio residentes en la Comunidad Autónoma, designados a propuesta conjunta de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones electorales con representación en el Parlamento autonómico. El número es variable, pues va de los al menos catorce del País Vasco (art. 19 de la Ley del

nes autonómicas), así como su misma naturaleza, cabe advertir un potencial solapamiento tanto de las competencias atribuidas a las JJEE Provinciales como, y en más casos de lo que sería deseable, con las propias de la JEC, lo que implica un incremento nada despreciable del grado de conflictividad competencial entre la organización electoral, como entidad pública estatal y de ámbito territorial nacional, y las pretensiones regionalistas que tienden a reforzar su autonomía frente al Estado». Más limitada es la opinión de M.V. García Soriano, *Elementos de Derecho electoral*, Tirant, Valencia, 1999, p. 85.

¹⁹ Son muy significativas las razonables palabras del Preámbulo de la Ley de Madrid 11/1986, de 16 de diciembre, en donde se señala: «Dado el ámbito uniprovincial de la Comunidad de Madrid, se considera improcedente la superposición de dos Juntas Electorales, Autonómica y Provincial, en el mismo ámbito territorial y con similares competencias. Por ello se opta por acumular en la Junta Electoral Provincial las posibles funciones que pudiesen corresponder a la Junta Electoral de la Comunidad de Madrid, lo que ha de suponer una economía y mayor simplicidad en los procedimientos electorales».

País Vasco, en una regulación que recuerda vagamente a la Ley Electoral de 1907), nueve de Galicia (art. 14 Ley de Galicia), siete (cuatro jueces y tres no jueces, art. 8; Aragón, art. 7; Canarias, art. 8.1; Castilla y León, art. 8.1; Castilla-La Mancha, art. 9; Comunidad Valenciana, art. 16; Extremadura, art. 11) y los cinco (tres más dos, art. 9 de la Ley de Cantabria; en las Islas Baleares, art. 7 Ley de las Islas Baleares y en La Rioja, art. 7.1 Ley de La Rioja).

Justificado por la permanencia de este órgano de la Administración electoral, la designación de los vocales de la Junta Electoral autonómica se realiza dentro de los noventa días siguientes a la sesión constitutiva del Parlamento (art. 9 de la Ley de Andalucía, art. 7 Ley de Aragón, art. 8.2 Ley de Canarias; art. 10.2 Ley de Cantabria; art. 8.2 Ley de Castilla y León; art. 9.2 Ley de Castilla-La Mancha; art. 17.1 Ley de la Comunidad Valenciana; art. 10.2 Ley de Extremadura; art. 14.2 Ley de Galicia; art. 7.2 Ley de las Islas Baleares; art. 7.2 Ley de La Rioja). Incluso, muchas Leyes autonómicas (no la del País Vasco, ni la de Murcia o Navarra) prevén expresamente que sea la Mesa del Parlamento la que ha de efectuar el nombramiento en caso de que no se realice por el procedimiento regulado, respetando siempre la adecuada proporcionalidad (art. 8.2 de la Ley de Andalucía, art. 7.2 Ley de Aragón, art. 8.2 Ley de Canarias; art. 10.2 Ley de Cantabria; art. 8.2 Ley de Castilla y León; art. 9.2 Ley de Castilla-La Mancha; art. 17.1 Ley de la Comunidad Valenciana; art. 11.4 Ley de Extremadura; art. 14.2.b Ley de Galicia; art. 7.2 Ley de las Islas Baleares; art. 7.2 Ley de Madrid; art. 7.2 Ley de La Rioja). A pesar de que no ha sido materia de polémica, no es raro que el nombramiento de los vocales no judiciales no se haya efectuado dentro del plazo legal de noventa días siguientes a la sesión constitutiva, procediéndose a su designación, a instancia del Presidente de la Junta Electoral.

En esa intención de judicializar y fomentar la independencia de la Administración electoral, las Leyes disponen que los vocales de la Junta Electoral eligen, de entre los de origen judicial, al presidente y vicepresidente de la misma, nombramiento que se realizará en una sesión constitutiva que se celebrará, a convocatoria del secretario, dentro de los quince días siguientes a la publicación del Decreto de nombramiento (art. 8.4 Ley de Andalucía, art. 7.4 Ley de Aragón; art. 8.4 Ley de Canarias; art. 12 Ley de Cantabria; art. 8.4 Ley de Castilla y León; art. 7.4 Ley de las Islas Baleares); o «al inicio de la siguiente Legislatura», sin mayor especificación (art. 9.3 Ley de Castilla-La Mancha y art. 7.3 art. 7.2), o en la sesión constitutiva de la Junta Electoral (art. 11.5 Ley de Extremadura). Por su parte, otras Leyes, como la Comunidad Valenciana, disponen que el Presidente será el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, idéntica disposición que la del artículo 14.1.a de la Ley de Galicia, aunque en este caso no disponga nada del plazo mínimo para su constitución.

Por otra parte, basado en esa pretensión de permanencia, algunas Leyes prevén que todos los vocales, además de ser nombrados por Decreto del Gobierno, continuarán su mandato hasta la toma de posesión de la nueva Junta Electoral, al inicio de la siguiente Legislatura. Alguna Ley, por lo demás, dispone que la toma de posesión tendrá lugar pasado el plazo de cien días, contados a partir de la fecha de las elecciones (art. 10.3 Ley de Cantabria).

Así y de forma análoga a lo que sucede con el Secretario General del Congreso de los Diputados en la Junta Electoral Central, prevén las Leyes autonómicas que el Secretario de la Junta Electoral autonómica es el Letrado-Secretario General o Letrado Mayor del respectivo Parlamento autonómico, quien participa en sus deliberaciones, con voz y sin voto, y se encarga de la custodia de la documentación de la Junta electoral. Asimismo, participa en las reuniones de la Junta, de nuevo sólo con voz, el delegado provincial o director, según los casos, de la Oficina del Censo Electoral (art. 9.1 Ley de Andalucía; art. 8 Ley de Aragón; art. 8.5 y 6 Ley de Canarias; art. 10.4 Ley de Cantabria; art. 8.4 Ley de Castilla y León; art. 16.3 Ley de la Comunidad Valenciana; art. 11.6 Ley de Extremadura; art. 7.6 Ley de las Islas Baleares; art. 21 Ley del País Vasco, pero sólo se refiere a la condición de Secretario de la Junta Electoral del Letrado mayor del Parlamento vasco y art. 7.1.c) Ley de La Rioja). Sin duda, estos dos asistentes a las reuniones (el primero en calidad de miembro, como Secretario, y el otro en condición de «asistente» a las reuniones, aunque en ocasiones su presencia sea potestativa a voluntad de la Junta Electoral, art. 9.2 Ley de Andalucía; art. 11 Ley de la Castilla-La Mancha o art. 9 Ley de La Rioja) contribuyen a dotar de una cierta especialización a las reuniones de la Junta, aportando experiencia en materias y aspectos que pueden resultar de utilidad en el ejercicio por la Junta electoral de su función.

Además, la pertenencia del Secretario General del Parlamento a la Administración electoral contribuye a incrementar la participación del Parlamento en la Administración electoral, siendo una manifestación más de la tradicional vinculación de la Administración electoral con la Institución Representativa. Se pretende, de este modo, alcanzar una mayor garantía de independencia y de eficacia en la actividad de este órgano. Igualmente, fortalece esta relación la obligación del Parlamento de «coadyuvar» (Ley de Cantabria) en la aportación de medios personales y materiales necesarios para el ejercicio de las funciones de la Junta Electoral, lo cual se efectuará «en la medida de (las) posibilidades» de aquél. Otras leyes son más incisivas y prevén, sin más límites, que «el Parlamento pondrá a disposición de la Junta Electoral los medios personales y materiales para el ejercicio de sus funciones». (art. 10.1 Ley de Andalucía; art. 11 Ley de Canarias; art. 10 Ley de Castilla y León; art. 16 Ley de Galicia; art. 9.1 Ley de las Islas Baleares; por su parte, el art. 7.6 Ley de Aragón; art. 10 Ley de Castilla-La Mancha; art. 19 Ley de la Comunidad Valenciana y art. 11.2 Ley de Extremadura que dispone esta obligación también del Gobierno y los Ayuntamientos; art. 11 Ley de La Rioja). También contribuye a desarrollar esta relación entre la Administración electoral y el Parlamento el que la sede de la Junta sea la del Parlamento (art. 8.6 Ley de Andalucía; art. 7.6 Ley de Aragón; art. 8.7 Ley de Canarias; art. 8.6 Ley de Castilla y León; art. 9.6 Ley de Castilla-La Mancha; art. 16.4 Ley de la Comunidad Valenciana; art. 10.1 Ley de Extremadura; art. 7.7 Ley de las Islas Baleares; art. 10 Ley de La Rioja). Esto no sucede en todos los casos, ya que en Galicia o en Murcia la sede de la Junta no es la parlamentaria, siendo en Galicia la sede de la Junta la del Tribunal Superior de Justicia. En cualquier caso, la identidad de sedes (Parlamento-Junta Electoral autonómica) supone

que la Administración electoral se podría beneficiar, más *de facto* que *de iure*, de ciertas condiciones propias del estatuto parlamentario, en garantías como la inviolabilidad de la sede.

La problemática de la Junta Electoral autonómica de las Comunidades Autónomas uniprovinciales se centra en su coincidencia territorial con las Juntas electorales provinciales. Por ello, su eficacia como órgano de la Administración es muy limitada, pues algunas Leyes de elecciones como la Ley de Cantabria (disposición adicional cuarta, adicionada por la Ley de Cantabria 4/1991, de 22 de marzo) o la de Murcia (disposición transitoria primera) establecen que en el caso de que la celebración de elecciones al Parlamento regional sea simultánea con la de otras elecciones convocadas por el Gobierno de la Nación, «actuará como Administración Electoral la Junta Electoral Provincial, la cual ejercerá las funciones que la presente Ley atribuye a la Junta Electoral de Cantabria». La redacción de la Ley de Murcia es coincidente. La consecuencia (fácilmente perceptible), de esta disposición es que la Junta autonómica, en la práctica, nunca ha actuado más que para proceder a la sustitución de algún Diputado que ha perdido su condición de tal²⁰.

Quizá pueda pensarse que en una Comunidad Autónoma pluriprovincial adquiere todo su sentido la «creación de una Junta electoral autonómica como superior jerárquico de las Juntas Electorales Provinciales». En las Comunidades Autónomas pluriprovinciales, el caso de la Junta Electoral de Canarias es muy relevante, pues la Ley diseña un órgano extraordinariamente fuerte. Así, por ejemplo, la Ley canaria reconoce de forma expresa que corresponde a la Junta Electoral «resolver de forma vinculante las consultas que elevan las Juntas Electorales Provinciales dictando a las mismas las instrucciones que procedan en materia de su competencia» [art. 13.b) Ley de

²⁰ Sin embargo, la cuestión no fue jurídicamente tan clara como lo es ahora, tras la reforma de la Ley de elecciones de Cantabria de 1991. En efecto, desde la entrada en vigor de la Ley hasta la mencionada reforma, la Junta Electoral de Cantabria podría haber intervenido, en caso de concurrencia de elecciones, a pesar de las dudas que pudieron surgir de la aplicación del artículo 15.1 de la LOREG. De esta forma, no se ha planteado en Cantabria el problema de la coordinación y la compatibilidad de la Junta Electoral autonómica con la Junta Electoral Central. En efecto, la propia Junta Electoral de Cantabria elevó consulta a la Junta Electoral Central, previa emisión de una interesante minuta, sobre su competencia en caso de concurrencia de elecciones autonómicas y locales, lo cual se resolvió mediante Acuerdo JEC de 25 de febrero de 1991, en el sentido de que «la Junta Electoral de la Comunidad Autónoma de Cantabria es competente únicamente con relación al proceso electoral autonómico mientras que la Junta Electoral Provincial es competente tanto en relación el proceso autonómico como al local, con dependencia inmediata de la Junta Electoral de la Comunidad Autónoma en cuanto a las elecciones autonómicas y de la Junta Electoral Central en cuanto a las elecciones locales». Quedaba abierta, por tanto, la posibilidad de que la Junta Electoral de Cantabria actuase en caso de concurrencia de elecciones. Sin embargo, la citada reforma de 1991 zanjó, por el momento, la cuestión, sin que parezca hoy muy claro qué sentido tiene regular un órgano de tanta relevancia, su composición, sus procedimientos, su personal..., para seguidamente impedir en la práctica que pueda desarrollar su función con normalidad. En cualquier caso, parece mucho más realista la solución adoptada por otras Comunidades Autónomas uniprovinciales (Madrid, Navarra, y Asturias) en el sentido de no crear un órgano autonómico propio de Administración electoral, de modo que en el caso de convocatoria a elecciones a la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma respectiva, la Junta electoral competente es siempre la Junta Electoral Provincial. No obstante, no ha habido voluntad ni iniciativa alguna de modificar esta regulación, ni siquiera ha sido impulsada o recomendada por parte de la propia Junta Electoral de Cantabria.

Canarias], o la competencia para «revocar de oficio en cualquier tiempo, o a instancia de persona interesada..., las decisiones de las Juntas Electorales Provinciales cuando se opongan a la interpretación realizada por la Junta Electoral Central o Junta Electoral de Canarias» [art. 13.d) Ley de Canarias]. Y es que la posición de la Junta electoral autonómica es mucho más nítida en las Comunidades Autónomas pluriprovinciales. En este sentido, el artículo 10.a) de la Ley de Aragón determina que corresponde a la Junta electoral autonómica «dictar instrucciones a las juntas electorales provinciales en materia de su competencia», lo cual supone situar a este órgano en una clara posición jerárquicamente superior a las Juntas Provinciales. Igual criterio sigue el artículo 13.a) de la Ley de Castilla-La Mancha o el artículo 13.c) de esta misma Ley, que atribuye a esta Junta Electoral la competencia de revocar, incluso de oficio, las decisiones de las Juntas Electorales cuando se opongan a una interpretación de la normativa electoral. También es manifestación de esta posición jerárquica el artículo 13.d), de la propia Ley de Castilla-La Mancha, que atribuye a esta Junta la unificación de los criterios interpretativos de las Juntas Electorales Provinciales, en la aplicación de la normativa electoral de Castilla-La Mancha. Por su parte, también es muy relevante la posición que se atribuye a la Junta Electoral de la Comunidad Valenciana, pues, además de ostentar una posición jerárquica superior con respecto a las Juntas electorales provinciales, debe determinar las candidaturas que han obtenido un 5 por ciento de los votos emitidos en la Comunidad Autónoma, peculiar barrera electoral que funciona en las elecciones autonómicas de la Comunidad Valenciana [art. 20.d)]. Por su parte, es muy interesante en esta última Ley la «obligación» de la Junta Electoral de la Comunidad Valenciana de publicar en el Boletín Oficial las Resoluciones o consultas que tengan contenido general.

Desde un punto de vista general y referente a las funciones de las Juntas Electorales autonómicas, además de proclamar a los Diputados electos, resuelven las consultas que le eleven las Juntas de Zona y dictan instrucciones a éstas en materia de su competencia, resolviendo, asimismo, las quejas, reclamaciones y recursos que se le dirijan de acuerdo con la Ley. Además, pueden corregir las infracciones que se produzcan en el procedimiento electoral, que no sean constitutivas de delito y no estén reservadas a los Tribunales o a la Junta Electoral Central, imponiendo multas hasta 901,52 euros (entre otros, art. 13.d) Ley de Andalucía; art. 10.d) Ley de Aragón; art. 13.g) Ley de Canarias; art. 16.d) Ley de Cantabria; art. 14.d) Ley de Castilla y León; art. 13.g) Ley de Castilla-La Mancha; art. 15.d) Ley de Extremadura; art. 18.d) Ley de Galicia; art. 10.d) Ley de las Islas Baleares). Por su parte, la Ley del País Vasco prevé que la Junta Electoral imponga multas hasta 601,01 euros; también el artículo 14.1.h) Ley de La Rioja. No se reconoce esta potestad disciplinaria a la Junta Electoral autonómica en la Ley de la Comunidad Valenciana.

Sin que pueda profundizarse en este momento, sí puede apuntarse la dudosa naturaleza de esta potestad sancionadora, aunque parezcan aplicables los principios que, para el ejercicio de esta potestad administrativa, establece el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. También se aplican estos

principios al ejercicio de «*jurisdicción* disciplinaria sobre las personas que intervengan con carácter oficial en las operaciones electorales» (art. 13.c) Ley de Andalucía; art. 10.c) Ley de Aragón; art. 16.c) Ley de Cantabria; art. 14.c) Ley de Castilla-León; art. 20.1.c) Ley de la Comunidad Valenciana; art. 15.c) Ley de Extremadura; art. 18.c) Ley de Galicia; art. 10.c) Ley de las Islas Baleares; art. 10.c) Ley de Murcia; art. 25.f) Ley del País Vasco; art. 8.2.c) Ley del Principado de Asturias). No obstante, esta competencia es definida de un modo más prudente por alguna Ley, como la de La Rioja (art. 14.1.g), Canarias (art. 13.f), Castilla-La Mancha (art. 13.f) que atribuyen a la Junta Electoral de la Comunidad Autónoma *potestad* disciplinaria.

Se ha planteado, por lo demás y como opción en una posible reforma apuntada desde hace tiempo, que tuviesen las Juntas Electorales funciones de índole procedimental como las relativas al anuncio de los resultados electorales provisionales, lo que supondría proporcionar al electorado una mayor proyección y sensación de independencia y autonomía. A su vez esto estaría relacionado con varias funciones que se han atribuido a algunas Juntas para dotar una mayor independencia a algunos procesos dotados de cierta complejidad, como, por ejemplo, la Ley de Castilla y León 4/2001, de 4 de julio, reguladora de la iniciativa legislativa popular y de los Ayuntamientos, cuya Junta Electoral autonómica «garantizará la regularidad del procedimiento de recogida de firmas».

III. CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL

La circunscripción es la unidad territorial en la que los votos emitidos son traducidos en escaños y asignados posteriormente a una candidatura, con independencia de los votos emitidos en otras unidades territoriales. De la circunscripción se ha discutido sobre muchos aspectos, pero es su tamaño un elemento que impone una desproporcionalidad importante en España. E. de Alba ha señalado, en relación con las consecuencias de la magnitud del distrito electoral, que «la importancia de esta variable electoral es digna de tener muy en cuenta, ya que el tamaño de la circunscripción... entendiendo el tamaño como número de escaños a elegir, podrá condicionar en algún modo el funcionamiento de una concreta fórmula electoral, y por extensión puede tener efectos en la influencia de la representación política²¹». Por eso, el problema de la circunscripción electoral ha sido objeto de discusión, más o menos agria en términos académicos, en diversos momentos. No se olvide que, por ejemplo, en la Comunidad de Cataluña es uno de los motivos (quizá el principal) por los que no se ha aprobado Ley electoral hasta la fecha. En este sentido, la cuestión de la circunscripción o distrito es, obviamente, diferente si estamos en una Comunidad Autónoma uniprovincial o no, o si se estudia el régimen de una Comunidad insular. Pero no todo merece una crí-

²¹ E. de Alba Bastarrechea, «Los modelos electorales y su repercusión sobre los modelos electorales», en VVAA, *Los Grupos parlamentarios*, Asamblea de Madrid, Madrid, 2007, p. 143.

tica negativa ni todo son malas noticias: se ha conseguido la ventaja de la estabilidad y de dificultar alguna tentación de *gerrymandering*, aunque cuente con el inconveniente de petrificar la solución a la cuestión de la circunscripción que podría tener otras posibilidades de desarrollo.

Como inicio (y aunque todo sea matizable) puede defenderse que, dado el carácter indivisible y general de la representación, la circunscripción o distrito no debería fragmentarse en exceso, pues existe el riesgo evidente de introducir efectos mayoritarios, lo cual es de muy dudosa constitucionalidad. Organizándose la representación en función del conjunto, no debería segmentarse el territorio ni el pueblo representado. Así, algunos Estatutos de Autonomía (como, por ejemplo, el art. 12.2 EACyL) al más puro estilo liberal, disponen que los Diputados representan a la totalidad del pueblo (el de Castilla y León, en este caso), pero introducen una circunscripción provincial, muy lejos de la circunscripción autonómica única. Como se sabe, los Estatutos de Autonomía han dispuesto, en general, que la circunscripción electoral coincidirá con la provincia (y con la Comunidad Autónoma en las uniprovinciales). No obstante y como también es conocido, hay tres Comunidades Autónomas uniprovinciales que no cumplen ese principio de coincidencia provincial aludido: Murcia, Asturias y Baleares. Pero en relación con esta última y justificado por su insularidad, el Tribunal Constitucional, en STC 45/1992, de 2 de abril, ha reconocido, con total naturalidad y normalidad, que sea la isla el distrito electoral. Pero los supuestos de Murcia y del Principado de Asturias son también interesantes.

El Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia disponía, en su disposición transitoria primera 1.ª, que para las primeras elecciones a la Asamblea Regional, la Comunidad Autónoma se debía dividir en cinco circunscripciones electorales, «constituidas por la reunión de los municipios de la Región»²². Con posterioridad, la Ley de Murcia 2/1987 de elecciones fija en su artículo 13 las mismas cinco circunscripciones que ya fijaba el Estatuto de Autonomía, sin apenas ningún cambio²³. Esta decisión, en un principio legítima, no está amparada en ningún intento claro de comarcalización previamente determinado, prueba de lo cual es que a las circunscripciones no se les atribuye un nombre. Pero toda esta regulación produce una cierta sensación

²² Las cinco circunscripciones son: «Uno. Lorca, Águilas, Puerto Lumbreras, Totana, Alhama, Librilla, Aledo y Mazarrón. Dos. Cartagena, La Unión, Fuente Álamo, Torre Pacheco, San Javier y San Pedro del Pinatar. Tres. Murcia, Alcantarilla, Bemiél, Molina, Alguazas, Las Torres de Cotillas, Lorquí, Ceutí, Cieza, Abarán, Blanca, Archena, Ricote, Ulea, Villanueva, Ojos, Fortuna, Abanilla y Santomera. Cuatro. Caravaca, Cehégín, Calasparra, Moratalla, Bullas, Pliego, Mula, Albudeite y Campos del Río. Cinco. Jumilla y Yecla». Además, en su párrafo *b* esta disposición transitoria 1.1 determinaba que: «*b*) La Asamblea estará integrada por un número de miembros que no será inferior a 35 ni superior a 45 Diputados regionales, de los cuales cada circunscripción elegirá uno fijo y otros más por cada 25.000 habitantes o fracción superior a la mitad de dicho número».

²³ El único cambio que se observa es la inclusión en el artículo 13 de la Ley de Murcia del municipio de *Los Alcázares*, que aparece ahora en la circunscripción número 2. La razón de esta novedad estriba en la aprobación del Decreto de Murcia 77/1983, de 13 de octubre, de creación del municipio de Los Alcázares.

de artificialidad en esta división territorial, pues no parece perseguir la norma del artículo 152 CE sobre la «representación de todas las zonas del territorio», introduciendo una altísima dosis de efecto mayoritario en un sistema electoral que habría de tener una proporcionalidad más pura.

Por su parte, el caso del Principado de Asturias, también estaba regulado en la disposición transitoria primera.² de su Estatuto de Autonomía que fija tres circunscripciones²⁴: central, occidental y oriental. Esta división es mantenida por la Ley de Asturias 14/1986, de 26 de diciembre, si bien aparecen ahora referenciadas las tres circunscripciones a municipios, y no a los partidos judiciales, como en el texto estatutario²⁵.

La distribución de parlamentarios entre las circunscripciones es casi siempre el mismo. Por su parte y al igual que hace el artículo 14 de la Ley de Murcia, la Ley asturiana distribuye los cuarenta y cinco parlamentarios autonómicos entre las tres circunscripciones con un criterio idéntico al que dispone la LOREG en su artículo 171. En este sentido, la técnica de atribución de Diputados a cada circunscripción es casi siempre la misma. Se determina un mínimo atribuido a cada circunscripción electoral (no en las uniprovinciales, excepto en las Islas Baleares, Asturias y Murcia): 8 en Andalucía (art. 17.2 Ley de Andalucía), 13 en Aragón (art. 13.2 Ley de Aragón), 20 en las Cortes Valencianas (art. 11.2 Ley de la Comunidad Valenciana), 20 en Extremadura (art. 18.2 Ley de Extremadura), 10 en Galicia (art. 9.2 Ley de Galicia), 1 en Murcia (art. 14.2 Ley de Murcia) y 2 en el Principado de Asturias (art. 12.1 Ley del Principado de Asturias). Posteriormente, se determina el resto de parlamentarios que corresponde elegir a cada circunscripción sobre la base de una cuota de reparto distribuida entre la población de derecho de cada circunscripción (es decir, el sistema del art. 171 LOREG ya visto). Sin embar-

²⁴ «2. Las primeras elecciones a la Junta General del Principado de Asturias se celebrarán de acuerdo con las siguientes normas: a) La provincia de Oviedo, a estos efectos, se dividirá en tres circunscripciones electorales: oriente, occidente y centro. La circunscripción oriental estará formada por los concejos integrados en los partidos judiciales de Llanes y Cangas de Onís y además por los concejos de Villaviciosa, Colunga y Caravia. La circunscripción occidental estará formada por los concejos integrados en los partidos judiciales de Lluarca, Cangas de Narcea y Grado. La circunscripción central estará formada por los concejos integrados en los partidos judiciales de Oviedo, Avilés, Mieres, Laviana, Lena y Siero y, además por los concejos de Gijón y Carreño. La referencia a concejos y partidos judiciales se entiende hecha a la configuración que tengan el día en que entre en vigor este Estatuto. b) La Junta General del Principado estará compuesta por 45 miembros, de los que corresponderán ocho a la circunscripción occidental, cinco a la oriental y treinta y dos a la central».

²⁵ El artículo 11 de la Ley electoral de Asturias dispone: «1. La Circunscripción Central está formada por los concejos de Aller, Avilés, Bimenes, Carreño, Caso, Castrillón, Corvera de Asturias, Gijón, Gozón, Illas, Las Regueras, Langreo, Laviana, Lena, Llanera, Mieres, Morcín, Noreña, Oviedo, Proaza, Quirós, Ribera de Arriba, Riosa, San Martín del Rey Aurelio, Santo Adriano, Sariego, Siero, Sobrescobio y Soto del Barco. 2. La Circunscripción Occidental está formada por los concejos de Allande, Belmonte de Miranda, Boal, Candamo, Cangas del Narcea, Castropol, Coaña, Cudillero, Degaña, El Franco, Grado, Grandas de Salime, Ibias, Illano, Lluarca, Muros de Nalón, Navia, Pesoz, Pravia, Salas, San Martín de Oscos, Santa Eulalia de Oscos, San Tirso de Abres, Somiedo, Tapia de Casariego, Taramundi, Teverga, Tineo, Vegadeo, Villanueva de Oscos, Villayón y Yernes y Tameza. 3. La Circunscripción Oriental está formada por los concejos de Amieva, Cabrales, Cabranes, Cangas de Onís, Caravia, Colunga, Llanes, Nava, Onís, Parres, Peñamellera Alta, Peñamellera Baja, Piloña, Ponga, Ribadedeva, Ribadesella y Villaviciosa».

go, en nuestro sistema hay algunas variantes. Así, en Castilla y León se determina que se elijan 3 Procuradores por circunscripción y uno más por cada cuarenta y cinco mil habitantes o fracción superior a veintidós mil quinientos (art. 18 de la Ley de Castilla y León); siendo el caso de la Comunidad Valenciana muy novedoso en España, pues además de determinar un mínimo provincial muy alto (20) el resto de parlamentarios, hasta 89, se distribuyen entre las tres circunscripciones utilizando el método D'Hondt.

A su vez, en otras Comunidades Autónomas se atribuye un número fijo de parlamentarios a cada circunscripción, sin la aplicación posterior de una cuota de reparto. Por ejemplo, éste es el supuesto de la Comunidad Canaria, cuya situación es peculiar y fue objeto de una crítica muy dura por parte de J. F. López Aguilar²⁶. En efecto, la disposición transitoria primera.1 del Estatuto de Autonomía sigue un sistema (muy rígido) de adjudicación fija de escaños y dispone que elegirán 15 parlamentarios por cada una de las Islas de Gran Canaria y Tenerife, 8 por La Palma, y 8 por Lanzarote, 7 por Fuerteventura, 4 por La Gomera y 3 por El Hierro. Por su parte, la Ley de Castilla-La Mancha dispone, en su artículo 16.2, la distribución directa de parlamentarios a cada circunscripción, determinando que Albacete tendrá 10 Diputados; Ciudad Real, 11; Cuenca, 8; Guadalajara, 7 y Toledo 11. También para las elecciones al Parlamento balear se determina un número fijo por cada isla correspondiendo «33 en la isla de Mallorca, 13 en la de Menorca, 12 en la de Ibiza y 1 en la de Formentera» (art. 12.2 Ley de las Islas Baleares). Para finalizar, el sistema electoral vasco huyendo de un criterio de proporcionalidad poblacional entre los tres Territorios y, partiendo de una cierta idea que pretende aproximarse a una confederación de territorios, se determina por la Ley del País Vasco que son 25 los parlamentarios que se eligen en cada circunscripción (art. 9 de la Ley del País Vasco).

Para finalizar con este tema y debido al desigual (y artificial) tamaño de la circunscripción, la representación en nuestro sistema es muy imperfecta. En algunos casos el sistema es casi mayoritario. Pero siendo así, algunas leyes han pretendido asegurar una redistribución entre las diversas partes del territorio, aunque sea a costa de sobrerepresentar a ciertas zonas de la Comunidad Autónoma. En este sentido, existe alguna fórmula diferente y correctiva en la

²⁶ J. F. López Aguilar, «Derecho electoral autonómico y potestad autoorganizativa de las CCAA», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 8, 1999, pp. 253 y ss. Señala este autor que «la CAC padece el sistema más desproporcional ... de toda la España democrática», para indicar más adelante que «ha devenido un sistema tendencialmente caracterizado, por encima de otros rasgos, por la atomización de representación..., la insolidaridad y la inestabilidad». Es el sistema electoral canario, «el más original, imparable y problemático de la España autonómica. En prueba de ello, se encuentra sometido al potente foco de la discusión política desde el día de su adopción, prácticamente sin solución de continuidad». La explicación de tan peculiar norma se debe al denominado principio de las tres paridades: «paridad entre el conjunto de las islas centrales o mayores —Gran Canaria y Tenerife—, el de las periféricas o menores; paridad entre las de una provincia y otra; paridad entre los de las dos islas mayores entre sí y sus respectivas periféricas» (p. 254). Años antes, había expresado su oposición a la regulación del Estatuto de Autonomía en, «Los problemas de constitucionalidad del sistema electoral canario (“La insoportable permanencia de una Disposición transitoria”))», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, 1997, pp. 95 y ss.

determinación del número de parlamentarios que deben elegirse por cada circunscripción. Buen ejemplo de ello es el artículo 13.4 de la Ley de Aragón, que dispone que «Si, como consecuencia de la aplicación de las reglas anteriores, el número de habitantes dividido por el número de escaños en la provincia más poblada superara en 2,75 veces al de la provincia menos poblada, corresponderá a la provincia de mayor población el número de Diputados de la provincia de menor población que sea indispensable para que no se supere dicho límite». Esta disposición es similar (aunque con efectos diversos) a la del artículo 24 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que dispone que la desproporción entre circunscripciones no debe ser superior a la «relación uno a tres» (también el art. 11.4 de la Ley de la Comunidad Valenciana). Todo ello tiene efectos inútiles: aunque se pretenda conseguir un trato de mayor favor de las zonas con menos habitantes, no se asegura (porque no puede) superar la dialéctica del normal juego de los partidos políticos.

IV. FÓRMULA ELECTORAL

La fórmula electoral es el procedimiento por el cual se asignan los escaños a las distintas formaciones políticas que han concurrido al proceso electoral, en función de los votos válidos que cada una de ellas ha obtenido. Como se sabe, nuestro sistema opta expresamente por una fórmula electoral proporcional. Trasciende del alcance de estas páginas aludir a la clásica discusión sobre las ventajas de una fórmula proporcional sobre otra mayoritaria, y la mayor justicia de la primera sobre la segunda, o la mayor eficacia de los sistemas mayoritarios sobre la fórmula proporcional. Como es sabido, nuestro Texto Constitucional, de modo similar al artículo 68 CE para las elecciones al Congreso de los Diputados, establece en su artículo 152 CE que la organización institucional autonómica se «basará» en una Asamblea legislativa elegida con arreglo a un sistema de representación proporcional. Qué significa proporcionalidad ha sido analizado desde diversos puntos de vista, incluso el Tribunal Constitucional se ha referido a ello. Así, para este Tribunal la proporcionalidad debe valorarse globalmente, atendiendo al proceso electoral en su conjunto (STC 45/1992, de 2 de abril), criterio que se ha aplicado también a algunos ámbitos del Derecho parlamentario, como en el de la atribución a los grupos parlamentarios de un número de miembros en las Comisiones parlamentarias (STC 30/1996, de 26 de febrero). En este sentido, ya se ha señalado que «la adecuada representación proporcional sólo podrá serlo imperfectamente en el margen de una discrecionalidad que la haga flexible» (STC 40/1981, de 18 de diciembre); también se ha indicado que «la proporcionalidad es más bien una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral» (STC 75/1985, de 21 de junio), y, en conclusión, «el sistema proporcional puede asumir, en consecuencia, diversas variantes, y no puede excluirse que el legislador autonómico, a la hora de configurar la variante concreta a seguir, en el uso de su libertad de configu-

ración normativa, introduzca correcciones o modulaciones al principio de proporcionalidad. En tanto el legislador autonómico se funde en fines u objetivos legítimos y no cause discriminaciones entre las opciones en presencia, no cabrá aceptar el reproche de inconstitucionalidad de sus normas o de sus aplicaciones en determinados casos, por no seguir unos criterios estrictamente proporcionales» (STC 193/1989, de 16 de noviembre).

En una primera aproximación, podría parecer que las opciones del legislador autonómico son pocas, pues ya desde la cúspide constitucional del sistema se impone que la fórmula adoptada ha de ser proporcional. Sin embargo, las posibilidades para introducir alguna regulación novedosa no han sido aprovechadas por las Leyes autonómicas. Así, ni una sola Ley autonómica varía una sola coma de lo dispuesto en la LOREG acerca de la fórmula electoral elegida en el Congreso. Sin embargo, las alternativas y posibilidades con que cuentan las Comunidades son muy variadas y, alguna, relativamente sencilla de introducir. Como en casi todas las elecciones que regula la LOREG, la fórmula electoral utilizada es la D'Hondt proporcional con atribución de cocientes, y que se caracteriza por contar con una «mecánica aritmética (que) permite aislar la adjudicación de los últimos escaños de una circunscripción sin reflejo o contagio para los ya adjudicados» (STC 24/1990, de 15 de febrero). Esta fórmula proporcional ha sido criticada desde diversos ámbitos y atendiendo muchas veces a diferentes intencionalidades.

Es extraño que ninguna Comunidad Autónoma haya incorporado una variante que saliese del conocido método D'Hondt, o alguna otra fórmula. Desde la denominada variante Sainte-Laguë modificada (que proporciona una mayor proporcionalidad, y se utiliza en sistemas como el noruego o el sueco), a alguna de las variantes de restos mayores, o cualesquiera de las que añaden una mayor representatividad al sistema (sin ser exhaustivo, puede citarse alguna otra opción, como la de la Cuota Hare o la Cuota Droop)²⁷. Las opciones son muchas, como las que hay en algunas regiones italianas que han adoptado una fórmula electoral que permite la formación de mayorías sólidas y la representación de las minorías. Por ejemplo, no es raro garantizar en alguna región italiana la mayoría absoluta del Consejo (como sucede en la Toscana, donde se asegura un 35 por ciento) al partido o partidos que hayan apoyado al candidato a Presidente de la Región ganador de las elecciones, asegurándose a la oposición un porcentaje mínimo de escaños. Pero como se ha dicho, todas las leyes electorales españolas han optado por incorporar sin variantes lo dispuesto en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General,

²⁷ La enumeración de los sistemas electorales sería prácticamente imposible por inabarcable. Baste por ello con esta simplísima enumeración. Para una mayor información, *vid.* D. Nohlen, *Sistemas electorales y partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004. También en M.V. García Soriano, *Elementos...*, *op. cit.* Por su parte, hay algún defensor de la aplicación de la fórmula Sainte-Laguë modificada por producir una mejor proporcionalidad, como J. R. Montero Gibert, «El debate sobre el régimen electoral: rendimientos, criterios y propuestas de reforma», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 95, 1997, pp. 25 y ss. Por último, son muy interesantes las consideraciones de V. Ramírez, en D. Rae y V. Ramírez, *Quince años de experiencia. El sistema electoral español*, 1993. Analiza este autor las diversas posibilidades desde un punto de vista de la Matemática.

pues la distribución de escaños se «hará en la forma establecida en el artículo 163.1, letras b), c), d) y e) de la LOREG», determina la Ley de Cantabria, y con una pésima técnica legislativa, se explica también la mecánica de la fórmula electoral en muchas leyes autonómicas mediante el innecesario ejemplo de la LOREG, pero adoptado aquí a la realidad autonómica.

Pero con la dinámica propia que ha existido en algunos Parlamentos pequeños, con un Parlamento excesivamente fragmentado, las posibilidades de incrementar la proporcionalidad son escasas si no se constituyen circunscripciones más grandes. Además, si se sustituyera la fórmula D'Hondt por un sistema proporcional puro de resto mayor no accederían ni en Extremadura, ni en Cantabria, ni en La Rioja pequeños partidos que ya se quedan fuera, siendo la representación obtenida sustancialmente coincidente con la obtenida hasta la fecha. Éste es el caso de los Parlamentos más grandes, en los que un mayor número de parlamentarios a elegir permite una distribución con una mayor dosis de proporcionalidad.

No parece adecuado este momento para una explicación completa del funcionamiento del sistema D'Hondt, en general, pero, teniendo en cuenta la relatividad de la proporcionalidad, sí ha de advertirse que, en sí mismo, cumpliría las previsiones constitucionales y estatutarias de que la fórmula electoral ha de ser proporcional. Podría afirmarse que los defectos que en ocasiones se le achacan a la fórmula D'Hondt no son siempre achacables a la misma, sino más bien a la inexistencia de una cierta apertura de las listas, o a la distribución previa del número de Diputados elegido por cada circunscripción, pero sobre todo el tamaño de ésta. Sin duda, estos «perversos» efectos se verían atenuados si existiese algún correctivo en la aludida fórmula de distribución de un mínimo de Diputados por distrito y, mucho más, si existiese una circunscripción electoral única, como, por cierto, existe en las elecciones al Parlamento Europeo, que regula el Título VI de la LOREG. Debe quedar claro, así, que un cambio en la distribución de los Diputados que han de ser elegidos en la elección al Parlamento canario, atenuaría la pésima proporcionalidad con que cuenta ese sistema electoral.

Pero advertido lo anterior y asumido el mínimo constitucional, debe indicarse que la fórmula D'Hondt no introduce la mejor de las proporcionalidades. No hay duda de que es aquí donde radica la mayor virtud de la fórmula D'Hondt (favorece la formación de gobiernos), posiblemente esté también su mayor defecto, pues otorga resultados que están lejos de la proporcionalidad pura. Así, atendiendo al denominado por Duverger²⁸ «efecto mecánico» del sistema electoral, las candidaturas más votadas son sobrerrepresentadas por esta fórmula respecto a su porcentaje de votos, con lo que se produce una cierta disfunción en el resultado definitivo. Puede defenderse, incluso, un cierto efecto mayoritario añadido de la fórmula electoral elegida. De esta forma, las entidades políticas con peores resultados en la circunscrip-

²⁸ Cfr. M. Duverger, *Los partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

ción tienen dificultades para obtener representación, y, generalmente, son infrarrepresentados.

Pero el efecto mayoritario aludido es más apreciable en ciertas circunscripciones pequeñas (como sucede casi siempre en elecciones autonómicas), en donde tiende a producir una mayor sobrerrepresentación de las candidaturas más votadas, cuanto menos son las candidaturas que han logrado entrar en el Parlamento, pues la «pérdida» de los votos de las candidaturas que no han obtenido representación es menor. En realidad, con la fórmula D'Hondt pueden ser perjudicados o beneficiados tanto las candidaturas presentadas por partidos políticos grandes como las presentadas por más pequeños, pues la categoría «representativa» de la elección depende del número de candidaturas que obtengan representación en la Cámara.

Este es el sentido de la falta de neutralidad del sistema y la fórmula electoral, pues el conocimiento previo y aproximado de los resultados puede condicionar la actuación tanto de los partidos políticos, como de los electores, los cuales, ante un número de opciones políticas elevado tiende a concentrar su voto hacia aquellas que, a su juicio, se encuentran mejor situadas. Así, aludiendo esta vez al denominado «efecto psicológico» de Duverger, se produce una cierta concentración de voto en pocas opciones políticas. En general, puede señalarse que los sistemas electorales de las CCAA han tenido efectos de concentración sobre el sistema de partidos políticos.

El comentario de la fórmula electoral debe ser completado con la mención a la forma de presentación de las candidaturas que regula la legislación electoral. En efecto, la LOREG determina que, atendiendo a un sistema de lista cerrada y bloqueada, «los escaños se atribuyen a las candidaturas que obtengan los cocientes mayores en el cuadro, atendiendo a un orden decreciente». Es evidente el efecto fortalecedor de los cuadros directivos de los partidos políticos, pero esta circunstancia ha sido criticada porque disminuye de forma considerable una eventual relación directa elector/elegible, con lo que la elección se «limita» a una selección entre ideas, imágenes o programas. Sin embargo, suele plantearse que, pasado el tiempo de los iniciales años de la andadura constitucional y estatutaria, podría introducirse un cierto elemento que introdujese una mayor relación entre el elector y el Diputado, promoviendo una cierta personalización del mandato parlamentario y reforzando, de forma indirecta, la democracia interna de los partidos. Desde luego, esta posibilidad podría plantearse en el futuro con extraordinaria prudencia en cuanto a su eficacia. En todo caso, una alteración del sistema de listas merecería un amplio debate y, desde luego, el deseable consenso que debe mediar siempre en la materia electoral, pues las posibilidades son variadas, las consecuencias numerosas y, hasta cierto punto, impredecibles²⁹.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta el reflejo conservador derivado de la familiarización con un sistema electoral como el del Congreso de los Di-

²⁹ Son muy interesantes las reflexiones que sobre los partidos políticos y su influencia en el ejercicio democrático electoral efectúa O. Salazar Benítez, *La ciudadanía perpleja. Las claves y dilemas del sistema electoral español*, Laberinto, Madrid, 2006.

putados y las inercias de las maquinarias de partido que explican, además, que no se haya introducido cambio alguno en esta situación y más cuando el resultado final no variaría en exceso. Hay que tener en cuenta, así mismo, que el Derecho electoral es siempre conservador: cambia de forma dificultosa y de modo parcial y limitado, coincidiendo siempre las reformas importantes con períodos de reforma más amplios. Es muy relevante, en definitiva, la evidente permanencia del sistema electoral debido a una adaptación de las fuerzas políticas y también de los ciudadanos a un procedimiento electoral dado, sin olvidar los intereses propios del partido mayoritario porque éste apenas tendrá interés en modificar un sistema electoral que le permitió ganar las elecciones. Ante este panorama, no quedan sino dosis de escepticismo ante la posibilidad real de introducir alguna modificación en la legislación electoral (general o autonómico) en esta materia.

V. BARRERA ELECTORAL

La barrera electoral es el porcentaje mínimo de votos que debe obtener una candidatura en la circunscripción electoral para poder participar en el reparto de escaños. La valoración doctrinal de la barrera electoral es diversa. Martínez Sospedra señala que es un instituto «profundamente antipático (sea constitucional o no)»³⁰. Pero suele reconocerse su eficacia para evitar una excesiva desmembración de la institución representativa, para que no obtengan representación formaciones pequeñas y para que se favorezca la formación de gobiernos más estables. En un principio, la STC 75/1985, de 21 de junio (en relación con el límite del 3 por 100 de los votos válidos emitidos en cada circunscripción, en elecciones al Congreso de los Diputados, establecido por el art. 20.2.b) del Real Decreto-Ley 20/1977), ya señaló que «la finalidad de las barreras electorales es la de procurar (...) que la proporcionalidad electoral sea compatible con el resultado de que la representación de los electores en tales Cámaras no sea en exceso fragmentaria, quedando encomendada, a formaciones políticas de cierta relevancia (...) La validez constitucional de esta finalidad es lo que justifica, en último término, el límite (...) impuesto por el legislador, y esa validez se aprecia si tenemos en cuenta que el proceso electoral en su conjunto, no es sólo un canal para ejercer derechos individuales (personales o de grupo) reconocidos por el art. 23 CE, sino que es también, a través de esta manifestación de derechos subjetivos, un medio para dotar de capacidad de expresión a las instituciones del Estado democrático y propor-

³⁰ M. Martínez Sospedra, «La barrera electoral y su (im)posible reforma», en *El País*, 19/1/2005. Añade este autor: «Por una parte es una figura que está pensada para orientar el voto de los electores, para inducir el “voto estratégico”, para procurar que los electores voten “bien”, voten a “los buenos”, que sin duda por feliz casualidad son los grandes, y del otro disuadirles de orientar su voto “mal”, de que voten a “los malos”, que Dios en su infinita bondad consiente que sean los pequeños. Qué quieren ustedes que les diga, como impenitente lector de Cervantes penalizar a los pequeños porque lo son no me parece simpático precisamente. Por eso he escrito alguna vez que la mejor barrera electoral es la que no existe: que los electores hablen y a quien ellos se lo den, San Pedro se lo bendiga».

cionar centros de decisión política eficaces y aptos para imprimir una orientación general de la acción de aquél (...) La experiencia de algunos períodos de nuestra historia contemporánea y la de algunos otros regímenes parlamentarios enseñan, sin embargo, el riesgo que, con relación a tales objetivos institucionales, supone la atomización de la representación política, por lo que no es, por lo tanto, ilegítimo que el ordenamiento electoral intente conjugar el valor supremo que, según el artículo 1.1 CE, representa el pluralismo y su expresión, en este caso, en el criterio de la proporcionalidad con la pretensión de efectividad en la organización y actuación de los poderes públicos». Esta jurisprudencia ha sido reiterada por el propio Tribunal en otros pronunciamientos, como SSTC 76/1989, 189/1989, 45/1992 ó 225/1998.

Se ha dispuesto también que «el principio democrático de la igualdad se encuentra abierto a las fórmulas electorales más diversas, y ello porque se trata de una igualdad en la Ley, o, como el mismo artículo 23.2 CE establece, de una igualdad referida a las «condiciones» legales en que el conjunto de un proceso electoral se desarrolla, por lo que la igualdad, por tanto, no prefigura y excluye otros, sino que ha de verificarse dentro del sistema electoral que sea libremente determinado por el legislador, impidiendo las diferencias discriminatorias, pero a partir de tal sistema, y no por referencia a cualquier otro» (STC 75/1985). Pero la Constitución, al establecer la exigencia de representación proporcional como garantía objetiva del ordenamiento electoral, la proyecta sobre el contenido del derecho fundamental, vinculando al legislador a ese mandato. De este modo, el concreto derecho a acceder a la condición de Diputado solamente podrá considerarse realizado en su plenitud si el sistema electoral alegado «respeto el criterio de la proporcionalidad» (STC 75/1985) o, dicho de otro modo, no establece «diferencias irrazonables, injustificadas o arbitrarias de las que derive una discriminación contraria al art. 23.2 CE» (STC 193/1989, de 16 de noviembre). Así, el Tribunal Constitucional añade que «no es dudoso que un uso expansivo de la técnica de la barrera electoral por el legislador puede llegar a vulnerar el contenido esencial del derecho de sufragio pasivo» (STC 225/1998, de 25 de noviembre).

De la anterior doctrina constitucional cabe concluir que las barreras electorales, en virtud de los fines constitucionales a los que sirven, no vulnerarían ni el derecho de igualdad, ni el contenido esencial del derecho de sufragio pasivo. No obstante, su «efecto limitador del escrutinio proporcional» se proyecta de manera igual sobre un sector relativamente reducido de los ciudadanos que ejercen sus derechos de representación. Ello implica (en sintonía con la valoración realizada por el legislador —tanto el español como el de nuestro entorno democrático—, y la propia experiencia política derivada de estos regímenes parlamentarios) que, en principio, no resulten constitucionalmente admisibles aquellas barreras que establezcan porcentajes superiores a los porcentajes referenciados en las leyes, «salvo que excepcionalmente concurren poderosas razones que lo justifiquen». Enigmática frase que el Tribunal Constitucional no explica ni ha tenido ocasión de aclarar en fallos sucesivos. Por tanto, puede afirmarse (también con las palabras del Tribunal) que si la barrera electoral es una opción acorde con la Constitución, siempre que

su porcentaje sea *razonable* como para que los resultados no alteren *de forma excesiva* la voluntad popular.

De este modo, y teniendo en cuenta esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la barrera electoral en las elecciones a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas oscila entre el 3 y el 5 por ciento. El 3 por ciento se fija en la Ley de Andalucía (art. 18.a)), Aragón (art. 14.a)), Castilla-La Mancha (art. 17.a)), Castilla y León (art. 20.a)), Navarra (art. 10) y Principado de Asturias (art. 13.a)). Por su parte, la Ley de Cantabria 5/1987, de elecciones, dispone, en su artículo 17.3, que «no se tendrán en cuenta aquellas candidaturas que no hubiesen obtenido, al menos, el 5 por ciento de los votos». También fijan el 5 por ciento de votos en la circunscripción las Leyes de las Islas Baleares (art. 12.4), Comunidad Valenciana (art. 12.a)), Extremadura (art. 19.a), que también permite se pueda alcanzar ese porcentaje en toda la Comunidad Autónoma), Galicia (art. 10.a)), Madrid (art. 18.2), Murcia (art. 15.a)), País Vasco (art. 10.1) y La Rioja (art. 20.a)). El caso de la Comunidad Valenciana es peculiar porque es el único que exige *superar* el porcentaje fijado de barrera, mientras que el resto se conforma con *alcanzar* ese porcentaje.

El caso de la Comunidad Autónoma de Canarias es realmente peculiar y ha despertado encendidas opiniones contrarias³¹. Baste citar la disposición transitoria primera.2 EACANA que establece que «sólo serán tenidas en cuenta aquellas listas de partido o coalición que hubieran obtenido el mayor número de votos válidos de su respectiva circunscripción electoral y las siguientes que hubieran obtenido, al menos, el 30 por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción insular o, sumando los de todas las circunscripciones en donde hubiera presentado candidatura, al menos, el 6 por ciento de los votos válidos emitidos en la totalidad de la Comunidad Autónoma».

En general, no puede dudarse que la barrera tiene algún efecto apreciable en la formación de mayorías. Sus efectos perturbadores pueden ser (y muchas veces lo son) notables, aunque la fragmentación electoral es más alta en las elecciones generales que en las autonómicas, seguramente también por el reducido tamaño de las circunscripciones en aquéllas³². Por ello, ha de criticarse esta técnica y más cuando se sitúa en un porcentaje demasiado alto, que supone la disminución del derecho de sufragio activo de aquellos electores que han votado a candidaturas, no ya minoritarias, sino de un menor apoyo electoral que otras. Con estos resultados se priva a un número considerable de votos de cualquier capacidad de configuración de la voluntad colectiva. Y es que parece que, a pesar de los pronunciamientos del TC, si la barrera es difícilmente compatible con una plena efectividad del derecho fundamental del artículo 23 CE, más difícilmente lo es si se eleva de tal forma que los

³¹ Cfr. J. F. López Aguilar, «Derecho electoral...», *op. cit.*, pp. 258 y ss.

³² Cfr. J. Botella, «El sistema electoral español: fórmula electoral y umbrales de representación», en Juan Montabes Pereira (coord.), *El sistema electoral a debate: veinte años de rendimiento del sistema electoral español (1977-1997)*, Sevilla, Centro de Investigaciones Sociológicas/Parlamento de Andalucía, 1998, especialmente pp. 96 y ss.

resultados perjudiciales son manifiestos. Así, parece razonable proponer una modificación para al menos situar la barrera en límites más tolerables, como se efectuó en la Comunidad Autónoma Vasca, en donde se disminuyó la barrera electoral, del 5 al 3 por ciento, mediante Ley 6/2000, de 4 de octubre, de modificación de la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco.

VI. CONVOCATORIA Y PROCEDIMIENTO ELECTORAL

La convocatoria es el acto jurídico a través del cual se efectúa por la autoridad competente el llamamiento a los actores electorales a cumplir la función legalmente determinada, y a los electores a participar en el proceso electoral correspondiente. De esta forma y por su importancia, algunos Estatutos de Autonomía suelen incluir preceptos relativos a la convocatoria; así, el artículo 10.3 del EACANT o el artículo 10.3 EACLM incluyen las conocidas disposiciones en el sentido de que las elecciones serán convocadas por el Presidente de la Comunidad Autónoma «en los términos previstos en la Ley que regule el Régimen Electoral General, de manera que se realicen el cuarto domingo de mayo cada cuatro años», precepto reiterado también en algunas leyes como en la Ley de Cantabria (art. 18.1). Y como ya se dijo, el Estatuto de Autonomía de La Rioja, dispone en su artículo 17.5 que «la convocatoria de elecciones se realizará por el Presidente de la Comunidad Autónoma, pudiendo coincidir con las elecciones locales». Otros Estatutos de Autonomía incluyen otras novedades, como el de Extremadura, que en su artículo 21.4 dispone que la convocatoria será el cuarto domingo de mayo cada cuatro años, «sin perjuicio de lo que dispongan las Cortes Generales, con el fin exclusivo de coordinar el calendario de las diversas consultas electorales». Idéntica fórmula utilizan el artículo 24.3 EAMUR y artículo 25.4 EAPRINCAST.

Algunos Estatutos de Autonomía nada o casi nada disponen en esta materia, mientras que otros Estatutos incluyen disposiciones muy completas, como la del artículo 56.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que establece que el «Presidente o Presidenta de la Generalitat, quince días antes de la finalización de la legislatura, debe convocar las elecciones, que deben tener lugar entre cuarenta y sesenta días después de la convocatoria». También tiene una vocación general el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que en su artículo 23.4 dispone que la convocatoria la realiza el Presidente, y que las *Corts* electas se reunirán a partir de noventa días después de finalizar el mandato de la anterior. Dispone también este artículo que el Decreto de convocatoria, entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial y «especificará el número de Diputados a elegir en cada circunscripción, la duración de la campaña electoral, el día de votación y el día, hora y lugar de constitución de *Les Corts* de acuerdo con la Ley Electoral Valenciana».

Es interesante exponer una breve aproximación de la regulación en esta materia de las leyes autonómicas, pues alguna introduce novedades. Primera-

mente, allí donde debe disponerse y al modo del Real Decreto de convocatoria de elecciones generales, los Decretos de convocatoria fijan los parlamentarios que han de ser elegidos en cada circunscripción. Además, la Ley de Andalucía, dispone en su artículo 14.2 que el Decreto de convocatoria fijará la fecha de la votación, «que no podrá estar comprendida entre los días 1 de julio a 31 de agosto, y la de la sesión constitutiva del Parlamento, que tendrá lugar dentro de los veinticinco días siguientes al de la celebración de las elecciones» (también art. 19.2 Ley de Castilla-La Mancha). Algunas variantes no dejan de ser peculiares, como los treinta días para la sesión constitutiva desde la celebración de las elecciones, según la Ley de Castilla y León (art. 16.2 de la Ley) o la Ley de Galicia (art. 12.2), o la Ley de Murcia (art. 17.2), o la Ley de La Rioja (art. 22.2); o veinticinco días desde la proclamación de candidatos (art. 8.5 Ley de Madrid o «inmediato hábil anterior»). La Ley del País Vasco, siempre peculiar, dispone en su artículo 46 que entre la fecha de publicación de la convocatoria y la celebración de las elecciones deberá mediar un plazo «no inferior» a treinta y seis días, ni inferior a cuarenta y cinco.

Además de lo señalado, el artículo 15 de la Ley de Andalucía se encarga de asegurar que «el Decreto de convocatoria se insertará íntegramente en el Boletín Oficial de las ocho provincias en los ocho días siguientes a su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, y será ampliamente difundido por prensa, radio y televisión en el mismo lapso de tiempo» (utilizan una fórmula similar otras Leyes, como la Ley de las Islas Baleares —art. 11.2— o la Ley de Madrid —art. 8.1—). Más ambiciosa (y de muy problemática aplicación) es la Ley del País Vasco, que dispone en su artículo 47.2 que el Decreto de convocatoria se insertará «igualmente en *todos* los periódicos que se editen en la Comunidad Autónoma y será difundido por *cualesquiera* otros medios de comunicación social, dentro de los diez días siguientes a su publicación en el BOPV».

Por su parte y continuando con esta rápida visión legislativa, el artículo 11 de la Ley de Aragón, además de disponer que la elección se celebrará (todavía, ya que en el Estatuto de Autonomía no existe previsión al respecto) el cuarto domingo de mayo, cada cuatro años, señala también que «el Decreto de convocatoria, fijará el día de la votación, así como la fecha de la sesión constitutiva de las Cortes, que tendrá lugar dentro del plazo de un mes, a contar desde el día de la celebración de elecciones». Es muy relevante que casi todas estas leyes exigen sólo que se determine en el Decreto de convocatoria el día pero no la hora de constitución de la nueva Cámara (excepto algún notorio caso, como el ya visto de la Ley de la Comunidad Valenciana, cuyo art. 14.2.d) dispone, con apreciable técnica, que se fijará no sólo la hora, sino también el lugar de la sesión constitutiva; también se refiere a la hora y día la Ley de Navarra, art. 13). Por su parte y conforme lo dispuesto en el artículo 42.3 LOREG, el artículo 16 de la Ley de Canarias señala, al fijar el contenido mínimo del Decreto, que las elecciones, «habrán de celebrarse el día quincuagésimo cuarto posterior a la convocatoria y, asimismo, el día de iniciación de la campaña electoral y su duración». En este mismo sentido, tam-

bién se pronuncian otras leyes, como la de Castilla y León (art. 16.2), la Ley de la Comunidad Valenciana (art. 14.2.c)), la Ley de las Islas Baleares (art. 11.2), la Ley de Madrid (art. 8.2) y la Ley del Principado de Asturias (art. 16.2).

Como es conocido, en todo caso, es aplicable el artículo 42 de LOREG³³ en su apartado primero si se ha disuelto el Parlamento autonómico, o en el apartado segundo si no se ha disuelto. En este último caso, el Decreto de convocatoria no lo es de disolución de la Cámara cuando se agota el mandato, a pesar de que en dos Comunidades Autónomas de las denominadas ordinarias (Asturias y Comunidad Valenciana³⁴), el Decreto también disuelve la Cámara. Este Decreto deberá expedirse el quincuagésimo cuarto día antes del cuarto domingo de mayo cada cuatro años, lo cual también es válido para los supuestos de disolución anticipada que prevé el Estatuto de Autonomía. Esta regulación, común a todas las Comunidades Autónomas «ordinarias», invita a una reflexión: no parece tener mucho sentido hoy limitar la convocatoria de un proceso electoral de varias Comunidades Autónomas a una fecha determinada, cuando existen otras cuatro que no tienen este límite. En este sentido, no pueden desconocerse los efectos limitativos que posee la celebración de elecciones conjuntamente con otras trece Comunidades Autónomas, además de las locales. Estos procesos electorales concurrentes acaban convirtiéndose de forma irremediable en un gran debate político en toda la Nación, de forma que se pierde la peculiaridad del proceso electoral autonómico, pudiendo imaginarse, incluso, algún tipo de acuerdo entre grandes partidos tendentes a «intercambiar» la formación de algún gobierno. Además, no tiene mucho sentido reconocer al Presidente de la Comunidad Autónoma la facultad de disolución del Parlamento, para inutilizar *de facto* este instrumento al tener que coincidir las elecciones en un día determinado, ya que la

³³ El artículo 42 de la LOREG establece: «1. En los supuestos de elecciones a Cortes Generales o de Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en las que el presidente del Gobierno o los respectivos Presidentes de los Ejecutivos Autonómicos hagan uso de su facultad de disolución anticipada expresamente prevista en el ordenamiento jurídico, los Decretos de convocatoria se publican, al día siguiente de su expedición, en el *Boletín Oficial del Estado* o, en su caso, en el *Boletín Oficial* de la Comunidad Autónoma correspondiente. Entran en vigor el mismo día de su publicación. Los Decretos de convocatoria señalan la fecha de las elecciones que habrán de celebrarse el día quincuagésimo cuarto posterior a la convocatoria. 2. En los supuestos de elecciones a Cortes Generales o de Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en las que el presidente del Gobierno o los respectivos Presidentes de los Ejecutivos Autonómicos no hagan uso de su facultad de disolución anticipada expresamente prevista en el ordenamiento jurídico, los Decretos de convocatoria se expiden el día vigésimo quinto anterior a la expiración del mandato de las respectivas Cámaras, y se publican al día siguiente en el *Boletín Oficial del Estado* o, en su caso, en el *Boletín Oficial* de la Comunidad Autónoma correspondiente. Entran en vigor el mismo día de su publicación. Los Decretos de convocatoria señalan la fecha de las elecciones que habrán de celebrarse el día quincuagésimo cuarto posterior a la convocatoria».

³⁴ En las elecciones de mayo de 2007 ha disuelto el *DECRETO 4/2007, de 2 de abril, del President de la Generalitat, de disolución de Les Corts y convocatoria de elecciones a las mismas*. Sin embargo, no ha disuelto la Junta General del Principado (al contrario de lo que solía hacerse, de forma correcta, en el Principado) el *DECRETO 10/2007, de 2 de abril, del Presidente del Principado de Asturias, por el que se convocan elecciones a la Junta General del Principado de Asturias*. Un muy completo estudio sobre la disolución y la convocatoria de Parlamento autonómico en A. Arce Janáriz, «Disolución parlamentaria y convocatoria de elecciones autonómicas», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. II, Parte Estudio, pp. 1697-1710, 1999.

Legislatura del nuevo Parlamento coincidirá con el término de la Legislatura «natural» del anterior.

Desde luego, la regulación actual no parece la solución más respetuosa con la autonomía política que reconoce la Constitución a las Comunidades Autónomas. Los argumentos que se pueden contraponer a la idea de no coincidencia de elecciones son de eficacia y de oportunidad, y fundamentalmente de ahorro y de evitación de la abstención. El fundamento queda puesto de relieve en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de reforma de Estatuto de Autonomía, como la Ley Orgánica 7/1991, de 13 de marzo, de modificación del artículo 10.3 EACANT, que justifica la reforma en los siguientes argumentos: «se pretende evitar que los comicios electorales se celebren en fechas que, sociológicamente, se ha demostrado no potencian precisamente la asistencia a los Colegios Electorales; y, por otra parte, el evidente cansancio que produce a los ciudadanos la convocatoria dispersa de distintas Elecciones en todo el territorio del Estado.» Sin embargo, un proceso electoral propio podría también fomentar de alguna forma la participación, pues en las elecciones autonómicas de las otras cuatro Comunidades es casi siempre más alta. Tampoco tendría por qué suponer un desorbitado incremento del gasto público, pues las elecciones han de celebrarse en todo caso y el gasto ha de adquirirse en cualquier caso y su disminución no depende, como es sabido, del ahorro en procesos electorales. Defender el régimen actual supone mantener cierta artificialidad del régimen de convocatoria y coincidencia de procesos, y más cuando han perdido gran parte de su sentido aquellas limitaciones expresas que se impusieron al funcionamiento, estatutos y régimen de los Parlamentos autonómicos, de modo que preceptos como el artículo 42.1 de la LOREG no tiene hoy demasiado significado. Y no se olvide que, además, las últimas reformas estatutarias no han incluido la previsión de coincidencia entre las elecciones a Parlamentos autonómicos.

En lo que respecta al procedimiento electoral, las leyes autonómicas prevén un régimen sustancialmente coincidente con el delimitado por la LOREG relativo a representantes generales de los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones; presentación de candidatos, siendo la Junta Electoral autonómica (allí donde exista) la competente para todas las actuaciones previstas en relación con las candidaturas y debiendo publicarse su relación el vigésimo segundo día posterior al de la convocatoria en el «Boletín Oficial de Cantabria»; proclamación de candidatos; campaña electoral; distribución de los espacios gratuitos de propaganda electoral; papeletas y sobres electorales; voto por correo y apoderados e interventores³⁵.

³⁵ Cfr. el estudio de esta materia que efectúa E. Arnaldo Alcubilla, «El procedimiento...», *op. cit.*, pp. 310 y ss.

VII. REFLEXIÓN FINAL

No hace falta insistir en que hay una evidente economía normativa autonómica en esta materia. Y tampoco en que se echan en falta novedades y adaptaciones a la realidad de cada Comunidad. De la aproximación general que acaba de efectuarse, puede concluirse que el régimen electoral autonómico se caracteriza por poseer una fuerte homogeneización con respecto a la normativa que integra el régimen electoral general, cuando no una igualdad casi absoluta. El régimen electoral autonómico es un régimen de considerable importancia en la vida política y en el desarrollo institucional, que ha cumplido su función y que no ha de merecer una valoración negativa, a pesar de la posibilidad apuntada de modificación. De hecho, el funcionamiento razonable del régimen electoral general ha implicado que el traslado de éste al ámbito autonómico sea prácticamente inevitable.

Bien puede afirmarse que la introducción del principio de autonomía en nuestro sistema y una vez establecidas, afirmadas y consolidadas las principales estructuras de la forma de Estado democrática, sugiere y hasta aconsejaría la aprobación de algunas reformas en la legislación autonómica. En este sentido, las últimas reformas estatutarias, al haberse centrado en contenidos competenciales e institucionales, no han implicado modificaciones significativas en materia electoral. Es cierto que la homogeneidad entre Comunidades Autónomas no debe significar uniformidad entre todas, pero una cierta novedad en el sistema no sería ni negativo ni perturbador, pues no se han desarrollado ni en lo mínimo las competencias en materia electoral.

Además, el planteamiento de posibles alternativas en los sistemas electorales de las Comunidades Autónomas debería ir ligado a una reflexión sobre la función de los Parlamentos y su carácter representativo, huyendo de planteamientos novedosos y experimentales por el simple hecho de serlo. En particular, una modificación del sistema electoral de una Comunidad Autónoma debería tener en cuenta, no sólo el tipo de Parlamento diseñado, sino su fisonomía como Comunidad uniprovincial o no, grande o pequeña, su pasado político-parlamentario y todas las circunstancias que, desde luego, deben forzar el máximo consenso entre todas las fuerzas políticas, que debe presidir cualquier alteración en el régimen electoral. Ha de transmitirse, siempre, confianza al electorado, pues de hecho la LOREG fue aprobada por la casi unanimidad de los Diputados (sólo dos Diputados votaron en contra). En cualquier caso, no hay que olvidar que, además, fueron los grandes partidos políticos estatales los que diseñaron y construyeron el Estado de las Autonomías, incluyendo el sistema electoral de las Comunidades y lo hicieron en unas circunstancias, cuando menos, no desfavorables. No debe pensarse, por todo ello, que el legislador estatutario no haya proporcionado a la Ley autonómica un amplio margen de libertad en la determinación del régimen electoral, pues la fijación exacta del número de Diputados, la concreción de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad, la fórmula electoral o la posibilidad de la supresión o reducción de la barrera electoral son aspectos que están

definidos en la Ley electoral, y no están limitados siempre por el Estatuto de Autonomía.

Son varios los aspectos que podrían modificarse. Se ha sugerido en estas páginas la conveniencia de que se pudiese adoptar una circunscripción única por cada elección a cada Parlamento autonómico, o al menos tender a las circunscripciones lo más amplias posibles, como modo fundamental de establecer el equilibrio poblacional en el reparto de los escaños. Esto, unido a la limitación de la barrera electoral y al incremento razonable del número de parlamentarios, supondrá extender la proporcionalidad de la representación entre las diversas partes del territorio. Otro aspecto apuntado en el que podría introducirse alguna novedad es en el de la fórmula electoral seleccionada. En efecto, si se sitúa el Parlamento en el origen de la legitimidad en el ejercicio del poder político, el acceso a los escaños que componen la Cámara es una cuestión de relevante y evidente importancia para los partidos políticos, en su exacta posición de «formación y manifestación de la voluntad popular» y como «instrumento fundamental de participación política». Por ello, la Ley electoral deberá garantizar, con la máxima objetividad posible, que la voluntad del electorado se manifieste de forma adecuada, transmitiendo dicha voluntad al órgano representativo; y ello deberá efectuarlo sin limitaciones y con el menor número posible de alteraciones.

Hace algunos años con razón señaló el Tribunal Constitucional en STC 21/1984, de 16 de marzo, que «en el ámbito del artículo 23.1 CE, y como garantía del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos, ha de comprenderse la exigencia de un sistema electoral democrático y libre, que cuente con mecanismos que aseguren el correcto desarrollo de la elección de modo que culmine con la proclamación de los preferidos por el cuerpo electoral». En definitiva, definir un sistema electoral no es fácil y son muchas las aristas y perspectivas presentes, pues las influencias del sistema electoral son múltiples. Es claro que éste es el sentido que suele darse al calificativo de falta de neutralidad de la Ley electoral.

Otras reformas pueden ser planteadas cuyo objeto sea la reducción de gastos oficiales, suprimiendo, por ejemplo, la publicación de la relación de secciones, mesas y locales electorales en los periódicos de mayor difusión; o la exigencia de una fianza para presentar candidatura que se devolvería cuando se llegase a un mínimo de sufragios, al modo anglosajón, lo cual aumentaría presuntamente la seriedad de la candidatura; o la reducción de tiempos y espacios de campaña electoral o de la duración de ésta. Estas y muchas otras son opciones que pueden irse planteando de forma sucesiva porque en la cuestión electoral, como en ninguna otra, nunca han de estar ausentes la discusión y el debate.

Puede finalizarse con el recordatorio de lo dispuesto en el preámbulo de la LOREG, según el cual «Un sistema electoral en un Estado democrático debe garantizar, como elemento nuclear del mismo, la libre expresión de la soberanía popular y esta libertad genérica se rodea hoy día de otro conjunto de libertades, como la libertad de expresión, de información, de reunión, de

asociación, etc. Por ello, el efecto inmediato de esta Ley no puede ser otro que el de reforzar las libertades antes descritas». En definitiva, el sistema electoral autonómico ha cumplido su función, sin olvidar la conveniente introducción de correcciones. El correcto funcionamiento del sistema democrático-representativo necesita que el Parlamento sea «expresión de la voluntad popular»; pero, a la inversa, también que la opinión pública-electorado se vea reflejada en la institución que le representa. Asumiendo que la discusión sobre el sistema electoral en rara ocasión transforma con profundidad el sistema, una mejora del mismo podría conseguirse, con seguridad, si se iniciase un debate en el que se centrase en alguna variación, aunque no necesariamente de las apuntadas en estas páginas.

El voto electrónico en la balanza

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: UN ENTORNO DE CAMBIOS.—II. EL PROCESO DEMOCRÁTICO.—III. CONCEPTO Y TIPOS DE VOTO ELECTRÓNICO.—IV. FORTALEZAS Y DEBILIDADES: EL DEBATE QUE NO CESA.—V. INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO.—VI. REFERENCIA AL DERECHO DE SUFRAGIO.—VII. REQUISITOS JURÍDICOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL VOTO ELECTRÓNICO.—7.1. Aspectos de fondo.—7.2. Aspectos de forma.—VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: UN ENTORNO DE CAMBIOS

Las sociedades occidentales se han visto abocadas, en las últimas dos décadas, a un vertiginoso desarrollo tecnológico con implicaciones de diversa índole, que incluso han supuesto modificaciones en la estructura social. Los investigadores de distintos campos del saber están llamados a analizar pormenorizadamente todas estas transformaciones para alcanzar respuestas adecuadas y dar soluciones eficaces a los problemas que se planteen. Una de las cuestiones que resulta necesario estudiar es, sin duda, el voto electrónico.

El tema del voto electrónico, a día de hoy, ya está presente en la agenda que marca las políticas públicas de muchos Estados. Por lo tanto, es una cuestión que no puede desconocerse y que reclama un tratamiento jurídico con el objeto de llevar a cabo el oportuno examen y análisis. No obstante, semeja que la praxis todavía no ha llegado al nivel de los planteamientos teóricos que el panorama científico ofrece. De ahí lo necesario que resulta seguir perfilando la cuestión para que los decisores públicos sean conscientes de las ventajas que presenta su implementación, conociendo, al mismo tiempo, los inconvenientes que presenta y sepan, de ese modo, enfrentarse a los mismos. De lo que se trata es, por decirlo sintéticamente, de subrayar sus ventajas y de desactivar sus riesgos.

★ Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Santiago de Compostela, Vicevaledor do Pobo. Comunidad Autónoma de Galicia.

La sociedad que nos envuelve en el camino del siglo XXI es la Sociedad de la Información, que nace de un desarrollo tecnológico sin precedentes y que convierte la información en un elemento de poder que se consume, se compra, se vende y se somete a la lógica del mercado y de la lucha política. Esta información bien gestionada proporciona conocimiento, de ahí que también se hable de Sociedad del Conocimiento. Diversas instituciones y categorías jurídicas exigen un replanteamiento para conseguir una actualización que resulta necesaria.

Surge una nueva época, el Infolítico, gracias a la magia de la digitalización y del ciberespacio. Ésta es la línea que apunta Frosini con la expresión «mutación antropológica», con la que retrata el advenimiento de la era tecnológica¹. Ya no se trabaja con átomos, sino con realidades intangibles que se ubican en el espacio virtual. La tecnología digital convierte la información en una sucesión de números, ceros y unos que parten de una unidad mínima (*bit*) hasta casi el infinito. De esta forma, la información se puede almacenar en grandes proporciones y enviar a distancia de manera casi inmediata y a coste muy reducido. Un tratamiento masivo, eficaz y barato. Nace un nuevo espacio-tiempo, el que hemos denominado espacio-tiempo «neopúblico»: una nueva forma de manifestarse lo público sin masas, sino como un conjunto de usuarios interconectados que supera la clásica realidad territorial estatal². En esta tesitura, el papel de los derechos fundamentales se revela como de vital importancia, habida cuenta la posición que atesoran en el Estado de Derecho y en la sociedad actual. Entre ellos, los derechos electorales reclaman especial consideración.

II. EL PROCESO DEMOCRÁTICO

Como dijimos en otro lugar³, la democracia es un proceso continuo de control del poder que se articula a través de diversos mecanismos. El más llamativo de todos ellos es, sin duda, el sistema electoral que, con base en un sufragio universal, libre, igual y secreto, permite, en su versión representativa, traducir en escaños las preferencias de los ciudadanos expresadas en votos. No obstante, la democracia no se limita a las cuestiones electorales, sino que va mucho más allá englobando al pluralismo, la participación y diversos elementos axiológicos que la convierten en principio de convivencia. La democracia, en suma, es cultura, la cultura democrática. Se produce, de este modo, un salto desde la democracia como sistema a la democracia como valor.

Las nuevas tecnologías pueden ser usadas para favorecer el funcionamiento democrático desde diversos puntos de vista, que van desde cuestiones elec-

¹ Frosini, Vittorio, «Los derechos humanos en la era tecnológica», en Pérez Luño, Antonio-Enrique (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1966, p. 88.

² Fernández Rodríguez, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la Red*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2004, pp. 183 y ss.

³ *Ibidem*, pp. 199 y ss.

torales a un rol que juega a favor del citado pluralismo y la participación en un sentido que va más allá de la simple lógica electoral. Kim Alexander es tajante en este sentido al indicar que las nuevas tecnologías ofrecen «una oportunidad innovadora para hacer mejoras necesarias en la orientación de la democracia»⁴. La Red no es sólo la tecnología de la libertad, sino también, como indica Shapiro, tecnología de la democracia⁵. Pero, al mismo tiempo, la Red origina diversos peligros para el funcionamiento de un sistema democrático. Se abre, de este modo, un amplio campo de estudio para el que se están acuñando términos diversos, como los de ciberdemocracia, democracia electrónica, democracia tecnológica, e-democracia o democracia virtual. Los «principales factores inductores» de «la transformación de la política y de los procesos democráticos en la sociedad red» vienen dados por «las consecuencias directas de las nuevas tecnologías de la información sobre el debate político y las estrategias de búsqueda del poder»⁶. No obstante, hay que permanecer atentos para que la fascinación tecnológica no oculte las esencias de la democracia y no nos precipite a un desafortunado nihilismo ideológico. El núcleo básico de la democracia no debe verse alterado por los progresos técnicos porque éstos son meras herramientas para alcanzar los fines que vienen marcados por otras vías, como la que ofrece el contenido axiológico de la democracia.

Una sociedad democrática está regida por el valor del pluralismo. Las nuevas tecnologías, correctamente usadas, fomentan dicho pluralismo. El ejemplo prototípico en este sentido lo constituye Internet. La Red favorece la diversidad sociocultural y acerca a una enorme audiencia potencial posiciones minoritarias, que encuentran, de esta forma, una vía para darse a conocer y salir de reductos que las ahogan. Internet es un canal privilegiado para la confrontación de posturas diferentes y para la manifestación de posiciones de todo tipo, incluyendo las minoritarias. Indica Fernández Esteban que «la vitalidad del debate político e ideológico que puede encontrarse en Internet es una fuente de enriquecimiento de la democracia». Ante lo cual, prosigue, aparece «una nueva dimensión de la libertad de expresión, al favorecer el pluralismo y la multiplicación de la información»⁷. Las nuevas tecnologías, al permitir nuevas formas de comunicación, enriquecen la situación de pluralismo mediático que debe reflejar la diversidad ideológica.

La democracia también es participación. La buena salud de una democracia se mide en gran parte a través de los niveles de participación ciudadana. Sus mecanismos de realización son diversos e incluyen, entre otras cosas, tanto la democracia directa como la democracia representativa. A ambos tipos de

⁴ Alexander, Kim, «Cyberdemocracia», en Pau i Vall, Francesc (coord.), *El Parlamento del siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 90.

⁵ Shapiro, Andrew, «Herramientas para la democracia», en Mayor, Pablo, y Areilza, José M.^a, *Internet, una profecía*, Ariel, Barcelona, 2002, p. 18.

⁶ Castells, Manuel, *La Era de la Información*, vol. 2: *el poder de la identidad*, Alianza, Madrid, 1998, p. 342.

⁷ Fernández Esteban, M.^a Luisa, *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 110.

consulta las nuevas tecnologías facilitan su realización. En efecto, las nuevas tecnologías pueden suponer un destacado paso en este sentido. En todo caso, como vamos a ver más abajo, la implementación de sistemas de voto electrónico debe asegurar tanto las exigencias de un verdadero proceso democrático como las características del derecho de sufragio. De todos modos, la participación democrática no se agota, claro está, en los procesos electorales, sino que va mucho más allá al mostrarse poliédrica y abigarrada como lógica consecuencia del nuevo esquema de relaciones entre ciudadanos y centros de poder. Las actuales tecnologías facilitan el juego de todo el esquema participativo que ofrecen los modernos regímenes democráticos. Las nuevas legitimidades que se crean en las sociedades actuales, soslayando las vías tradicionales, encuentran en la Sociedad de la Información un camino perfecto de proyección ante la falta de otras vías formales de participación. Grupos de presión, organizaciones no gubernamentales o colectivos ciudadanos se expresan y tratan de llegar a la opinión pública con el auxilio de las nuevas tecnologías, que son capaces de proyectar exponencialmente iniciativas en principio limitadas. La participación hará que los ciudadanos sean sujetos activos de su propia historia y redimensionará el concepto de control del poder acercándolo a estándares de verdadera justicia democrática. En el horizonte brilla un tanto utópica la idea del ágora digital.

Las nuevas tecnologías inciden en el proceso de democratización que se da en una sociedad avanzada. La información, esencial en la buena marcha de un sistema democrático, se convierte en un bien común accesible a todos. El aumento de las capacidades de información y formación de la ciudadanía permite mejorar el tono deliberativo de las sociedades democráticas, al igual que el control que se ejerce sobre los detentadores del poder político. El proceso continuo del que hablábamos al principio de este apartado se puede hacer, así, evidente. Lessig también detecta esta supervisión por parte de la ciudadanía: «a medida que los costes de la monitorización de las opiniones de la ciudadanía vayan descendiendo, y a medida que se vayan construyendo máquinas destinadas a la monitorización permanente de la población, iremos tendiendo a producir una perpetua corriente de datos referentes a lo que la gente piensa acerca de cada uno de los temas que los gobiernos pueden abordar»⁸. No obstante, la abundancia de información no sólo amerita un juicio positivo, sino que también puede resultar, en alguna ocasión, perturbadora. Es lo que señala Diezhandino al oponer, en conexión con el concepto de redundancia, las ventajas de la información presentada en varias modalidades (contribuir positivamente en el proceso cognitivo y realzar la posibilidad de almacenarla en la memoria) con los problemas que genera («añadir modalidades extras al texto degradan la memoria sobre el contenido» al producirse «interferencia, distracción, sobreestimulación, carga cognitiva y fatiga»)⁹. La buena

⁸ Lessig, Lawrence, *El Código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus, Madrid, 2002, p. 412.

⁹ Diezhandino Nieto, M.ª Pilar, «El periodismo de servicio en los tiempos de Internet», en López García, José (dir.), *Tendencias en el periodismo*, EGAP-Montecorvo, Madrid, 2001, p. 221.

formación de la ciudadanía y la adecuada cultura política permitirá enfrentarse a las disfunciones del exceso de datos.

En la sociedad digital surgen diversas formas de redistribución del poder que posibilitan la irrupción de nuevos actores o la potenciación de aquellos que se encontraban en inferioridad de condiciones en la sociedad analógica. Todo ello lleva a una democratización de la sociedad civil internacional, que corre paralela a las relaciones estatales y, a veces, a distancia de las mismas. Aunque este advenimiento de una nueva sociedad civil internacional, muy sugerente y que despierta diversas vías de análisis, hay que entenderlo, de momento, en su justa medida. Lo que sí está claro es que el mundo digital favorece nuevas formas de hacer política en un entorno reticular que estimula el talante deliberativo. Internet ofrece a escala planetaria un espacio de discusión para que los ciudadanos expresen sus opiniones, abriéndose la perspectiva de los que Frydman denomina «nuevo proyecto democrático» y «nuevo contrato social»¹⁰. El espacio-tiempo neopúblico reubica al ciudadano digital en esta dimensión política que viene constituida por la democratización, al tiempo que se alcanzan nuevos campos de legitimación que enriquecerán la marcha sociopolítica.

Para conseguir estos avances en el proceso democrático resulta necesario superar y desactivar una serie de peligros que también ocasionan las nuevas tecnologías. Estamos pensando en riesgos tales como la inseguridad, la sobrecarga informativa, un desgobierno disfuncional o un desmedido mercantilismo. De esta forma, el ciberespacio también puede ofrecer un déficit democrático. Las nuevas tecnologías, en ocasiones, oscurecen la verdadera correlación de fuerzas representativas en una derivación hacia posiciones organicistas de corte autoritario. En particular, Internet incide en lo que Castells llama «política espectáculo», «con sus explosiones de modas y mitos, una vez que el poder racionalizador de los partidos y las instituciones fuera sorteado por los flujos de talentos políticos repentinamente convergentes y divergentes»¹¹. La mayoría, la verdadera mayoría, es la que determinan las elecciones válidamente celebradas. Argumentaciones falaces en apoyo de la democracia de la identidad, que diluyan la lógica representativa, se pueden asir al mundo digital como vehículo para articular mecanismos de democracia directa que desde un punto de vista jurídico sean aporías para la verdadera racionalidad democrática. Ésta puede verse desgastada por la confusión de roles y por la ausencia de responsabilidad social. La fragmentación es una dificultad añadida dado que, como señala Sunstein, en un sistema de libertad de expresión los individuos tienen que «entrar en contacto con materiales que no deben haber elegido previamente» y «deben tener una serie de experiencias comunes»¹². Además, resulta vital remediar la desigualdad en el acceso a las nuevas tecnologías para que el desarrollo no acabe beneficiando tan sólo a

¹⁰ Frydman, Benoît, «Quel droit pour l'internet?», *Internet sous le regard du droit*, Jeune Barreau de Bruxelles, Bruselas, 1997, p. 300.

¹¹ Castells, Manuel, *La Era de la Información*, vol. 2: *el poder de la identidad*, op. cit., p. 389.

¹² Sunstein, Cass R., *República.com*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 20.

las élites y perjudicando a la mayoría de la población. Es éste un problema de difícil solución al que el poder público le tiene que prestar la debida atención.

Al margen de lo dicho, es de reseñar que, de momento, semeja que la praxis no está ofreciendo los resultados esperados: las potencialidades arriba apuntadas para la mejora del proceso democrático aún no se han articulado como cabría pensar, por lo que es de esperar y de desear una mejor implementación práctica en el futuro próximo. Los poderes públicos y los agentes sociales tienen un deber en este sentido que nace de la propia lógica democrática y del rol activo que es necesario desempeñar para su defensa.

III. CONCEPTO Y TIPOS DE VOTO ELECTRÓNICO

No es éste el momento de profundizar en la cuestión que da título al presente apartado. Tan sólo vamos a ofrecer una inicial aproximación al tema del concepto y tipos de voto electrónico. De esta forma, el voto electrónico lo definimos como toda elección o referéndum que implique el recurso a medios electrónicos al menos en el momento de registrar el sufragio, entendido éste como la inserción del voto en la urna. Seguimos, así, la dirección marcada por la Recomendación Rec(2004)11 del Consejo de Europa (adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 30 de septiembre de 2004, y que versa sobre las normas jurídicas, operacionales y técnicas relativas al voto electrónico). Creemos que se trata de una postura adecuada: por un lado, excluye posiciones de naturaleza más genérica y que englobarían supuestos que difícilmente podrían tildarse de verdadero voto electrónico (como sería aludir a un simple uso de mecanismos electrónicos en cualquier momento del proceso electoral); y, por otro lado, también deja fuera definiciones demasiado exigentes (como la que requiere vía electrónica en la inscripción, identificación y autenticación del votante, y en el acto del voto y en su validación).

Sobre estos presupuestos se pueden construir varias tipologías. La que resulta más interesante a nuestros efectos es la que diferencia entre voto electrónico a distancia y voto local. La clave que se puede usar para diferenciarlos es el control que ejerce una autoridad electoral en el acto de votar. De esta forma, el voto local es aquel en el que el sufragio se registra a través de un dispositivo controlado por una autoridad electoral, y el voto a distancia aquel en el que no se produce semejante control. El local, por lo tanto, se realiza en un entorno controlado, aunque no sea realmente presencial, es decir, en una mesa electoral en sentido tradicional. Así, las votaciones en embajadas o consulados son voto local aunque físicamente se realicen a distancia. El voto local, de esta forma, puede ser presencial o no presencial; en cambio, el voto a distancia sólo será no presencial.

En el voto presencial aparece la urna electrónica, que es un ordenador personal diseñado para un específico uso electoral con sistemas autónomos de funcionamiento y diversas medidas de seguridad.

Un tipo peculiar de voto electrónico, y que matiza ciertas cuestiones, es el que se efectúa por Internet. En él también se puede usar el criterio de control que hemos manejado anteriormente, pues votar por Internet puede hacerse tanto en un entorno controlado («poll side Internet voting») o en un entorno remoto no controlado («remote Internet voting»). No cabe duda que es este último el que plantea más dudas de seguridad y de libertad efectiva del votante, pero al mismo tiempo es la modalidad que supone un salto cualitativo respecto a las formas tradicionales de celebración de elecciones.

Como se percibe, hay manifestaciones muy diversas de voto electrónico, algunas de las cuales aparentemente tienen poco que ver entre sí (piénsese, por ejemplo, en el uso de tarjetas con banda magnética que leen las urnas electrónicas y en un sufragio efectuado a través de Internet), además de las diversas tipologías que es factible construir. Ello no puede sumirnos en la confusión, ya que los principios jurídicos que deben servir para la implementación de un sistema de voto electrónico tienen que estar inspirados en unas correctas ideas democráticas que, a la vez, garanticen la seguridad jurídica, tal y como veremos posteriormente.

IV. FORTALEZAS Y DEBILIDADES: EL DEBATE QUE NO CESA

La implementación práctica de muchas instituciones jurídicas se puede examinar empleando alguna técnica que se ubica en el principio de proporcionalidad. Nos referimos a la técnica de la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, que se traduce en la necesidad de sopesar los pros y los contras de la cuestión analizada: una especie de ubicación de unos y otros en los dos platillos de una balanza para determinar, con vistas a la finalidad perseguida, cuál de las opciones enfrentadas debe prevalecer. Sería una aproximación a sus fortalezas y debilidades. Ello también nos puede ser útil en este momento, al menos para ordenarle al lector las ideas en juego. De todos modos, no se debe olvidar que estamos usando una perspectiva fundamentalmente teórica, al margen de un ordenamiento jurídico determinado.

Las ventajas o fortalezas que proporcionan los sistemas de voto electrónico son diversas. En este sentido, y tan sólo a modo de recordatorio, se pueden citar la facilidad para registrar el sufragio, la reducción de costes, la mengua de la carga de trabajo, la mayor rapidez para obtener y difundir los resultados (el recuento electrónico de votos exige una operación computacional de complejidad mínima, mientras que el envío de los datos escrutados puede ser casi instantánea), la reducción de la conflictividad en el recuento, la mejor centralización de los mismos, la ampliación de los modos de expresión de los sufragios, la facilidad para el intercambio de información, o la educación del cuerpo electoral en las nuevas tecnologías (lo que, por otra parte, es una obligación para el Estado Social). Y en una modalidad no presencial las ventajas son mayores, ya que se permite a los votantes ejercer su derecho en un lugar diferente al colegio electoral, lo que también es, sin duda, una considerable fortaleza al ayudar a la participación, entre otros, de no residen-

tes y minusválidos. Como se aprecia, los beneficios de las nuevas tecnologías se extienden a momentos diferentes del proceso electoral: durante la votación en sí, en el momento del recuento, cuando se envían los resultados a los organismos centrales y cuando se difunden tales resultados.

Con vistas al ahorro de costes puede ser interesante avanzar en la interoperabilidad de los sistemas de voto electrónico, algo en lo que todavía queda mucho camino por recorrer. Incluso, en el seno de algún Estado federal, las diversas entidades federadas usan y prueban hoy en día sistemas distintos, como en México. En Europa tal vez la cuestión sea un tanto diferente, dado que, desde un punto de vista estrictamente jurídico y operacional, la interoperabilidad transfronteriza de los sistemas de voto electrónico no parece una necesidad, aunque ello reduciría el coste de compra del sistema.

Frente a estos elementos positivos, también se aducen consecuencias negativas, debilidades, que sobre todo giran en torno a la despersonalización de la política, la desigualdad y la falta de seguridad. Sobre dichos aspectos ya hemos comentado algo en el apartado II de este trabajo, al que nos remitimos. Cuando se piensa en Internet la problemática se agudiza porque, por un lado, existe una verdadera desigualdad entre los que tienen más facilidad de acceso y los que no, y, por otro, porque al imaginarse la Red se piensa en el pirata informático que intercepta el escrutinio haciendo variar él solo todo el resultado electoral. En la actualidad el grado de desarrollo técnico en este tipo de cuestiones contradice tales temores. En realidad, los riesgos de votar electrónicamente no son mayores que en otros tipos de votación. De lo que se trata es de implementar correctamente el sistema de voto para dotarlo de las adecuadas garantías y ofrecer a la opinión pública la suficiente confianza. Como se afirma en la Declaración Institucional del Observatorio Voto Electrónico de 1 de marzo de 2003, «el reto no es contar votos electrónicamente de manera segura», pues eso ya se sabe hacer, sino que «el reto consiste en la competencia para desplegar una arquitectura física y lógica robusta, sólida y atención transparente para los interventores y para las autoridades electorales, capaz de organizar la confianza y responder a ataques contra la señal, contra los procesos o los códigos maliciosos».

Creemos que un sistema de voto electrónico bien articulado puede ofrecer más elementos positivos que negativos. Asimismo, estamos convencidos de que el verdadero avance vendrá de la mano del voto electrónico a distancia, que es el que supone un auténtico salto cualitativo. El presencial no deja de tener tan sólo ventajas cuantitativas.

V. INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO

La articulación de sistemas de voto electrónico que maximicen sus ventajas y minimicen sus defectos redundará positivamente en la lógica democrática. La democracia, como ya hemos dicho, es un proceso que no se agota en una o varias manifestaciones, sino que persigue un continuo control del poder. En ese proceso de control las elecciones ocupan una posición rutilan-

te, aunque bien es cierto que no única, pues los mecanismos que existen al efecto son varios. Sin duda, no hay democracia sin elecciones. La mejor adaptación de los fenómenos electorales a las nuevas exigencias sociales y a la nueva complejidad del presente puede venir de la mano de la aplicación de los avances de la Sociedad de la Información a los mismos, ejemplificados en estas páginas en la categoría de voto electrónico.

Los sistemas de voto electrónico deben ser conformes a los principios propios de las elecciones y *referenda* democráticos. Esta afirmación es tan evidente que no requiere ulterior comentario. El núcleo básico de la democracia no debe verse alterado por los progresos técnicos, ya que éstos son meras herramientas para alcanzar los fines que en este caso marca la axiología democrática.

Para los institutos de democracia directa el voto electrónico y, sobre todo, el voto por Internet, es un desafío, puesto que reabre debates desde presupuestos diferentes a los del pasado, lo que puede dar lugar a un replanteamiento de la política moderna. Algunos, como señala Muñoz Machado, «ven el resurgimiento de la democracia directa con optimismo, con toda la frecuencia posible, porque, a la postre, esta oportunidad digital de ensanchar la participación no es más que una recuperación de la soberanía por los ciudadanos, un condicionamiento nuevo a la delegación de aquélla a los gobernantes»¹³. Por su parte, Castells afirma que «los referendos indicativos sobre una gran variedad de temas pueden proporcionar una útil herramienta cuando se usan con cuidado, sin ceder a la estructura demasiado simplificada de la política de referéndum»¹⁴. Estas consultas directas a los ciudadanos creemos que deben verse como un complemento de la democracia representativa y no como un sustituto de la misma. La complejidad de las modernas sociedades aconseja el mantenimiento de los esquemas representativos. En la misma línea se expresa Tudela Aranda cuando indica que Internet puede ser un instrumento de «gran utilidad» para la democracia representativa «por su capacidad para complementar los mecanismos estrictamente representativos desde un incremento notable de la participación política»¹⁵. Las ventajas de la democracia representativa sobre la democracia directa son de índole material y, por tanto, no se basan en obstáculos técnicos. Apunta Sunstein que un buen sistema democrático «intenta garantizar las decisiones reflexivas y bien fundadas, y no simplemente las instantáneas de las opiniones individuales reunidas a conveniencia»¹⁶.

¹³ Muñoz Machado, Santiago, *La regulación de la Red*, Taurus, Madrid, 2000, p. 23.

¹⁴ Castells, Manuel, *La Era de la Información*, vol. 2: *el poder de la identidad*, op. cit., p. 389.

¹⁵ Tudela Aranda, José, «El reto de un nuevo modelo parlamentario», en Cayón Garrido, Antonio (ed.), *Internet y Derecho. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2001, p. 104.

¹⁶ Sunstein, Cass R., *República.com*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 47.

VI. REFERENCIA AL DERECHO DE SUFRAGIO

La importancia de los procesos electorales en los sistemas democráticos viene ejemplificada en la existencia del histórico derecho fundamental de sufragio, por medio del cual los ciudadanos pueden participar de forma activa o pasiva en las elecciones. La forma activa permitirá votar en las mismas y la forma pasiva presentarse como candidato.

En este orden de cosas semeja oportuno citar el Código de Buena Conducta en materia electoral adoptado por la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, la también llamada Comisión de Venecia [aprobado por la Resolución 1320 (2003) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y por la Resolución 148 del CPLRE (2003) —Congreso de los poderes locales y regionales del Consejo de Europa—]. En dicho Código se recogen cinco principios fundamentales del sufragio: el sufragio debe ser universal, igual, libre, secreto y directo. En la misma línea tenemos el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 21.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En el campo de las constituciones nacionales podemos traer a colación el artículo 39 de la Ley Fundamental de Bonn, precepto que alude a la elección de los miembros del *Bundestag*. Respecto a la vigente Constitución española, la referencia es el artículo 23, donde se recoge el derecho a participar por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, precepto que se conecta con los artículos 68 y 69, donde se habla de sufragio universal, libre, igual, directo y secreto.

El derecho de sufragio entra dentro de lo que en su día Jellinek denominó *status activae civitatis*, que retrata la situación jurídica de una persona en cuanto miembro de una comunidad política. Así es, el individuo no sólo tiene derechos frente al Estado (*status libertatis*), sino también debe poder participar en la formación de la voluntad estatal. Por ello, es titular de una serie de derechos de naturaleza participativa, entre los que se encuentra tanto la participación directa a través de las diversas modalidades de referéndum como la participación indirecta por medio de representantes. El sistema electoral, en este último caso, será un conjunto de procedimientos para traducir en escaños de representantes las preferencias de los ciudadanos expresadas en votos. La complejidad de la vida pública actual hace que el sufragio se enmarque en un conjunto más amplio de vías y mecanismos diversos de participación (como los que se citan en los artículos 9.1, 48, 125 ó 129.1 de la Constitución española de 1978). Todo ello es la lógica consecuencia del principio de soberanía popular.

El sufragio también puede verse como una obligación ciudadana, el reverso de su naturaleza de derecho, aunque en la mayor parte de los casos no sea una obligación de cumplimiento coercitivo, es decir, sancionado su incumplimiento. Es a lo que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo español de 20 de diciembre de 1990 cuando señala que el sufragio resulta «genéricamente inexcusable, aun cuando pueda ser excusado a título individual». El valor objetivo de la participación hace que el poder público esté lla-

mado a fomentar tal participación y a luchar contra la abstención, a pesar de que individualmente esta abstención no tenga consecuencias para la persona de que se trate. Incluso, esa abstención puede ser una muestra de actitudes políticas e ideológicas.

El contenido del derecho de sufragio no se agota con el acto de votación, sino que debe contemplar la garantía de la permanencia de los representantes en el cargo, permanencia que depende de la voluntad de los electores, y del ejercicio de las funciones inherentes a ese cargo. La remoción sólo será posible con arreglo al procedimiento legalmente establecido. Esta previsión legal no puede vaciar de sentido el derecho. El mandato representativo hace que el derecho se configure a favor de un candidato y no de un partido político, de cuya voluntad no podrá depender la remoción de los representantes.

Los rasgos básicos del derecho de sufragio tienen que mantenerse en la Sociedad de la Información. Las necesidades de reformulación de ciertas categorías jurídicas se superponen a los logros anteriores del conocimiento humano sin eliminarlos. En el mundo digital deben permanecer operativas diversas categorías que sirven para dar ese sentido al sufragio del que antes defendíamos su intangibilidad. Nos referimos, por ejemplo, a candidato, papeleta, censo, elector, autenticación, elección, voto, opción de voto, recuento o proclamación.

VII. REQUISITOS JURÍDICOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL VOTO ELECTRÓNICO

De lege ferenda, la normativa que regule un sistema de voto electrónico debe contener una serie de previsiones que cumplan con las exigencias del derecho de sufragio. Ello debe abarcar tanto aspectos materiales como formales o procedimentales. Esta cuestión puede abordarse como un *minimum* que debería cumplir todo sistema de voto electrónico al objeto de asegurar su conformidad con los postulados democráticos. En este orden de cosas pueden citarse los «principios» y las «garantías de procedimiento» fijadas por la Recomendación Rec(2004)11 del Consejo de Europa, a saber: sufragio universal, igual, libre y secreto para los principios; transparencia, verificación, responsabilidad, fiabilidad y seguridad para las garantías de procedimiento.

7.1. Aspectos de fondo

La implementación de un sistema de voto electrónico tiene que asegurar que el sufragio que se realice a través del mismo sea universal, igual, libre y secreto. Sólo así el voto debería ser válido por producirse en el contexto jurídico democráticamente adecuado.

El sufragio universal significa que todas las personas tienen este derecho, siempre y cuando cumplan una serie de exigencias aceptables desde el pun-

to de vista democrático (como la mayoría de edad y el vínculo de nacionalidad). El sufragio se atribuye a cada ciudadano por el hecho de ser ciudadano y no por otra calificación o «cualidad». Para cumplir con esta exigencia la interfaz del sistema de voto electrónico debe ser comprensible y fácilmente utilizable. Estamos ante una tarea inexcusable para los poderes públicos, que tienen que buscar sistemas que puedan ser usados por el mayor número de personas posible. Además, los procedimientos de inscripción en el voto electrónico no pueden ser un obstáculo, tan sólo deben servir para identificar al elector en el momento de la votación (si ésta es la finalidad no parece necesaria mucha complejidad). De todos modos, hay que mantener ciertas precauciones: si los modos de voto electrónico a distancia no son universalmente accesibles, deben ser un medio de voto suplementario. Usar sistemas de voto tradicional y electrónico refuerza la accesibilidad y el principio de universalidad. Sin embargo, ello debería hacerse únicamente en un período transitorio, aunque sea largo, a la espera de la adaptación definitiva, porque compatibilizar y usar paralelamente y de forma indefinida ambos sistemas origina claras disfuncionalidades y duplicaciones de procedimientos y tareas. Cuestión diferente es la realización de pruebas y experiencias piloto en las que sí puede tener sentido mantener la duplicidad de sistemas.

A mayor abundamiento, y también en la óptica de la universalidad del sufragio electrónico, la implementación de estos sistemas puede realizarse para maximizar las posibilidades ofrecidas a las personas con necesidades especiales. La temática electoral no se ha adaptado como otros sectores a estas exigencias que dimanen del Estado Social (sólo hace falta pensar en las papeletas de voto tradicionales, que no suelen adaptarse u ofrecer versiones para dicho tipo de personas, como las que tienen carencia de visión). La implantación del voto electrónico es una buena excusa para progresar en ese sentido y consolidar una sociedad democrática avanzada.

La igualdad en el sufragio se debe traducir en que a cada voto se le asigne el mismo valor. Es necesario articular un sistema que asegure que toda papeleta depositada en una urna electrónica sea, por un lado, contabilizada, y, por otro, contabilizada una sola vez. Lo mismo habrá que aplicar cuando estemos ante una papeleta digital que se emplee en una votación a distancia por Internet (en la que no habrá esa urna física propia de las elecciones locales). Asimismo, hay que asegurar que un elector no deposite más de una única papeleta. Por ello, sólo se autorizará al elector a votar cuando se establezca que su papeleta todavía no ha sido depositada en la urna electrónica. No obstante, en ocasiones el sistema debe permitir al elector elegir más de una opción, por ejemplo en el supuesto de escrutinios dobles, que es lo que ocurre cuando coinciden elecciones estatales y regionales (en algunos países se permite al elector votar más de una vez teniéndose en cuenta el último voto, como en Dinamarca y Suecia). Cuando no hay urna electrónica en sentido físico por ser la votación a distancia, también es aplicable esta idea de que el elector sólo podrá depositar una sola papeleta «digital».

Cuando estemos en una situación en la que se usa paralelamente un sistema de voto tradicional y un sistema de voto electrónico hay que adoptar

las medidas oportunas para que la adición de los sufragios de uno y otro sistema se haga de manera correcta. En esta línea se debe impedir que el elector exprese su voto tanto por el sistema tradicional como por el electrónico para no generar la desigualdad que se trata precisamente de evitar.

El sufragio libre persigue que el acto de votar sea producto del libre albedrío del votante y no de la voluntad de terceros. De esta forma, el sistema de voto electrónico garantizará la libre formación y expresión de la opinión del elector y el ejercicio personal del derecho de voto. Como fácilmente se comprende, la modalidad de voto electrónico a distancia entraña evidentes riesgos en este sentido, que se pueden solventar aportando determinados mecanismos técnicos (como identificaciones de tipo biológico), aunque bien es verdad que estos recursos sólo van a ser de aplicación generalizada en un futuro próximo. Asimismo, no hay que olvidar que hay casos en Europa en que el voto por medio de representante está autorizado, con lo que se privilegia la votación efectiva frente a la libertad de la misma. Al margen de ello, de lo que se trata es de que sólo los electores autorizados voten y de identificar correctamente a los mismos para evitar abusos y votos múltiples.

En esta línea de la libertad del sufragio también resulta importante que los pasos que deba dar el elector durante el procedimiento de voto electrónico no constituyan una forma de presión que le lleve a votar con precipitación o de forma irreflexiva. Es evidente que el votante debe tener el tiempo suficiente para ejercer razonablemente su derecho, lo que no significa que disponga de tiempo ilimitado, pues ello puede resultar disfuncional, aunque en el voto local siempre la autoridad electoral podría intervenir para procurar más agilidad. Las cosas son diferentes en el voto a distancia, ya que en él, en principio, no hay colas al no haber urna electrónica física. Durante las diversas etapas del procedimiento de voto electrónico, antes de registrar definitivamente el sufragio, los electores tienen que poder modificar su opción o, incluso, interrumpir el procedimiento, sin que su opción precedente sea registrada o sin que terceros puedan conocerla. Sólo el votante debe tener acceso a su papeleta, debiendo ser él quien efectúe el registro de la misma. En este sentido el mecanismo tiene que ser lo suficientemente sencillo como para permitir al elector efectuar él mismo el registro de su voto. Asimismo, el sistema debe indicar con claridad al elector que el sufragio ha sido registrado con éxito y que el procedimiento de voto ha terminado. En el voto local con papeleta esto sucederá cuando la misma se deposita en la urna electrónica. Si es a distancia, el procedimiento no acaba hasta que el voto llegue a su destino, lo que ocurrirá después de que el elector lo envíe desde el dispositivo de voto que utilice (normalmente ordenador, aunque también podría ser teléfono u otra opción de envío a distancia de datos). Es también conveniente que el sistema muestre un mensaje al elector de confirmación para que éste afiance su confianza en el mismo. En fin, el sistema de voto electrónico debe asegurar que el sufragio no se modifique una vez que éste haya sido registrado.

Lógicamente, hay que evitar elementos visuales o sonoros en el sistema de voto electrónico que se conecten a una de las opciones políticas en liza, pues de lo contrario se podría manipular de voluntad del elector. El sistema

también debe ofrecer soluciones para que el elector que participe no tenga necesariamente que expresar una preferencia por alguna de las opciones de voto. Esto significa, como mínimo, que la opción de voto en blanco debe estar contemplada. También sería conveniente que se permitiese la expresión de votos nulos, cosa que no es posible en la mayoría de los sistemas electrónicos que actualmente se utilizan, lo que mengua las capacidades de expresión política del ciudadano. Un voto nulo tiene un sentido diferente al voto en blanco, pues éste denota una falta de convencimiento del elector respecto de alguna de las opciones posibles y aquél puede significar una postura de protesta.

El voto secreto trata de que el votante, si ésa es su voluntad, sea el único que conozca la elección escogida. Siendo así las cosas, el voto electrónico se organizará de manera que se preserve el secreto de voto en todas las etapas del procedimiento, especialmente cuando se autentifica al elector. Habrá que guardar el secreto en diversos momentos, no sólo en el recuento y a la hora de cubrir la papeleta y enviarla, sino también cuando se comunican al elector números de identificación personal, códigos de candidatos o fichas electrónicas. En la modalidad a distancia hay que actuar con especial intensidad en este sentido, pues el envío del voto entraña por sí mismo un riesgo mayor que si se vota de manera presencial en un colegio y en una urna ubicada en ese colegio. En la modalidad de voto tradicional la separación física entre la identificación y la papeleta asegura en principio el secreto. En el voto electrónico local esta separación puede mantenerse, como sucedería, tal y como apunta la Exposición de Motivos de la Recomendación Rec(2004)11 del Consejo de Europa, cuando «el dispositivo de voto electrónico no se utiliza más que para el depósito de la papeleta» (punto 49). En el voto electrónico a distancia hay que recurrir a soluciones técnicas específicas para mantener esta distinción, que no debe ser reversible. Como dijimos en otro lugar, «debe saberse efectivamente quién vota, sobre todo si el ordenamiento jurídico configura el voto como obligatorio, pero lo que no puede saberse es a qué opción ha votado»¹⁷. La criptografía homomórfica permite resolver esta problemática.

En conexión directa con la idea de secreto también se halla la necesidad de que el voto electrónico garantice que los sufragios depositados en la urna electrónica y el escrutinio de los mismos son anónimos. Hay que impedir que se pueda establecer un vínculo entre el voto y el elector. Aunque se garantizara el secreto en el momento de votar, ello sería inútil si después se pudiese conectar una determinada preferencia de voto con un determinado ciudadano, por lo que las exigencias de secreto deben permanecer en el tiempo. De nuevo en el voto electrónico a distancia los riesgos son mayores. Hay que tratar de preservar la anonimidad y, de esta forma, que no se pueda conectar, a lo largo del proceso, la identidad del elector con el contenido de su voto. En esta

¹⁷ Fernández Rodríguez, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la Red*, op. cit., p. 205.

línea también deben adoptarse medidas para que las informaciones requeridas en el tratamiento electrónico no puedan ser utilizadas para violar el secreto del voto (por ejemplo, las papeletas se conservarán de forma aleatoria para que el orden de registro de votos no sirva para averiguar el orden de llegada de los mismos y, así, descubrir la opción del elector).

7.2. Aspectos de forma

Además de lo dicho, también es de suma importancia en la implementación de un sistema de voto electrónico que se cumplan una serie de cuestiones formales o procedimentales. Ello no debe, en modo alguno, minusvalorarse pues su cumplimiento también es imprescindible para ubicarnos en los pertinentes estándares democráticos. Estamos pensando en cuestiones tales como la transparencia, la verificación o la fiabilidad, que se conecta con la propia seguridad, tema que siempre está planeando sobre la institución que estamos analizando.

Así las cosas, la transparencia es una cuestión de primer orden para generar la confianza de la opinión pública y, por ende, una postura favorable a la introducción del voto electrónico. Apunta certeramente Cotino Hueso que «las mejores prácticas de democracia electrónica lo son de una transparencia e información inteligente»¹⁸. Para alcanzar esta transparencia hay que proporcionar la adecuada información acerca del sistema de voto que se empleará, información que incluirá los dispositivos de seguridad del mismo. Los electores lo deben comprender, de lo contrario es difícil que confíen en el mismo. En esta línea resulta útil que los poderes públicos ofrezcan la posibilidad al ciudadano de practicar en el sistema de voto electrónico antes de la jornada electoral, lo cual puede llevar a la celebración de diversas pruebas y simulacros.

Al mismo tiempo, la presencia de observadores ayudará a esta ansiada transparencia. Cabe recordar que el documento de la Conferencia sobre la dimensión humana de la OSCE, elaborado en su reunión del 29 de junio de 1990 en Copenhague, invita a todo Estado miembro de la OSCE y a cualquier institución u organización privada competente que lo desee a seguir el desarrollo del procedimiento de sus elecciones nacionales. La normativa, por lo tanto, debe ser clara en esta cuestión y permitir el acceso de los observadores en diversos momentos del proceso. En este orden de cosas la ya citada Recomendación Rec(2004)11 del Consejo de Europa detecta distintos problemas específicos para la observación en las elecciones electrónicas (punto 61 de la Exposición de Motivos): los observadores deben poder acceder a las informaciones relativas al software, ver las medidas de seguridad físicas y electrónicas de los servidores, inspeccionar y testar los dispositivos homologados, y observar el depósito de las papeletas electrónicas en las urnas electrónicas y

¹⁸ Cotino Hueso, Lorenzo, «El voto electrónico o la casa por el tejado. La necesidad de construir la democracia y la participación electrónica por los cimientos», en Cotino Hueso, Lorenzo (coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares, Granada, 2006, p. 187.

el escrutinio. Sin embargo, por razones de seguridad, tal vez sea conveniente tomar precauciones para que los observadores no manipulen ciertos dispositivos, lo que es compatible con la posibilidad de que estos supervisen todo el proceso.

La transparencia, en suma, es la base de la confianza que los sistemas de voto electrónico deberían inspirar a los ciudadanos, tanto electores como candidatos. Esta confianza es determinante para la legitimidad del sistema y para los niveles de participación. Cuanto mayor conocimiento haya del sistema de voto más confianza se puede generar y, por ende, mayor participación en libertad, que es lo que busca, entre otras cosas, la lógica democrática.

Un segundo bloque de garantías de procedimiento podemos conectarlo a la categoría de verificación. La verificabilidad ha sido considerada como uno de los aspectos más controvertidos de todo sistema de voto electrónico¹⁹. La divulgación de los elementos y componentes del sistema de votación electrónica, incluyendo el código fuente, permitirá que sea evaluado de manera externa e independiente. Esta verificación, supervisada por las autoridades electorales, se producirá antes de la entrada en funcionamiento del sistema y de la propia votación, repitiéndose periódicamente, sobre todo si se realizan cambios. De igual modo, en este punto también se ubicaría la posibilidad de efectuar un segundo escrutinio que verifica los propios resultados. Ello, en el campo del voto electrónico, puede adoptar varias fórmulas: la Recomendación Rec(2004)11 del Consejo de Europa habla de recuento por parte del propio sistema con el que se ha celebrado la votación; recuento a través de un sistema de voto electrónico análogo pero distinto; recuento por un sistema diferente pero compatible; y edición de papeletas en papel y recuento de las mismas (Exposición de Motivos, punto 63). La correcta verificación del sistema permitirá articular los oportunos mecanismos de responsabilidad. De lo que se trata, por decirlo con sencillez, es de velar por el correcto funcionamiento del sistema de voto electrónico, lo que servirá para garantizar su seguridad y, de nuevo, aportar confianza en el mismo.

Como se ve, la seguridad está detrás de gran parte de lo que estamos diciendo. El tema de la seguridad es una constante en todas las cuestiones relacionadas con las nuevas tecnologías, no lo podía ser menos en el terreno del voto electrónico. La seguridad adecuada aportará fiabilidad y razones para una posición favorable en el seno de la opinión pública. Muchas son las previsiones que se pueden traer a colación. Unas de corte genérico, como la necesidad de que los poderes públicos garanticen la seguridad del sistema electoral o la obligatoriedad de que la autoridad electoral supervise el correcto funcionamiento del sistema de voto antes de cualquier elección. Otras iniciativas a adoptar son más concretas, como las específicas que aseguren la disponibilidad de los servicios durante la votación (tanto frente a ataques como a averías), o la necesidad de que sólo las personas autorizadas por los responsa-

¹⁹ Barrat, Jordi, y Reniu, Josep M.^a, *Democracia electrónica y participación ciudadana. Informe sociológico y jurídico de la consulta ciudadana Madrid Participa*, Ayuntamiento de Madrid, Madrid, 2004, p. 59.

bles electorales accedan a la infraestructura del sistema de voto y a sus servidores. Estas autorizaciones deben estar reguladas de forma clara y rodearse de las precauciones oportunas, entre las que puede estar la obligatoriedad de que las intervenciones técnicas sensibles sean efectuadas por equipos de al menos dos componentes, equipos que se renovarán periódicamente. Las intervenciones serán supervisadas por la autoridad electoral competente y por eventuales observadores. Asimismo, se preservará la integridad y la confidencialidad de los sufragios, para lo cual se usarán los oportunos controles de acceso y mecanismos de autorización y defensa, como cortafuegos o encriptación de los datos del recuento. Las informaciones de autenticación del votante lógicamente se separarán de la decisión del mismo en lo relativo a la opción política elegida.

En todo caso, la cuestión de la seguridad es de la máxima relevancia, por lo que no hay que descartar de inicio ninguna acción o medida que se implemente para garantizar la seguridad eliminando los riesgos de fraude o de intervenciones no autorizadas. Tales afirmaciones valen tanto para el voto local como para el voto a distancia. Como es sabido, la evolución técnica actual ofrece recursos de lo más diverso que pueden ser empleados en esta lucha, a veces obsesiva, por la seguridad, como la propagación en olas, multirrutras, certificados locales, firmas digitales, cortafuegos, detectores de intrusos o antivirus. Lo que se busca es que sea el poder público el garante final de la seguridad de los sistemas de voto electrónico, que deben ser tan fiables y seguros como los modos tradicionales. En tal tesitura hay que mantener el equilibrio entre el imperativo de la seguridad y la implementación de un sistema de fácil uso, lo que exige actuar con la debida ponderación. Las exigencias son mayores de las que cabría pensar en un principio habida cuenta el recelo de muchos sectores hacia la aplicación de las nuevas tecnologías en este campo, lo que les lleva a sobrevalorar el problema de la seguridad.

VIII. CONCLUSIONES

Las nuevas tecnologías someten a la democracia a nuevos desafíos y posibilidades que, pese a los problemas, merecen una valoración positiva en tanto en cuanto se favorece el pluralismo y la participación. De este modo, es posible alcanzar positivos efectos democratizadores y ayudar a contrarrestar el peligroso proceso de concentración de medios y de industria de contenidos al que hemos y, quizá, seguiremos asistiendo. La diversidad interactiva, las múltiples posibilidades de conformación del usuario, las continuas alternativas, la participación en libertad o la posición igualitaria son algunas de las notas que, más allá de los problemas que también conllevan, nos permiten ser optimistas ante el desafiante futuro del mundo digital. No deja de ser una apuesta por la libertad favorecida por la propia tecnología que se emplea y que se aviene mal con las restricciones.

La implantación del voto electrónico debe responder a una serie de exigencias jurídicas que garanticen las características del derecho de sufragio,

que, como se ha visto, debe ser universal, libre, igual y secreto. Sólo así se respetarán los requisitos propios de un sistema democrático. El voto electrónico tiene que insertarse en la dinámica más amplia de la democracia electrónica para aprovechar un contexto de sinergias y dinamización.

Los sistemas de voto electrónico sólo generarán la confianza de la opinión pública si son seguros, fiables y eficaces. Para ello deben basarse en una solidez técnica y en una verificación independiente. Por lo tanto, disponibilidad (que no se «caiga» durante la votación) y verificabilidad. Su fiabilidad y seguridad tiene que ser, al menos, la misma que la que posee un sistema de elección democrático que no recurra a medios electrónicos. Asimismo, semeja conveniente adaptar la normativa electoral a las nuevas exigencias y posibilidades de los avances tecnológicos. En tal proceso debe tenerse en cuenta el contexto sociopolítico reinante, que puede variar de un país a otro y que hará que las razones de introducción del voto electrónico se modulen.

El salto cualitativo que implican los sistemas de voto electrónico a distancia sólo será una realidad cuando se consigan medios universalmente accesibles que permitan soslayar el peligro de la desigualdad. Pese a los avances en la materia, los recelos que siguen detectándose son importantes, lo que genera a día de hoy retraso en la implantación de las modernas tecnologías de decisión. No obstante, estamos seguros de que el futuro verá cómo se imponen, ya que no semeja posible sustraerse a la atracción de sus ventajas. La tecnología ya está preparada, lo que falta es voluntad política para avanzar por esta senda. De todos modos, no hay que prescindir de las oportunas cautelas, que pasan por una instauración progresiva de este tipo de voto, coexistiendo con el voto tradicional, que permita testar debilidades y fortalezas con el adecuado conocimiento de causa.

En definitiva, la aplicación de las modernas tecnologías de la comunicación y de la información puede proporcionar efectos positivos en el proceso democrático y mejorar el principio de convivencia que dimana del mismo. El voto electrónico es sólo uno de los diversos aspectos de este tema. La tecnología está lista y sigue avanzando. Le corresponde a los poderes públicos tratar de desactivar los riesgos que ello conlleva y hacer prevalecer las ventajas que la Sociedad de la Información puede proporcionar al sistema democrático. Todo ello cumpliendo escrupulosamente las exigencias jurídicas que dimanen del derecho de sufragio.

El valor de la ley para los clásicos y en la modernidad

«Al igual que no pueden llamarse recetas médicas de verdad a las que matan en vez de curar, así tampoco es ley para una comunidad una cualquiera, sea como sea, incluso cuando perjudica de algún modo al pueblo que la padece». CICERÓN, *De legibus*, L.II, 6–13.

Sumario: I. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR LEY?—II. DESPRESTIGIO ACTUAL DE LA LEY—III. DOS DISTINCIONES CLAVE: DERECHO Y LEY. DERECHO Y FUERZA.—IV. UNA MIRADA A LOS CLÁSICOS.—V. LA CONEXIÓN *IUS-IUSTITIA*: EL PROBLEMA DE LA LEY INJUSTA.—VI. LEY NATURAL Y LEY POSITIVA.—VII. GIRO VOLUNTARISTA EN LA CONCEPCIÓN DE LA LEY.—VIII. PROPUESTA: RECUPERAR LA PREGUNTA. RECUPERAR LA TRADICIÓN.

I. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR LEY?

¿Qué entendemos por ley? —Pregunta Sócrates a su discípulo en el diálogo titulado *Minos*¹—. Pocas líneas más adelante, el discípulo, sin meditarlo mucho, responde *¿Pues qué otra cosa ha de ser ley, Sócrates, sino lo que como tal se establece?* Con esta respuesta el discípulo no hace sino preconizar lo que siglos más tarde autores como Bobbio o Kelsen², y otros tantos habrían de respon-

★ Profesora de Teoría del Derecho del CEU-Universidad San Pablo de Madrid, Doctora en Derecho.

¹ Diálogo atribuido a Platón, aunque parece ser que su verdadero autor no fue Platón, sino un discípulo anónimo de la Academia. *Minos* es un diálogo breve, en el que tan sólo aparecen dos interlocutores: Sócrates y un discípulo cuyo nombre no se desvela.

² Para estos autores la identificación entre derecho y coacción puede comprobarse en sus obras. En opinión de Kant: *derecho y facultad de coaccionar significan una misma cosa*. Vid. Kant, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 42. Kelsen señala que: *El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción*. En este sentido afirma que: *para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esa sanción*. Cfr. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1987, pp. 74 y 77.

der acerca de lo que consideran que es la ley. Bien es verdad que Sócrates a base de preguntas que invitan al discípulo a recapacitar le encamina a reconocer que no sería razonable que una decisión dañosa sea ley, sino que la ley aspira a ser un hallazgo de lo real, es decir, un verdadero y beneficioso modo de regular una cuestión determinada.

¿Qué entendemos modernamente por ley? Ésta es la pregunta esencial que quisiera plantear, pues considero que una gran mayoría de personas —incluidos juristas— se mostrarían de acuerdo con el planteamiento inicial del discípulo de Sócrates. Por mi parte, procuraré, siguiendo siempre a los clásicos, meditar con cierto detenimiento sobre un tema tan crucial para el ámbito jurídico.

II. DESPRESTIGIO ACTUAL DE LA LEY

Actualmente la ley ha perdido el valor y el prestigio que tuviera en otros momentos de nuestra historia. Hoy vivimos una época de una profusión legislativa que no conoce precedentes. La sociedad ha alcanzado un nivel de complejidad creciente —régimen autonómico, internacionalización, etc.—; han surgido diversas áreas de conocimiento en el ámbito jurídico —Derecho comunitario europeo, nuevas tecnologías, bioética, biojurídica, etc.—. Si unimos a lo anterior la dinámica propia del Estado moderno, con su tendencia al intervencionismo en la mayor parte de los ámbitos sociales, podemos concluir que todo este panorama configura una realidad jurídica extraordinariamente extensa que se ve obligada a regular sectores que en otro tiempo, por no existir, no necesitaban ser regulados. No resulta difícil hoy reconocer cómo la ley está absolutamente mediatizada por intereses de distinto tipo, ya sean: ideológicos, económicos, políticos o electoralistas. El panorama legislativo se nos muestra sometido a transitoriedad, a un cambio permanente, vertiginoso y a la vez a un ritmo creciente. Basta para ello mencionar algunas de las nuevas medidas: el cambio respecto al carácter heterosexual de la institución matrimonial, la falta de consenso en temas educativos, la moderna legislación de experimentación biomédica, etc. Bien es cierto que las leyes siguen constituyendo las normas de rango jerárquico superior, por debajo de la Constitución, pero es indudable que a causa del proceso inflacionario descrito, la ley en nuestros días sufre una auténtica depreciación. Gallego García explica esta pérdida de prestigio de la ley en un estrato mucho más profundo, que no es otro que la crisis de la idea misma de razón³. Afirma que modernamente existe una desconfianza en que la razón humana sea capaz de encontrar un verdadero modo de regular una cuestión. Esto resulta absoluta-

³ «Es la razón la que, al margen de sus posibilidades “técnicas”, es considerada ahora incapaz de generar una palabra verdadera sobre las cosas, sobre lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo. Incapacidad de la razón que afecta directamente a la idea de ley, al provocar la desvinculación entre ésta y la razón, de cuya intimidad brotaban su valor y dignidad», *Fundamentos para una Teoría del derecho*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 98.

mente diferente a la concepción que sobre la ley tenían los clásicos, cuya estima por la ley llegaba a tal punto que la concebían como: la expresión máxima de la razón, el descubrimiento de lo real. En palabras de Aristóteles: «es preferible que mande la ley antes que cualquiera de los ciudadanos, y por esa misma razón, aun si es mejor que gobiernen varios, éstos deben ser establecidos como guardianes y servidores de las leyes»⁴.

III. DOS DISTINCIONES CLAVE: DERECHO Y LEY. DERECHO Y FUERZA

El derecho, en su sentido propio y primero, es «lo justo». *La ley no es el derecho mismo, sino cierta regla o medida de derecho*. Cuando esa regla se pone por escrito se llama ley, y a ella se ajusta la conducta del hombre para que su acción resulte justa. Sin embargo, esta distinción entre derecho y ley no siempre ha sido claramente percibida, especialmente a partir de la modernidad, tal distinción ha desaparecido, identificándose derecho y ley⁵. Modernamente la palabra «ley» tiene en el lenguaje jurídico diversos significados. Se usa en una acepción muy amplia como equivalente a derecho objetivo⁶. Otra acepción más restringida podría ser entendida como toda norma de carácter general impuesta por los poderes públicos. En un sentido limitado y técnico, por ley se entiende la norma establecida por asambleas o parlamentos a las que la Constitución atribuye el poder legislativo en cuanto representan a los ciudadanos. En este sentido resulta necesario reconocer que definir el derecho como conjunto de leyes es una pura fórmula vacía. Resulta aún más llamativo que se defina al derecho como ley, y que se afirme al mismo tiempo que una de las fuentes del derecho es precisamente la ley —art. 1.1 del Código Civil—. ¿Cómo es posible que la ley sea a la vez el derecho y su fuente? Si la ley es concebida como la primera acepción del derecho, no cabe que sea su fuente, pues con ello se contradicen las leyes más básicas de la argumentación lógica.

Además, para una gran parte del pensamiento jurídico moderno, el derecho no es *lo justo*, y ni siquiera tiene por qué estar conectado con la justicia⁷. Una de las consecuencias que surgen de tal desconexión es el hecho de tratar como ideas idénticas los conceptos de derecho, pena y coacción⁸. El primero que hizo una identificación absoluta entre derecho y coacción fue Kant⁹, quien a su vez fue seguido por autores contemporáneos como Kelsen

⁴ *Política*, III, 1287 a3.

⁵ Vara Martín, J., *Libres, buenos y justos. Como miembros de un mismo cuerpo*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 54 y ss.

⁶ En sentido véase la reflexión que realiza Gallego García, E., *Fundamentos para una teoría del derecho*, op. cit., pp. 37-38.

⁷ *El derecho puede tener* —escribe Kelsen— *no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica*. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 74.

⁸ Vid. Gallego García, E., op. cit., p. 45.

⁹ «Derecho y facultad de coaccionar significan, pues, una y la misma cosa», *La Metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 42.

o Bobbio. En este orden de cosas, para proceder a este tipo de regulación de la conducta humana el derecho lo consigue asociando un comportamiento indeseado a una sanción, de este modo logra obligar, por temor, a la conducta contraria¹⁰. El derecho se muestra, pues, como una sofisticada técnica de control social. El modelo paradigmático de esta posición jurídica es sin duda el jurista vienés Kelsen. Para la mentalidad kelseniana la regulación de la conducta que procede del ámbito jurídico se distingue de otros sistemas normativos —moral o usos sociales, por ejemplo— por venir acompañado de fuerza. Sin embargo, los otros órdenes normativos a los que nos hemos referido se cumplen por la costumbre o por la sanción religiosa que la impone —aunque su sanción no viene acompañada de fuerza—. El derecho en cambio, obliga exclusivamente por el uso de la fuerza, es decir, por el miedo al castigo, de este modo el derecho, para el conocido jurista vienés, no es sino una disciplina del uso de la fuerza, cuyo monopolio pertenece al Estado¹¹. Frente a la posición kelseniana encontramos el testimonio unánime de toda la tradición clásica, reconocido por supuesto en voces contemporáneas¹², quienes en pro del sentido natural y de la prudencia identifican el derecho con la realización de lo justo, de lo debido a otro en justicia, y que conceden, pues, un papel secundario a la fuerza en el mundo jurídico. En este sentido, si se concibe que la idea básica del derecho es *lo justo*, no cabe admitir las tesis kantiana y kelseniana a este respecto, pues situar al derecho bajo el imperio de la fuerza y, por tanto, de lo coactivo, supone olvidar una idea esencial que nos ha legado la tradición: *que el derecho, dentro de una vida política, es el medio privilegiado de la libertad del hombre, de su condición de actor, y en definitiva de persona*¹³, y no el simple resultado de la coacción o del temor a la sanción, pues el derecho sobre todo es una conquista de lo humano.

IV. UNA MIRADA A LOS CLÁSICOS

Así fue para nuestra tradición grecolatina, es fácil reconocer su verdad, su belleza y su profundidad, podemos comprobarlo recorriendo de la mano de los clásicos sus reflexiones en torno a la ley y al derecho.

Comenzando por los poetas y pensadores griegos, vemos en ellos cómo buscaban incesantemente cuál era el lugar del hombre en el universo, en este sentido vieron la ley y el derecho en conexión orgánica con la totalidad de

¹⁰ La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener. Kelsen, *ibidem*.

¹¹ El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice coacción dice empleo de la fuerza (...). El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. Kelsen, *ibid.*, p. 74.

¹² Hervada, Pieper, Villey, Vallet de Goytisolo, Corts Grau, entre otros.

¹³ Gallego García, E., *op. cit.*, p. 46.

la civilización humana. De este modo, al pretender descubrir —según la concepción griega— el fundamento último de la elevada posición del hombre, concluyeron que la justicia y la ley constituían el centro de la cultura humana, y la clave para explicar el lugar del hombre en el cosmos¹⁴. En los poemas homéricos, que son sin duda los documentos más antiguos de la civilización griega, aparecen infinidad de referencias a la administración de justicia, que entonces estaba todavía en manos de los reyes. En la concepción homérica la sociedad humana se funda en la ley y en la justicia. Esta idea informa toda su obra épica. Ejemplo de lo dicho es el conocido fragmento de la *Iliada* cuando Ulises al desembarcar en un país desconocido la primera pregunta que se hace, no sin cierta ansiedad es: «¿Quiénes morarán esta tierra? ¿Serán malhechores y salvajes sin justicia o gente que honra al forastero y teme a los dioses?»¹⁵. Se aprecia en todo el pensamiento homérico que la *dike* (justicia) constituía la línea de demarcación entre la barbarie y la civilización. Si la justicia imperaba permanecían en una confianza última en que el hombre pisaba tierra firme, gozaban de seguridad y protección, tanto en su persona como en sus bienes. Existía, en cambio, el mundo de los cíclopes, que aún vivían en un estado de naturaleza primitiva, sin normas (*themis*). Fue, pues, esta profunda y arraigada convicción del mundo griego de que la justicia constituía el fundamento de la sociedad humana la que hizo de Hesíodo el portavoz del mundo posthomérico. El concepto homérico del derecho, *themis*, regulación, cede gradualmente a la palabra predilecta de Hesíodo, *dike*¹⁶. Al mismo tiempo, el procedimiento de administrar justicia se fue racionalizando, la costumbre de las ciudades fue codificándose por sabios legisladores designados por pueblo, de ahí vino que el *nomos* sirviera para designar la forma escrita que a la costumbre se diera, surgiendo de esta manera el nuevo concepto de ley. Al canon de las virtudes cívicas de aquellos siglos se le añadió una virtud nueva, la *dikaïosyne*, que designaba la cualidad moral de un hombre que era justo. Los griegos definieron esta palabra como obediencia a la ley. Dicha virtud fue convirtiéndose en pauta suprema de perfección humana¹⁷.

En Heráclito se observa cómo la ley constituía la expresión más alta del imperio de la razón en la vida humana, por ello recomendaba que «el pueblo luchara por su ley como por sus murallas»¹⁸. La ley, para ellos, era la muralla espiritual que protegía la vida de la comunidad, hasta tal punto que hacían depender la salvación de la ciudad de que las leyes se mantuvieran incólumes. Consideraban que la ley ayudaba a forjar, con individuos débiles, una *polis* unificada. El trasfondo histórico de todo este pensamiento sobre la ley y la justicia en los comienzos de la literatura griega posibilitó el advenimiento del

¹⁴ Jaeger, W., *La alabanza de la ley*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, pp. 5-6. Sobre el desarrollo histórico del espíritu helénico, vid. Jaeger, W., *Paideia, The ideals of Greek Culture*, vols., Oxford University Press, New York, 1939-44.

¹⁵ *Iliada*, XVIII, 497 y ss.

¹⁶ Jaeger, W., *La alabanza de la ley*, op. cit., pp. 14 y ss.

¹⁷ *Ibidem*, p. 15.

¹⁸ Fragn. 44.

estado-ciudad, la *polis*, que adquirió su forma característica en los siglos VII y VI, y que obtuvo su culminación con la democracia ateniense del siglo V. Ciertamente es que todo ello fue posible porque tanto el pueblo como la antigua clase dominante reconocieron en la invocación del derecho y de la justicia, y en el establecimiento de un orden legal inconvencible, la única esperanza de sobrevivir. La ley parecía constituirse como el único puerto verdaderamente seguro en el que podían echar anclas en la tormenta que a los demás amenazaba¹⁹. Que diferente a la modernidad resulta también la reflexión Platónica en el *Critón o del deber*, cuando por boca de Sócrates afirma: *No es el vivir lo que ha de ser estimado en el más alto grado, sino el vivir bien (...) El vivir bien, el vivir honestamente y el vivir justamente son una misma cosa*²⁰. En este mismo sentido, continúa explicando Sócrates a su interlocutor Critón a través de una personificación de las leyes atenienses la grandeza, la dignidad y la obediencia que a ellas se les debe²¹.

También el conocido orador y escritor romano Cicerón es un paradigma de la alta consideración en que tenía la ley, y es que además es precisamente él quien tradujo la palabra griega *nomos* a la latina *lex*, vertiendo la idea griega de *nomos* —significativa de un orden justo de las cosas—, a la palabra *lex* que originariamente tenía un significado meramente técnico y no filosófico. Para Cicerón la ley brota de la naturaleza humana y expresa el juicio racional del hombre prudente²². Se muestra, en cambio, realista al considerar que era absurdo pensar que todo lo establecido por las leyes fuera a ser siempre justo²³. La mentalidad ciceroniana anticipa ya una respuesta al moderno voluntarismo en la ley. El insigne orador romano expresó con claridad que si los derechos se fundaran en la voluntad de los pueblos y dependieran exclusivamente de los votos de la masa popular serían jurídicos aspectos como el robo o la falsificación²⁴. Defensor de que las leyes se inventaron para: *la salvación de los pueblos, seguridad de las ciudades y pacífico bienestar de la vida humana*²⁵, conocía también que en ciertos momentos se habían dado órdenes perversas e injustas, que, a su juicio, no eran leyes, sino otra cosa muy distinta, pues para Cicerón en el sentido de la palabra ley llevaba implícito el concepto de saber seleccionar lo verdadero y lo justo²⁶. En este sentido afirmaba que

¹⁹ Jaeger, W., *op. cit.*, pp. 33-34.

²⁰ Platón, *Obras completas*, Aguilar, Madrid, pp. 224 y ss.

²¹ Sócrates, no te maravilles lo que decimos, y responde, ya que tú también sueles recurrir al sistema de preguntas y respuestas. Ea, pues, dínos, pues, bien, Sócrates —añadirían tal vez las leyes—: piensa si es justo lo que tratas de hacernos. Veamos: nosotras te trajimos al mundo, te criamos y educamos, hacemos partícipes de todos los bienes de que nos fue posible a ti y a todos los demás ciudadanos. Platón, *ibidem*.

²² La razón fundamental, ínsita en la naturaleza, que ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario (...) el criterio racional del hombre prudente. Cicerón, *De legibus*, IEP, Madrid, 1970, pp. 125 y ss.

²³ Si los Treinta Tiranos de Atenas hubieran querido imponer sus leyes, o si todos los atenienses estuvieran a gusto con leyes tiránicas, ¿iban por eso a ser justas esas leyes? Creo que no serían más justas que aquella otra que dio nuestro interese de que el dictador pudiera matar impunemente al ciudadano que quisiera, incluso sin formarle proceso. Cicerón, *ibidem*, L. I, 15-16.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Cicerón, *ibidem*.

²⁶ Cicerón, *ibidem*, L. II, 5.

había muchas disposiciones populares que no merecían el nombre de ley, pues: *al igual que no pueden llamarse recetas médicas de verdad a las que matan en vez de curar, (...) así tampoco es ley para una comunidad una cualquiera, sea como sea, incluso cuando perjudica de algún modo al pueblo que la padece*²⁷. Queda, pues, manifiesto que también para Cicerón, uno de los grandes autores de la tradición clásica, la ley es la discriminación de las cosas justas e injustas.

No menos sugerente resulta la descripción que sobre la cualidad de la ley hiciera San Isidoro de Sevilla en las *Etimologías*²⁸ cuando dice: *Debe ser una ley honesta, justa, conforme a la naturaleza, de acuerdo con las costumbres patrias, conveniente, necesaria y útil según los tiempos y lugares; y bien clara, para que no vaya a tener algo capcioso por su oscuridad; escrita no para el provecho de algún particular, sino para el bien común*. Vale la pena detenerse en analizar una a una las notas extraídas de la descripción isidoriana. En cuanto a la honestidad de la ley exigida por nuestro compatriota, tenemos que entender que la ley no debe ser contraria a la conciencia moral de la comunidad a la que se dirige tal ley²⁹. Por lo que se refiere a la justicia de la ley, hay que interpretarlo en su sentido más literal: que no dañe ningún derecho, pues precisamente la injusticia es la que niega el *ius*. El último de los requisitos recogidos por el autor de las *Etimologías* es el de no contrariar la naturaleza, lo cual es un postulado clásico de nuestra tradición que establece que ninguna ley humana debiera contradecir a la ley natural. Ahora bien, la ley no debe ser sólo justa en sí misma, sino que ha de serlo igualmente para un determinado pueblo y para unas determinadas circunstancias.

Santo Tomás de Aquino en su *Tratado de la ley* recoge de un modo inigualable todos los problemas que hasta su momento se habían planteado entorno a la ley, pero también anticipa muchas de las cuestiones debatidas que sobre la ley surgieron siglos después, y que, aún hoy, continúan presentes en la doctrina. Muestra de ello es el modo en que comienza —ya en las primeras líneas de este tratado— desvinculando la ley de la pura voluntad humana, afirma rotundamente que la ley pertenece a la razón³⁰, que es un acto de la razón y que es propio de la razón mandar³¹. Continúa el Aquinate con un tema que ya recogió Aristóteles en su *Ética*³²: la necesidad de que la ley se dirija a la felicidad común. En la mentalidad tomista hay una intrínseca relación entre la ley y el bien común, siendo éste el fin último de las sociedades

²⁷ Cicerón, *ibidem*, L. II, 6, 13.

²⁸ Libro V, cap. XXI.

²⁹ Muchas veces sucede en la actualidad que las leyes que se aprueban son contrarias a la conciencia moral de la comunidad a la que se dirigen. Ejemplos hay varios y relativamente recientes: sucedió en España cuando se aprobó la despenalización del aborto, actualmente con la imposición de la asignatura de educación para la ciudadanía, o con la aprobación de la ley de matrimonios de homosexuales, entre otros.

³⁰ *Tratado de la ley*, cap. 1, art. 1.

³¹ *La ley debe mandar y prohibir. Pero el mandar pertenece a la razón (...) luego la ley pertenece a la razón. (...) la voluntad ha de estar regulada por la razón, acerca de aquellas cosas que se mandan, para que lo que mandado tenga razón de ley*. Sto. Tomás de Aquino, *Tratado de la ley*, cap. 1, art. 1.

³² *Llamamos cosas legales justas a aquellas que se dirigen a promover o conservar la felicidad, o los medios para ella, en la comunidad política*. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, lib. V, cap. I.

humanas, los preceptos no tendrían razón de ley si no se ordenaran a éste como a su fin propio³³. En este orden de cosas, Santo Tomás sigue fielmente a Aristóteles al afirmar que la voluntad de cualquier legislador es hacer buenos a los hombres³⁴. No les cabía ninguna duda a nuestros dos grandes filósofos, que era ese principalmente —y no otro— el fin al que se ordenaba cualquier ley, que lo propio de la ley era el inducir a sus súbditos a la virtud, y en este sentido, si la intención del legislador tendía al verdadero bien, que era el bien común, por tal ley los hombres se hacían buenos. Además, para que la ley adquiriera el carácter obligatorio que le es propio, es necesario que los hombres se regulen por ella, y esto únicamente se puede producir, cuando a través de la regulación se facilita el conocimiento de la misma por parte de los hombres. Por esta razón, la promulgación de la ley es necesaria para que la misma adquiriera eficacia. De las cuatro conclusiones establecidas puede colegirse la definición tomista de ley, que no es otra que la siguiente: *La ley es una ordenación de la razón, dirigida al bien común, promulgada por aquel que tiene a su cuidado la comunidad*³⁵. Esta definición recoge, por tanto, a juicio del Aquinate, los aspectos que inexcusablemente toda ley justa debiera tener: ser criterio racional, buscar el bien común y haber sido promulgada por el gobernante de la comunidad. Podría recoger innumerables pasajes de nuestra tradición grecolatina en el mismo sentido al que me he venido refiriendo, para dar a conocer lo que, a mi juicio, constituye una certera reflexión en torno a la ley. Considero, sin embargo, a la vista de los fragmentos que de uno y otro autor he recordado, que es posible concluir que para los antiguos la ley era considerada como la «salvaguardia de la ciudad»; su existencia y cumplimiento marcaba la diferencia entre un gobierno justo —regido por la ley— y un gobierno despótico —sometido a la voluntad o el capricho—. La ley era la que recogía y consagraba las ideas esenciales que el pueblo tenía sobre lo justo, proporcionaba certeza a los ciudadanos y constituía el más sólido valladar contra la arbitrariedad³⁶.

Qué diferente mentalidad nos muestra la actualidad. Apenas existe nada real u objetivo que reconocer, ni en el mundo, ni en la naturaleza humana, y si existiera, nuestra razón sería incapaz de captarlo. Nos cuestionamos poco el lugar del hombre en el «cosmos» —universo ordenado para los griegos—. La preocupación moderna ha dejado de ser la *vida buena, virtuosa y feliz* de los antiguos, sino vivir lo mejor posible —principalmente en el ámbito económico—. La ley no brota de la naturaleza humana y es reconocida por el hombre prudente, sino que parte de la voluntad del poderoso o de la mayoría y

³³ *La ley, ante todo y principalmente, mira al bien común. Y el ordenar todo al bien común es propio o de todo el pueblo o de quien toma la representación del pueblo. Y, por tanto, el hacer la ley es propio o de todo el pueblo o de la persona pública que tiene a su cuidado la dirección de toda la comunidad.* Sto. Tomás de Aquino, *Tratado de la ley*, cap. 1, art. 3.

³⁴ *La voluntad de cualquier legislador es hacer buenos a los hombres*, *Ética a Nicómaco*, lib. I, cap. XI. Y también: *Los legisladores hacen buenos a los hombres cumplidores de la ley*, *Política*, lib. II, cap. VI.

³⁵ Sto. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, c. 90, artículo 4.

³⁶ Sobre la ley véase la reflexión que tiene Gallego García, E., *Fundamentos para una Teoría del derecho*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 98 y ss.

es lo que como tal se establece —como ya predijera el discípulo de Sócrates—. No importa que la ley dañe la honestidad de todo un pueblo si con su aprobación se amplía el número de votos. Y ¿qué decir del carácter pedagógico y educativo de la ley?, ¿o de su conformidad con la naturaleza humana? Lo hemos olvidado, lo hemos perdido, lo estamos acallando.

V. LA CONEXIÓN *IUS-IUSTITIA*: EL PROBLEMA DE LA LEY INJUSTA

«Como elegantemente define Celso» en el Digesto: *El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo*³⁷. No se puede entender el *ius* sin la *iustitia*. Ésta es una reflexión que nos ha legado unánimemente nuestra tradición jurídica desde Grecia, pasando por el Derecho romano hasta la cristiandad medieval. Siempre se tuvo una conciencia clara de la íntima relación existente entre derecho y justicia.

Hoy, tras los últimos siglos de hegemonía normativista, la sentencia que recogiera Celso constituye una sabiduría desgraciadamente perdida³⁸. Se desconoce que *iustitia* procede etimológicamente de *ius*, es la unión de *ius* y *stare*, de modo que *iustitia* vendría a significar algo semejante a estar en derecho.

Pero la conexión entre ambos términos no se reduce a la etimología, sino que partiendo de la derivación etimológica, podemos acercarnos también a cuál sea la relación de prioridad entre el derecho y la justicia. En este sentido la tradición medieval concibió que la justicia era la fuente y origen del derecho. Las Partidas lo recogen con una gráfica metáfora al decir: la justicia es «como fuente donde manan todos los derechos»³⁹. Para los medievales habría, por tanto, una prioridad de la justicia sobre el derecho. Sin embargo, esta reflexión medieval es corregida y explicada por otro medieval: Santo Tomás de Aquino. Para este teólogo, gran conocedor del Derecho romano y de la ciencia jurídica de su tiempo, el derecho precede a la justicia, de modo que no puede haber justicia sin un derecho previo. La postura tomista no se separa de la tradición, sino que precisamente por coherencia con la tradición romana, asegura el Aquinate que el derecho es el objeto de la justicia. La explicación es la siguiente: Si Ulpiano definió la justicia en el Digesto como *dar a cada uno lo suyo*⁴⁰, en la definición de justicia la respuesta es clara: ¿qué cosa se da a cada uno?: su derecho. Luego el derecho es el objeto de la justicia. Es decir, que si la justicia se ha definido clásicamente como *dar a cada uno lo suyo o su derecho*, resulta imprescindible que primero exista un derecho para que, en justicia, pueda ser posteriormente dado⁴¹.

³⁷ Digesto, 1,1.

³⁸ Gallego García, E., *ibidem*. p. 34.

³⁹ *Vid.* al principio de la Tercera Partida.

⁴⁰ *Es justicia la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho.* Digesto, 1,1.

⁴¹ En cambio, está Isidoro, que dice en el mismo libro que «el derecho es llamado así porque es justo». Pero lo justo es el objeto de la justicia; pues afirma el Filósofo, en *V Ethic.*, que «todos deciden llamar justicia a semejante hábito, mediante el cual se realizan cosas justas». Luego el derecho es objeto de la justicia. Sto. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, c. 57, a. 1.

Si la justicia es la virtud que disciplina las relaciones entre los hombres, toda relación humana en la medida en que es ordenada por la razón, cae bajo el imperio de la justicia. En este orden de cosas, todo trato entre los hombres viene atravesado por dos notas: unidad e igualdad⁴². El derecho se configura así en el objeto de la justicia, en cuanto que por ella se conserva la igualdad entre sujetos, y esto no en el sentido de que se unifiquen más los sujetos, sino en cuanto que a cada uno se le da lo suyo para que entre ellos no haya desigualdad en el trato.

La justicia es el acto por el que se le da al otro su derecho (*ius suum cuique tribuere*). Por este acto de restitución se pone al otro en posesión de lo suyo, para que la relación que deben guardar entre sí los iguales no se quiebre. El objeto sobre el que recae el acto es lo que asegura la igualdad de trato entre las partes, de tal modo que doy tanto como recibo a cambio⁴³. Esto que conserva la igualdad es el derecho. Cuando hablamos de justicia hablamos del acto de un hombre hacia otro hombre: es propio del hombre justo obrar con justicia, dando al otro lo suyo. El objeto propio de la justicia es aquello que es del otro. La justicia mira siempre al otro, *iustitia est ad alterum*, y el derecho, que es su objeto, también.

Aclarado el aspecto de que la conexión entre *ius* y *iustitia* no es sólo etimológica, sino como también se ha visto de contenido, no podemos dejar de referirnos al problema que suscita la ley injusta, entendida como la regla de derecho, la que recoge el modo de que las conductas se adecuen a lo justo. Una ley es injusta si causa la lesión de un derecho, es decir, cuando establece lo injusto: legal, conmutativo o distributivo. Una norma no es injusta porque contradiga estimaciones subjetivas, ideas o ideales políticos o sociales, etc., sino porque contradiga el derecho de una o más personas, o porque sea disconforme con una norma superior. Es importante, pues, poner de relieve que la norma injusta no es una realidad incierta o emotiva⁴⁴. La ley injusta es aquella que contiene reglas contra derecho, es decir, que establece lo injusto o la lesión de un derecho, procediendo, pues, de la injusticia, y siendo su objeto lo injusto. La ley no sólo debe mirar el aquí y ahora, necesita tener un horizonte más amplio, buscar el fin último de las cosas. Una ley es buena para el hombre y para la sociedad en la que vive si es factor de crecimiento de lo humano, cuando es educativa. La ley es realmente justa cuando se «a-justa» a la verdad del hombre y de su naturaleza. Respaldando este aspecto, nuestra tradición, sabia una vez más, se levanta unánime⁴⁵. Resulta obvio, por tanto, que la norma injusta no es derecho, pretender que sea verdadera norma

⁴² Vid. Vara Martín, J., *op. cit.*, p. 57

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Cfr. Hervada, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Euns, 1995, pp. 369-370.

⁴⁵ Recogemos un fragmento de la séptima partida de Alfonso X el Sabio: *Ley tanto quiere decir leyenda en que yace enseñanza, e castigo, escripto que liga e apremia la vida del hombre que faga mal, e muestra, e enseña el bien que debe fazer, e usar; e otro sí es dicha ley, porque todos los mandamientos della deven ser leales e derechos, e cumplidos según Dios, e según justicia*. Otro ejemplo de la tradición medieval es Sto. Tomás de Aquino, quien ya dijera en la *Suma Teológica* que la ley es: *un arte de encauzar y ordenar la vida humana* (S. T., I-II, c. 104, a. 4).

(derecho injusto: *ius in-iustum*) constituye una *contraditio in terminis*. Sólo entendiendo el ordenamiento jurídico como un sistema de imposición de una voluntad arbitraria, se puede llegar a afirmar que el derecho injusto es derecho ⁴⁶.

La posición de los clásicos a este respecto es meridianamente clara: la ley injusta no es verdadera ley, sino *corruptio legis*. Una ley sólo es verdadera cuando es justa, y en ello —como hemos expuesto anteriormente— son exigentes, pero incluso de su injusticia no deducen necesariamente la legitimidad de su desobediencia, pues no es en ellos una conciencia subjetiva sin más el criterio de juicio para valorar la obediencia o no de una ley, sino una ley más alta, la ley divina ⁴⁷, cuya expresión en el hombre resulta ser la ley natural.

VI. LEY NATURAL Y LEY POSITIVA

Si, como venimos reflexionando, la ley para ser justa debe constituirse en un factor que contribuya al crecimiento del hombre, la pregunta que inevitablemente surge es: ¿Qué es el hombre? ¿Cómo encontrar su verdadero bien? Si tales preguntas carecieran de interés o de posible respuesta, nada se podría decir acerca de si la ley contribuye de algún modo al bien humano. Para los clásicos tales preguntas encontraban una sólida respuesta en la ley natural.

Si miramos con atención y sin prejuicios a la experiencia humana elemental, no resulta difícil reconocer que todo hombre busca su felicidad personal —que obviamente pasa por ser una felicidad compartida y común—, que precisamente por ello cabe un diálogo real entre los hombres, y que tal es también la razón de que leamos a los autores antiguos reconociendo una contemporaneidad en sus planteamientos y reflexiones, en virtud de la cual son considerados precisamente «clásicos» ⁴⁸. Pues bien, para la mentalidad clásica el hombre no se hallaba fuera de la naturaleza, sino que formaba parte de ella. Ciertamente el hombre comparte con los animales sus inclinaciones naturales más básicas y fundamentales —autoconservación y perpetuación de la especie—, pero el hombre es poseedor de algo más, no se reduce a ellas,

⁴⁶ Hervada, J., *ibidem*, p. 370.

⁴⁷ Es paradigmático a este respecto el conocido caso de Sócrates, quien muere por obediencia a las leyes de la polis, o el de la *Antígona* de Sófocles, que recoge de este modo su acatamiento al edicto del tirano Creonte por haber dado sepultura a su hermano Polinice, contraviniendo con ello los mandatos del tirano de no dar sepultura al que se rebelara contra él.

Creonte: Eh, tú, la que inclina la cabeza hacia el suelo, ¿confirmas o niegas haberlo hecho?

Antígona: Lo sabía. ¿cómo no iba a saberlo? Era manifiesto

Creonte: ¿Y, a pesar de ello, te atreviste a transgredir esos decretos?

Antígona: No fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Éstas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron. No iba yo a obtener castigo por ellas de parte de los dioses por miedo a la intención de hombre alguno. Cfr. Sófocles, *Tragedias. Antígona*, 2.^a reimpresión, Gredos, Madrid, 1992, pp. 265-266.

⁴⁸ Vid. Gallego García, E., *op. cit.*, p. 108.

es animal racional, posee la razón, y es la razón la que le posibilita tomar conciencia del *cosmos*, entendido como universo ordenado en el que vive. Esta participación del hombre como criatura racional de esa ley eterna⁴⁹ es la ley natural⁵⁰. La ley natural es, pues, un acto de entendimiento que el hombre realiza conforme a su naturaleza. En este orden de cosas, el hecho de que el hombre posea la razón hace que no viva sometido a sus inclinaciones, sino que aspire a algo más que a sobrevivir y perpetuarse, el hombre aspira naturalmente a vivir bien, a buscar una respuesta a la verdad de las cosas que proporcione un sentido del bien y del mal. Por esta razón, en todas las culturas y los pueblos ha surgido siempre una conciencia religiosa que busca una verdad última y radical que dé sentido a la vida humana. De ahí que Santo Tomás de Aquino en su explicación de la ley natural describa como una tendencia específicamente humana: *vivir en sociedad y buscar la verdad sobre Dios*.

El modo privilegiado que los hombres tenemos para conservar la vida, transmitirla a los hijos y dar respuesta a las últimas inquietudes humanas es la pertenencia a una comunidad política, a un mundo compartido de hombres⁵¹. En esa vida en común que compartimos con los demás miembros de la comunidad le resulta natural al hombre juzgar todas las cosas que suceden en términos de bueno o malo, justo o injusto valorando en este juicio si constituyen un fin deseable a alcanzar o no. La ley natural es nuestra conciencia en acto. Esta autoconciencia es connatural al hombre porque responde a un dinamismo íntimo y estable de nuestra naturaleza. Que todo hombre busque el bien para sí es algo indudable, pero ¿qué es lo bueno? Para responder a esta pregunta entra en acción la ley natural como criterio de discernimiento sobre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto en sus líneas más básicas y fundamentales⁵². De ahí que el primer precepto de la ley natural sea: *debe hacerse el bien y evitarse el mal*. Así pues, la ley natural es la medida de las cosas más evidentes a la razón humana, es decir, de las cosas que más claramente se adecuan a nuestras inclinaciones naturales, o por el contrario de las que las contradicen abiertamente. En este orden de cosas, partiendo de la inclinación a la vida y a su permanencia en ella la razón humana reconoce como deseable todo aquello que contribuya a su conservación, y en sentido contrario como rechazable lo que tienda a destruirla. En este mismo sentido la traducción a términos humanos y jurídicos del principio de conservación de la especie es el matrimonio, la familia y las relaciones paterno-filiales y maritales.

A través del conocimiento de las inclinaciones naturales del hombre descritas y explicadas por Santo Tomás de Aquino (autoconservación, perpetuación de la especie, vivir en sociedad y conocer la verdad) se comprende que la ley natural es el fundamento de toda ley positiva. A pesar de que las leyes humanas por su condición de leyes políticas no aspiran a reproducir la tota-

⁴⁹ Razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos de la criatura. Santo Tomás, *Suma Teológica*, I-II, c. 93, a. 1.

⁵⁰ Santo Tomás, *ibid.*, c. 91, a. 2.

⁵¹ Gallego García, E., *ibidem*, p. 111.

⁵² *Ibid.*, pp. 112-113.

lidad de lo que supone la ley natural, no resulta difícil descubrir la presencia de la ley natural en la legislación positiva en aspectos tales como: el cuidado y alimentación de los padres hacia los hijos, el castigo de los delitos, los derechos de sucesión, etc. Y aunque toda ley positiva derive de algún modo de la ley natural, puesto que es ella misma la que nos inclina a vivir en sociedad, y en este sentido a gobernarnos por leyes, existen innumerables disposiciones legales que nada tienen que ver con estas cuestiones (conducir por la derecha, un determinado tipo impositivo, plazos legales, etc.), pues son meras disposiciones legales de naturaleza técnica o política que no se deducen de ningún principio natural.

Los modos de derivación de la ley positiva respecto de la ley natural son dos: por *conclusión* y por *determinación*. Hay derivación por *vía conclusiva* cuando de la ley natural se concluye necesariamente una determinada norma (castigo de los delitos contra la vida). Surge en cambio la derivación por *vía determinativa* cuando a partir de la ley natural la regulación sobre un determinado aspecto jurídico puede establecerse de un modo u otro a determinar por el legislador (duración de la pena que corresponde a un homicida). La doble vía por la cual toda ley positiva deriva de la ley natural determina un doble modo de dependencia de la ley positiva respecto de la ley natural. Las leyes obtenidas mediante *conclusión* se encuentran no sólo positivizadas, sino también reforzadas por la ley natural, en ellas cabe hablar de verdadera positivación. En cambio, las leyes obtenidas por vía de *determinación*, no tienen más fuerza que la que les concede la ley humana, ellas constituyen las leyes positivas *stricto sensu*. Puede darse también el caso de que en una misma ley positiva se den aspectos conclusivos (castigo del homicidio) y aspectos determinativos (duración de la pena). El paso de la ley natural a la positiva no es una mera derivación mecánica, sino que el valor fecundante de los primeros principios de la ley natural iluminan la experiencia humana posibilitando a la razón encontrar leyes adecuadas para el buen vivir en sociedad⁵³.

En el pensamiento de Santo Tomás, no hay dualismo, la ley natural se concreta y determina en la ley positiva, es decir, la ley escrita «contiene el derecho natural» pero con el importante matiz de que «no lo establece»⁵⁴. La ley humana, aunque encuentra su fundamento en la ley natural no se identifica con ella, es mucho más limitada. La ley natural partiendo de su primer principio «hacer el bien y evitar el mal» prescribe todo lo bueno y prohíbe todo lo malo, la ley positiva sólo ordena algunas cosas buenas y castiga ciertos comportamientos malos. Ahora bien, si la ley humana positiva no puede reproducir íntegramente la ley natural, si tiene un límite: no cabe que mande lo malo y prescriba lo bueno⁵⁵. Éste es el límite definitivo que la ley natural estable-

⁵³ Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, c. 100, a. 1.

⁵⁴ La ley escrita no da su fuerza a la ley natural, ni tampoco le puede, por tanto, quitar o disminuir su fuerza, porque ni siquiera la voluntad del hombre es capaz de cambiar la naturaleza. Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II, c. 60, a. 5.

⁵⁵ Ante la lógica pregunta de ¿qué es lo bueno para el hombre? Tal y como ya se ha tratado anteriormente los clásicos ponían su mirada en las inclinaciones naturales del hombre como verdadero criterio de determinación de lo que corresponde al hombre por naturaleza o no.

ce a la ley escrita, y, por tanto, al legislador, como creador y redactor de la ley positiva, pues la ley natural a quien limita fundamentalmente no es tanto a la ley positiva como al legislador. Hay, sin embargo, un único tipo de ley que no deriva de la ley natural: la ley injusta. Para la mentalidad clásica, tal ley no sería considerada propiamente como verdadera ley, sino como *corruptio legis*⁵⁶.

VII. GIRO VOLUNTARISTA EN LA CONCEPCIÓN DE LA LEY

De la exposición anterior cabe preguntarse si nos reconocemos en ella o por el contrario ya resulta ajena y distante a nuestra mentalidad. Las razones de esta distancia se encuentran en la modernidad. La modernidad, rompe con la tradición anterior, inaugura nuevos presupuestos, y es una época caracterizada por la exaltación de la voluntad y el desprecio de la razón⁵⁷. En el ámbito jurídico, tal escisión y la consiguiente primacía de la voluntad lleva a concebir la ley como expresión de la voluntad del legislador⁵⁸, y a lo jurídico como un orden instrumental al servicio de una determinada concepción política. Concebidas así las cosas, el orden jurídico queda como algo neutral y, por tanto, no susceptible de valoración axiológica⁵⁹. Derivada de tal concepción, la labor del jurista se dirigirá exclusivamente a conocer la legislación para posteriormente aplicarla a la realidad.

El padre, paradigma y excelente expositor de la dogmática moderna es el jurista Hans Kelsen (1881-1973). Conforme al pensamiento kelseniano y con él de gran parte del pensamiento jurídico moderno, la realidad —lo que las cosas son— no tiene significación ninguna, es la voluntad del hombre —del legislador en concreto— la que le da a un hecho una significación jurídica, al enlazar el hecho con una consecuencia jurídica. Lo que hace que un acto sea jurídico es el hecho de que haya una norma que lo regule, sin normas jurídicas no existiría el derecho, sólo habría naturaleza sin significado⁶⁰. Y la norma es, para la mentalidad moderna, un producto de la voluntad⁶¹. En este orden de cosas, hoy la ley ha perdido el carácter auxiliar que antes tuviera convirtiéndose en el único objeto de atención del jurista, de tal modo que ya

⁵⁶ La ley tiránica, no siendo conforme a la razón, simplemente no es ley, sino más bien una perversión de la ley. Santo Tomás, *Tratado de la justicia*, cap. III, art. I.

⁵⁷ El desprecio de la razón caracterizó, junto con la exaltación de la voluntad, el ocaso de la filosofía medieval y el tránsito al mundo moderno, y ese desprecio tenía mucho que ver con el numbo y los temas que ocuparon a los filósofos escolásticos de la Universidad de París desde el siglo XIV. Gilson, E., *La unidad de la experiencia filosófica*, Rialp, Madrid, 1973, pp. 77-110.

⁵⁸ Ejemplo moderno de ello lo encontramos en Kelsen cuando afirma en cuanto a la ley: «Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad», *ibidem*, pp. 136-137.

⁵⁹ Su contenido depende, al revés de cómo sucedía para los clásicos, no precisamente de la razón, sino de la pura voluntad: «El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica». Kelsen, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 74.

⁶⁰ Vara Martín, J., op. cit., p. 155.

⁶¹ *Ibidem*.

no será la realidad la que marque lo que es justo, sino al revés, lo justo quedará establecido por la ley⁶². Además, la validez de las leyes depende únicamente de que hayan sido creadas cumpliendo exquisitamente unos determinados requisitos puramente formales⁶³, excluyéndose, por tanto, el juicio sobre la justicia o injusticia de una ley⁶⁴. Como consecuencia de estos planteamientos, lo que el legislador no contempla como jurídico, no es jurídico. La ley ya no es, como nos dijera Platón, «un hallazgo de lo real», sino un acto de imposición de la voluntad del legislador. En una concepción así, la obediencia a la ley descansará siempre en un acto de voluntad del que manda sobre el que obedece, y jamás en razón de bien o de lo que la realidad de las cosas son. Esta concepción voluntarista de la ley viene también unida a la concepción de derecho que surge con la génesis del concepto de derecho subjetivo. De ambas posiciones deriva gran parte de la concepción moderna de lo jurídico, de lo político y definitiva de lo moral, pues toda concepción jurídico-política lleva implícita una concepción antropológica previa. Por el contrario, la concepción de ley que venimos explicando acude a la razón para fundamentar el obrar del hombre, reconoce un orden en la realidad y confía en que el hombre prudente es capaz de reconocerlo y obrar conforme a su más íntima y verdadera naturaleza.

Cabe extraer ciertas conclusiones en cuanto a las dos posiciones expuestas. Para la primera de ellas, que hemos venido llamando clásica o realista por su confianza en la realidad, el hombre tiene una exigencia de vivir de un modo verdadero, exigencia que se hace posible en el reconocimiento que la razón hace de la verdad, y en una adhesión libre a la verdad reconocida. Tal concepción se ha quebrado en la época moderna, hoy el hombre ha dejado de mirar a la realidad para conocer la verdad y ha pasado a mirarse a sí mismo como aquel que es capaz de establecer la verdad, y no de reconocerla, como hacían los clásicos. Así, frente a una actitud de prudente humildad del hombre antiguo, nos encontramos con la autosuficiencia y voluntad de dominio del hombre moderno. Frente a la confianza del hombre antiguo en que la verdad le hacía libre, el hombre moderno cree que la libertad le hará verdadero⁶⁵.

VII. PROPUESTA: RECUPERAR LA PREGUNTA. RECUPERAR LA TRADICIÓN

Si no existe una pregunta por el verdadero bien humano y por la contribución que la ley pueda hacer a ello sería inútil realizar cualquier tipo de propuesta. Es necesario, pues, que el punto de partida para el cambio de menta-

⁶² Vara Martín, J., *op. cit.*, pp. 154-155.

⁶³ Si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. Kelsen, *ibidem*, pp. 136-137.

⁶⁴ «La justicia no puede convertirse en objeto del conocimiento racional», cfr. Kelsen, *ibidem*, pp. 136-137.

⁶⁵ Vara Martín, J., *op. cit.*, p. 157.

lidad sea el reconocimiento de que hay un verdadero bien para el hombre cognoscible a partir de la razón. En este sentido, la ley positiva, si es justa, y, por tanto, deriva de la ley natural y sus inclinaciones básicas, puede contribuir al crecimiento de lo humano, buscando el fin último de las cosas

La propuesta que humildemente me atrevo a sugerir a los juristas es en primer lugar, la de conocer al menos algunas de las innumerables aproximaciones que nuestros clásicos han aportado al ámbito jurídico. De este modo desenterrarían su belleza, su profundidad y lo que es más: la verdad que sus textos encierran. En este orden de cosas, si la reflexión que sigue a la lectura de los textos clásicos es la de que su propuesta es real y beneficiosa para el hombre, ¿por qué no puede ser dicha propuesta encarnada gracias a las diversas dedicaciones que el oficio de jurista presenta?

Si se comienza reconociendo que el nexo existente entre *ius* y *iustitia* no es sólo etimológico, sino que resulta imprescindible si queremos ser fieles a la realidad de lo que las palabras expresan, se daría un paso gigante en la recuperación de la prudencia del jurista o legislador. Resulta esencial en este punto recordar la distinción entre derecho y norma, entendiendo el derecho como *lo justo* y la norma como *la regla y medida de lo justo*. Conectando los dos aspectos antes señalados —conexión *ius-iustitia* y distinción entre derecho y norma— no cabría pensar en un *ius in-iustum*, pues implicaría una contradicción en aquello mismo que las propias palabras expresan. Si compartimos el principio tomista de que es necesario que la ley se dirija a la felicidad, entendida ésta al modo aristotélico como «la realización de lo bueno y lo mejor que hay en el hombre», es posible también la recuperación del carácter pedagógico y educativo que inevitablemente la ley conlleva. Por ello, si ciertamente existe un bien para el hombre que nuestra razón es capaz de conocer, la ley como *ordenación de la razón*, como *juicio del hombre prudente* puede de un modo realmente eficaz contribuir al crecimiento de lo humano. En esta tarea de recuperación del excelso valor que tiene la ley están implicados juristas, legisladores y políticos.

Cualquier legislación que juzguemos presupone una concepción antropológica previa. El concepto de persona manejado por la mentalidad clásica era un concepto sagrado, excelso y extraordinariamente valioso⁶⁶. La reflexión sobre el limitado concepto de persona que maneja la modernidad y la recuperación de un concepto verdadero de la misma resulta esencial en nuestros días, pues dependiendo del concepto de persona así será la sociedad, la regulación jurídica y la política. Cabe, pues, proponer al jurista, sea cual sea su especialidad y dedicación propia, reflexionar sobre el concepto de persona al que contribuye en el desempeño de su tarea, ya sea juzgando, defendiendo, asesorando o legislando. En este sentido resulta urgente la recuperación de la estima y consideración que tuvo el oficio de jurista. Qué distinta idea y valoración de la profesión de jurista se nos muestra hoy de aquella que

⁶⁶ Baste, sin embargo, como contraejemplo moderno el concepto de persona implícito en la asignatura de la Educación para la Ciudadanía, en la cual, entre otras muchas cosas, subyace, por ejemplo, un relativismo absoluto y la ideología de género.

concibiera el pueblo romano, quien para referirse a los juristas decía: «rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres, no sólo por el temor de los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicados cuando no hay error, a una verdadera y no simulada filosofía»⁶⁷.

Cabe afirmar después de todas las consideraciones anteriormente expuestas, que la verdadera condición de jurista viene definida por la posesión de una prudencia cualificada, pues sólo el hombre prudente es jurista en el más pleno sentido de la palabra⁶⁸. Como inicio inteligente para cultivar y perfeccionar la prudencia, nuestra propuesta es recuperar la pregunta por el hombre, recuperando con ello también a la tradición clásica realista, pues es donde esta pregunta ha encontrado su respuesta tratada del modo más verdadero.

⁶⁷ Digesto, I, I.

⁶⁸ Gallego García, E., *op. cit.*, p. 134.

La participación en los Convenios Concursales de los Organismos Públicos

Sumario: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONTENIDO DE LAS PROPUESTAS DE CONVENIO.—2.1. Propuestas de pago de créditos.—2.2. Propositiones alternativas de pago.—2.3. Intervención de terceros en los compromisos de pago.—2.4. Documentación que debe acompañar a la propuesta.—2.5. Prohibiciones.—III. ACTUACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS ANTE EL CONVENIO CONCURSAL.—3.1. Los créditos que gozan de privilegio especial y general.—3.1.1. Adhesión al convenio.—3.1.2. Suscripción de un Acuerdo singular de condiciones de pago.—3.2. Los créditos clasificados como ordinarios.—3.2.1. Asistencia a la Junta de acreedores.—3.2.2. Votación o no a favor del Convenio.—3.3. Los créditos clasificados como subordinados.—3.4. Breve referencia a las Propuestas anticipadas de convenio.—IV. EFICACIA DEL CONVENIO EN RELACIÓN A LOS CRÉDITOS PÚBLICOS.—4.1. Crédito privilegiado.—4.2. Crédito ordinario y subordinado.

I. PLANTEAMIENTO

La participación activa de los Organismos Públicos¹ en los Convenios Concursales se remonta a finales de la década de los años ochenta² introdu-

★ Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

¹ Agencia Estatal de la Administración Tributaria como titular de los créditos tributarios u otros cuya gestión recaudatoria tenga encomendada y la Tesorería General de la Seguridad Social por créditos por cuotas de Seguridad Social y otros conceptos de recaudación conjunta. También el Fondo de Garantía Salarial por subrogación de los créditos salariales que anticipa, conforme al 33.5 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) entre otros a nivel Estatal, pero también las Haciendas Forales donde la haya y las Administraciones Autonómicas y Locales.

² El artículo 106 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, modifica el artículo 39 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (RDLg 1091/1988, de 23 de septiembre) introduciendo la posibilidad de que la Hacienda Pública transija en el marco de un procedimiento concursal sobre sus derechos. Y por lo que a la Seguridad Social se refiere mediante la disposición adicional novena de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado que introduce en la Ley 40/1980, de 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social, un nuevo artículo con el número 17 bis con la siguiente redacción, de contenido análogo a la del artículo 39 citado: «No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social ni someter a arbitraje las con-

ciendo en el ordenamiento jurídico la excepción a la regla general de la prohibición de que la Administración Pública transija sobre sus derechos si no es mediante Real Decreto del Consejo de Ministros previo informe del de Estado, salvo en el marco de un procedimiento concursal. Y tal sacrificio en el interés general que sirven las Administraciones Públicas³ encuentra su justificación, a nuestro juicio, en una doble vertiente:

Por un lado, en la propia naturaleza y finalidad de la institución concursal y en la situación de crisis económica del deudor que se objetiva y evidencia mediante la declaración judicial de concurso, que justifica el sacrificio de los acreedores (y también los de naturaleza pública) en favor, del también interés público que subyace en todo proceso judicial⁴.

Y, por otro lado, la experiencia adquirida por la Administración Pública en este ámbito también ha constatado que una solución convenida en el pago de los créditos o la participación activa de la misma en una liquidación ordenada supone en muchas ocasiones la obtención de un mejor resultado en la recuperación de créditos y en definitiva en el interés general que sirven al que ya se ha aludido.

De esta forma, la posibilidad de transigir por las Administraciones Públicas en procedimientos concursales, ha resultado ser un instrumento de gran utilidad (sobre todo en épocas de crisis económica) para superar situaciones verdaderamente dramáticas desde diferentes puntos de vista, como el social, el económico y empresarial, con la contribución activa de las Instituciones Públicas que han alcanzado convenios con empresas cuya viabilidad se ha hecho patente con posterioridad a ello. Si bien, el convenio (como proclama la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal —en adelante, LC—), no puede ser un mero mecanismo de saneamiento de empresas, mediante la reducción del pasivo a través de las quitas de los créditos públicos, y su mantenimiento en el tráfico jurídico mercantil a pesar de su inviabilidad y compitiendo en el mercado en régimen de desigualdad, bajo la sombra de la legislación de la Unión Europea y el régimen de ayudas de Estado que no en pocas ocasiones ha considerado las quitas de las Instituciones como una financiación pública ilegal e incompatible con el mercado único⁵.

Con la entrada en vigor de la LC hace tres años, las premisas descritas no han cambiado y siguen estando vigentes, pero sí lo ha hecho el escenario o marco de actuación, derivado fundamentalmente de las nuevas y heterogéneas reglas sobre clasificación de créditos que contiene la LC⁶, que en

tiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá suscribir directamente los acuerdos o convenios en procesos concursales previstos en las Secciones 1.ª y 8.ª del título XII y en la sección 6.ª del título XIII de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922».

³ Artículo 103.1 de la Constitución Española.

⁴ Artículo 24 de la Constitución Española.

⁵ Al amparo de los artículos 87 y ss. del Tratado de la UE.

⁶ Véase nuestro trabajo en esta misma Revista, núm. 11, diciembre de 2004, «La clasificación de los créditos Públicos en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

éste, como en otros ámbitos, han generado todo tipo de distorsiones. Y ello porque se somete al crédito público a una variada clasificación y como novedad y expresión de la llamada «*poda de privilegios*», se despoja a parte de los referidos créditos de los privilegios de que gozaban tradicionalmente en atención a su naturaleza jurídico-pública. Lo que ha dejado a los artículos 10.2 de la Ley General Presupuestaria⁷, 164.4 de la Ley General Tributaria y 24 de la Ley General de la Seguridad Social, que contemplan la posibilidad de transigir antes descrita⁸, con un ámbito de aplicación más limitado, dado que escapa a la esfera de voluntad de las Instituciones a que se refieren, los créditos clasificados como ordinarios y subordinado que estarán sujetos a lo que establezca el convenio mayoritariamente aprobado en junta, por lo que a la posibilidad de «poder» transigir sobre sus derechos que establecen tales preceptos habría que añadir que, «deberán» hacerlo obligatoriamente si así lo acuerdan el resto de acreedores. Aunque, como veremos, no ha desaparecido la capacidad de maniobra de las Instituciones para alcanzar convenios o influir en los que se puedan adoptar por la Junta de acreedores.

Dicho lo anterior, analicemos en lo que sigue las peculiaridades, a nuestro juicio, más relevantes, con las que se encuentran los Entes Públicos en relación a los convenios concursales, comenzando por las referidas a la regulación de la LC en torno al contenido que deben tener las propuestas de convenio, para referirnos después a su actuación ante tales propuestas y terminar con la eficacia del los convenios ante los créditos de titularidad pública.

⁷ Artículo 10.2 de la Ley General Presupuestaria, 47/2003, de 26 de noviembre (BOE de 27 de noviembre de 2003): «El carácter privilegiado de los créditos de la Hacienda Pública estatal otorga a ésta el derecho de abstención en los procesos concursales, en cuyo curso, no obstante, podrá suscribir los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal así como acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, que no pueden ser más favorables para el deudor que las recogidas en el acuerdo o convenio que pongan fin al proceso judicial. Igualmente podrá acordar la compensación de dichos créditos en los términos previstos en la normativa reguladora de los ingresos públicos.

Para la suscripción y celebración de los acuerdos y convenios a que se refiere el párrafo anterior se requerirá autorización del órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria cuando se trate de créditos cuya gestión recaudatoria le corresponda, de conformidad con la Ley o en virtud de convenio, con observancia, en este caso de lo convenido.

Cuando se trate de créditos correspondientes al Fondo de Garantía Salarial, la suscripción y celebración de convenios en el seno de procedimientos concursales requerirá la autorización del órgano competente, de acuerdo con la normativa reguladora del organismo autónomo.

En los restantes créditos de la Hacienda Pública estatal la competencia corresponde al Ministro de Hacienda, pudiéndose delegar en los órganos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Reglamentariamente se establecerán los procedimientos para asegurar la adecuada coordinación en los procedimientos concursales en que concurren créditos de la Hacienda Pública estatal con créditos de la Seguridad Social y del resto de las entidades que integran el sector público estatal, y en aquellos procedimientos concursales en los que se concurre con procedimientos judiciales o administrativos de ejecución singular correspondientes a las referidas entidades».

⁸ El artículo 24 de la LGSS en la redacción dada por la LC establece que la TGSS puede suscribir o adherirse a los convenios o acuerdos previstos en la Ley Concursal, sometiendo su crédito a condiciones que no podrán ser más favorables para el deudor que las convenidas con el resto de los acreedores.

II. CONTENIDO DE LAS PROPUESTAS DE CONVENIO

Si bien el convenio por definición ha de ser la expresión de la autonomía de la voluntad de las partes que lo conciertan, la LC establece, sin embargo, una especie de mínimos o de marco en el que deben moverse las propuestas de convenio, con prescripciones en torno al pago de créditos, sus posibles alternativas y responsables, cuestiones de forma y alguna prohibición a las que nos vamos a referir a continuación, fijándonos en su incidencia sobre los créditos públicos.

2.1. Propuestas de pago de créditos

La LC se ciñe a indicar que las propuestas de convenio deberán contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Y respecto de los créditos ordinarios exclusivamente, dado que los privilegiados no se ven afectados por el convenio, como ya hemos señalado, se establece una limitación en el artículo 100 de la LC, consistente en que las quitas no pueden superar la mitad del importe de cada uno de ellos, y las esperas el plazo de cinco años, lo que resulta de aplicación a los acreedores públicos en igual medida que a los particulares, limitación que ha de ser bienvenida desde el punto de vista del interés general que satisfacen tales créditos. Si bien dicha regla conforme al mismo artículo tiene excepciones, como son las empresas con una actividad de especial trascendencia para la economía⁹, si se acompaña un plan de viabilidad e informe emitido al efecto por la Administración económica competente¹⁰, y también en propuestas anticipadas de convenio si se solicita la continuidad empresarial, y se adjunta un plan de viabilidad que así lo prevea, a las que luego me referiré.

2.2. Propositiones alternativas de pago

El artículo 100.2 LC dispone que *«las propuestas de convenio podrán contener, además, proposiciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases, incluidas las ofertas de conversión de crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos»*.

Esta posibilidad legal, además de lo paradójico que resulta que una sociedad mercantil cuente con accionistas como la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o la Tesorería General de la Seguridad Social, plantea a nuestro entender, algunas dificultades, ya que, por un lado, exige la transfor-

⁹ Aquí entra, por tanto, en juego otro interés general susceptible de protección.

¹⁰ Que no se dice cuál es, pudiendo servir como criterio la amplitud o extensión espacial de la proyección de la empresa afectada. El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Tolosa autorizó la superación de tales límites por Auto de 4/07/05 basándose en el Informe emitido, entre otros, por el Departamento de Industria y Comercio del Gobierno Autonómico.

mación de la naturaleza del crédito público, que pasará de ser un crédito por cotizaciones sociales en el caso de la Seguridad Social, de naturaleza tributaria o con carácter de ingreso de derecho público en cualquier caso, a ser un crédito jurídico privado desprovisto de privilegio alguno una vez levantado el procedimiento. Y, por otro lado, y en el caso de las acciones y participaciones sociales hay que tener presente que los Entes Públicos están sometidos a rígidas normas en cuanto a la adquisición, tenencia y enajenación de patrimonio, que en este caso sería mobiliario. Lo que nos hace cuestionarnos si la adquisición de tales valores mobiliarios mediante un convenio concursal no supondría la infracción de tal normativa, o, por lo contrario, si se podría entender que la capacidad de transigir en concurso que posibilitan las normas enunciadas antes, comprende también la inaplicación de tales normas administrativas¹¹.

Lo anterior se simplifica con las propuestas que consistan en la suscripción de créditos participativos, ya que en este supuesto no tiene incidencia la normativa sobre Patrimonio, dado que no se adquieren títulos de la sociedad, sino que la forma de recuperación del crédito se efectúa con cargo a la parte de los eventuales beneficios de la empresa en los términos acordados en el convenio. Si bien la dificultad en la suscripción de estos acuerdos viene determinada por el seguimiento y el control de cumplimiento del mismo que conlleva la fiscalización de las cuentas del deudor, para lo que no siempre se cuenta con medios en la Administración Pública.

2.3. Intervención de terceros en los compromisos de pago

Dado que las propuestas de convenio se basan en la continuidad de la empresa y ésta se halla por definición en crisis, es habitual que se cuente con los recursos de un tercero para garantizar o asumir las obligaciones que se derivan del convenio, o lo que es igual, el pago de los créditos subsistentes tras el mismo. Y aquí debemos diferenciar dos supuestos de intervención:

a) El del fiador, financiador o compromitente, que es al que se refiere el artículo 99.1, párrafo 2.º, de la LC, que dispone que cuando la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, se exige que la propuesta de convenio deba ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente.

¹¹ En este sentido y por lo que a la Seguridad Social se refiere, el Real Decreto 1221/1992, de 9 de octubre, sobre patrimonio de la Seguridad Social dispone que:

«La adquisición por la Seguridad Social de acciones, obligaciones, bonos y demás títulos representativos del capital, sea por suscripción o compra, se acordará por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, previo informe de la Dirección General de la Tesorería General de la Intervención de la Seguridad Social. Corresponderá a la Tesorería General de la Seguridad Social la tramitación del oportuno expediente y la formalización, en nombre de la Seguridad Social, de dichos actos. Los títulos o los resguardos de depósito correspondientes se custodiarán por la Tesorería General de la Seguridad Social. Corresponde al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el ejercicio de los derechos atribuidos a la Seguridad Social, como partícipe directo de empresas mercantiles.»

b) El adquirente de la actividad empresarial o profesional, supuesto que sería el que contempla el artículo 100.2, párrafo 2.º, donde no estaríamos ante un mero financiador, sino ante un comprador de la propia empresa o unidades productivas completas de la misma, en los siguientes términos:

«También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada.»

Y en tales casos la LC exige que las proposiciones incluyan necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores.

En ambos casos las prevenciones de la LC, relativas a la firma del convenio por parte del garante en el primer supuesto, y la subrogación del adquirente en el pago de los créditos de los acreedores (en los términos expresados en la propuesta de convenio) en el segundo de ellos, son de gran importancia para la Administración Pública acreedora, ya que ello supone la introducción de un tercero en la relación jurídico-administrativa que le unía con el deudor (ya sea como responsable solidario o como garante de la misma), lo que exigirá el dictado de un acto administrativo al efecto, pero cuya fuente o título será el propio convenio y no la Ley *stricto sensu*, como sucedería en su gestión ordinaria¹².

2.4. Documentación que debe acompañar a la propuesta de convenio

Los convenios concursales conforme al artículo 100.4 de LC han de ir acompañados necesariamente de un Plan de pagos donde se detallarán los recursos previstos para su cumplimiento. Y de un Plan de viabilidad, cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, detallando los recursos necesarios, los medios y condiciones para su obtención y los compromisos de su prestación por terceros, en su caso.

Ambos documentos son trascendentales, a nuestro juicio, y es de ellos de donde se desprenden las posibilidades de éxito de un convenio, y en atención a ambos debe descansar en gran medida la decisión de la Administración Pública de adhesión al mismo. Y ello porque es en el Plan de Pagos donde ha de determinarse la forma en que se prevén pagar todos los créditos y no sólo

¹² Ya que la sucesión en la titularidad de la empresa o negocio implica subrogación del sucesor en los derechos y obligaciones (tributarias, de seguridad social y laborales) del sucedido en virtud de los artículos 42.1.c) de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre, 127.2 de la LGSS y 44 del ET.

los sometidos al convenio, sino también los créditos privilegiados de titularidad pública que no se ven afectados por su contenido, como ya hemos referido, dado que si no se hace el Plan de Viabilidad que debe acompañarlo resultará ficticio. De igual forma, el preceptivo informe de evaluación de las propuestas que debe emitir la administración, en este caso, concursal conforme a los artículos 107.2 LC (en propuestas anticipadas) y 115.1 de la LC (para las ordinarias) debe fundarse en los referidos textos.

2.5. Prohibiciones

Por último, vamos a analizar las prohibiciones que la LC establece en relación al contenido de los convenios, y que no son sino límites a la autonomía de la voluntad, que, sin embargo, caracteriza el convenio como pacto, como ya dijimos. La primera de ellas sobre la que nos queremos detener, es la relativa a la prohibición de la alteración de la clasificación de los créditos o de su cuantía, como dispone el artículo 100.3 de la LC. De esta forma entendemos que el convenio no podrá desposeer a ciertos créditos de su privilegio o posponer el pago de unos sobre otros, en contra de las normas de pago de créditos que se asientan en aquella clasificación. De igual modo el convenio no podrá modificar la cuantía de los créditos reconocidos a pesar del acuerdo de todos para ello, sin perjuicio claro está de las quitas que puedan alcanzarse en el mismo, que sería una cuestión distinta.

Otra prohibición de suma importancia la constituye el que en ningún caso las propuestas podrán consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas. Es decir, desaparecen los convenios de liquidación muy habituales en la práctica, conforme a la legislación anterior donde podía alcanzarse un convenio en el juicio de quiebra. Por el contrario, el legislador quiere que cuando la empresa esté abocada a la liquidación se someta a las normas contenidas en la LC para ello, donde no existe la posibilidad de alcanzar acuerdo alguno, sino atenerse al plan de liquidación elaborado por la Administración Concursal. Es decir, no cabe transacción alguna de créditos en liquidación, lo que en ocasiones puede suponer un inconveniente para la gestión de las Instituciones Públicas, ya que a diferencia de los particulares que pueden verse satisfechos con lo obtenido en la liquidación, el crédito público no atendido no se extingue si no es por causa legal (pago, prescripción, etc.), estando vedada la condonación como tal causa en liquidación.

Por último, el artículo 101.1 LC prohíbe con toda lógica que la propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada.

III. ACTUACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS ANTE EL CONVENIO CONCURSAL

Las posibilidades de actuación varían en función de la clasificación de cada crédito de que son titulares los Entes Públicos, como ya hemos referido por lo que haremos el análisis a partir de cada categoría. Y así podemos distinguir:

3.1. Los créditos que gozan de privilegio especial y general

Dado que los mismos ostentan la cualidad de no verse vinculados por el convenio que se alcance o, lo que es igual conforme a la terminología tradicional, abstenerse de los efectos establecidos en el mismo para el resto de acreedores, nuestro análisis ha de centrarse en el ejercicio o renuncia de tal derecho de abstención, básicamente por las razones de oportunidad que hemos enunciado al comienzo y en aras de una mayor recuperación de créditos.

Existen distintos mecanismos por los que puede articularse la transacción de derechos por parte de las Administraciones Públicas respecto a sus créditos privilegiados, pudiendo distinguir entre la adhesión al convenio general en sus propios términos o mediante la suscripción de un acuerdo singular de condiciones de pago entre el deudor concursado y la Entidad Pública de que se trate.

3.1.1. *Adhesión al convenio*

La LC prevé en su artículo 123.3 que el voto de un acreedor que, simultáneamente, sea titular de créditos privilegiados y ordinarios (lo que sucederá siempre con los tributarios y de Seguridad Social, en virtud de las reglas sobre clasificación) se presumirá emitido en relación a estos últimos y sólo afectará a los privilegiados si así se hubiere manifestado expresamente en el acto de votación. No obstante, el acreedor público puede renunciar a tal derecho como hemos venido señalando y condonar parte de su créditos mediante su adhesión al convenio concursal en atención a las razones de oportunidad y conveniencia para el interés general que se han descrito. A tal efecto, el artículo 103.4 de la LC dispone que la adhesión a los convenios de los acreedores públicos se hará respetando las normas legales y reglamentarias especiales que los regulan. Y en este sentido la vinculación de los créditos públicos a los convenios de acreedores requerirá siempre autorización expresa del órgano competente¹³, sin perjuicio

¹³ El artículo 10.2 de la LGP se la atribuye a la AEAT. Y por lo que a la Seguridad Social se refiere, la instrucción sexta de la Resolución de 16 de julio de 2004 de la TGSS (BOE 14/8/2004) establece: «Las Direcciones Provinciales de la Tesorería serán competentes para la suscripción de los acuerdos o convenios previstos en el artículo 24 de la Ley General de Seguridad Social, respecto de deudores que pertenezcan a su ámbito territorial, siempre que en la propuesta de convenio concurren las siguientes circunstancias:

de que la adhesión la efectúen quienes, conforme a la legislación que les sea aplicable, puedan representar y defender en procedimientos judiciales¹⁴ a las Administraciones Públicas, sus organismos públicos, los Órganos Constitucionales y, en su caso, las empresas públicas que sean acreedoras (art. 118 de la LC).

Por otro lado, la LC contempla la posibilidad de que el propio convenio establezca condiciones particulares para los acreedores privilegiados que se adhieran al mismo, conforme a su artículo 125.1, en los siguientes términos:

«Para que se considere aceptada una propuesta de convenio que atribuya un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características será preciso, además de la obtención de la mayoría que corresponda conforme al artículo anterior, el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular.

A estos efectos, no se considerará que existe un trato singular cuando la propuesta de convenio mantenga a favor de los acreedores privilegiados que voten a su favor ventajas propias de su privilegio, siempre que esos acreedores queden sujetos a quita, espera o a ambas, en la misma medida que los ordinarios.»

En otro caso la adhesión de los organismos públicos al convenio lo es en los mismos términos que el resto de acreedores, ya que tal adhesión ha de ser pura y simple, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno (art. 103.2 LC). Lo que puede presentar el inconveniente o prohibición ya señalado de no poder someter al crédito público a condiciones más favorables para el deudor que las convenidas con el resto de los acreedores, aunque nótese que se trata de condiciones más favorables, lo que no impediría alcanzar iguales condiciones.

Por último, también debemos señalar que la adhesión al convenio general por parte de estos acreedores, y como incentivo a ello, puede producirse con posterioridad a su aprobación, ya que el artículo 134.2 dispone que los acreedores privilegiados podrán vincularse al convenio ya aprobado por los acreedores y aceptado por el juez, antes de la declaración judicial de su cumplimiento, en cuyo caso también quedarán afectados por el convenio.

3.1.2. Suscripción de un Acuerdo singular de condiciones de pago

A medio camino entre el ejercicio del derecho de abstención y la adhesión al convenio, se encuentra la posibilidad de que los Entes Públicos suscri-

a) Que la quita no exceda del 25 por ciento del crédito ordinario, siempre que dicho porcentaje, incluyendo el importe del crédito subordinado, no supere 180.000 €.

b) Que la espera no exceda, en ningún caso, de los cinco años.

En los demás casos, el Subdirector General de Procedimientos Ejecutivos y Especiales de Recaudación o los Directores Provinciales de la Tesorería General podrán suscribir convenios concursales, previa autorización del Director General de la misma. A tal efecto, los Directores Provinciales deberán elevar todas las propuestas de convenio, con un informe valorativo, a la citada Subdirección General.»

¹⁴ Conforme a la Ley 52/2007, de Asistencia Jurídica del Estado e instituciones públicas, Abogado del Estado, Letrado de la Administración de la Seguridad Social, etc.

ban un acuerdo singular de condiciones de pago de sus créditos privilegiados fuera del convenio general. Decimos a medio camino, porque técnicamente se ejercita el derecho de abstención en el procedimiento concursal, pero finalmente se transige mediante un instrumento menos rígido que aquél. Dicha posibilidad recordemos que está expresamente contemplada en el artículo 10.2 de la LGP, ya que bajo el marco del procedimiento concursal se permite además de suscribir los convenio previstos en la legislación concursal, *«acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago»*, con el mismo.

Esta posibilidad supone acordar quitas y esperas sobre el crédito privilegiado (que a estos efectos no se ven limitadas por el artículo 100 LC en cuanto a su cuantía y duración, como ya señalamos), añadidas a las impuestas por el convenio general sobre el crédito ordinario y subordinado, lo que requiere la debida ponderación en relación a la totalidad del mismo, la especial atención y justificación conforme a criterios meramente técnicos del caso concreto de que se trate, además de la constitución de las oportunas garantías, como refiere el precepto. Por último, debemos señalar que tal posibilidad de suscribir un acuerdo singular, desde un punto de vista estrictamente jurídico y bajo la lógica del marco normativo específico y concursal, y dejando a un lado las razones de oportunidad en cuanto al momento para hacerlo, se extendería, sin embargo, mientras perviva la situación concursal, que es lo que posibilita transigir sobre los crédito públicos, hasta la conclusión del procedimiento, mediante la declaración judicial de cumplimiento del convenio (art. 141 de la LC), lo que supone una novedad de la Ley en este aspecto.

3.2. Los créditos clasificados como ordinarios

Como ya hemos señalado, estos créditos no tienen aparejado el derecho de abstención; por consiguiente, quedan en cualquier caso vinculados al convenio que se apruebe (art. 134-1.º LC) y, por tanto, entendemos que tales créditos no son susceptibles de regularización en un acuerdo singular como al que nos acabamos de referir; sin embargo, las posibilidades de actuación de los Organismos Públicos no son irrelevantes, pues puede influir en el resultado del proceso desde su asistencia o no a la Junta para la aprobación de convenio y posteriormente, dado que ostenta derecho a voto, por lo que podemos contemplar las siguientes situaciones:

3.2.1. Asistencia a la Junta de acreedores

Puede ocurrir que interese al acreedor público que no exista quórum de constitución de la Junta conforme al artículo 116.4 de la LC que exige la concurrencia de acreedores que titulen la mitad del pasivo ordinario y evitar así la aprobación de un Convenio excesivamente gravoso para su crédito, sin perder de vista en tal decisión, la repercusión social que dicha actitud puede

producir, dado que ello llevaría a la empresa a la liquidación. Dilema que estará presente en todas las decisiones relativas a la adhesión o votación a los convenios como iremos viendo.

3.2.2. *Votación o no a favor del Convenio*

A pesar de la vinculación de los créditos ordinarios al contenido del convenio por imperio de la ley, la experiencia nos está enseñando que el voto favorable de las Instituciones es necesario, en muchos casos, para obtener la mitad del pasivo del crédito ordinario requerido para la aprobación del convenio (art. 124 LC), de tal suerte que sin el voto de la mismas la propuesta no saldría adelante, arrastrando a la empresa a la liquidación conforme al artículo 143.1.2.º de la LC. Por lo que esa circunstancia junto a razones de eficacia en la mayor recuperación del crédito posible, mediante la vinculación de ese voto favorable a la satisfacción de los créditos privilegiados o a su regularización, aconsejan que la Administración Pública otorguen con frecuencia su consentimiento a la propuesta de convenio de que se trate.

Por el contrario, si las circunstancias descritas en el apartado anterior no se producen, la posición de la Administración Pública será la votación en contra del convenio que se propone. Si bien, debemos señalar en este aspecto que, salvo en el supuesto a que se refiere el artículo 124 LC en su segundo párrafo (cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al 20 por ciento), que será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra, en los demás supuestos resulta irrelevante para el resultado de la votación la emisión de un voto en contra o la abstención (en el sentido de no votar ni a favor ni en contra), porque lo que se computan son sólo votos favorables, en concreto los que representen la mitad del pasivo ordinario del concurso (art. 124.1 LC). Es decir, si el voto del Organismo acreedor es necesario para que el convenio salga adelante, tanto el voto en sentido negativo como la abstención impedirán que el convenio sea aprobado. Por el contrario, si el voto de dichos entes no es decisivo y el convenio resulta aprobado por el resto de acreedores también resultará irrelevante, el voto en contra o la abstención porque ninguno de las dos posturas será tenida en cuenta para la aprobación del convenio. Por lo que entendemos que la postura de la abstención sería la idónea para atenuar el impacto que puede acarrear la falta de apoyo a un convenio por parte de las instituciones públicas, expresado mediante el voto en contra.

Por ultimo, el voto a favor de los acreedores públicos ha de valorarse a la luz de otra cuestión, y es el régimen jurídico de los fiadores avalistas o responsables solidarios del concursado, y que la LC regula en el artículo 135 recogiendo la tesis que mantenía la Jurisprudencia al respecto en los siguientes términos: los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste, respecto a la subsistencia de sus derechos fren-

te a los fiadores avalistas o responsables solidarios, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos. Y de igual forma, los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio sí quedarán vinculados al mismo y, por tanto, la responsabilidad de los fiadores, avalistas y obligados solidarios se regirá por lo que establezca el convenio. Por lo que en tales casos lo lógico es la votación en contra (o no votación a favor en los términos de la Ley) para no perjudicar los derechos frente a posibles responsables solidarios del deudor cuya derivación de responsabilidad se efectúa por la Administración en vía administrativa por variados motivos¹⁵.

3.3. Los créditos clasificados como subordinados

En relación a estos créditos en caso de Convenio, hay que resaltar que quedarán igualmente vinculados a la decisión de la Junta pero sin tener además derecho a voto en la misma (art. 122.1 LC), por lo que las Instituciones como cualquier otro acreedor no tienen facultades sobre ellos. Si bien debemos también señalar una cuestión importante, ya que el artículo 134.1 LC dispone que los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Y respecto a su pago, sólo se procederá a ello cuando se hayan satisfecho totalmente los créditos ordinarios. Pues bien, dicho precepto es favorable a los acreedores públicos en cuanto que son titulares, normalmente de créditos subordinados, pero a la hora de evaluar las razones de oportunidad a las que antes aludíamos para suscribir un Convenio, ha de tenerse en cuenta que ello implica satisfacer (en el doble de plazo pero finalmente se pagan) créditos como el que ostentarían alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo 93 de la LC (que tienen lógicamente carácter subordinado), entre los que se encuentran los socios que conforme a la Ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que sean titulares de, al menos, un 5 por ciento del capital social, los administradores, de derecho o de hecho, o las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios. Es decir, los propios generadores de la deuda que se estaría condonando y al tiempo satisfaciendo en el convenio.

3.4. Breve referencia a las Propuestas anticipadas de convenio

Se está acudiendo a ella con relativa frecuencia, se trata de un beneficio que la Ley concede exclusivamente al concursado para que si así lo desea pueda presentar propuesta de convenio en un momento anterior al estable-

¹⁵ Por sucesión en la titularidad de la empresa o negocio, por ejemplo, artículos 42 de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre, 15 de la LGSS y 44 del ET.

cido en la Ley para ello (arts. 104 y ss. LC) , tramitándose hasta su aprobación en la llamada fase común del procedimiento, sin llegar a abrirse formalmente la fase de convenio.

Para que pueda tramitarse la propuesta anticipada, deberán acompañarse adhesiones de acreedores que representen al menos una quinta parte del pasivo. Admitida a trámite la propuesta anticipada, podrá aprobarse si se adhieren durante la fase común, como ya hemos señalado, aquellos acreedores que representen la mitad del pasivo ordinario.

Las ventajas de esta posibilidad de convenio para el concursado son manifestas. De una parte, puede finalizarse el concurso de forma satisfactoria en un breve espacio de tiempo, con un costo menor y sin necesidad de celebrar una Junta de Acreedores, lo que en concursos con un amplio número de acreedores representa un verdadero problema en cuanto a lugar de celebración y gestión de la misma. Por otra parte, la LC permite, como ya se ha indicado anteriormente, romper el límite establecido en cuanto a la quita y espera, siempre que se produzca la continuidad de la actividad empresarial, se acompañe un plan de viabilidad, y así se acuerde por el Juez del concurso. Si bien dichas ventajas son inconvenientes para las Administraciones Públicas, dado que su crédito puede sufrir un sacrificio mayor y sobre todo porque la adhesión a las propuestas anticipadas exige una toma de decisión muy rápida y en muchas ocasiones sin tener conocimiento todavía de la verdadera composición del activo y del pasivo de la empresa, ya que el plazo de adhesión es coincidente con el de emisión del informe (que se compone de lista de acreedores e inventario de bienes) de la administración concursal y su impugnación. Por todo ello la adhesión de los Acreedores Públicos a este tipo de convenios suele ser excepcional.

IV. EFICACIA DEL CONVENIO EN RELACIÓN A LOS CRÉDITOS PÚBLICOS

Ya hemos venido señalando parcialmente cuál es la eficacia del convenio respecto a cada clase de crédito en el apartado anterior, ya que ello condiciona necesariamente la actuación de las Instituciones ante el mismo antes de su posible aprobación. Pero analicemos ahora los efectos del convenio una vez aprobado y cuáles son, a su vez, las posibilidades de actuación o de reacción de los Entes Públicos para la satisfacción de sus créditos en tal situación. Para ello nos detendremos de nuevo en cada tipo de crédito, donde veremos que cada uno se ve sometido a un régimen jurídico distinto que distorsiona en cierta medida la gestión administrativa de los mismos, debido a la división del crédito por la clasificación concursal extraña al ordenamiento jurídico administrativo. Y en este sentido los aspectos que nos gustaría resaltar respecto a los créditos públicos son los siguientes:

4.1. Crédito privilegiado

Ya señalamos, y así lo dispone el artículo 134.2 relativo a la extensión subjetiva del convenio, que *«los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable»*.

Por lo tanto, y en relación al efecto novatorio propio del convenio que regula el artículo 136 de la LC e interpretado *a contrario sensu* respecto de los privilegiados, éstos quedan al margen del convenio y, por tanto, no sufren ningún tipo de novación. El artículo 136 LC dispone: *«Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio.»*

Lo anterior hace que las instituciones titulares de los mismos exijan su pago con carácter previo al resto de créditos sometidos al convenio¹⁶ y de manera íntegra, aunque ello no impediría, a nuestro juicio, su regularización mediante un aplazamiento administrativo conforme a las normas y requisitos establecidos reglamentariamente¹⁷, como para cualquier otro crédito no sometido a concurso.

No obstante lo anterior, debemos analizar ahora qué ocurre en caso de impago o no regularización, como se ha dicho, de tales créditos, dado que al estar desvinculados del convenio éste deja de ser la fuente, en sentido técnico de tales obligaciones, o, lo que es lo mismo, no puede invocarse el convenio para su satisfacción, o no puede, por el mismo motivo, denunciarse su incumplimiento por la falta de pago de los mismos. Y ante tal situación, a nuestro entender, la Administración puede hacer dos cosas:

a) Iniciar o reanudar, si se suspendió, la ejecución administrativa de tales créditos privilegiados, ya que conforme al artículo 133.2 LC relativo al comienzo y a la eficacia del convenio que estamos analizando, y que dispone que con la aprobación del mismo cesan los efectos de la declaración de concurso, como lo es la paralización de la ejecuciones que dispone a su vez el artículo 55 de la LC (relativo a los *efectos del concurso sobre los acreedores*). Es decir, a nuestro entender, la Administración recupera con la aprobación del Convenio, su potestad de ejecución separada de manera íntegra¹⁸.

b) Además y dado que tenemos dudas de poder denunciar el incumplimiento del convenio por la falta de pago de los créditos privilegiados al no estar afectados por él, puede acudir a otro mecanismo que nos conduce al

¹⁶ Ya dijimos en otra parte de este trabajo que tal previsión debería quedar contemplada en el plan de pagos.

¹⁷ Artículo 65 de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre. Artículo 20 de la LGSS y 31 a 36 de la RD 1415/2004, de 11 de junio (RGRSS), por lo que a las deudas de Seguridad Social se refiere.

¹⁸ En este mismo sentido A. Desdentado Bonete y E. Desdentado Daroca, «La Seguridad Social en la nueva Ley Concursal», *Revista del MTAS*, núm. 49, 2005.

mismo lugar que aquél y que no es otro que la «amenaza» de la apertura de la liquidación al amparo del artículo 142.4 LC, que dispone que:

«Si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 2 de esta Ley. El juez dará a la solicitud el trámite previsto en los artículos 15 y 19 de esta Ley y resolverá mediante auto si procede o no abrir la liquidación.»

Es decir, vigente el convenio, que constituye el supuesto de hecho que el precepto contempla y dado que el impago de los créditos públicos constituye situación objetiva de concurso conforme al artículo 2.4 de la LC (más de tres mensualidades de cuotas o tributos impagados) como normalmente sucederá, se abre la posibilidad a las Instituciones acreedoras de solicitar al juez la apertura de la liquidación.

4.2. Crédito ordinario y subordinado

Como se desprende del artículo 134 señalado, su vinculación al convenio se produce *ex lege* y su régimen jurídico es el establecido en el mismo, produciéndose la novación a que se refiere el artículo 136 de la LC. Y desde el punto de vista de gestión de la Administración, el efecto novatorio del convenio se concretará en la data de la parte de crédito que ha sido objeto de quita y el resto de crédito queda modificada la exigibilidad del pago con la espera que se disponga en el convenio.

Debiendo señalar además una importante cuestión más, y es que dichos créditos junto a los subordinados conforme al artículo 134 LC se verán vinculados por el convenio, aunque por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos. Lo que está sucediendo con los créditos de las Administraciones con cierta frecuencia, por su presentación extemporánea (en contra de nuestro criterio, ya que consideramos que conforme al artículo 86.2 de la LC se deberán incluir necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que consten reconocidos por certificación administrativa, con independencia del momento en que se insinúen) y, no obstante tal circunstancia, quedan igualmente afectados por el convenio y, por tanto, minorados en su cuantía y aplazados en su exigibilidad.

La caducidad de los expedientes sancionadores. Especial referencia al ámbito de los transportes terrestres: la reciente doctrina del Tribunal Supremo

Sumario: I. LA CADUCIDAD COMO FORMA DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.—1.1. Concepto.—1.2. Evolución normativa.—1.3. Régimen normativo vigente.—II. ESPECIAL REFERENCIA A LOS EXPEDIENTES SANCIONADORES EN MATERIA DE TRANSPORTES TERRESTRES.—2.1. Evolución normativa.—2.2. Régimen normativo vigente.—III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—3.1. La sentencia de 23 de mayo de 2001.—3.2. La sentencia de 4 de junio de 2004.—IV. REFLEXIÓN SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.

I. LA CADUCIDAD COMO FORMA DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La regulación general vigente del procedimiento administrativo sancionador se contiene de manera insuficiente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹. Dicha regulación fue completada por la contenida en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora (en adelante, RPS). No obstante, los preceptos del citado reglamento carecen de eficacia unificadora, ya que adolecen de un carácter meramente suple-

★ Letrado de la Comunidad de Madrid. Subdirección General de lo Contencioso: orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

¹ Título IX; Capítulo II: «Principios del procedimiento sancionador» (arts. 134 a 138).

torio² de las normas sectoriales dictadas por cada una de las Administraciones públicas territoriales que, en cualquier caso, deberán respetar los escuetos principios generales regulados en la Ley 30/1992.

Pues bien, el procedimiento administrativo sancionador puede finalizar de modo normal, mediante la correspondiente resolución del mismo, o de otros modos anormales, entre los que se encuentra la caducidad.

1.1. Concepto

Puede definirse la caducidad del procedimiento administrativo sancionador como un modo anormal y anticipado de finalización que se produce como consecuencia de la inactividad de la que ha adolecido la Administración sancionadora después de haber incoado el mismo; inactividad que puede consistir en una falta de impulso, de trámite y/o de resolución.

Diferentes de la caducidad del procedimiento administrativo sancionador son otras dos figuras afines que también pueden determinar la exoneración de responsabilidad administrativa como consecuencia del transcurso del tiempo unido a la inactividad de la autoridad gubernativa: la prescripción, y la caducidad de acciones o de derechos.

La prescripción se refiere al plazo de tiempo de que dispone la Administración para ejercer la potestad sancionadora mediante la incoación del correspondiente procedimiento, a contar desde que se haya cometido la infracción administrativa de que se trate.

La caducidad de acciones o de derechos sólo surge en aquellos supuestos en los que la normativa vigente, para el caso de que la Administración efectúe diligencias de averiguación orientadas a determinar si se ha cometido un ilícito administrativo, establece un determinado plazo de tiempo para poder incoar el procedimiento administrativo sancionador. Así, la diferencia con la prescrip-

² Artículo 1.1 RD 1398/1993: «1. La potestad sancionadora se ejercerá mediante el procedimiento establecido en este Reglamento, *en defecto total o parcial de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas*, en los supuestos siguientes:

a) Por la Administración General del Estado, respecto de aquellas materias en que el Estado tiene competencia exclusiva.
b) Por la Administración de las Comunidades Autónomas, respecto de aquellas materias en que el Estado tiene competencia normativa plena.
c) Por las Entidades que integran la Administración Local, respecto de aquellas materias en que el Estado tiene competencia normativa plena.»

Concretamente, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, sí existe una norma reglamentaria que regula el ejercicio de la potestad sancionadora por esta Administración pública: el Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid, que, a su vez, ha derogado el anterior Decreto 77/1993, de 26 de agosto.

En cuanto al objeto de la norma autonómica, se define en su artículo 1.1: «El ejercicio por la Administración de la Comunidad de Madrid de su potestad sancionadora se ajustará al procedimiento establecido en el presente Reglamento en defecto total o parcial de procedimientos específicos para ámbitos sectoriales determinados.»

En el presente estudio se indicarán las concordancias existentes entre el RPS y el Decreto autonómico 245/2000, de 16 de noviembre.

ción radica en el «*dies a quo*» de los plazos: en el caso de la caducidad de acciones o de derechos será el día en que se realicen las mencionadas diligencias de esclarecimiento; mientras que en el caso de la prescripción el cómputo del plazo se iniciará el día de la comisión de la infracción administrativa³.

En conclusión, mientras que la prescripción y la caducidad de acciones o de derechos son institutos de carácter netamente sustantivo o material, la caducidad del procedimiento sancionador es un instituto de carácter adjetivo o procedimental. Esto es, mientras aquellas despliegan sus efectos jurídicos con carácter previo a la incoación de un concreto expediente sancionador, ésta supone que sí se haya producido la misma.

1.2. Evolución normativa

1.2.1. *Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958*

Hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la normativa general vigente del Procedimiento Administrativo Común no contemplaba la regulación de la caducidad como modo de terminación de los procedimientos administrativos iniciados de oficio, entre los que se encuentran los procedimientos administrativos sancionadores.

La Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, sólo regulaba la caducidad como modo de terminación de los procedimientos administrativos iniciados a instancia del interesado. Así, el artículo 99 del citado cuerpo legal establecía lo siguiente: «1. *Paralizado un expediente por causa imputable al administrado, la Administración le advertirá inmediatamente que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del mismo, con archivo de las actuaciones.*

³ Dentro de los múltiples ejemplos de la distinción entre prescripción y caducidad de acciones o de derechos reconocida en el derecho positivo, puede hacerse referencia a dos artículos de dos leyes de la Comunidad de Madrid:

El artículo 64 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de ordenación y atención de los establecimientos farmacéuticos, conforme al cual: «1. Las infracciones y sanciones a que se refiere la presente Ley, calificadas como leves prescribirán al año, las calificadas como graves a los dos años y las calificadas como muy graves a los cinco años.

2. El plazo de la prescripción de infracciones se computará desde el día en que la infracción se hubiera cometido y se interrumpirá desde el momento en que el procedimiento se dirija contra el presunto infractor.

El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción.

3. *Caducará la acción* para perseguir las infracciones cuando conocida por la Administración la existencia de una infracción y finalizadas las diligencias dirigidas al esclarecimiento de los hechos, hubiese transcurrido un año sin que la Administración competente hubiese ordenado incoar el oportuno procedimiento.»

O el artículo 22 de la Ley 17/1999, de 29 de abril, de aprovechamiento de pastos y rastrojeras para la protección de la ganadería extensiva, que dispone lo siguiente: «1. Las infracciones leves prescribirán al año de su comisión, las graves a los tres años y las muy graves a los cinco años.

2. *Caducará la acción* para perseguir las infracciones, cuando conocida por el órgano competente por algún medio fehaciente admitido en derecho, transcurran seis meses sin que se haya ordenado iniciar el oportuno procedimiento sancionador.»

No será aplicable esta regla cuando la Administración ejercite la facultad prevista en el número dos del artículo noventa y ocho.

2. La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.»

Por el contrario, en el caso de los procedimientos administrativos iniciados de oficio, los interesados se veían sometidos a una inquietante situación de pendencia derivada de la posibilidad de su duración excesivamente prolongada o indefinida, y la Ley de 1958 sólo contemplaba, en su artículo 61, la responsabilidad disciplinaria del funcionario encargado de la tramitación del procedimiento de que se tratase: «1. No podrá exceder de seis meses el tiempo que transcurra desde el día en que se inicie un procedimiento administrativo hasta aquel en que se dicte resolución a no mediar causas excepcionales, debidamente justificadas, que lo impidieran, las cuales se consignarán en el expediente por medio de diligencia firmada por el Jefe de la Sección correspondiente.

2. Si la resolución del expediente se dictase transcurridos los seis meses desde el día de su iniciación, sin estar debidamente justificado dicho retraso, los interesados podrán hacerlo constar al interponer el recurso procedente en cuyo caso la autoridad que conozca el recurso podrá ordenar la incoación del oportuno expediente disciplinario para determinar el funcionario o funcionarios responsables a fin de imponerles si procede las oportunas sanciones. Si se tratare de recurso contencioso-administrativo o bien de acciones civiles o laborales, el Tribunal respectivo lo pondrá en conocimiento del Ministro correspondiente.»

1.2.2. *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*

El anterior vacío normativo fue colmado tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAPC). En este sentido, en el artículo 43.4 de dicha norma legal se disponía lo siguiente: «4. Cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos, se entenderán caducados y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, en los que se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver el procedimiento.»

En relación con lo establecido en el anterior precepto, debe advertirse que el artículo 20.6 RPS establece que: «si no hubiese recaído resolución sancionadora transcurridos seis meses desde la iniciación, teniendo en cuenta las posibles interrupciones de su cómputo por causas imputables a los interesados o por la suspensión del procedimiento a que se refieren los artículos 5 y 7, se iniciará el cómputo de caducidad establecido en el artículo 43.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Transcurrido el plazo de caduci-

dad, el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha procedido al archivo de las actuaciones»⁴.

1.3. Régimen normativo vigente

1.3.1. Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJAPC

Finalmente, tras la modificación de la Ley 30/1992 introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, la caducidad como modo de terminación de los procedimientos administrativos iniciados a instancia de la Administración se regula en el artículo 44.2, conforme al cual: *«En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:*

2. En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92.

En los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución.»

Además, también debe hacerse referencia a un tipo de caducidad del procedimiento administrativo sancionador que podríamos denominar *«caducidad inicial»*, y que se regula en el artículo 6.2 RPS, conforme al cual: *«transcurridos dos meses desde la fecha en la que se inició el procedimiento sin haberse practicado la notificación de éste al imputado, se procederá al archivo de las actuaciones, notificándose al imputado, sin perjuicio de las responsabilidades en que se hubiera podido incurrir»*. Esto es, a diferencia del régimen general previsto en el precitado artículo 44.2, no se está refiriendo a la notificación final de la resolución sancionadora, sino a la notificación inicial del acuerdo de incoación del expediente sancionador.

Una vez expuesta la evolución de la legislación general en materia de caducidad de los procedimientos administrativos sancionadores, puede resumirse el régimen establecido por la normativa vigente en las siguientes notas:

a) Requisitos. El único presupuesto que se exige es que haya transcurrido el plazo máximo de duración del expediente sancionador establecido por la norma aplicable *«sin que se haya dictado y notificado resolución expresa»*.

En este sentido, debe advertirse que el artículo 42.2 de la Ley 30/1992 establece con carácter general, para cualquier clase de procedimiento administrativo, lo siguiente: *«2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este*

⁴ Vid. artículo 14.6 del Decreto 245/2000, de 16 de noviembre.

plazo no podrá exceder de seis meses, salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria.»

En concreto, respecto a la regulación general del procedimiento sancionador, el artículo 20.6 RPS prevé un plazo de duración de seis meses para el procedimiento ordinario, y el artículo 24.4 de un mes para el procedimiento simplificado⁵.

b) Cómputo del plazo. En cuanto a la manera de contar el plazo máximo de duración del expediente sancionador, es necesario precisar cuál es el «*dies a quo*» y el «*dies ad quem*» según la normativa vigente:

En cuanto a la determinación del «*dies a quo*», ha de partirse de la regulación general contenida en el Título VI LRJAPC («*De las disposiciones Generales sobre los Procedimientos Administrativos*»). Así, el artículo 68 («*clases de iniciación*») establece lo siguiente: «*los procedimientos se iniciarán de oficio o a solicitud de persona interesada*». Y el artículo 69.1 («*iniciación de oficio*») dispone que «*los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia*».

En la misma línea, en materia de duración máxima de toda clase de procedimiento administrativo, el artículo 42.3, letra a), LRJAPC preceptúa lo siguiente: «*3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán: a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de incoación.*»

Finalmente, con carácter específico para los expedientes sancionadores, el artículo 11.1 «*ab initio*» RPS previene lo siguiente: «*1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia*»⁶.

No obstante lo anterior, debe hacerse referencia a dos importantes cuestiones relativas al «*dies a quo*» de los procedimientos administrativos sancionadores, que han originado debate tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia:

1.^a) La fecha de inicio del procedimiento es la fecha del acuerdo de incoación, y no la fecha de la notificación del mismo al interesado. En este sentido, debe hacerse referencia a la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de marzo de 2004 (RJ 2004\2493), en la que se señala lo siguiente: «*... Pues bien, lo pretendido por la Administración del Estado es, en síntesis, que los acuerdos, dictados siempre de oficio, de incoación de procedimientos sancionadores son actos que, para su eficacia, requieren de la notificación de los mismos, o como dispone el 57.2, de actos cuya "eficacia quedará demorada" bien por así exigirlo el "contenido del*

⁵ Vid. artículo 14.6 del Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, que también prevé un plazo de seis meses para el procedimiento ordinario. En cambio, para el procedimiento simplificado la norma autonómica prevé un plazo de duración de tres meses (art. 17.5).

⁶ Vid. artículo 5.1 del Decreto 245/2000, de 16 de noviembre.

acto”, o bien porque la misma eficacia “esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior”. No puede afirmarse, sin embargo, que se esté en presencia de alguno de estos supuestos, pues el contenido del acuerdo de incoación de un procedimiento sancionador (contenido que, como ya hemos señalado, se especifica en el art. 13 RPS) lo que impone es la eficacia inmediata, sin quedar la misma demorada a la notificación al inculpado.

SÉPTIMO. Así como los plazos de prescripción de las infracciones se interrumpen por la iniciación del procedimiento sancionador “con conocimiento de interesado”, sin embargo tal exigencia no se requiere cuando el plazo de que se trata es el de caducidad del procedimiento...»

En la misma línea se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 3 de septiembre de 2003 (JUR 2004\25174): «... Dichos preceptos reglamentarios —que, conforme a la posibilidad que dejó abierta el legislador estatal, regulan el procedimiento en materia de infracciones turísticas— deben ponerse en relación con la nueva regulación de la caducidad tras la Ley 4/1999, lo cual supone llegar a las siguientes conclusiones: ... b) el plazo se cuenta desde la incoación (“dies a quo”) o, en terminología de la ley, desde la fecha del acuerdo de iniciación y no desde su notificación al interesado, pues así se establece expresamente en la Ley de 1999, en uno de los pocos preceptos que el legislador ha considerado oportuno que constituyesen el marco de todo procedimiento sancionador...»

2.^a) En determinados ámbitos sectoriales de actuación administrativa, como ocurre en materia de tráfico y seguridad vial, o en materia de transportes terrestres —sector que será analizado al final del presente estudio—, el «dies a quo» puede ser la fecha de la denuncia, y no la del acuerdo de incoación, siempre que se cumplan determinadas condiciones establecidas por la ley⁷ o por la Jurisprudencia⁸.

Por otro lado, en cuanto a la determinación del «dies ad quem» del expediente sancionador, debe partirse de lo prevenido en el mencionado artículo 42.2 LRJAPC para todos los procedimientos administrativos en general, y de lo prevenido en el artículo 44 para los procedimientos administrativos iniciados de oficio en particular. Así, tanto de la letra de aquel precepto («El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa...»), como de la de este último («En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa...»), se deduce claramente que la fecha en la que finaliza el procedimiento administrativo sancionador es aquella en la que se notifica la resolución expresa al interesado.

Por lo demás, también debe hacerse referencia a dos importantes cuestiones relativas al «dies ad quem» de los procedimientos administrativos sancionadores:

⁷ En materia de tráfico y seguridad vial, *vid.* los artículos 3 y 10 del Reglamento de Procedimiento Sancionador en Materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero.

⁸ En materia de transportes terrestres, *vid.* la STS de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001\4287), y la STS de 4 de junio de 2004 (RJ 2004\3879). Ambas resoluciones judiciales serán objeto de análisis al final del presente estudio.

1.^a) La mencionada Ley 4/1999, de 13 de enero, introdujo un nuevo apartado cuarto en el artículo 58 LRJAPC con la siguiente redacción: «4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditada.»

En su virtud, con objeto de salvaguardar el principio de seguridad jurídica y para evitar que se desplieguen los efectos propios del silencio administrativo —que en el caso de los procedimientos administrativos sancionadores serán los previstos en el artículo 44.2 LRJAPC—, el precepto anterior admite que con un solo intento de notificación de la resolución administrativa debidamente acreditado, y siempre que al menos la notificación contuviera el texto íntegro de la misma, se entenderá que la Administración ha cumplido en plazo la obligación de dictar y notificar resolución expresa prevenida en el artículo 42.1 LRJAPC.

En relación con lo anterior, resulta obligado hacer referencia a la doctrina legal que ha establecido el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación en interés de la Ley número 128/2002, mediante la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2003 (RJ 2004\597): «Que el inciso intento de notificación debidamente acreditado que emplea el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. De esta manera, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, en aplicación del referido artículo 58.4 de la Ley 30/1992, el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59 de la Ley 30/1992, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, y siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente.»

En relación con la práctica de la notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar la notificación, siempre que quede constancia de ello en el expediente.»

2.^a) Obviamente, tras la entrada en vigor de la actual redacción del artículo 44.2 LRJAPC, debe entenderse tácitamente derogada la previsión contenida en el artículo 20.6 RPS relativa al plazo de treinta días que, a su vez, debía transcurrir una vez cumplido el tiempo máximo para dictar la resolución expresa, al objeto de que los procedimientos iniciados de oficio se entendieran caducados y se procediera al archivo de las actuaciones.

c) Suspensión del plazo. El plazo máximo de duración del expediente sancionador puede suspenderse por diferentes causas:

1.^a) Tal y como prevé el artículo 44.2 «*in fine*» LRAPC, cuando «el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado».

A esta causa también se hacía referencia en el inciso inicial del mencionado artículo 20.6 RPS⁹.

2.^a) Por alguna de las causas prevenidas en las letras b), c) o d) del artículo 42.5 LRAPC, conforme al cual: «5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos: ... b) Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada.

c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

d) Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.»

Además, en relación con la causa prevenida en la letra c), debe advertirse que el artículo 17.4 RPS dispone lo siguiente: «4. Cuando la prueba consista en la emisión de un informe de un órgano administrativo o entidad pública, y sea admitida a trámite, se entenderá que tiene carácter preceptivo, y se podrá entender que tiene carácter determinante para la resolución del procedimiento, con los efectos previstos en el artículo 83.3 de la Ley 30/1992»^{10, 11}.

3.^a) Cuando concurra el supuesto prevenido en el artículo 5.2 RPS (tramitación de un procedimiento por los mismos hechos ante los órganos de la Comunidad Europea), o en el artículo 7 de la misma norma reglamentaria^{12, 13}

⁹ Vid. artículo 14.6 del Decreto 245/2000, de 16 de noviembre.

¹⁰ Artículo 83.3 LRJAPC: «3. De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos.»

¹¹ Vid. artículo 11.2 del Decreto 245/2000, de 16 de noviembre.

¹² Artículo 5.2 RPS: «2. El órgano competente podrá aplazar la resolución del procedimiento si se acreditase que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los órganos comunitarios europeos. La suspensión se alzarán cuando se hubiese dictado por aquéllos resolución firme.

Si se hubiera impuesto sanción por los órganos comunitarios, el órgano competente para resolver deber tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción.»

Artículo 7 RPS: «1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordar su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.

3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien.»

¹³ Vid. artículo 2 del Decreto 245/2000, de 16 de noviembre.

(tramitación de un proceso penal cuando concorra identidad de sujeto, hecho y fundamento).

4.^a) Finalmente, en el caso de que el órgano competente para dictar la resolución sancionadora ejercite la facultad prevenida en el artículo 20.1 RPS: «1. *Antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver podrá decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento.*

El acuerdo de realización de actuaciones complementarias se notificará a los interesados, concediéndoseles un plazo de siete días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes. Las actuaciones complementarias deberán practicarse en un plazo no superior a quince días. El plazo para resolver el procedimiento quedará suspendido hasta la terminación de las actuaciones complementarias. No tendrán la consideración de actuaciones complementarias los informes que preceden inmediatamente a la resolución final del procedimiento»¹⁴.

d) Ampliación del plazo. Con carácter excepcional, el plazo máximo de duración del expediente sancionador se podrá ampliar, al amparo de la previsión contenida en el artículo 42.6 LRJAPC, conforme al cual: «6. *Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo.*

Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.

De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.

Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno.»

En cualquier caso, debe advertirse que la ampliación del plazo máximo de duración de un expediente sancionador, al amparo de la previsión recogida en este precepto, tiene un carácter totalmente excepcional y está sujeta a una serie de requisitos cuyo estricto cumplimiento sólo puede ser fiscalizado por los órganos jurisdiccionales, en atención a que el precepto no admite la impugnación en vía administrativa frente al acuerdo de ampliación.

Pues bien, en el ámbito específico de la Comunidad de Madrid y, precisamente, en materia de transportes terrestres, se acordó ampliar con carácter general el plazo máximo de duración de los expedientes sancionadores durante un determinado período de tiempo, al amparo de la previsión contenida en el artículo 42.6 LRJAPC. En este sentido, debe hacerse referencia a la Resolución de fecha 4 de diciembre de 2000 (publicada en el BOCAM número 1/2001, de 2 de enero) de la Dirección General de Transportes de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes —en la actualidad

¹⁴ Vid. artículo 13 del Decreto 245/2000, de 16 de noviembre.

Consejería de Transportes e Infraestructuras—, por la que se acordó la ampliación del plazo para la tramitación, resolución y notificación de los expedientes sancionadores en materia de transportes.

Concretamente, en la motivación de dicha resolución administrativa se detallaban una serie de circunstancias concurrentes (incremento continuado de dichos expedientes sancionadores; reciente transferencia de competencias estatales en materia de seguridad de las personas, carencia de aparatos obligatorios y mercancías peligrosas) que implicaban un aumento notable de trabajo imposibilitando la conclusión de todos los expedientes en el plazo legal de seis meses y, en su virtud, permitiendo la impunidad de muchas infracciones en ese ámbito sectorial, lo que podía conllevar unos efectos muy negativos en la ordenación y seguridad en materia de transportes terrestres. Asimismo, se explicaba que, si bien se habían habilitado los medios materiales y personales posibles, hasta ese momento se habían mostrado claramente insuficientes.

En atención a las circunstancias expuestas, hasta que las actuaciones administrativas iniciadas para dotar de puestos suficientes el Servicio de Inspección permitieran cubrir las carencias existentes, y haciendo uso de la posibilidad establecida en el artículo 42.6 de la Ley 30/1992, en la parte dispositiva de la resolución se acordaba *«ampliar a doce meses el plazo de tramitación, resolución y notificación de los expedientes sancionadores en materia de transportes causados por las actas de denuncias que tengan su entrada desde la fecha de inicio de la vigencia de esta Resolución hasta el 31 de diciembre de 2001»*. Por lo demás, se añadía lo siguiente: *«el presente acto deberá ser notificado a todas aquellas personas que sean afectadas por el mismo con motivo de la primera comunicación que tenga lugar desde la Administración en los correspondientes procedimientos»*.

Desde un punto de vista práctico, la anterior resolución implicó que en todos los acuerdos de incoación de los expedientes sancionadores en materia de transportes terrestres por hechos cometidos durante el citado período de vigencia —que expiró el 31 de diciembre de 2001— se comunicaba al presunto infractor que, de conformidad con la Resolución de la Dirección General de Transportes de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, de 4 de diciembre de 2000 (BOCAM núm. 1/2001, de 2 de enero), el plazo máximo de duración del expediente sancionador era de doce meses.

En cuanto al control de la citada resolución, los órganos jurisdiccionales no han mantenido un criterio unánime: así, mientras la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la ha considerado conforme a derecho (por todas, *v.* SSTSM 264/2007, de 19 de marzo —JUR 2007\230666—; ó 1374/2006, de 29 de noviembre —JUR 2007\163836—), la Sección Novena ha entendido que la misma es inválida porque contraviene lo establecido en el artículo 42.2 LRJAPC, en atención a que establece una ampliación de carácter general, y no para un caso concreto (por todas, *v.* SSTSM 522/2007, de 24 de abril —JUR 2007\253014—; ó 293/2007, de 8 de marzo —JUR 2007\149982—). La misma falta de unanimidad se ha reflejado en las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid.

e) Efectos. Una vez transcurrido el plazo máximo de duración del expediente sancionador sin que se haya dictado y notificado la resolución expresa que le pone fin, la caducidad opera de un modo automático y, en su virtud, no es preciso que el interesado lo comunique formalmente a la Administración que, sin más trámites, dictará resolución por la que dejará constancia de que ha transcurrido el precitado plazo y por la que ordenará el archivo de las actuaciones. Así, dado que la caducidad supone la finalización del procedimiento sancionador, cualquier actuación o notificación posterior a la misma debe considerarse inválida.

Por lo demás, el otro efecto principal es el prevenido en el meritado artículo 44.2 LRJAPC: «... *En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92.*»

Así, en atención al contenido del artículo 92 LRJAPC, la remisión debe entenderse realizada a su apdo. 3.º, conforme al cual: «*3. La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.*»

En su virtud, aunque se produzca el archivo de las actuaciones por caducidad de un expediente sancionador, podrá iniciarse un nuevo procedimiento para sancionar la misma infracción siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción de ésta; plazo de prescripción que, en ningún caso, se entenderá interrumpido por la incoación del originario expediente sancionador que se declaró caducado.

La anterior conclusión, que supone aplicar a los procedimientos sancionadores una regla contemplada en un precepto (art. 92.3 LRJAPC) incardinado en la regulación relativa a los procedimientos iniciados a instancia de parte, ha sido acogida por la mayoría de la Doctrina, por determinadas normas del derecho positivo (por ejemplo, *véase* art. 7.5 del Reglamento general sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo) y por la Jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de junio de 2003 (RJ 2003, 4602), que resuelve un recurso de casación en interés de la Ley, estableció la siguiente doctrina legal: «*la declaración de caducidad y archivo de actuaciones establecidas para procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, artículo 44.2 de la Ley 30/1992, no extinguen la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en ese precepto, siéndoles plenamente aplicable el artículo 92.3 de la misma Ley*».

II. ESPECIAL REFERENCIA A LOS EXPEDIENTES SANCIONADORES EN MATERIA DE TRANSPORTES TERRESTRES

2.1. Evolución normativa

2.1.1. *Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, ROTT)*

En lo que se refiere al plazo máximo de duración de los expedientes sancionadores en materia de transportes terrestres, el artículo 205.1 ROTT dispone lo siguiente: «1. El plazo máximo para la tramitación y resolución del procedimiento sancionador será de un año desde la fecha de su iniciación, siendo de aplicación, si se sobrepasase dicho plazo, lo previsto en el punto 4 del artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»

Por otro lado, en lo relativo al «dies a quo» del precitado plazo, el artículo 205.2 ROTT establece que: «2. El procedimiento para la imposición de las sanciones se iniciará de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien a consecuencia de actas e informes suscritos por los servicios de la inspección por propia iniciativa, bien a consecuencia de denuncias formuladas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Policías Autonómicas y Locales, que tengan encomendada la vigilancia del transporte, o por personas, entidades o asociaciones interesadas.»

2.1.2. *Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*

Tal y como ya se ha indicado en el presente estudio, el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, tras su redacción introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, establece con carácter general, para cualquier clase de procedimiento administrativo, lo siguiente: «2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses, salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria».

En su virtud, desde la entrada en vigor de la precitada Ley 4/1999, de 13 de enero, el plazo máximo de duración de los expedientes sancionadores en materia de transportes terrestres pasó a ser de seis meses, ya que, en atención al principio de jerarquía normativa, el precitado artículo 42.2 LRJAPC derogó tácitamente el plazo anual recogido en el mencionado artículo 205.1 ROTT.

Por otro lado, en cuanto a lo relativo a la fecha en la que debe empezar a computarse el precitado plazo, en atención a la regulación contenida en los artículos 69.1 y 42.3, letra a), LRJAPC, el régimen establecido por el artícu-

lo 205.2 ROTT (iniciación de oficio, por acuerdo del órgano competente) no sufrió alteraciones.

2.2. Régimen normativo vigente

2.2.1. *Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, LOTT), tras su modificación introducida por la Ley 29/2003, de 8 de octubre*

En primer lugar, por lo que se refiere al plazo máximo de duración de los expedientes sancionadores en materia de transportes terrestres, el artículo 146.2 LOTT, párrafo 3.º, tras su redacción introducida por la Ley 29/2003, de 8 de octubre, dispone lo siguiente: «*El plazo máximo en que deberá notificarse la resolución del procedimiento sancionador será de un año, contado desde la fecha de iniciación.*»

En su virtud, desde la entrada en vigor de la precitada Ley 29/2003, de 8 de octubre, y en atención a que dicha norma tiene el «*rango de Ley*» exigido por el citado artículo 42.2 LRJAPC, el plazo máximo de duración de los expedientes sancionadores en materia de transportes terrestres vuelve a ser de un año, como ocurría inicialmente según la redacción del artículo 205.1 ROTT.

Por otro lado, en cuanto a lo relativo al «*dies a quo*» del precitado plazo, el artículo 146.2 LOTT, párrafo 4.º, tras su redacción introducida por la Ley 29/2003, de 8 de octubre, establece que: «*2. El procedimiento para la imposición de las sanciones previstas en esta Ley se iniciará de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia.*»

En conclusión, por lo que se refiere a la fecha en la que debe empezar a contarse el plazo de caducidad de los procedimientos sancionadores en materia de transportes terrestres, el régimen normativo vigente establece que será la del acuerdo de incoación; norma que siempre ha sido la establecida en este ámbito sectorial, y que también preceptúa el régimen general vigente contenido en la LRJAPC.

Pues bien, la precitada norma general ha sido recientemente modificada por una novedosa Jurisprudencia que se ha plasmado en dos sentencias que pasamos a analizar a continuación.

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. La sentencia de 23 de mayo de 2001

Con fecha de 23 de mayo de 2001, el Tribunal Supremo dictó sentencia (RJ 2001\4287) por la que desestimó el recurso de casación en interés de la

Ley formulado por el Letrado de la Diputación Foral de Guipúzcoa contra la sentencia número 106/2000, de 17 de abril, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Donostia-San Sebastián, sobre sanción de multa en materia de transportes y carreteras.

En la sentencia impugnada el citado Juzgado declaró caducado el procedimiento sancionador al haberse sobrepasado el plazo que para resolver se establece en el artículo 205 ROTT. Para llegar a esta conclusión consideró que *la fecha de iniciación del expediente sancionador era la de la extensión del boletín de denuncia*, y no la del acuerdo de incoación.

El Letrado de la Administración recurrente, considerando gravemente errónea la doctrina de la sentencia anterior, propuso como correcta doctrina legal la siguiente: *«según prescribe el artículo 205.2 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, la iniciación del procedimiento administrativo sancionador aplicable a la imposición de sanciones por infracción de los preceptos de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, tiene lugar por el acto administrativo del órgano competente que acuerda su incoación y en ningún caso tiene lugar por las denuncias formuladas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Policías Autonómicas y Locales, que tengan encomendadas la vigilancia del transporte, o por personas, entidades o asociaciones interesadas»*.

Para finalizar con los antecedentes, debe destacarse también que, una vez que se dio traslado al Abogado del Estado para que formulara las alegaciones que estimara procedentes, éste manifestó su conformidad con las pretensiones deducidas por la Diputación Foral de Guipúzcoa; por el contrario, el Ministerio Fiscal, al que se dio también traslado de conformidad con lo prevenido en el artículo 100.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), consideró la improcedencia del recurso de casación en interés de la Ley formulado por la Administración autonómica vasca.

Pues bien, entrando ya a analizar los razonamientos jurídicos invocados por el Magno Tribunal, debe partirse del contenido del fundamento de Derecho segundo: *«SEGUNDO. Esta Sala en su sentencia de 15 de noviembre de 2000 (2000, 10064), dictada en un recurso de casación en interés de la ley, sobre cuestión similar a la ahora examinada, razonó “que la denuncia únicamente supone iniciación del expediente sancionador en el supuesto de que se notifique en el acto a los denunciados, y esa iniciación debe entenderse deferida en otro caso al momento en que se produzca el acuerdo correspondiente...”*. De conformidad con ello se estableció como doctrina legal, para los supuestos en que la notificación de la denuncia no se verifica en el acto, la siguiente: *“conforme al artículo 16 del Reglamento de Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RCL 1994, 1149), para el cómputo de los plazos a efectos de caducidad del procedimiento se tendrá en cuenta como fecha de iniciación la de incoación por órgano competente una vez conocida la identidad del infractor, que no pudo ser notificado en el acto de comisión de la infracción, sin que a estos efectos el inicio del cómputo pueda efectuarse a partir de la fecha de la denuncia por el agente”*.

Esta doctrina, referida a las sanciones de tráfico, es perfectamente aplicable a las sanciones en materia de transportes, pues, aunque en este sector el Reglamento de la Ley

de Ordenación de los Transportes Terrestres no contenga un precepto análogo al del artículo 10 de aquel otro Reglamento, no debe desconocerse que habrá ocasiones, como ocurrió en el caso de autos, en que también las denuncias efectuadas por los agentes que tengan encomendada la vigilancia de transportes se entiendan directamente con los hipotéticos infractores, y puesto que en ellas tiene que constar, según dispone el artículo 207 RLOTT, una sucinta exposición de los hechos, matrícula del vehículo interviniente en los mismos, así como aquellas circunstancias y datos que contribuyan a determinar el tipo de infracción y el lugar, fecha y hora de la misma, cabe decir que, cumplidas estas condiciones —consignación de datos y notificación—, si bien formalmente no puede hablarse de procedimiento, sí que lo hay materialmente, al concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos precisos para ello.

Consecuentemente, en estos supuestos el día inicial para el cómputo del plazo del año que señala el artículo 205 de RLOTT para la tramitación y resolución del procedimiento sancionador será el de la denuncia correctamente extendida y notificada, y no el del posterior acto del órgano competente, por lo que el recurso debe desestimarse.»

Una vez analizados los anteriores razonamientos jurídicos, pueden destacarse las siguientes conclusiones:

I. En primer lugar, consideramos que el Tribunal Supremo parte de una premisa discutible: que la STS de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000\10064), dictada también en un recurso de casación en interés de la ley, versa sobre una «cuestión similar» a la planteada en el supuesto de autos.

II. En consecuencia, el Alto Tribunal considera que la doctrina legal fijada por su anterior sentencia de 15 de noviembre de 2000 «es perfectamente aplicable a las sanciones en materia de transportes», de tal manera que en aquellos casos en los que las denuncias efectuadas por los agentes que tengan encomendada la vigilancia de transportes se entiendan directamente con los hipotéticos infractores, y puesto que en ellas tienen que constar todas las circunstancias que expresa el artículo 207 ROTT, el «*dies a quo*» del expediente sancionador será el de la denuncia correctamente extendida y notificada, y no el del posterior acto del órgano competente, ya que la denuncia, desde un punto de vista material, pasa a constituir un verdadero acto iniciador del procedimiento sancionador, aunque formalmente sea un mero acto de comunicación.

III. En virtud de lo expuesto, parece deducirse que los efectos jurídicos de la STS de 23 de mayo de 2001 implican una excepción al régimen normativo vigente en materia de la determinación del «*dies a quo*» del plazo máximo de duración de los expedientes sancionadores en materia de transportes terrestres, pero única y exclusivamente aplicable a aquellos casos en los que, cumpliendo el boletín de denuncia con todas las exigencias prevenidas en el artículo 207 ROTT, la notificación se entendiera directamente con los hipotéticos infractores, esto es, en aquellos supuestos en los que el conductor del vehículo receptor de la denuncia fuera, al mismo tiempo, el empresario transportista responsable de la infracción administrativa.

3.2. La sentencia de 4 de junio de 2004

Con fecha de 4 de junio de 2004, el Tribunal Supremo dictó sentencia (RJ 2004\3879) por la que desestimó el recurso de casación en interés de la Ley formulado por el Letrado de la Generalidad de Cataluña contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Lérida con fecha de 26 de marzo de 2003, en el recurso Contencioso-Administrativo número 398/2002, sobre sanción por infracción en materia de transportes.

En la sentencia impugnada el citado Juzgado declaró caducado el procedimiento sancionador porque entendió que era aplicable al caso enjuiciado la doctrina establecida por la anteriormente analizada STS de 23 de mayo de 2001.

El Letrado de la Administración recurrente, considerando gravemente errónea la doctrina de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Lérida, pretendía que se enjuiciara la correcta interpretación del artículo 205.1 ROTT, así como de la jurisprudencia derivada de la precitada sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2001. Para ello, propuso que se fijara la siguiente doctrina legal: *«en materia de transportes terrestres, cuando el conductor del vehículo no sea el transportista responsable de la infracción, no puede entenderse como válida, a efectos de entender iniciado el procedimiento sancionador, la entrega del boletín de denuncia al conductor y, por tanto, el inicio del cómputo de caducidad del procedimiento sancionador se tiene que establecer en el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador imputado al transportista responsable, y no en la fecha en que se entrega el boletín de denuncia»*.

Para finalizar con los antecedentes, debe destacarse también que, una vez que se dio traslado al Abogado del Estado para que formulara las alegaciones que estimara procedentes, éste se manifestó en sentido favorable a la estimación del recurso y a la fijación de la doctrina legal propuesta por la Generalidad; igualmente, y a diferencia de lo que ocurrió en el caso de la sentencia anteriormente examinada, el Ministerio Fiscal emitió informe en sentido favorable a la estimación del recurso, pero precisando todavía más la doctrina establecida por la STS de 23 de mayo de 2001 al proponer como doctrina legal la siguiente: *«en materia de infracciones en transportes terrestres la identificación suficiente del responsable —la persona física o jurídica titular del vehículo— en el boletín de denuncia, debidamente notificada al conductor infractor, determina la iniciación del expediente sancionador a efectos de caducidad»*.

Pues bien, entrando ya a analizar los razonamientos jurídicos invocados por el Alto Tribunal, debe partirse de lo establecido en el fundamento de Derecho quinto: *«... Ciertamente esta sentencia —la STS de 23 de mayo de 2001— no contempla, como tampoco la de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 10064), en la que se apoya, la diversidad de sujetos infractor y responsable que se da en el caso de autos. Pero ello no determina necesariamente su inaplicabilidad o, dicho de otra manera, que sea errónea su aplicación a este concreto supuesto»*.

El que la denuncia correctamente extendida y notificada al infractor suponga el comienzo del plazo para el procedimiento sancionador —tal como se contempla en el artículo 10 del Reglamento del Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico, Cir-

culación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RCL 1994, 1149), y como ha sido aplicado en materia de transportes terrestres—, se asienta sobre la base de que ambas partes, Administración sancionadora y sujeto responsable de la infracción, poseen a partir de ese momento los elementos y datos necesarios para el ejercicio de sus competencias y la defensa de sus intereses respectivamente. La Administración puede proceder al ejercicio de la potestad sancionadora en defensa de la seguridad vial y de los intereses generales asociados a la misma, puesto que tiene los datos necesarios para la instrucción del expediente, sin que haya razón alguna para que la iniciación del procedimiento quede diferida a un momento posterior a voluntad de la propia Administración. El infractor, por su parte, ha quedado notificado de la infracción supuestamente cometida y sabe que la Administración ha iniciado un expediente sancionador, por lo que queda excluida toda posible indefensión.

Pues bien, ninguno de estos parámetros queda alterado en lo esencial por la peculiaridad del supuesto de autos consistente en la diversidad entre infractor y sujeto responsable. En efecto, por parte de la Administración siguen dándose las mismas circunstancias que le permiten proceder desde ese mismo momento a la instrucción del expediente sancionador, puesto que cuenta, al igual que en el supuesto en el que no existe la referida diversidad de sujetos, con todos los datos necesarios para dicha instrucción, que quedan determinados por el artículo 207 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. De acuerdo con este precepto la denuncia debe consignar tanto los datos relativos a los hechos como los referidos a la identificación del responsable, entre los que se incluyen no sólo la identidad del conductor autor material de la infracción, sino también los referidos al vehículo, como la matrícula: “habrá de consignarse una sucinta exposición de los hechos, matrícula del vehículo interviniente en los mismos, en su caso, y la condición, destino e identificación, que podrá realizarse a través del número de registro personal del denunciante, así como aquellas circunstancias y datos que contribuyan a determinar el tipo de infracción y el lugar, fecha y hora de la misma” (art. 207.1 del citado Reglamento). Tampoco hay, por tanto, razón alguna en este supuesto para que la iniciación del expediente quede diferida a un momento posterior a voluntad de la Administración sancionadora, quien puede proceder a partir de ese momento contra el sujeto responsable sin perjuicio alguno para los intereses generales protegidos por la potestad sancionadora que le corresponde.

Desde la perspectiva del sujeto titular del vehículo cuando no coincida con el conductor infractor, tampoco se produce ninguna alteración de los referidos presupuestos de la doctrina legal aplicada por la Sentencia recurrida, puesto que sus derechos de defensa no resultan perjudicados. En efecto, o bien la notificación efectuada al conductor le llega regular y puntualmente por su mediación o, en caso contrario, en nada le perjudica que el plazo del procedimiento sancionador esté corriendo ya, puesto que en todo caso deberá practicarse la audiencia al interesado prevista en el artículo 212 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

De lo expuesto se deduce que no puede estimarse el recurso formulado por la Administración catalana, ya que no se percibe ningún error en la aplicación por la Sentencia recurrida de la doctrina legal sentada en nuestra Sentencia de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4287), cuya ratio sigue siendo igualmente aplicable al supuesto de no coincidencia entre sujeto infractor y sujeto responsable, pese a las consiguientes diferencias en la forma de notificación de la denuncia en un supuesto y en otro.»

Una vez analizados los anteriores razonamientos jurídicos, pueden destacarse las siguientes conclusiones:

I. La presente sentencia no sólo parte de la misma premisa discutible de la que partía la STS de 23 de mayo de 2001 (que la STS de 15 de noviembre versa sobre una «*cuestión similar*» a la planteada en el supuesto de autos), sino que va más allá añadiendo una nueva aseveración que consideramos todavía más cuestionable si cabe: que «*la diversidad de sujetos infractor y responsable*» no determina necesariamente la inaplicabilidad de la doctrina establecida en la sentencia de 23 de mayo de 2001 o, dicho de otra manera, el que la aplicación de dicha doctrina sea errónea en estos supuestos de diversidad subjetiva.

II. Así, el Magno Tribunal fundamenta la anterior y controvertida aseveración señalando lo siguiente: «*El que la denuncia correctamente extendida y notificada al infractor suponga el comienzo del plazo para el procedimiento sancionador se asienta sobre la base de que ambas partes, Administración sancionadora y sujeto responsable de la infracción, poseen a partir de ese momento los elementos y datos necesarios para el ejercicio de sus competencias y la defensa de sus intereses respectivamente... Pues bien, ninguno de estos parámetros queda alterado en lo esencial por la peculiaridad del supuesto de autos consistente en la diversidad entre infractor y sujeto responsable.*»

En este sentido, la anterior afirmación se desarrolla por la sentencia desde una doble perspectiva:

Desde el punto de vista de la Administración sancionadora, se razona que, al igual que en los casos en los que no existe la citada diversidad de sujeto notificado y sujeto responsable de la infracción, y dado que la aplicación de la doctrina establecida por la STS de 23 de mayo de 2001 exige que en el boletín de denuncia que se entrega al conductor se constaten todos los datos referidos en el artículo 207 ROTT, desde la fecha de la extensión de la denuncia la autoridad gubernativa ya tiene en su poder toda la información necesaria para proceder a la instrucción del expediente sancionador y, así, poder ejercer sus potestades sancionadoras en defensa de la seguridad vial y de los intereses generales asociados a la misma.

Por otro lado, y «*desde la perspectiva del sujeto titular del vehículo*», se arguye que la referida diversidad subjetiva no altera los presupuestos que exige la aplicación de la doctrina establecida por la STS de 23 de mayo de 2001, ya que sus derechos de defensa no resultan perjudicados: la notificación efectuada al conductor del vehículo denunciado le llegará regular y puntualmente por la mediación de éste o, en caso contrario, en nada le perjudica que el plazo del procedimiento sancionador ya esté corriendo, puesto que en todo caso deberá practicarse la audiencia al interesado prevista en el artículo 212 ROTT.

III. En virtud de lo expuesto, se colige claramente que los efectos de la STS de 4 de junio de 2004 han superado desmesuradamente a los de la STS de 23 de mayo de 2001, ya que la excepción al régimen normativo vigente en materia de la determinación del «*dies a quo*» del plazo máximo de dura-

ción de los expedientes sancionadores en materia de transportes terrestres que supuso esta última resolución judicial se aplica ahora a todos los supuestos en los que se entregue al conductor del vehículo un boletín de denuncia que reúna todas las exigencias prevenidas en el artículo 207 ROTT, con independencia de que dicho conductor sea el sujeto responsable de la infracción administrativa o no.

IV. REFLEXIÓN SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

En primer lugar, es imprescindible indicar que las dos meritadas sentencias resuelven sendos recursos de casación en interés de la Ley. Esta circunstancia es importante, ya que el artículo 100.7 LJCA establece lo siguiente: *«7. La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el “Boletín Oficial del Estado”, y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional.»*

Es decir, la doctrina legal fijada por una sentencia dictada en un recurso de casación en interés de la Ley vincula a todos los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Así, con independencia de que un juzgador concreto o un órgano jurisdiccional colegiado inferior en grado al Tribunal Supremo pudieran tener un criterio diferente sobre el asunto tratado en este tipo de recurso de casación, están obligados *«ex lege»* a aplicar el criterio fijado por el Alto Tribunal en tanto el mismo no sea modificado por una sentencia que resuelva un recurso de casación en interés de la Ley posterior en el tiempo.

Centrándonos en el supuesto que es objeto del presente estudio (*«dies a quo»* del plazo de caducidad de los expedientes sancionadores en materia de transportes terrestres), es muy importante advertir que las dos sentencias analizadas fueron desestimatorias de los recursos de casación en interés de la Ley formulados y, en consecuencia, ni su fallo fijó la doctrina legal ni las mismas se publicaron en el BOE.

En atención a lo expuesto, y aunque es cierto que, desde un punto de vista material, de las citadas resoluciones judiciales se extrae una doctrina opuesta a la solicitada tanto por la Administración autonómica vasca (STS de 23 de mayo de 2001) como por la Administración autonómica catalana y el Ministerio Fiscal (STS de 4 de junio de 2004), al establecerse como *«dies a quo»* del plazo de caducidad de los expedientes sancionadores en materia de transportes terrestres el de la fecha del boletín de denuncia que se entrega al conductor y que cumple con todas las exigencias del artículo 207 ROTT, no es menos cierto que, desde un punto de vista formal, ninguna de las dos fija en su fallo la doctrina legal y, en su virtud, entendemos que no tendrían ese excepcional valor vinculante que prevé el citado artículo 100.7 LJCA para los Jueces y Tribunales inferiores en grado del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

cioso-administrativo, de tal manera que su valor sería el que ordinariamente atribuye el artículo 1.6 del Código Civil a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo.

En conclusión, y de acuerdo con el razonamiento expuesto, creemos que las sentencias que apliquen la doctrina fijada por las SSTS de 23 de mayo de 2001 y de 4 de junio de 2004 *siguen siendo susceptibles de ser impugnadas mediante un recurso de casación en interés de la Ley en la forma prevenida en el artículo 100 LJCA*, ya que, desde un punto de vista formal, el Tribunal Supremo aún no ha fijado la doctrina legal en este asunto mediante la estimación de un recurso de casación en interés de la Ley.

Por lo demás, desde un punto de vista práctico, y en lo relativo al valor que ha tenido la doctrina analizada para los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad de Madrid, debe advertirse que en todos los recursos contencioso-administrativos en los que ha sido parte la Administración autonómica madrileña el órgano jurisdiccional ha aplicado la doctrina establecida en la sentencia de 4 de junio de 2004 cuando esta resolución judicial ha sido invocada por la parte recurrente (por todas, *v.* SSTSJM 962/2006, de 8 de junio —JUR 2006\288033—; 62/2006, de 24 de enero —JUR 2006\120652—; 134/2005, de 2 de marzo —JUR 2005\108828—; o, en el ámbito de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, la sentencia 429/2007, de 22 de octubre —Juzgado núm. 27—; la sentencia 384/2007, de 17 de octubre —Juzgado núm. 3—; la sentencia 306/2007, de 11 de octubre —Juzgado núm. 9—).

Una vez sentada la anterior premisa respecto de los efectos de las resoluciones judiciales analizadas, pasamos a exponer una serie de reflexiones sobre el estado actual de la cuestión cuya importancia no es desdeñable, en atención al elevado número de procedimientos administrativos sancionadores en materia de transportes terrestres y a la importancia del bien jurídico protegido por la normativa reguladora de las infracciones administrativas en este ámbito sectorial:

A) En primer lugar, la doctrina establecida por las dos sentencias estudiadas parte de una premisa que consideramos discutible: que la STS de 15 de noviembre de 2000, dictada también en un recurso de casación en interés de la ley, versa sobre una «*cuestión similar*» a la planteada en el supuesto de autos, de tal manera que la doctrina legal fijada por la misma «*es perfectamente aplicable a las sanciones en materia de transportes*».

El tenor literal del fallo contenido en la precitada sentencia es el siguiente: «*Que debemos estimar y estimamos el presente recurso de casación en interés de la Ley frente a la sentencia dictada por el Juzgado núm. 1 de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, con fecha 16 de febrero de 1999, fijando como doctrina legal, que se publicará en el Boletín Oficial del Estado, la siguiente: conforme al artículo 16 del Reglamento de Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RCL 1994, 1149), para el cómputo de los plazos a efectos de caducidad del procedimiento se tendrá en cuenta como fecha de iniciación la de incoación por órgano competente una vez conocida la identidad del infractor,*

que no pudo ser notificado en el acto de comisión de la infracción, sin que a estos efectos el inicio del cómputo pueda efectuarse a partir de la fecha de la denuncia por el agente.»

Pues bien, consideramos que la anterior doctrina legal no versa sobre una «cuestión similar» y, en su virtud, no «es perfectamente aplicable a las sanciones en materia de transportes», en atención al razonamiento que se expone a continuación:

La STS de 16 de noviembre de 2000 versa sobre un expediente sancionador en materia de tráfico y seguridad vial, y no en materia de transportes terrestres.

La anterior distinción no es baladí porque, aunque el bien jurídico protegido en la regulación de las infracciones administrativas en los dos ámbitos sectoriales pueda ser análogo —que no idéntico—, existe una distinción FUNDAMENTAL en materia de procedimiento sancionador:

En materia de tráfico y seguridad vial, cuando la denuncia se notifica al conductor en el mismo momento en el que comete el hecho presuntamente ilícito, se está dando traslado de la misma al sujeto responsable de la infracción administrativa que, en su caso, estará obligado a cumplir la sanción de que se trate. Precisamente por ello, el artículo 3 del Reglamento de Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial prevé dos formas distintas de incoación del expediente: por acuerdo de la autoridad competente o por denuncia formulada por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia y seguridad del tráfico.

Por el contrario, en materia de transportes terrestres, el conductor no se corresponde necesariamente con el sujeto responsable del ilícito administrativo; es más, en la mayoría de los casos no suele coincidir que el propio empresario transportista responsable de la infracción administrativa sea la persona que está conduciendo el vehículo de su titularidad en el momento de la notificación de la denuncia. Precisamente por ello es por lo que el legislador en este ámbito sectorial, incluso en su última y reciente modificación de la LOTT, introducida por la meritada Ley 29/2003, de 8 de octubre —esto es, más de dos años después de dictarse la STS de 23 de mayo de 2001—, ha mantenido como ÚNICA forma de iniciación de los expedientes sancionadores el acuerdo del órgano competente (art. 146.2 LOTT, párrafo 4.º), y no ha previsto —como sí lo ha hecho en el otro ámbito sectorial relativo a tráfico y seguridad vial— que también pudieran iniciarse por denuncia efectuada por los agentes que tengan encomendada la vigilancia de los transportes terrestres; ni siquiera en los casos concretos —a los que parecía referirse la STS de 23 de mayo de 2001— en los que fuera el empresario transportista y titular del vehículo la persona que lo estuviera conduciendo en el momento de la denuncia.

B) En segundo lugar, la STS de 4 de junio de 2004 —que se dictó estando ya vigente la nueva redacción de la LOTT, *ex* Ley 29/2003, de 8 de octubre— ha ido más allá de la doctrina establecida por la STS de 23 de mayo de 2001 añadiendo una nueva aseveración que consideramos más cuestionable si cabe: «la diversidad de sujetos infractor y responsable» no determina necesariamente la inaplicabilidad de dicha doctrina porque, incluso en estos casos, desde el momento que se notifica al conductor una denuncia que contiene

todos los datos consignados en el artículo 207 ROTT, tanto la Administración sancionadora como el sujeto responsable de la infracción poseen los elementos y datos necesarios para el ejercicio de sus potestades y la defensa de sus intereses, respectivamente.

Pues bien, entendemos que la anterior conclusión es ciertamente cuestionable, en atención a los siguientes razonamientos:

Por un lado, desde el punto de vista de la Administración sancionadora, pueden realizarse las siguientes consideraciones:

a) La afirmación del Magno Tribunal es claramente aplicable a la materia de tráfico y seguridad vial, ya que los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia y seguridad del tráfico dependen orgánicamente de la Administración que dicta la resolución sancionadora, ya sea la estatal o la local.

Por el contrario, en materia de transportes terrestres, los agentes que tienen encomendada la vigilancia de transportes, como regla general, no dependen orgánicamente de la Administración que dicta la resolución sancionadora, esto es, de la Administración autonómica. En su virtud, y salvo que se trate de una Comunidad Autónoma que, al amparo de la previsión contenida en el artículo 149.1, 29.^a CE, haya creado sus propios cuerpos de policía atribuyéndoles funciones en materia de vigilancia de los transportes terrestres, la Administración autonómica sancionadora no tiene toda la información necesaria para instruir el expediente desde el mismo momento de la denuncia —tal y como se afirma en la STS de 4 de junio de 2004—, sino que la misma es recibida en una fecha posterior: concretamente, depende de cuándo se dé salida a la denuncia por el agente, y de cuándo llegue la misma a la unidad administrativa autonómica competente para instruir el expediente sancionador de que se trate.

b) Además, en relación con el contenido de los boletines de denuncia extendidos por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia de los transportes, lo que dispone exactamente el artículo 207.1 ROTT es lo siguiente: «1. En toda denuncia formulada de oficio por la Administración habrá de consignarse una sucinta exposición de los hechos, matrícula del vehículo interviniente en los mismos, en su caso, y la condición, destino e identificación, que podrá realizarse a través del número de registro personal, del denunciante, así como aquellas circunstancias y datos que contribuyan a determinar el tipo de infracción y el lugar, fecha y hora de la misma.»

En su virtud, de la anterior redacción no parece deducirse que sea obligatorio incorporar en las denuncias los datos relativos a la identificación del empresario transportista y titular del vehículo, o a otros hipotéticos sujetos responsables de la infracción administrativa (por ejemplo, el cargador, en el caso de una sanción por exceso de carga máxima autorizada) cuestión diferente es que, en la realidad práctica, el agente sí deje constancia de los datos identificativos de dichos sujetos en el boletín de denuncia, pero la doctrina jurisprudencial analizada opera sobre la letra del artículo 207 ROTT, no sobre la realidad práctica.

Precisamente, en atención al anterior razonamiento, es por lo que consideramos que el Ministerio Fiscal, al pedir la estimación del recurso de casación en interés de la Ley, propuso una doctrina legal que venía a precisar en este punto lo establecido en la STS de 23 de mayo de 2001 (*«en materia de infracciones en transportes terrestres la identificación suficiente del responsable —la persona física o jurídica titular del vehículo— en el boletín de denuncia, debidamente notificada al conductor infractor, determina la iniciación del expediente sancionador a efectos de caducidad»*).

Por otro lado, y *«desde la perspectiva del sujeto titular del vehículo»*, deben hacerse las siguientes precisiones:

a) Tanto en la STS de 4 de junio de 2004 como en el informe que emitió el Ministerio Fiscal con ocasión del recurso de casación en interés de la Ley resuelto por aquélla, se realiza una distinción entre *«conductor-infractor (quien comete materialmente la infracción) y sujeto responsable de la infracción administrativa (la empresa de transportes responsable de la infracción y que resulta sancionada)»*.

Pues bien, entendemos que la citada distinción es susceptible de matización, ya que existen varios ilícitos administrativos tipificados que pueden ser objeto de una denuncia efectuada por un agente encargado de la vigilancia de transportes en los que el autor material de la infracción no es el conductor, sino también el propio sujeto administrativamente responsable por la comisión de aquélla (a título de ejemplo, cuando el agente examina la documentación y constata que se está ejerciendo la actividad profesional de transporte privado careciendo de una autorización administrativa que es preceptiva para tal ejercicio, incurriéndose en la infracción tipificada en el art. 141.13 LOTT).

Igualmente, tanto la sentencia como el informe del Ministerio Fiscal identifican al sujeto responsable de la comisión del ilícito administrativo con *«el sujeto titular del vehículo»*. Al igual que en el caso anterior, la anterior identificación también es susceptible de precisión, ya que la LOTT tipifica determinadas infracciones en las que el expediente sancionador se puede dirigir no sólo contra el transportista sino también contra otros sujetos jurídicos: a título de ejemplo véase la infracción descrita en el artículo 140.19 LOTT, que prevé un supuesto en el que la responsabilidad corresponde también al cargador, al expedidor y al intermediario.

b) Por otro lado, en cuanto a la presunta entrega del boletín de denuncia al sujeto responsable del ilícito administrativo que el conductor realizará regular y puntualmente, no es descabellado pensar que, en determinados casos, pudiera no llegar a efectuarse: ya sea por negligencia o descuido; por mala fe; o incluso por temor a una hipotética represalia del empresario responsable en aquellos casos en los que el conductor sí sea el autor material de la infracción (por ejemplo, en el caso de la infracción prevenida en el art. 141.7 LOTT, esto es, cuando el conductor utiliza una misma hoja de registro durante varias jornadas cuando ello hubiera dado lugar a la superposición de registros que impidan su lectura).

c) Finalmente, y de acuerdo en este punto con la STS de 4 de junio de 2004, sí es cierto que si no se entregara la denuncia al sujeto administrativamente responsable debería practicarse la audiencia al interesado prevista en el artículo 212 ROTT. Esta afirmación es obvia, ya que la opción contraria implicaría una ostensible vulneración del artículo 24 CE porque se estaría sancionando a una persona (el empresario administrativamente responsable) sin que hubiera tenido la oportunidad de ejercer su derecho material a la defensa.

No obstante lo anterior, dicho supuesto hipotético al que se refiere el Alto Tribunal (*el empresario responsable de la infracción no conoce que se le va a sancionar hasta que llega el trámite de audiencia*) ni se da en la realidad práctica (en todos los expedientes sancionadores, de conformidad con la normativa vigente, siempre existe un acuerdo de incoación posterior a la denuncia que se notifica al sujeto responsable de la infracción, ya sea el conductor, el transportista titular del vehículo u otro sujeto responsable) ni tendría un fácil acomodo en relación con la sistemática de la normativa vigente (el art. 211 ROTT prevé la emisión de informe ratificador por el agente denunciante cuando el denunciado formule alegaciones de oposición. Cómo podría volverse a un trámite anterior —como es el del art. 211— desde un trámite posterior en el tiempo, como es el trámite de audiencia del artículo 212, en los casos en que el sujeto responsable realizara alegaciones de oposición?).

C) En resumen, consideramos que con la doctrina establecida en las dos sentencias analizadas el Tribunal Supremo ha podido excederse de la función que le atribuye el artículo 1.6 del Código Civil, ya que no se ha limitado a interpretar la legislación vigente, sino que ha ido más allá estableciendo una verdadera INNOVACIÓN NORMATIVA: a diferencia de lo que ocurre con la STS de 15 de noviembre de 2000, en la que el Alto Tribunal interpretaba sobre dos formas distintas de iniciación de los expedientes sancionadores que *SÍ están previstas en la normativa vigente* en materia de tráfico y seguridad vial, en el caso de *la legislación vigente en materia de transportes terrestres NO está prevista* como forma de iniciación de los expedientes sancionadores la denuncia efectuada por los agentes que tengan encomendada la vigilancia de los transportes terrestres, ni siquiera en aquellos casos puntuales —STS de 23 de mayo de 2001— en los que hubiera coincidencia entre conductor infractor y empresario responsable de la infracción administrativa.

Por lo demás, debe resaltarse que la anterior circunstancia tiene una importancia capital, ya que su consecuencia práctica ha sido la estimación de múltiples recursos contencioso-administrativos por caducidad del expediente sancionador y, en su virtud, la impunidad de múltiples hechos constatados en un boletín de denuncia firmado por un agente de la autoridad que eran presuntamente ilícitos, en tanto no se acreditara mediante prueba suficiente la no comisión o la inexistencia de los mismos, o en tanto no se razonara en sede jurisdiccional la exclusión de su antijuridicidad. Es decir, por una cuestión puramente formal o adjetiva, como es la caducidad, se han dejado sin efecto numerosos expedientes sancionadores sin entrar en el fondo del asun-

to, esto es, en la determinación sobre si realmente se cometió o no la infracción administrativa correspondiente.

La anterior consecuencia práctica tiene un alcance trascendental, ya que el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración está intrínsecamente unido al interés público y, en concreto, en el caso de la regulación de las infracciones administrativas en materia de transportes terrestres se tutelan unos bienes jurídicos de enorme importancia como son la seguridad vial y los intereses generales unidos a la misma (prevención de posibles daños humanos y materiales, conservación en un adecuado estado de las infraestructuras viarias...), así como el principio de libre competencia entre los sujetos que desarrollan la actividad profesional de los transportes terrestres.

Finalmente, no debe olvidarse que la doctrina que se deriva de las dos sentencias analizadas puede abrir un peligroso camino para que, por vía analógica, los órganos jurisdiccionales la extiendan a otros ámbitos sectoriales del derecho administrativo sancionador con las perniciosas consecuencias que se acaban de exponer.

De nuevo sobre la naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía, con motivo de los procesos de reforma**

Sumario: I. LA INCONCUSA VOLUNTAD DEL CONSTITUYENTE FRENTE AL CARÁCTER PRETENDIDAMENTE CUASI-CONSTITUCIONAL DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA.—II. DEL CARÁCTER PRETENDIDAMENTE PACTICIO DE LA REFORMA ESTATUTARIA.—III. SOBRE LA CONSECUENCIA DE LA NATURALEZA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA EN RELACIÓN CON LA INCLUSIÓN EN EL MISMO DE DERECHOS SUBJETIVOS.—IV. COROLARIO.

Las propuestas de reforma estatutaria que se están llevando a cabo en estos tiempos y cuya eclosión ha generado la propuesta del nuevo Estatuto catalán¹, descansan, indudablemente, en una concepción doctrinal de la naturaleza del Estatuto de Autonomía que, a mi modesto juicio, y como traté de mostrar hace ya tiempo², es muy difícilmente compatible (más bien lo contrario) con lo que quiso el constituyente y, en consecuencia, con lo que establece la Constitución. Tal concepción doctrinal inadecuada, califica al Estatuto de una doble manera: lo califica tanto de norma cuasi-, o para- o semi- o vice-constitucional³, como de norma pactada. Esa doble calificación trae

★ Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid.

** La parte de este trabajo referida a los derechos, corresponde a la intervención del autor en un Proyecto I + D SEJ 2004-07767, del Ministerio de Educación y Ciencia, cuyo investigador principal es el Dr. Juan José Solozábal Echavarría.

¹ Excluyo la propuesta, anterior en el tiempo, de reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco conocida como «Plan Ibarretxe», pues, aunque se puedan vislumbrar algunas concomitancias entre ésta y la propuesta que en su momento hizo el Parlamento catalán, la diferencia cualitativa —por así expresarlo y sin necesidad de mayores precisiones ahora— entre ambas hace que, en lo que se refiere a los razonamientos genéricos que ocuparán estas páginas, sea adoptada como referencia originaria la propuesta catalana de reforma estatutaria.

² En la monografía *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1996, y, de modo compendiado, en el artículo «Acerca de la naturaleza jurídica del Estatuto de autonomía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 49, 1997, pp. 169-193.

³ La calificación de subconstitucional referida al Estatuto no es, evidentemente, incorrecta, pero tampoco aporta nada, porque subconstitucional es cualquier norma jurídica que no resulte modifica-

consigo lo que muy acertadamente se ha venido a llamar mitificación del Estatuto de Autonomía⁴. La trascendencia de tal concepción estriba en que, como digo, ha prestado fundamento teórico (con toda seguridad no querido por buena parte de los que la sostienen) a quienes generaron la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía catalán, y las que tras él se están produciendo, para insertar en ellos contenidos propios de una norma verdaderamente constitucional. De este modo, lo que se acaba evidenciando en las propuestas de reforma de los Estatutos es una voluntad próxima a la constituyente (si no realmente tal), y no estatuyente, cuando resulta obvio que sólo ésta es la única que les cabe a los representantes autonómicos que inician un proceso reformador estatutario.

Acaso pudiera pensarse que la propia terminología descriptiva utilizada para definir el Estatuto de Autonomía como «cuasiconstitucional» y no como propiamente «constitucional», pone de relieve la diferencia entre normas de aquella y de esta naturaleza y, con ello, lo que unas y otras pueden y dejan de poder insertar en su seno. Me parece casi innecesario responder que esgrimir este argumento en un sistema político como el nuestro, cuya característica más acusada respecto del resto de los sistemas descentralizados del entorno es la presencia de importantes fuerzas políticas territorialmente seccionalistas (con su consabido ideario y con el peso político que pueden llegar a adquirir, como se ha demostrado desde prácticamente el inicio de nuestro régimen de libertades), cuando son esas fuerzas las que impulsan un proceso de reforma estatutario, es, sencillamente, cerrar los ojos a la realidad⁵.

I. LA INCONCUSA VOLUNTAD DEL CONSTITUYENTE FRENTE AL CARÁCTER PRETENDIDAMENTE CUASICONSTITUCIONAL DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA

Pues bien, al respecto procede comenzar notando que la Constitución española no sólo no contempla fuente de derecho alguna entre ella misma y las leyes orgánicas u ordinarias (frente a lo que sucedía y sucede en algunos de los sistemas descentralizados tomados como referencia por el constituyente español cuando elaboró la Norma Fundamental), sino que especifica de forma inconcusa la categoría normativa en la que incluye al Estatuto de

ción de la Constitución. Y, por el lado opuesto, las afirmaciones que sostienen que el Estatuto de Autonomía es directamente una Constitución no son siquiera objeto de atención en estas páginas; la mejor síntesis explicativa reciente de por qué no puede equipararse un Estatuto de Autonomía a una Constitución es seguramente la de Víctor Ferreres, en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, CEPC, 2006, pp. 12 y ss.

⁴ Muñoz Machado, S., «El mito del Estatuto-Constitución y las reformas estatutarias», en *Informe de las Comunidades Autónomas (2004)*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2005, pp. 731-753, reproducido en su mayor parte en *La reforma del Estado autonómico* (Ortega Álvarez, L., dir.), CEPC, Madrid, 2005, pp. 65-84.

⁵ La cuestión sería bastante distinta si no existiesen tales partidos: la Constitución portuguesa prohíbe los partidos políticos que «por su designación o por sus objetivos programáticos, tengan índole o ámbito regional» (art. 51.4), pero, obviamente, nada tiene que ver en este sentido el sistema portugués con el nuestro, ni con los demás Estados que la comparatística sigue calificando de «regionales», como el italiano o, hasta su reforma, el belga.

Autonomía: la ley orgánica. A partir de aquí, podrá tener particularidades respecto del resto de las leyes, como las tiene y muy acusadas, pero no cabe negar su carácter normativo último de ley orgánica sin soslayar con absoluta conciencia lo que la Constitución predica de él. No es precisamente una categoría nimia la de ley orgánica si se atiende a que el Tribunal Constitucional ha reiterado —refiriéndose a todas las leyes orgánicas, no sólo a las estatutarias— que «El instrumento de la ley orgánica... convierte a las Cortes en “constituyente permanente”» (STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 7, y las en ella citadas en igual sentido). La insistencia con la que, como ahora se recordará, se pronuncia el autor del texto constitucional de 1978 acerca del carácter de leyes orgánicas estatutarias que corresponde a las normas institucionales básicas que rigen las Comunidades Autónomas, constituye un valladar sencillamente insalvable —siempre en mi modesta opinión— para afirmar una naturaleza diferente del Estatuto, por aparentemente sólidas que sean las razones que se aduzcan. Dicho de otro modo: esa taxatividad con la que la Constitución determina que el Estatuto como norma es una ley orgánica, fuerza a quienes no lo entiendan así a plantearse como única alternativa la de propugnar la reforma o la abolición de los preceptos constitucionales que expresan esa determinación, pero no les deja margen para una interpretación, tan forzada de la regulación constitucional en este punto, que acaba resultando fehacientemente desnaturalizadora de los preceptos interpretados en cuanto les hace irreconocibles en su sentido literal.

En consecuencia, recordando de modo compendiado las diversas razones aducidas más habitualmente por quienes otorgan al Estatuto de Autonomía un plusvalor normativo respecto al resto de las normas, ni el que la Comunidad Autónoma se «constituya» como tal ente gracias al Estatuto, ni que éste determine por reflejo competencias del Estado (que no sean las a él reservadas en exclusiva) al asumir las propias de la Comunidad Autónoma, ni el que pueda autorregular su propio modo de reforma, ni el que cree un subsistema normativo del que se convierta en referencia de validez, ni el que también sea criterio de validez de normas estatales competenciales, ni el que no quepa su modificación por ninguna otra norma (salvo las modificaciones de la Constitución que le afecten, con las consecuencias que luego se verá que esto tiene), son notas —contra lo que entienden algunos— que ni por separado ni en su conjunto conviertan el Estatuto de Autonomía en norma constitucional o casi, sino que devienen características de dicho Estatuto previstas en la Constitución o derivadas de lo que ésta dispone: es la peculiar naturaleza de la ley orgánica estatutaria la que explica tales notas, y no éstas las que determinan la naturaleza de aquélla. Expresado en otros términos, las razones que pudieran aparentar que los Estatutos resultan normas cuasi-constitucionales, no son en modo alguno suficientes para desvirtuar lo que de la Constitución fluye como interpretación natural, esto es, no meramente aparential ni violentada, a saber: que el constituyente, según antes se decía, pudiendo perfectamente haber dispuesto una categoría normativa entre la Constitución y las demás leyes, no lo hizo, ni para los Estatutos de Autonomía ni para ninguna otra fuente del Derecho en nuestro sistema. Antes bien, en el concreto caso

de los Estatutos determinó, primero, que han de ser aprobados en su versión inicial como ley orgánica (art. 81.1), e insistió después, por si hubiere alguna duda de la forma normativa que debiera adoptar su modificación, que ésta «requerirá, en todo caso, la aprobación de las Cortes Generales mediante ley orgánica». Podría abundarse en ello recordando igualmente la previsión del artículo 151.3 CE, que supedita la creación de la Comunidad Autónoma (y, por tanto, de su Estatuto) en el especial caso que prevé, a los requisitos que establezca no la Constitución, sino otra ley orgánica a su vez (la reguladora de las distintas modalidades de referéndum); o la del artículo 144, que también supedita a ley orgánica que contenga la requerida autorización de las Cortes Generales la existencia de Estatutos en los casos que señala; o que el resultado final de la hermenéutica de la Disposición Adicional 1.ª CE ha deparado que la actualización de los derechos históricos del territorio foral navarro —en este caso, ciertamente un pacto material, aunque no formalmente jurídico, según se dirá después— haya acabado siendo una ley orgánica (la de Reintegración y Amejoramiento del régimen foral de Navarra: LORARFNa.). Pero creo que es más que suficiente con los artículos 81.1 y 147.3 CE para constatar la inequívoca voluntad del constituyente al efecto.

Todas las notas antes apuntadas como singularizadoras del Estatuto de Autonomía son susceptibles de refutación si se pretende tomarlas como razones de la supraordenación del mismo a las demás leyes: en un caso, señalando la confusión del carácter materialmente «constitutivo» de la Comunidad Autónoma del Estatuto, con el carácter jurídicamente «constituyente» que se le pretende; en otro, notando que se seguiría una necesaria equiparación al Estatuto, en su supuesta supraordenación, de todas las demás normas (legislación básica, normación básica y bases incluidas⁶) del llamado bloque de la constitucionalidad; en otro, en fin, recordando que, de mantener la superioridad de rango del Estatuto, también sería inevitable la supraordenación jerárquica de las normas habilitadoras de otras (así, las leyes ordinarias respecto de los textos refundidos que autoricen), o que no sólo los Estatutos son normas indisponibles para las demás, sino que hay otras (*v. gr.*, los Reglamentos parlamentarios). Pero, de entre todas ellas, las dos seguramente más esgrimidas para fundar el acercamiento del Estatuto de Autonomía a la cualidad de norma constitucional, y, por tanto, en las que más merece la pena centrarse, son su contenido competencial, en cuanto es contenido que en los sistemas federales típicos corresponde a la Constitución federal, y su capacidad de auto-

⁶ Vid. precisamente sobre la relación normativa entre bases y Estatutos de Autonomía, el trabajo de T. de la Quadra-Salcedo Janini, «¿Es el Estatuto de Autonomía una norma capaz de modular el alcance de la legislación básica del Estado?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, 2004, pp. 135-162; C. Viver i Pi Sunyer da su respuesta a esa pregunta en «En defensa dels Estatus d'Autonomia com a normes jurídiques delimitadores de competències. Contribució a una polèmica juridicoconstitucional», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 1, 2005, pp. 97 y ss., que constituyó su intervención en las XI Jornadas de Letrados del Tribunal Constitucional que tuvieron lugar en Mallorca (2005), publicadas bajo el título *El Estado autonómico*, en la colección Cuadernos y Debates, núm. 170, CEPC, 2006, pp. 87 y ss.

regular su reforma, porque también es contenido propio de las Constituciones en cuanto normas últimas del ordenamiento de que se trate.

En ambos casos, entiendo que el precepto contenido en el artículo 147.3 CE viene a resultar la clave de bóveda de la naturaleza de la ley orgánica estatutaria, tanto por lo que establece como por su ubicación sistemática.

Empezando por la segunda nota señalada, que es la capacidad que tienen los Estatutos de autorregular su alteración⁷, resulta manifiesto que no puede considerarse ignaro al constituyente del '78 acerca de que la capacidad de regular la autorreforma es propia de las normas constitucionales cuando, tras comenzar determinando en el artículo 147.3 que «La reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos...», añade de inmediato la exigencia ineluctable de que «...requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica», esto es, requerirá de la intervención decisiva (pues «aprobación» es esto, y no mero parecer u opinión) de una fuente de producción jurídica, el Parlamento nacional, ajena a las que regula el propio Estatuto. Como antes apunté, el sistema de descentralización territorial italiano llevaba tiempo en funcionamiento cuando el constituyente elaboró el texto de 1978, y habiéndose éste inspirado en tal sistema, como es bien sabido, en algunos otros extremos, no lo hizo en la adopción de la ley constitucional como forma normativa tal y como hacía la Constitución italiana para los Estatutos de las Regiones especiales: ni siquiera para las Comunidades del artículo 151 CE, cuyos Estatutos se fraguan con intervenciones de los cuerpos electorales de los territorios que comprenden, acudió el constituyente a una fuente normativa distinta de la ley orgánica, pese a tener la referencia italiana de la distinción entre Estatutos, según se tratase de Regiones especiales u ordinarias⁸. Y ya que se hace referencia al sistema italiano en el momento en que se gesta la Constitución española de 1978, necesariamente ha de señalarse que ha sufrido recientemente dos importantes reformas constitucionales en materia de descentralización territorial, en 1999 y 2001, reformas que han convertido a los Estatutos de las

⁷ Dejo de lado que el régimen de reforma fue extraído de los contenidos obligatorios agrupados en el que resultaría finalmente el art. 147.2 CE durante el proceso constituyente, de modo que, en rigor, no es un contenido obligatorio de los mismos, y, en pura teoría, podrían los Estatutos no incluir un régimen específico de reforma: sobre lo que ello comportaría me remito a mi trabajo antes referido, *El Estatuto de Autonomía y su posición...*, cit., pp. 385-391.

⁸ Sobre tal distinción me permito remitirme por extenso a mi trabajo *Los estatutos de autonomía en Italia*, Universidad Externado de Colombia, 1998, núm. 49 de la colección Temas de Derecho Público. También en nuestro colindante Portugal se contemplaban y contemplan las leyes constitucionales, así como las leyes orgánicas, si bien éstas designan una categoría distinta a la nuestra y, sin embargo, el artículo 166.3 en relación con el artículo 161.b) de la Constitución lusa manifiestamente excluye (art. 166.1 y 2, a contrario) la consideración de los estatutos político-administrativos de las regiones autónomas (que allí sólo son Açores y Madeira, según es sabido) como de una y otra categoría: un estudio con cierto detalle de los Estatutos de aquel sistema, en Aragón Reyes, M. y Aguado Renedo, C., «Los Estatutos de autonomía regional en el ordenamiento portugués», en *Perspectivas constitucionais Nos 20 anos da Constituição de 1976* (J. Miranda, org.), vol. I, Coimbra Editora, 1996, pp. 703-734; la numeración de los artículos citados, no obstante, se corresponde con la versión última del texto constitucional portugués, tras la reforma por Ley constitucional 1/2004, que afecta especialmente al régimen de la organización territorial de dicho país.

Regiones ordinarias en leyes muy particulares, como luego se dirá, pero, pese a ello, sigue sin atribuirles ningún carácter especial como fuentes⁹.

En cuanto a lo primero, esto es, que el Estatuto indirectamente o por reflejo comporta la determinación de competencias del Estado, nota que induce a algunos a considerar que tiene una naturaleza constitucional o equivalente toda vez que tan esencial función es materialmente constitucional (de hecho, como hemos recordado, en los modelos federales son las Constituciones federales las que disponen dicha distribución competencial), por fuerza ha de repararse en que el artículo 147.3 CE es el precepto inmediatamente subsiguiente al 147.2.d), el cual, precisamente, señala como contenido obligatorio del Estatuto las competencias que la Comunidad asume, y que se encuentra también notoriamente próximo al artículo 149.3, que es el que, en virtud de la conocida como doble cláusula residual, permite esa determinación «por reflejo» de las competencias que corresponden al Estado. Y, sencillamente, no resulta de recibo desde la más elemental lógica interpretativa que el constituyente olvidase lo que disponía en el 147.2.d) y en el 149.3 cuando dispuso en el artículo 147.3 una exigencia ineluctable («en todo caso») de aprobación de la reforma del Estatuto por las Cortes Generales mediante ley orgánica. Todo lo contrario, es precisamente esa posible determinación o afectación de las competencias estatales, por rechazo o reflejo, la que se convierte en explicación cabal de la exigencia de que los representantes de todos los ciudadanos que conforman las Cámaras nacionales, no sólo intervengan, sino que lo hayan de hacer de forma potencialmente decisiva, en la aprobación de las reformas estatutarias, por la misma razón que lo hicieron en su aprobación inicial: para controlar que la descentralización competencial, al no estar predeterminada en la Constitución, no comporte el menoscabo del aparato central del Estado en su papel de necesario garante de los intereses supra-comunitarios autonómicos. Y es igualmente esta razón una de las que mejor evidencia la imposibilidad de entender al Estatuto como norma siquiera aproximada al rango constitucional, pues la imperativa «tutela» de las Cortes Generales, primero en el nacimiento mismo del Estatuto, y luego en todas y cada una de las reformas estatutarias con contenido competencial, pone de relieve que las competencias que se pretendan asumir (vale decir, las unidades de poder) por las Comunidades Autónomas dependen de la concepción que sobre la descentralización del Estado tenga la mayoría de las Cámaras nacionales (mayoría al menos absoluta en el Congreso de los Diputados) en el instante en que hayan de decidir sobre la modificación competencial interesada, frente a lo que sucede en los Estados federados, que las tienen predeterminadas en la Constitución federal. Se dirá, acaso, que, una vez aprobada la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas mediante la aprobación del Estatuto o de sus reformas, tal distribución se hace irreversi-

⁹ Entre nosotros, ha analizado tan importante novedad, con el conocimiento que le caracteriza sobre aquel sistema, C. Ortega Santiago, como parte de sus crónicas sobre el sistema italiano en la *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, a partir del núm. 3, 1999, y específicamente en su trabajo «Los nuevos Estatutos de Autonomía de las regiones italianas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, pp. 43-61.

ble para el Estado, que no puede disponer ya más de ellas. Que ello haya sido así hasta la fecha (momento en el que, dadas las peculiares circunstancias políticas del país, aún se encuentra en curso el proceso de descentralización), no empece, sin embargo, para que pueda darse la reversibilidad de las competencias previo acuerdo entre las Comunidades Autónomas de que se trate y el Estado, modificando los Estatutos pero sin tocar la Constitución; y, en todo caso y como luego se volverá a decir, siempre cabe la posibilidad de reformar la distribución de competencias en la Constitución *ex* artículo 167 CE (con el límite del vaciamiento del «derecho a la autonomía» que consagra el artículo 2 CE) sin contar con la intervención de las Comunidades Autónomas, contra lo que —de nuevo— ocurre en los sistemas federales típicos.

En suma, pues, sigo creyendo, conforme a lo expuesto, que ni cada una de las razones aparentes (para colegir que el Estatuto de Autonomía tiene en nuestro ordenamiento una naturaleza cuasiconstitucional en el sentido de superior a la del resto de las leyes) por separado, ni todas ellas en conjunto, logran desvirtuar que la fuente de producción superior de nuestro ordenamiento, la Constitución, pudiendo haberlo hecho, como lo hicieron en su día otros sistemas jurídicos próximos que fueron tenidos en cuenta para otras materias, no prevé una norma de una naturaleza tan extraordinariamente acusada como es la cuasi-, para- o vice-constitucionalidad; y que para deducir que en ella se encuentra implícitamente un tipo de norma tal no sólo es menester tener muy sólidas razones para apoyarse, como parece resultar creencia extendida, sino —y, a mi juicio, sobre todo—, que tal deducción no admita otras razones opuestas u otras explicaciones alternativas, puesto que, de darse éstas, la carencia de una previsión explícita entre las fuentes del derecho señaladas por la norma suprema de producción hace, sencillamente, inviable la inferencia en cuestión. En nuestro caso, no es que haya explicación alternativa posible a un entendimiento para- o cuasi-constitucional del Estatuto: es que, indudablemente, la idea del constituyente sobre tal fuente cuando redactó el Texto Fundamental fue que se le considerara ley orgánica, coherentemente con la consideración de ésta como el tipo normativo en el que hacía descansar buena parte de la organización de la comunidad política en sus más diversos ámbitos (institucional, de libertades, electoral y, en fin, territorial). En consecuencia, podrá predicarse del constituyente de 1978 una mayor o menor coherencia teórica, una mayor o menor perfección técnica de la organización territorial que intenta implantar, pero lo que no aparece como posible es negar lo que manifestamente primero afirma (art. 81.1), y luego taxativamente ratifica (art. 147.3) el texto constitucional. Éste es, por definición, susceptible de interpretaciones varias en relación con un mismo extremo, pero con el límite de lo que es voluntad fehaciente, explicitada, inconcusa, de modo que no permite la apreciación de resquicio alguno para la duda. Como consecuencia del principio dispositivo que él mismo insertó¹⁰,

¹⁰ Objeto de un buen estudio monográfico reciente por E. Fossas Espadalié, *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, IVAP-Marcial Pons, 2007, publicado cuando estas páginas estaban ya en la imprenta.

es más que probable que el constituyente no alcanzase a vislumbrar siquiera el resultado en el que se iban a plasmar las prescripciones del Título VIII de su texto, pero es indudable que, cualquiera que fuese el mismo, era su voluntad que los Estatutos fueren aprobados y modificados como, o mediante, leyes orgánicas.

II. DEL CARÁCTER PRETENDIDAMENTE PACTICIO DE LA REFORMA ESTATUTARIA

De la imposibilidad de calificar el Estatuto de Autonomía de otro modo que no sea el de ley orgánica se deriva la legitimidad institucional del órgano representativo estatal, las Cortes Generales, cuando éstas se sientan llamadas a incidir en las reformas de los Estatutos que se pretendan por los entes territoriales que rigen. Así lo demostró fehacientemente la brevísima existencia procedimental *ad extra* del Parlamento vasco de la propuesta de alteración del Estatuto vasco conocida como «Plan Ibarretxe», así también lo demostró el contenido del proyecto de Estatuto de Autonomía de Cataluña respecto a como salió aprobado —por mayoría abrumadora— del Parlamento catalán, y así, en fin, podrá demostrarse siempre que el órgano representativo nacional considere preciso modificar la propuesta reformadora que pretenda la Comunidad Autónoma de que se trate.

Coherentemente con esta conclusión, no ha dejado de sorprenderme siempre el hincapié que, por la concepción doctrinal que se encuentra en la base de las propuestas de reformas estatutarias más relevantes, se hace sobre el carácter de «norma pactada» del Estatuto¹¹, pretendiendo ratificar con ello el supuesto plusvalor normativo de la ley orgánica estatutaria, su supuesto carácter cuasiconstitucional, en virtud de la rigidez que comporta la necesaria concurrencia de dos voluntades (la de la Comunidad Autónoma y la del Estado) para que la reforma estatutaria concluya con éxito. En expresión que se ha convertido ya en lugar común, se dice que el Estatuto es norma unilateralmente indisponible tanto para el Estado como para la Comunidad Auto-

¹¹ Excusa las citas doctrinales el apartado 1.4 del dictamen del Consejo Consultivo catalán sobre el proyecto de Estatuto. Si no estoy errado, como señalé hace ya tiempo esta idea del Estatuto de Autonomía como norma producto de un pacto fue trasladada desde el sistema territorial italiano por el fallecido prof. G. Trujillo, justamente para poner de relieve que el «acto complejo» en que —según él y conforme a algunas explicaciones doctrinales sobre los Estatutos regionales italianos— consistían también nuestros Estatutos, tenía carácter «desigual» en el caso de Comunidades Autónomas ordinarias e «igual» en el caso de las comunidades designadas como «del artículo 151 CE» (G. Trujillo, «Federalismo y regionalismo en la Constitución española de 1978: El Estado federo-regional», en G. Trujillo (dir.), *Federalismo y regionalismo*, CEC, 1979, p. 30). La traducción de esta concepción en lo que a la naturaleza del Estatuto de Autonomía español toca, era, para este autor, considerarlo como un «acto complejo», acto complejo de carácter «desigual» (por ser «... innegable [la] supremacía de las Cortes en ese proceso...») o de carácter «igual» («... ya que la Delegación y la Comisión Constitucional tendrían el mismo peso en la formulación definitiva del Estatuto en el caso de que el texto estatutario fuese aprobado de común acuerdo»), según estemos ante el procedimiento ordinario o ante el procedimiento extraordinario de elaboración estatutaria: G. Trujillo, G., «Los Estatutos de Autonomía como «Leyes Orgánicas reforzadas»», en *Los procesos de formación de las Comunidades Autónomas. Aspectos Jurídicos y Perspectivas Políticas*, I, Granada, 1984, p. 6.

noma, de donde se deriva sin solución de continuidad que para su reforma es menester un acuerdo formalizado, un auténtico pacto, entre los órganos representativos estatal y autonómico y, por extensión, entre el Estado y la Comunidad Autónoma.

Prescindo de la sólida doctrina que niega la posibilidad de normas pactadas en un ordenamiento jurídico¹², porque me parece más decisivo el razonamiento, que no he visto —al menos explicitado— en ningún autor y que por lo mismo me parece que tiene mayor interés exponer aquí, de que el entendimiento del Estatuto como paccionado comporta una perecuación de las posiciones de la Comunidad Autónoma y del Estado, elevando a aquélla y descendiendo a éste para ubicarlos en una posición de «tú a tú». Tal igualdad tiene sentido en los federalismos por agregación, en los que la Federación se constituye por la renuncia consciente de su soberanía originaria a favor del ente territorial superior, y aun ello únicamente en los instantes fundacionales de la misma, pues, inmediatamente a su surgimiento formal, la Federación ha de ocupar una posición superior por fuerza, so pena en caso contrario de estar expuesta a un permanente riesgo de desintegración. Pero esa igual posición no cabe entenderla posible en ningún momento en los sistemas de descentralización por desagregación, como es nuestro caso, pues, en supuestos tales, es la unidad territorial superior la que necesariamente ostenta el protagonismo en el proceso descentralizador, siquiera sea para ordenarlo y subsistir como tal Estado. La deriva del proceso de división territorial podrá culminar incluso en formas confederales o, más aún, de unión de Estados, pero en tales supuestos estaremos ante la desaparición de la forma estatal inicial (Estado central, Estado regional, Federación), y su transformación en otra cosa que ya no será *un* Estado, sino varios. Ese protagonismo del ente territorial superior no puede ser en nuestro caso más evidente, atendidas las formas de generación de las Comunidades Autónomas y el ámbito competencial que pueden asumir, puesto que aquella generación y este ámbito se encuentran radicalmente condicionados desde la perspectiva jurídica por lo que decida el Parlamento estatal mediante su forzosa intervención en forma de ley orgánica; lo que, siendo minimamente rigurosos, imposibilita hablar de pacto cuando nos referimos a la norma que hace nacer jurídicamente a aquellas y determina de modo principal sus competencias.

Cuando se habla de norma «paccionada», resulta, a mi parecer, manifiesto que lo que se está haciendo, más o menos conscientemente, es mezclar, confundir, el plano político con el jurídico. En tal sentido, es banal señalar que, por supuesto, políticamente debe procurarse en la mayor de las medidas posibles que el Estatuto sea el resultado de un acuerdo entre el órgano representativo de los intereses supracomunitarios o interés nacional (el Parlamento estatal) y el órgano representativo de los intereses más propios de la Comunidad que aquél ha de regir (la Asamblea autonómica), pues malo sería que

¹² Pueden verse a tal efecto, por ejemplo, las citas literales que transcribo en *El Estatuto de Autonomía y su posición...*, cit., pp. 203-4.

las normas institucionales básicas por las que se han de regir los entes territoriales intermedios con capacidad legislativa que componen el Estado español se elaboraran, por regla general, contra la voluntad de éstos. Pero decir esto es limitarse a señalar una evidencia política, no un razonamiento jurídico. Jurídicamente, la alusión a normas resultado de pactos evoca tiempos históricos incompatibles en sus postulados con los tiempos presentes, de suerte que hoy sólo cabe entenderlas como una explicación histórica, pero no como una justificación jurídica, pues, si en un régimen constitucional instituido a finales del siglo XX no se comparte que no hay más legitimidad directa que la legitimidad constitucional, la construcción teórica del Estado democrático se ve privada de su fundamento más esencial.

Así es, desde luego, como yo entiendo la Disposición Adicional Primera de nuestra Constitución, y así entiendo la vigencia por remisión de la única ley designada como «Ley Paccionada» en nuestro ordenamiento, la de 16 de agosto de 1841 (Gaceta del 19), remisión que lleva a cabo la Ley de naturaleza estatutaria que, sin duda y como antes se adelantaba, más parecido puede tener con un pacto y que por ello es la que realmente importa aquí: la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORARFNa). En efecto, el Preámbulo de ésta declara, según es conocido, que «resulta constitucionalmente necesario [para poner en práctica el rango propio del Régimen foral navarro] que el Gobierno formalice *el pacto* [entre la Administración del Estado y la Diputación Foral de Navarra, esto es, no por órganos directamente representativos] con rango y carácter de Ley Orgánica...», y, a la hora de regular su reforma, especifica que la misma habrá de ser aprobada por el Parlamento Foral y las Cortes Generales «por el mismo procedimiento seguido para la aprobación de la presente Ley Orgánica» [art. 71.2.a)]. Ahora bien, el propio Preámbulo acaba señalando que «Dada la naturaleza y alcance del mejoramiento acordado entre ambas representaciones, resulta constitucionalmente necesario que el Gobierno, en el ejercicio de su iniciativa legislativa, formalice el pacto con rango y carácter de proyecto de Ley Orgánica y lo remita a las Cortes Generales para que éstas procedan, *en su caso*, a su incorporación al ordenamiento jurídico español como tal Ley Orgánica» (cursivas mías, obviamente). En consecuencia, ni siquiera de la LORARFNa cabe predicar, con rigor jurídico, que sea una norma pactada, en tanto en cuanto la «aprobación» (ni siquiera ratificación) final del «pacto» entre los ejecutivos central y navarro depende enteramente de las Cortes Generales, aprobación sin la cual no cabe su puesta en escena jurídica, lo que hace de las Cortes Generales, por tanto, el único sujeto de imputación también de dicha norma.

Lo hasta aquí dicho en relación con el supuesto carácter paccionado del Estatuto de Autonomía, interpreto —de nuevo contra algunas opiniones vertidas al respecto— que lo confirma la regulación parlamentaria de 1993, sobre la tramitación en el seno del Congreso y del Senado de las reformas estatutarias, incluida la referida a la reforma de los Estatutos del artículo 151 CE, que son el paradigma de los que se entienden como pactos. Basta para ello con atribuir a la expresión «común acuerdo» (art. 151.2.2.º CE para la

elaboración de estos Estatutos de Autonomía, precepto que viene a reiterar luego el Reglamento del Congreso) entre la Comisión Constitucional del Congreso y la Delegación de la Asamblea autonómica el que es su justo sentido, sentido que resulta bastante distinto al de «norma pactada». Si el Estatuto fuese realmente norma pactada, no se alcanza a comprender la necesidad del complejo proceso que se regula en la normativa parlamentaria al efecto (arts. 139 a 143.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados, a los que se remite la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 1993 —RPCD— cuando regula el procedimiento de reforma de los Estatutos del art. 151.2 CE). Conforme a ese procedimiento, los motivos de desacuerdo sobre el texto propuesto como reforma estatutaria se estudian por la Ponencia conjunta de los órganos antecitados, teniendo el plazo de un mes para intentar el acuerdo (art. 140.1 RCD), pero para ello ha de procederse a su aprobación en el seno de las Ponencias de la Comisión y de la Delegación, siempre separadamente y conforme a los requisitos de ponderación de voto que se dispone en la normativa parlamentaria (art. 140.2 RCD); y lo mismo sucede después, en los órganos propiamente dichos de las que aquellas Ponencias traen causa (en la Comisión Constitucional y en la Delegación de la Asamblea autonómica), es decir, que ha de someterse el texto resultante «separadamente» a la votación de la Comisión y de la Delegación, para «verificar la existencia o inexistencia de acuerdo» (art. 142.2 RCD); de no haber acuerdo en el plazo de dos meses, podrá de nuevo volverse a intentar en la Ponencia conjunta, pero del mismo modo, esto es, votando antes separadamente en cada una de las dos que la componen; y otra vez insiste en lo mismo el artículo 143.1 RCD una vez concluida la fase de deliberación y votación: que «se procederá a una votación de conjunto, en la que se pronunciarán de nuevo separadamente la Comisión y la Delegación»; sólo si la aprobación del texto en una y en otra evidenciara el acuerdo, se someterá al Pleno, pero si no ha habido acuerdo, se procederá ya única y exclusivamente por la Comisión Constitucional del Congreso a pronunciarse sobre las enmiendas, para formular el correspondiente dictamen sobre el que a continuación habrá de pronunciarse el Pleno, aunque la Asamblea de la Comunidad cuyo Estatuto esté siendo objeto de reforma siempre pueda retirar la propuesta si no está conforme con su evolución (aptdo. Séptimo de la RPCD citada).

Lo que creo que se desprende sin demasiado esfuerzo de esta prolija regulación, es que la misma facilita un cauce institucional para propiciar un acuerdo sobre lo que haya de ser el contenido del Estatuto reformado. La previsión de ese cauce institucional no revela otra cosa que la lógica preocupación de las Cámaras representativas nacionales porque las normas institucionales básicas que son los Estatutos resulten producto del mayor consenso posible. La experiencia comparada próxima enseña, no obstante, que la ausencia de previsión de un cauce como el descrito no constituiría obstáculo alguno para que se intentase el mismo acuerdo mediante «negociaciones informales» (por utilizar la misma expresión que, como saben los mínimamente versados en el proceso de descentralización italiano, es una referencia constante en cualquier

monografía de derecho regional italiano cuando se narran sus orígenes¹³), lo que lleva a concluir que, si no se hubiera previsto un procedimiento como el finalmente regulado en la citada normativa parlamentaria de 1993, los Estatutos hubieran sido también, con toda certeza, resultado «políticamente pactado» entre las fuerzas con capacidad de incidencia real en los mismos, pues la alternativa hubiera sido el mantenimiento de los territorios que no hubiesen logrado un acuerdo para la aprobación de su Estatuto en el régimen común, esto es, sin autonomía, resultado que, en las circunstancias del momento, no creo que pueda dudarse que hubiera resultado inadmisibile¹⁴.

En fin, *in extremis*, como parte del procedimiento de reforma de los Estatutos del artículo 151 regulado en las citadas resoluciones parlamentarias, determinan éstas que, en caso de desacuerdo entre la Comisión Constitucional del Congreso y la Delegación de la Asamblea autonómica, las Cortes Generales pueden tramitar el proyecto de reforma como texto propio (aptdo. 7.º.7 RPCD). Ciertamente, cabe también, como se ha dicho, que la Delegación de la Asamblea retire el proyecto estatutario en tramitación (aptdo. 5.º RPCD y su equivalente en la Norma Supletoria de la Presidencia del Senado¹⁵). Con esta tesitura, la alternativa posible en caso de que el Parlamento nacional no comparta el tenor de la reforma estatutaria pretendida, es, bien la retirada de la propuesta por la Asamblea de la Comunidad, bien el rechazo por las Cortes Generales de los términos en que la reforma es planteada por aquélla y su aprobación de lo que ellas mismas determinen en lugar de lo propuesto, quedando en este caso a resultas de lo que decida el cuerpo electoral autonómico en el necesario referéndum que ha de tener lugar.

Si se comparte lo anterior, o más precisamente aún, si aunque no se comparta no puede confutarse, difícilmente puede aplicarse la calificación de «pacto» a lo que resulta un evidente supuesto de *sint ut sunt aut non sint*, pues o el resultado de la reforma pretendida es el texto articulado que sale de las Cortes Generales, o no hay reforma. A ello nada añade ni quita que las Cortes Generales no puedan, por sí solas, iniciar la reforma del Estatuto, o que puedan las Asambleas retirar el proyecto de reforma si no les convence el cariz que toma su tramitación parlamentaria, o que lo que el Parlamento del Esta-

¹³ Pueden verse las referencias a las mismas en mi trabajo *Los Estatutos de autonomía en Italia*, cit., pp. 39, 50, 57.

¹⁴ En el sentido que se acaba de apuntar, tiene interés recordar, por el contexto que constituyeron respecto del surgimiento de la mayor parte de los Estatutos de Autonomía, que los Acuerdos Autonómicos de 1981, que orientaron el proceso de descentralización territorial a partir de su firma, no observaron cauce formal alguno.

¹⁵ Como igualmente cabe —por buscar una referencia del todo ajena al tema que aquí se trata, pero que tiene un cierto aire de semejanza con el que en concreto ahora nos ocupa— que las confesiones religiosas islámica, evangélica o israelita, denuncien por medio de su Federación o Comisión, sus Acuerdos con el Estado español, o que insten su revisión total o parcial, posibilidades previstas en la Disposición adicional segunda de las respectivas leyes 24, 25 y 26/1992 que aprueban dichos Acuerdos, pero en el bien entendido de que tal iniciativa de reforma tendrá lugar «sin perjuicio de su ulterior tramitación parlamentaria», como termina la citada Disposición adicional, y no parece que este modo de proceder sea calificable jurídico-constitucionalmente como de «pacto» entre las citadas representaciones de las confesiones religiosas y el Estado.

do apruebe pueda no merecer la ratificación del cuerpo electoral correspondiente a la Comunidad Autónoma en el referéndum que tenga lugar posteriormente en los supuestos que quepa¹⁶, con lo que tampoco habría reforma: siempre y en todo caso, el único texto estatutario que en su caso puede existir es el emanado por las Cortes Generales como manifestación de una voluntad que, con independencia de su condicionamiento político, jurídicamente sólo a ellas les es imputable.

No entenderlo así comporta desconocer la lógica de la regulación territorial constitucional, con consecuencias trascendentales en el plano procesal-constitucional que han sido muy bien puestas de relieve por Requejo Pagés, en una cita que, en relación con lo que aquí se trata, resulta ineludible pese a su extensión: «El Estatuto de Autonomía es una ley orgánica; por tanto, una ley del Estado y los legitimados para ser parte en el proceso constitucional que la tenga por objeto sólo pueden ser, *ex* artículo 34.1 LOTC, el Gobierno y las Cortes Generales. Emplazar de oficio a la Comunidad Autónoma cuyo Estatuto es objeto del recurso supone admitir (y hacerlo *contra legem*) que la ley por la que se aprueba el Estatuto en cuestión es también fruto de la voluntad de aquélla. Algo que... [no es] cierto ... desde el punto de vista formal, pues formalmente sólo le son imputables sus leyes propias, supuesto en el que el artículo 34.1 LOTC prevé explícitamente su emplazamiento. La reforma del Estatuto de Autonomía es fruto de la voluntad de las Cortes Generales; no es el resultado de una ley pactada entre las Cortes Generales y la Comunidad Autónoma correspondiente. Emplazar a ambas instituciones en los mismos términos supone dar un pie para ese equívoco.

Sin perjuicio de lo anterior —añade Requejo—, es indudable el interés de la Comunidad Autónoma en ser parte del proceso en el que se enjuicie la constitucionalidad de su Estatuto; pero ese interés puede verse satisfecho con su personación acordada tras la pertinente solicitud de parte (ATC 172/1995, de 6 de junio). Con la coadyuvancia se sirve también al fin de hacer posible la defensa por la Comunidad Autónoma de sus intereses propios; y se hace tal cosa sin llegar al extremo (inevitable en el caso del emplazamiento de oficio) de cualificar a la Comunidad Autónoma con una condición que le es ajena: la de sujeto de imputación de la voluntad normativa formalizada en la ley orgánica de reforma del Estatuto»¹⁷.

¹⁶ Que son los Estatutos del artículo 151 CE, únicos respecto de los que el constituyente explicita tal exigencia. Creo más que conveniente subrayar el dato, en sí obvio, porque no es infrecuente aplicar el régimen de los cuatro Estatutos de dicha vía (a los que a los efectos habría que añadir también la LORARFN) a todos los demás por extensión, cuando esa diferencia les distingue procedimentalmente de forma muy relevante. Que las normativas de 1993 de las Cámaras parlamentarias estatales prevean la posibilidad de que también puedan prever un referéndum los Estatutos elaborados por la vía del artículo 146, no me parece, desde una teoría de las fuentes del Derecho mínimamente rigurosa, fundamento bastante para entender posible su incorporación a éstos, puesto que una Resolución o una Norma Supletoria de la Presidencia de una Cámara parlamentaria, no tienen entidad normativa suficiente para derivar sólo de ellas una interpretación que sustente la incorporación a los Estatutos que no sean del artículo 151 CE tan importante trámite.

¹⁷ J. L. Requejo Pagés, en su crónica de jurisprudencia constitucional correspondiente al núm. 79 de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, p. 237, n. 9.

En idéntico sentido, por usar los términos de Muñoz Machado, «Aunque elaborado en el marco de un procedimiento en el que la voluntad del territorio interesado es fundamental, de manera que sin ella no puede llegarse a la formulación de un Estatuto, la potestad legislativa que se ejerce para su aprobación es únicamente la de las Cortes Generales, que la expresan a través de la ley orgánica correspondiente. El Estatuto no es, por tanto, una norma paccionada en el sentido de que requiera la voluntad conforme de dos legisladores para su aprobación»¹⁸.

En definitiva, pues, ni siquiera en la reforma de los Estatutos en la que tienen mayor intervención los representantes de la Comunidad Autónoma, los del artículo 151.2 CE, puede hablarse, con mínimo rigor jurídico, de pacto.

Queda, por último, en relación con el pretendido carácter paccionado de los Estatutos de Autonomía, hacer referencia a un dato que, salvo inadvertencia, no me ha parecido ver reflejado en las argumentaciones que subrayan la indisponibilidad por el Estado y por las Comunidades Autónomas de la reforma estatutaria como nota determinante de ese supuesto carácter pactado de los Estatutos. Es ello que quienes hacen hincapié en tal nota parecen adoptar como punto de partida un constante retorno del proceso estatutario al inicio, un *ritornello* en sentido amplio, como si no hubieran acaecido las vicisitudes habidas en el transcurso del tiempo desde la constitución de la Comunidad Autónoma al momento de la reforma de su Estatuto de Autonomía, como si no existiese una experiencia de autogobierno por parte de la Comunidad que expone su deseo de modificar su Estatuto y como si no existiese un acervo competencial actuado. Sucede, sin embargo, que la experiencia muestra una constante en el asunto aquí abordado, experiencia que obedece en no poca medida a la lógica de un proceso de descentralización como el habido en nuestro caso, que, repetimos, ha sido por desagregación; a saber: que es de las Comunidades Autónomas de las que parte el deseo de reforma estatutaria para la ampliación de competencias¹⁹, y es el Estado, mediante las Cortes Generales, y en particular mediante la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, el que expresa su conformidad o disconformidad con esa pretensión y con sus concretos términos. Si a este dato empírico se le da el valor que de él se desprende, resulta que, establecido un contenido que permita entender cumplido el «derecho a la autonomía» del artículo 2 CE (y difícilmente podría negarse, p. ej., que dicho contenido no pudiese ser el determinado en el artículo 148.1 CE, por más que pudiera considerarse mínimo), son las Cortes Generales, como garantes del «interés nacional» (que les permite incluso crear entes territoriales con autonomía política, aunque no cumplan con los requisitos generales previstos: art. 144 CE), o del «interés general» (que les permitiría armonizar las disposiciones normativas autonó-

¹⁸ Muñoz Machado, S., «Ordenamiento de las Comunidades Autónomas», *Temas básicos de Derecho Constitucional*, vol. II, Civitas, 2001.

¹⁹ Obvio las reformas institucionales con efectos únicamente internos, que no afectarían a lo aquí razonado.

micas: art. 150.3 CE²⁰ o aprobar —por la refunda de sus Cámaras— medidas de corrección frente a Comunidades que atentasen gravemente contra él: art. 155.1 CE) las que están en disposición de determinar si finalmente tienen lugar las ampliaciones competenciales autonómicas (y, por reflejo, la correspondiente disminución competencial estatal). La negativa de las Cortes, o la retirada del proyecto de reforma por la Comunidad ante la disconformidad que su tramitación le suscite, no tiene otro resultado, según se señalaba antes, que el mantenimiento del estado de cosas (del acervo competencial) como hasta el momento, frente al deseo de la Comunidad Autónoma que interesa la ampliación de competencias.

En cambio, si decidiese el Estado (en lo que hoy por hoy parece constituir una pura hipótesis académica) que alguna competencia concreta hasta el momento atribuida a las Comunidades Autónomas, deviene inconveniente mantenerla en tal ámbito, nada impide que, si hay acuerdo parlamentario suficiente, pueda procederse a la reforma del precepto constitucional correspondiente (normalmente del art. 149.1 CE), para modificar esa atribución competencial a favor del Estado por la vía del artículo 167 CE: las mayorías necesarias, según el citado artículo, y la aprobación en referéndum, caso de que existan los parlamentarios que en cantidad suficiente para solicitarlo lo hagan en el plazo que se establece, serán los requisitos necesarios para que los Estatutos de Autonomía, del artículo 143 o del artículo 151, se vean modificados con independencia del procedimiento en ellos previstos, esto es, sin necesidad alguna de contar con la «contraparte» autonómica del supuesto pacto en que consiste el Estatuto (cosa distinta, vuelvo a subrayar una y tantas veces como sea necesario, es que políticamente resulte más que conveniente consultar tales alteraciones con las Comunidades Autónomas antes de proceder a la reforma, como corresponde a un Estado descentralizado bien llevado). Porque los procedimientos de reforma les están remitidos a los Estatutos *ex* artículos 147.3 y 152.2 CE sobre la premisa, igual de palmaria para todas las demás normas de nuestro ordenamiento, de que pueden disponer de los contenidos que les corresponda pero a partir de lo que determine la Constitución, esto es, respetando lo que ésta disponga, y ello, evidentemente, tanto en su versión originaria como tras las eventuales reformas que sufra, de modo que los Estatutos, como cualquier otra norma en nuestro ordenamiento, no pueden resistir lo acordado por el poder constitucional de reforma o poder constituyente/constituido.

En suma, pues, en un proceso como el que está teniendo lugar en estos momentos con los Estatutos ya reformados y en curso de reforma, cuyo norte es el de lograr el mayor autogobierno posible, es decir, la máxima capacidad de decidir autónomamente sobre los asuntos de interés propio con las menores intervenciones heterónomas que puedan darse, la imposibilidad jurídica de poder conceptuar como normas pactadas tales modificaciones en

²⁰ Cosa distinta es que desde la STC 76/1983, sobre el proyecto de Loapa, tal posibilidad se considere un instrumento «quemado» para su uso.

razón de lo antes expuesto, evidencia, me parece, más que la dificultad, la imposibilidad propiamente de considerar como de-carácter-constitucional-o-casi el Estatuto de Autonomía que contempla el ordenamiento español, al requerir su modificación como voluntad verdaderamente determinante, una externa a la de la Comunidad Autónoma (la de las Cortes Generales), en tanto en cuanto así lo impone su régimen constitucional y, consecuentemente, también su régimen procedimental parlamentario.

En este sentido, acaso se considere más lógica una elaboración y reforma de los Estatutos íntegramente gestada y aprobada en el propio seno de las Comunidades Autónomas. Esto es lo que ha sucedido en el vecino sistema italiano con los Estatutos de las Regiones ordinarias en virtud de la reforma constitucional de 1999, los cuales son iniciados, deliberados, aprobados y también modificados, sin la más mínima intervención del Parlamento nacional (con posibilidad de un referéndum, facultativo, por tanto, entre los habitantes de la Región)²¹, lo que ha llevado a algún autor a calificarlos de «leyes constitucionales regionales»²². La Corte Constitucional de aquel país, sin embargo, ha dejado meridianamente claro que «no estamos en presencia de Cartas constitucionales, sino sólo de fuentes regionales “de competencia reservada y especializada”, esto es, de estatutos de autonomía» (Sentencias n. 378 y 379 de 2004, fundamentos 5 y 2, respectivamente). Lo relevante en todo caso de la referencia a dicho sistema, es que allí se procedió como se debe proceder para tamaña alteración del régimen jurídico (elaboración, reforma, posibilidad de impugnación constitucional) de los Estatutos ordinarios: reformando la Constitución. Es meridiano, sin embargo, que nada tiene que ver este nuevo sistema italiano con el nuestro. En el sistema español, los Estatutos de Autonomía son normas cuya producción y cuya reforma no es ya que requieran de una voluntad externa a la Comunidad Autónoma que rigen (la del Parlamento nacional), sino que esa voluntad resulta del todo determinante también, como se acaba de ver, incluso en los supuestos de mayor intervención autonómica (los Estatutos del art. 151 CE), cada vez que se modifican. Y ello, unido a la incontrovertible voluntad del constituyente de concebirlos como normas pertenecientes a una concreta categoría genérica de normas (las de leyes orgánicas), no es que se avenga bastante mal con una concepción del Estatuto como norma de carácter casi constitucional: en puridad, la imposibilita.

²¹ Conforme dispone la nueva redacción del artículo 123 CI; la posibilidad de intervención estatal que se prevé es eventual, y se ciñe a que el Gobierno de la República (no el Presidente de la misma, sino el órgano colegiado ejecutivo) pueda instar su control de constitucionalidad en los treinta días posteriores a su publicación.

²² Olivetti, Marco, *Nuovi statuti e forma di governo delle regioni. Verso le costituzioni regionali?*, Il Mulino, Roma, 2002.

III. SOBRE LA CONSECUENCIA DE LA NATURALEZA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA EN RELACIÓN CON LA INCLUSIÓN EN EL MISMO DE DERECHOS SUBJETIVOS

La trascendencia de considerar la esencia última del Estatuto de Autonomía como una ley orgánica (por más que sea una ley orgánica muy particular) y no como cuasi- o semi-constitucional, estriba naturalmente en su relación con las demás leyes orgánicas y, en general, con las demás normas, relación en la que el principio de competencia desempeñará el papel estelar. Pero también, y es en lo que ahora me interesa centrarme, en su contenido, porque, frente a lo que sería un contenido propio de una norma constitucional o próxima a ella (junto a la organización de los poderes, también derechos, obligaciones, normas programáticas y/o mandatos al legislador), ha de ceñirse a lo que resulta propio de un instrumento regulador de la organización de gobierno (estructura y competencias) de un ente territorial con autonomía política, que constituye la razón de su previsión constitucional. No otro fundamento es, a mi parecer, el que puede solventar decididamente la polémica acerca de la inclusión de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía: antes bien, a mi modesto juicio, otros razonamientos pueden más distraer la atención respecto del que resulta fundamental, que contribuir a aclarar la cuestión. Es el caso del razonamiento que entiendo como uno de los más relevantes contra la inclusión de derechos en la norma estatutaria, en la, por lo demás, muy interesante polémica que viene produciéndose en relación con tal cuestión²³: me refiero a que, mientras que para unos insertar derechos en el Estatuto de Autonomía es manifestación de autogobierno²⁴, para otros no cabe tal inserción desde el momento en que, si el Estatuto es la norma que garantiza el autogobierno, los derechos expresan justamente lo que no puede hacerse en uso de ese autogobierno, toda vez que los mismos constituyen límites materiales a la actuación de los poderes públicos (en este caso, de los poderes públicos autonómicos respecto del ámbito competencial

²³ Por citar un momento preciso, puede situarse el punto de partida de tal polémica en la intervención de J. García Torres sobre «Los derechos estatutarios en la propuesta catalana de reforma» en las ya antes citadas XI Jornadas de Letrados del Tribunal Constitucional, recogidas en *El Estado autonómico*, Cuadernos y Debates, núm. 170, pp. 75-86; más tarde viene desarrollándose el debate en las páginas de los números 78, 79 y 80 de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, en sendas aportaciones de Luis María Díez-Picazo, Fran Caamaño y Marc Carrillo, respectivamente. No me importa reconocer que ha sido la deferencia que todos ellos han tenido de citar, en sentido favorable o contrario a la tesis que mantienen sobre la cuestión discutida, la monografía al inicio citada acerca de la naturaleza del Estatuto que publicara quien suscribe estas líneas hace ya más de una década, la que en no poca medida me ha hecho volver a ocuparme del Estatuto de Autonomía cuando me creía ahito del tema.

²⁴ Francisco Caamaño y Marc Carrillo, en sus correspondientes escritos de la *Revista Española de Derecho Constitucional* antes aludidos, y, en el caso del segundo, antes en su aportación a la breve obra ya aquí citada, *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, que lleva por rúbrica justamente «La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno y límite a los poderes públicos».

en el que pueden actuar), esto es —se infiere—, resultarían precisamente contradictorios con la propia misión del Estatuto²⁵.

Como ahora se verá, comparto plenamente esta segunda idea, pero como conclusión, no tanto en la fundamentación que lleva a la misma a los autores citados, puesto que, en el estricto nivel lógico de la controversia, el razonamiento en que se basa comporta hacer supuesto de la cuestión, o al menos así me lo parece a mí. En efecto: para quienes afirman la posibilidad de regular derechos en el Estatuto de Autonomía, éste no es norma dirigida sólo, o al menos principalmente, a los poderes públicos autonómicos para ordenar su organización y determinar sus potestades, tal y como yo defiendo, sino que, subyaciendo innegablemente en su concepción que aquél es norma concebida por ellos como cuasi-, para-, semi- o vice- o funcionalmente constitucional, presuponen que la misma va dirigida tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos de la Comunidad Autónoma. Y, ciertamente, considerado de este modo el Estatuto, no puede reprocharse incoherencia a quienes propugnen la inserción en el mismo de contenidos estatutarios que limiten el ámbito de actuación de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, si ello deriva del reconocimiento de derechos a sus propios ciudadanos (reconocimiento que puede convertirse en nota diferencial frente a los ciudadanos de las demás Comunidades Autónomas), puesto que tal inserción no vendría a suponer, a la postre, más que una re-distribución del conjunto del autogobierno que corresponde a la Comunidad Autónoma, entre los poderes públicos de la misma y sus ciudadanos conforme determina su norma institucional básica. Por eso estoy persuadido de que cualquier pregunta sobre contenidos estatutarios, remite siempre a la cuestión elemental de la naturaleza del Estatuto en su estricta cualidad de fuente del Derecho como indefectible presupuesto del análisis, antes que a otros planos, como la caracterización en abstracto del autogobierno y de lo que éste, como contenido especialmente significado, comporta respecto de la naturaleza de la norma que lo regula. Y, conforme a lo que hasta aquí se ha intentado razonar (aun cuando muy singular, el Estatuto de Autonomía tiene una naturaleza esencialmente de ley orgánica), la respuesta no puede ser otra que la que se ha sintetizado calificando «el Estatuto como *instrument of government* autonómico, pero sin *bill of rights*, función propia y característica de la Constitución»²⁶: el Estatuto de Autonomía no es norma constitucional ni cuasi-constitucional, sino fuente específica prevista por la fuente de fuentes, que adopta la forma de ley orgánica.

Ahora bien, siendo la perspectiva de la naturaleza del Estatuto indudablemente fundamental en lo que toca al tema de los derechos como posible contenido del mismo, lo es aún más, como debiera ser obvio, lo que pueda disponer directamente la Constitución sobre la cuestión, perspectiva ésta en la que, en mi sentir, no se ha incidido lo suficiente, pues, por lo general, quienes lo han tratado lo han hecho absortos en las posibilidades del Estatuto en

²⁵ Luis M.^a Díez-Picazo, siguiendo a V. Ferreres, en las referencias bibliográficas de ambos antecitadas.

²⁶ García Torres, *ob. cit.*, p. 68.

sí mismo considerado (compediadamente expuesto, la Constitución no fija entre su contenido obligatorio —art. 147.2 CE— ni entre los otros posibles contemplados por ella —arts. 3.2, 4.2, 145.2, 147.3, etc.—, los derechos; sin embargo, resulta posible su inserción en el por no resultar un contenido expresamente vedado al estatuyente), aislado —por así decir— de su natural contexto normativo, que no es otro, claro está, que la Constitución. De nuevo conviene notar al respecto que el Estatuto es también muy diferente, en este aspecto «contextual», de las Constituciones de los Estados federados: éstas tienen la Constitución federal como límite o como marco, pero su carácter originario las otorga una entidad mucho más independiente de ella que la que, por fuerza, tienen los Estatutos en nuestro sistema, puesto que, como leyes orgánicas que en última instancia son, no dejan de resultar normas integrantes del ordenamiento del Estado (art. 147.1 CE *expressis verbis*), entendido éste no en el sentido de *Gesamtstaat*, sino en el de *Oberstaat*²⁷; carácter que necesariamente comporta que, cuando hayan de aplicarse y, sobre todo, cuando hayan de interpretarse en relación con otras normas estatales (incluidos, por supuesto, el resto de los Estatutos), deba tenerse en cuenta su calidad de componentes de dicho ordenamiento. Con esto como necesaria aclaración previa, procede recordar la regulación constitucional de los derechos desde la vertiente que aquí interesa, esto es, desde la posibilidad, o no, de su inserción en los textos estatutarios autonómicos.

En este sentido, dejando a un lado ahora el artículo 53.1 CE, que hace indisponible para el legislador (incluido, evidentemente, también el legislador estatuyente) el contenido esencial de los derechos de todo el Capítulo 2.º del Título I, ese régimen viene determinado por los artículos 81.1, 138.2, 139.1 y 149.1.1.ª CE. El primero no ofrece duda alguna, y reserva al Parlamento estatal —en cuanto único autor posible de leyes orgánicas— el «desarrollo» de los derechos y libertades públicas, que se ha interpretado que son los de la Sección 1.ª del Capítulo 2.º del Título I CE, de modo que tal «desarrollo» queda excluido de los Estatutos de Autonomía, si —como es prácticamente unánime parecer— dicho Estatuto no puede invadir ámbitos de otras leyes orgánicas. Más interés, en lo que aquí importa, tienen los otros tres preceptos citados, pero no por las actuaciones concretas del poder público estatal que pudieran cubrir o fundar, cuya determinación es entendida generalmente por la doctrina como problemática, sino por la indubitable significación conjunta que los mismos (junto con el aludido art. 81.1 CE) evidencian, a saber: que

²⁷ Valga como evidencia palmaria de la pertenencia del Estatuto al ordenamiento del Estado en esta segunda acepción y no a la primera que, frente a lo que acaece en los sistemas italiano y portugués, donde los Estatutos son elaborados por la Asamblea de la propia región, con independencia de que luego haya de pronunciarse el Parlamento nacional de forma determinante (caso portugués: art. 226.3 CP) o no tenga margen alguno para ello (caso italiano tras la reforma constitucional en materia territorial de 1999: art. 123.2 CI), en el nuestro no existe órgano legislativo de la Comunidad Autónoma hasta que las Cortes Generales no han aprobado la ley orgánica estatutaria que contiene dicha institución como parte de su estructura institucional (algo que, en puridad, para las Comunidades que no hayan accedido por la vía del art. 151 a la autonomía no es imperativo, como revela la alternativa que ofrece el art. 69.5 CE).

el constituyente del '78, perfectamente consciente como era, según hemos dicho ya, de la posible indeterminación de la estructura territorial general del Estado que establecía el Título VIII CE²⁸, lo era todavía mucho más de que, fuere cual fuere el resultado final de la descentralización que permitía, los derechos, libertades y deberes de los individuos debían ser «los mismos en cualquier parte del territorio del Estado» (art. 139.1), sin «privilegios económicos y sociales» que pudieran derivar de las diferencias entre Estatutos (art. 138.2 CE), con atribución al Estado, en exclusiva, de la competencia, esto es, de la facultad, pero también del deber, de «garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (149.1.1.^a). Insisto en que no importa ahora las posibilidades concretas que pueden verse respaldadas o, *sensu contrario*, impedidas, por tales preceptos, todos ellos, por cierto, pertenecientes al Título regulador «De la organización territorial del Estado», sino la voluntad del constituyente, meridianamente inequívoca, que el conjunto de sus regulaciones traslucen respecto de los derechos y obligaciones de «todos los españoles» (art. 139.1 y art. 149.1.1.^a).

En consecuencia, pues, parece que hay poco margen para dudar de que entre los contenidos que le caben al Estatuto de Autonomía no se hallan derechos y deberes que afecten a lo que descriptivamente se ha dado en denominar por el propio Tribunal Constitucional (p. ej., recientemente, STC 251/2006, de 27 de julio, FJ 2) la «posición jurídica fundamental de los sujetos». Y ello ni siquiera en virtud de títulos debidamente asumidos por la Comunidad Autónoma (como sucede, paradigmáticamente, con el caso de la lengua propia cooficial *ex* art. 3.2 CE), que son los títulos que, a mi juicio, constituyen la verdadera fuente de riesgo de la deshomogeneización entre las posiciones fundamentales de quienes pueblan las distintas Comunidades Autónomas, antes que los tediosos catálogos de derechos que incorporan los nuevos Estatutos como sedicente novedad. Salvo alguna excepción notoria, respecto de la que entraría inmediatamente en juego esa imposibilidad de afectación a la posición esencial de los sujetos que los ponga en situación distinta respecto de los que no ostentan la vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma, a mi entender, tales catálogos vienen a constituir un repertorio de lírica jurídica que podrá complementar el estilo de las resoluciones judiciales y administrativas, de los dictámenes y de los trabajos académicos sobre las respectivas materias con alusiones retóricas a sus contenidos, pero cuyo valor normativo es, en general y por decirlo de una forma políticamente correcta, más que relativo. Ahora bien, como en su momento mantuve respecto de las normas programáticas estatutarias, se hace difícil afirmar su neta contradicción con la Constitución, que es lo que requeriría la declaración de su inconstitucionalidad pretendida por algunos. Una incorrecta técnica legislativa, como en mi humilde parecer es la que denota la incorporación a los Estatutos de contenidos que, conforme a su naturaleza de fuentes del Dere-

²⁸ O si se quiere, era consciente de la previsibilidad del resultado de la ecuación compuesta por el artículo 2.º, la DT 2.^a y el artículo 151.2 CE, pero no del resto.

cho previstas en la Constitución, no les son propios, no parece que sea sancionable en tanto tales contenidos no vulneren lo establecido en la Norma Fundamental, ya sea incidiendo en lo reservado por ésta a otras fuentes, ya menoscabando las garantías directamente establecida en ella (*v. gr.*, el principio de seguridad jurídica referido en el art. 9.3 CE porque el contenido normativo en cuestión acarree sería incertidumbre o confusión jurídica).

A la misma conclusión, dicho sea de paso, llega la Corte Constitucional italiana en las dos Sentencias antes aludidas que, sobre sendas disposiciones estatutarias²⁹, es radicalmente taxativa al señalar que «no puede ser(les) reconocidas eficacia jurídica alguna, colocándose principalmente en el plano de los convencimientos expresivos de las diversas sensibilidades políticas presentes en la comunidad regional en el momento de la probación del estatuto», excluyendo expresamente su equiparación a las normas programáticas constitucionales en cuanto a éstas se las reconoce generalmente «una función de integración y de interpretación de las normas vigentes» que no cabe reconocer —afirma— a disposiciones estatutarias como las enjuiciadas. En suma, del carácter no prescriptivo y no vinculante de «enunciados estatutarios de este tipo», deriva la Corte su «función, por así decir, de naturaleza cultural e incluso política, pero ciertamente no normativa» y precisamente por ese carácter inane, concluye en ambos casos que «tal(es) disposición(es) no comporta(n) ninguna violación ni ninguna reivindicación de competencias constitucionalmente atribuidas al Estado, ni funda el ejercicio de poderes regionales», lo que lleva a declarar inadmisibles la censura de las mismas pretendida por el Estado (Sentencias n. 378 y 379 de 2004, fundamentos 5 y 2, respectivamente, según se dijo antes).

IV. COROLARIO

En definitiva, por tanto, desde su creación hasta hoy, y mientras no se reforme la regulación que la Constitución hace de la organización territorial del Estado (o, en su defecto, la reinterprete el Tribunal Constitucional), el Estatuto de Autonomía es, en su última esencia, una ley orgánica, con importantes especialidades procedimentales, que políticamente puede resultar tan significativa como demande el interés de las fuerzas concernidas por el mismo (un interés que no parece que levante pasiones en su seguimiento por la ciudadanía en general, sobre todo en comparación con leyes tan políticamente destacadas como la Ley Orgánica de la Educación, la ley que permite el matrimonio homosexual, la que regula la inmigración, la de dependencia, la de igualdad de géneros o las anuales Leyes de Presupuestos, por poner algunos ejemplos), pero sin que de la significación política que puede llegar a

²⁹ Concretamente de los Estatutos de Umbria y de Emilia-Romaña: el primer precepto dispone que la Región «tutela además otras formas de convivencia» distintas a la familia (art. 9.2); el segundo asegura «en el ámbito de las facultades que le son constitucionalmente reconocidas, el derecho de voto de los emigrantes residentes» [art. 2.1.f)].

tener se derive una posible consideración jurídica como una norma constitucional o casi, y sin que, en consecuencia y en lo que aquí interesa, pueda contener lo que su naturaleza no admite que contenga, como señaladamente son los derechos que supongan una distinta posición jurídica fundamental para los ciudadanos de la Comunidad Autónoma que regula respecto del resto de ciudadanos.

Y es que el carácter del Estatuto de Autonomía de nuestro sistema es el de una norma que sirve para organizar un ente territorial intermedio con poder político, sin la carga jurídico-constitucional que lleva consigo una Constitución o norma equivalente a ésta. Podrá no estarse de acuerdo con su configuración por el constituyente, podrá tildarse dicha configuración de insuficiente, o acaso de incoherente y, en consecuencia, propugnarse un cambio del sistema entero de descentralización territorial, tal y como figura hasta la fecha en el Título VIII de la Constitución. Si es así, propóngase sin ambages la modificación de éste y, en su caso, la nueva categoría a la que obedecería (como hicieron, por ejemplo, los belgas en 1994, con su texto constitucional con el objetivo principal de calificar territorialmente al Estado como «federal», pues materialmente tal reforma respondía en gran medida a una refundición de las modificaciones anteriores), o plantéese la modificación de la Constitución en lo que a la aprobación, reforma y concepción del Estatuto se refiere (como, tras medio siglo, hemos visto antes que los italianos han hecho recientemente con los Estatutos regionales ordinarios: cosa distinta es que puedan considerarse uno y otro ejemplo, precisamente, como modelos de los que tomar ideas en punto a la organización territorial del Estado español). Porque el análisis jurídico-constitucional objetivo y desapasionado impide caracterizar el Estatuto de Autonomía en nuestro sistema como lo que no es, para intentar adecuarlo a la ideal concepción del sistema de organización territorial español que pudieran tener autores académicos, fuerzas políticas o incluso algunas instituciones.

IV

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Obligación de respetar los derechos humanos

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio de Roma.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Obligación de respetar los derechos humanos.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio de Roma

Artículo 1

Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

El ejercicio de jurisdicción es condición necesaria para que un Estado contratante pueda ser declarado responsable por la violación de los derechos y libertades contemplados en el Convenio.

* Blanca Cid Villagrasa, Directora de Gestión Parlamentaria de la Asamblea de Madrid; Sylvia Martí Sánchez, Letrada de las Cortes Generales; Esteban Greciet García y Tatiana Recoder Vallina, Letrados de la Asamblea de Madrid.

De la jurisprudencia se infiere que el concepto de «jurisdicción» a que se refiere el artículo 1 del Convenio debe interpretarse a la luz de lo que por tal se entiende en el Derecho Internacional Público. En este sentido hay que entender que la jurisdicción es fundamentalmente territorial y que el ejercicio de la misma se presume tiene lugar normalmente sobre el territorio del Estado (Decisión de 12 de diciembre de 2001, *Bankovic y otros c. 17 Estados contratantes*). Ahora bien, la jurisdicción no siempre se extiende exclusivamente sobre el territorio nacional de las partes contratantes, ya que en circunstancias excepcionales los actos extraterritoriales también pueden tener encaje en el artículo 1 (*STEDH Loizidou c. Turquía*, de 18 de diciembre de 1996). Así sucede en los supuestos en los que, como consecuencia de una acción militar, el Estado ejerce un control efectivo sobre una zona situada fuera de un territorio nacional, de lo que deriva la obligación de asegurar el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos, con independencia de que el control se ejerza a través de sus fuerzas armadas o de una administración local subordinada. No es necesario determinar el grado de detalle del control sobre las políticas y acciones de las autoridades situadas fuera del territorio, basta que se demuestre, más allá de cualquier duda razonable, el control global del área (*STEDH Issa y otros c. Turquía*, de 16 de noviembre de 2004).

También puede declararse la responsabilidad del Estado contratante en supuestos de ejercicio extraterritorial de competencias delimitadas por el Derecho Internacional Público, como los actos de agentes diplomáticos o consulares o los cometidos a bordo de aeronaves o buques que naveguen bajo su pabellón. Se trata de evitar que, al amparo del artículo 1, un Estado cometa fuera de su territorio actos o acciones que no puede realizar en el suyo propio, pero sin hacer una interpretación demasiado amplia del artículo 1, ya que de haber deseado lo contrario, los autores del Convenio habrían adoptado un texto idéntico o semejante al recogido en las Convenciones de Ginebra de 1949.

Derecho a la vida

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO. II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—
2.1. Convenio europeo.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—
III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—3.2. Ti-
tulares.—3.3. Lesiones.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación
oficial.—4.2. Hechos.—4.3. Fundamentos de Derecho.—4.4. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho a la vida.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio europeo

Artículo 2

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.
- b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.
- c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

Protocolo núm 6, de 28 de abril de 1983

Artículo 1. Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado.

Artículo 2. Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma. Dicho Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de la legislación que se trate.

2.2. Constitución española*Artículo 15*

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

2.3. Constitución europea*Artículo II-2*

1. Toda persona tiene derecho a la vida.
2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.

Artículo II-3

1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y mental.
2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:
 - a) El consentimiento libre e informado de la persona que se trate, de acuerdo con la modalidades establecidas por la ley.
 - b) La prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas.
 - c) La prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro.
 - d) La prohibición de clonación reproductora de seres humanos.

Artículo II-4

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

El artículo 2 consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa (*S. McCannan contra Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995). **Los poderes públicos tienen el deber de no lesionar por sí mismos la vida humana y el deber de protegerla efectivamente frente a agresiones de los particulares.** La obligación impuesta por el artículo 2 del Convenio va más allá del deber primordial de asegurar el derecho a la vida estableciendo una legislación penal concreta, disuadiendo de cometer ataques contra la persona y basándose en un mecanismo de aplicación concebido para prevenir, reprimir y sancionar las violaciones. Puede asimismo implicar, en algunas circunstancias bien definidas, la obligación positiva para las autoridades de tomar preventivamente medidas de orden práctico para proteger al individuo cuya vida está amenazada por las actuaciones criminales ajenas, siempre que no sea una carga desproporcionada (*S. Osman contra Reino Unido*, de 28 de octubre de 1998, y *S. Mastromatteo contra Rep. Italiana*, de 24 de octubre de 2002). También se aplica a la situación de un detenido que padecía una enfermedad mental con signos que indicaban que podía atentar contra su vida (*S. Keenan contra Reino Unido 2001*, 242, secc. 3, núm. 27229/1995). **El Estado tiene la obligación de realizar una investigación pública con examen completo, imparcial y profundo de las circunstancias en la que se ha cometido el homicidio** (*S. McCannan contra Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995). El artículo 2 del Convenio no tiene ninguna relación con las cuestiones relativas a la calidad de vida o a lo que una persona ha escogido hacer con ella. No se puede interpretar en sentido de que confiere un derecho diametralmente opuesto, a saber, el derecho a morir; tampoco puede crear un derecho a la autodeterminación en el sentido de que conceda a todo individuo el derecho a escoger la muerte antes que la vida. **No es posible deducir del artículo 2 un derecho a morir, ni de la mano de un tercero ni con la ayuda de la autoridad pública** (*S. Diane P. contra Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, secc. 4.^a, núm. 2346/2000). **Las excepciones del apartado segundo han de interpretarse siempre de manera restrictiva**, porque en el mismo no se enuncian situaciones en las que es legítimo ocasionar intencionadamente la muerte, sino circunstancias en las que cabe hacer legítimamente uso de la violencia, la cual puede desembocar, a su vez, en una muerte involuntaria; por ello se exige que el recurso a la fuerza sea absolutamente necesario, realizándose aquí no un juicio de proporcionalidad, sino un «juicio de indispensabilidad» (*S. McCann contra Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995).

3.2. Titulares

En STEDH de 29 de octubre de 1992, el Tribunal no se pronuncia sobre si el derecho a la vida reconocido en el artículo 2 del Convenio es igualmente aplicable para el feto. Previamente el Informe de la Comisión núm. 1315/1980, en relación con el Asunto 8416/1979, había señalado que la expresión «todos» del artículo 2 se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al *nasciturus*.

3.3. Lesiones

Se declara la violación del artículo 2 del Convenio ante la ausencia de explicación razonable por las autoridades del Estado acerca de las heridas sufridas por la víctima durante su detención (*S. Güneş contra Turquía*, de 19 de junio de 2003). Se produce violación cuando existe falta de transparencia y efectividad en la investigación oficial sobre la muerte (STEDH de 4 de mayo de 2001 en asunto 37715/1997).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Caso Reavey c. el Reino Unido.
Demanda núm. 34640/04.
Fecha del juicio: 27 de noviembre de 2007.

4.2. Hechos

En la noche del 4 de enero de 1976, los hermanos John, Brian y Anthony Reavey estaban en casa viendo la televisión. Entre las 6:05-6:10 de la tarde, tres hombres armados entraron en la casa y les dispararon. Brian fue alcanzado por tres tiros en la espalda y uno en las piernas; John por catorce o dieciséis balas de 9 mm en el cuello y en el cuerpo. La autopsia concluyó que la muerte de ambos debió de ser rápida. Por su parte, Anthony recibió seis disparos en las piernas y pudo llegar a casa de los vecinos para pedir auxilio. No obstante, Anthony murió el 30 de enero de 1976 en el hospital de una hemorragia cerebral. La autopsia concluyó que las heridas que él recibió no fueron la causa de su muerte.

La misma noche, otros tres católicos, Barry, Declan y Joseph O'Dowd fueron asesinados a tiros en County Down, alrededor de veinte minutos después del ataque a los Reavey.

Poco después de los hechos citados, la policía llegó a la escena del crimen y la aseguró. Una ambulancia retiró los cuerpos. Los detectives llegaron a la

escena a las 7:25 p.m. horas. A las 7:40 p.m. los oficiales fueron a extinguir el incendio de un vehículo y lo llevaron a un garaje para su inspección. Los oficiales de la escena del crimen examinaron el lugar, recuperando varios cartuchos utilizados y cabezas de bala, los cuales fueron enviados al laboratorio para su análisis.

El examen forense estableció que se habían empleado cuatro armas en el ataque, tres de las cuales habían sido utilizadas en previos incidentes. La policía creyó que los asesinatos los realizaron las Fuerzas Voluntarias del Ulster, una organización paramilitar proscrita. Aunque no se obtuvieron pistas, se realizaron las oportunas investigaciones en la ruta que se sospechaba que habrían empleado para huir, así como se contactó con los otros equipos de policía encargados de investigar los asesinatos de otros católicos en ese área. Como no se lograron evidencias contra sospechosos, no se dictaron cargos en el proceso en 1977.

La investigación no se cerró, y en 1978 se reactivó cuando un sacerdote católico, el Padre Hugh Murphy fue secuestrado por un grupo paramilitar protestante tratando de utilizarle como rehén en un *vis a vis* con el IRA. La policía arrestó a un agente de la reserva, William McCaughey, en el curso de las investigaciones, al revelarse su participación en el secuestro y en otros actos de este grupo paramilitar. Este agente declaró que un oficial de policía estuvo envuelto en los asesinatos de la familia Reavey. Este oficial fue arrestado, encausado y condenado por diversos actos criminales.

Uno de los implicados fue el oficial de policía John Weir, quien era también sospechoso de estar involucrado en el asesinato de un dependiente llamado Strathearn en Ahoghill en abril de 1977. Por este crimen fue condenado a cadena perpetua en 1980. El Gobierno mantuvo que tanto McCaughey como Weir rehusaron desvelar el nombre de otros dos paramilitares protestantes involucrados en el asesinato hasta que se les garantizase inmunidad. Las autoridades competentes decidieron no negociar con los inculcados. Los dos condenados fueron nuevamente abordados por la policía tras su condena para tratar de obtener el nombre de los demás paramilitares implicados, pero rechazaron nuevamente hacerlo.

Durante este tiempo, la madre de los Reavey (demandante ante el TEDH) sostuvo que el Jefe Gerry McCann de la Real Policía del Ulster mantuvo algún encuentro con un miembro de la familia Reavey y le comunicó que él creía que dos McClures (uno de ellos era Laurence MacClure, antiguo policía en la reserva) y James Mitchell, otro antiguo policía, estuvieron involucrados en el ataque a los Reavey así como en el realizado en los Bares Donnelly y Rock (véase *McGrath c. Reino Unido*). Asimismo, también nombró a Robert McConnell como el pistolero que entró primero en la casa.

El 1 de febrero de 1993 John Weir fue puesto en libertad. En enero de 1999, él declaró a un periodista sobre la connivencia de la Real Policía del Ulster (RUC) y el Regimiento de Defensa del Ulster (UDR) con los paramilitares protestantes del área de Portdown a mediados de los años setenta. Esta declaración fue publicada en el Sunday Times en marzo de 1999. En ella se contenían afirmaciones detalladas sobre la citada connivencia en una serie

de incidentes. Asimismo, Weir señalaba que el agente Laurence McClure le había contado que en el asesinato de los Reavey participaron Robert McConnell, un miembro del UDR, Laurence McClure, Johnny Mitchell, otro agente del RUC y el hermano de McClure que no pertenecía a estos cuerpos. Este grupo utilizaba una granja en Glennane propiedad de James Mitchell, un reservista de la RUC, como base para perpetrar sus ataques contra los católicos y los nacionalistas. Asimismo, relató algunos de los ataques que habían realizado.

En junio de 1999, el canal de televisión irlandés RTE emitió un programa en el que se contenían afirmaciones sobre la involucración de fuerzas de seguridad en diversas muertes, incluyendo la de Trevor Brecknell. Weir participó en el programa diciendo que miembros del RUC y de UDR estuvieron directamente envueltos en el ataque al Bar Donnelly. Un programa de la BBC emitió un documental similar.

Todas estas alegaciones llamaron mucho la atención a ambos lados de la frontera irlandesa y fueron investigadas por la policía en ambas jurisdicciones. El Gobierno sostuvo que la investigación efectuada por la policía en Irlanda del Norte estuvo centrada en determinar si las declaraciones de Weir podían ser lo suficientemente creíbles para dar lugar a una investigación más amplia. La policía obtuvo del periodista la transcripción de la entrevista con Weir. Mientras su paradero era desconocido por el RUC, Weir se entrevistó con un jefe de la policía irlandesa en la Embajada de Irlanda el 15 de abril de 1999. Una copia de su declaración fue entregada a la RUC, junto con otra declaración hecha por Weir a un periodista el 3 de febrero de 1999. La policía analizó todo el material disponible y convocó a las personas para ser interrogadas. Unas resultaron haber fallecido y de otras se ignoraba su paradero. Se realizaron, entre julio y diciembre de 2001, siete entrevistas a personas que pudieron ser localizadas. No se interpusieron cargos. La postura predominante en todas ellas fue la de negar cualquier implicación y rechazar las afirmaciones de Weir. Asimismo, también se interrogó a otras personas y a los policías que realizaron las investigaciones preliminares en la acusación contra Weir en 1978. Estos últimos dijeron que Weir no había mencionado los hechos que ahora contaba. Entre otras cosas, a una de las personas se le preguntó por los asesinatos de los Reavey, negando él toda implicación en ellos.

Se realizaron reuniones regulares con los homólogos de RUC en la República de Irlanda. El RUC cooperó también con la indagación judicial que se realizó en la República de Irlanda. Entre la información suministrada por el equipo del RUC, hubo datos balísticos que vinculaban algunas armas usadas en más de un incidente. En febrero de 2000 se elaboró un informe sobre toda la información obtenida. En él se concluía, entre otras cosas, que la investigación debía continuar, pero la credibilidad de Weir era dudosa. Un informe interno del RUC fechado el 27 de febrero de 2001 concluyó que sería necesario interrogar a Weir antes de que se adoptara cualquier opinión acerca de su credibilidad. No fue posible realizar este interrogatorio al ignorarse su paradero. El informe destacó la ausencia de cualquier mención previa a dichas declaraciones antes de 1999, y que muchas de ellas se basaban en

habladurías y especulaciones. Las investigaciones realizadas por la Embajada Británica en Nigeria y el servicio de inteligencia criminal dieron con Weir en este país.

El Equipo de Revisión de los Crímenes Graves (SCRT) se creó en 2004 para, entre otras cosas, revisar los casos de asesinatos no resueltos si surgían nuevas evidencias. Este equipo se encargó en 2006 de analizar nuevamente el caso de Weir.

4.3. Fundamentos de Derecho

La demandante alegó que el Reino Unido no había realizado, tras las alegaciones hechas en 1999 por John Weir en relación con el RUC, una investigación efectiva de las circunstancias que rodearon el asesinato de sus hijos, vulnerando así el artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El TEDH, tras referirse al caso Brecknell, concluye que la reacción investigadora a las declaraciones de Weir carecían del requisito de independencia al estar bajo el control del RUC. Por tanto, sólo a este respecto, se considera por el TEDH que se ha producido una violación del artículo 2 de la Convención.

4.4. Fallo

El TEDH considera que se ha producido violación del artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

V. COMENTARIO

El TEDH insiste en la necesidad de que el Estado investigue imparcial y exhaustivamente las muertes acaecidas en su territorio, sin importar quién pueda haber sido el autor de los hechos, lo que tiene especial importancia en un caso en el que parece que pueden estar implicadas los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. En relación con lo anterior, el Tribunal hace especial hincapié en la necesidad de que se tramite una investigación pormenorizada de los hechos, siendo imprescindible mantener la neutralidad aun cuando estén presuntamente involucradas en los hechos los cuerpos policiales del Estado.

Interdicción de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Interdicción de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-4

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 3

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

2.3. Constitución española

Artículo 15

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

Aunque la redacción del artículo 3 omite el sujeto agente de la oración, la prohibición compromete la responsabilidad de los Estados parte, pudiendo afirmarse que surgen para ellos dos obligaciones genéricas que consisten en no cometer ninguno de los actos prohibidos y en no consentir que éstos se lleven a cabo. Así, este derecho impone al Estado un deber de investigar las denuncias de tortura y de tratos inhumanos o degradantes, incluso cuando han sido infligidos por particulares (*STEDH Indelicato c. Italia*, de 18 de octubre de 2001). Desde un punto de vista territorial, bastará decir que el Tribunal ha afirmado que las obligaciones del Estado únicamente existen en relación con las acciones cometidas dentro de su jurisdicción (*Al-Ádsani c. Reino Unido*, de 21 de noviembre de 2001).

Con los términos «tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» no se hace referencia a fenómenos cualitativamente diferentes, sino que se trata de nociones graduadas dentro de una misma escala (*STEDH Irlanda c. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978). La conducta contemplada consiste, en todo caso, en infligir un sufrimiento físico o psíquico tendente bien a humillar a la víctima ante los demás o ante sí misma (tratos degradantes), bien a doblegar su voluntad forzándola a actuar contra su conciencia (tratos inhumanos). Así, en esta perspectiva gradualista, la tortura no sería sino la forma agravada y más cruel de los tratos inhumanos o degradantes.

También se reputa tortura toda forma de expulsión —incluidas la extradición así como la denegación de asilo— a un país donde el expulsado corra el riesgo de ser condenado a la pena de muerte (*STEDH Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989).

No se estima prohibida en sí misma la cadena perpetua, salvo que provoque un grave deterioro del estado de salud del reo, ni se establecen límites para la tipificación interna de las penas privativas de libertad. En este sentido, se ha considerado compatible con el artículo 3 la tipificación de una pena de privación de libertad de duración indeterminada, durante el tiempo que plazca a Su Majestad (*during Her Majesty's Pleasure*) así como el sistema de períodos punitivos que conlleva.

Los malos tratos policiales son injustificables en términos absolutos, por lo que no cabe hacer consideraciones de proporcionalidad ni ponderaciones con otros bienes jurídicos en juego, ni siquiera con intereses vitales del Estado como puede ocurrir en el contexto de la lucha antiterrorista (*STEDH Selmounic c. Turquía*, de 28 de julio de 1999). Cuando hay indicios de malos tratos policiales (heridas, contusiones...) pesa sobre la policía la carga de demostrar la corrección de su actuación (*STEDH Ribitsch c. Austria*, de 4 de diciembre de 1995).

El artículo 3 comprende el derecho de los detenidos a que las condiciones de la privación de libertad sean dignas, de manera que no se someta al interesado a una prueba que exceda del nivel inevitable de sufrimiento inherente a cualquier detención. En este contexto se enmarca la exigencia de cuidados médicos, con especial atención a las personas con problemas mentales (*STEDH Slimani c. Francia*, de 27 de julio de 2004).

El derecho del artículo 3 también puede ponerse en conexión con el artículo 2 del Convenio, que impone a los Estados contratantes no solamente la obligación de no matar, sino también la de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas en el ámbito de su jurisdicción (*LCB c. Reino Unido*, de 9 de junio de 1998). Esta obligación de los Estados contratantes adquiere una dimensión particular cuando se trata de personas detenidas que, por estar bajo el completo control de las autoridades, son especialmente vulnerables. De ahí que las autoridades tengan el deber de ofrecer explicaciones convincentes en cuanto al origen de las lesiones de los detenidos, obligación especialmente estricta cuando se trata del fallecimiento del detenido. El artículo 3 exige de los Estados la protección de la salud e integridad física de las personas privadas de libertad, especialmente en lo que a la obtención de cuidados médicos respecta. Por eso, el fallecimiento de un detenido en condiciones sospechosas exige la realización de una investigación efectiva. La efectividad requiere en primer lugar que las personas responsables de la investigación sean independientes de las implicadas en los hechos, lo que implica que aquéllas no estén subordinadas jerárquicamente a las últimas. En este sentido y en relación con España, el TEDH ha considerado que el médico forense es un funcionario de la Administración y, por lo tanto, no independiente (*STEDH Martínez Sala y otros c. España*, de 2 de noviembre de 2004). En segundo lugar, se contribuye a la efectividad cuando las autoridades toman todas las medidas razonables para la obtención de pruebas, ya se trate de testimonios testificales o informes periciales, incluso la realización de autopsias (*STEDH Slimani c. Francia*, de 27 de junio de 2004).

Al amparo de este precepto el TEDH también excluyó que los castigos corporales pudieran ser empleados como sanción penal (*STEDH Týrer c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978).

Asimismo queda proscrita toda norma que permita el castigo físico en las escuelas (*STEDH Campbell c. Reino Unido*, de 25 de marzo de 1993).

Las conductas contempladas en este precepto no son exclusivamente castigos corporales, ya que el Tribunal también ha considerado trato inhumano prender fuego a la vivienda de una persona, en presencia de su fami-

lia y obligándola a abandonar su hogar (*STEDH Altun c. Turquía*, de 1 de junio de 2004).

El Tribunal ha estimado que la desaparición de una persona, aun cuando en sí misma no llegue a constituir violación del artículo 3, puede considerarse trato inhumano y degradante en relación con su madre (*STEDH Kurt*, de 25 de mayo de 1998). Que un familiar de un desaparecido sea o no víctima de un tratamiento contrario al artículo 3 dependerá de factores específicos como la proximidad del parentesco, las circunstancias particulares de la relación, el grado de participación en los hechos y en la búsqueda de información y, sobre todo, la manera en que las autoridades reaccionan ante la angustia e incertidumbre del demandante (*STEDH Akdeniz y otros*, de 31 de mayo de 2001).

El enjuiciamiento de un civil ante un Tribunal militar no implica de por sí trato inhumano o degradante (*STEDH Martin c. Reino Unido*, de 24 de octubre de 2006).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Sultani c. Francia.
45223/05.
20 de septiembre de 2007.

4.2. Antecedentes

El demandante, nacido en 1985 y residente en París, es originario de la provincia afgana de Baghlan y perteneciente a la etnia tadjik. Su padre fue un miembro destacado del partido comunista, pertenencia que después de la caída del régimen comunista de Mohamed Najibullah, se considera, viniendo de un tadjik, alta traición. La familia del demandante ha tenido que hacer frente, en especial, a la hostilidad de un notable local, Arab Nourak, de origen patchun, etnia de la que forman parte los talibanes, quien se apropió en 1992 de la práctica totalidad de los bienes de la familia. A finales de ese mismo año una granada cayó en la casa familiar del demandante, causándole a éste heridas considerables. Toda la familia abandonó Afganistán hacia Pakistán. El demandante afirma haber entrado en Francia en diciembre de 2002. El 25 de marzo de 2003 formuló solicitud de asilo, rechazada por la Oficina de Protección de los Refugiados y Apátridas el 6 de agosto de 2003, por entender que las circunstancias invocadas por el demandante, de ser ciertas, no le impiden volver a Afganistán después de los cambios políticos experimentados. Esta decisión fue confirmada en vía de recurso el 13 de mayo de 2004 y el 5 de julio de ese mismo año el demandante fue invitado a abandonar territorio francés. En diciembre la familia fue repatriada a Afganistán,

aunque ante la negativa de Arab Nourak, apoyado por el nuevo gobernador, a devolverles las tierras, huyó de nuevo a Pakistán. El demandante regresa a Francia, donde, por orden del prefecto de 14 de diciembre de 2005, se ordena su detención administrativa y expulsión con destino a Afganistán. El demandante interpone recurso ante el Tribunal Administrativo de París, desestimado por resolución de 17 de diciembre, que es apelada ante el Tribunal de Apelación de París. El 9 de enero el demandante decide presentar nuevamente solicitud de asilo, rechazada con fecha 10 de enero al no haber elementos de prueba suficientes de la situación invocada. Frente a esta resolución el demandante interpone recurso, nuevamente desestimado.

4.3. Fallo

El Tribunal desestima el recurso entendiendo que no hay violación del artículo 3 del Convenio.

V. COMENTARIO

Hemos elegido esta sentencia porque, por desgracia, la afluencia de inmigrantes solicitando asilo procedentes de países no pacificados constituye un triste tema de actualidad.

Antes de entrar en el análisis de fondo de la sentencia tenemos que hacer un apunte sobre un tema procesal importante. El Gobierno francés invocó la falta de agotamiento de las vías de recurso internas que prevé el artículo 35 del Convenio. Sin embargo, el Tribunal desestimó esta excepción por entender que cuando está en juego el artículo 3 del Convenio, los recursos que no tienen efectos suspensivos no pueden considerarse remedios adecuados ni desde el punto de vista del artículo 13 ni desde el del artículo 35.

En cuanto al análisis de la posible vulneración del artículo 3, la sentencia que comentamos es claramente continuista con la línea jurisprudencial anterior. Es evidente que los Estados contratantes tienen el derecho de controlar la entrada, permanencia y expulsión de los no nacionales y en este sentido es de advertir que ni el Convenio ni los Protocolos consagran el derecho de asilo político. Ahora bien, forma parte de la jurisprudencia consolidada del Tribunal el que la expulsión de un solicitante de asilo puede plantear problemas desde la perspectiva del artículo 3 cuando hay motivos serios y constatados para creer que el interesado puede sufrir un trato contrario a dicho precepto en el país de destino. Por eso, lo que la jurisprudencia impone es un control atento de la solicitud. En este caso se considera que se ha cumplido con el mismo, pues si bien es verdad que la segunda solicitud de asilo no se resolvió con el mismo detenimiento que la primera, también es cierto que se planteaba como el demandante se había beneficiado de un examen minucioso al hilo de la primera solicitud, lo que explica el breve examen de la segunda. Por otra parte, hay varios pronunciamientos de los Tribunales, en los

que no cabe detectar falta de motivación. Esto en cuanto a los requisitos formales del examen.

Por lo que respecta a las apreciaciones de fondo efectuadas por las autoridades francesas, el Tribunal las respalda, entendiendo que el riesgo invocado por el demandante lo único que prueba es la situación de violencia general que se vive en Afganistán, pero no aporta elemento de prueba alguno que permita constatar que pertenece a un grupo minoritario especialmente amenazado. Además el hecho de que el demandante sea hijo de un antiguo dirigente del partido comunista, y no él mismo, es un elemento más que juega a favor de las autoridades francesas.

En definitiva, vemos que para que no haya vulneración del Convenio el Tribunal exige de las autoridades nacionales dos elementos: que se haya procedido a un análisis minucioso de la solicitud y que se constate que no existen pruebas evidentes de que el solicitante sufriría tratos contrarios al artículo 3 en el país de destino. Todo ello dejando claro que no se deduce del Convenio, porque no lo hay, un derecho al asilo político.

Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio de Roma.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio de Roma

Artículo 4

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
3. No se considerará como trabajo forzado u obligatorio en el sentido del presente artículo:
 - a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio o durante su libertad condicional.
 - b) Todo trabajo de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio.

- c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.
- d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

2.2. Constitución española

Artículo 25.2

Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

2.3. Constitución europea

Artículo II-5

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
3. Se prohíbe la trata de seres humanos.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se ha ocupado con frecuencia del análisis detallado del artículo 4 del Convenio, por lo que no se ha generado una jurisprudencia que haya precisado los diferentes ámbitos de su contenido. No obstante, sí ha establecido al respecto que no es contraria al Convenio la exigencia impuesta a los abogados para prestar asistencia jurídica obligatoria o de oficio en los supuestos previstos en las leyes procesales nacionales (Sentencia de 26 y 27 de octubre de 1983 en el asunto *Van der Mussele contra Bélgica*) y, en la misma línea que tampoco es contraria al artículo 4 la exigencia de realización de trabajos a una persona privada legalmente de libertad siempre que las tareas no excedan de los límites «normales» en la materia y se orienten a facilitar la reinserción social del condenado y siempre que se cuente con base legal suficiente (Sentencia de 24 de junio de 1982 en el asunto *Van Droogenbroeck contra Bélgica*).

No se ha dictado recientemente ninguna sentencia destacable en relación con este artículo.

Derecho a la libertad y a la seguridad

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.— 2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho a la libertad y a la seguridad.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-6

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 5

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

- a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;

- b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;
- c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o que huya después de haberla cometido;
- d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente;
- e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;
- f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1.c del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de detención o de una privación de libertad contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

2.3. Constitución española

Artículo 17

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al escl-

recimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de «*habeas corpus*» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

El objetivo principal del artículo 5.1 es la protección frente a las privaciones arbitrarias de libertad en el sentido clásico de libertad física (*STEDH Engel c. Países Bajos*, de 8 de junio de 1976). La noción de seguridad que el mismo precepto contempla no ha sido objeto de una interpretación independiente, por lo que el Tribunal considera que la inseguridad generada en las circunstancias personales del demandante cuando no hay un supuesto de privación de libertad no cae dentro del ámbito de aplicación del artículo 5 (*STEDH Altun c. Turquía*, de 1 de junio de 2004, en relación con el incendio provocado de la vivienda del demandante).

El legislador debe fijar con suficiente precisión y accesibilidad los supuestos y la duración de la privación de libertad. De aquí se sigue que, aunque hayan sido autorizadas o ratificadas por un juez, son ilícitas las privaciones de libertad carentes de cobertura legal (*STEDH Riera Blume c. España*, de 14 de octubre de 1999).

El artículo 5.1 contiene una lista exhaustiva de motivos por los que una persona puede ser privada de su libertad. No obstante, nada impide que una detención no pueda encontrar justificación en más de un subapartado (*STEDH Eriksen c. Noruega*, de 27 de mayo de 1997). En relación con esto se plantea el problema de las condiciones de la privación de libertad. El TEDH ha venido manteniendo tradicionalmente que tiene que existir una relación entre los motivos de privación de libertad y las condiciones de dicha privación, por lo que en principio, una persona que ha sido considerada enferma mental al amparo del subapartado e) nada más podría ser detenida para ingresar en un hospital, clínica u otra institución apropiada (*STEDH Hutchison Reid c. Reino Unido*). Sin embargo, el Tribunal ha ido matizando al entender que la imposibilidad de ingresar al detenido en una clínica no convierte automáticamente su detención en ilegal, ya que no siempre las autoridades pueden garantizar la existencia de plazas en instituciones apropiadas. Habrá que

valorar las circunstancias de cada caso y el equilibrio entre la gestión de los recursos públicos y la necesidad de internamiento (*STEDH Morsink c. Países Bajos*, de 11 de mayo de 2004).

En relación con la detención preventiva [art. 5c) CEDH], indicios racionales son aquellos idóneos para persuadir a un observador objetivo de que la persona en cuestión puede haber cometido el delito (*STEDH Fox, Campbell y Hartley c. Reino Unido*, de 30 de agosto de 1990).

Por lo que respecta al artículo 5.1.e), la jurisprudencia del TEDH entiende que el término «alcohólico» no puede interpretarse en el sentido estricto y técnico del término, por lo que este precepto también ampara las detenciones de personas que, aunque no hayan sido diagnosticadas como «alcohólicas», con su conducta y comportamiento bajo la influencia del alcohol, pueden representar una amenaza para el orden público o para ellas mismas. Lo que no permite este precepto es la detención por la mera ingestión de alcohol, por lo que la conducta del detenido se constituye en el aspecto decisivo. Para que la detención se ajuste al Convenio no solamente es necesario que no sea arbitraria, sino que se requiere además que no haya sido posible la adopción de medidas menos severas (*STEDH Hilda Hofsteindottir c. Islandia*, de 8 de junio de 2004).

En cuanto al internamiento por razones psiquiátricas, el TEDH exige que las órdenes de internamiento sean revisadas periódicamente (*STEDH Matter c. Eslovaquia*, de 5 de julio de 1999). Recuerda que el cumplimiento del artículo 5.1.e) del Convenio requiere que la enajenación del afectado se haya constatado previamente, salvo casos de urgencia, por un informe médico objetivo, sin que quepa prolongar la privación de libertad más allá de la subsistencia del problema (*STEDH Johnson c. Reino Unido*, de 24 de octubre de 1997). Solamente en supuestos en los que la detención se haya producido por un comportamiento violento resulta aceptable que la consulta médica se efectúe inmediatamente después de la detención. Asimismo se acepta que ante la negativa del interesado a presentarse al examen médico el informe se realice a partir de la información que conste en el expediente (*STEDH R. L. et M.-J. D. c. Francia*, de 19 de mayo de 2004).

La ausencia de datos registrados, tales como la fecha, la hora y el lugar de la detención, el nombre del detenido, así como los motivos de la privación de libertad y el nombre de la persona que la realizó muestran la naturaleza imprecisa y poco fiable de los registros de detención preventiva, lo que debe considerarse incompatible con el fin mismo del artículo 5 del Convenio (*STEDH Ipek c. Turquía*, de 17 de febrero de 2004).

La duración de la detención preventiva no puede durar más del tiempo estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos (*STEDH Günay c. Turquía*, de 27 de septiembre de 2001).

El párrafo tercero garantiza el control judicial de la detención al señalar que la persona detenida «deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales». La «dilación» ha de valorarse en cada caso, a pesar de lo cual los Estados apenas tienen margen de interpretación. En algunos casos, como en materia

terrorista, el Tribunal ha sido comprensivo con las dificultades que plantea la investigación, pero siempre subrayando que los Estados no tienen carta blanca (*STEDH Murray c. Reino Unido*, de 28 de octubre de 1994).

Por otro lado, el TEDH señala que el hecho de que el detenido no sea conducido a disposición judicial no significa que se haya vulnerado el artículo 5.3, ya que no puede haber violación de dicho precepto si el detenido ha sido liberado con celeridad. El Tribunal ha considerado que la liberación después de tres días de detención sin control judicial no infringe el artículo 5.3 (*STEDH Ikincisoy c. Turquía*, de 24 de julio de 2004), mientras que cuatro días y seis horas de detención sin control judicial sí que supone la vulneración del artículo 5.3 (*STEDH Brogan y otros c. Reino Unido*, de 29 de noviembre de 1998). En general, lo razonable del período de detención no puede afirmarse *in abstracto*, ya que depende de las circunstancias del caso, de la motivación de las decisiones de las autoridades domésticas y de la prueba de los hechos alegados por el recurrente. La detención continuada únicamente puede justificarse por razones de interés público y buscando el equilibrio con el respeto de la libertad individual (*STEDH Cevizovic c. Alemania*, de 29 de julio de 2004).

En cuanto a la prisión provisional, cualquier opción legislativa en cuanto a su duración habrá de superar el principio de proporcionalidad y, en concreto, deberá tomar en consideración la gravedad del delito imputado y, probablemente, graduar la duración máxima según la gravedad de los distintos delitos (*STEDH Neumeister c. Austria*, de 27 de junio de 1968). La gravedad del delito debe ser, por lo tanto, un elemento modulador de la prisión provisional, pero no puede ser el factor determinante de la misma. En la sentencia *Ilijkov c. Bulgaria*, de 26 de julio de 2001, el Tribunal declaró contrarias al Convenio la legislación y práctica forense estableciendo la necesidad de acordar la prisión provisional siempre que la pena superase una cierta gravedad, salvo circunstancias muy excepcionales cuya concurrencia había de ser probada por el reo. Así ha vuelto a apreciarlo el TEDH en la sentencia *Nikolova c. Bulgaria*, de 30 de septiembre de 2004, en la que además el Tribunal subraya que el arresto domiciliario está sometido a las condiciones del artículo 5.3 del Convenio.

Aunque no siempre es necesario que el procedimiento a que se refiere el artículo 5.4 del Convenio vaya acompañado de las mismas garantías que el procedimiento enmarcable en el artículo 6, sí que es esencial que la persona afectada haya tenido la oportunidad de ser oída, ya sea ella misma o a través de representante, sin que la posibilidad de apelar sustituya la necesidad de dicha audiencia (*STEDH Frommelt c. Liechtenstein*, de 24 de junio de 2004), la cual es especialmente necesaria cuando el motivo de revisión es el mal estado de salud del detenido (*STEDH M.B. c. Polonia*, de 27 de abril de 2004). Además, el procedimiento en cuestión tiene que tener un carácter judicial, ser contradictorio y garantizar la igualdad de armas.

El artículo 5.4 ampara asimismo la revisión de condena (*Hill c. Reino Unido*, de 27 de abril de 2004).

Este precepto guarda además relación con el artículo 5.3, ya que si no se constata vulneración de este último por haber sido liberado el detenido en un plazo razonable, tampoco será de aplicación el artículo 5.4 (*STEDH Ikin-cisoy c. Turquía*, de 27 de julio de 2004).

En general, en cuanto a los supuestos de privación de libertad, el TEDH no sólo exige que se respete el *numerus clausus* del artículo 5 del CEDH, sino que exige, además, que en el caso concreto sea respetado el principio de proporcionalidad.

La reparación a que se refiere el artículo 5.5 únicamente procede en aquellos supuestos en los que se haya constatado una detención contraria a lo dispuesto en algunos de los restantes apartados del artículo 5 (*STEDH Benham c. Reino Unido*, de 10 de junio de 1996).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Govorushko c. Rusia.
42940/06.
25 de octubre de 2007-11-13.

4.2. Antecedentes

El 7 de agosto de 2000 se procedió a la incoación del procedimiento penal contra el demandante por contrabando de bienes de consumo. El 17 de enero de 2005 fue arrestado por ser sospechoso de contrabando, evasión de impuestos aduaneros y fraude. Desde abril a noviembre de 2005 el demandante tuvo acceso al expediente, del que se dio traslado para que se iniciara el correspondiente proceso al Tribunal de Distrito de Nizhniy Novgorod el 29 de noviembre. Según el Gobierno, el expediente era extraordinariamente voluminoso, pues estaba integrado por 113 carpetas, debiendo tener en cuenta que los cargos se presentaban contra cinco individuos, supuestamente conspiradores, siendo además muy amplia la lista de testigos procedentes de Rusia, China, Ucrania e Italia. Unos días después, el 16 de diciembre, tiene lugar una vista preliminar en la que se fija la fecha de apertura del juicio para el 28 de diciembre. El 26 de marzo de 2006 el Tribunal de Distrito de Avtozavodskiy ordena la remisión del caso a la fiscalía para la corrección de algunos fallos detectados en la acusación contra el demandante; sin embargo, el Tribunal Regional de Novgorod procede el 2 de mayo de 2006 a la devolución del caso al Tribunal de Distrito. En mayo y julio el procedimiento se suspende sin que en el momento de resolverse la demanda por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya recaído sentencia.

Es importante señalar que el 31 de enero de 2007 el demandante es liberado bajo fianza tras haber sido detenido el 17 de enero de 2005. Dos días

después de la detención, el 19 de enero de 2005, el Tribunal de Distrito acuerda la prisión provisional alegando que el demandante había sido acusado de ofensas especialmente serias y graves y entendiendo que podía eludir la acción de la justicia o interferir en las investigaciones, sin que se invocaran más razones. Las sucesivas decisiones judiciales que confirman la prisión provisional invocan los mismos argumentos, sin tener en cuenta, según la defensa, la ausencia de antecedentes penales del demandante, referencias positivas, lugar de residencia permanente o familia estable.

4.3. Fallo

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende vulnerado el artículo 5 del Convenio, apartados 3 y 5.

V. COMENTARIO

Una vez más nos encontramos con una sentencia en la que el Tribunal muestra su preocupación por la aplicación que los tribunales rusos hacen del artículo 5, apartado 3, del Convenio. Estamos ante una decisión que glosa la jurisprudencia del TEDH en relación con la prisión provisional, cuestión importante no solamente para Estados como Rusia que tienen, como veremos, alguna peculiaridad en su sistema acusatorio que hace que tengan que prestar especial atención a la prisión provisional, sino para todos los Estados, pues no pocas veces nos encontramos con la tentación judicial de condicionar la continuación de aquélla a la gravedad del delito por el que se acusa.

Recuerda el Tribunal en primer lugar que la determinación de la razonabilidad del plazo de detención no puede hacerse *in abstracto*, sino que está condicionada a las circunstancias de cada caso, dando por supuesto que la balanza debe inclinarse del lado de la libertad a no ser que existan razones de interés público que justifiquen la prisión y salvaguardando en todo caso el derecho a la presunción de inocencia. El Tribunal aclara que de la lectura del artículo 5, apartado 3, y, concretamente del inciso «tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento», no puede inferirse que estemos ante la alternativa de juzgar en plazo razonable o mantener la detención. Existe la obligación de juzgar en plazo razonable y existe la obligación de poner en libertad al acusado a no ser que existan razones fundadas que aconsejen lo contrario.

Dicho esto y descendiendo ya a las circunstancias del caso concreto, lo que se pone de manifiesto de los antecedentes es que los tribunales rusos se resistieron a considerar otras circunstancias distintas de la gravedad del delito a la hora de acordar el mantenimiento de la prisión provisional. Es ya jurisprudencia consolidada que la gravedad del delito puede ser un elemento modulador en la medida que acarrea una pena cuya elusión puede tentar al acusado, pero no puede ser el único elemento, ni siquiera el fundamental. El

TEDH expresa su preocupación por el hecho de que Rusia haya sido frecuentemente demandada por esta cuestión, especialmente grave teniendo en cuenta que según su sistema jurídico la calificación de los hechos corresponde a la acusación sin que la misma sea revisada por los tribunales.

El apartado 5, que prevé el derecho a la reparación, también ha sido violado, pues el Derecho ruso solamente contempla este derecho para los supuestos en los que la detención haya sido considerada ilegal en un procedimiento judicial nacional.

De esta decisión cabe concluir la necesidad de recordar todos los días el valor de la presunción de inocencia y el principio a favor de la libertad que implica y la conveniencia de que algunos sistemas jurídicos, como es el caso del ruso, hagan un esfuerzo de adaptación, no solamente al texto del Convenio, sino también a la jurisprudencia del TEDH, verdadero Derecho vivo.

Derecho al proceso equitativo

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio europeo.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Hechos.—4.2. Legislación nacional aplicable.—4.3. Violación del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho al proceso equitativo.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio europeo

Artículo 6

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.
3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:
 - a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.
 - b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.
 - c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.
 - d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.
 - e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

2.2. Constitución española

Artículo 24

1. Todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

2.3. Constitución europea

Artículo II-47

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva en las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

Artículo II-48

1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente.
2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de defensa.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

I. Tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción: Todo derecho o interés legítimo debe poder hacerse valer, llegado el caso, en un proceso ante un verdadero tribunal que se caracteriza en el sentido material por su papel jurisdiccional: resolver, basándose en normas de derecho y al final de un procedimiento organizado, toda cuestión que dependa de su competencia (S. de 27 de agosto de 1991, asunto *Demicoli contra Malta*). De ello se deriva el principio *pro actione*, que establece el deber de interpretar y aplicar las leyes procesales de la manera más favorable para la efectiva iniciación del proceso, evitándose los formalismos enervantes (S. de 15 de octubre de 2002, asunto *Cañete Goñi contra España*). No obstante, el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, si bien exigen una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin contemplado (S. de 28 de octubre de 1998, en demanda 23452/1994 de varios ciudadanos británicos contra el Reino Unido). **Prohibición de indefensión:** Sería contrario al derecho a un proceso equitativo que el Estado alterara las normas jurídicas aplicables a un proceso en curso, especialmente cuando él mismo es parte (*Sentencia Zielinski contra Francia*, de 28 de octubre de 1999). Pueden exigirse garantías procesales especiales para proteger a los que debido a sus trastornos mentales no son completamente capaces de obrar por cuenta propia (*Sentencia Vaudelle contra Francia*, de 30 de enero de 2001). Se produce indefensión cuando un primer abogado de oficio y luego un sustituto no realizaron una defensa concreta y efectiva; en el primer caso por inactividad, y en el segundo, por conocer su designación pocos días antes de la apertura de un proceso para un asunto grave y complejo (*Sentencia* núm. 795/1998, de 21 de abril, en asunto 22600/1993). **Derecho a la utilización de los recursos existentes en las leyes procesales:** El

Convenio no obliga a los Estados contratantes a crear tribunales de apelación o de casación: si existen, son aplicables las garantías del artículo 6. El derecho de acceso a un tribunal no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, sobre todo en cuanto a las condiciones de admisibilidad de un recurso: exigen una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin contemplado. Se produce vulneración del artículo 6 cuando se exige consignación previa de la cantidad de la condena a quien había solicitado el beneficio de justicia gratuita, no otorgado en tiempo útil por negligencia judicial, inadmitiéndole el recurso (Sentencia García Manibardo contra España, de 15 de febrero de 2000). No se produce violación del Convenio cuando se deniega la asistencia jurídica para recurrir en casación debido a la ausencia de un motivo de casación serio (Sentencia de 26 de febrero de 2002, en asunto núm. 49384/1999). **Intangibilidad de las resoluciones judiciales:** La intangibilidad del fallo judicial es un elemento esencial de la preeminencia del derecho y exige que la solución dada de forma definitiva a todos los litigios por los Tribunales no sea puesta en discusión. Se produce violación del artículo 6 con la anulación de una sentencia con efecto de cosa juzgada que restituía la propiedad de una vivienda previamente nacionalizada (Sentencia de 28 de octubre de 1999, en asunto núm. 28342/1995 contra República de Rumanía).

II. Garantías genéricas de todo proceso. Imparcialidad del Tribunal:

Un Tribunal se caracteriza en el sentido material por su papel jurisdiccional (...) y también debe reunir otra serie de condiciones —independencia, concretamente respecto del ejecutivo, la imparcialidad, duración del mandato de los miembros, garantías del procedimiento— que muchas de ellas figuran en el propio texto del artículo 6.1 (Sentencia de 27 de agosto de 1991, asunto *Demicoli contra Malta*). Para establecer si un Tribunal puede ser considerado independiente, la *Sentencia Thaler contra Austria* de 3 de febrero de 2005 establece que se deben tener en cuenta, entre otras cosas, la forma en que se designan sus miembros, la duración del cargo, la existencia de garantías contra presiones externas y la cuestión de si el organismo tiene una apariencia de independencia. Se produce violación del Convenio por falta de imparcialidad del Tribunal dado el importante papel jugado por un juez militar al juzgar a un civil por un delito de difusión de propaganda tendente a perjudicar la integridad del Estado (Sentencia de 8 de julio de 1999, en asunto núm. 26682/1995 en demanda de un ciudadano turco contra Turquía). La noción de imparcialidad tiene una doble vertiente: *subjetiva*, que trata de averiguar la relación personal de un juez concreto en una determinada circunstancia y *objetiva*, tendente a asegurar que el Tribunal ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable (Sentencia de 4 de abril de 2000, asunto núm. 30342/1996, en demanda de empresas navieras griegas contra Grecia). En el supuesto de la existencia en la composición de un Tribunal de un juez militar en juicio por delito de difusión de propaganda tendente a perjudicar la integridad del Estado, se producen dudas razonables y objetivamente justificadas sobre la imparcialidad e independencia del Tribunal y, por lo tanto, existe violación del Convenio (Sentencia de 7 de febrero de 2002,

en asunto núm. 28496/1995, en demanda de un ciudadana turca contra Turquía). El principio de preeminencia del derecho y la noción del proceso justo impiden la injerencia del poder legislativo en la administración de la justicia con el fin de influir en el desenlace de un litigio en el que el Estado es parte (Sentencia de 28 de marzo de 2000, asunto *Georgiadis contra Grecia*). La *teoría de las apariencias* ha de ser tenida en cuenta: al expresarse públicamente sobre el rechazo o admisión de los medios presentados por una de las partes, podría legítimamente considerarse que... (un juez)... ha tomado partido por una de las partes (Sentencia de 21 de marzo de 2002, asunto *APBP contra Francia*). No es imparcial el juez que participa en la elaboración de normas, incluso de rango reglamentario (*Sentencia Mc Gonnell contra Reino Unido*, de 8 de febrero de 2000). No es imparcial un juez que ha sido nombrado por una autoridad militar que puede rehusar su sentencia (*Sentencia Wilkinson y Allen contra Reino Unido*, de 6 de febrero de 2001). Se vulnera la imparcialidad e independencia cuando los miembros de un Consejo Regional eran nombrados por órganos a los que estaban estrechamente vinculados, órganos que habían llegado a un acuerdo sobre las orientaciones impugnadas en aquel asunto (*Sentencia Thaler contra Austria*).

Derecho a la publicidad del proceso: El legislador sólo podrá permitir que ciertas actuaciones judiciales sean secretas en la medida en que así lo exijan otros derechos fundamentales o valores constitucionales relevantes (*Sentencia Guisset contra Francia*, de 26 de septiembre de 2000). La Sentencia de 18 de octubre de 2006 en el caso *Hermi v. Italia* recuerda que si bien la publicidad de las audiencias ante los Tribunales ha de ser la norma general, pueden establecerse excepciones justificadas a esta regla, siempre y cuando no mermen los derechos fundamentales de los implicados.

Derecho a la asistencia de abogado: El nombramiento de un abogado no garantiza, por sí mismo, la efectividad de la asistencia que puede proporcionar al acusado (Sentencia de 21 de abril de 1998, asunto núm. 22600/1993, en demanda de un ciudadano argentino contra Portugal). Cuando está en juego la privación de libertad, el interés de la justicia exige en principio la representación letrada (*Sentencia Beet y otros contra Reino Unido*, de 1 de marzo de 2005). Incluso los que se hallan en rebeldía tienen derecho a la asistencia letrada (*Sentencia Karatas y Sari contra Francia*, de 16 de mayo de 2002). No hay violación del artículo 6 cuando el demandante contribuyó en gran medida a crear la situación que le impidió comparecer ante el Tribunal que le condenó en rebeldía, estando representado por sus abogados (*Sentencia Medenica contra Suiza*, de 14 de julio de 2001).

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Sobre la apreciación de un plazo razonable en la duración del proceso es necesario tomar en consideración tres factores: complejidad del asunto, comportamiento del litigante y de los órganos judiciales (Sentencia de 8 de febrero de 2000, contra República Eslovena en demanda núm. 28400/1995). En materia penal, el período a considerar desde el punto de vista del «plazo razonable» del artículo 6.1 se inicia en el instante en que una persona es «acusada»; se puede tratar de una fecha anterior a la de la interposición de un asunto ante el tribunal sentenciador, principalmente la de arresto, la de la acusación o la de la apertura de diligencia pre-

vias. La «acusación» en el sentido del artículo 6.1 puede definirse «como la notificación oficial, que emana de una autoridad competente, del reproche de haber llevado a cabo una infracción penal», idea que corresponde también a la noción de «repercusiones importantes sobre la situación» del sospecho (Sentencia de 27 de noviembre de 2003, en asunto *Slimane-Kaïd contra Francia*). Especial importancia tiene el retraso provocado por el Tribunal de Vigilancia Penitenciaria a la hora de resolver un recurso interpuesto por un sujeto que se encuentra en régimen de prisión especial, pues incide sobre los derechos del preso y afecta a la validez limitada en el tiempo de la decisión recurrida (Sentencia *Bifulco contra Italia*, de 8 de febrero de 2005). Los períodos de inactividad de las autoridades pueden repercutir de forma considerable en la duración del procedimiento y, por tanto, violar el artículo 6.1 (Sentencia *Beller contra Polonia*, de 1 de febrero de 2005). En todo caso, el derecho amparado por el artículo 6.1 del Convenio exige que los Estados introduzcan en su legislación un «recurso efectivo» frente a las dilaciones indebidas (Sentencia de 26 de octubre de 2000, en asunto *Kudla contra Polonia*). **Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa:** La admisibilidad de las pruebas depende, en primer lugar, de las reglas del derecho interno: la tarea del Tribunal consiste en averiguar si el procedimiento examinado en su conjunto, teniendo también en cuenta el modo de presentación de los medios de prueba, ha revestido un carácter equitativo (Sentencia núm. 828/1997, de 9 de junio, *contra Portugal*, en Demanda núm. 25829/1994). Existe violación del Convenio en una condena basada en declaraciones de la denunciante recogidas por la policía y no por el juez, que ni el acusado ni su abogado tuvieron ocasión de rebatir (Sentencia de 19 de diciembre de 1990, *contra Francia*, en demanda núm. 11444/1985). En cuanto al **idioma del procedimiento** el Tribunal considera esencial (Sentencia de 18 de octubre de 2006 en el caso *Hermi v. Italia*) que el acusado entienda los cargos y actuaciones que se realizan en todo proceso judicial, para lo cual bastará con que o bien entienda la lengua del procedimiento, o bien se le faciliten los medios para que sean traducidas dichas actuaciones si fuera solicitado.

III. Garantías específicas del proceso penal. Medios de prueba obtenidos ilícitamente: Mientras que el derecho a permanecer en silencio frente a la acusación está en principio destinado a proteger contra la coacción incorrecta por parte de las autoridades y la obtención de pruebas mediante métodos de coacción o de opresión en contra de la voluntad del acusado, el ámbito del derecho no está limitado a los casos en que se ha ejercido coacción sobre el acusado o en los que la voluntad del acusado no ha sido tenida en cuenta. El derecho, que el Tribunal ha señalado anteriormente que se encuentra en el núcleo de la noción de juicio equitativo, sirve en principio para proteger la libertad de un sospechoso a elegir si hablar o permanecer en silencio ante un interrogatorio de la policía. Dicha libertad de elección no es efectivamente respetada en el caso en que, habiendo el sospecho optado por permanecer en silencio durante el interrogatorio las autoridades utilizan un subterfugio para provocar por parte del sospechoso confesiones u otras afirmaciones de naturaleza incriminatoria que no han podido obtener durante

los interrogatorios y cuando las confesiones o afirmaciones así obtenidas son presentadas como pruebas en juicio (Sentencia de 5 de noviembre de 1999, en el *asunto Allan contra el Reino Unido*). Respecto a la obtención de pruebas mediante «agentes infiltrados» ha de señalarse que el Convenio no impide apoyarse, en la fase de la instrucción preparatoria y siempre que la naturaleza de la infracción lo pueda justificar, sobre medios tales como confidentes ocultos, pero su posterior utilización por el Juez para justificar una condena representa un problema diferente; las exigencias generales de equidad consagradas en el artículo 6 se aplican a los procedimientos relativos a todos los tipos de infracción criminal, de la más simple a la más compleja: el interés público no podría justificar la utilización de elementos de prueba reunidos tras una provocación policial (Sentencia 828/1997, de 9 de junio, *contra Portugal*, en demanda núm. 25829/1994). **Pruebas de referencia:** El «testimonio del coimputado» sólo es admisible como prueba de cargo cuando existe algún otro medio de prueba que lo corrobore (Sentencia de 5 de diciembre de 2002, en *asunto Craxi contra República Italiana*). **Principio acusatorio:** El principio acusatorio impide condenar cuando el tribunal penal cambia la calificación que el acusador ha dado a los hechos sin informar previamente al acusado y, por tanto, sin darle la posibilidad de defenderse (Sentencia de 21 de marzo de 1999, en *asunto Pelissier contra Francia*).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

Caso Ryakib Biryukov C. Rusia.

(Demanda núm. 14810/02).

Fecha: 17 de enero de 2008.

4.1. Hechos

En mayo de 1999 el demandante resultó herido en un accidente de tráfico. Concretamente, tenía roto el brazo. Inmediatamente después del accidente fue trasladado al hospital, donde se le procuró ayuda médica. Días después hubo de amputársele el brazo.

En octubre de 1999 el demandante inició un procedimiento judicial contra el hospital ante la Corte de Distrito de Nikolaevskiy. Alegaba que el personal médico del hospital falló al determinar cuáles eran los cuidados médicos adecuados para su caso y esta mala práctica tuvo como consecuencia que perdiera el brazo.

El 2 de abril de 2001 la Corte examinó el caso en audiencia pública en la que las partes y sus representantes estaban presentes. El tribunal oyó a las partes y los testigos y examinó otras pruebas. Al finalizar la audiencia el tribunal leyó el fallo en el que rechazaba la reclamación de daños y perjuicios del señor Biryukov contra el hospital y abrió un plazo de cinco días para apelar. Una copia razonada de la sentencia se entregó al demandante el 6 de abril

de 2001. En ella se establecía que, de acuerdo con el artículo 1064 del Código Civil, el daño infligido en la persona o propiedad de un particular debe ser reembolsado completamente por la persona que cause el daño. Tras la descripción de las pruebas examinadas por el tribunal, la sentencia concluye que no hubo mala práctica en la actuación del hospital y que no había vínculo causal entre el tratamiento dado por el personal del hospital tras el accidente y la posterior amputación del brazo.

El demandante apeló, entre otras cosas, basándose en que el tribunal de distrito no había leído el texto completo de la sentencia en la audiencia pública.

El 3 de julio de 2001 el Tribunal Regional examinó el caso de apelación en audiencia pública. Habiendo escuchado a las partes, el tribunal desestimó la apelación confirmando la sentencia. Se alegó por el tribunal que tanto el hecho de leer las conclusiones de la sentencia en la audiencia como el de entregar el pronunciamiento razonado dentro del límite temporal establecido cumple con las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.2. Legislación nacional aplicable

Artículos 9 y 203 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «...las sentencias deben leerse públicamente», «las sentencias deben ser entregadas inmediatamente después de examinar el caso. En casos excepcionales extremadamente complejos, la entrega del pronunciamiento judicial puede ser pospuesta por no más de tres días...».

4.3. Violación del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos

El demandante sostiene que la sentencia dictada en su caso no ha sido «pronunciada públicamente» como requiere el artículo 6.1 de la Convención. El Gobierno ruso no está de acuerdo, pues considera que al haberse leído las conclusiones en audiencia pública se cumple lo dispuesto en dicha norma.

Principios generales: El TEDH recuerda que el carácter público de los procedimientos protege a los litigantes contra una administración de justicia de carácter secreto. Es, además, uno de los significados por los que se puede mantener la confianza en los Tribunales de justicia.

Aplicación al presente caso: la Corte de Distrito de Nikolayevshiy, actuando como tribunal de primera instancia, examinó el caso del demandante en audiencia pública. Al finalizar la audiencia leyó las conclusiones de la sentencia, en las cuales rechaza las reclamaciones del demandante. La sentencia completa se le entregó unos días después. La tarea del TEDH difiere en este caso de pronunciamientos anteriores, pues tiene que decidir si la lectura de la parte clave de la sentencia en audiencia pública en un caso civil es confor-

me a las previsiones del artículo 6.1 de la Convención. El TEDH observa al principio que la reclamación del demandante sobre el fallo del tribunal de distrito de leer públicamente la sentencia en la audiencia fue revisada por el tribunal regional. La corte de apelación rechazó la apelación, sosteniendo que el tribunal de distrito había cumplido con las prescripciones del artículo 203 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite a los tribunales que en casos excepcionalmente complejos lea inicialmente sólo las conclusiones en la audiencia pública y posteriormente entregue el pronunciamiento razonado. El Gobierno no motivó que la publicidad de la sentencia hubiera sido asegurada por otro medio que su lectura pública. El artículo 203 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable al presente caso, menciona únicamente a las partes del procedimiento y a sus representantes como personas con derecho a ser informadas del pronunciamiento razonado del tribunal para estar preparadas tras el pronunciamiento público de sus conclusiones. La obligación de entregar una copia de la sentencia también estaba limitada a las partes y demás participantes en el proceso. En lo que se refiere al depósito de los pronunciamientos judiciales en un registro del tribunal, la legislación vigente restringía el acceso del público a dichas sentencias. El acceso a las sentencias se permitía sólo normalmente a los participantes en el procedimiento. Por tanto, las razones en las que el tribunal de distrito basaba su sentencia en este caso eran inaccesibles a otras personas.

El TEDH considera que el objetivo perseguido por el artículo 6.1 de la Convención en este contexto —concretamente, asegurar el examen del sistema judicial por el público con una perspectiva de salvaguardar el derecho a un juicio justo— no se alcanzó en este caso, en el que las razones que podrían hacer posible entender por qué la reclamación del demandante había sido rechazada era inaccesible al público.

El TEDH encuentra que se ha producido una violación del artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

V. COMENTARIO

El TEDH resalta la importancia de garantizar la publicidad del procedimiento, lo cual incluye la necesidad de garantizar que quien lo desee, aunque no haya sido parte en el proceso correspondiente, pueda conocer el contenido de las sentencias judiciales.

Principio de legalidad penal

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.— 2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Principio de legalidad penal.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-49

1. Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a la infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta.

2. El presente artículo se aplicará sin perjuicio de que se juzgue y castigue a una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.

3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 7

1. Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Protocolo núm. 7, artículo 4

«Nadie podrá ser perseguido o castigado penalmente por los tribunales del mismo Estado en razón de una infracción por la que hubiese sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado».

2.3. Constitución española

Artículo 25

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. (...)

3. (...)

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

La garantía que consagra el artículo 7, elemento esencial de la preeminencia del Derecho, ocupa un lugar primordial en el sistema de protección del Convenio, como atestigua el hecho de que el artículo 15 no autoriza ninguna derogación del mismo en tiempo de guerra u otro peligro público. Como se deriva de su objeto y de su finalidad, debe ser interpretado y aplicado de manera que se garantice una protección efectiva contra las diligencias, las condenas y las sanciones arbitrarias.

No se limita a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal con desventaja para el acusado, sino que consagra de manera más general el principio de la legalidad de los delitos y las penas («*nullum crimen, nulla poena sine lege*») y el que ordena no aplicar la Ley penal de manera extensiva en desventaja del acusado, principalmente por analogía. De ello resulta que un delito debe estar claramente definido por la Ley. Esta condición se encuentra cumplida cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y, si fuera necesario, con ayuda de su interpretación por parte de los Tribunales, qué actos u omisiones comprometen su responsabilidad penal. El tribunal ha indicado que la noción de «Derecho» (*law*) utilizada en el artículo 7 corresponde a la de «Ley» que figura en otros artículos del Convenio, noción que engloba el derecho escrito y el no escrito e implica condiciones cualitativas, entre otras las de accesibilidad y previsibilidad. Por otro lado, está sólidamente establecido en la tradición jurídica de los Estados partes del Convenio que la jurisprudencia, en tanto que fuente del Derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del Derecho penal, por lo que no se puede interpretar el artículo 7 del Convenio como proscribiendo la clarificación gradual de las normas de responsabilidad penal mediante la interpretación judicial de un asunto a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia de la infracción y razonablemente previsible. Esta noción se aplica en principio a la evolución progresiva de la jurisprudencia en un mismo Estado de Derecho y bajo un mismo régimen democrático, pero conserva todo su valor cuando hay sucesión de Estados. En este sentido el Tribunal considera que es legítimo para un estado iniciar diligencias penales contra personas que han sido culpables de crímenes bajo un régimen anterior; así mismo, no se podría reprochar a los tribunales del Estado que sucedieron a los existentes anteriormente, aplicar e interpretar las disposiciones legales existentes en la época de los hechos a la luz de los principios que rigen un Estado de Derecho (*STEDH Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, de 22 de marzo de 2001).

Admitiendo que la jurisprudencia puede integrar las deficiencias de taxatividad de la ley penal, habrá que concluir que será exigible de los cambios jurisprudenciales idéntica irretroactividad que de la propia ley penal (*STEDH S.W c. Reino Unido*, de 22 de noviembre de 1995).

El principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 4 del Protocolo núm. 7, no excluye que hechos que ya han sido objeto de una sanción administrativa puedan ser perseguidos en vía penal (*STEDH W.F c. Austria*, de 30 de mayo de 2002, y *Saider c. Austria*, de 6 de junio de 2002). Según el Tribunal el texto del artículo 4 del Protocolo núm. 7 («*Nadie podrá ser perseguido o castigado penalmente por los tribunales del mismo Estado en razón de una infracción por la que hubiese sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado*») no se refiere al «mismo delito», sino más bien a ser castigado y juzgado otra vez por un delito por el que el demandante ya había sido firmemente declarado inocente o culpable.

Desde el punto de vista de la reincidencia, el Tribunal considera que si se introducen nuevas reglas sobre la misma, es suficiente con que la segunda

infracción haya sido cometida con posterioridad a la entrada en vigor de las mismas. No hay retroactividad de la ley penal, porque ésta se está aplicando a la segunda infracción (*STEDH Achour c. Francia*, de 29 de marzo de 2006, Gran Sala).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Jorgic c. Alemania.
74613/01.
12 de julio de 2007.

4.2. Antecedentes

En 1969, el demandante, nacional de Bosnia-Herzegovina de origen serbio, entró en Alemania, donde estuvo residiendo hasta comienzos de 1992, momento en el que regresó a Kostajnica, parte de la ciudad de Doboj, en Bosnia. El 16 de diciembre de 1995 el demandante fue detenido cuando intentaba volver a Alemania al ser sospechoso de haber cometido genocidio.

El 28 de febrero de 1997 comienza el juicio contra el demandante ante el Tribunal de Apelación de Düsseldorf (actuando en este caso como tribunal de primera instancia) por actos de genocidio cometidos en la región de Doboj entre mayo y septiembre de 1992. En sentencia de 26 de septiembre de 1997 el citado tribunal condena al demandante a cadena perpetua, entre otros cargos, por el de genocidio, al apreciar su participación en las detenciones y asesinatos de decenas de ciudadanos de origen musulmán en varios pueblos de la región de Doboj. El tribunal afirmaba ser competente para conocer del caso invocando el artículo 6 del Código Penal, que regula el delito de genocidio, la existencia de un vínculo cual es la participación de Alemania en misiones humanitarias en Bosnia y la residencia del demandante en Alemania durante más de veinte años, a lo que se añade la circunstancia de que los convenios internacionales aplicables no excluyen la jurisdicción de los tribunales alemanes sobre hechos cometidos por no alemanes fuera de Alemania. El aspecto más importante desde el punto de vista del artículo 7 es la interpretación por parte del Tribunal de Apelación de Düsseldorf de que cuando el Código Penal en el artículo 220.a habla de la «destrucción de un grupo», se refiere al grupo como unidad social diferenciada a cuyos miembros les une el sentido de pertenencia a la misma, por lo que no es necesario una destrucción biológico-física del grupo en su totalidad para encontrarnos ante el delito de genocidio. Concluye, por lo tanto, que a los efectos de la condena impuesta basta con que haya quedado probado el intento de destrucción de los musulmanes de la región de Doboj.

El 30 de abril de 1999 la Corte Federal de Justicia se pronuncia en apelación respaldando la argumentación de la sentencia de instancia.

El 12 de diciembre de 2000 el Tribunal Constitucional desestima el recurso del demandante al entender que la interpretación de los tribunales del artículo 6 del Código Penal y de la Convención sobre el Genocidio permite a los tribunales alemanes conocer del caso, toda vez que el delito de genocidio constituye el clásico ejemplo de aplicación del principio de jurisdicción universal y estima razonable la interpretación que del tipo «genocidio» hacen los tribunales ordinarios.

4.3. Fallo

Desestimación del recurso por considerar que no existe vulneración del artículo 7 del Convenio.

V. COMENTARIO

Estamos ante una sentencia claramente continuista, pero que al afectar a una cuestión de interpretación de la legalidad ordinaria pone a prueba el papel del Tribunal como instancia revisora y reparadora exclusivamente en lo que afecta a la vulneración del Convenio. Sabemos por experiencia propia que los tribunales extraordinarios, modelo tribunal constitucional, no siempre resisten la tentación de sustituir a los tribunales ordinarios en la interpretación de la legalidad. En este caso podemos decir que el Tribunal se ha ceñido bien a su función, dando en primer lugar las pautas generales y aplicándolas después al caso concreto, comprobando la razonabilidad de la interpretación por los tribunales ordinarios y preguntándose si dicha interpretación era previsible para el acusado y demandante.

No nos vamos a extender en la doctrina general que exponemos en el apartado correspondiente a línea jurisprudencial previa. Simplemente recordaremos aquí que el principio de legalidad en esencia se traduce en que el individuo tenga ocasión de conocer los actos de los que puede derivar responsabilidad criminal. Aplicada esta doctrina al caso concreto, el Tribunal tiene que comprobar dos aspectos: que la interpretación que hacen los tribunales alemanes del artículo 220.a del Código Penal es razonable y que dicha interpretación era previsible.

En cuanto al primer extremo, el artículo 220.a condena a cadena perpetua por genocidio al que actuando con el intento de destruir, en todo o en parte, a un grupo racial, religioso o étnico, mate a miembros del grupo, cause serio daño físico o moral a miembros del grupo, ponga al grupo en condiciones de vida que puedan destruirlo físicamente en todo o en parte, imponga medidas tendentes a prevenir los nacimientos dentro del grupo o transfiera niños por la fuerza de un grupo a otro.

Frente a la queja del demandante de que los tribunales alemanes han procedido a una interpretación demasiado amplia del tipo, el Tribunal considera razonable la interpretación dada por los tribunales alemanes según la cual bastaría el intento de destruir el grupo como unidad social. La interpretación no es arbitraria, pues es compartida por un amplio sector de la doctrina y por las propias Naciones Unidas, tal y como se desprende de la Resolución 47/121 de 18 de diciembre de 1992. Esto mismo nos lleva a la respuesta de la segunda cuestión: ¿era la interpretación previsible para el demandante? Nótese que el Tribunal no puede acudir a los precedentes, puesto que el demandante es el primer condenado al amparo del artículo 220.a desde su incorporación al Código Penal en 1955. Por ello, teniendo en cuenta que el tipo tiene engarce en el Derecho Internacional Público, el Tribunal procede al análisis del mismo y en particular del cuerpo doctrinal de los organismos internacionales, constatando una división que le lleva a concluir que la interpretación efectuada no carecía de previsibilidad.

En síntesis, la doctrina de la sentencia no es novedosa, pero es muy ilustrativa del engarce que en nuestros tiempos tienen los Derechos nacionales y el Derecho Internacional, debiendo acudir en no pocas ocasiones a una interpretación «globalizada». Demuestra que no vivimos en compartimentos estancos, que los ordenamientos nacionales y el internacional están en una simbiosis constante y que dentro de este último la ósmosis entre las distintas organizaciones, organismos y tribunales internacionales es una realidad inobjetable e imparable.

Derecho al respeto a la vida privada y familiar

Sumario. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1 Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II.7

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

Artículo II.8

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos personales que la conciernan.

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y previo consentimiento de la persona de que se trate o en virtud de otro fundamento legítimo por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación.

3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 8

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

2.3. Constitución española

Artículo 18

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

I. Intimidad. El derecho a la intimidad comprende y ampara el derecho a la libre elección y práctica de la orientación sexual, resultando inadmisibles cualesquiera normas que la repriman (*STEDH Dudgeon contra Reino Unido*, de 23 de octubre de 1981). Así, se reputa contraria al derecho a la intimidad la exclusión de los homosexuales de las Fuerzas Armadas (*STEDH Smith y Grady contra Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1999). La protección del derecho a la intimidad obliga a los Estados a proteger específicamente a los menores e incapaces, sancionando las agresiones sexuales que

puedan producirse contra los mismos (*STEDH X e Y contra Países Bajos*, de 26 de marzo de 1985). Vulnera el derecho a la intimidad la prohibición de que los transexuales no puedan cambiar de nombre y de mención en el Registro Civil, así como la prohibición de que los mismos puedan contraer matrimonio (*SETDH B. contra Francia*, de 25 de marzo de 1992).

II. Vida familiar. La protección de la vida familiar garantizada en el artículo 8 del Convenio no puede limitarse a la familia basada en el matrimonio, sino que debe extenderse a un reconocimiento legal por parte del Estado de la relación familiar extramatrimonial, que incluirá no sólo la relación entre madre natural e hija, sino también entre ésta y la familia de aquélla (*STEDH Marchx contra Bélgica*, de 13 de junio de 1979). El Tribunal prima el interés del futuro niño sobre el deseo de los padres en los casos de peticiones de reproducción asistida (*STEDH Dickson v. Reino Unido*). Del derecho a la intimidad familiar se deriva el derecho de visita y contacto de los progenitores con sus hijos, aun cuando éstos sean extramatrimoniales (*STEDH E.P. contra Italia*, de 16 de noviembre de 1999 y *Sommerfeld contra Alemania*, de 11 de octubre de 2001). Del respeto al artículo 8 del Convenio, se deriva la exigencia de que los padres deban ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se ventila la privación de la patria potestad (*STEDH Venema contra Países Bajos*, de 17 de diciembre de 2002). El TEDH reitera que el objeto esencial del artículo 8 es proteger al individuo frente injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, sin embargo, ello no quiere decir que el Estado deba abstenerse en todo caso. Existen muchas obligaciones positivas inherentes a los Estados para que se respete la vida privada y familiar. Los límites entre las obligaciones positivas y negativas del Estado no siempre permiten una definición precisa. Debe existir un equilibrio entre los intereses individuales y los de la comunidad y en este contexto ha de reconocerse al Estado algún margen de apreciación (*STEDH Paulik v Eslovaquia*, de 10 de octubre de 2006). La protección de la familia, en cumplimiento del citado precepto, exige también a los Estados que hagan cumplir las decisiones de custodia, adoptadas en sus propios Tribunales sin demora alguna, por cuanto la demora en el tiempo no sólo rompe con la posibilidad de reunión de uno de los progenitores con sus hijos, sino que incluso, puede hacer imposible que se haga efectivo el derecho de reunión de padres e hijos violándose así la protección que todo gobierno debe hacer del derecho a la vida familiar (*STEDH Agim Bajrami contra la República de Albania*, de 12 de diciembre de 2006).

III. Protección del domicilio. La protección de la morada se extiende a la protección de las personas que la habitan frente a molestias externas de extraordinaria necesidad que la hagan difícilmente habitable (*STEDH López Ostra contra España*, de 9 de diciembre de 1994), molestias entre las que cabe incluir a los ruidos excesivos (*STEDH Hatton contra Reino Unido*, de 2 de diciembre de 2001). En virtud del artículo 8 del Convenio, los Estados asumen la obligación positiva de proteger la forma de vida y asentamiento tradicional de determinados colectivos raciales y culturales, sin que de ello pueda derivarse para éstos el derecho de establecer excepciones en las reglas

urbanísticas y medioambientales generales (*STEDH Coster contra Reino Unido*, de 18 de enero de 2001). Por otra parte, el Tribunal ha establecido que las personas jurídicas no pueden oponer la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución del derecho comunitario (*STEDH Hoecsht contra Comisión*, de 21 de septiembre de 1989).

IV. Secreto de las comunicaciones. La interceptación de las comunicaciones por parte de las autoridades estatales exige, en aplicación del Convenio, además de que se realice con autorización judicial que ésta tenga suficiente cobertura legal (*STEDH Valenzuela Contreras contra España*, de 30 de julio de 1998). Es decir, el juez sólo podrá dar una autorización para interceptar una comunicación entre particulares en aplicación de una norma legal (*STEDH Rinzivillo contra Italia*, de 21 de diciembre de 2000), incluso de que las comunicaciones intervenidas se produzcan en el interior de dependencias policiales (*STEDH P.G. contra Reino Unido*, de 25 de septiembre de 2001). No obstante, la violación del derecho al secreto de las comunicaciones no siempre supone una invalidación automática de las pruebas así obtenidas, manteniéndose por parte del Tribunal una posición flexible en los supuestos en que es objeto de investigación delitos graves (*SETDH Luidi contra Suiza*, de 15 de junio de 1992). Ha establecido también el Tribunal que el artículo 8 del Convenio protege no sólo la comunicación en sí misma, sino que también resultan protegidas por el secreto las circunstancias de la comunicación, tales como el momento, la duración o la identidad de los comunicantes (*STEDH Malone contra Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984).

En esta misma línea el Tribunal reitera que por comunicaciones ha de entenderse toda correspondencia telemática que se genere desde el trabajo, esto es, las llamadas telefónicas, el correo electrónico, el uso de Internet, fax y demás medios que supongan correspondencia del individuo desde su puesto de trabajo.

La obtención legal y legítima de esta correspondencia por parte de una empresa o institución pública (como una Universidad), por medio de las facturas a pagar, no exime a dichas entidades de la obligación de guardar secreto de las comunicaciones así obtenidas, ni les permite usar dichos datos violando la intimidad tanto personal como familiar de las personas afectadas.

A su vez, el almacenamiento de los datos personales referentes a la vida privada de una persona también cae bajo la protección del artículo 8 del CEDH, siendo inaceptable, para este Tribunal que dichos datos puedan ser divulgados o utilizados por las entidades públicas o privadas contra las personas en procedimientos disciplinarios, de despido u otros. Sólo por causas tasadas por Ley se permite a las autoridades públicas investigar la vida privada y familiar de una persona, su domicilio y correspondencia. Ley ésta que no sólo debe establecer las causas sino que además debe garantizar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 8 del Convenio. Para garantizar este derecho la Ley debe de ser clara en su formulación y permitir a las personas saber en qué circunstancias y condiciones pueden las autoridades públicas investigar su vida privada sin su consentimiento y sin que suponga una violación de su

derecho a la intimidad personal y familiar (*STEDH, Copland contra Reino Unido*, de 3 de abril de 2007).

V. Protección de datos personales. La limitación impuesta a los Estados sobre el tratamiento informatizado de datos de carácter personal tiene dos facetas: negativamente impone topes a la recogida de datos por parte de los poderes públicos; positiva, permite que el interesado acceda a esos datos y, en su caso, se oponga a su utilización abusiva (*STEDH Rotaru contra Rumanía*, de 4 de mayo de 2000); así, se reconoce expresamente el derecho de un individuo, que pasó su infancia en orfanatos, a acceder a aquellos registros que le permitan reconstruir su trayectoria vital y sus conexiones familiares (*STEDH M. G. contra Reino Unido*, de 24 de septiembre de 2002). En la misma línea, se afirma que no es lícita la pura conservación, sin finalidad concreta, de fichas personales por parte de los servicios secretos estatales (*STEDH Amman contra Suiza*, de 16 de febrero de 2000). Cabe, sin embargo, el tratamiento de datos médicos, como los relativos a los enfermos seropositivos, siempre que sea necesario para la adecuada gestión sanitaria y se garantice al máximo la intimidad de los afectados (*STEDH Z. contra Finlandia*, de 25 de febrero de 1997).

Libertad de pensamiento, conciencia y religión

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.— 2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Libertad de pensamiento, conciencia y religión.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-11

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetarán la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 9

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

2.3. Constitución española

Artículo 16

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las Comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

Estas libertades tienen una manifestación interna que ha de respetarse. Así, no cabe privar de las facultades inherentes a la patria potestad sólo por ser miembro de una secta minoritaria, distinta de la religión originaria del hijo (*STEDH Hoffmann c. Austria*, de 23 de junio de 1993).

El artículo 9 de la Convención enumera diversas de la libertad religiosa y de creencias, como el culto, la enseñanza o las prácticas y la observancia de los ritos, pero no protege cualquier acto motivado o inspirado por una religión, creencia o convicción. Así, no se apreció vulneración del artículo 9 cuando un militar oficial fundamentalista fue apartado del servicio por que-

brantamiento de la disciplina (*STEDH kalaç c. Turquía*, de 1 de julio de 1997) o cuando un empleado público fue despedido por incumplimiento del contrato al haberse ausentado del trabajo invocando respeto del Sabbath (*Konttinen c. Finlandia*, núm. 24949/94, Decisión de la Comisión de 3 de diciembre de 1996).

El Tribunal reconoce que los Estados disponen de la facultad de controlar si un movimiento o una asociación desarrolla, con fines pretendidamente religiosos, actividades perjudiciales para la población. La labor del Tribunal consiste en determinar si las medidas adoptadas a nivel nacional están justificadas y son proporcionadas, para lo cual ha de analizar el caso en su conjunto.

La prohibición del sacrificio privado de animales no vulnera la libertad religiosa de una determinada comunidad, ya que se trata de una limitación claramente respaldada por razones sanitarias, máxime cuando es posible adquirir dicho producto en establecimientos públicos que reúnen todas las condiciones exigidas por dicha confesión (*STEDH Tsedek c. Francia*, de 27 de abril de 2000).

También en relación con el sacrificio, el Tribunal ha considerado legítimo, en defensa del interés general, que el sacrificio ritual se reserve sólo a matarifes habilitados. Se estima así que al establecerse una excepción a la regla general del aturdimiento previo de los animales, el Derecho interno introduce un compromiso positivo del Estado para asegurar el respeto efectivo de la libertad de religión. Sobre esta cuestión el TEDH también ha destacado que el artículo 9 del Convenio no engloba el derecho de proceder personalmente al sacrificio ritual. Únicamente habría injerencia en la libertad de practicar su religión si la prohibición de llevar a cabo legalmente este sacrificio condujese a la imposibilidad para los creyentes ultra-ortodoxos de comer carne procedente de animales sacrificados según las prescripciones religiosas aplicables en la materia (*STEDH Chaare Shalom Ve Tsedek c. Francia*, de 27 de junio de 2000).

En relación con la manifestación de ideas y creencias que repugnan a una amplia mayoría de la sociedad, la jurisprudencia ha tendido a considerar que pueden limitarse para proteger la tranquilidad moral de dicha mayoría (*STEDH Otto-Preminger Institut c. Austria*, de 20 de septiembre de 1994).

Es ilícito el proselitismo que ofrece ventajas materiales o sociales, o hace presión sobre personas en dificultad, o ejerce presiones psicológicas (*STEDH Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993).

El derecho a la libertad de religión tal como lo entiende el Convenio excluye cualquier apreciación por parte del Estado sobre la legitimidad de las creencias religiosas o sobre las modalidades de expresión de éstas. Por tanto, el Tribunal estima que el sistema de autorización no encaja con el artículo 9 del Convenio más que en la medida en que se dirija a asegurar un control ministerial sobre la concurrencia de condiciones formales (*STEDH Manousakis y otros c. Grecia*, de 26 de septiembre de 1996). No estamos ante un sistema autorizatorio en los casos en los que el demandante exige la derogación de una norma neutra, como una norma urbanística, al amparo de la libertad religiosa. En estos supuestos la libertad religiosa ha de ser confrontada con el

interés público en la ordenación racional del territorio, a cuyo efecto el criterio cuantitativo es válido para verificar si efectivamente concurre la necesidad social de modificar el planeamiento (*STEDH Vergos c. Grecia*, de 24 de junio de 2004).

Desde el punto de vista del Convenio no se cuestiona la válida existencia de una religión oficial, pero lo que no es aceptable es establecer para su sustento un impuesto que grave a todos los ciudadanos (*STEDH Darby c. Suecia*, de 23 de octubre de 1990).

Cualquiera que sea el régimen de relación del Estado con las confesiones religiosas, el respeto por la libertad religiosa en sentido estricto excluye las intervenciones estatales desproporcionadas en la vida interna de las confesiones religiosas. Así, la *STEDH Serif c. Grecia*, de 14 de diciembre de 1999, consideró excesiva la pretensión de las autoridades griegas de utilizar sus potestades de participación en el nombramiento de dignatarios musulmanes a fin de lograr una dirección unificada de dicha confesión en territorio helénico. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en la *Sentencia Alto Consejo Espiritual de la Comunidad Musulmana c. Bulgaria*, de 16 de diciembre de 2004.

Aunque el Convenio no impone la cooperación con las confesiones religiosas, el Estado que las prevea no puede discriminar entre ellas. En este sentido no procede la denegación de reconocimiento de una confesión religiosa basada en que favorece el secesionismo de una parte del territorio (*STEDH Iglesia Metropolitana de Bessarabia c. Moldavia*, de 13 de diciembre de 2001). No hay discriminación cuando la diferencia de trato tiene una justificación objetiva y razonable.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Hasan and Eylem Zengin c. Turquía.

1448/04.

9 de octubre de 2007.

4.2. Antecedentes

El demandante, Hasan Zengin, y su hija, Eylem Zengin, residen en Estambul, donde Eylem cursa estudios en el colegio público del distrito de Avcılar.

El demandante y su familia profesan el alevismo, rama del Islam muy arraigada en Turquía, que se aparta de la sharia y de la sunna, defendiendo la libertad religiosa, los derechos humanos, incluyendo los de las mujeres, el humanismo, la democracia, la tolerancia y el secularismo.

El 23 de febrero de 2001 el demandante presentó una reclamación ante el Directorio Provincial de Educación Nacional solicitando que su hija quedara exenta de las clases de cultura religiosa y ética invocando el derecho de

los padres reconocido en tratados internacionales a elegir la educación religiosa de los hijos. El 2 de abril de ese mismo año el citado órgano resolvió negativamente invocando el artículo 24 de la Constitución de Turquía según el cual la educación e instrucción religiosa y ética se realizará bajo la supervisión y control del Estado, siendo la instrucción en cultura religiosa y moral obligatoria en la educación primaria y secundaria. El demandante recurrió la decisión alegando que las clases obligatorias de cultura religiosa y ética estaban esencialmente basadas en las reglas del Islam hanafita, por lo que impugnaba la obligatoriedad de la asignatura. El 28 de diciembre de 2001 el Tribunal Administrativo de Estambul desestimó el recurso, decisión recurrida por el demandante pero confirmada por el Tribunal Administrativo Superior por resolución de 14 de abril de 2003.

4.3. Fallo

Se considera vulnerado el artículo 2 del Protocolo núm. 1, no procediendo por tanto el análisis separado del artículo 9 del Convenio.

V. COMENTARIO

No podíamos dejar pasar esta sentencia de gran actualidad y además calificada por el propio Tribunal de primer nivel de importancia.

Se trata además de una decisión en la que se entrelaza el análisis del artículo 2 del Protocolo núm. 1 con el artículo 9 del Convenio, poniéndose de relieve la intensa relación entre ambos, tanta que, apreciada la vulneración del primero, no se hace necesario analizar el segundo.

La frase que nos interesa del Protocolo y que el Tribunal entiende vulnerada dice así: «El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.»

La doctrina del Tribunal en síntesis es la siguiente. Las dos frases del artículo 2 del Protocolo núm. 1 hay que interpretarlas a la luz de los artículos 8, 9 y 10 del Convenio. Lo que en esencia persiguen estos preceptos es garantizar el pluralismo en la educación, esencial en una sociedad democrática, por lo que los esfuerzos se tienen que centrar en la educación pública. El «respeto» a que hace referencia el artículo 2 implica algo más que tener en cuenta, exige una obligación de hacer, positiva, por parte del Estado. De otro lado la referencia a las «convicciones» no es sinónimo de «ideas» u «opiniones», pues denota mayor profundidad y seriedad. El artículo 2 no impide a los Estados transmitir información objetiva de tipo religioso o filosófico, ni siquiera permite a los padres oponerse a que este tipo de conocimientos se integre en el currículo educativo. Más bien impone a los Estados difundir este tipo de información de forma objetiva, crítica y plural sin incurrir en proselitismo o

adoctrinamiento y respetando las convicciones religiosas y filosóficas de los padres.

A la luz de estos principios, lo tiene que hacer el Tribunal cuando se le presenta un caso de estas características es determinar en primer lugar si el contenido de la asignatura se imparte de forma objetiva y crítica y en segundo lugar si se han introducido las previsiones adecuadas en el sistema educativo para asegurar el respeto a las convicciones de los padres.

No podemos entrar en los detalles del caso, pero la sentencia es sumamente interesante y recomendamos su lectura íntegra. Sí que señalaremos que tanto en el currículum como en los libros de texto se prescinde completamente del alvinismo, de gran raigambre en la sociedad turca. La conclusión es que la asignatura no se ajusta a los criterios fijados por el Tribunal. Pero aun así cabría la posibilidad de que los padres tuvieran una vía para evitar que la asignatura se impartiera a sus hijos, opción existente en muchos Estados en los que se imparten asignaturas religiosas. El problema radica asimismo en el procedimiento de exención previsto en el ordenamiento turco, según el cual solamente los niños de nacionalidad turca que profesen la religión cristiana o judía y que así lo afirmen están exentos de la asignatura en cuestión. El mecanismo presenta dos problemas evidentes. El primero es que al amparo del Convenio nadie debería estar obligado a declarar sobre su religión o creencias y el segundo es que la exención solamente está prevista para judíos y cristianos, no siendo justificable que los musulmanes estén excluidos.

En conclusión, vulneración del artículo 2 del Protocolo 1.º sin que, por lo tanto, proceda el análisis separado del artículo 9 del Convenio y ante todo una sentencia de lectura muy recomendable por la importancia de la doctrina.

Libertad de expresión

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos.—2.2. Constitución Española.—2.3. Constitución Europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Alcance.—3.2. Colisión con el derecho a la intimidad.—3.3. Colisión con secretos oficiales y el deber de sigilo.—3.4. Colisión con la Administración de Justicia.—3.5. Colisión con las “expresiones de odio”.—3.6. Marco institucional de los medios de comunicación.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Los hechos.—4.3. Fundamentos de Derecho.—4.4. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Libertad de expresión.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos

Artículo 10

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la defensa del orden y la pre-

vención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

2.2. Constitución Española

Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos:
 - a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
 - b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
 - c) A la libertad de cátedra.
 - d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.
3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

2.3. Constitución Europea

Artículo II-11

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.
2. Se respetarán la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Alcance

El derecho a recibir información se refiere a hechos y noticias de carácter general, no al acceso a datos sobre personas concretas que obran en los

registros públicos (*STEDH Lingens contra Austria*, de 8 de julio de 1986, y *Laender contra Suecia*, de 26 de marzo de 1987). La publicidad comercial no queda, por el mero hecho de estar presidida por el ánimo de lucro, excluida del ámbito protegido por la libertad de expresión e información (*STEDH Casado Coca contra España*, de 24 de febrero de 1994), aunque pueden admitirse limitaciones a anuncios televisivos por razones de política cultural (*STEDH Demuth contra Suiza*, de 8 de octubre de 2002), aunque si la publicidad estuviese al servicio de una causa política, harían falta razones de calado para justificar su exclusión del ámbito de protegido por la libertad de expresión (*STEDH VGT contra Suiza*, de 28 de junio de 2001).

3.2. Colisión con el derecho a la intimidad

La libertad de expresión e información en materia política prácticamente no conoce límites, incluso si se defienden posiciones inquietantes o se usan términos duros o, incluso, si puede afectar a las relaciones exteriores del Estado (*STEDH Handyside contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, *Ortüzük contra Turquía*, de 28 de septiembre de 1999, *Jerusalem contra Austria*, de 27 de febrero de 2001, y *Colombani contra Francia*, de 25 de junio de 2002). Respecto a la intimidad de los personajes de relevancia pública, el Tribunal concede prioridad a la libertad de expresión e información sobre los mismos cuando las noticias y opiniones incidan sobre aquellos aspectos de su actividad por los que tienen notoriedad y que, en consecuencia, son de interés para la opinión pública (*STEDH Bergens contra Noruega*, de 2 de mayo de 2000).

3.3. Colisión con secretos oficiales y el deber de sigilo

Los secretos oficiales dejan de ser tal cuando han sido descubiertos, aunque haya sido indebidamente y, cuando esto sucede, vuelven a quedar bajo la protección de la libertad de expresión (*STEDH Vereniging Weekblad Bluf contra Austria*, de 9 de febrero de 1995). El Tribunal reconoce la libertad de expresión de los funcionarios respecto a las políticas de la Administración cuando ya tienen la condición de funcionarios, pero no cuando sólo aspiran a entrar en la función pública, por lo que es admisible el establecimiento de controles de acceso a la función pública para evitar reclutamiento de extremistas (*STEDH Vogt contra Alemania*, de 26 de septiembre de 1995).

3.4. Colisión con la Administración de Justicia

Hay una plena libertad de información sobre los procesos en curso siempre que se respete el requisito de la veracidad y, en su caso, la presunción de inocencia (*STEDH Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, y *Du Roy contra Francia*, de 3 de octubre de 2000). La crítica a cualesquiera

actuaciones judiciales está cubierta por la libertad de expresión, sin otro límite que el genérico de no insultar (*STEDH Prager y Oberrschlick contra Austria*, de 26 de abril de 1995).

3.5. Colisión con las «expresiones de odio»

Un escrito de naturaleza académica no puede considerarse como un acto de instigación a la violencia (*STEDH Baskaya contra Turquía*, de 8 de julio de 1999). Un escrito secesionista no implica, por sí mismo, incitación a la violencia (*STEDH E.K. contra Turquía*, de 7 de febrero de 2002).

3.6. Marco institucional de los medios de comunicación

Se considera contrario a la libertad de expresión y comunicación el monopolio estatal sobre la televisión (*STEDH Informationsverein Lentia contra Austria*, de 24 de noviembre de 1993, y *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft contra Austria*, de 21 de septiembre de 2000). Quienes trabajan para los medios de comunicación, en cuanto éstos son empresas ideológicas, ven limitada su libertad de expresión, incluso al margen de la relación laboral, y no pueden poner en entredicho la credibilidad de su medio de comunicación mediante declaraciones hechas fuera del trabajo (*STEDH Fuentes Bobo contra España*, de 29 de febrero de 2000).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Parti Nationaliste Basque-Organisation Régionale D'Iparralde v. France.
Demanda núm. 71251/01.

7 de junio de 2007 (definitiva el 9 de julio de 2007).

4.2. Los hechos

El demandante es la sección francesa del Partido Nacionalista Vasco (EAJ-PNV), establecida en los departamentos del País Vasco francés con el nombre de *Parti Nationaliste Basque-Organisation Régionale d'Iparralde* (en adelante, PNB-ORI). Con fecha 16 de septiembre de 1998, este partido solicitó de la Comisión Nacional de Cuentas de las Campañas Electorales y Financiación Política (CCFP) la autorización de una *association de financement*, un instrumento legalmente preceptivo que, opcionalmente con respecto a un agente individual, sirve de intermediario para la recaudación de fondos con la finalidad de financiar a los partidos en Francia.

El 22 de enero de 1999, en una decisión reiterada con fecha 2 de julio, dicha Comisión rechazó la solicitud, basándose en una carta del Presidente del partido en la que declaraba que el mismo recibe fondos del EAJ-PNV, el partido legalmente constituido en España, cuando el artículo 11.4 de la Ley 88-227, de 1 de marzo de 1988, en redacción dada por la Ley 95-65, de 19 de enero de 1995, establece taxativamente que ninguna asociación financiadora o agente financiero puede recibir contribuciones directas o indirectas o asistencia material de un Estado extranjero o de una persona jurídica extranjera.

El 3 de septiembre de 1999, el PNB-ORI presentó recurso de apelación ante el Consejo de Estado, que, ante la alegada aplicación errónea de la legalidad sustantiva, ratificó sustancialmente los argumentos de la Comisión, confirmando la necesidad de no incurrir en la circunstancia prohibida por la Ley si se pretende obtener la autorización para la asociación financiadora; y dio respuesta, asimismo, a la alegación sobre la incompatibilidad de la Ley con las obligaciones internacionales asumidas por Francia, en especial con respecto a los artículos 10 y 14 del CEDH. Sobre esto, el *Conseil d'État* subraya algo que, al cabo, será esencial en la fundamentación jurídica empleada por el TEDH: al establecer esa prohibición, la ley está excluyendo la posibilidad de que se cree una relación de dependencia que pudiera erosionar la expresión de la soberanía nacional, por lo que el precepto legal no es incompatible con los derechos reconocidos en el Convenio, como tampoco lo es con la libre circulación de capitales y con la existencia de partidos políticos a nivel europeo, reconocidos, respectivamente, en los artículos 56 y 191 del Tratado de la Comunidad Europea. Para determinar tal compatibilidad, el Consejo de Estado se vale de las restricciones que, según el CEDH y el TCE, permiten limitar tanto los derechos individuales como dicha libertad de movimiento de capitales.

A continuación, se reproduce en la Sentencia el Derecho nacional relevante, formado, en primer lugar, por el artículo 4 de la Constitución de la República Francesa de 4 de octubre de 1958, en el que, entre otros extremos, se ordena que los partidos respeten los principios de soberanía nacional y democracia, dentro de su libertad de actuación y de las funciones capitales que se les reconocen dentro del sistema político.

Es esencial la ya citada Ley 88-227, de 1 de marzo de 1988, relativa a la transparencia financiera de la vida política¹, en la que la financiación privada, a los efectos que aquí interesan, aparece regulada en los artículos 11, 11.1 y ss., referidos al agente-persona física y, en su caso, a la asociación financiadora, cuyo objeto exclusivo es allegar fondos a los partidos políticos, señalándose requisitos mínimos para sus estatutos y su constitución, al tiempo que se establecen mecanismos de control y un régimen sancionador en caso de incumplimiento de la prohibición objeto de controversia, pudiendo conllevar la revocación de la autorización de dicha asociación, o incluso la exclusión de un porcentaje de sufragios del cómputo para obtener representación en las instituciones.

¹ Puede consultarse su versión actualizada en el portal de «servicio público de la difusión del Derecho», <http://www.legifrance.gouv.fr>.

Del mismo modo, el Código Electoral consagra la preceptividad del agente financiero para recabar fondos para las campañas electorales, momento éste en el que juega asimismo la prohibición de las contribuciones provenientes de otras personas jurídicas, con excepción de partidos políticos y grupos que financian a los candidatos, e incluyéndose a las personas jurídicas extranjeras, además de a los Estados extranjeros; así como las limitaciones en las donaciones a título individual.

A renglón seguido, se cita un documento de la «Comisión Venecia» del Consejo de Europa (la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho), adoptado en su 46.^a sesión plenaria, de 9 y 10 de marzo de 2001, en el que se deciden las líneas maestras de la financiación de partidos políticos², relativas tanto a la de origen público como a la privada, proponiéndose, en relación con esta última, que las donaciones de Estados y empresas extranjeras deben estar prohibidas, sin que ello afecte a las aportaciones de los nacionales residentes en el extranjero, hechas al partido de su país de origen.

De igual forma, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó la Recomendación 1.516 (2001), sobre financiación de los partidos políticos y las campañas electorales³, en la que se sientan una serie de principios, de entre los cuales cabe destacar que las normas que la regulen deben ser estrictas en cuanto a las donaciones privadas, con limitaciones para las procedentes de personas jurídicas, sin distinción de nacionalidad; y han de establecer sanciones para quienes violen tales reglas.

Por último, se invoca el artículo 7 de la Recomendación Rec (2003) 4, de 8 de abril, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre normas comunes contra la corrupción en la financiación de partidos políticos y campañas electorales⁴, en la que se insta a los Gobiernos de los Estados miembros del Consejo a «limitar específicamente, prohibir o, de otra forma, regular las donaciones provenientes de donantes extranjeros».

4.3. Fundamentos de Derecho

En primer lugar, el PNB-ORI alega que su solicitud de autorización, presentada de conformidad con el artículo 11 de la Ley 88-227, de 1 de marzo de 1988, había sido rechazada porque buena parte de sus recursos provienen del EAJ-PNV, discrepando de la interpretación realizada por el Consejo de Estado, según la cual la prohibición legal antes explicada es «necesaria en una sociedad democrática» para la «defensa del orden», y aduciendo que la norma se había aplicado atendiendo a los objetivos que el partido promueve. De acuerdo con todo lo anterior, el partido político formula demanda ante el

² Puede verse en: [http://www.venice.coe.int/docs/2001/CDL-INF\(2001\)008-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2001/CDL-INF(2001)008-e.asp).

³ Puede consultarse en el siguiente enlace: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/document/adoptedtext/ta01/erec1516.htm>.

⁴ Puede verse en el enlace: <http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2183&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>.

TEDH, invocando los artículos 10 y 11 del CEDH, así como el artículo 3 de su Protocolo núm. 1, que reconoce el derecho a elecciones libres.

— El Gobierno de la República Francesa postula que la decisión adoptada por la CCFP no tenía como efecto prohibir al PNB-ORI desarrollar sus actividades, concluyendo que no existe injerencia en el ejercicio de los derechos protegidos en dichos preceptos del CEDH; y en el supuesto de haber existido, la misma está establecida por la ley, persigue un objetivo legítimo y es necesaria en una sociedad democrática.

Así y en primer término, el Gobierno francés aduce que, aunque la norma interna únicamente prevé la revocación de una autorización ya concedida a la asociación financiadora, la interpretación consolidada del artículo 11.4 de la Ley 88-227 posibilita igualmente el rechazo inicial de dicha autorización, sobre la base tanto de la identidad de la regla y los argumentos de aplicación al supuesto, como de que el resultado material sería el mismo en uno y otro caso.

En lo que concierne a la persecución de una finalidad legítima, la prohibición tiene la de proteger «la expresión de la soberanía nacional», mediante el impedimento de cualquier intromisión extranjera en la política francesa, lo que va estrechamente vinculado no ya a la «defensa del orden», sino a la «prevención del delito», dadas las dificultades que plantea la verificación del origen y legalidad de los fondos allegados al partido desde fuera del territorio nacional. Y en punto al tercer elemento, el Gobierno francés afirma la necesidad y proporcionalidad de la medida prohibitiva en relación con dichos objetivos, insistiendo en que sus únicas consecuencias consisten en que el partido demandante no podría solicitar el reembolso estatal de los gastos electorales como fuente pública de financiación, y añadiendo que con todo lo anterior se busca promover la libertad de expresión política dando una respuesta equilibrada a los imperativos de la independencia nacional y la transparencia en la vida pública.

Concluye el Gobierno sus alegaciones puntualizando que nada impediría al PNB-ORI recabar fondos de ciudadanos extranjeros a título particular, así como de individuos o partidos franceses; y que, en cualquier caso, el rechazo de la autorización no sería irrevocable, a condición de que el partido demandante presentase una nueva solicitud de autorización de la asociación financiadora que se ajustara a la regulación nacional, y que recibiera donaciones acordes con las condiciones establecidas en las Leyes.

— El partido demandante subraya que la prohibición que se le aplica le priva de buena parte de sus recursos, haciendo disminuir sus medios para llevar a cabo buena parte de sus actividades políticas, incluyendo la participación en las elecciones. Alude a un estudio realizado por el Instituto Max Planck a solicitud del Consejo de Europa, en el que se señala que una precondición para la integración de las minorías es su participación en la vida política, en particular a través de la constitución de partidos políticos.

A renglón seguido, el PNB-ORI defiende que tal «intromisión» en el ejercicio de sus derechos no está «prescrita por la ley», refutando la interpretación según la cual el primer párrafo del artículo 11.6 de la Ley 88-227 no

prevé el rechazo de una solicitud de autorización, sino únicamente la revocación de una autorización ya obtenida. A mayor abundamiento, tanto el segundo párrafo del artículo L. 52 del Código Electoral como el artículo 11.4 de aquella Ley sólo prohíben la financiación de un partido o de una campaña electoral a las personas jurídicas, con la excepción de los grupos o partidos políticos, que están excluidos de esa prohibición, sin que pueda encontrarse una disposición que establezca una prohibición expresa para los partidos políticos extranjeros, ya que el penúltimo párrafo de dicho artículo 11.4 se refiere a las «personas jurídicas extranjeras» sin especificar que ello alcanza a los partidos extranjeros.

En lo concerniente al segundo punto, el partido demandante rechaza que tal injerencia persiga el objetivo de «defender el orden», alegando que los argumentos del Gobierno a este respecto contravienen el Reglamento (CE) 2004/2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el status y financiación de los partidos políticos a nivel europeo; además de recordar que ninguno de los documentos y recomendaciones de instituciones del Consejo de Europa que se han citado menciona la necesidad de prohibir contribuciones de partidos políticos extranjeros. En todo caso, el principio de soberanía nacional no se vería afectado por un partido que únicamente concurre a las elecciones locales. Tales afirmaciones conducen al demandante a disentir, asimismo, de que la prohibición legal sea necesaria para la «prevención del delito» en el sentido de los artículos 10 y 11 del CEDH, destacando que el EAJ-PNV es un partido legalmente constituido conforme a la legislación española, siendo así objeto de control para garantizar la transparencia de su financiación.

Y en lo que respecta a la proporcionalidad de la injerencia, el PNB-ORI puntualiza que su resultado efectivo se cifra en su capacidad financiera, al ser insuficiente la financiación pública, además de que la compensación de sus gastos por el Estado presupone que existe un desembolso previo, lo que en su caso no sería posible sin las aportaciones del EAJ-PNV. Adicionalmente, destaca la contradicción existente entre la prohibición de financiación a cargo de partidos europeos y la posibilidad de que se recaben fondos de personas físicas igualmente extranjeras, más difíciles de controlar. A su juicio, tal prohibición no está basada en ninguna «necesidad social imperiosa», en la medida en que las contribuciones controvertidas proceden de un partido registrado en un Estado miembro de la UE, siendo así que la medida contraviene el principio comunitario de la libre circulación de capitales. Las otras vías de financiación que el Gobierno señala estarían constreñidas por tener el PNB-ORI una implantación limitada a una pequeña parte del territorio francés, enfrentándose de este modo al dilema de que sus fuentes serían o insuficientes o ilegales.

— A continuación, se da cuenta de la opinión de la «Comisión Venecia», adoptada en su 66.^a sesión plenaria, de 17-18 de marzo de 2006⁵, a solicitud del propio Tribunal, y en la que se señala que, de los 44 Estados miembros del

⁵ Puede verse en el enlace: [http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD\(2006\)014-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD(2006)014-e.pdf).

Consejo de Europa, en 28 se prohíben o se limitan sustancialmente las donaciones procedentes del extranjero a partidos políticos, en tanto que en los 16 restantes no se imponen tales restricciones, con soluciones legales muy diversas en razón de la historia, la práctica y el sistema político vigente en cada Estado. La Comisión se remite a los propios documentos y resoluciones, ya citadas, de las instituciones del Consejo de Europa, así como a los principios fijados por el TEDH para determinar si la prohibición controvertida es o no «necesaria en una sociedad democrática», y que se contienen en la Sentencia de 19 de enero de 2006, *Organización Macedonia Unida-Illinden contra Bulgaria*.

Como razones adicionales, la Comisión destaca las conexiones internacionales de los partidos extremistas y las prevenciones frente a movimientos de carácter separatista, además de la intención de implantar un sistema de financiación pública y, por tanto, de localizar los fondos con destino a los partidos de un país dentro del territorio del Estado respectivo; con todo, ello tampoco prejuzga la posición de los Estados que no han establecido una prohibición de este tipo, lo que puede responder a otros motivos, entre los que se encuentra el impulso a la cooperación en organizaciones internacionales o supranacionales, como es el caso de la OSCE, del propio Consejo de Europa o del Consejo Nórdico, o de instituciones de la relevancia del Parlamento Europeo. En este sentido, se cita el artículo 191 del TCE y el antes mencionado Reglamento (CE) 2004/2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, cuyo artículo 7 sí proscribe la financiación directa o indirecta de partidos nacionales por los de ámbito europeo, sometién dose aquéllos a sus regulaciones estatales respectivas; si bien la Comisión subraya que la libertad de movimiento de capitales no excluye las transferencias de fondos entre partidos, por lo que los Estados miembros de la UE han de respetar dicho principio comunitario al adoptar tales regulaciones, a salvo las excepciones que el artículo 58 del propio TCE, o el TJCE, permitan como limitaciones de tal libertad.

En conclusión, la «Comisión Venecia» opina que no existe una respuesta única a la pregunta sobre si la financiación de partidos políticos por otros partidos extranjeros es o no «necesaria en una sociedad democrática», de manera que debe considerarse cada caso individual a la luz de la legislación aplicable en el Estado concernido. Sí considera, en cambio, necesaria en una sociedad democrática esa cooperación entre los partidos dentro de las organizaciones e instituciones supranacionales europeas, sin perjuicio de limitaciones a la misma para los supuestos en que, con las contribuciones entre partidos de diferentes nacionalidades, se persigan objetivos ilegales o delictivos, se erosione la limpieza o la integridad de la competición política, se desestabilice el proceso electoral, se amenace la integridad territorial de un Estado o se dificulte su desarrollo democrático, o en que la prohibición forme parte de las obligaciones internacionales del Estado, incluyendo, en su caso, las derivadas de su pertenencia a la UE.

— El TEDH, en la fundamentación jurídica de su fallo, comienza por despejar que los partidos políticos caen bajo el ámbito del artículo 11 del

CEDH invocando al efecto su propia doctrina, así las Sentencias de 30 de enero de 1998, *Partido Comunista Unido de Turquía y otros contra Turquía*, o de 25 de mayo de 1998, *Partido Socialista y otros contra Turquía*. Además, la protección de la libertad de opinión en el sentido del artículo 10 es uno de los objetivos de las libertades de reunión y asociación consagradas por el artículo 11, particularmente en el caso de los partidos políticos, por lo que el Tribunal llega a la importante conclusión de que el artículo 11 ha de ser considerado a la luz del artículo 10, pues la efectividad de los derechos reconocidos en éste constituye la finalidad de los recogidos en aquél. Se cita aquí nuevamente la jurisprudencia del propio Tribunal, integrada por las Sentencias ya aludidas, además de por la de 13 de febrero de 2003, *Refah Partisi contra Turquía*.

Sin embargo, el Tribunal da un giro en sus consideraciones: al no encontrar indicios de que la medida impugnada persiga penalizar al PNB-ORI por razón de los objetivos políticos que el mismo promueve, concluye que las cuestiones planteadas por el caso se refieren, esencialmente, al artículo 11 del CEDH, determinándose la legitimidad de la intromisión por su contraste con los requisitos del ap. 2 de tal precepto. No se considera necesario examinar el caso en relación con el artículo 3 del Protocolo núm. 1, dado que las repercusiones financieras de dicha medida sobre la capacidad del partido o de sus miembros para concurrir a las elecciones parlamentarias no son sino *efectos secundarios o incidentales*.

En lo que hace a la existencia de la injerencia, a la vista de que el partido demandante no es sino la rama francesa del EAJ-PNV español, el Tribunal reconoce que la norma prohibitiva que se ha aplicado al PNB-ORI y el rechazo de la autorización objeto del litigio tienen un impacto significativo en su financiación y, por tanto, en la capacidad de llevar a cabo su actividad política, condicionada por la imposibilidad legal de recibir fondos a través de la asociación financiadora que pretendió constituir con tal propósito. Por tanto, el Tribunal concluye que ha existido injerencia en el ejercicio de los derechos del PNB-ORI, reconocidos en el artículo 11 del CEDH.

En punto a la justificación de la misma, se dividen los fundamentos jurídicos en tres bloques, en congruencia con lo expuesto por las partes:

— Previsión legal: el Tribunal se fija en la previsibilidad de la norma, entendida como seguridad jurídica, esto es, que sus contenidos sean susceptibles de ser conocidos por los ciudadanos de forma que éstos puedan ser conscientes de las consecuencias que una determinada conducta puede implicar. En este punto, el Tribunal rechaza las alegaciones del PNB-ORI subrayando la literalidad de los artículos 11 y del artículo 11.4, párrafo 5.º de la Ley 88-227, en los que se establece la prohibición de que los agentes financieros y las asociaciones perciban ninguna contribución de personas jurídicas extranjeras, lo que indudablemente incluye a los partidos políticos constituidos en otro Estado que no sea Francia, sin que puedan albergarse dudas sobre tal extremo porque la excepción que permite a los grupos o partidos políticos realizar donaciones no especifica que se refiere solamente a los franceses.

Con todo, el Tribunal entiende las dudas del partido demandante sobre la previsibilidad del posible rechazo de su solicitud de autorización, al no haberse basado éste, *prima facie*, en ninguno de los dos motivos establecidos en el artículo 11 de la Ley 88-227, sino en que los recursos del partido provienen de las donaciones recibidas del EAJ-PNV; además de que el artículo 11.6, párrafo 1.º, al prever la *revocación*, aparentemente sólo contempla un control *a posteriori* del cumplimiento de los requisitos legales por las asociaciones financiadoras. Llegados a este punto, sin embargo, el Tribunal hace suyas las alegaciones del Gobierno francés, dando por correcta la interpretación del *Conseil d'État* porque ésta sí reúne esa condición de predictibilidad, además de aceptar la afirmación del Estado demandado en el sentido de que la CCFP tiene una discrecionalidad limitada en la decisión del asunto, que le habría llevado a aplicar la doctrina del Consejo de Estado, generada en un caso sobre asilo y refugio, de manera automática y sin entrar en consideraciones ulteriores.

— Persecución de un objetivo legítimo: el Tribunal trae a colación, de nuevo, la doctrina del Consejo de Estado, para destacar que la prohibición de financiación de partidos políticos franceses por entidades extranjeras supone la exclusión de la posibilidad de crear una relación de dependencia que pueda deteriorar la expresión de la soberanía nacional, erigiéndose así en un medio de protección del «orden institucional», que puede englobarse en la finalidad de «defensa del orden», dispuesta en los aps. 2 de los artículos 10 y 11 del CEDH al enunciar las posibles limitaciones de los derechos en ellos reconocidos. A continuación, el Tribunal comprueba que el Gobierno francés, al invocar la «prevención del delito» como finalidad legítima de la prohibición, está discrepando parcialmente con el Consejo de Estado, que no había justificado la misma en su resolución aduciendo tal objetivo.

— Necesidad en una sociedad democrática: el Tribunal examina la finalidad de «protección del orden», entendida como «prevención del desorden» bajo este epígrafe, al ser el que corresponde al análisis del hecho de que la norma prohibitiva se aplique a las aportaciones de partidos políticos constituidos en un Estado distinto pero miembro de la UE.

Tras pasar por encima de la interpretación restrictiva de las excepciones enunciadas en el artículo 11.2 del CEDH, recuerda que los Estados disponen de un limitado margen de apreciación para decidir si existe o no tal necesidad, sometido al control del propio Tribunal, máxime por la importancia del papel de los partidos políticos en una sociedad democrática, ya resaltado en la Sentencia de 30 de enero de 1998, *Partido Comunista Unido de Turquía y otros contra Turquía*. La función del Tribunal consiste en revisar el ejercicio de ese margen discrecional de los Estados, analizando la injerencia a la luz del caso en su conjunto y determinando la proporcionalidad o no de la misma en relación con el objetivo legítimo perseguido, y si las razones argüidas por las autoridades nacionales son relevantes y suficientes para ello.

En este caso, el Tribunal encuentra que la prohibición es necesaria para la preservación de la soberanía nacional francesa, apoyándose, para efectuar tal afirmación, en el documento de la «Comisión Venecia» que establece líneas

maestras sobre la financiación de los partidos políticos. A renglón seguido, surge la pregunta por cómo los actos afectados por tal prohibición pueden socavar la soberanía de un Estado, máxime cuando dichas líneas maestras se centran en el aseguramiento, ante todo, de la libertad de asociación política, y limitan la recomendación a la prohibición de la financiación por empresas extranjeras. Pues bien, el Tribunal considera que esta materia entra dentro del «margen residual de apreciación» reconocido a los Estados parte en el Convenio, que son libres para determinar normas sobre el particular, como demuestra la diversidad de regulaciones puestas de manifiesto por la «Comisión Venecia» o la recomendación efectuada en la resolución del Comité de Ministros. La conclusión de todo lo anterior es que la prohibición no es, en sí misma, incompatible con el artículo 11 del CEDH.

Sólo después de afirmar esto, el Tribunal se aproxima al hecho de que un partido establecido en un Estado miembro de la UE recauda fondos de otro establecido en otro Estado miembro: teniendo en cuenta que ya la «Comisión Venecia» ha considerado que la norma prohibitiva puede infringir principios comunitarios y que la integración europea hace inevitable cierta compenetración de partidos afines de diferentes países, se insiste en que se trata de un asunto eminentemente político en el que Francia dispone de aquel margen, aun «residual».

Finalmente, el Tribunal examina la proporcionalidad de la medida con relación con el objetivo perseguido, lo que comporta valorar su repercusión en su capacidad de llevar a cabo actividades políticas, siendo decisiva la extensión de la injerencia causada por aquélla; aquí hace suyos, nuevamente, los argumentos del Gobierno francés, ya que, a su juicio, la prohibición aplicada no cuestiona la legalidad del partido demandante ni constituye un impedimento jurídico de su participación en la vida pública, ni una censura de los objetivos que promueve, si bien el Tribunal admite que, a la postre, el PNB-ORI precisa, para su funcionamiento, del apoyo financiero del EAJ-PNV.

El Tribunal asiente, no obstante, a los argumentos del Estado demandado: el PNB-ORI puede recabar fondos de sus afiliados, de donaciones individuales, incluyendo las procedentes de fuera de Francia, de otros partidos franceses o de la financiación pública conforme a los resultados electorales, y nada le impide presentar una solicitud renovada de autorización para un agente financiero o una asociación financiadora; pero el mismo Tribunal acoge, a su vez, las afirmaciones del partido demandante sobre sus objetivos políticos, ámbito geográfico de actividad y proyección electoral, para concluir que el impacto de la medida en cuestión sobre la capacidad de acción política del mismo no es desproporcionado, pues su situación real no difiere de la de cualquier otro partido pequeño enfrentado a un recorte de sus fondos.

4.4. Fallo

En consonancia con todo lo anterior, el Tribunal considera que la injerencia en la libertad de asociación del partido demandante puede ser consi-

derada «necesaria en una sociedad democrática» para la «prevención del desorden» en el sentido del artículo 11 del CEDH, no habiendo existido violación de éste, separadamente o en conjunto con el artículo 10.

Por ello, por seis votos a uno, resuelve que no ha existido violación del artículo 11 del CEDH, separadamente o en conjunto con el artículo 10, y, por unanimidad, que no es necesario considerar el caso bajo el ámbito del artículo 3 del Protocolo núm. 1.

V. COMENTARIO

Hemos escogido este caso, amén de por su cercanía a España, al involucrar indirectamente a un partido legalmente constituido en nuestro país, por aportarnos una visión diferente de la libertad de expresión contenida en el artículo 10 del CEDH. Como puede repasarse en el epígrafe relativo a la jurisprudencia preexistente, bajo su ámbito suelen dirimirse conflictos que incumben, más bien, a las relaciones entre particulares, aunque primordialmente se trate de una libertad ejercida frente a las autoridades del Estado. En el presente supuesto, la libertad de opinión se anuda a la libertad de asociación política consagrada en el artículo 11 del CEDH, de tal forma que aquélla constituye una de las finalidades y, a la vez, de los contenidos englobados en ésta, por lo que, de producirse una violación de la primera, se debería a la conexión o relación que guarda con la segunda, que es aquella en la que el Tribunal centra sus razonamientos, si bien es cierto que los aps. 2 de ambos preceptos comprenden limitaciones muy similares.

Por lo demás, el Tribunal rechaza desde el principio entrar en el examen de la supuesta infracción del artículo 3 del Protocolo núm. 1, sobre el derecho a elecciones libres, que si bien no se ve violado formalmente, al no impedirse jurídicamente la presentación del PNB-ORI a todos los procesos electorales en los que pretenda concurrir, sí se ve materialmente afectado al cortar la principal vía de financiación del partido demandante: parece, incluso, que el propio Tribunal viene a asumir esa visión *material*, esa aproximación *pragmática* al estado en que queda dicho partido político, al coincidir con el Gobierno de la República Francesa en que el mismo puede subsistir acudiendo a las restantes fuentes legales por las cuales puede recaudar dinero para su actividad y sus campañas electorales, añadiendo a ello esa peculiar asimilación a la situación de cualquier otro partido de pequeña dimensión y ámbito local o regional.

Sentado lo anterior, haremos nuestro comentario al hilo del **Voto Particular** del Juez Rozakis, pues compartimos buena parte de sus aseveraciones. Es cierto que la restricción impuesta a la libertad de asociación del PNB-ORI, si se sigue el *iter* de la fundamentación jurídica empleada por el Tribunal, reúne los requisitos de previsión legal, persecución de finalidad legítima y necesidad y proporcionalidad de la medida prohibitiva, que las partes primero, en sus alegaciones, y el Tribunal en su argumentación, van desgranando para

aceptar o refutar unas u otras tesis. El apoyo jurisprudencial utilizado es sólido, basado en la propia doctrina del TEDH, y las citas de los documentos de las instituciones del Consejo de Europa son pertinentes y avalan la resolución finalmente adoptada, pero ello no nos exime de realizar algunas observaciones que consideramos oportunas.

El Voto Particular discrepante subraya la soberanía nacional y la democracia como principios que, en cualquier caso, han de ser respetados por los partidos políticos en Francia, a tenor del artículo 4 de la Constitución de 1958, si bien matiza que esos dos valores fundamentales deben preservarse sin perjuicio de los derechos e intereses de «aquellos segmentos de la sociedad que no pertenecen a la corriente social y nacional dominante». Obsérvese que se trata de principios integrados dentro de las cláusulas materiales de intangibilidad del texto de la V República, por más que formalmente su artículo 89 sólo recoja como tal la «forma republicana de gobierno»: es decir, son *sagrados* y no cuestionables por los partidos concurrentes a la competición política y electoral en Francia. Ello conduce a una consecuencia no percibida por el Tribunal, pero la reflexión sobre la misma excede con mucho del alcance de estas páginas: la exigencia, a los partidos, de una *adhesión activa* a tales principios y valores nucleares de la República, más allá de un deber de sujeción o de simple sometimiento a los mismos que requiriera una conducta de mera *obediencia pasiva*. Piénsese, desde la perspectiva del poder constituyente revisor en España, que no podría arrojar las mismas consecuencias jurídicas la actividad de un partido que se propone la segregación de una parte del territorio nacional mediante los procedimientos de reforma constitucional formalmente previstos que por medio de una actividad abiertamente delictiva e ilegal, al margen de cualquier cauce democrático. Pero, insistimos: estas disquisiciones escapan con mucho al objeto de este comentario, y simplemente las dejamos apuntadas.

Volviendo al caso, el Juez Rozakis asume la validez de las disposiciones sobre la financiación de los partidos, vigentes en Francia y concordantes con los principios comprendidos en las recomendaciones del Consejo de Europa, pero subraya que una prohibición general e incondicionada de transacciones y de ayuda financiera debe aplicarse con precaución, máxima a la vista de la realidad política que supone la integración europea. Aquí puede detectarse, sin duda, que el Tribunal ha obviado la «supranacionalidad» ya no sólo de las instituciones, sino de los partidos y organizaciones políticas que les infunden vida, inclinándose por una versión *clásica* de la soberanía nacional y una lectura estricta de la preservación de la misma como objetivo primordial del legislador francés. No es de extrañar, en consecuencia, que no entre en la valoración del impacto de la medida sobre la libre circulación de capitales —lo que, por otra parte, quizá tampoco es su misión, al no tratarse de uno de sus cánones de enjuiciamiento— o que obvie la regulación comunitaria de los partidos políticos a nivel europeo; más extraña es la vacilación de la Sentencia a la hora de ponderar la proporcionalidad de la medida impugnada en relación con su impacto sobre las finanzas y, por añadidura, la actividad polí-

tica del PNB-ORI, pues tan pronto reputa irrelevante como no desdeñable tal repercusión.

Además de todo lo anterior, tiene razón el Voto Particular en afirmar que la legislación francesa contiene, esencialmente, un régimen sancionador que debería actuar *ex post facto*, de manera represiva, pero que por su aplicación ha devenido preventivo, siendo así más cuestionable que se cumpla con el requisito de previsión legal expresa de la medida restrictiva de derechos, a la que sólo se llega por una vía interpretativa discutible. Por otro lado, la referencia general a la prohibición de financiación por parte de «personas jurídicas extranjeras», dada la amplitud del concepto, debería haber llevado a un examen más pormenorizado del caso individual si resulta que esas personas jurídicas son partidos políticos, igual que lo es el demandante. En suma, el Juez Rozakis da por buena la Ley francesa en su formulación general, pero pone en duda la corrección de la aplicación que se ha hecho de la misma por las autoridades y Tribunales del Estado demandado, pues hace recaer sobre el partido afectado una «carga insoportable», al no permitir ninguna flexibilidad interpretativa ni abrir el paso a consideraciones que vayan más allá del mero origen de los fondos recaudados. Dicho con otras palabras: el que éstos provengan de un *partido hermano* o afín situado de este lado de los Pirineos no puede llevar necesariamente a la conclusión de que el riesgo de que sean utilizados para alguna finalidad no permitida o expresamente prohibida por la Ley deba, a su vez, conducir a una consecuencia jurídica de la naturaleza de la aquí tratada; sin perjuicio de que la consecución de los *fin*es que la Ley se propone deba llevar a un control de los *medios* con los cuales esos objetivos pueden burlarse.

Por último, el Voto Particular de este Juez recalca dos elementos que rebasan la aceptabilidad del «margen de apreciación» del que han dispuesto las autoridades y Tribunales franceses en este caso: el uso de controles preventivos que interfieren en la constitución de la asociación financiadora, a pesar de que se podían haber aplicado medidas y sanciones sobre la misma ya constituida; y, como ya anticipábamos, la indiferencia de que los dos partidos concernidos, legalmente constituidos en sus respectivos Estados, entran dentro del ámbito de la U.E., un elemento de supranacionalidad que, consciente o involuntariamente, se ignora. Para el Juez disidente de la mayoría, este segundo elemento «modifica los parámetros de este caso con respecto a los parámetros relevantes de otros casos», donde la financiación de un partido político por otro extranjero tiene lugar en un entorno internacional «no organizado»; así pues, tal especificidad, sin duda alguna relevante, no habría sido tomada en cuenta por el Tribunal.

Libertad de reunión y asociación

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.— 2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—3.2. Titulares.—3.3. Sujetos pasivos.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Libertad de reunión y asociación.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-12

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar sindicatos con otras personas y a afiliarse a los mismos para defender sus intereses.

2. Los partidos políticos de ámbito de la Unión contribuirán a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 11

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

2.3. Constitución española

Artículo 21

1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

Artículo 22

1. Se reconoce el derecho de asociación.

2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

Una asociación no es cualquier agrupación humana, sino sólo aquella que reúne dos características: ser de naturaleza voluntaria, y perseguir un fin común a sus miembros (*STEDH Young, James y Webster c. Reino Unido*, de 13 de agosto de 1981).

El derecho de asociación comprende la faceta negativa de no asociarse (*STEDH Sigurjonsson c. Islandia*, de 30 de junio de 1993).

La adaptación de una injerencia estatal al artículo 11 requiere comprobar la concurrencia de las siguientes circunstancias: previsión por la ley, finalidad

legítima y necesidad en una sociedad democrática. En cuanto a la previsión por la ley, la norma ha de ser clara y previsible (*STEDH Sunday Times c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979). La finalidad legítima se cumple cuando se quiere proteger la seguridad nacional y los derechos y libertades de los ciudadanos. Tratándose de partidos políticos, la necesidad de la medida en una sociedad democrática es reconducible a la existencia de una necesidad social imperiosa para cuya constatación es preciso verificar: *a)* si existen indicios que lleven a pensar que el riesgo para la democracia es suficiente y razonablemente próximo; *b)* si los discursos y actos de los dirigentes pueden ser atribuidos al partido; *c)* si dichos actos y discursos atribuibles al partido reflejan de manera nítida la imagen de una sociedad no democrática.

No vulnera el artículo 11 la negativa del Estado a registrar una asociación cuando dicha negativa no constituye una medida global y absoluta dirigida contra los fines culturales y prácticos que deseaba perseguir la asociación, sino una manera de evitar un abuso concreto del estatus que el registro hubiera conferido a la asociación (*STEDH Gorzelik y otros c. Polonia*, de 17 de febrero de 2004).

La orientación tradicional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos era admitir el control de los medios, no de los fines: debe permitirse la existencia de cualquier partido político que utilice medios lícitos en una sociedad democrática, por más que los fines que persiga sean contrarios a los postulados de la democracia misma o a otros intereses básicos del Estado (*STEDH Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía*, de 30 de enero de 1998, y *Partido de la Libertad y la Democracia c. Turquía*, de 8 de diciembre de 1999). Sin embargo, la *STEDH Partido de la Prosperidad c. Turquía*, de 31 de julio de 2001, ha supuesto un giro en la materia al considerar que la decisión del Tribunal Constitucional turco de ilegalizar el Partido de la Prosperidad no es contraria al artículo 11, ya que un partido político que preconiza el fundamentalismo religioso encarna una ideología estática y cerrada incompatible con el pluralismo y el cambio inherentes a toda genuina sociedad democrática. Siempre que no concurra ese carácter totalitario del proyecto político mantenido por el partido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sigue manteniendo su orientación de que sólo cabe un control de medios, no de fines (*STEDH Partido del Trabajo del Pueblo c. Turquía*, de 9 de abril de 2002).

En relación con el derecho de reunión y manifestación, el derecho de quienes sostienen ideas opuestas a manifestarlas no justifica restricciones a las manifestaciones originariamente previstas (*STEDH Plattform Ärzte für das Leben c. Austria*, de 21 de junio de 1988).

3.2. Titulares

Las propias asociaciones también pueden ser titulares del derecho de asociación (*STEDH Otto Preminger Institut c. Austria*, de 20 de septiembre de 1994).

3.3. Sujetos pasivos

El artículo 11 no ofrece protección a los asociados frente a actos de la asociación.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Schneider c. Luxemburgo.

2113/04.

10 de julio de 2007.

4.2. Antecedentes

La demandante, que reside en Luxemburgo, es propietaria de un terreno que según la Ley de Caza de 1925 está comprendido dentro del lote núm. 16 del sindicato de caza de Troisvierges. Todos los propietarios de terrenos con determinadas características pertenecen *ipso iure* a un sindicato de caza, ente que regula el uso de los terrenos con la finalidad de racionalizar los aprovechamientos cinegéticos. La demandante, que es ideológicamente contraria a la caza, se opone a su pertenencia a este sindicato, de ahí que recurriera ante los tribunales de Luxemburgo los acuerdos del sindicato adoptados por su asamblea general el 11 de mayo de 2002. El 12 de febrero de 2003 el Tribunal administrativo desestima el recurso por entender que estamos ante una delimitación por ley del derecho de propiedad en atención a un fin de interés general como es la regulación de la caza. Esta decisión es confirmada en apelación por sentencia de 10 de julio de 2003.

4.3. Fallo

Vulneración del artículo 11 del Convenio.

V. COMENTARIO

La demandante recurre ante el Tribunal por tres motivos: vulneración del derecho de propiedad recogido en el artículo 1 del Protocolo 1.º, vulneración del derecho a la igualdad del artículo 14 y quebrantamiento del derecho de asociación en su vertiente negativa contemplado en el artículo 11. Por lo que respecta al primer motivo, el Tribunal también estima la demanda al considerar que estamos ante una restricción desproporcionada del derecho de propiedad. Sobre el segundo motivo, invocado porque las tierras del monar-

ca, Gran Duque de Luxemburgo, quedan excluidas de la Ley de 1925, el Tribunal hábilmente elude pronunciarse, señalando que no ha lugar a un análisis separado del artículo 14.

En cuanto al artículo 11, que es el que aquí nos interesa, estamos ante una sentencia que no se aparta de la jurisprudencia anterior, ya que guarda una gran semejanza con el caso *Chassagnou y otros c. Francia*.

Siguiendo un orden lógico, lo primero que procede analizar es si el sindicato de caza puede considerarse una asociación desde el punto de vista del artículo 11. La cuestión se plantea porque como recuerda el Tribunal la noción de «asociación» tiene un significado independiente y autónomo del que puede tener en los Derechos internos. Es verdad que en este caso los sindicatos de caza deben su existencia al legislador, pero no por eso dejan de ser agrupaciones de particulares que deciden sobre el uso de unos terrenos, por lo que deben considerarse asociaciones.

También parece evidente que la pertenencia obligatoria a una asociación debe considerarse una injerencia, pero en la medida en que está prevista por la ley, lo que hay que determinar es si esa injerencia es «necesaria». Como recuerda el Tribunal, el concepto de «necesario» no es sinónimo de «útil» ni de «oportuno», porque una sociedad democrática se caracteriza por el pluralismo y la tolerancia, por lo que la restricción de un derecho debe ser proporcionada al fin perseguido. La constatación de que la demandante es una opositora seria y coherente a la caza, unido a que la legislación luxemburguesa no ofrece alternativa en este tipo de casos lleva a concluir que se ha vulnerado el artículo 11.

La sentencia, por lo tanto, es continuista, como probablemente también lo serán las medidas que Luxemburgo tenga que adoptar, con la ventaja de contar con el precedente francés. Recordemos que tras la sentencia *Chassagnou*, se modificó la legislación francesa de 1964 (Loi Verdeille) introduciendo una cláusula de objeción de conciencia cinegética para los opositores a la caza.

Aunque hemos comentado esta sentencia en relación al artículo 11, parece claro que la esencia de la misma es reconducible al siempre apasionante tema de los límites del derecho de propiedad. Por eso invitamos a una reflexión: ¿Tiene sentido la objeción de conciencia cuando hablamos de la delimitación del derecho de propiedad? ¿Puede la invocación de motivos de conciencia provocar la desigual distribución de cargas asociadas a la propiedad? Ésta es en el fondo la cuestión primordial aquí planteada.

Derecho a contraer matrimonio

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio europeo.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Los hechos.—4.2. Fundamentos de derecho.—4.2.1. El derecho interno.—4.2.2. Las alegaciones de las partes.—4.2.3. Las consideraciones del Tribunal.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho a contraer matrimonio.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio europeo

Artículo 12

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

2.2. Constitución española

Artículo 32

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

2.3. Constitución europea

Artículo II-9

Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

Si bien en un principio el Tribunal había afirmado que el artículo 12 del Convenio no protegía el matrimonio de los transexuales porque en el mismo queda absolutamente excluida la procreación (*STEDH Ress contra Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986, y *Sheffield y Horshman contra Reino Unido*, de 30 de julio de 1998), posteriormente ha cambiado de línea doctrinal, considerando que es atentatorio contra la intimidad el que se prohíba el matrimonio a los transexuales (*STEDH I. contra Reino Unido*, de 11 de julio de 2002). Respecto a la disolución del matrimonio, el Tribunal sostiene que no existe un derecho fundamental al divorcio (*STEDH Johnston contra Irlanda*, de 18 de diciembre de 1986), quedando el legislador nacional en libertad de introducirlo o no.

Ahora bien, como ha dicho en sentencias posteriores la legislación nacional de un país que regule los requisitos para ejercer este derecho se considera no atentatoria contra el artículo 12 del Convenio, siempre y cuando dicha legislación no limite o altere la esencia misma de este derecho restringiendo la libertad individual (*STEDH F contra Suiza*, de 18 de diciembre de 1987). En relación con la protección de la libertad individual de los hombres y mujeres para ejercer el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia el Tribunal ha reiterado que no garantiza el derecho a la procreación (*STEDH Sijakova Margarita y Otros contra la Ex República Yugoslava de Macedonia*, de 6 de marzo de 2003) y, por tanto, mucho menos a la procreación artificial (Decisión del TEDH de admisión a trámite de la demanda núm. 57813/00 de *Sabine Haller y otros contra Austria*, el 15 de noviembre de 2007, sin entrar en el fondo del asunto, de los demandantes por las denuncias de que la prohibición de la procreación artificial violan sus derechos en virtud del artículo 8 del Convenio por sí sólo y en combinación con el artículo 14, declarando inadmisibles que esto suponga una violación del artículo 12 del mismo Convenio).

Derecho a un recurso efectivo

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho a un recurso efectivo.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-47

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva en las condiciones establecidas en el presente artículo (...).

2.2. Convenio de Roma

Artículo 13

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso

efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

2.3. Constitución española

Artículo 24, párrafo primero

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

El artículo 13 garantiza la existencia de mecanismos a nivel nacional para dar efectividad a los derechos y libertades contemplados en el Convenio (se trata, por lo tanto, de un derecho dependiente), sin perjuicio de la discrecionalidad de los Estados signatarios en cuanto a la articulación concreta de dichos remedios, dependiendo además de la naturaleza de las quejas. En todo caso el remedio exigido por el artículo 13 tiene que ser «efectivo», tanto en teoría como en la práctica, sin que pueda ser obstaculizado por acciones u omisiones de las autoridades nacionales.

La autoridad referida en el artículo 13 no tiene que ser necesariamente una autoridad judicial, pero, si no lo es, sus poderes y las garantías que le son concedidas han de ser relevantes para poder determinar si el recurso interpuesto ante ella es efectivo. De esta afirmación se desprende asimismo un concepto amplio de recurso en el sentido de procedimiento por el que se somete un acto constitutivo de violación del CEDH a una instancia cualificada a este efecto, con el propósito de obtener, según los casos, la cesación del acto, su anulación, su modificación o una reparación.

Cuando un individuo presenta una queja, reclamación o demanda sobre la destrucción intencionada de sus propiedades por parte de las autoridades nacionales, el cumplimiento del artículo 13 exige no solamente el pago de la correspondiente compensación, sino también la realización de una investigación tendente a la identificación y sanción de los responsables, garantizándose además el acceso efectivo de la presunta víctima al procedimiento investigador. Con carácter general, el Tribunal entra a valorar, atendiendo las circunstancias, tanto la suficiencia de la investigación como la necesaria imparcialidad de los investigadores. Desde este punto de vista, resulta inadmisibles para la pureza de la investigación que ésta se efectúe por la administración acusada (*STEDH Altun c. Turquía*, de 1 de junio de 2004).

La dependencia de este derecho a la que hacíamos referencia implica la interpretación del artículo 13 en el sentido de que garantiza un recurso efec-

tivo ante la autoridad nacional a toda persona que denuncia que sus derechos y libertades han sido violados. No obstante, el Tribunal ha introducido la noción de denuncia defendible. En este sentido no basta con que el recurrente alegue haber sido víctima de violación de uno de los derechos o libertades recogidos en el CEDH, sino que la citada alegación debe estar debidamente argumentada. Sin embargo, el TEDH no da una definición abstracta de la noción de defendibilidad, ya que debe determinarse a la luz de los hechos particulares y de la naturaleza de los aspectos jurídicos que surjan.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Ramadhi y cinco otros c. Albania.

38222/02.

13 de noviembre de 2007.

4.2. Antecedentes

Los demandantes son hermanos residentes en Albania, concretamente en Kavaja y Durrës. Durante el régimen comunista al padre de los demandantes le confiscaron dos tiendas y varias parcelas sin que mediara contraprestación alguna.

En fecha no especificada los demandantes, al amparo de la Ley de Propiedad, reclaman ante la Comisión de Restitución y Compensación la restitución de las propiedades en cuestión. Entre junio de 2005 y septiembre de 2006 la Comisión de Kavaja reconoce el título de propiedad de los cinco propietarios sobre las dos tiendas y sobre terrenos de 15.500 metros cuadrados, de los cuales se decide la restitución de 10.000 y la compensación sobre los 5.500 restantes y las dos tiendas al ser imposible la restitución. En relación con el resto de los terrenos la citada comisión se considera incompetente por tratarse de tierras agrícolas, correspondiéndole la decisión al respecto a la Comisión de Tierras del Distrito.

En fecha tampoco especificada los demandantes tomaron posesión de los 10.000 metros cuadrados de terreno restituidos. En cuanto a la compensación, en el momento de resolverse la demanda ante el TEDH las autoridades albanesas no habían procedido al abono de la misma.

Por lo que respecta a los terrenos restantes los demandantes reclamaron ante la Comisión de Tierras del Distrito, la cual, el 11 de noviembre de 1998, reconoce la propiedad de solamente tres de los hermanos demandantes (los tres primeros demandantes) argumentando que los otros tres carecían de legitimación para reclamar al no ser residentes del distrito. De acuerdo con esta decisión, se procede a la inscripción en el registro de la propiedad. Sin embargo, el 7 de abril de 1999 la Comisión de Tierras, siguiendo petición del

Ministro de Justicia, anula la decisión de 11 de noviembre de 1998 por considerarla contraria a ley sustantiva.

El 25 de noviembre de 1999 los tres primeros demandantes recurren ante el Tribunal de Distrito de Durrës, el cual el 4 de febrero de 2000 anula la decisión de la Comisión de Tierras instando a examinar de nuevo la reclamación.

Tras varias resoluciones judiciales ordenando la ejecución de la última resolución citada la Comisión de Tierras acuerda con fecha 8 de enero de 2003 reconocer los títulos de propiedad de los tres primeros demandantes. Sin embargo, los demandantes alegan que la cuestión de la propiedad no está ni mucho menos resuelta, ya que la decisión de la Comisión carece de efectividad al estar las tierras inscritas en el registro de la propiedad a nombre de otros propietarios que ya han construido en las parcelas. El Gobierno de Albania alega que los demandantes omitieron proceder a la inscripción sin pronunciarse sobre la transferencia de la propiedad a terceros.

4.3. Fallo

Constata, entre otros, la vulneración del artículo 13 en relación con el artículo 6 del Convenio.

V. COMENTARIO

Como no podía ser menos a la vista de la lectura de los antecedentes, los demandantes invocan la inexistencia de recursos efectivos en el Derecho interno para hacer realidad las resoluciones de las Comisiones de restitución. El Tribunal agrupa sus argumentos en dos bloques, los correspondientes al pago de las indemnizaciones y los relativos a la restitución de los terrenos acordada por la Comisión de Tierras.

En lo que respecta al pago de la compensación, realmente la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no podía ser otra que constatar la violación del artículo 13 del Convenio. En este punto hay que recordar que lo que este precepto garantiza es la existencia de un remedio en el Derecho interno que permita hacer efectivos los derechos de los ciudadanos garantizados por el Convenio. El remedio tiene que ser efectivo, tanto en la teoría como en la práctica y referido tanto a la real aplicación y ejecución de resoluciones judiciales como administrativas. Ningún paso se ha dado en este caso para ejecutar las medidas compensatorias a favor de los demandantes y el Gobierno no ha dado explicación alguna al respecto.

Tampoco se han adoptado medidas en relación con la devolución de las tierras acordada por la Comisión de Tierras. La argumentación del Tribunal es muy escueta, pero de la misma cabe inferir que el hecho de que transcurrieran casi tres años entre la anulación de la decisión y la adopción de una nueva resolución favorable a los demandantes, tiempo durante el cual se ins-

cribieron los derechos de propiedad a favor de terceros, juega en contra del Gobierno. Téngase en cuenta que el Tribunal parte de que la decisión que el Gobierno no ha procedido a ejecutar es la de 4 de febrero de 2000, no la de 8 de enero de 2003.

En definitiva, nos encontramos con un caso en el que el Tribunal es consciente de la impotencia de los ciudadanos frente a la no ejecución deliberada o por desidia, de resoluciones favorables, ya sean administrativas o judiciales, por los poderes públicos a ejecutar. Forma parte de los principios más elementales del Estado de Derecho que el derecho a la tutela judicial efectiva, por utilizar conceptos jurídicos patrios, comprende no solamente el derecho a la jurisdicción y a obtener una resolución fundada en Derecho, sino el de que las decisiones se ejecuten, de lo contrario, es evidente, el derecho del que tratamos quedaría vacío de contenido.

Prohibición de discriminación

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos.—2.2. Constitución Española.—2.3. Constitución Europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Los hechos.—4.3. Fundamentos de Derecho.—4.4. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Prohibición de discriminación.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos

Artículo 14

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

2.2. Constitución Española

Artículo 14

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

2.3. Constitución Europea

Artículo II-20

Todas las personas son iguales ante la ley.

Artículo II-21

1. Se prohíbe toda discriminación, en particular por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación ejercida por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de sus disposiciones específicas.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

El hecho de que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos la prohibición de discriminación no opere en cualesquiera relaciones jurídicas, sino únicamente respecto del goce de los derechos reconocidos en el propio Convenio, no implica que el artículo 14 no pueda ser vulnerado de forma autónoma; aunque bien es cierto que su eficacia se manifestará, en gran medida, al analizar la violación alegada de los otros derechos desde una eventual perspectiva de discriminación en el goce de los mismos. Un supuesto de vulneración autónoma se afirmó por el Tribunal en su Sentencia de 23 de julio de 1968, en el *Caso Lingüístico Belga*, al precisar que si bien en el ámbito del Convenio, la libertad de enseñanza no comprende el derecho a crear centros educativos, una norma que permita sólo la creación de aquellos que sean de un determinado tipo puede vulnerar el artículo 14 CEDH.

Respecto a la admisión de determinadas medidas divergentes, el Tribunal ha establecido que el establecimiento de diferenciaciones por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión ha de superar un muy estricto juicio de razonabilidad, requiriendo su justificación un interés público inaplazable y no tan sólo legítimo (*SsTEDH, Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, y *Willis contra Reino Unido*, de 11 de junio de 2002).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Krasnov and Skuratov v. Rusia.
Demandas núm. 17864/04 y 21396/04.
19 de julio de 2007.

4.2. Los hechos

La presente Sentencia trae causa de la presentación de dos demandas acumuladas, por parte de dos ciudadanos de la Federación Rusa, ambos residentes en Moscú, que alegan vulneración del artículo 14 del CEDH, así como del artículo 3 del Protocolo núm. 1, relativo al derecho a elecciones libres.

Como información de carácter general, se señala que el 7 de diciembre de 2003 se celebraron elecciones generales a la Duma Estatal (Cámara Baja) de la Asamblea Federal de la Federación Rusa, la cual cuenta con 450 Diputados, de los que 225 fueron elegidos por un sistema mayoritario en circunscripciones individuales y los 225 restantes por un sistema proporcional en listas federales presentadas por los partidos políticos o coaliciones, con una barrera electoral del 5 por ciento de los votos válidos emitidos considerando una única circunscripción federal.

— Los hechos referidos al Sr. Aleksandr Krasnov son los siguientes: el 28 de agosto de 2001, fue elegido Alcalde del Distrito de Presnenskiy, en Moscú; el 6 de noviembre de 2002, la Duma (Parlamento) de la Ciudad de Moscú aprobó una nueva Ley de organización de la autonomía local en la Ciudad de Moscú, cuyas disposiciones transitorias establecían que los Alcaldes que hubieran sido designados o elegidos antes de su aprobación permanecerían en funciones hasta que los órganos correspondientes se constituyeran, y sus titulares fueran designados o elegidos, de conformidad con la propia Ley.

En aplicación de la misma, la Asamblea municipal, el 29 de mayo de 2003, adoptó una nueva denominación de los órganos del Distrito, pasando el mismo a tener al Ayuntamiento (Municipalidad) de Presnenskiy como órgano ejecutivo, aprobándose igualmente su regulación interna y nombrándose Director del mismo al Sr. Klubkov, quien el 16 de junio de ese mismo año ordenó el cese del Sr. Krasnov, ya que no había sido reelegido en su cargo.

El 24 de septiembre de 2003, el Sr. Krasnov presentó su candidatura a las elecciones generales a la Duma Estatal, por la circunscripción individual núm. 202, en Moscú, indicando que estaba empleado como «Alcalde del Distrito de Presnenskiy de Moscú». Si bien su candidatura fue aceptada en un principio, el 31 de octubre la Comisión Electoral del Distrito, tras comprobar dicha información, decidió solicitar al Tribunal de la Ciudad de Moscú la anulación de su decisión de aceptación, a la vista de circunstancias recién descubiertas. El 6 de noviembre, dicho Tribunal estimó la solicitud y anuló la inscripción del demandante como candidato a las elecciones generales, sobre la base de que había presentado información no veraz sobre su cargo municipal.

El 21 de noviembre, el Tribunal Supremo de la Federación Rusa desestimó la apelación del demandante, al considerar que en primera instancia se había aplicado correctamente la legislación sustantiva, pues, una vez establecido que la información presentada por un candidato sobre sí mismo, incluyendo su lugar de trabajo, era falsa y que esa circunstancia fue conocida después de su inscripción, un Tribunal puede anular ésta.

El Sr. Krasnov aducía la «flagrante ilegalidad» de la reorganización de su Distrito y, por ende, de su cese, pero el Tribunal desestimó estos argumentos al no haberse presentado recurso contra tales acuerdos o decisiones. El Tribunal rechaza igualmente el argumento según el cual su ocupación continua del puesto de Alcalde de Distrito estaba confirmada por su registro de trabajo, pues del expediente se deducía que el 23 de junio se había enviado al domicilio del Sr. Krasnov una carta donde se ponía en su conocimiento la orden de cese. Además, el demandante no hizo uso del derecho que le asistía a probar sus alegaciones, pues no le consta al Tribunal ninguna prueba de que después de junio ocupase el cargo ya mencionado, sino que más bien se ha demostrado que, al tiempo de la presentación de su candidatura, ya no era Alcalde del Distrito de Presnenskiy, como declaraba ser.

— El 20 de octubre de 2003, el segundo demandante, Sr. Yuri Skuratov, un antiguo Fiscal General de la Federación Rusa, se presentó como candidato del Partido Comunista de la Federación Rusa a la Duma Estatal, por la circunscripción individual núm. 9 de Buryatskiy. La documentación que presentó a la Comisión Electoral de Distrito, cuyo contenido relevante a los efectos que nos interesan se detalla en el relato fáctico, constaba del formulario de su solicitud, copias de su pasaporte, documentos académicos y de empleo, declaraciones de impuestos y propiedad y la copia de un certificado de su pertenencia a la candidatura de dicho Partido.

El 27 de octubre, la Comisión rechazó su inscripción como candidato, basándose en tres razones: la discordancia existente entre la declaración hecha en su solicitud acerca de su cargo como Director de un departamento de la Universidad Social Estatal de Moscú y su posición como Profesor del mismo departamento; la falta de la aportación de algún documento que acreditase su militancia en el Partido Comunista y su *status* en él, habiendo presentado en su lugar copia de un certificado de su pertenencia a la citada candidatura electoral; y la certificación de las copias de sus diplomas por una ONG y no por una autoridad competente.

El 4 de noviembre, la Comisión Electoral Central instó a la de Distrito a reconsiderar su decisión, pero el 11 ésta rechazó la inscripción por segunda vez, al no constarle el trabajo del Sr. Skuratov como Profesor, que éste sí había puesto en conocimiento de aquella Comisión, al adjuntar un certificado en su recurso, por lo que, al no haber informado de un cambio en su ocupación, podía considerarse que había infringido la Ley Electoral; y al haber ocurrido algo similar con la acreditación de su militancia política, que había realizado ante la Comisión Electoral Central, pero ya fuera del plazo de inscripción. Además, la Comisión descubrió que el demandante había imprimido material de campaña que no había sido sufragado con cargo a su fondo electoral.

El 20 de noviembre, la Comisión Electoral Central rechazó el recurso del Sr. Skuratov ratificando, en lo sustancial, tales argumentos, como igualmente hizo el Tribunal Supremo de la República de Buryatiya el 25 y el 29 el Tribunal Supremo de la Federación Rusa, que no aceptó que el Sr. Skuratov no tuviese intención de engañar a la Comisión, ni tampoco dio por buena la sus-

titución del certificado de militancia por la lista de candidatos firmada por el Presidente del Partido.

Además de todo lo anterior, el Sr. Skuratov fue excluido de la lista federal del Partido Comunista a las elecciones a la Duma Estatal, en la que el demandante era el candidato núm. 5 en el grupo regional de los Urales, merced a un recurso presentado ante el Tribunal Supremo de la Federación Rusa por otro partido, tomando como base la presentación de información falsa confirmada por las resoluciones de la Comisión Electoral del Distrito de Buryatskiy, y arguyendo que ello constituía una violación de los derechos de otros partidos y bloques electorales.

Pese a que la Comisión Electoral Central dudó sobre la viabilidad de tal alegato, señalando que no existían dudas sobre la autenticidad de la información facilitada por el Partido Comunista en el momento de la inscripción de su candidatura federal, el Tribunal Supremo el 28 de noviembre y su Sala de Apelaciones el 4 de diciembre dieron por probada la falsedad de la información personal proporcionada por el Sr. Skuratov, con el argumento adicional de que el puesto de Director de departamento no aparecía entre los enumerados en el Código de Trabajo ni en la legislación universitaria; y reconociendo, además, el derecho del partido recurrente a hacer valer sus derechos e intereses para concurrir a elecciones generales, iguales y directas, con especial énfasis en la igualdad en el cumplimiento de los requisitos legales que posibilitan la presentación de partidos, coaliciones y bloques a las elecciones.

En este caso, el Derecho nacional relevante está constituido por una serie de disposiciones de la Ley Electoral (o Ley sobre la elección de los miembros de la Duma Estatal de la Asamblea Federal de la Federación Rusa) de 20 de diciembre de 2002, modificada el 23 de junio de 2003.

A tenor del artículo 47 § 8 (6) de la misma, un candidato no puede ser inscrito si ha aportado información falsa en su solicitud; los artículos 38 § 7 (1) y 41 § 4 (1) obligan a los candidatos a hacer constar, en su solicitud, sus estudios, lugar y puesto de trabajo, pudiendo los partidos indicar su militancia o pertenencia al mismo siempre que aporten algún certificado de sus órganos de gobierno confirmando tal información.

Se cita, igualmente, el informe de la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos de la OSCE, emitido con fecha 27 de enero de 2004 por la Misión de Observación de las elecciones a la Duma Estatal celebradas el 7 de diciembre de 2003¹. En el mismo se destaca que aunque hubo relativamente pocas reclamaciones sobre inscripción de partidos y candidatos, y que la Comisión Electoral Central las enjuició de manera adecuada, cierto número de Tribunales y Comisiones electorales de nivel inferior inhabilitaron a algunos candidatos de manera selectiva por violaciones triviales. Entre estos casos, el informe relata el caso del Sr. Skuratov.

¹ Puede descargarse en: <http://www.osce.org/documents/odihr/2004/01/1947> en pdf.

4.3. Fundamentos de Derecho

• En cuanto a la alegada violación del artículo 3 del Protocolo núm.1 por las decisiones de las autoridades rusas, al impedirles concurrir a las elecciones a la Duma Estatal, el Tribunal comienza por reproducir el tenor literal del precepto: «*Las Altas Partes Contratantes se comprometen a celebrar elecciones libres en plazos razonables y por sufragio secreto, bajo unas condiciones que asegurarán la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo*».

— El Gobierno del Estado demandado alega que la ley rusa exige a todos los candidatos presentar información sobre ellos mismos, adecuada y a su debido tiempo, además de disponer del mismo plazo para tales trámites, lo que sirve para reforzar la igualdad de la competición electoral; la obligada veracidad de la información sobre el candidato tiene como finalidad facilitar a los votantes una elección informada. Todos estos requisitos son restricciones proporcionadas del derecho de sufragio pasivo y son, pues, necesarios en una sociedad democrática para garantizar la libre expresión de los votantes.

La legitimidad de la elección está fortalecida, además, por la sanción de las violaciones de la Ley Electoral, entre las que se encuentra el rechazo o la cancelación de la inscripción de un candidato. En los supuestos de los dos demandantes, su inelegibilidad fue el resultado de su propio incumplimiento de la ley, por lo que no supone una violación de su derecho a presentarse a las elecciones.

— A continuación, el Tribunal desgrana los principios generales sobre este derecho, del que señala que encierra un principio fundamental para la efectividad de la democracia, siendo de capital importancia en el sistema del CEDH (Sentencia de 2 de marzo de 1987, *Mathieu-Monin y Clerfayt contra Bélgica*).

El Tribunal reitera que están implícitos en el artículo 3 del Protocolo núm. 1 los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo, los cuales tampoco son absolutos: en su legislación interna, los Estados pueden someter los mismos a condiciones que, en principio, tal precepto no excluye, disponiendo de un amplio margen de apreciación en este ámbito, y correspondiendo al Tribunal determinar, en última instancia, si se ha cumplido con las exigencias del citado artículo. En concreto, las limitaciones establecidas no pueden restringir los derechos reconocidos en el mismo en tal grado que desnaturalicen su esencia íntima y los priven de su efectividad; deben perseguir un objetivo legítimo; y los medios empleados para tal fin no pueden ser desproporcionados (Sentencia de 11 de junio de 2002, *Sadak y otros (núm. 2) contra Turquía*).

Más en concreto, los Estados gozan de un margen considerable para establecer, en su orden constitucional, normas que regulen el *status* de los parlamentarios, incluyendo causas de inelegibilidad, que dependen de factores históricos y políticos, aunque su propósito consista en garantizar la independencia de los representantes de los ciudadanos, así como la libertad de los electores, mostrándose una gran diversidad de sistemas en los Estados miem-

bro del Consejo de Europa. Ninguno de tales criterios podría, sin embargo, considerarse más válido que cualquier otro a condición de que se garantice la expresión de la voluntad del pueblo por medio de elecciones libres, limpias y periódicas (Sentencias de 9 de abril de 2002, *Podkolzina contra Letonia*, y de 1 de julio de 1997, *Gítonas y otros contra Grecia*).

El Tribunal recuerda, a continuación, el principio de interpretación y aplicación de las disposiciones del Convenio en el sentido de que éstas se hagan realmente efectivas en la práctica (Sentencia de 30 de enero de 1998, *Partido Comunista Unido de Turquía y otros contra Turquía*). De esta manera, el derecho de sufragio pasivo sería ilusorio si, en cualquier momento, pudiera procederse a la privación arbitraria del mismo, y dicho principio de efectividad exige que las resoluciones según las cuales un candidato no ha satisfecho las condiciones de elegibilidad sean conformes con una serie de criterios establecidos para evitar decisiones arbitrarias (Sentencias de 11 de enero de 2007, *Partido Conservador Ruso de Empresarios y otros contra Rusia*, de 9 de abril de 2002, *Podkolzina contra Letonia*, y de 19 de octubre de 2004, *Melnychenko contra Ucrania*).

— En el presente supuesto, el Tribunal subraya que ambos demandantes solicitaron su inscripción para presentarse como candidatos a las elecciones generales a la Duma Estatal, y sus solicitudes fueron rechazadas sobre la base de que habían incluido información falsa sobre su empleo o militancia política, con la consecuencia de que ninguno de los dos pudo concurrir a la elección.

Así, la misión del Tribunal consiste en examinar si las resoluciones para inhabilitar a los demandantes perseguían un objetivo legítimo y si fueron proporcionadas a ese fin, teniendo en cuenta el margen de apreciación estatal. En lo que concierne a la finalidad legítima, el Tribunal reitera que cada Estado ostenta un interés igualmente legítimo en garantizar el normal funcionamiento de su propio sistema institucional, y todavía más en la elección del Parlamento nacional, que está investido del poder legislativo y juega un papel esencial en un Estado democrático. Aquí el Tribunal, en abstracto, coincide con el Gobierno de la Federación Rusa en subrayar que la exigencia de la presentación de documentación por los candidatos, sobre su empleo y afiliación, sirve para que los votantes hagan una elección informada con respecto a su bagaje profesional y político, sin que ello tenga por qué ser arbitrario o irrazonable. Es igualmente legítimo que la información así facilitada sea lo más exacta posible, para que los votantes no se formen representaciones falsas de la realidad. En conclusión, el Tribunal concluye que tal exigencia constituye un objetivo legítimo a los propósitos del artículo 3 del Protocolo núm. 1.

1) En cuanto a la proporcionalidad de la inhabilitación del Sr. Krasnov, éste alega que la misma no había estado basada en argumentos relevantes y, en cualquier caso, había sido desproporcionada, pues no había tenido la intención de engañar a los votantes con información capaz de ello, sino que había actuado de buena fe indicando el puesto que había ocupado previamente en un órgano reorganizado. Su mandato no había expirado y su cese

no le había sido adecuadamente notificado; en su opinión, la elección final de candidatos no se debería haber dejado a la Comisión, sino a los votantes, quienes habrían quedado protegidos de influencias indebidas mediante el pleno acceso a la información sobre tales candidatos.

En este supuesto, el Gobierno subraya que el Sr. Krasnov había engañado a la Comisión Electoral, pues había sido cesado como Alcalde del Distrito de Presnenskiy el 16 de junio de 2003, por lo que la resolución de la Comisión en el sentido de cancelar su inscripción había sido legal y justificada.

El Tribunal observa que, cuando presentó su solicitud de candidatura, el Sr. Krasnov indicó que era el Alcalde del Distrito, pero en esa fecha (septiembre de 2003) el Distrito había sido reorganizado en un Municipio, y otra persona había sido nombrada Director, por lo que en ese momento el puesto que él solicitaba mantener ya no existía. El Tribunal no está convencido de que se tratase de un error de buena fe del demandante, pues es poco concebible que no hubiera sido consciente de esa reorganización y de ese nombramiento; aun asumiendo que la decisión de su cese no se le había notificado formalmente, no existen indicios de que hubiera continuado ejerciendo sus funciones tras la fecha de su cese (16 de junio). Es, además, relevante, que dicha decisión no hubiese sido recurrida por medio de ningún procedimiento judicial que creara en el Sr. Krasnov la expectativa de ser restituido a su puesto.

Por tanto, el primer demandante presentó a sabiendas información falsa sobre su cargo. El Tribunal considera que la información que presentó no era indiferente para los votantes residentes en la circunscripción por la que se pretendía presentarse. Ocultando aquélla, el Sr. Krasnov se encubrió en una posición de autoridad, a ojos de los votantes, que ya no ostentaba, por lo que la falsedad de la información que aportó podría haber afectado la capacidad de esos votantes para realizar una elección informada. En conclusión, la decisión de su inelegibilidad no fue desproporcionada al objetivo legítimo perseguido, por lo que no ha existido violación del artículo 3 del Protocolo núm. 1.

2) En cuanto a la proporcionalidad de la inhabilitación del Sr. Skuratov, éste alega que había presentado toda la documentación exigida, incluyendo la concerniente a su puesto de trabajo y la pertenencia al Partido Comunista, en el plazo señalado en la Ley Electoral. Desde la fecha del acuse de recibo (20 de octubre de 2003), los órganos electorales habían seguido en posesión de todos los documentos que se le habían solicitado. El único propósito de que adjuntase un certificado adicional de la Universidad Social Estatal de Moscú en el recurso del 27 de octubre había sido que no había acaecido ningún cambio en su trabajo en el período intermedio; la ley le exigía indicar su puesto de trabajo principal, lo que él había aportado mencionando que era el Director del departamento universitario, en tanto que no se le exigía indicar todos los puestos ejercidos a lo largo de todo el tiempo, además de que es bastante normal que el Director de un departamento también suele enseñar en él como Profesor.

El Sr. Skuratov reputa desproporcionada la medida adoptada por las autoridades de su Estado cualquiera que fuera el objetivo perseguido por ella. El Gobierno no explicó por qué la referencia a su puesto principal había engañado al electorado hasta el extremo de que se le hubiese declarado inelegible, sin duda la sanción más grave. Considera que esta medida había sido una represalia política por sus intentos de investigar, en su época de Fiscal General, la gestión del Presidente Yeltsin y de su equipo.

Por su parte, el Gobierno mantiene que la inscripción del Sr. Skuratov como candidato en la circunscripción individual había sido rechazada por su propia falta de presentación de los documentos exigidos en el plazo oportuno; si su presentación tardía hubiera sido aceptada, se habría violado el principio de igualdad de oportunidades. Y en cuanto a su exclusión de la lista federal del Partido Comunista, el Tribunal Supremo había valorado la prueba y determinado que el Sr. Skuratov había presentado información falsa sobre sí mismo.

El Tribunal observa, desde el principio, que los argumentos invocados por las autoridades nacionales para la determinación de la inelegibilidad del Sr. Skuratov no fueron coherentes a lo largo del procedimiento. En una segunda revisión de la documentación, la Comisión Electoral de Distrito abandonó el tercero de sus argumentos y lo sustituyó por uno nuevo relativo a la financiación de los materiales de campaña, que después no fue confirmado por los Tribunales rusos. Además, en la medida en que el Gobierno alegó que la inhabilitación podía explicarse por la presentación tardía de documentos, el Tribunal observa que este argumento nunca había sido utilizado en el procedimiento en la vía interna. Además, el punto de vista del Gobierno está refutado por el acuse de recibo fechado el 20 de octubre de 2003, cuando el plazo de presentación de documentos finalizaba el 22, y en esa documentación se incluía su registro de trabajo y un certificado de su militancia en el Partido Comunista.

En estas circunstancias, el Tribunal limita su análisis a los argumentos que fueron expuestos en última instancia en las resoluciones judiciales que confirmaban la inelegibilidad del demandante:

a) En lo que se refiere a su trabajo, se constata que la entrada más reciente en dicho registro confirmaba que el Sr. Skuratov había sido nombrado Director de departamento el 1 de junio de 2003, siendo tal entrada posterior a la que recogía su traslado al puesto de Profesor. Las razones dadas por las autoridades rusas para justificar por qué creyeron que la información sobre su trabajo era falsa son contradictorias: así, la Comisión Electoral de Distrito se refirió, en su primera resolución, al ejercicio simultáneo de los dos puestos, y en la segunda a un cambio en su trabajo; el Tribunal de primera instancia echó en falta la mención a su traslado al puesto de Profesor, y en apelación apareció una nueva explicación: el puesto de Director de departamento era de carácter temporal, mientras que el demandante debió haber consignado su puesto permanente, esto es, el de Profesor.

El Tribunal apunta que, además de esta incoherencia, las autoridades nacionales no invocaron ninguna disposición legal ni jurisprudencia para interpretar los requisitos de la Ley Electoral; únicamente el Tribunal Supremo aludió vagamente al «espíritu de la ley laboral». Ni la obligación de reflejar traslados y cambios de puesto ni la de distinguir entre puestos permanentes y temporales pueden derivarse de una interpretación literal de la Ley Electoral, que tan sólo obliga a indicar el «puesto de trabajo principal». En conclusión, las autoridades rusas no cumplieron el estándar de la Convención en cuanto a la legalidad y previsibilidad de la medida impugnada, que exige que la ley sea lo bastante precisa como para permitir a la persona prever las consecuencias que puede implicar una determinada conducta (Sentencia de 20 de mayo de 1999, *Rekvényi contra Hungría*).

Además de todo lo anterior, en contraste con el primer demandante, nada indica que el Sr. Skuratov actuase de mala fe: es razonable que creyera que tenía que incluir su puesto de trabajo más reciente y avanzado, siendo tarea de las autoridades nacionales elucidar los requisitos legales aplicables y facilitar al demandante información clara sobre cómo preparar la documentación (Sentencias de 5 de octubre de 2006, *Sección del Ejército de Salvación en Moscú contra Rusia*, y de 13 de abril de 2006, *Tsonev contra Bulgaria*). En opinión de los observadores independientes de las elecciones, el juicio sobre la solicitud del Sr. Skuratov «sugería una aplicación selectiva e incoherente de las normas de inscripción». Finalmente, el Tribunal considera que no puede mantenerse seriamente que la diferencia entre los puestos de Profesor y Director del mismo Departamento fuera susceptible de engañar a los votantes; más relevante y de mayor conocimiento público era el cargo que había ocupado el demandante años antes, como Fiscal General de la Federación Rusa.

b) En cuanto a la información incorrecta sobre la militancia política del demandante, el Tribunal hace notar que la misma nunca estuvo en disputa ni fue puesta en cuestión. Las resoluciones de las autoridades rusas sólo se basaron en aspectos formales del certificado de pertenencia al Partido Comunista, y más en concreto, en el hecho de que se hubiese enviado antes a la Comisión Electoral Central que a la de Distrito, como las mismas señalan que debería haber sido.

La Ley Electoral, interpretada literalmente, no establece ningún requisito formal específico al efecto, y las Comisiones Electorales y los Tribunales rusos no se refirieron a ninguna otra disposición legal que obligase a remitir el documento en cuestión a la Comisión de Distrito, como tampoco el Gobierno ruso en sus alegaciones ante este Tribunal. Así pues, la interpretación adoptada por las autoridades domésticas no ha cumplido con el estándar de «legalidad» y previsibilidad, ya que no había orientación legal alguna que permitiera al Sr. Skuratov prever que la remisión de un certificado tal a la Comisión Electoral Central podía desembocar en una resolución declarándole inelegible.

El Tribunal reitera que lo relevante en su valoración es la existencia de una relación razonable de proporcionalidad entre las medidas empleadas por las

autoridades nacionales y el objetivo legítimo que se proponían conseguir (Sentencia de 10 de noviembre de 2005, *Leyla Sahin contra Turquía*). Si nunca se ha alegado que el demandante no fuera un miembro del Partido Comunista, el Tribunal no puede aceptar que la decisión sobre la inelegibilidad del Sr. Skuratov fuera adoptada con la finalidad de impedir que los votantes se formaran una idea distorsionada de su inclinación política. De ello se sigue que falta esa relación de proporcionalidad entre la medida y el objetivo perseguido, por lo que el Tribunal resuelve que la decisión de las autoridades nacionales no estaba basada en razones relevantes y suficientes ni concordaba con los hechos no controvertidos, de manera que es desproporcionada al objetivo legítimo perseguido.

El Tribunal extiende su decisión tanto a la inhabilitación para la elección en circunscripción individual como para su exclusión de la lista federal de su Partido, pues los argumentos expuestos en el segundo procedimiento reiteran los del primero. Así pues, ha existido violación del artículo 3 del Protocolo núm. 1 con respecto al Sr. Skuratov.

- En cuanto a la violación del artículo 14 del CEDH, alegada por el Sr. Skuratov, consistía en que era el único de los 163 candidatos propuestos por el Partido Comunista al que se le había denegado la inscripción por una falta en la confirmación de su afiliación política, cuando todos los demás candidatos habían presentado certificados idénticos firmados por el Presidente del Partido y dirigidos a la Comisión Electoral Central.

Aquí el Tribunal reitera que el artículo 14 carece de existencia independiente, si bien juega un papel importante de complemento de otras disposiciones de la Convención y de los Protocolos, al proteger a individuos, puestos en situaciones similares, de cualquier discriminación en el disfrute de los derechos que reconocen otras normas. Allí donde un precepto sustantivo de la Convención o de sus Protocolos ha sido invocado, por sí mismo o en conjunto con el artículo 14, y se ha producido una infracción separada del precepto, con carácter general no es necesario que el Tribunal considere el caso también bajo el ámbito del artículo 14, aunque otra será su posición si es un aspecto fundamental del supuesto la existencia de una clara desigualdad de trato en el disfrute del derecho en cuestión (Sentencias de 29 de abril de 1999, *Chassagnou y otros contra Francia*, y de 22 de octubre de 1981, *Dudgeon y otros contra el Reino Unido*).

Pues bien, en las circunstancias del presente caso, el Tribunal considera que la desigualdad de trato, de la que el segundo demandante alega ser víctima, ha sido suficientemente tenida en cuenta en la valoración que ha llevado a resolver sobre la existencia de una violación del artículo 3 del Protocolo núm. 1, de lo que se sigue que no existe motivo para un examen separado de los mismos hechos desde el punto de vista del artículo 14 del CEDH.

- Finalmente, el Tribunal aplica el artículo 41 del CEDH en cuanto a la integridad de la reparación a quien ha sufrido lesión en sus derechos.

Se establece en la Sentencia una indemnización de 8.000 € en concepto de daño no pecuniario, por el perjuicio personal, político y profesional sufrido por el Sr. Skuratov y con independencia de la reclamación que había realizado, en la que solicitaba una cantidad superior con la finalidad de destinarla a la publicación del fallo del Tribunal en la prensa rusa. Asimismo, en cuanto a costas y gastos, el demandante solicitaba 7.000 € por honorarios profesionales y otros, como gastos postales, de traductor y secretariado en el procedimiento en la vía interna y ante el TEDH; el Tribunal rechaza la pretensión relativa al procedimiento ante las autoridades rusas, y en cuanto al habido ante el mismo, estima parcialmente la petición del Sr. Skuratov por considerar excesivo el tiempo de trabajo declarado en la minuta de su representante legal, por lo que fija la indemnización en 12.000 € en concepto de costas y gastos.

4.4. Fallo

Por todos estos motivos, el Tribunal, unánimemente, efectúa las tres siguientes declaraciones: inexistencia de violación del artículo 3 del Protocolo núm. 1 con respecto al Sr. Krasnov; existencia de violación del mismo precepto con respecto al Sr. Skuratov; y no examen separado de la queja del Sr. Skuratov, relativa al artículo 14 del CEDH. Además, condena al Estado demandado a abonarle las cantidades ya señaladas, más cualquier impuesto que pudiera pagarse a cuenta de las mismas, con los intereses aplicables una vez transcurridos tres meses desde el día en que el fallo deviene definitivo conforme al artículo 44.2 del CEDH, plazo que el Tribunal concede a la Federación Rusa para hacer efectivo dicho pago.

V. COMENTARIO

Hemos escogido esta Sentencia por poner en conexión el principio de no discriminación proclamado en el artículo 14 del CEDH con uno de los derechos sustantivos que no por dejar de estar reconocido en el texto del Convenio, sino en uno de sus Protocolos, es menos relevante: el derecho a concurrir a elecciones libres. Bien es cierto que en la Sentencia, la recepción de aquel principio, convertido al cabo en derecho a la igualdad, se produce de manera *negativa* y *lateral*, por cuanto que, como es doctrina reiterada del propio Tribunal, el artículo 14 carece de existencia independiente a efectos de su invocación ante el mismo. Es así que tal precepto conserva una *relatividad* que obliga a que se alegue la vulneración de alguno de los otros derechos, pues lo que el Convenio proscribe es precisamente la discriminación en el goce de los mismos, a la vez que pueden predicarse de él los dos caracteres de *accesoriedad* y *progresiva autonomía*, en el sentido en que el propio Tribunal los ha ido delimitando.

Por lo demás, pocas sorpresas puede deparar el fallo, alcanzado por unanimidad de la Sección juzgadora, ya que del relato fáctico se desprende claramente que el Sr. Krasnov no se atuvo a la realidad de los hechos en la información que aportó a la Administración electoral rusa. En cambio, no puede considerarse que el Sr. Skuratov, tanto en punto a su puesto de trabajo universitario como en lo concerniente a su pertenencia al Partido Comunista, aunque pudiera haberse dado algún problema en los aspectos formales de la documentación que presentó o alguna confusión o error en los datos comprendidos en la misma, faltara a la verdad en un grado tal que diera lugar a una medida tan grave e intensa como es su exclusión de la competición electoral.

En síntesis, los derechos en juego operan en forma similar a como lo hace el artículo 23.2 de la CE en el proceso electoral español, tal como se consagra en la copiosa y minuciosa jurisprudencia constitucional que ha generado, cuya cita excusamos: reconocimiento amplio del derecho de sufragio pasivo como proyección del derecho de participación política de los ciudadanos por medio de representantes *ex* artículo 23.1; configuración legal del mismo, lo que resulta relevante para conocer su contenido esencial, pero también su efectividad práctica, pues son las leyes las que señalan sus requisitos de ejercicio; y acceso a los cargos públicos «en condiciones de igualdad», lo que conecta el artículo 23.2 con el artículo 14 de la CE, como aquí se hace con los artículos 14 del CEDH y 3 del Protocolo núm. 1, de tal suerte que toda diferenciación en las normas o en la aplicación de las mismas ha de contar, para ser lícita y no convertirse en una discriminación proscrita por el Convenio, con una justificación objetiva y razonable, según el canon de utilización preceptiva en estos supuestos.

Así viene a ocurrir en este caso con las causas de inelegibilidad, que, al suponer una limitación del derecho fundamental, han de ser objeto de una interpretación y aplicación restrictivas; si en España el artículo 70.1 de la CE reserva específicamente la determinación de las mismas a la Ley Electoral (STC 72/1984, de 14 de junio, y todas las que la siguen), en este supuesto destaca el especial celo de las autoridades rusas en la vigilancia de la veracidad de la información aportada por quienes aspiran a ser candidatos, teniendo ello la finalidad de asegurar no tanto la transparencia y limpieza del proceso electoral, sino más bien la veracidad de esa información para que la misma no llegue falseada o distorsionada al electorado. Dada la importancia de las elecciones en la conformación y realización de un sistema democrático auténtico, el TEDH se muestra muy escrupuloso en el análisis de estas normas internas, pues la consecución de ese objetivo legítimo no puede conducir a excesos que, al cabo, desnaturalicen la esencia del sufragio como derecho subjetivo; la cita de buena parte del cuerpo de doctrina del Tribunal en apoyo de sus tesis avala las soluciones a las que se llega en la parte dispositiva de la Sentencia, y a ella podría añadirse alguna otra resolución importante, que hace hincapié en la necesaria proporcionalidad de tales restricciones, así la Sentencia de 18 de febrero de 1999, *Matthews contra el Reino Unido*.

En cuanto a la conexión entre el principio de igualdad y el derecho fundamental sustantivo cuya violación se aduce, en este supuesto el Tribunal des-

poja a aquél de toda sustantividad propia, pues el reconocimiento de tal vulneración hace innecesaria la alegación relativa a la quiebra de la igualdad, hasta el punto de que la desigualdad queda subsumida en la valoración sobre la infracción del precepto en el que se consagra el derecho a elecciones libres, deviniendo superfluo un examen nuevo y separado que tuviera en consideración una posible discriminación con entidad propia y distinta.

Por último y aun teniendo presente la presencia de observadores independientes e internacionales, en particular de la misión de la OSCE cuyo informe aparece extractado en la Sentencia, la judicialización de la fiscalización del proceso electoral en la Federación Rusa es otro elemento destacable, siguiendo la línea de Constituciones como la española de 1978, cuyo artículo 70.2 establece ese mismo control jurisdiccional y, a la postre, a cargo del Tribunal Constitucional como una instancia electoral más, de conformidad con las Leyes Orgánicas del Régimen Electoral General y del Tribunal Constitucional.

V

**CRÓNICA DE ACTIVIDAD
PARLAMENTARIA**

La Actividad Parlamentaria de enero a 11 de junio de 2007 (VII Legislatura)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA.—III. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA.—3.1. El Pleno de la Asamblea de Madrid.—3.2. Las Comisiones de la Asamblea de Madrid.—3.3. La Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid.—3.4. La Mesa de la Asamblea de Madrid.—3.5. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid.—IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA CÁMARA.—4.1. Relación de Leyes aprobadas.—V. RESUMEN DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA (enero/11 de junio de 2007).—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 octavo período de sesiones de la VII Legislatura, que comprende los meses de enero a 11 de junio de 2007.

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 octavo período de sesiones de la VII Legislatura no se han producido alteraciones en cuanto a pérdida y adquisición de la condición de Diputado.

* Jefa de la Sección de Archivo y Jefe del Negocio de Archivo Administrativo, respectivamente, de la Asamblea de Madrid.

III. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA

3.1. El Pleno de la Asamblea de Madrid

Se han celebrado 8 sesiones plenarias ordinarias en el octavo período (enero/11 junio de 2007).

A continuación se reseñan las fechas concretas de las sesiones, el número del Diario de Sesiones y de Acta.

Sesiones Plenarias

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de acta
Enero	1	12-01-2007	849	3/2007
	Total sesiones mes de enero 2007 1			
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de acta
Febrero	1	01-02-2007	851	4/2007
	2	08-02-2007	859	5/2007
	3	15-02-2007	867	6/2007
	Total sesiones mes de febrero 2007 3			
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de acta
Marzo	1	01-03-2007	879	7/2007
	2	08-03-2007	887	8/2007
	3	15-03-2007	900	9/2007
	4	22-03-2007	911	10/2007
	Total sesiones mes de marzo 2007.....4			
Total sesiones 01/01/2007 - 11/06/2007 8				

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 55, 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: 03 de diciembre de 2003 (D. SS. 3, de 03-12-03)

- 3.2.1.2. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura
- 3.2.1.3. Sesiones de la Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE ESTATUTO DE AUTONOMÍA, REGLAMENTO Y ESTATUTO DEL DIPUTADO

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Marzo	1	08-03-2007	s/n.º
	Total sesiones mes de marzo 2007 1		
	Total sesiones 01/01/2007 - 11/06/2007 1		

3.2.2. *Comisión de Presidencia*

- 3.2.2.1. Constitución: 03 de diciembre de 2003 (D. SS. 4, de 03-12-2003)
- 3.2.2.2. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura
- 3.2.2.3. Sesiones de la Comisión de Presidencia

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE PRESIDENCIA

Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06-02-2007	855
	2	20-02-2007	872
	Total sesiones mes de febrero 2007.....2		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06-03-2007	882
	2	20-03-2007	904
	Total sesiones mes de marzo 2007 2		
Total sesiones 01/01/2007 - 11/06/2007 4			

3.2.3. *Comisión de Justicia e Interior*

3.2.3.1. Constitución: 03 de diciembre de 2003 (D. SS. 5, de 03-12-2003)

3.2.3.2. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura

3.2.3.3. Sesiones de la Comisión de Justicia e Interior

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN JUSTICIA E INTERIOR

Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	21-02-2007	874
	Total sesiones mes de febrero 2007.....1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	14-03-2007	896
	2	21-03-2007	907
	Total sesiones mes de marzo 2007 2		
Total sesiones 01/01/2007 - 11/06/2007 3			

3.2.4. *Comisión de Presupuestos y Hacienda*

3.2.4.1. Constitución: 03 de diciembre de 2003 (D. SS. 7, de 03-12-2003)

3.2.4.2. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura

3.2.4.3. Sesiones de la Comisión de Presupuestos y Hacienda

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE PRESUPUESTOS Y HACIENDA

Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	13-03-2007	893
	2	20-03-2007	905
	Total sesiones mes de marzo 2007 2		
Total sesiones 01/01/2007 – 11/06/2007 2			

3.2.5. *Comisión de Economía e Innovación Tecnológica*

3.2.5.1. Constitución: 03 de diciembre de 2003 (D. SS. 8, de 03-12-2003)

3.2.5.2. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura

3.2.5.3. Sesiones de la Comisión de Economía e Innovación Tecnológica

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA

Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06-02-2007	857
	2	13-02-2007	864
	Total sesiones mes de febrero 2007.....2		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06-03-2007	884
	2	13-03-2007	895
	Total sesiones mes de marzo 2007 2		
Total sesiones 01/01/2007 - 11/06/2007 4			

3.2.6. *Comisión de Transportes e Infraestructuras*

3.2.6.1. Constitución: 03 de diciembre de 2003 (D. SS. 9, de 03-12-2003)

3.2.6.2. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura

3.2.6.3. Sesiones de la Comisión de Transportes e Infraestructuras

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE TRANSPORTES E INFRAESTRUCTURAS

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Marzo	1	09-03-2007	888
	Total sesiones mes de marzo 2007 1		
	Total sesiones 01/01/2007 - 11/06/2007 1		

3.2.7. *Comisión de Educación*

3.2.7.1. Constitución: 04 de diciembre de 2003 (D. SS. 11, de 04-12-2003)

3.2.7.2. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura

3.2.7.3. Sesiones de la Comisión de Educación

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE EDUCACIÓN

Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	14-02-2007	865
	2	21-02-2007	875
	Total sesiones mes de febrero 2007.....2		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	07-03-2007	885
	2	14-03-2007	897
	3	21-03-2007	906
	Total sesiones mes de marzo 2007 3		
Total sesiones 01/01/2007 - 11/06/2007 5			

3.2.8. *Comisión de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio*

3.2.8.1. Constitución: 04 de diciembre de 2003 (D. SS. 12, de 04-12-2003)

3.2.8.2. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura

3.2.8.3. Sesiones de la Comisión de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

Sesiones de las Comisiones**COMISIÓN DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO**

Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06-02-2007	856
	2	13-02-2007	863
	3	20-02-2007	873
	Total sesiones mes de febrero 2007.....3		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06-03-2007	883
	2	13-03-2007	894
	Total sesiones mes de marzo 2007 2		
Total sesiones 01/01/2007 - 11/06/2007 5			

3.2.9. Comisión de Sanidad y Consumo

3.2.9.1. Constitución: 04 de diciembre de 2003 (D. SS. 13, de 13-12-2003)

3.2.9.2. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura

3.2.9.3. Sesiones de la Comisión de Sanidad y Consumo

Sesiones de las Comisiones**COMISIÓN DE SANIDAD Y CONSUMO**

Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	21-02-2007	876
	2	07-02-2007	858
	Total sesiones mes de febrero 2007.....2		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	07-03-2007	886
	2	14-03-2007	898
	3	21-03-2007	908
	Total sesiones mes de marzo 2007 3		
Total sesiones 01/01/2007 - 11/06/2007 5			

3.2.10. *Comisión de Cultura y Deportes*

3.2.10.1. Constitución: 04 de diciembre de 2003 (D. SS. 14, de 04-12-2003)

3.2.10.2. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura

3.2.10.3. Sesiones de la Comisión de Cultura y Deportes

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE CULTURA Y DEPORTES

Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	12-02-2007	862
	2	19-02-2007	870
	Total sesiones mes de febrero 2007.....2		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	12-03-2007	892
	2	19-03-2007	903
	Total sesiones mes de marzo 2007 2		
Total sesiones 01/01/2007 – 11/06/2007 4			

3.2.11. *Comisión de Familia y Asuntos Sociales*

3.2.11.1. Constitución: 04 de diciembre de 2003 (D. SS. 15, de 04-12-2003)

3.2.11.2. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura

3.2.11.3. Sesiones de la Comisión de Familia y Asuntos Sociales

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES

Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	05-02-2007	853
	2	19-02-2007	868
	Total sesiones mes de febrero 2007.....2		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	05-03-2007	881
	2	19-03-2007	902
	Total sesiones mes de marzo 2007 2		
Total sesiones 01/01/2007 – 11/06/2007 4			

3.2.12. *Comisión de Empleo*

3.2.12.1. Constitución: 04 de diciembre de 2003 (D. SS. 16, de 04-12-2003)

3.2.12.2. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura

3.2.12.3. Sesiones de la Comisión de Empleo

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE EMPLEO

Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	05-02-2007	854
	2	19-02-2007	871
	Total sesiones mes de febrero 2007.....2		
Total sesiones 01/01/2007 – 11/06/2007 2			

3.2.13. *Comisión de Mujer*

3.2.13.1. Constitución: 03 de diciembre de 2003 (D. SS. 6, de 03-12-2003)

3.2.13.2. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura

3.2.13.3. Sesiones de la Comisión de Mujer

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE MUJER

Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	02-02-2007	852
	Total sesiones mes de febrero 2007.....1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	09-03-2007	889
	Total sesiones mes de marzo 2007 1		
Total sesiones 01/01/2007 - 11/06/2007 2			

3.2.14. *Comisión de Juventud*

3.2.14.1. Constitución: 04 de diciembre 2003 (D. SS. 18, de 04-12-2003)

3.2.14.2. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura

3.2.14.3. Sesiones de la Comisión de Juventud

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE JUVENTUD

Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	09-02-2007	860
	Total sesiones mes de febrero 2007.....1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	02-03-2007	880
	2	16-03-2007	901
	Total sesiones mes de marzo 2007 2		
Total sesiones 01/01/2007 – 11/06/2007 3			

3.2.15. *Comisión de Inmigración*3.2.15.1. Creación: Como consecuencia de la creación de la Agencia para la Inmigración con rango de Consejería, Decreto 85/2005, de 15 de septiembre (BOCM 221, de 16/09/2005)
Acuerdo de Mesa de 03/10/2005 (BOAM 119, de 06/10/2005)

3.2.15.2. Constitución: Sesión constitutiva 13 de octubre de 2005, D. SS. 517, de 13/10/2005

3.2.15.3. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura

3.2.15.4. Sesiones de la Comisión de Inmigración

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE INMIGRACIÓN

Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	12-02-2007	861
	Total sesiones mes de febrero 2007.....1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	12-03-2007	891
	Total sesiones mes de marzo 2007 1		
Total sesiones 01/01/2007 - 11/06/2007 2			

COMISIONES PERMANENTES NO LEGISLATIVAS

3.2.16. *Comisión de Vigilancia de las Contrataciones*

3.2.16.1. Constitución: 04 de diciembre de 2003 (D. SS. 17, de 04-12-2003)

3.2.16.2. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura

3.2.16.3. Sesiones de la Comisión de Vigilancia de las Contrataciones

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE VIGILANCIA DE LAS CONTRATACIONES

Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	01-03-2007	878
	2	22-03-2007	910
	Total sesiones mes de marzo 2007 2		
Total sesiones 01/01/2007 – 11/06/2007 2			

3.2.17. *Comisión de Control del Ente Público Radio Televisión Madrid*

3.2.17.1. Constitución: 03 de diciembre de 2003 (D. SS. 4, de 03-12-2003)

3.2.17.2. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura

3.2.17.3. Sesiones de la Comisión de Control del Ente Público Radio Televisión Madrid

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE CONTROL DEL ENTE PÚBLICO RADIO TELEVISIÓN MADRID

Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	15-02-2007	866
	Total sesiones mes de febrero 2007.....1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	01-03-2007	877
	2	15-03-2007	899
	3	22-03-2007	909
	Total sesiones mes de marzo 2007 3		
Total sesiones 01/01/2007 – 11/06/2007 4			

COMISIONES NO PERMANENTES

3.2.18. *Comisión de Estudio sobre la Inmigración en la Comunidad de Madrid*

3.2.18.1. Constitución: 18 de marzo de 2004 (D. SS. 86, de 18-03-2004)

3.2.18.2. Disolución: Acuerdo de Mesa 21/11/2005. Sesión plenaria: 01/12/2005. D. SS. 577, de 01/12/2005 - BOAM 132, de 09/12/2005

3.2.19. *Comisión de Estudio para la Reducción de la Lista de Espera Diagnóstica*

3.2.19.1. Constitución: 23 de junio de 2004 (D. SS. 209, de 23-06-2004)

3.2.19.2. Sesión plenaria de 02/03/2006: Aprobación del Dictamen. (D. SS. 637, de 02/03/2006 - BOAM 146, de 09/03/2006)

3.2.20. *Comisión de Estudio para el Desarrollo de la Sociedad de la Información y el Conocimiento*

3.2.20.1. Constitución: 23 de junio de 2004 (D. SS. 208, de 23-06-2004)

3.2.20.2. Composición: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura

3.2.20.3. Sesión plenaria de 22/03/2007: Aprobación del Dictamen. (D. SS. 911, de 23/03/2007 - BOAM 211, de 29/03/2007)

3.2.20.3. Sesiones de la Comisión de Estudio para el Desarrollo de la Sociedad de la Información y el Conocimiento

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE ESTUDIO PARA EL DESARROLLO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL CONOCIMIENTO

Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	19-02-2007	869
	Total sesiones mes de febrero 2007.....1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	12-03-2007	890
	Total sesiones mes de marzo 2007 1		
Total sesiones 01/01/2007 - 11/06/2007 2			

3.3. La Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid

- 3.3.1. *Composición: Acuerdo de Mesa de 26 de noviembre de 2003 (BOAM 8, de 18-12-2003)*
- 3.3.2. *Designación de miembros: No se han producido modificaciones en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura*
- 3.3.3. *Sesiones de la Diputación Permanente*

Sesiones de la Diputación Permanente

Enero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de Acta
	1	09-01-2007	848	1/2007
	2	24-01-2007	850	2/2007
	Total sesiones mes de enero 2007.....2			
Total sesiones 01/01/2007 - 11/06/2007 2				

3.4. La Mesa de la Asamblea de Madrid

- 3.4.1. *Sesión constitutiva de 12 de noviembre de 2003 (D. SS. 1, de 12-11-2003): Elección de los miembros de la Mesa de la Asamblea*
- 3.4.2. *Composición de la Mesa de la Asamblea (BOAM 1, de 18-11-2003)*

Presidenta: Excm. Sra. D.^a Concepción Dancausa Treviño (G. P. Popular)
 Vicepresidente Primero: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Echevarría Echániz (G. P. Popular)

Vicepresidente Segundo: Ilmo. Sr. D. Francisco Cabaco López (G. P. Socialista)

Vicepresidenta Tercera: Ilma. Sra. D.^a M.^a Reyes Montiel Mesa (G. P. de Izquierda Unida)

Secretaria Primera: Ilma. Sra. D.^a M.^a Paloma Adrados Gautier (G. P. Popular)

Secretaria Segunda: Ilma. Sra. D.^a M.^a Helena Almazán Vicario (G. P. Socialista)

Secretaria Tercera: Ilma. Sra. D.^a M.^a Carmen Álvarez-Arenas Cisneros (G. P. Popular)

Composición de la Mesa de la Asamblea (BOAM 120, de 07-10-2005)

Presidenta: Excm. Sra. D.^a Concepción Dancausa Treviño (G. P. Popular)
 Vicepresidenta Primera: Ilma. Sra. D.^a Cristina Cifuentes Cuencas (G. P. Popular)

Vicepresidente Segundo: Ilmo. Sr. D. Francisco Cabaco López (G. P. Socialista)

Vicepresidenta Tercera: Ilma. Sra. D.^a M.^a Reyes Montiel Mesa (G. P. de Izquierda Unida)

Secretaria Primera: Ilma. Sra. D.^a M.^a Paloma Adrados Gautier (G. P. Popular)

Secretaria Segunda: Ilma. Sra. D.^a M.^a Helena Almazán Vicario (G. P. Socialista)

Secretario Tercero: Ilmo. Sr. D. Jacobo Ramón Beltrán Pedreira (G. P. Popular)

3.4.3. Sesiones de la Mesa de la Asamblea

Sesiones de la Mesa

Enero	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	MESA DE LA DIPUTACIÓN PERMANENTE		
	1	08-01-2007	1/2007
	2	22-01-2007	2/2007
	3	29-01-2007	3/2007
	Total sesiones mes de enero 2007.....3		
Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	05-02-2007	4/2007
	2	12-02-2007	5/2007
	3	19-02-2007	6/2007
	4	26-02-2007	7/2007
	Total sesiones mes de febrero 2007.....4		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	06-03-2007	8/2007
	2	12-03-2007	9/2007
	3	19-03-2007	10/2007
	4	22-03-2007	11/2007
	5	29-03-2007	12/2007
	Total sesiones mes de marzo 2007 5		
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	23-04-2007	13/2007
	Total sesiones mes de abril 2007 1		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	16-05-2007	14/2007
	Total sesiones mes de mayo 2007 1		
Total sesiones 01/01/2007 - 11/06/2007 14			

3.5. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid

3.5.1. Composición: Octavo Período de Sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura

Grupo Parlamentario Popular:

Portavoz: Ilmo. Sr. D. Antonio Germán Beteta Barreda.

Portavoces Adjuntos: Ilma. Sra. D.^a Cristina Cifuentes Cuencas e Ilmo. Sr. D. Juan Soler Espiáuba Gallo.

Grupo Parlamentario Socialista:

Portavoz: Ilmo. Sr. D. Rafael Simancas Simancas.

Portavoces Adjuntas: Ilma. Sra. D.^a Ruth Porta Cantoni e Ilma. Sra. D.^a Matilde Fernández Sanz.

Grupo Parlamentario de Izquierda Unida:

Portavoz: Ilmo. Sr. D. José Guillermo Marín Calvo.

Portavoces Adjuntos: Ilmo. Sr. D. Jorge García Castaño e Ilma. Sra. D.^a Margarita Ferré Luparia.

3.5.2. Sesiones de la Junta de Portavoces

Sesiones de la Junta de Portavoces

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Enero	1	09-01-2007	1/2007
	2	23-01-2007	2/2007
	3	30-01-2007	3/2007
	Total sesiones mes de enero 2007.....3		
Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06-02-2007	4/2007
	2	13-02-2007	5/2007
	3	20-02-2007	6/2007
	4	27-02-2007	7/2007
	Total sesiones mes de febrero 2007.....4		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06-03-2007	8/2007
	2	13-03-2007	9/2007
	3	20-03-2007	10/2007
	Total sesiones mes de marzo 2007 3		
Total sesiones 01/01/2007 - 11/06/2007			10

IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA CÁMARA

En el octavo período de sesiones de la VII Legislatura (enero/11 de junio 2007) se han aprobado 2 Leyes.

4.1. Relación de Leyes aprobadas

[LEY 1/2007, de 21 de febrero] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 3/2006 (VII)

De Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid

BOAM, núm. 203, fecha 22/02/07, **BOCM**, núm. 54, fecha 05/03/2007, **BOE**, núm. 153, fecha 27/06/2007

[LEY 2/2007, de 27 de marzo] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 1/2007 (VII)

Por la que se regula la garantía del suministro eléctrico de la Comunidad de Madrid

BOAM, núm. 211, fecha 29/03/07, **BOCM**, núm. 89, fecha 16/04/2007, **BOE**, núm. 153, fecha 27/06/2007

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 octavo período de la VII Legislatura (enero/11 junio 2007) y su estado de tramitación.

Iniciativas	Presentadas	Pendientes	Tramitadas		Decaídas	No admitidas	Transformadas	Retiradas
Proyectos de Ley	1	—	1		—	—	—	—
Proposiciones de Ley	4	2	1		1	—	—	—
Proposiciones no de Ley	10	—	Aprob.: 5	Rechaz.: 1	4	—	—	—
			6					
Interpelaciones	2	—	2		—	—	—	—
Mociones	4	—	Aprob.: —	Rechaz.: 4	—	—	—	—
			4					
Comparecencias	87	Pleno: — Comis.: —	Pleno: 9	Comis.: 27	43	7	—	1
		—	36					
P. Orales Pleno	120	—	96		20	—	—	4
P. Orales Comisión	121	—	37		83	1	—	—
Preguntas escritas	646	—	525		85	13	23 Calif. como PJ	—
P. de Información	523	—	282		223	18	—	—
Total	1.518	2	990		459	39	23	5
C. de Gobierno	34	—	34		—	—	—	—

El cuadro resumen referido a la actividad parlamentaria de la Cámara expresa el número total de iniciativas parlamentarias presentadas en la VII Legislatura y su estado de tramitación.

Iniciativas	Presentadas	Pendientes	Tramitadas		Decaídas	No admitidas	Transformadas	Retiradas
Proyectos de Ley	22	—	22		—	—	—	—
Proposiciones de Ley	7	2	2		2	—	—	1
Proposiciones no de Ley	277	15	Aprob.: 109	Rechaz.: 82	50	9	—	27
Interpelaciones	96	—	191		20	6	12	7
Mociones	51	—	Aprob.: 5	Rechaz.: 45	—	1	—	—
			50					
Comparecencias	2.157	Pleno: —	Comis.: —	Pleno: 132	Comis.: 983	87	—	247
		—	—	1.115				
P. Orales Pleno	1.299	—	1.073		30	10	119	67
P. Orales Comisión	1.549	—	525		94	50	590	290
Preguntas escritas	8.645	—	7.561		152	200	711 Calif. como PI	21
P. de Información	10.250	—	9.618		376	242	8 Calif. como PE	6
Total	24.353	2	20.208		1.432	605	1.440	666

El cuadro resumen que se expresa a continuación recoge las iniciativas parlamentarias presentadas y sus autores en el octavo período de sesiones (enero/11 junio 2007) de la VII Legislatura.

Iniciativas Parlamentarias	TOTAL	GP Popular	GP Socialista	GP Izquierda Unida	Iniciativa Legislativa Popular	G. P. Popular/ Socialista /Izquierda Unida	Gobierno
Proyectos de Ley	1	—	—	—	—	—	1
Proposiciones de Ley	4	—	2	—	2	—	—
Proposiciones no de Ley	10	4	3	3	—	—	—
Interpelaciones	2	—	1	1	—	—	—
Mociones	4	—	3	1	—	—	—
Comparecencias	87	10	56	16	—	1	4
Preguntas Orales Pleno	120	42	49	29	—	—	—
Preguntas Orales Comisión	121	48	71	2	—	—	—
Preguntas escritas	646	—	628	18	—	—	—
P. de Información	523	—	508	15	—	—	—
Totales	1.518	104	1.321	85	2	1	5

El cuadro resumen que se expresa a continuación recoge las iniciativas parlamentarias presentadas y sus autores de la VII Legislatura.

Iniciativas Parlamentarias	TOTAL	GP Popular	GP Socialista	GP Izquierda Unida	Iniciativa Legislativa Popular	G. P. Popular/Socialista/Izquierda Unida	G. P. Socialista/Izquierda Unida	Gobierno	C. E. Reducción Lista de espera	Comisión de Mujer Ponencia	Comisión de empleo	Comisión de Presupuestos y Hacienda	Defensor del Menor
Proyectos de Ley	22	—	—	—	—	—	—	22	—	—	—	—	—
Proposiciones de Ley	7	—	3	2	2	—	—	—	—	—	—	—	—
Proposiciones no de Ley	277	91	88	96	—	1	1	—	—	—	—	—	—
Interpelaciones	96	3	68	25	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Mociones	51	3	35	13	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Comparecencias	2.157	271	1.237	365	—	46	—	77	126	34	—	—	1
Preguntas Orales Pleno	1.299	466	519	314	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Preguntas Orales Comisión	1.549	395	1.041	113	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Preguntas escritas	8.645	2	8.337	306	—	—	—	—	—	—	—	—	—
P. de Información	10.250	7	9.762	466	—	—	—	—	13	—	1	1	—
Totales	24.353	1.238	21.090	1.700	2	47	1	99	139	34	1	1	1

5.2. Gráficos estadísticos

Los dos gráficos que se reseñan a continuación muestran los porcentajes de iniciativas parlamentarias presentadas y su estado de tramitación durante el octavo período de sesiones de la VII Legislatura (enero/11 junio 2007).

**GRÁFICO PORCENTUAL POR TRAMITACIÓN
INICIATIVAS PRESENTADAS: 1.518**

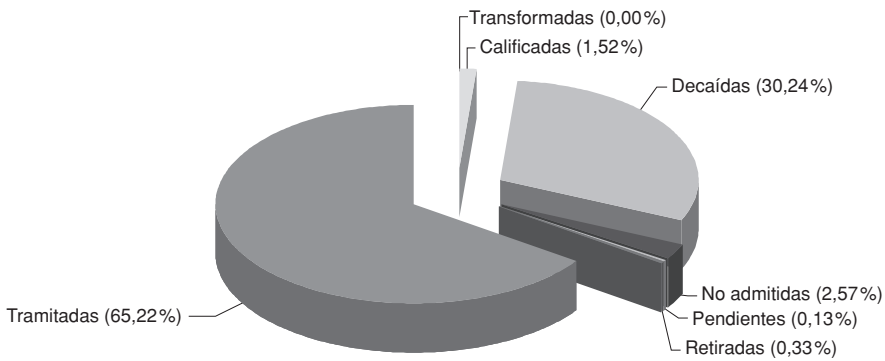
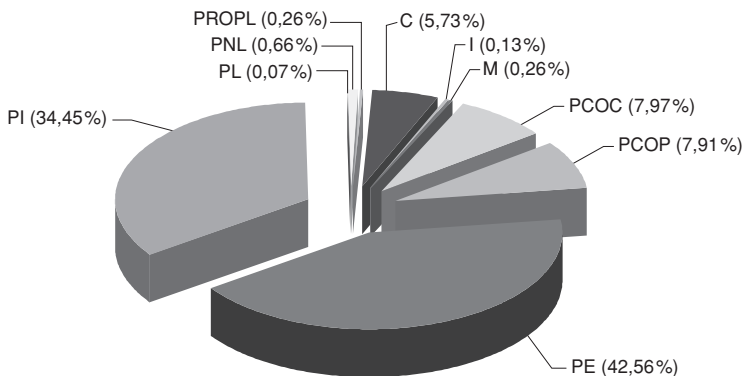


**GRÁFICO PORCENTUAL DE INICIATIVAS
INICIATIVAS PRESENTADAS: 1.518**



VI

DOCUMENTACIÓN

Consejos Asesores de la Comunidad de Madrid

Sumario: INTRODUCCIÓN.—I. CONSEJO ASESOR DE ASUNTOS EUROPEOS.—II. CONSEJO DE PROTECCIÓN DE DATOS.—III. COMISIÓN CONSULTIVA DE ESPECTÁCULOS PÚBLICOS Y ACTIVIDADES RECREATIVAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—IV. MESA PARA LA INTEGRACIÓN Y PROMOCIÓN DEL PUEBLO GITANO DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—V. COMISIÓN DE LA MEDALLA DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—VI. COMISIÓN MIXTA DE TRANSFERENCIAS.—VII. ASAMBLEA GENERAL DE LA CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID.—VIII. CONSEJO DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—IX. CONSEJO UNIVERSITARIO DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—X. CONSEJOS SOCIALES DE LAS UNIVERSIDADES.—XI. COMISIÓN DE CONCERTACIÓN DE LA ACCIÓN TERRITORIAL.—XII. CONSEJO DE SALUD DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—XIII. COMISIÓN REGIONAL DE MUSEOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—XIV. CONSEJO REGIONAL DE PATRIMONIO HISTÓRICO DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—XV. CONSEJO DE COOPERATIVISMO DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—XVI. CONSEJO DE COOPERACIÓN AL DESARROLLO.—XVII. FORO REGIONAL PARA LA INMIGRACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—XVIII. CONSEJO DEL DEPORTE DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—XIX. CONSEJO PARA LA PROMOCIÓN DE LA ACCESIBILIDAD Y LA SUPRESIÓN DE BARRERAS ARQUITECTÓNICAS.—XX. CONSEJO ASESOR DE RTVE EN LA COMUNIDAD DE MADRID.—XXI. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEL ENTE PÚBLICO «RADIO TELEVISIÓN MADRID».—XXII. CONSEJO DE LA CÁMARA DE CUENTAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Como continuación al artículo publicado en el número 9 la Revista Parlamentaria «Asamblea de Madrid» de diciembre de 2003, sobre la participa-

* Blanca Cid Villagrasa, Directora de Gestión Parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Ana Villena Cortés, Jefa del Servicio de Publicaciones de la Asamblea de Madrid.

ción de los Parlamentos en la acción de control y gestión del Gobierno y otros sectores de la Sociedad mediante el nombramiento de los representantes de diferentes Consejos Asesores, se hace necesario, por el tiempo transcurrido, proceder a una revisión y actualización de la normativa reguladora de estos Consejos, recabando para ello toda la información actualizada que permita aclarar de la manera más pormenorizada posible la forma de designación y el número de representantes que corresponde nombrar a la Asamblea de Madrid en las distintas Legislaturas desde que se inició este estudio.

En relación con estos Consejos, cabe recordar, como ya comentamos en un artículo anterior, lo siguiente en cuanto a la designación de sus miembros:

— Si la designación o nombramiento corresponde a la Asamblea directamente, existe una reserva material de la regulación del procedimiento a favor del Reglamento Parlamentario, cuya aplicación es preferente sobre otro tipo de regulaciones procedimentales extrarreglamentarias. Esto se ratifica por la Disposición Derogatoria Tercera del Reglamento de la Asamblea de Madrid (RAM), de 30 de enero de 1997, que dice: «Quedan asimismo derogadas cuantas disposiciones, de igual o inferior rango, se opongan a lo establecido en el presente Reglamento.»

Esta aplicación del procedimiento reglamentario es extensible, por analogía, a los supuestos en los que la intervención de la Asamblea no es directa, mediante la designación por el Pleno, sino indirecta, a través de los Grupos Parlamentarios.

En función de lo anterior, la designación de los miembros de los distintos Consejos se regirá por la siguiente normativa, a la que se ha incorporado los Decretos 7/2007, de 20 de junio, de la Presidencia de la Comunidad de Madrid, por el que se establece el número y denominación de las Consejerías de la Comunidad de Madrid, y el Decreto 40/2007, 28 de junio, por el que se modifican parcialmente la estructuras de la diferentes Consejerías de la Comunidad de Madrid, tras las elecciones a la Asamblea de Madrid celebradas el día 27 de mayo de 2007.

I. CONSEJO ASESOR DE ASUNTOS EUROPEOS

Ley 4/1996, de 1 de julio, de creación del Consejo Asesor de Asuntos Europeos de la Comunidad de Madrid².

Artículo 4. Composición

El Consejo Asesor de Asuntos Europeos de la Comunidad de Madrid estará compuesto por el Presidente, el Vicepresidente, los Vocales y el Secretario.

Los Vocales serán designados conforme a la siguiente representación:

² (BOAM núm. 52, de 11 de julio de 1996, y BOCM núm. 161, de 8 de julio de 1996).

- a) Dos representantes de cada partido político con representación parlamentaria en la Asamblea de Madrid.

Artículo 5. Nombramiento

Los representantes de los partidos políticos serán nombrados por el Pleno de la Asamblea de Madrid a propuesta de los Grupos Parlamentarios.

Con respecto a la forma de nombramiento por el **Pleno** a que se refiere el artículo 5 de la Ley 4/1996, será la que se establece **en el Capítulo VI «De otras elecciones, designaciones y nombramiento de personas» del Título XIX, artículos 233 y 234 del Reglamento de la Asamblea, de 30 de enero de 1997:**

Artículo 233

Los demás supuestos en que deba procederse por la Asamblea a la elección, designación o nombramiento de personas en casos distintos a los regulados en los capítulos anteriores se regirán por las normas del presente capítulo.

Artículo 234

1. Si se debiera llevar a efecto la elección, designación o nombramiento de varias personas se procederá en la forma siguiente:

- a) La Mesa, de acuerdo con la Junta de Portavoces, fijará el número de personas que corresponda elegir, designar o nombrar y el que corresponda proponer como candidatos a cada Grupo Parlamentario, en proporción al número de sus miembros.
- b) Los Grupos Parlamentarios deberán comunicar a la Mesa, en el plazo establecido por ésta y mediante lista ordenada, los candidatos que proponen en el número que les corresponda. Los escritos de propuesta se presentarán acompañados de la declaración de aceptación de los candidatos.
- c) La Mesa, revisadas las propuestas de los Grupos Parlamentarios, elevará al Pleno la lista definitiva de candidatos que se proponen para su elección, designación o nombramiento.
- d) La propuesta de la Mesa será sometida a votación de conjunto en el Pleno.
- e) Si, a lo largo de la Legislatura, se produjera alguna vacante entre los elegidos, designados o nombrados, corresponderá al Grupo Parlamentario que hubiera propuesto a la persona elegida, designada o nombrada proponer el candidato que habrá de sustituirle, procediéndose seguidamente a su elección, designación o nombramiento conforme al procedimiento previsto en los apartados anteriores.

2. Si se debiera llevar a efecto la elección, designación o nombramiento de una única persona, se procederá en la forma siguiente:

- a) La elección, designación o nombramiento se efectuará por el Pleno.

- b) Cada Grupo Parlamentario podrá proponer a la Mesa un candidato.
- c) Para la elección, designación o nombramiento, cada Diputado escribirá un solo nombre en la papeleta correspondiente. Resultará elegido el candidato que obtenga la mayoría en cada caso requerida. Si nadie obtuviera en primera votación dicha mayoría, se repetirá la elección entre los dos candidatos que hubieran alcanzado mayor número de votos en la votación precedente. Si en la segunda votación ningún candidato obtuviera la mayoría requerida, se tramitarán sucesivas propuestas por el mismo procedimiento.

II. CONSEJO DE PROTECCIÓN DE DATOS

Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid³.

Artículo 17. El Consejo de Protección de Datos

1. El Consejo de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid es el órgano consultivo de la Agencia, designa al Director, le asesora en el ejercicio de sus funciones y emite sus dictámenes que serán vinculantes en las materias que regulan esta Ley y el Estatuto de la Agencia.

2. El Consejo estará compuesto por los siguientes miembros:

- a) Un representante de cada Grupo Parlamentario de la Asamblea de Madrid.
- f) Un experto en la materia, designado por la Asamblea de Madrid.

3. Los miembros del Consejo serán nombrados mediante Decreto del Presidente de la Comunidad de Madrid, a propuesta de los respectivos grupos, órganos, entidades y organizaciones citados en el apartado anterior, por un período de cuatro años. Podrán ser sustituidos, por el mismo procedimiento, a solicitud de los mismos grupos, órganos, organizaciones o entidades proponentes.

Decreto 40/2004, de 18 marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid⁴.

Artículo 23. Propuesta, nombramiento y cese

1. Los miembros del Consejo de Protección de Datos serán propuestos en la forma siguiente:

- a) Un representante por cada Grupo Parlamentario de la Asamblea de Madrid.

³ (BOAM núm. 106, de 16 de julio de 2001, y BOCM núm. 175, de 25 de julio de 2001).

⁴ (BOCM núm. 72, de 25 de marzo de 2004).

- f) Un experto en la materia, designado por la Asamblea de Madrid.

Artículo 24. Duración del nombramiento y cobertura de vacantes

1. El nombramiento de los miembros del Consejo de Protección de Datos será por cuatro años, con excepción de los siguientes supuestos:

- a) Renuncia anticipada del miembro designado.
- b) Propuesta de cese de los miembros nombrados, emanada de los Grupos Parlamentarios, Administraciones, Instituciones, Órganos, Corporaciones u Organizaciones a las que se refiere el artículo 23.

2. Las vacantes que se produzcan en el Consejo, antes de expirar el plazo de su mandato, deberán ser cubiertas dentro del mes siguiente a la fecha en que la vacante se hubiera producido, por el procedimiento previsto en el artículo 23 y por el tiempo que reste para completar el mandato de quien causó la vacante a cubrir.

3. Con anterioridad a la finalización del mandato de los miembros del Consejo, los Grupos Parlamentarios, Administraciones, Instituciones, Órganos, Corporaciones u Organizaciones a las que se refiere el artículo 23 comunicarán, por conducto de la Consejería que, en su caso, se determine, los nombres de las personas que propongan para un nuevo mandato en el Consejo.

4. El Presidente de la Comunidad de Madrid, mediante Decreto, nombrará como miembros del Consejo a los propuestos, quienes tomarán posesión de su condición el día inmediatamente posterior al que expire el anterior mandato de los miembros del Consejo.

La forma de elección se hará a propuesta de los Grupos Parlamentarios y su posterior toma de conocimiento por **el Pleno**, salvo el experto que será nombrado **conforme al artículo 234.2 del Reglamento de la Asamblea**, anteriormente citado. A continuación se incluirá en el Decreto de nombramiento del Presidente de la Comunidad de Madrid.

III. COMISIÓN CONSULTIVA DE ESPECTÁCULOS PÚBLICOS Y ACTIVIDADES RECREATIVAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas⁵.

Artículo 46. Composición de la Comisión Consultiva

1. La Comisión Consultiva de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas estará compuesta por el Presidente, el Vicepresidente, los Vocales y el Secretario.

⁵ (BOAM núm. 118, de 10 de julio de 1997, y BOCM núm. 159, de 7 de julio de 1997).

Los Vocales serán designados por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, conforme a la siguiente representación:

2.14. Un representante de cada uno de los Grupos Parlamentarios designados por éstos, de la Asamblea de Madrid.

La forma de elección de los representantes por parte de **la Asamblea** se realizará conforme a lo previsto **en el Reglamento de la Asamblea de Madrid, de 30 de enero de 1997, artículos 233 y 234.**

IV. MESA PARA LA INTEGRACIÓN Y PROMOCIÓN DEL PUEBLO GITANO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Ley 4/2002, de 27 de junio, de creación de la Mesa para la Integración y Promoción del Pueblo Gitano de la Comunidad de Madrid⁶.

Artículo 5. Composición

La Mesa para la Integración y Promoción del Pueblo Gitano de la Comunidad de Madrid estará presidida por el Viceconsejero de Presidencia e Interior (Decreto 40/2007, de 28 de junio, por el que se modifica parcialmente las estructuras de las diferentes Consejerías de la Comunidad de Madrid⁷) y en ella se integrarán, en la forma en que reglamentariamente se determine, además de representantes de las Consejerías directamente implicadas en las políticas dirigidas al colectivo gitano, un representante por cada uno de los Grupos Parlamentarios de la Asamblea de Madrid y siete miembros, de los cuales cinco serán elegidos entre asociaciones del colectivo gitano que cuenten con programas, servicios o actividades dirigidas a su colectivo y dos miembros elegidos entre las federaciones representativas del pueblo gitano. Tanto las asociaciones como las federaciones deberán funcionar en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

Decreto 151/2007, de 5 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Funcionamiento de la Mesa para la Integración y Promoción del Pueblo Gitano de la Comunidad de Madrid⁸.

Artículo único

1. La Mesa para la Integración y Promoción del Pueblo Gitano de la Comunidad de Madrid estará compuesta por los siguientes miembros:

⁶ (BOAM núm. 156, de 16 de mayo de 2002, BOCM núm. 155, de 2 de julio de 2002, y BOCM núm. 174, de 24 de julio de 2002).

⁷ (BOCM núm. 159, de 6 de julio de 2007).

⁸ (BOCM núm. 187, de 8 de agosto de 2002, y BOCM núm. 73, de 26 de marzo de 2004, y BOCM núm. 151, de 5 de diciembre de 2007).

- c) Un representante por cada uno de los Grupos Parlamentarios de la Asamblea.

2. Serán Vocales de la Mesa de los miembros comprendidos entre los epígrafes c) y r), ambos inclusive.

3. El Vicepresidente y los Vocales serán nombrados y cesados por Orden del Consejero de Presidencia e Interior (Decreto 40/2007, de 28 de junio, por el que se modifica parcialmente las estructuras de las diferentes Consejerías de la Comunidad de Madrid⁹) a propuesta de los órganos, instituciones o colectivos que representen.

La forma de elección de los representantes será conforme a lo previsto en **el Reglamento de la Asamblea de Madrid, artículo 234.1** citado anteriormente.

V. COMISIÓN DE LA MEDALLA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Ley 3/1985, de 22 de marzo, de la Medalla de la Comunidad de Madrid¹⁰.

Artículo 4

1. El expediente de concesión de la Medalla podrá iniciarse a instancia de alguna de las siguientes autoridades o entidades de la Comunidad:

- a) La Mesa de la Asamblea de Madrid.

2. Las propuestas, que deberán presentarse antes del 15 de marzo de cada año, serán admitidas a trámite por el Consejero de Presidencia e Interior (Decreto 40/2007, de 28 de junio, por el que se modifica parcialmente las estructuras de las diferentes Consejerías de la Comunidad de Madrid¹¹), quien designará una Comisión para valorar los méritos de los candidatos.

La comisión será presidida por el Consejero de Presidencia e Interior (Decreto 40/2007, de 28 de junio, por el que se modifica parcialmente las estructuras de las diferentes Consejerías de la Comunidad de Madrid¹²) y estará formada por siete vocales de los cuales uno será propuesto por la Mesa de la Asamblea, dos tendrán, al menos, el rango de Directores Generales, y los otros cuatro serán personalidades de reconocida competencia en relación con los méritos alegados. Actuará como Secretario de la Comisión, con voz pero sin voto, el Secretario General Técnico de la Consejería de Presidencia.

La forma de elección del representante será conforme a lo previsto en **el Reglamento de la Asamblea de Madrid, artículos 233 y 234.2.**

⁹ (BOCM núm. 159, de 6 de julio de 2007).

¹⁰ (BOAM núm. 90, de 3 de abril de 1985, y BOCM núm. 71, de 25 de marzo de 1985).

¹¹ (BOCM núm. 159, de 6 de julio de 2007).

¹² (BOCM núm. 159, de 6 de julio de 2007).

VI. COMISIÓN MIXTA DE TRANSFERENCIAS

Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. (Modificada por la Ley Orgánica 2/1991, de 13 de marzo, Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo, y Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio ¹³).

Disposición Transitoria Segunda

El traspaso de los servicios inherentes a las competencias que según el presente Estatuto corresponden a la Comunidad de Madrid se hará de acuerdo con las bases siguientes:

1. En el plazo máximo de un mes desde el nombramiento del Presidente por el Rey se nombrará una Comisión Mixta encargada de inventariar los bienes y derechos del Estado que deben ser objeto de traspaso a la Comunidad, de concretar los servicios y funcionarios que deban traspasarse y de proceder a la adaptación, si es preciso, de los que pasen a la competencia de la Comunidad.

2. La Comisión Mixta estará integrada paritariamente por Vocales designados por el Gobierno de la Nación y la Asamblea, y ella misma establecerá sus normas de funcionamiento.

Real Decreto 1959/1983, de 29 de junio, por el que se aprueban las normas de traspaso de servicios del Estado y funcionamiento de la Comisión Mixta de Transferencias ¹⁴.

Artículo 2

La Comisión Mixta estará compuesta paritariamente por siete Vocales designados por el Gobierno de la Nación y otros siete por la Comunidad, y será presidida, además, por el Ministro de Administración Territorial y por un representante expresamente designado por la Comunidad Autónoma. El primero actuará como Presidente, y el segundo, como Vicepresidente, y ejercerán las funciones inherentes a dichos cargos.

Tanto el Presidente como el Vicepresidente, así como los Vocales, podrán ser sustituidos en cualquier momento por los órganos que los hayan designado, comunicándolo oficialmente a la propia Comisión.

Artículo 15

Una vez completado el traspaso de la totalidad de los servicios que constituye la finalidad de esta Comisión Mixta, la misma se disolverá.

¹³ (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 1983, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1991, BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1994, y BOE núm. 162, de 8 de julio de 1998).

¹⁴ (BOE núm. 171, de 19 de julio de 1983).

La forma de elección de los representantes se realizará conforme a lo previsto en **el artículo 234 del Reglamento de la Asamblea de Madrid, de 30 de enero de 1997.**

VII. ASAMBLEA GENERAL DE LA CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID

Ley 4/2003, de 11 marzo, de Cajas de Ahorro de la Comunidad de Madrid. (Modificada por la Ley 3/2007, de 26 julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid)¹⁵.

Artículo 27. Número de miembros y sectores representados

1. Los Estatutos de la Caja determinarán, en función de la dimensión económica de la Entidad, el número de miembros de la Asamblea General, entre un mínimo de 50 y un máximo de 400.

2. Los Consejeros Generales serán elegidos por los siguientes sectores:

d) Asamblea de Madrid.

No podrán formar parte de estas entidades aquellos que cuenten con cualquier otro tipo de representación, directa o indirecta, en la Caja de Ahorros, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34.2.a) referido a las organizaciones sindicales.

Artículo 28. Porcentajes de representación

La participación de los mencionados sectores se distribuirá de la siguiente forma:

d) El 10 por ciento del total de los Consejeros Generales serán elegidos por el sector de la Asamblea de Madrid.

Artículo 32. Consejeros elegidos por el sector de la Asamblea de Madrid

Los Consejeros Generales correspondientes al sector de la Asamblea de Madrid serán elegidos, en representación de los intereses generales por la propia Asamblea, asignando en primer lugar un representante a cada uno de los grupos y distribuyendo a continuación los representantes en proporción a la importancia numérica de los grupos políticos integrantes de la Cámara y según los procedimientos que ésta determine, de entre personas de reconocido prestigio en materias relacionadas con la actividad de las Cajas.

¹⁵ (BOAM núm. 207, de 13 de marzo de 2003, y BOCM núm. 65, de 18 marzo de 2003, y BOCM núm. 179, de 30 de julio de 2007).

Artículo 35. Período de mandato y renovación

1. El mandato de las Consejeros Generales no podrá exceder de seis años, pudiendo ser reelegidos por otro período de igual duración, siempre que continúen cumpliendo los requisitos establecidos por el artículo 37 de la presente Ley y de acuerdo con el procedimiento y condiciones señaladas en los Estatutos Sociales y en el Reglamento Electoral. El cómputo de este período de reelección será aplicado aun cuando entre el cese y el nuevo nombramiento hayan transcurrido varios años.

La duración del mandato no podrá ser superior a doce años, sea cual sea la representación que se ostente.

Cumplido el mandato de doce años de forma continuada o interrumpida y transcurridos ocho años desde dicha fecha, podrán volver a ser reelegidos en las condiciones legalmente establecidas.

2. La renovación de los Consejeros Generales se efectuará parcialmente cada tres años. A estos efectos, se formarán dos grupos: el primero de ellos estará integrado por los Consejeros Generales pertenecientes a los sectores de Corporaciones Municipales, de las personas o Entidades Fundadoras, de la Asamblea de Madrid y de las Entidades representativas a que se refiere el artículo 27.2.f) de la presente Ley; el segundo lo integrarán los pertenecientes a los sectores de impositores y de empleados de la Caja de Ahorros.

Artículo 36. Vacantes

1. Las vacantes de Consejeros Generales que se produzcan con anterioridad a la finalización del mandato para el que fueron elegidos se cubrirán:

- a) Cuando la vacante afecte a un Consejero de los sectores de Corporaciones Municipales, personas o Entidades Fundadoras, de la Asamblea de Madrid o de las Entidades representativas a que se refiere el artículo 27.2.f) de la presente Ley, mediante nueva designación, respetando la proporcionalidad originaria.

2. Las sustituciones previstas en este artículo serán por el período que reste hasta la finalización del mandato.

Disposición Adicional Primera

Ponderación de porcentajes correspondientes a los sectores de representación de los Órganos de Gobierno.

Los porcentajes establecidos en esta Ley para determinar el número de miembros de cada sector en los diversos Órganos de Gobierno, se ponderarán sobre el número total de sus integrantes, atribuyéndose a cada sector un número de puestos en cada órgano igual al de la cifra entera que le haya correspondido como resultado de la operación anterior.

Si después de efectuada esta asignación, quedasen aún puestos por atribuir, cada uno de ellos se adjudicará sucesivamente a los sectores que corresponda, por orden descendente de fracciones decimales. En caso de empate

para la atribución de algún puesto entre las fracciones decimales obtenidas por dos o más sectores, se asignará a aquel de los sectores empatados al que haya correspondido una cifra entera mayor.

Disposiciones Transitorias

Segunda

Elección de Consejeros Generales por el sector de Entidades representativas.

La elección por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid de Consejeros Generales por el sector de Entidades representativas, a que se refiere el artículo 34 de la presente Ley, que tenga lugar por primera vez tras su entrada en vigor, se llevará a cabo, antes del 30 de junio de 2003, por las Entidades que designe el Consejo de Administración de la Caja, y conforme al número de Consejeros que para cada una se establezca. Si el Consejo de Administración no presentara dicha propuesta en el plazo indicado, la designación se efectuará de acuerdo con lo previsto en el artículo 51.4, y ello sin perjuicio de lo establecido en el último inciso del artículo 34.3, ambos de la presente Ley.

El número total de Consejeros Generales elegibles por este sector será el de 25, salvo en el supuesto previsto en el artículo 13.2 de los Estatutos Sociales vigentes de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, que será de 32 Consejeros Generales.

Tercera

Renovación de los Órganos de Gobierno de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.

La renovación de los órganos de Gobierno de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid al objeto de adaptar su composición a lo establecido en la presente Ley, se ajustará a las siguientes reglas:

Primera. Dentro de los seis meses siguientes a la fecha de aprobación de los Estatutos y del Reglamento Electoral conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Primera, todos los sectores que hayan de ajustar el número de sus Consejeros Generales procederán a elegir aquellos que les correspondan, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 29 a 34, ambos inclusive, de la presente Ley.

Para producir los ajustes necesarios en la Asamblea General, en el proceso de elección a que se refiere el párrafo anterior, se procederá a la elección de todos los Consejeros Generales que correspondan según los nuevos Estatutos y Reglamento Electoral a los sectores de Corporaciones Municipales, Entidad Fundadora, Asamblea de Madrid y Entidades representativas, para un nuevo mandato completo que finalizará el año 2009. Estas últimas Entidades se elegirán de conformidad con lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda de la presente Ley.

El Reglamento de la Asamblea de Madrid, de 30 de enero de 1997, establece al respecto de la elección de los Consejeros una regulación específica en **el Capítulo V del Título XIX: «De la elección de los Consejeros Generales miembros de las Asambleas Generales de las Cajas de Ahorro de la Comunidad de Madrid»:**

Artículo 232

1. Los Consejeros Generales correspondientes a la Asamblea en las Asambleas Generales de las Cajas de Ahorro de la Comunidad de Madrid serán elegidos, en representación de los intereses generales, de entre personas de reconocido prestigio en materias relacionadas con la actividad de las Cajas de Ahorro, según el procedimiento previsto en los apartados siguientes:

2. Para determinar el número de miembros que corresponde proponer a cada Grupo Parlamentario, se dividirá el número de Diputados de cada uno de éstos por el cociente que resulte de dividir el número de Diputados que integran la Asamblea por el de Consejeros Generales que corresponde elegir. Los cocientes enteros resultantes serán los que determinen el número de miembros que corresponde proponer a cada Grupo Parlamentario. En su caso, las propuestas que queden sin asignar se distribuirán entre los Grupos Parlamentarios según los restos mayores. En caso de igualdad entre cocientes y restos, la propuesta se asignará al Grupo Parlamentario correspondiente a la candidatura más votada en las elecciones autonómicas.

3. En todo caso, en la determinación del número de Consejeros Generales que corresponde proponer como candidatos a cada Grupo Parlamentario, se garantizará el nombramiento de, al menos, un miembro a propuesta de aquellos Grupos Parlamentarios que, en aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior, no resultaran representados en la Asamblea General.

4. Los Grupos Parlamentarios deberán comunicar a la Mesa, en el plazo establecido por ésta y mediante lista ordenada, los candidatos que proponen en el número que les corresponda. Los escritos de propuesta se presentarán acompañados de la declaración de aceptación de los candidatos.

5. La Mesa, revisadas las propuestas de los Grupos Parlamentarios, elevará al Pleno la lista definitiva de candidatos que se proponen para su elección como Consejeros Generales.

La propuesta de la Mesa será sometida a votación de conjunto en el Pleno.

VIII. CONSEJO DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Ley 5/1998, de 7 de mayo, de Fomento de la Investigación Científica y la Innovación Tecnológica¹⁶.

¹⁶ (BOAM núm. 163, de 14 de mayo de 1998, y BOCM núm. 117, de 19 de mayo de 1998).

Artículo 5. Consejo de Ciencia y Tecnología

2. El Consejo de Ciencia y Tecnología estará integrado por representantes de las Universidades, centros de investigación, empresas y agentes sociales, y fundaciones relacionadas con la materia, y científicos de reconocido prestigio y experiencia en el ámbito de la investigación e innovación.

Los representantes de las Universidades serán designados por sus Rectores, siendo propuestos los restantes vocales del Consejo por la Asamblea de Madrid. Todos ellos serán nombrados por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid.

Decreto 276/1995, de 2 noviembre, por el que se crea el Consejo de Ciencia y Tecnología de la Comunidad de Madrid¹⁷.

Artículo 1

1.1. Se crea el Consejo de Ciencia y Tecnología como órgano consultivo de la Comisión Interdepartamental de Ciencia y Tecnología de la Comunidad de Madrid.

1.2. En dicho Consejo estarán representadas las universidades, instituciones públicas y privadas de investigación y desarrollo tecnológico, empresas, asociaciones y fundaciones relacionadas con la materia.

Artículo 4

4.1. Integran el Consejo de Ciencia y Tecnología:

c) Los Consejeros electivos.

Artículo 7

Los miembros electivos serán nombrados, por Orden del Consejero de Educación (Decreto 40/2007, de 28 de junio, por el que se modifica parcialmente las estructuras de las diferentes Consejerías de la Comunidad de Madrid)¹⁸, en número de doce, entre personalidades de reconocido prestigio en los ámbitos científico o empresarial y cuyas trayectorias profesionales hayan estado vinculadas a la investigación y la innovación tecnológica.

La forma de elección se realizará conforme al **Reglamento de 30 de enero de 1997, artículos 233 y 234, teniendo en cuenta la Disposición Transitoria Única de la Ley 5/1998, que mantiene en vigor el Decreto 276/1995, de 2 de noviembre, hasta que no se modifique.**

¹⁷ (BOCM núm. 278, de 22 de noviembre de 1995).

¹⁸ (BOCM núm. 159, de 6 de julio de 2007).

IX. CONSEJO UNIVERSITARIO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Ley 4/1998, de 8 de abril, de Coordinación Universitaria de la Comunidad de Madrid. (Modificada por la Ley 24/1998, de 21 de diciembre¹⁹).

Artículo 4. Consejo Universitario

Para el ejercicio eficaz de las competencias de coordinación universitaria reguladas por la presente Ley, se crea el Consejo Universitario de la Comunidad de Madrid, como órgano de carácter consultivo adscrito a la Consejería en materia de educación universitaria.

Artículo 6. Composición

1. Constituyen el Consejo Universitario de la Comunidad de Madrid:
 - h)* Seis vocales, designados por la Asamblea de Madrid, al menos uno de ellos por cada uno de los Grupos Parlamentarios constituidos al inicio de la Legislatura, por un período máximo de cuatro años.
3. El nombramiento y cese de los vocales se efectuará por Orden del Consejero competente en materia de educación universitaria.

Decreto 243/1999, de 22 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Universitario de la Comunidad de Madrid. (Modificado por el Decreto 47/2005, de 26 de mayo²⁰).

Artículo 4

1. El Consejo Universitario de la Comunidad de Madrid estará compuesto por los siguientes miembros:
 - h)* Seis vocales, designados por la Asamblea de Madrid, al menos uno de ellos por cada uno de los Grupo Parlamentarios constituidos al inicio de la Legislatura, por un período máximo de cuatro años.

Artículo 5

2. Los miembros del Consejo Universitario designados por la Asamblea de Madrid serán nombrados por un período máximo de cuatro años, pudiendo renunciar a dicha designación.

¹⁹ (BOAM núm. 159, de 23 de abril de 1998, y BOCM núm. 93, de 21 de abril de 1998, y BOCM núm. 308, de 29 de diciembre de 1998).

²⁰ (BOCM núm. 181, de 2 de agosto de 1999, y BOCM núm. 131, de 6 de junio de 2005).

La renuncia será comunicada a través del Presidente del Consejo Universitario a la Asamblea de Madrid para que, aceptada la misma, proceda a efectuar una nueva designación.

Artículo 7

El nombramiento y cese de los vocales se efectuará por Orden del Consejero competente en materia de educación universitaria.

La forma de elección de los vocales será conforme al **Reglamento de la Asamblea de Madrid de 30 de enero de 1997, artículos 233 y 234.**

X. CONSEJOS SOCIALES DE LAS UNIVERSIDADES

Ley 12/2002, de 18 de diciembre, de los Consejos Sociales de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid²¹.

Artículo 8. Composición del Consejo Social

5. Cuatro vocales representantes de los intereses sociales, los cuales serán designados entre personas de reconocido prestigio en los ámbitos científico, cultural, artístico o tecnológico.

Artículo 10. Nombramiento de los vocales del Consejo Social

5. Los vocales del Consejo Social a los que se refiere el artículo 8, apartado 5, serán designados por la Asamblea de Madrid.

6. Los vocales designados conforme a los apartados anteriores serán comunicados a la Consejería competente en materia de Universidades, en el plazo de un mes a contar desde la constitución de los Consejos de Gobierno de cada Universidad o con un mes de antelación a la finalización del mandato. En caso de ausencia de propuesta o de propuestas en número inferior a los puestos de vocales a cubrir en el Consejo por cada sector y apartado del artículo 8, el Consejero competente en materia de Universidades designará a los representantes para su posterior nombramiento por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid.

Artículo 11. Ejercicio del cargo de los vocales del Consejo Social

1. El mandato de los vocales del Consejo Social será de cuatro años, pudiendo ser reelegidos de forma consecutiva una sola vez.

2. La renovación de los vocales representantes de los intereses sociales se realizará por mitades, de acuerdo con el procedimiento que establecerá el reglamento de régimen interior.

²¹ (BOAM núm. 192, de 20 de diciembre de 2002, y BOCM núm. 304, de 23 de diciembre de 2002).

Artículo 12. Pérdida de la condición de vocal del Consejo Social

1. Los vocales del Consejo Social cesarán en su cargo:
 - f) Por la revocación de la designación por la entidad o institución a la que representan.

Con respecto a la elección de los vocales, el Reglamento de la Asamblea de Madrid de 30 de enero de 1997 establece **en el Capítulo VI del Título XIX: «de otras elecciones, designaciones y nombramientos de personas», artículos 233 y 234.**

A. CONSEJO SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

Decreto 205/2003, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior del Consejo Social de la Universidad Complutense de Madrid²².

Artículo 13. Ejercicio del cargo de los Vocales del Consejo Social

2. La renovación de los vocales representantes de los intereses sociales se realizará por mitades de acuerdo con el procedimiento que se establece en la Disposición Transitoria de este Reglamento.

Disposición Transitoria Única: Sistema de renovación de vocales

1. En el segundo año a contar desde la fecha de la constitución del Consejo Social, de acuerdo con la Ley 12/2002, de 18 de diciembre, se procederá a determinar por sorteo, los vocales de cada uno de los grupos a los que se refieren los apartados 3, 4 y 5 del artículo 8 de la mencionada Ley; del grupo establecido en el apartado 5 se sortearán dos vocales.

2. Aquellos vocales designados por el anterior sorteo, prorrogarán su mandato automáticamente cuatro años más a partir de ese momento, de tal manera que, a partir del sexto año, pueda procederse a la renovación de acuerdo ya con lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley.

B. CONSEJO SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

Decreto 220/2003, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior del Consejo Social de la Universidad Autónoma de Madrid²³.

Artículo 8. Integran el Consejo Social

El Consejo Social de la Universidad estará compuesto por un número total de 19 miembros en representación del Consejo de Gobierno y en representación de los intereses sociales, según se concreta a continuación:

²² (BOCM núm. 248, de 17 de octubre de 2003).

²³ (BOCM núm. 260, de 31 de octubre de 2003).

Cuatro vocales representantes de los intereses sociales, los cuales serán designados entre personas de reconocido prestigio en los ámbitos científico, cultural, artístico o tecnológico.

Artículo 10. Nombramiento de los vocales del Consejo Social

El nombramiento de los vocales corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, a propuesta del Consejero competente en materia de Universidades y previa designación, en su caso, por las entidades, organizaciones o colectivos que representa. Los nombramientos y ceses serán publicados en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

Los vocales del Consejo Social a los que se refiere el artículo 8, apartado 5, del presente Reglamento, serán designados por la Asamblea de Madrid.

Los vocales designados conforme a los apartados anteriores serán comunicados a la Consejería competente en materia de Universidades, en el plazo de un mes a contar desde la constitución de los Consejos de Gobierno de cada Universidad o con un mes de antelación a la finalización del mandato. En caso de ausencia de propuesta o de propuestas en número inferior a los puestos de vocales a cubrir en el Consejo por cada sector y apartado del artículo 8, del presente Reglamento, el Consejero competente en materia de Universidades designará a los representantes para su posterior nombramiento por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid.

Artículo 11. Duración del mandato de los Consejeros

El mandato de los vocales del Consejo Social será de cuatro años, pudiendo ser reelegidos de forma consecutiva una sola vez.

La renovación de los vocales representantes de los intereses sociales se realizará por mitades, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Transitoria de este Reglamento.

Disposición Transitoria

Para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley de Consejos Sociales, la primera renovación de los vocales representantes de los intereses sociales se realizará de la siguiente forma:

En el segundo año, a contar desde la fecha de Constitución del Consejo se procederá a determinar por sorteo los vocales de cada uno de los grupos a los que se refieren los apartados 3, 4 y 5 del artículo 8 de la Ley 12/2002, de 18 de diciembre. Del grupo establecido en el apartado 3, se sortearán tres vocales; del contemplado en el apartado 5, se sortearán dos vocales.

Aquellos vocales designados por este sorteo prorrogarán su mandato 4 años más, a partir de ese momento, de tal manera que a partir del sexto año, pueda procederse a las renovaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley y 11.2 del presente Reglamento. Esta prórroga se considerará integrada en el primer mandato de estos vocales, pudiendo, por tanto, ser reelegidos por otro período de cuatro años.

El resultado del sorteo será comunicado a la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid y demás sectores afectados.

En el caso de que algunos vocales a los que se refiere el apartado 2 de esta Disposición perdiese su condición por alguna de las causas establecidas en el artículo 12.1 de la Ley, quien fuese designado para el desempeño del cargo lo hará por el tiempo que reste a quien sustituye, incluida la prórroga a que se refiere este artículo.

C. CONSEJO SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III

Decreto 49/2004, de 1 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior del Consejo Social de la Universidad Carlos III de Madrid²⁴.

Artículo 12. Composición del Consejo Social

5. Cuatro vocales representantes de los intereses sociales, los cuales serán designados entre personas de reconocido prestigio en los ámbitos científico, cultural, artístico o tecnológico.

Artículo 14. Nombramiento de los vocales del Consejo Social

1. El nombramiento de los vocales corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, a propuesta del Consejero competente en materia de Universidades y previa designación, en su caso, por las entidades, organizaciones o colectivos que representan. Los nombramientos y ceses serán publicados en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

5. Los vocales del Consejo Social a los que se refiere el artículo 12, apartado 5, serán designados por la Asamblea de Madrid.

6. Los vocales designados conforme a los apartados anteriores serán comunicados a la Consejería competente en materia de universidades, en el plazo de un mes a contar desde la constitución de los Consejos de Gobierno de cada Universidad o con un mes de antelación a la finalización del mandato. En caso de ausencia de propuesta o de propuestas en número inferior a los puestos de vocales a cubrir en el Consejo por cada sector y apartado del artículo 8, el Consejero competente en materia de Universidades designará a los representantes para su posterior nombramiento por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid.

Artículo 15. Ejercicio del cargo de vocales del Consejo Social

1. El mandato de los vocales del Consejo Social será de cuatro años, pudiendo ser reelegidos de forma consecutiva una sola vez.

2. La renovación de los vocales representantes de los intereses sociales se realizará por mitades, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Disposición Transitoria Única de este Reglamento.

²⁴ (BOCM núm. 89, de 15 de abril de 2004).

Disposición Transitoria Única

Para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley de Consejos Sociales, la primera renovación de los vocales representantes de los intereses sociales se realizará de la siguiente forma:

1. En el segundo año a contar desde la fecha de la constitución del Consejo se procederá a determinar por sorteo los vocales de cada uno de los grupos a los que se refieren los apartados 3, 4 y 5 del artículo 12 del Reglamento. Del grupo establecido en el apartado 3 se sortearán tres vocales; del contemplado en el apartado 5 se sortearán dos vocales.

2. Aquellos vocales designados por este sorteo prorrogarán su mandato cuatro años más a partir de ese momento, de tal manera que, a partir del sexto año, pueda procederse a las renovaciones de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 del presente Reglamento. Esta prórroga se considerará integrada en el primer mandato de estos vocales, pudiendo, por tanto, ser reelegidos por otro período de cuatro años.

3. El resultado del sorteo será comunicado a la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid y demás sectores afectados.

4. En el caso de que algunos de los vocales a los que se refiere el apartado 2 de esta Disposición, perdiese su condición por alguna de las causas establecidas en el artículo 12.1 de este Reglamento, quien fuese designado para el desempeño del cargo lo hará por el tiempo que reste a quien sustituyese, incluida la prórroga a que se refiere este artículo.

D. CONSEJO SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

Decreto 51/2005, de 16 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior del Consejo Social de la Universidad de Alcalá²⁵.

Artículo 3. Composición

1. El Consejo Social estará integrado por 19 miembros, según lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 12/2002, de 18 de diciembre, de la Comunidad de Madrid. Los nombrados en representación la comunidad universitaria serán designados por el Consejo de Gobierno conforme a lo dispuesto en los propios Estatutos de la Universidad y el resto conforme a lo establecido en el artículo 10 de la citada Ley.

2. El mandato de estos vocales será de cuatro años.

Disposición Transitoria Única

Para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley de Consejos Sociales, la primera renovación de los vocales representantes de los intereses sociales se realizará de la siguiente forma:

²⁵ (BOCM núm. 152, de 28 de junio de 2005).

1. A partir del segundo año a contar desde la fecha de la constitución del Consejo, y a propuesta de las organizaciones designantes, se procederá a determinar dos vocales de cada uno de los grupos a los que se refieren los apartados 3 (excluido el representante municipal), 4 y 5 del artículo 8 de la Ley 12/2002, de 8 de diciembre.

2. Los así seleccionados prorrogarán su mandato cuatro años más a partir de ese momento, mientras los restantes cesarán una vez finalizado su mandato inicial, de tal manera que a partir del sexto año desde la fecha de constitución del Consejo pueda procederse a las renovaciones según lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley 12/2002, de 18 de diciembre.

Tal prórroga se considerará integrada en el primer mandato de estos vocales pudiendo, por lo tanto, ser reelegidos por otro período de cuatro años.

3. El resultado de la designación anterior será comunicado a la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid.

E. CONSEJO SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

Decreto 145/2004, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior del Consejo Social de la Universidad Rey Juan Carlos, modificado por el Decreto 21/2006, de 9 de febrero²⁶.

Artículo 9. Composición del Consejo Social

El Consejo Social de la Universidad está compuesto por un total de 19 miembros, tres natos, tres designados en representación de la Comunidad Universitaria y trece en representación de los intereses sociales, según se concreta a continuación:

5. Cuatro vocales representantes de los intereses sociales, los cuales serán designados entre personas de reconocido prestigio en los ámbitos científico, cultural, artístico o tecnológico.

Artículo 10. Ejercicio del cargo

El mandato de los vocales del Consejo Social será de cuatro años, pudiendo ser reelegidos consecutivamente por una sola vez.

Artículo 11. Renovación

La renovación de los vocales representantes de los intereses sociales se realizará por mitades.

La primera renovación de los vocales representantes de los intereses sociales se realizará en el segundo año a contar desde la fecha de la constitución del Consejo.

²⁶ (BOCM núm. 300, de 17 de diciembre de 2004, y BOCM núm. 45, de 22 de febrero de 2006).

Primera mitad: Un representante de las asociaciones empresariales, un representante de las asociaciones sindicales, dos representantes de empresas o entidades del apartado 4 del artículo 9 y dos representantes de los del apartado 5.

En la primera renovación, estos representantes serán elegidos mediante sorteo.

Aquellos Consejeros designados por este sorteo prorrogarán su mandato cuatro años más a partir de ese momento, de tal manera que a partir del sexto año, pueda procederse a las renovaciones por mitades. Esta prórroga se considerará integrada en el primer mandato de estos Consejeros, pudiendo, por tanto, ser reelegidos por otro período de cuatro años.

El resultado del sorteo será comunicado a la Consejería competente en materia de Universidades de la Comunidad de Madrid y demás instituciones o entidades afectadas.

En el caso de que alguno de los Consejeros que prorrogan su mandato perdiera su condición de tal por alguna de las causas establecidas en el Reglamento, quien fuere nombrado para el desempeño del cargo lo hará por el tiempo que reste a quien sustituye, incluida la prórroga.

Segunda mitad: un representante de las asociaciones empresariales, un representante del municipio o municipios, dos representantes de empresas o entidades del apartado 4 del artículo 9 y dos representantes de los del apartado 5.

Artículo 12. Procedimiento para su nombramiento e incompatibilidades

El procedimiento para el nombramiento de los Vocales, así como el régimen de incompatibilidades de los miembros del Consejo Social, se regirá por lo dispuesto en la Ley 12/2002, de 18 de diciembre, de los Consejos Sociales de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid, los Estatutos de la Universidad y cualquier otra disposición aplicable.

F CONSEJO SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD POLITÉCNICA

Decreto 222/2003, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior del Consejo Social de la Universidad Politécnica de Madrid²⁷.

Artículo 8. Composición del Consejo Social

El Consejo Social estará compuesto por 19 Consejeros, en representación del Consejo de Gobierno de la Universidad y en representación de los intereses sociales según se concreta a continuación:

2. Representación de los intereses sociales:

²⁷ (BOCM núm. 268, de 10 de noviembre de 2003).

- c) Cuatro designados por la Asamblea de la Comunidad de Madrid, entre personas de reconocido prestigio en los ámbitos científico, cultural, artístico o tecnológico.

Artículo 10. Nombramiento de los Consejeros

El nombramiento de los Consejeros corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, a propuesta del Consejero competente en materia de Universidades y previa designación, en su caso, por las entidades, organizaciones o colectivos que representan. Los nombramientos y ceses serán publicados en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

Artículo 11. Duración del mandato de los Consejeros

1. El mandato de los Consejeros del Consejo Social será de cuatro años, pudiendo ser reelegidos de forma consecutiva por una sola vez.

2. La renovación de los Consejeros representantes de los intereses sociales se realizará por mitades.

A tal efecto, la primera renovación de los Consejeros representantes de los intereses sociales se realizará de la siguiente forma:

En el segundo año, a contar desde la fecha de constitución del Consejo Social, se procederá a determinar, por sorteo, los Consejeros de cada uno de los tres grupos a los que se refieren las letras *a)*, *b)* y *c)* del apartado 2 del artículo 8 de este Reglamento.

Del grupo establecido en la letra *a)* se sortearán tres Consejeros; del grupo contemplado en la letra *b)* y en la letra *c)* se sortearán dos Consejeros en cada uno de ellos.

Aquellos Consejeros designados por este sorteo prorrogarán su mandato cuatro años más a partir de ese momento, de tal manera que, a partir del sexto año, pueda procederse a las renovaciones por mitades. Esta prórroga se considerará integrada en el primer mandato de estos Consejeros, pudiendo, por tanto, ser reelegidos por otro período de cuatro años.

El resultado del sorteo será comunicado a la Consejería competente en materia de Universidades de la Comunidad de Madrid y demás instituciones o entidades afectadas.

En el caso de que alguno de los Consejeros que prorrogan su mandato perdiera su condición de tal por alguna de las causas establecidas en el artículo 13.1 de este Reglamento, quien fuere nombrado para el desempeño del cargo lo hará por el tiempo que reste a quien sustituyere, incluida la prórroga.

²⁸ (BOAM núm. 232, de 6 de abril de 1995, y BOCM núm. 86, de 11 de abril de 1995).

XI. COMISIÓN DE CONCERTACIÓN DE LA ACCIÓN TERRITORIAL

Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo²⁸.

Artículo 9. Composición y funcionamiento de la Comisión de Concertación de la Acción Territorial

1. La Comisión de Concertación de la Acción Territorial estará compuesta, bajo la Presidencia del Consejero competente en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, por un número igual de representantes de la Comunidad de Madrid y de los Municipios.

2. En todo caso, la representación de la Comunidad será designada por la Asamblea de Madrid en atención a la representación proporcional de los Grupos Parlamentarios que la formen y la de los Municipios deberá corresponder a miembros electos de éstos, designados por la Federación Madrileña de Municipios, de entre los cuales al menos uno habrá de ser del Municipio de Madrid.

Decreto 129/1996, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión de Concertación de la Acción Territorial y del Consejo de Política Territorial²⁹.

Artículo 7. Composición

1. Son miembros de la Comisión

c) Vocales permanentes.

— En representación de la Comunidad de Madrid: cinco vocales titulares y otros cinco suplentes designados por la Asamblea de Madrid, en la forma que ésta determine, en atención, en todo caso, a la representación proporcional en la Cámara de los distintos Grupos Parlamentarios.

Los vocales a que se refiere este apartado serán designados por todo el tiempo de duración de la legislatura o del mandato de las Corporaciones Locales en cuya representación hayan sido designados. No obstante, su designación puede ser revocada en cualquier momento por el órgano que los nombró, que simultáneamente designará su sustituto.

Artículo 9. Acreditación de la condición de miembro

La eficacia del nombramiento y cese como miembro de la Comisión queda sujeta a su comunicación en forma a la Secretaría de la Comisión.

²⁹ (BOCM núm. 221, de 16 de septiembre de 1996).

La forma de elección de los vocales se realizará conforme a lo previsto en **los artículos 233 y 234.1 del Reglamento de la Asamblea de Madrid, de 30 de diciembre de 1997.**

XII. CONSEJO DE SALUD DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid³⁰.

Artículo 43. Composición

1. Participarán en su composición, al menos, las siguientes instituciones:
 - g) Los partidos políticos con representación parlamentaria en la Asamblea de Madrid.
3. Los miembros del Consejo de Salud serán nombrados y cesados por el Consejero de Sanidad, a propuesta de cada una de las instituciones que lo componen. El nombramiento se hará por un período máximo de cuatro años, sin perjuicio de que los interesados puedan ser reelegidos sucesivamente, siempre que cuenten con la representación requerida.
4. Reglamentariamente se fijará:
 - a) El número de representantes de cada institución.
 - b) El sistema de asignación de los representantes.

Decreto 174/2002, de 31 de octubre, por el que se establece el régimen y funcionamiento del Consejo de Salud de la Comunidad de Madrid³¹.

Artículo 3. Composición

1. En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, el Consejo de Salud de la Comunidad de Madrid estará integrado por los siguientes miembros:

Vocales:

- g) Por parte de los partidos políticos con representación en la Asamblea de Madrid:
 - Un miembro de cada uno de los partidos políticos con representación en la Asamblea de la Comunidad de Madrid.

Los vocales del Consejo de Salud serán nombrados y, en su caso, cesados mediante Orden, por el Consejero de Sanidad.

³⁰ (BOAM núm. 134, de 28 de diciembre de 2001, y BOCM núm. 306, de 26 de diciembre de 2001, BOCM núm. 17, de 21 de enero de 2002, y BOCM núm. 69, de 22 de marzo de 2002).

³¹ (BOCM núm. 270, de 13 de noviembre de 2002).

Artículo 8. Cese

1. Los Vocales cesarán por cualquiera de las siguientes causas:
 - a) Renuncia.
 - b) Dejar de concurrir los requisitos que determinaron su designación.
 - c) Por decisión del Presidente del Consejo, previa solicitud de quien hubiere propuesto su nombramiento.
2. En el caso de cese de alguno de los Vocales referidos en los apartados b) a j) del artículo.
3. deberá efectuarse nueva propuesta al Consejero de Sanidad, a efectos de que sean nombrados por el mismo quienes deban sustituirles.

La Asamblea de Madrid los designa conforme **al artículo 234.1 del Reglamento de la Asamblea.**

XIII. COMISIÓN REGIONAL DE MUSEOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Ley 9/1999, de 9 de abril, de Museos de la Comunidad de Madrid³².

Disposición Adicional Cuarta

Comisión Regional de Museos de la Comunidad de Madrid.

Con el fin de asesorar e informar sobre cuantos asuntos estén relacionados con el Sistema de Museos y colecciones de la Comunidad de Madrid, y con los programas de planificación, desarrollo y difusión museística, se creará, en el plazo máximo de un año desde la publicación de la presente Ley en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, la Comisión Regional de Museos de la Comunidad de Madrid, como órgano consultivo de la Administración regional, cuyas funciones y composición se establecerán reglamentariamente, garantizando la presencia como vocales de representantes de Corporaciones Locales, Universidades Públicas, titulares de museos reconocidos y representantes de los Grupos Parlamentarios de la Asamblea de Madrid, junto con los vocales que representen a la Administración de la Comunidad de Madrid.

Decreto 19/2001, de 8 de febrero, por el que se crea la Comisión Regional de Museos de la Comunidad de Madrid³³.

Artículo 4. Composición

II. Un representante de cada uno de los Grupos Parlamentarios con representación en la Asamblea de Madrid, designados por el Pleno de la

³² (BOAM núm. 210, de 15 de abril de 1999, y BOCM núm. 94, de 22 de abril de 1999).

³³ (BOCM núm. 37, de 13 de febrero de 2001).

Asamblea de Madrid, de conformidad con lo previsto en el artículo 234 de su Reglamento.

6. Los Vocales desempeñarán su cargo por un período máximo de dos años, pudiendo ser reelegidos indefinidamente por períodos de la misma duración.

Artículo 5. Nombramiento de los Vocales

Corresponderá al titular de la Consejería de Cultura, mediante Orden, el nombramiento de los Vocales de la Comisión Regional de Museos, a propuesta del Director General de Archivos, Museos y Bibliotecas, conforme a las designaciones efectuadas por las entidades referidas en el artículo anterior.

La designación de los Vocales se realiza por el Pleno de la Asamblea, conforme **al artículo 234.1 del Reglamento de la Asamblea.**

XIV. CONSEJO REGIONAL DE PATRIMONIO HISTÓRICO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid³⁴.

Artículo 7. Consejo Regional de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid

1. Se crea el Consejo Regional de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid como órgano colegiado de coordinación, deliberación y propuesta, de carácter participativo, con capacidad para emitir dictámenes en materia de protección del Patrimonio Histórico de la región de Madrid, adscrito a la Consejería de Educación y Cultura.

2. El Presidente del Consejo Regional de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid será el Consejero de Cultura y Turismo (Decreto 40/2007, de 28 de junio, por el que se modifica parcialmente las estructuras de las diferentes Consejerías de la Comunidad de Madrid³⁵).

3. El Vicepresidente del Consejo Regional de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid será el Director General de Patrimonio Cultural, que sustituirá al Presidente en caso de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal.

4. El Consejo Regional de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid estará integrado por los siguientes vocales:

- k) Un representante de cada uno de los Grupos Parlamentarios con representación en la Asamblea de Madrid al inicio de la Legislatura, o experto en quien delegue, nombrados por el Consejero de Cultura y

³⁴ (BOAM núm. 172, de 16 de julio de 1998, y BOCM núm. 167, de 16 de julio de 1998).

³⁵ (BOCM núm. 159, de 6 de julio de 2007).

³⁶ (BOCM núm. 159, de 6 de julio de 2007).

Turismo (Decreto 40/2007, de 28 de junio, por el que se modifica parcialmente las estructuras de las diferentes Consejerías de la Comunidad de Madrid ³⁶⁾ a propuesta del Pleno de la Asamblea, adoptada de conformidad con lo previsto en el artículo 234.1.b) del Reglamento de la Asamblea de Madrid.

Decreto 79/2002, de 9 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Composición, Organización y Funcionamiento del Consejo Regional de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid ³⁷⁾.

Artículo 4. Órganos del Consejo

Los órganos del Consejo Regional de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid son los siguientes:

- a) El Presidente
- b) El Vicepresidente
- c) El Pleno
- d) La Comisión Permanente
- e) Los Vocales
- f) El Secretario

Artículo 7. El Pleno

1. El Pleno es el órgano superior de decisión y formación de la voluntad del Consejo Regional de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, estando integrado por el Presidente, el Vicepresidente, los Vocales y el Secretario del mismo.

2. La composición del Pleno del Consejo Regional de Patrimonio Histórico es la siguiente:

- c) Vocales:

Un representante de cada uno de los Grupos Parlamentarios con representación en la Asamblea de Madrid al inicio de la Legislatura, o experto en quien delegue, propuestos por el Pleno de la Asamblea de Madrid de conformidad con lo previsto en el artículo 234.1.b) del Reglamento de la Asamblea de Madrid.

3. Todos los Vocales serán nombrados por el titular de la Consejería de Cultura y Turismo de la Comunidad de Madrid (Decreto 40/2007, de 28 de junio, por el que se modifica parcialmente las estructuras de las diferentes Consejerías de la Comunidad de Madrid ³⁸⁾ a propuesta de las personas y entidades mencionadas en el apartado anterior, salvo aquellos supuestos en que corresponde al propio Consejero su directa designación.

Artículo 11. Los Vocales

3. La duración en el cargo de los Vocales del Consejo será de cuatro años contados desde la fecha de la publicación de sus nombramientos en el

³⁷⁾ (BOCM núm. 119, de 21 de mayo de 2002).

³⁸⁾ (BOCM núm. 159, de 6 de julio de 2007).

Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, salvo para aquellos vocales que lo sean en función del cargo que desempeñan, que cesarán como vocales cuando cesen en el mismo.

4. Los Vocales que cesaren en su cargo como consecuencia del transcurso del plazo al que se refiere el apartado anterior, podrán ser propuestos y nombrados para nuevos períodos.

Los Vocales son elegidos por el Pleno de la Asamblea de Madrid, conforme **al artículo 234.1 del Reglamento de la Asamblea.**

XV. CONSEJO DE COOPERATIVISMO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid³⁹.

Artículo 136. Consejo de Cooperativismo de la Comunidad de Madrid

4. El Consejo deberá estar integrado por los representantes de las entidades asociativas que regula esta Ley, de la Administración Autonómica, de las Administraciones Locales, de las Universidades madrileñas, de expertos de reconocido prestigio, de un representante de cada uno de los Grupos Parlamentarios de la Asamblea de Madrid y de otras instituciones que reglamentariamente se determinen.

Decreto 259/2000, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Cooperativismo de la Comunidad de Madrid⁴⁰.

Artículo 1. Naturaleza, integración y sede

3. El Consejo estará formado por representantes de las entidades asociativas que regula la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de la Administración Autonómica, de las Administraciones Locales, de las Universidades madrileñas, de un representante de cada uno de los Grupos Parlamentarios de la Asamblea de Madrid y de otras instituciones cuando así lo soliciten.

Artículo 4. Composición del Consejo

1. El Consejo estará compuesto por:

d) Vocales:

d.6) Cada uno de los Grupos Parlamentarios de la Asamblea de Madrid propondrá un vocal que les represente.

³⁹ (BOAM núm. 209, de 8 de abril de 1999, y BOCM núm. 87, de 14 de abril de 1999).

⁴⁰ (BOCM núm. 303, de 21 de diciembre de 2000).

2. Los vocales del Consejo son nombrados por el Consejo de Gobierno a propuesta de las respectivas Consejerías, Asociaciones, Instituciones o Entidades, por tiempo indefinido, produciéndose su cese de la misma forma que su nombramiento.

3. Los vocales del Consejo que, por cualquier motivo, deseen renunciar, presentarán su renuncia al organismo al que representan, el cual dará traslado de la misma al Consejo de Cooperativismo y, en su caso, con la correspondiente propuesta de sustitución del miembro del Consejo, para dar traslado de la misma al Gobierno a los efectos oportunos.

La designación de los vocales se realizó conforme a lo establecido en el **artículo 234.1 del Reglamento de la Asamblea de Madrid.**

XVI. CONSEJO DE COOPERACIÓN AL DESARROLLO

Decreto 174/1997, de 11 de diciembre, por el que se crea el Consejo de Cooperación al Desarrollo de la Comunidad de Madrid. (Modificado por los Decretos 92/1998, de 2 de mayo, 80/2005, de 2 de agosto, y 20/2006, de 9 de febrero ⁴¹).

Artículo 4. El Pleno

1. El Pleno del Consejo de Cooperación al Desarrollo de la Comunidad de Madrid estará integrado por el Presidente, el Vicepresidente y 19 vocales, que se distribuirán del siguiente modo: cuatro en representación de la Administración de la Comunidad de Madrid a propuesta de la Dirección General competente en materia de cooperación al desarrollo, cuatro en representación de la Asamblea de Madrid, uno en representación del Ayuntamiento de Madrid, uno en representación de la Federación de Municipios de Madrid, cinco en representación de las Organizaciones no Gubernamentales de Desarrollo con representación en la Comunidad de Madrid a propuesta de la Federación de Organizaciones no Gubernamentales de Desarrollo de dicha Comunidad, dos en representación de las Organizaciones Sindicales con mayor implantación en la Comunidad de Madrid, y dos en representación de las Organizaciones Empresariales con mayor implantación de la Comunidad de Madrid.

3. Los vocales serán nombrados y separados de sus cargos por el Presidente a propuesta de las entidades a quien representan.

4. Los vocales serán nombrados por un período de dos años renovables por períodos de igual duración.

6. Toda vacante anticipada en el Pleno que no sea por expiración del mandato será cubierta a propuesta de la entidad a quien represente el titular del puesto vacante. El mandato del así nombrado finalizará al mismo tiempo que el de los restantes vocales del Consejo.

⁴¹ (BOCM núm. 303, de 22 de diciembre de 1997, BOCM núm. 131, de 4 de junio de 1998, BOCM núm. 185, de 5 de agosto de 2005).

La forma de elección de los miembros del Consejo en representación de la Asamblea se realizará conforme a lo previsto en **los artículos 233 y 234 del Reglamento de la Asamblea de Madrid, de 30 de enero de 1997.**

XVII. FORO REGIONAL PARA LA INMIGRACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Decreto 64/1998, de 23 de abril, por el que se crea el Foro Regional para la Inmigración de la Comunidad de Madrid (modificado por el Decreto 43/2005, de 12 de mayo)⁴².

Artículo 4. Composición

3. Las organizaciones sociales y las asociaciones de inmigrantes estarán representadas por 22 vocales, designados por las organizaciones y entidades y distribuidos de la siguiente forma:

- c) Tres representantes de los grupos parlamentarios, uno por cada grupo parlamentario con mayor representación de la Asamblea de Madrid. (La redacción de este apartado corresponde a la establecida por el Decreto 43/2005, de 12 de mayo).

Artículo 7. Duración de mandato

La duración del mandato de los vocales será de cuatro años, contados desde la fecha de su nombramiento. (La redacción de este artículo corresponde a la establecida por el Decreto 43/2005, de 12 de mayo).

La elección de los Vocales en representación de la Asamblea corresponde al Pleno conforme **al artículo 234.1 del Reglamento de la Asamblea de Madrid.**

XVIII. CONSEJO DEL DEPORTE DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Ley 15/1994, de 28 de diciembre, del Deporte de la Comunidad de Madrid⁴³.

Artículo 22. El Consejo del Deporte de la Comunidad de Madrid

3. El Consejo del Deporte de la Comunidad de Madrid estará integrado por 29 miembros más su Presidente. Su composición, que reflejará la participación de las organizaciones sociales más representativas, se determinará reglamentariamente con arreglo a las siguientes reglas:

⁴² (BOCM núm. 108, de 8 de mayo de 1998, y 115 de 16 de mayo de 2005).

⁴³ (BOAM núm. 209, de 18 de enero de 1995, y BOCM núm. 9, de 11 de enero de 1995).

- b) Siete miembros serán designados por la Asamblea Legislativa de la Comunidad de Madrid.

Decreto 8/1998, de 15 de enero, por el que se regula la composición y funcionamiento del Consejo del Deporte de la Comunidad de Madrid⁴⁴.

Artículo 3. Composición

1. El Consejo del Deporte de la Comunidad de Madrid tendrá la siguiente composición:

- c) Siete miembros designados por la Asamblea de Madrid.

Artículo 5. Designación, nombramiento y cese de los miembros del Consejo del Deporte

3. La Asamblea de Madrid y la Federación Madrileña de Municipios designará a los miembros a que se refiere el art. 3.1.c) y e), respectivamente, de acuerdo con el procedimiento que tengan previsto o que consideren oportuno.

5. Sin detrimento de lo dispuesto en el artículo siguiente, el nombramiento y cese de los miembros del Consejo del Deporte se efectuará mediante acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid.

Artículo 6. Duración del mandato, renovación, revocación y sustitución

1. La duración del mandato de los miembros del Consejo del Deporte será de cuatro años, sin detrimento de lo dispuesto en los puntos 2 y 3 del presente artículo, procediéndose a la renovación de los mismos en el año siguiente al que tengan lugar los Juegos Olímpicos de verano, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 5 del presente Decreto.

Los miembros que cesen en el cargo por el transcurso del tiempo a que hace referencia el párrafo anterior podrán ser propuestos y nombrados para nuevos períodos, ajustando las actuaciones a lo preceptuado en el presente Decreto.

2. La designación de cualquier miembro perteneciente a los grupos b), c) y e) del artículo 3.1 será revocada y cesados en el cargo a propuesta de quien acordó la designación. Igualmente, las vacantes y renovaciones que se produzcan en el Consejo del Deporte en los citados grupos, serán cubiertas por el órgano o entidad que propuso la designación y por idéntico procedimiento. El mandato de los miembros que accedan al Consejo del Deporte por esta vía tendrá una duración que concluirá con la de los demás miembros del Consejo, sin perjuicio de que, en su caso, sea revocada esta designación.

⁴⁴ (BOCM núm. 34, de 10 de febrero de 1998).

La forma de elección de los miembros del Consejo por parte de la Asamblea de Madrid será conforme a **los artículos 233 y 234.1 del Reglamento de la Asamblea de 30 de enero de 1997.**

XIX. CONSEJO PARA LA PROMOCIÓN DE LA ACCESIBILIDAD Y LA SUPRESIÓN DE BARRERAS ARQUITECTÓNICAS

Ley 8/1993, de 22 de junio, de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas. (Modificada por la Ley 24/1999, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, y por la Ley 14/2001, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas) ⁴⁵.

Artículo 46. Consejo para la Promoción de la Accesibilidad y la Supresión de Barreras

1. Se crea el Consejo para la Promoción de la Accesibilidad y la Supresión de Barreras, como órgano de participación externa y consulta, adscrito a la Consejería competente para la coordinación de actuaciones en este ámbito.

2. El Gobierno de la Comunidad de Madrid nombrará mediante Acuerdo a los miembros del Consejo, que serán designados de la siguiente forma:

b) La otra mitad de los miembros serán designados por las instituciones, organizaciones y asociaciones representadas con arreglo a la siguiente distribución:

— Un representante de cada Grupo Parlamentario, designado por el Pleno de la Asamblea.

La designación de los mismos se realizará conforme a lo establecido en **el Reglamento de la Asamblea de Madrid, artículos 233 y 234.1.**

XX. CONSEJO ASESOR DE RTVE EN LA COMUNIDAD DE MADRID

Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión ⁴⁶.

Artículo 14

2. El Delegado territorial estará asistido por un Consejo Asesor nombrado por el órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma, y cuya composición se determinará por ley territorial. El Consejo Asesor estudiará las necesidades y capacidades de la Comunidad Autónoma en orden de la adecuada

⁴⁵ (BOAM núm. 116, de 24 de junio de 1993, y BOCM núm. 152, de 29 de junio de 1993, BOCM núm. 309, de 30 de diciembre de 1999, BOCM núm. 308, de 28 de diciembre de 2001).

⁴⁶ (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1980).

descentralización de los servicios de radio y televisión y en especial de la Sociedad estatal RCE, y formulará, a través del Delegado territorial, las recomendaciones que estime oportunas al Consejo de Administración de RTVE.

Ley 5/1984, de 7 de marzo, reguladora del Consejo Asesor de Radio y Televisión Española en la Comunidad de Madrid⁴⁷.

Artículo 6

1. Al inicio de cada Legislatura la Asamblea de Madrid determinará el número de miembros que compondrán el Consejo Asesor de Radio y Televisión Española en la Comunidad de Madrid. Dichos miembros serán nombrados y cesados por el Consejo de Gobierno a propuesta de la Asamblea de Madrid. A estos efectos, cada Grupo Parlamentario será requerido para que presente una lista conteniendo los miembros a nombrar. (Apartado redactado por la Ley 14/1991, de 16 de julio⁴⁸).

2. A tal fin, se dividirá el número de parlamentarios de cada Grupo por el cociente entero que resulte de dividir el total del número de miembros que integran la Cámara por el de componentes del Consejo Asesor. Los cocientes enteros resultantes serán los que determinen el número de miembros a designar por cada Grupo.

En todo caso, se garantizará la inclusión en la propuesta de la Asamblea de Madrid de al menos un miembro por parte de aquellos Grupos que, en aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, no resultaran representados en el Consejo Asesor de Radio y Televisión Española en la Comunidad de Madrid (Apartado redactado por la Ley 3/1990, de 15 de febrero⁴⁹).

3. Sin perjuicio de lo señalado en los apartados anteriores, los miembros del Consejo Asesor cesarán en sus cargos al término de la correspondiente legislatura, aunque seguirán ejerciendo sus funciones hasta la toma de posesión de los nuevos vocales.

4. Si se produjesen vacantes, se cubrirán por el procedimiento establecido en los apartados anteriores de este artículo.

Reglamento de la Asamblea de Madrid de 30 de enero de 1997, en su Capítulo IV del Título XIX «De la elección de miembros del Consejo Asesor de Radio y Televisión Española en la Comunidad de Madrid», establece una regulación específica para la elección de miembros de este Consejo:

Artículo 231

1. Al inicio de cada legislatura y una vez constituida la Asamblea, la Mesa, de acuerdo con la Junta de Portavoces, determinará el número de miembros que compondrán el Consejo Asesor de Radio y Televisión Española en la Comunidad de Madrid y el que corresponde proponer como candidatos a cada Grupo Parlamentario.

⁴⁷ (BOAM núm. 38, de 7 de abril de 1984, y BOCM núm. 65, de 16 de marzo de 1984).

⁴⁸ (BOCM núm. 172, de 22 de julio de 1991).

⁴⁹ (BOCM núm. 52, de 2 de marzo de 1990, corrección de errores BOCM, 16 de marzo de 1990).

2. Para determinar el número de miembros que corresponde proponer a cada Grupo Parlamentario, se dividirá el número de Diputados de cada uno de éstos por el cociente que resulte de dividir el número de Diputados que integran la Asamblea por el de componentes del Consejo Asesor. Los cocientes enteros resultantes serán los que determinen el número de miembros que corresponde proponer a cada Grupo Parlamentario. En su caso, las propuestas que queden sin asignar se distribuirán entre los Grupos Parlamentarios según los restos mayores. En caso de igualdad de cocientes y restos, la propuesta se asignará al Grupo Parlamentario correspondiente a la candidatura más votada en las elecciones autonómicas.

3. En todo caso, en la determinación del número de miembros que corresponderán el Consejo Asesor y del que corresponde proponer como candidatos a cada Grupo Parlamentario se garantizará el nombramiento de, al menos, un miembro a propuesta de aquellos Grupos Parlamentarios que, en aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior, no resultaran representados en el Consejo Asesor.

XXI. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEL ENTE PÚBLICO «RADIO TELEVISIÓN MADRID»

Ley 13/1984, de 30 de junio, de Creación, Organización y Control del Ente Público «Radio Televisión Madrid». (Modificada por la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid, y por la Ley 24/1999, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas)⁵⁰.

Artículo 4

1. Al inicio de cada legislatura la Asamblea de Madrid determinará el número de miembros que compondrán el Consejo de Administración. Dichos miembros serán nombrados y cesados por la Asamblea a propuesta de los Grupos Parlamentarios. A estos efectos, cada Grupo propondrá sus candidatos, que serán ratificados conjuntamente por el Pleno de la Asamblea.

A tal fin, se dividirá el número de Parlamentarios de cada Grupo por el cociente entero que resulte de dividir el número de miembros que integran la Cámara por el de componentes del Consejo de Administración. Los cocientes enteros resultantes serán los que determinen el número de miembros a designar por cada Grupo.

En todo caso, se garantizará el nombramiento por la Asamblea de al menos un miembro por parte de aquellos Grupos que, en aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, no resultaran representados en el Consejo de Administración de Radio Televisión Madrid. (La redacción de este apartado corresponde a la establecida por Ley 13/1991, de 16 de julio⁵¹).

⁵⁰ (BOAM núm. 55, de 11 de julio de 1984, y BOCM núm. 158, de 4 de julio de 1984, y BOCM núm. 5, de 7 de enero de 1987, y BOCM núm. 31, de 7 de febrero de 2000).

⁵¹ (BOCM núm. 172, de 22 de julio de 1991; BOE de 30 de agosto de 1991).

2. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, los miembros del Consejo de Administración cesarán en sus cargos al término de la correspondiente legislatura, aunque seguirán ejerciendo sus funciones hasta la toma de posesión de los nuevos Vocales.

Artículo 19

El control de la Asamblea de Madrid se ejercerá por la Comisión de Control Parlamentario de «Radio Televisión Madrid». (La redacción de este artículo corresponde a la establecida por la Ley 2/2000, de 11 de febrero⁵²).

Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid. (Modificada por la Ley 24/1999, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas)⁵³.

Artículo 5

5.1. Todas las causas de inelegibilidad recogidas en el artículo 3 lo son también de incompatibilidad.

5.2. Son además incompatibles:

- a) Los comprendidos en los apartados a), b), c) y d) del número 2 del artículo 155 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.
- b) Los miembros del Consejo de Administración del Ente Público «Radio Televisión Madrid».

Al respecto el Reglamento de la Asamblea de Madrid, de 30 de enero de 1997, establece también una regulación específica para el nombramiento del Consejo de Administración **en su Capítulo III del Título XIX: «Del nombramiento de los miembros del Consejo de Administración del ente público “Radio Televisión Madrid”»:**

Artículo 230

1. Al inicio de cada legislatura y una vez constituida la Asamblea, la Mesa, de acuerdo con la Junta de Portavoces, determinará el número de miembros que compondrán el Consejo de Administración del Ente Público «Radio Televisión Madrid» y el que corresponde proponer como candidato a cada Grupo Parlamentario.

2. Para determinar el número de miembros que corresponde proponer a cada Grupo Parlamentario, se dividirá el número de Diputados de cada unos de éstos por el cociente que resulte de dividir el número de Diputados que integran la Asamblea por el de componentes del Consejo de Administración. Los cocientes enteros resultantes serán los que determinen el número de miembros que corresponde proponer a cada Grupo Parlamentario. En su caso, las propuestas que queden sin asignar se distribuirán entre los Gru-

⁵² (BOCM núm. 126, de 26 de mayo de 2000).

⁵³ (BOCM núm. 5, de 7 de enero de 1987, y BOCM núm. 31, de 7 de febrero de 2000).

pos Parlamentarios según los restos mayores. En caso de igualdad de cocientes y restos, la propuesta se asignará al Grupo Parlamentario correspondiente a la candidatura más votada en las elecciones autonómicas.

3. En todo caso, en la determinación del número de miembros que compondrán el Consejo de Administración y del que corresponde proponer como candidatos a cada Grupo Parlamentario se garantizará el nombramiento de, al menos, un miembro a propuesta de aquellos Grupos Parlamentarios que en aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior, no resultaran representados en el Consejo de Administración.

4. Los Grupos Parlamentarios deberán comunicar a la Mesa, en el plazo establecido por ésta y mediante lista ordenada, los candidatos que proponen en el número que les corresponda. Los escritos de propuesta se presentarán acompañados de la declaración de aceptación de los candidatos.

5. La Mesa revisadas las propuestas de los Grupos Parlamentarios, elevará al Pleno la lista definitiva de candidatos que se proponen para su nombramiento como miembros del Consejo de Administración.

6. Las propuestas de la Mesa serán sometidas a votación de conjunto en el Pleno.

XXII. CONSEJO DE LA CÁMARA DE CUENTAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Ley 11/1999, de 29 de abril, de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid.

Artículo 24

Es el órgano colegiado de la Cámara de Cuentas. Estará integrado por 7 consejeros.

Artículo 32.1

Los Consejeros serán elegidos por la Asamblea de Madrid en primera votación por mayoría de tres quintas partes. De no alcanzarse dicha mayoría, se procederá su elección mediante el siguiente procedimiento:

- a) La elección se realizará sucesivamente mediante 3 votaciones secretas por papeletas.
- b) En la primera, cada diputado escribirá un solo nombre en la papeleta correspondiente, resultando elegido Consejero quien obtenga el mayor número de votos.
- c) En la segunda y tercera votación serán elegidos tres Consejeros respectivamente, en cada una de ellas. Cada Diputado escribirá un solo nombre en la papeleta correspondiente, resultando elegidos los Consejeros que obtengan el mayor número de votos.

Los correspondientes nombramientos serán expedidos por el Presidente de la Asamblea de Madrid y publicados en el Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid.

2. La elección de los Consejeros se producirá por un período de seis años. Si se produjeran vacantes, el Presidente de la Cámara lo pondrá en conocimiento de la Asamblea de Madrid para que se proceda a la provisión de las mismas de acuerdo con lo establecido anteriormente y por el tiempo que reste de mandato.

CONCLUSIONES

Tal y como ya se expuso en el anterior artículo, sigue siendo destacable la dispersa regulación de la materia que nos ocupa. Son muchos los criterios de distinción que se pueden seguir en cuanto a las designaciones de miembros de los Consejos asesores de la Comunidad de Madrid en los que la Asamblea tiene representación.

I. En primer lugar, atenderemos al criterio numérico, en virtud del cual se determina una representación proporcional en el Consejo similar a la que los Grupos Parlamentarios tienen en la Asamblea; las normas reguladoras que imponen este criterio de elección son la de los siguientes Consejos:

- La Asamblea General de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.
- El Consejo Universitario de la Comunidad de Madrid.
- Los Consejos Sociales de la Universidades.
- La Comisión de Concertación de la Acción Territorial.
- El Consejo de Cooperación al Desarrollo de la Comunidad de Madrid.
- El Consejo del Deporte de la Comunidad de Madrid.
- El Consejo Asesor de RTVE en la Comunidad de Madrid.
- El Consejo de Administración del Ente Público RTV Madrid.

Todos los demás Consejos tendrán una representación paritaria, para el que no se establece criterio alguno, fijándose un número de miembros de entre 1 a 8 los representantes por parte de la Asamblea de Madrid y excepcionalmente 12 miembros, como es el caso del Consejo de Ciencia y Tecnología.

II. Un segundo criterio de diferenciación podría ser aquel en virtud del cual el nombramiento de los vocales se producen por el Pleno de la Asamblea de Madrid o, por el contrario, se lleva a cabo por el Consejo de Gobierno, por lo cual la intervención de la Asamblea es mera propuesta, aunque vinculante.

A. El nombramiento se produce por el Pleno de la Asamblea en:

- El Consejo Asesor de Asuntos Europeos.
- La Comisión Mixta de Transferencias.
- La Asamblea General de las Cajas de Ahorro de la Comunidad de Madrid.

- Consejos Sociales de las Universidades.
- La Comisión de Concertación de la Acción Territorial.
- Foro Regional par la Inmigración de la Comunidad de Madrid.
- El Consejo de Administración del Ente Público RTV Madrid.
- El Consejo de la Cámara de Cuentas.

B. El nombramiento se efectúa por el Consejo de Gobierno en:

- La Comisión Consultiva de Espectáculos y Actividades Recreativas.
- El Consejo de Ciencia y Tecnología de la Comunidad de Madrid.
- El Consejo del Cooperativismo de la Comunidad de Madrid.
- El Consejo de Deportes de la Comunidad de Madrid.
- El Consejo para la Promoción de la Accesibilidad y la Supresión de Barreras Arquitectónicas.
- El Consejo Asesor de RTVE en la Comunidad de Madrid.

C. El nombramiento se produce por el Presidente del Consejo de Gobierno en:

- El Consejo de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.
- El Consejo de Cooperación al Desarrollo.

D. El nombramiento es por el Consejero competente en la materia:

- Mesa para la Integración y promoción del Pueblo Gitano.
- La Comisión de la Medalla de la Comunidad de Madrid.
- El Consejo Universitario de la Comunidad de Madrid.
- El Consejo de Salud.
- La Comisión Regional de Museos de la Comunidad de Madrid.
- El Consejo Regional de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid.

III. Se refieren a una regulación reglamentaria.

- La Comisión de Concertación de la Acción Territorial y del Consejo de Política Territorial.
- El Consejo de Deportes.
- El Consejo de Cooperación al Desarrollo.
- El Consejo de Ciencia y Tecnología.
- El Consejo Regional de Patrimonio Histórico.
- La Mesa para la integración y promoción del Pueblo Gitano.
- La Comisión Regional de Museos.

IV. Otro criterio de distinción vendría establecido por aquellas normas que regulan un procedimiento específico de designación establecido en el Reglamento de la Asamblea:

- La Asamblea General de las Cajas de Ahorro de la Comunidad de Madrid (art. 232 del RAM).

- Consejo de Administración del Ente Público RTV Madrid (art. 230 del RAM).
- Consejo Asesor de RTVE en la Comunidad de Madrid (art. 231 del RAM).

No obstante, respecto a la condición o requisitos que se exigen a los designados en los mismos Consejos y, en concreto, si éstos han de ostentar o no la condición de Diputados de la Asamblea de Madrid, cabe decir:

1.º En muchos casos la cuestión es clara e inequívoca, tal es el caso de los Consejos en cuyas normas reguladoras se utilizan expresiones como: miembro, vocales, o Consejeros designados o propuestos por la Mesa de la Asamblea de Madrid, sin que en ningún caso se especifique las condiciones que debe tener la persona a designar o proponer. En estos casos no será, por tanto, necesario que los miembros de estos Consejos ostenten la condición de Diputados.

2.º Tampoco ofrece duda alguna la condición de los miembros de los Consejos en los que sus distintas normas exigen que el candidato cumpla una serie de requisitos, a saber: ser un experto en la materia o ser persona de especial cualificación o relieve, por lo que tampoco es necesario que los candidatos ostenten la condición de Diputados.

3.º El problema se podría plantear con los restantes Consejos.

En estos casos, las distintas normas dicen que formarán parte del Consejo: «Uno o más representantes de cada Grupo Parlamentario con representación en la Asamblea de Madrid.» Esto podría dar a entender que el representante, al serlo de un Grupo Parlamentario, ha de ostentar la condición de Diputado.

Esta cuestión se resolverá respondiendo a la cuestión de si la representación en los Consejos es una representación de la Asamblea o, por el contrario, es una representación de otros sujetos, en este caso los Grupos Parlamentarios.

Si el representante reuniese también la condición de Diputado de la Asamblea, el representante lo sería necesariamente de la Asamblea de Madrid y no de su proponente, el respectivo Grupo Parlamentario, ya que tanto la Constitución Española como nuestro Estatuto de Autonomía establece la prohibición del mandato imperativo para los Diputados.

Puesto que las distintas Leyes hablan de representantes de cada Grupo Parlamentario y no de representantes de la Asamblea de Madrid, como sí se especifica en el Decreto 174/1997 para el Consejo de Cooperación al Desarrollo, entendemos que los mismos no tienen por qué ostentar la condición de Diputados.

Este criterio, no obstante, es confuso y permite mantener tesis contraria y se oscurece más en algún supuesto como el Consejo Asesor de Asuntos Europeos, en cuya normativa se dice que los vocales serán «dos representantes por cada partido político con representación parlamentaria en la Asamblea de Madrid». En este caso, se habla de «los partidos políticos con

representación parlamentaria» y no de «representantes de los Grupos Parlamentarios». La diferencia es muy importante, porque los Grupos Parlamentarios actúan en el ámbito o extensión de la Cámara, mientras que los partidos políticos actúan en el exterior y con un ámbito de actuación mayor y más complejo.

4.º Por último, hay que hacer referencia al caso específico del Consejo de Administración del Ente Público «Radio Televisión Madrid», en el que existe una mención expresa a la incompatibilidad entre la condición de diputado y miembro del Consejo citado, introducida al haber sido modificada la Ley 13/1984, de 30 de junio, de Creación, Organización y Control del Ente Público «Radio Televisión Madrid», con la aprobación, en el año 1986, de la Ley 11, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid, la cual en su artículo 5 expone literalmente:

«5.1. Todas las causas de inelegibilidad recogidas en el artículo 3, lo son también de incompatibilidad.

5.2. Son además incompatibles:

- a) Los comprendidos en los apartados a), b), c) y d) del número 2 del artículo 155 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.
- b) Los miembros del Consejo de Administración del Ente Público «Radio Televisión Madrid».

Por su parte, la Ley 13/1991, de 16 de julio, y la Ley 2/2000, de 11 de febrero, de modificación Ley 13/1984, de 30 de junio, de Creación, Organización y Control del Ente Público «Radio Televisión Madrid», reafirman tanto la representación de miembros designados por los Grupos Parlamentarios en el Consejo, estableciendo respectivamente: «En todo caso, se garantizará el nombramiento por la Asamblea de al menos un miembro por parte de aquellos Grupos que, en aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, no resultaran representados en el Consejo de Administración de Radio Televisión Madrid» y el control de la Asamblea de Madrid se ejercerá por la Comisión de Control Parlamentario de «Radio Televisión Madrid».

Finalmente, **el Reglamento de la Asamblea de Madrid, aprobado el 30 de enero de 1997, en su Título XIX, Capítulo III, artículo 230**, estableció una regulación específica para el nombramiento de los miembros del Consejo de Administración del ente público «Radio Televisión Madrid», que establece:

«Artículo 230

1. Al inicio de cada legislatura y una vez constituida la Asamblea, la Mesa, de acuerdo con la Junta de Portavoces, determinará el número de miembros que compondrán el Consejo de Administración del ente público «Radio Televisión Madrid» y el que corresponde proponer como candidato a cada Grupo Parlamentario.

2. Para determinar el número de miembros que corresponde proponer a cada Grupo Parlamentario, se dividirá el número de Diputados de cada uno de éstos por el cociente que resulte de dividir el número de Diputados que integran la Asamblea por el de componentes del Consejo de Administración. Los cocientes enteros resultantes serán los que determinen el número de miembros que corresponde proponer a cada Grupo Parlamentario. En su caso, las propuestas que queden sin asignar se distribuirán entre los Grupos Parlamentarios según los restos mayores. En caso de igualdad de cocientes y restos, la propuesta se asignará al Grupo Parlamentario correspondiente a la candidatura más votada en las elecciones autonómicas.

3. En todo caso, en la determinación del número de miembros que compondrán el Consejo de Administración y del que corresponde proponer como candidatos a cada Grupo Parlamentario se garantizará el nombramiento de, al menos, un miembro a propuesta de aquellos Grupos Parlamentarios que en aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior, no resultaran representados en el Consejo de Administración.

4. Los Grupos Parlamentarios deberán comunicar a la Mesa, en el plazo establecido por ésta y mediante lista ordenada, los candidatos que proponen en el número que les corresponda. Los escritos de propuesta se presentarán acompañados de la declaración de aceptación de los candidatos.

5. La Mesa, revisadas las propuestas de los Grupos Parlamentarios, elevará al Pleno la lista definitiva de candidatos que se proponen para su nombramiento como miembros del Consejo de Administración.

6. Las propuestas de la Mesa será sometida a votación de conjunto en el Pleno.»

CONSEJO	LEYES/DECRETOS/ART.	MIEMBROS	COMPOSICIÓN IV LEG.	COMPOSICIÓN V LEG.	COMPOSICIÓN VI LEG. (1)	COMPOSICIÓN VII LEG.	COMPOSICIÓN VIII LEG.
I. Consejo Asesor de Asuntos Europeos	- Ley 4/1996, de 1 de julio, de creación del Consejo Asesor de Asuntos Europeos de la Comunidad de Madrid. Artículos 4 y 5	No necesaria condición de Diputado. Número total: Dos representantes de cada partido político con representación parlamentaria en la Asamblea de Madrid votados por el Pleno: artículo 234.1 RAM. Número por GP: Dos por cada GP. Nombramiento: Por el Pleno la Asamblea de Madrid. (No consta período de renovación.)	6 miembros: 2 GPP 2 GPS 2 GPU	6 miembros: 2 GPP 2 GPS 2 GPU	No llegó a designarse	Sin designar	Pendiente de designación
II. Consejo de Protección de Datos	- Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid. Artículo 17. - Decreto 40/2004, de 18 marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. Artículo 23	No necesita condición de Diputado. Número total: A propuesta de los Grupos Parlamentarios, un representante de cada Grupo Parlamentario y un experto en la materia. Número por GP: Uno por cada Grupo. Parlamentario, art. 234 RAM. Experto: Votación por el Pleno: artículo 234.2 RAM. Nombramiento: Por Decreto del Presidente de la Comunidad de Madrid por un período de cuatro años.	1 experto 3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPU	1 experto 3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPU	No llegó a designarse	1 experto 3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPU	Pendiente de designación
III. Comisión Consultiva de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas. Artículo 46.1.2.14	- Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas. Artículo 46.1.2.14	No necesaria condición de Diputado. Número total: Un representante de cada Grupo Parlamentario, votación por el Pleno: artículo 234.1 RAM. Número por GP: Uno por cada Grupo Parlamentario. Nombramiento: Por Acuerdo del Consejo de Gobierno. (No consta período de renovación.)	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPU	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPU	No llegó a designarse	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPU	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPU

¹ La VI Legislatura se constituyó el 10 de junio de 2003 (tras la celebración de las elecciones el 25 de mayo de 2003) y finalizó el mes de agosto de 2003, debido a su corta duración no se llegaron a renovar de miembros de los Consejos, a excepción de la Asamblea General de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.

CONSEJO	LEYES/DECRETOS/ART.	MIEMBROS	COMPOSICIÓN IV LEG.	COMPOSICIÓN V LEG.	COMPOSICIÓN VI LEG.	COMPOSICIÓN VII LEG.	COMPOSICIÓN VIII LEG.
IV. Mesa para la Integración y promoción del Pueblo Gitano de la Comunidad de Madrid	– Ley 4/2002, de 27 de junio, de creación de la Mesa para la Integración y Promoción del Pueblo Gitano de la Comunidad de Madrid. - Artículo 5 – Decreto 151/2007, de 5 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Funcionamiento de la Mesa para la Integración y Promoción del Pueblo Gitano de la Comunidad de Madrid. - Artículo único	No necesaria condición de Diputado. Número total: En representación de los Grupos Parlamentarios y aprobado por el Pleno, acompañado de aceptación. Número por GP: Uno por cada Grupo Parlamentario: artículo 234.1 RAM. Elegidos: Por el Pleno de la Asamblea de Madrid, al inicio de la Legislatura. Nonbramiento: Por el Consejo de Presidencia e Interior (Decreto 151/2007), por un período de cuatro años.	Creado en el año 2002 (V Legislatura)	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPIU	No llegó a designarse	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPIU	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPIU
V. Comisión de la Medalla de la Comunidad de Madrid	– Ley 3/1985, de 22 de marzo, de la Medalla de la Comunidad de Madrid. - Artículo 4	No necesaria condición de Diputado. Número total: Uno propuesto por la Mesa de la Asamblea de Madrid y aprobado por el Pleno: artículo 234.2 RAM. Nonbramiento: Por el Consejo de Presidencia e Interior (Decreto 151/2007).	1 miembro: designado por la Mesa de la Asamblea: 1 GPP	1 miembro: designado por la Mesa de la Asamblea: 1 GPP	1 miembro: designado por la Mesa de la Asamblea: 1 GPP	1 miembro: designado por la Mesa de la Asamblea: 1 GPP	Pendiente de designación
VI. Comisión Mixta de Transferencias	– Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. (Modificada por la Ley Orgánica 2/1991, de 13 de marzo, Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo, y Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio.) - Disposición Transitoria Segunda – Real Decreto 1959/1983, de 29 de junio, por el que se aprueban las normas de traspaso de servicios del Estado y funcionamiento de la Comisión Mixta de Transferencias. - Artículos 2 y 15	No necesaria condición de Diputado. Número total: Ocho (siete en calidad de vocales y uno en calidad de Vicepresidente). Nonbramiento: Por el Pleno de la Asamblea.	4 miembros entre Consejeros y Viceconsejeros más 1 Vicepresidente 3 miembros (uno por Grupo Parlamentario)	4 miembros entre Consejeros y Viceconsejeros más 1 Vicepresidente 3 miembros (uno por Grupo Parlamentario)	No llegó a designarse	4 miembros entre Consejeros y Viceconsejeros más 1 Vicepresidente 3 miembros (uno por Grupo Parlamentario)	Pendiente de designación

CONSEJO	LEYES/DECRETOS/ART.	MIEMBROS	COMPOSICIÓN IV LEG.	COMPOSICIÓN V LEG.	COMPOSICIÓN VI LEG.	COMPOSICIÓN VII LEG.	COMPOSICIÓN VIII LEG.
VII. Asamblea General de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid	– Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorro de la Comunidad de Madrid. (Modificada por la Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid). Artículos 27, 28, 32, 35 y 36 Disposiciones Transitorias segunda y tercera.	Personas de reconocido prestigio. Número total: 10 por 100 del total de Consejeros Generales entre un mínimo de 50 y un máximo de 400. Número por GP: Criterio proporcional – resto mayor: artículo 232 RAM. Nombramiento: Por la Asamblea de Madrid por un período de cuatro años.	48 miembros: 25 GPP 15 GPS 8 GPIU	48 miembros: 26 GPP 18 GPS 4 GPIU	40 miembros 20 GPP 16 GPS 4 GPIU	40 miembros* 20 GPP 16 GPS 4 GPIU *Continuando los miembros elegidos VI Legislatura durante 4 años (agosto 2003 a agosto 2007)	Pendiente de designación
VIII. Consejo de Ciencia y Tecnología de la Comunidad de Madrid	– Ley 5/1998, de 7 de mayo, de Fomento de la Investigación Científica y la Innovación Tecnológica. Artículo 5 – Decreto 276/1995, de 2 noviembre, por el que se crea el Consejo de Ciencia y Tecnología de la Comunidad de Madrid. Artículos 1, 4 y 7	Personas de reconocido prestigio. Número total: 12 nombrados a propuesta de la Asamblea de Madrid. Número por GP: La Mesa junto con la Junta de Portavoces fijan el número de cada Grupo Parlamentario según criterio proporcional: artículo 234.1 RAM. Elegidos por el Pleno de la Asamblea. Nombramiento: Por el Consejo de Gobierno.	12 miembros: (Propuesta Conjunta de los 3 Grupos Parlamentarios)	No se llegaron a designar	No se llegaron a designar	12 miembros: (Propuesta Conjunta de los 3 Grupos Parlamentarios)	Pendiente de designación
IX. Consejo Universitario de la Comunidad de Madrid	– Ley 4/1998, de 8 de abril, de Coordinación Universitaria de la Comunidad de Madrid. (Modificada por la Ley 24/1998, de 21 de diciembre.) Artículos 4 y 6 – Decreto 243/1999, de 22 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Universitario de la Comunidad de Madrid. (Modificado por el Decreto 47/2005, de 26 de mayo.) Artículos 4, 5 y 7	No necesaria condición de Diputado. Número total: Seis vocales designados por la Asamblea de Madrid; votación en el Pleno. Número por GP: La Mesa junto con la Junta de Portavoces; designación por criterio proporcional: artículo 234.1 RAM. Nombramiento: Por Orden del Consejero competente, por un período de cuatro años.	6 miembros: 3 GPP 2 GPS 1 GPIU	6 miembros: 3 GPP 2 GPS 1 GPIU	No llegó a designarse	6 miembros: 3 GPP 2 GPS 1 GPIU	6 miembros: 3 GPP 2 GPS 1 GPIU

CONSEJO	LEYES/DECRETOS/ART.	MIEMBROS	COMPOSICIÓN IV LEG.	COMPOSICIÓN V LEG.	COMPOSICIÓN VI LEG.	COMPOSICIÓN VII LEG.	COMPOSICIÓN VIII LEG.
X. Consejos Sociales de las Universidades	– Ley 12/2002, de 18 de diciembre, de los Consejos Sociales de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid. Artículos 8, 10, 11 y 12	Personas de especial cualificación para la comunidad universitaria. Número total: Cuatro designados por la Asamblea. Número por GP: La Mesa junto con la Junta de Portavoces fijan el número de cada GP según criterio proporcional: artículo 234.1.a) RAM. Nombrados: Por la Asamblea de Madrid por un período de cuatro años, renovándose por mitades (art. 8.2 Ley 12/2002).	4 vocales en cada Universidad (según se indica más abajo)	4 vocales en cada Universidad (según se indica más abajo)	No llegó a designarse	4 vocales en cada Universidad (según se indica más abajo)	Pendiente de designación
A. Consejo Social de la Universidad Complutense	– Decreto 205/2003, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior del Consejo Social de la Universidad Complutense de Madrid. Artículo 13 y Disp. Transitoria única		4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	No llegó a designarse	4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	Pendiente de designación
B. Consejo Social de la Universidad Autónoma	– Decreto 220/2003, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior del Consejo Social de la Universidad Autónoma de Madrid. Artículos 8, 10 y 11 y Disposición Transitoria		4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	No llegó a designarse	4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	Pendiente de designación
C. Consejo Social de la Universidad Carlos III	– Decreto 49/2004, de 1 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior del Consejo Social de la Universidad Carlos III de Madrid. Artículos 12, 14 y 15 y Disp. Trans. Única		4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	No llegó a designarse	4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	Pendiente de designación

CONSEJO	LEYES/DECRETOS/ART.	MIEMBROS	COMPOSICIÓN IV LEG.	COMPOSICIÓN V LEG.	COMPOSICIÓN VI LEG.	COMPOSICIÓN VII LEG.	COMPOSICIÓN VIII LEG.
D. Consejo Social de la Universidad de Alcalá	– Decreto 51/2005, de 16 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior del Consejo Social de la Universidad de Alcalá. Artículo 3 y Disp.Trans. Única		4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	No llegó a designarse	4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	Pendiente de designación
E. Consejo Social de la Universidad Rey Juan Carlos	– Decreto 145/2004, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior del Consejo Social de la Universidad Rey Juan Carlos (modificado por el Decreto 21/2006, de 9 de febrero). Artículos 9, 10, 11 y 12	No necesita condición de Diputado. Número total: Cuatro designados por la Asamblea de Madrid. Número por GP: La Mesa junto con la Junta de Portavoces fijan el número de cada GP según sistema proporcional: artículo 234.1 RAM. Nombramiento: Por la Asamblea de Madrid (según Ley 12/2002 de los Consejos Sociales de las Universidades)	4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	No llegó a designarse	4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	Pendiente de designación
F. Consejo Social de la Universidad Politécnica	– Decreto 222/2003, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior del Consejo Social de la Universidad Politécnica de Madrid. Artículos 8, 10 y 11		4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	No llegó a designarse	4 vocales: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	Pendiente de designación
XI. Comisión de Concertación de la Acción Territorial	– Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo. Artículo 9 – Decreto 129/1996, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión de Concertación de la Acción Territorial y del Consejo de Política Territorial. Artículos 7 y 9	No necesita condición de Diputado. Número total: cinco vocales titulares y cinco suplentes designados por el Pleno de la Asamblea. Número por GP: La Mesa junto con la Junta de Portavoces fijan según criterio proporcional: artículo 234.1 RAM y artículo 7 del Decreto 129/96. Nombramiento: Por la Asamblea de Madrid por todo el tiempo de duración de la legislación (según Decreto 129/96, art. 7).	5 miembros titulares 5 miembros suplentes: 3 GPP 1 GPS 1 GPIU	5 miembros titulares 5 miembros suplentes: 3 GPP 1 GPS 1 GPIU	No llegó a designarse	No llegó a designarse	Pendiente de designación

CONSEJO	LEYES/DECRETOS/ART.	MIEMBROS	COMPOSICIÓN IV LEG.	COMPOSICIÓN V LEG.	COMPOSICIÓN VI LEG.	COMPOSICIÓN VII LEG.	COMPOSICIÓN VIII LEG.
XII. Consejo de Salud de la Comunidad de Madrid	— Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid. Artículo 43 — Decreto 174/2002, de 31 de octubre, por el que se establece el régimen y funcionamiento del Consejo de Salud de la Comunidad de Madrid. Artículos 3 y 8	No necesita condición de Diputado. Número total: Con anterioridad un representante de cada Partido político con representación en la Asamblea de Madrid, según art. 234.1 Reglamento. Número por GP: Uno por cada Partido político en la Asamblea. Elegidos: Por la Asamblea de Madrid. Nombrados: Por el Consejo de Salud, por un período de un máximo de cuatro años.	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPIU	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPIU	No llegó a designarse	No llegó a designarse	Pendiente de designación
XIII. Comisión Regional de Museos de la Comunidad de Madrid	— Ley 9/1999, de 9 de abril, de Museos de la Comunidad de Madrid. Disp. Adic. Cuarta. — Decreto 19/2001, de 8 de febrero, por el que se crea la Comisión Regional de Museos de la Comunidad de Madrid. Artículos 4 y 5	No necesita condición de Diputado. Número total: Un representante por cada Grupo Parlamentario, por el artículo 234.1 RAM. Número por GP: Uno por cada Grupo Parlamentario. Elegidos: Por el Pleno de la Asamblea de Madrid. Nombrados: Por el Consejo de Cultura y Turismo, por un período de dos años.	Creado en el abril de 1999 (V Leg.)	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPIU	No llegó a designarse	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPIU	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPIU
XIV. Consejo Regional de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid	— Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid. Artículo 7 — Decreto 79/2002, de 9 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Composición, Organización y Funcionamiento del Consejo Regional de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid. Artículos 4, 7 y 11	No necesita condición de Diputado. Número total: Un representante de cada Grupo Parlamentario con representación en la Asamblea de Madrid, a propuesta del Pleno de la Asamblea: artículo 234.1 RAM. Número por GP: Uno por cada Grupo Parlamentario. Nombramiento: Por el Consejo de Cultura y Turismo al inicio de la Legislatura, por un período de cuatro años.	Aprobado Dec. de Composición, Organización y funcionamiento en 2002 (V Leg.)	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPIU	No llegó a designarse	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPIU	Pendiente de designación

CONSEJO	LEYES/DECRETOS/ART.	MIEMBROS	COMPOSICIÓN IV LEG.	COMPOSICIÓN V LEG.	COMPOSICIÓN VI LEG.	COMPOSICIÓN VII LEG.	COMPOSICIÓN VIII LEG.
XV. Consejo de Cooperativismo de la Comunidad de Madrid	– Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid. – Decreto 259/2000, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Cooperativismo de la Comunidad de Madrid. - Artículos 1 y 4	No necesita condición de Diputado. Número total: Un representante de cada Grupo Parlamentario con representación en la Asamblea de Madrid, a propuesta del Pleno de la Asamblea: artículo 234.1 RAM. Número por GP: Uno por cada Grupo Parlamentario. Nonbramiento: Por el Consejo de Gobierno, por tiempo indefinido (art. 4.2 Decreto 259/2000).	No ha llegado a designarse	No ha llegado a designarse	No ha llegado a designarse	No ha llegado a designarse	Pendiente de designación
XVI. Consejo de Cooperación al Desarrollo de la Comunidad de Madrid	– Decreto 174/1997, de 11 de diciembre, por el que se crea el Consejo de Cooperación al Desarrollo de la Comunidad de Madrid. (Modificado por los Decretos 92/1998, de 2 de mayo, 80/2005, de 2 de agosto y 20/2006, de 9 de febrero.) - Artículo 4	No necesita condición de Diputado. Número total: Cuatro en representación de la Asamblea. Número por GP: La Mesa junto con la Junta de Portavoces; designación por criterio proporcional: artículo 234.1 RAM. Nonbramiento: Por el Presidente de la Comunidad de Madrid por un período de dos años.	4 miembros: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU	No llegó a designarse	No llegó a designarse	No llegó a designarse	4 miembros: 2 GPP 1 GPS 1 GPIU
XVII. Foro Regional para la Inmigración de la Comunidad de Madrid	– Decreto 64/1998, de 23 de abril, por el que se crea el Foro Regional para la Inmigración de la Comunidad de Madrid. Modificado por el Decreto 43/2005, de 12 de mayo. - Artículos 4 y 7	No necesita condición de Diputado. Número total: Un representante de cada Grupo Parlamentario con representación en la Asamblea de Madrid, a propuesta del Pleno de la Asamblea: artículo 234.1 RAM. Número por GP: Uno por cada Grupo Parlamentario. Nonbramiento: Por la Asamblea, por un período de cuatro años.	No ha llegado a designarse	No ha llegado a designarse	No ha llegado a designarse	No ha llegado a designarse	Pendiente de designación

CONSEJO	LEYES/DECRETOS/ART.	MIEMBROS	COMPOSICIÓN IV LEG.	COMPOSICIÓN V LEG.	COMPOSICIÓN VI LEG.	COMPOSICIÓN VII LEG.	COMPOSICIÓN VIII LEG.
XVIII. Consejo del Deporte de la Comunidad de Madrid	– Ley 15/1994, de 28 de diciembre, del Deporte de la Comunidad de Madrid. Artículo 22 – Decreto 8/1998, de 15 de enero, por el que se regula la composición y funcionamiento del Consejo del Deporte de la Comunidad de Madrid. Artículos 3, 5 y 6	No necesita condición de Diputado. Número total: Siete miembros designados por el Pleno de la Asamblea de Madrid. Número por GP: La Mesa junto con la Junta de Portavoces fijan según criterio proporcional: artículo 234.1 RAM. Elegidos: Por la Asamblea de Madrid. Nombramiento: Por el Consejo de Gobierno, por un período de cuatro años.	7 miembros: 4 GPP 2 GPS-P 1 GPIU	7 miembros: 4 GPP 2 GPS 1 GPIU	No llegó a designarse	7 miembros: 4 GPP 2 GPS 1 GPIU	Pendiente de designación
XIX. Consejo para la Promoción de la Accesibilidad y la Supresión de Barreras Arquitectónicas.	– Ley 8/1993, de 22 de junio, de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas. (Modificada por la Ley 24/1999, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, y por la Ley 14/2001, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas). - Artículo 46	No necesita condición de Diputado. Número total: Un representante de cada Grupo Parlamentario nombrado por el Pleno, artículo 234.1 RAM. Número por GP: Uno por cada Grupo Parlamentario. Designado: Por la Asamblea de Madrid. Nombrado por el Consejo de Gobierno.	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPIU	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPIU	No llegó a designarse	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPIU	3 miembros: 1 GPP 1 GPS 1 GPIU
XX. Consejo Asesor de RTVE en la Comunidad de Madrid	– Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión. Artículo 14 – Ley 5/1984, de 7 de marzo, reguladora del Consejo Asesor de Radio y Televisión Española en la Comunidad de Madrid. Artículo 6	No necesita condición de Diputado. Número total: Fijado por la Mesa más la Junta de Portavoces: artículo 231.1 RAM. Número por GP: Fijado por la Mesa según criterio proporcional – resto mayor: artículo 231.2 RAM. Nombramiento: Por el Consejo de Gobierno al inicio de la legislatura, por un período de cuatro años (cesan al término de la legislatura, art. 6.3 de la Ley 5/84)	13 miembros: 7 GPP 4 GPS 2 GPIU	17 miembros: 9 GPP 6 GPS 2 GPIU	No llegó a designarse	17 miembros: 9 GPP 7 GPS 1 GPIU	20 miembros: 11 GPP 7 GPS 2 GPIU

CONSEJO	LEYES/DECRETOS/ART.	MIEMBROS	COMPOSICIÓN IV LEG.	COMPOSICIÓN V LEG.	COMPOSICIÓN VI LEG.	COMPOSICIÓN VII LEG.	COMPOSICIÓN VIII LEG.
XXII. Consejo de Administración del Ente Público «Radio Televisión Madrid»	– Ley 13/1984, de 30 de junio, de Creación, Organización y Control del Ente Público «Radio Televisión Madrid». Artículos 4 y 19 – Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid. Artículo 5	Incompatible con la condición de Diputado (art.5 de la Ley 11/1986). Miembros elegidos en representación de la Asamblea. Número total: Fijado por la Mesa más la Junta de Portavoces: artículo 230.1 RAM. Número por GP: Fijado por la Mesa según criterio proporcional – resto mayor: artículo 230.2 RAM. Nombramiento: Por la Asamblea de Madrid al inicio de la Legislatura, por un período de cuatro años (cesan al término de la Legislatura, art. 4.2 de la Ley 13/84).	13 miembros: 7 GPP 4 GPS 2 GPIU	17 miembros: 9 GPP 6 GPS 2 GPIU	No llegó a designarse	17 miembros: 9 GPP 6 GPS 1 GPIU	20 miembros: 11 GPP 7 GPS 2 GPIU
XXIII. Consejo de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid	Ley 11/1999, de 29 de abril, de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid. Artículos 24 y 32.1.	No necesita condición de Diputado. Número total: Siete Consejeros. Número por GP: Votación por mayoría de 3/5 partes en el Pleno. Nombramiento: Aprobado por el Pleno de la Asamblea de Madrid, por un período de seis años.		7 Consejeros, Presidente y Vicepresidentes más: 3 GPP 2 GPS 1 GPIU		7 Consejeros, Presidente y Vicepresidentes más: 3 GPP 2 GPS 1 GPIU (Designados en 2006)	7 Consejeros, Presidente y Vicepresidentes más: 3 GPP 2 GPS 1 GPIU (Próxima renovación en 2012)

VII

RECENSIONES

Ollero, Andrés:

El Derecho en teoría

Thomson-Aranzadi, 2007

EXPOSICIÓN DEL CONTENIDO DE LA OBRA

Llega al mercado jurídico tanto estudiantil como profesional, una obra de Andrés OLLERO que sólo por el título parece interesante. Por su solidez no es posible exponer todas sus ideas, sino sólo realizar una labor personal de selección de lo más sobresaliente, selección personal se subraya. Como personal ha sido la selección de los trabajos y artículos que ha realizado este prolífico autor, todos ellos dedicados a autores y juristas que ha influido en su larga trayectoria científica publicada. Baste decir que en ellos trata la esencia de lo que ha sido y es la Filosofía del Derecho clásica y que constituye un intento de mantener vivos, pero modernos, sus temas de preocupación, que son grandes, enormes de dimensión, por ello, la documentación utilizada pertenece a los grandes pensadores de la materia. Documentación seleccionada e importante tanto doctrinal como jurisprudencial, algo que no es muy habitual en los profesores del Área de Filosofía del Derecho, anclados en ocasiones en el argumento de autoridad docente de forma exclusiva: aquí la apertura de fuentes consultadas es notable y es normal por lo que luego se dirá. Eso se consigue porque en OLLERO se da una cualidad que pocos juristas de la asignatura de Filosofía del Derecho cultivan o han cultivado y que le hacen ser conocedor más profundo de la realidad del Derecho: haber vivido el Derecho desde la óptica de su creación y confección como parlamentario brillante y ser, por otra parte —y de forma simultánea—, estudioso de la Filosofía del Derecho como Catedrático de la Universidad de la asignatura, así pues, práctica y práctica, pues no sabemos quién es el autor que hoy en día defiende que la Filosofía del Derecho no es práctica, cuando es la disciplina que tradicionalmente ha reflexionado sobre la norma positiva y vigente. La Obra se divide en unidades que ofrecen preguntas sobre los temas clásicos —que nunca morirán— de la Filosofía del Derecho, cada unidad va precedida de

* Profesor Titular del Área de Filosofía del Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos. Ex-Letra-
do del Tribunal Supremo.

unas preguntas y lecturas recomendadas para su aclaración. Cada trabajo no está ahí por casualidad, tiene una línea de argumentación lógica que hay que seguir, por ello, lo más prudente es caminarla en la propia estructura de la monografía.

Así que desde el primer título «*vaya a saber usted qué es el Derecho*» empieza el debate del autor por comprender esto. Se propone en un tema tan general a la Ontología jurídica como respuesta para saber qué es el Derecho (p. 23). La Filosofía se cura con el tiempo dice su epígrafe, el grado de abstracción va históricamente descendiendo en el Derecho, llegando a una nueva religión: *el positivismo presente en toda la obra*. El jurista —gracias a él— hace que se crea un *científico* como los demás, pero no lo es. Nace el positivismo jurídico como metodología (que se ocupa del Derecho que es) y como Ontología jurídica (sólo es Derecho el derecho puesto) y en ese debate continuamos. La Filosofía del Derecho nace, pues, como Ciencia del Derecho ante la ausencia de una como tal, y los autores diferirán sobre el objeto de esa ciencia: SAVIGNY, BENTHAM... son concepciones diferentes y respetables. La obsesión de los juristas por ser científicos posee para el autor varias razones: La teoría del conocimiento entroniza a la ciencia como saber racional, se pasa del ideal de Justicia, al saber a qué atenerse, el principio que yo llamo estructural del Derecho: *la idea de Seguridad o de Inseguridad jurídica*, a esta primera razón se le une un componente ético que no puede abandonar la ciencia jurídica y por supuesto un componente político. La relación, por tanto, entre Ciencia y Filosofía con esos factores que las otras ciencias no poseen de forma tan acentuada, en el campo del Derecho es conflictiva.

Se da un paso al frente: la Filosofía del Derecho es —para este análisis positivista, toda la obra es un diálogo con un positivista en mi opinión— reminiscencia de un concepto histórico (p. 27), se sustituye el viejo Derecho Natural (tan añorado por los alumnos en los últimos años de la carrera, cuando ya han comprendido o están en vías de comprender) por la Filosofía del Derecho que es, el Derecho positivo el único Derecho, ya estamos en la modernidad de las otras ciencias. Pero el Iusnaturalismo, disfrazado, sigue estando ahí. Tenemos ya la equiparación con las otras ciencias más o menos respetables según el gremio científico: el Derecho es el que es exclusivamente, no merece la pena plantearse más. Es esa idea que BENTHAM defiende al entender que el Derecho es lo que es en una Jurisprudencia expositiva, dejando un margen a la jurisprudencia censoria (lo que el Derecho debiera ser). Se pregunta Andrés OLLERO —y con razón— cómo es posible reflexionar sobre algo sin saber su alcance cómo discutir sobre el Derecho que es sin saber el porqué es o debiera serlo. No es extraño —y esa sensación que tenemos los docentes de esta asignatura en más o menos exteriorización— que se pueda hablar de un Responso por la Filosofía (p. 29). En los países de nuestro entorno, Francia, Alemania (con la excepción que supuso KAUFMANN en Alemania) la Filosofía del Derecho ha desaparecido, se desdibuja, no tiene interés. Ha sido culpa del rígido cientifismo, el que identifica lo racional con lo científico, el saber positivo: fuera de la ciencia está la irracionalidad. Y así, dentro de la teoría de la Ciencia se descendió a fijarnos en lo menos rele-

vante, no se discutían ideas, sólo normas «puestas de forma positiva». Y en ello, tiene que ver una tremenda labor de limpieza de lenguaje jurídico: quitar lo que recuerde a la reminiscencia no científica, por ello, la Filosofía analítica deja fuera de sí todo lo que no puede explicar y de esa verificación científica se llega a la falsación: el método científico como dogma (algunos intentos como KHUN son loables por abrir la mente del jurista) sin ese método o su asunción no forman partes de la comunidad científico-jurídica. De ahí se da otro nuevo paso: la pluralidad del objeto científico jurídico como racional. Aunque hay excepciones como RORTY que predica la libertad en la sociedad para ser hombre científico, no es ello lo que se impone: se impone el dogma, la ciencia verificada, la verdad. KIRCHMANN predica —en el siglo XIX conviene recordar— la inutilidad del saber científico. La obsesión por ser ciencia del Derecho llega a plantearse nuevos métodos el nomotético (describe pautas regulares de conocimiento empírico) o el idiográfico (se estudia el caso singular, sobre los textos, tiene objeto científico). Las Ciencias del Espíritu —para equipararse y el Derecho entre ellas en esa línea extraña que siempre ha tenido— acude a ser de las llamadas Ciencias Sociales. Así que el método se convierte en objeto: el debate posterior entre Kelsen y los realistas escandinavos lo demuestra claramente. Pero no se está tratando sino del objeto de una Teoría del Derecho, por ello se pregunta el autor *qué será la Teoría del Derecho* (p. 33). Hay quien la identifica con la Teoría general del Derecho, pero ese rótulo es histórico, no es parte general de las otras partes especiales del Derecho parece ser que esta opinión —durante tiempo sustentada para denigrar la especialidad— ya no la sostiene nadie. Se habla también de una Teoría de la ciencia jurídica, que se defendió con razón que era, se ha caído en predicar de nuevo por algunos (no parecen ser muchos, ésa es la verdad) del Derecho Natural, o la consolidación más científica y menos ideológica —concepto utilizado en su defensa, ya que sí creemos que exista ideología que sustente la norma si no es para manipular, sino para describir una realidad— en Introducción al Derecho. La verdad es que el desconcierto ya forma parte de la esencia de la Teoría del Derecho estando más marcada por lo que estudia que por lo que pretende estudiar hace tiempo. Quizá se pueda encontrar ya su marca científica: el saber práctico, la filosofía práctica que desde Kelsen y otros llamando metodología jurídica se ha predicado.

«La Filosofía jurídica —dice el autor— no es un saber que se ocupe desde fuera, del saber jurídico; sería más bien, la obligada reflexión interna sobre la filosofía que, de modo consciente o no, todo jurista acaba colaborando a llevar a la práctica». Así que sin dejar de abrir frentes de todo tipo, para avanzar, el capítulo titulado *Todos de acuerdo: sólo es Derecho el Derecho positivo*, se abre (p. 39). Para llegar a ser ciencia —como dogma del que partir— se entendería que es Derecho positivo el puesto y Derecho Natural al que habría que considerar meramente supuesto, una mera propuesta moral sobre cómo debería ser el Derecho Positivo. El normativismo jurídico es doblemente positivista: desde la teoría del conocimiento identifica racionalidad y método con la teoría positivista de la ciencia y porque su ontología jurídica convierte en objeto sólo el Derecho positivo, marginado el debate moral del

mismo. Descartando los derechos previos a la norma, descartando las interpretaciones de la misma, para el normativismo jurídico (que se ha apoderado del concepto del positivismo, a mi juicio) el Derecho como sistema está compuesto exclusivamente por normas, el sistema jerarquiza y articula las normas, intentará que no existan lagunas fruto de la imprevisión, es la plenitud del ordenamiento. Para crear Derecho nuevo no se acudiría a un método axiológico o teleológico, el Sistema avanza por medio de la Lógica. Las normas nacerían de una norma anterior y lo no previsto en una norma, no tendría cabida en el Sistema, así es como piensa el normativismo, como escuela o como forma de actuar, pues a lo mejor no es ni escuela, sino forma de actuar pensamos nosotros. Lo que se valora es el cognotivismo que no dé entrada en su planteamiento a lo ético porque no es verdadero juicio como tal. Pero es paradójico este cognotivismo: el positivismo también arranca de un planteamiento que denosta: el voluntarista (p. 43). Si desde HOBBS se concibe la norma como expresión de un mandato imperativo del soberano, la codificación no es más que una proyección sobre las leyes positivas del racionalismo iusnaturalista. Se confunde lo lógico con lo justo. Así pues, que el positivismo de la ciencia del Derecho, desde entonces, se traduce en que antológicamente —quizá para evitar confusiones y pensar— es positivismo jurídico «sólo es Derecho el positivo», y el normativismo jurídico nos indica que el Derecho es un sistema de normas, identificable por sus rasgos meramente formales. Se intenta que no todo positivismo sea «Legalista»: Kelsen es quien lo representa, pero para él, el juez (y no sólo la Ley) crea derecho positivo, si bien su imagen es la de ser su representante al asumir su metodología y su ontología, la del positivismo. Pero a Kelsen hay que entenderlo en sus justos términos. Surge la verdad científica y ética: el *principio de Legalidad*. Después de la Segunda Guerra Mundial se atacó al Positivismo como el mayor de todos los males, era indeseable. Conviene preguntarse si el positivismo refleja lo que el Derecho es, más allá de preguntarnos —como ya casi todos pensamos— que no es la única vía de acercamiento a la comprensión del Derecho. Se pasa al llamado *Iusnaturalismo de uso alternativo* para criticarle. Se parte de que existe otro Derecho, el Natural, como Justicia objetiva asequible para el común de los hombres, negar esta verdad, hace el Derecho reprochable moralmente, no está demostrado que esto lo persiga el positivismo en sus fines sí en su metodología. Esa concepción, después de la Segunda Guerra Mundial va cambiando el Derecho: lo justo, los derechos humanos, como verdad. Tal Derecho Natural que se vive y se legisla, será derecho obligatorio, pero ello empezó a ser obstáculo para las corrientes laicistas, el positivismo jurídico se convirtió en doctrina utilizada más por el progresismo, intentando separar el Derecho de los pronunciamientos morales que en él se contenga, por lo menos, es lo que pasó en España.

El iusnaturalismo se utilizó para romper esquemas del pasado: apelar al Derecho Natural, parecía que invitaba a un uso alternativo del Derecho, el jurista, sustituiría la letra de la Ley por las exigencias objetivas de lo humano. Nació un legalismo paralelo como alternativa al positivismo y ese papel cumplió de forma brillante el Derecho Natural. Cada uno por su lado, Legalismo

y Iusnaturalismo, pero el problema continuaba. Parece que había un punto en común: el Derecho que se había de estudiar era el que es (p. 50), ya era algo. Pero ese «Ser» entrañaba ya una posición: el científico que no se niega a que el Derecho sea un «deber ser» ya está complicando el asunto. Separar existencia y esencia al hablar del Derecho es incomprensible: cómo se piensa en el Derecho que es, en su reflexión sin saber cómo sería de otro modo. Reflexionar sobre la validez, la vigencia y la legitimidad del derecho nos lo demostraría. Para el positivismo (KELSEN) la validez es un concepto formal exclusivamente, el Derecho como «puesto». La vigencia del Derecho sólo hace referencia a datos fácticos, sobre la aceptación de las normas en cada momento. Pero una norma que ha perdido eficacia, parece inconcebible que se entienda válida, el propio KELSEN lo defiende. La desuetudo no es sino la plasmación de la relación entre validez y eficacia: una norma que pierde vigencia, pierde validez. Igual ocurre con la Legitimidad: la obediencia a un Derecho por ser formal, pero que tiene que ser cumplido por una concienciación colectiva (en el concepto de los realistas como ROSS), que tiene interrelación con la vigencia y la validez. La perspectiva iusnaturalista condiciona a la positivista: si se afirma que una Ley es injusta no es ley, no se tiene que obedecer porque hay razones que así lo aconsejan. No sólo es Derecho el derecho positivo, muchas son las razones para no sostener esta idea: mejor sería —nos indica Andrés OLLERO— quedarse con la idea de buscar *el mejor derecho posible*. Lo que ocurre es que al final, el Positivismo cumple una función ideológica, en el sentido de que falsea la realidad (p. 55). Simula garantizar certeza en la identificación de los conceptos jurídicos, y en la seguridad jurídica: por medio de la claridad de la ley, la no retroactividad, la cosa juzgada será *ex post facto*, lo que diga el juez, pero dónde está la seguridad de la que se parte en su esquema. Confiar en el Juez esa «seguridad» es no conocer el Derecho en su realidad. Se debe llegar a un entendimiento, pues, del positivismo y sus logros (que los tiene o los tuvo) y el Iusnaturalismo a la hora de concebir el Derecho: la llamada naturaleza de las cosas más que la omnicompreensiva ley natural, como acercamiento para el Derecho puede ser uno de los pilares de ese entendimiento puede ser uno de los pilares que nos propone el autor. El Derecho se «pone» siempre al fin y al cabo, en diálogo con un contexto de valores que se da por «supuesto», incluso para el positivista más acérrimo. Ahora bien, *cómo debe hacer el Derecho Justicia* es un gran problema (p. 59). «La Justicia —ya están hablando los Filósofos del Derecho de la Moral otra vez— esto no es científico, es poco práctico», es el pensamiento ortodoxo del positivista. Moral y Derecho compartimentos estancos es el diagnóstico del positivismo jurídico. Lo Moral es no jurídico, prejurídico, no podrá ser derecho ni en su objeto jurídico se encuentra con el peligro de que el Derecho puesto no pueda ser criticado fuera de él (BOBBIO). Hasta el más puro de los positivistas (KELSEN así ha pasado a la posteridad jurídica, se matice o no) reconoce que el Juez no sólo aplica la norma, que da carta institucional al argumento de la Justicia (al Moral). Surgen los «derechos morales» fuera del debate de lo jurídico, inescindiblemente humanos, como exigencias básicas de lo humano

(RALWS) el análisis positivista se complica cada vez más para sostener que es Derecho sólo el puesto o porque lo dice el Código (p. 65).

Por ello, Moral y Derecho en realidad no son sino dimensiones de la actividad humana: personal y social, pero se aúnan en el sentido de que obedecer el Derecho puesto será considerado como moralmente bueno, en abstracto sin analizar la norma de fondo. No todo lo bueno moralmente puede serlo jurídicamente: a lo mejor la norma prevé otro bien moral y el desobedecerla no implica juicio moral, sino sólo jurídico. Dar a cada uno lo suyo es lo que pretende la Justicia o el Derecho, ese «lo suyo» es consecuencia de una cosa justa o ajustada, con arreglo a unos criterios de Justicia Objetiva, que son previos al ejercicio de la subjetiva virtud de la Justicia. Pero para ello, hay que determinar qué se entiende por Justicia Objetiva, el bien común (p. 67). La convivencia social marca la pauta para ese mínimo ético de cada hombre. El Derecho impone un mínimo ético de deberes nada cómodos: impuestos, aceptación de códigos, multas... la *alteridad* sería una pauta de ese mínimo: lo relevante jurídicamente será lo que tenga de relación con los demás, y la exterioridad de la acción también, pues de lo contrario estamos en la Moral. Las exigencias meramente morales son anteriores al Derecho, y éste las asume por cauces atípicos unas veces, otras discrecionales. La concepción de la Justicia será el problema: así, el prohibido prohibir liberal (MILL) no obedece sino a una moral individualista poco realista también. Derecho y Moral son compartimentos estancos: Derecho (lo público) Moral (lo privado) cada uno por su cuenta, persiste el problema que quiere perpetuar el positivismo. Pero lo privado si no se sustenta en un juicio moral general, no sería siempre jurídico, así no se puede establecer el mínimo de una Justicia objetiva que permita saber qué es dar a cada uno lo suyo (p. 71). La despenalización es la institucionalización de lo que es considerado normal, justo (¿), ello hablando de temas como la eutanasia o el aborto, no deja de ser difícil de asumir, pues el juicio es moral pese a su despenalización jurídica. Además se ataca la idea de un mínimo código moral, pues se dice que afecta la libertad humana, nadie quiere dejar de practicar sus valores, los que le amparan aunque sean de civilizaciones diferentes (inmigración) que no tienen ese mínimo contenido moral equivalente. Por ello, existe también y se critica el riesgo de la *moralización del Derecho* ante la separación que acabamos de ver. Es otro riesgo que tiene problemas: se vuelve a citar la eutanasia como un problema de moral y jurídico o jurídico y moral que para el basamento moral cristiano no tiene tanto problema, pues no existe, pero la sociedad es plural y entonces subsiste el problema. La idea de responsabilidad y de compasión en este tema señalan las diferencias de nuevo, entre positivistas y no. Lo jurídico tiene una dimensión radicalmente judicial, la ley cumple a su servicio una función normalizadora, pero la moralización del Derecho posee un riesgo: los casos límite (difíciles si se les puede llamar) por vía legislativa tendrán respuesta judicial, se convierte la excepción en norma por este camino. El Derecho debe crear norma social, no se debe recurrir a él por convencimientos morales de casos concretos, pues aspira a normalizar la convivencia social, si los derechos son irrenunciables, como máxima que se asume, la vía de la excepción legal (cuyo

límite se desconoce) no respeta el mínimo código ético para los dos frentes: Moral y Derecho.

Se pregunta el autor sobre el *papel de los jueces como críticos o como ingenieros sociales en el siguiente trabajo* (p. 77). Evidentemente que la situación actual proviene de los logros anteriores de la Sociología jurídica, del funcionalismo para reflejar la realidad actual y un estudio profundo de esos movimientos se hace. El mínimo ético es el problema del que se venía tratando y con el que se enlaza esa separación de lo Moral y lo jurídico que el Juez se ve obligado, quiera o no, a completar pero hay una realidad ya evidente: la insuficiencia de los positivismos jurídicos al explicar el Derecho.

En esa imposibilidad *si el Derecho es siempre por principio, norma* (p. 95) es lo que debemos ahora cuestionarnos. Sabemos lo que pretende el normativismo, así el delimitar el objeto preciso y definido: el Ordenamiento jurídico como Sistema de normas y la apelación al concepto-referencia Sistema. Sistema previsible en su aplicación y revisable para que ello siempre suceda. Basado en el Principio de Legalidad que vigila el Tribunal Constitucional para que todo cuadre. El normativismo niega el carácter de jurídico a otros elementos que aspiran a ello, como los principios o los valores. No habría principios jurídicos: sólo cuando estuvieran reflejados en normas. Lo mismo ocurre con los valores. La posición del normativismo ortodoxo es sencilla: los principios aparecerían como material prejurídico o pre-normativo. Estarían más en el terreno de la moral que en el Derecho si no derivan de otra norma, no son norma. En España y en el entorno europeo ello ha ocurrido al pasar de los Principios Generales a los Constitucionales. Son principios que cumplen una función similar, no subsidiaria a las normas, son pre-legales porque se anticipan a las normas, pero también se aplican como normas en ese doble juego que tienen en nuestro sistema. El contexto del principio y dónde se halle inscrito le marca también su papel, como ocurre con las Constituciones que indican principios que no regulan porque los dan por supuestos (Derecho Natural). Así pues, dejando otra vez insuficiente al análisis normativista del Derecho, la norma colabora a hacer justicia. Ésta radica siempre en un fundamento previo al texto normativo; es a la vez una realidad siempre por hacer, que sólo se convierte en cosa justa tras contar con el respaldo del sistema. Se combina una prioridad lógica con una realidad a posteriori. La interpretación sitúa a los valores, normas y principios dentro de la realidad jurídica en un movimiento espiral (p. 109). Ahora bien, el positivizar esos principios como normas, tal cual las conocemos, depende del azar, depende —como hace KELSEN— de la más dura discrecionalidad judicial (la justicia constitucional es la que decide lo que es norma válida) más que apelar a unos principios generales estructurales que mantiene siempre vigentes el Iusnaturalismo racionalista en una lectura respetable, pero poco real en nuestros tiempos.

La obra nos presenta e intenta resolver preguntas profundas y así en *a qué nos da Derecho el Derecho* (p. 113) para el normativismo los derechos sólo proceden de las normas, la norma jurídica limita los derechos y la libertad en esta concepción exclusiva. Los derechos serían *residuales*, lo que se nos deja hacer,

se remarca la diferencia de HOBBS entre la ley y el Derecho; el derecho es la libertad. Esta concepción proviene del positivismo voluntarista, de marcada tendencia individualista como ya se ha indicado. BENTHAM será el que mejor represente esta concepción: los derechos son mera consecuencia de los deberes, luego el centro de gravedad del mundo jurídico será el Código Penal. Esta idea se desarrolla indicando que el normativismo jurídico pretende —y eso se nota hoy en día— sustituir la idea de Justicia por la idea de Seguridad: la nueva ética del Derecho. A esta nueva ética y cambio en el procedimiento científico (desde COMTE como representante de la Sociología del Derecho) se une la condena política: para BENTHAM unos derechos entendidos como previos y ajenos a las normas positivas, sólo podrían tener una perturbadora valencia revolucionaria. El individualismo anglosajón representa esta nueva ética: gira la teoría del Derecho en torno a los derechos, entendidos como triunfos capaces de hacer frente al Estado y a sus poderes, esos derechos subjetivos toman carta de esencia en los textos constitucionales como derechos fundamentales, como indica BACHOF. La idea del bloque es clara: *no se tiene derecho a todo lo no prohibido*, pues entonces caeríamos en el llamado «*buenismo jurídico*» y tendríamos derechos a cualquier antojo si no encuentra un reproche social.

Este *buenismo jurídico* conlleva el peligro de dejar en desamparo a auténticos derechos de quienes no pueden obtener respaldo social: los más débiles. Por ello, conviene cuestionarse *quién es el sujeto de derechos* (p. 121) la persona tradicionalmente ha sido ese sujeto y titular de los derechos, ese «todos» constitucional al final se torna en cada uno de nosotros, ese nosotros que en términos de bioética empieza a ser conocido —conforme a las más prestigiosas técnicas— desde mucho antes del mero nacimiento. El bioderecho cambia la teoría del sujeto de los derechos y el concepto de familia y supone una revolución moral de consecuencias no predecibles a 2007. Y se van enlazando los temas con una línea argumental ortodoxa y bien conectada así se ha de analizar —todas ellas preguntas de esencia— si lo jurídico ha de servir de disfraz del fuerte o de protección al débil (p. 129). Tras analizar la evolución del saber romano a la ciencia jurídica moderna, se habla del positivismo voluntarista y de la razón de Estado, del Absolutismo al paso al Estado de Derecho, de la Democracia y la dictadura de la mayoría, el Estado Social de Derecho... todos ellos problemas de la Filosofía Política, y se obtiene una conclusión, a nuestro juicio, razonable —quizá ya sólo se nos pida a los juristas ser razonables— sobre la cuestión: el debate de hoy en día de los derechos es el de Seguridad o Justicia desde un aspecto formal. Entender el Derecho como mero instrumento de la voluntad del que manda —no sabemos el porqué siempre tenemos esa sensación cuando desde el gobierno de toman decisiones que no nos agradan— identificándolo sólo con la fuerza que estaría en condiciones de ejercer, es reducirlo a uno de sus aspectos. Los valores que el ciudadano comparte y defiende tienen mucho que ver en la esencia del Derecho, pero esos valores no los puede proponer el ciudadano de forma privada, como propondría DWORKIN, en el aspecto de la protección de la vida del no nacido, quitándole toda relevancia pública. Por ello, en *¿Son Jurídicos*

los derechos humanos? (p. 149) la pregunta no es meramente artificial, es profunda. El abuso del concepto «derechos humanos» no deja de ser expresivo del interrogante, los derechos son antes que el Derecho, esa cuestión es la que el Positivista no se plantea. Para el positivismo el análisis no existe: sólo será Derecho el que conceda el Poder legislativo del Estado, antes no es Derecho y no concede derechos. Más allá del debate de la segunda y tercera generación de derechos —que no se sabe la razón por la que sólo interesa a los filósofos del Derecho— se tiene que detener en el problema de si los derechos los principios y las normas son los mismo en su esencia o no. Tener derecho a todo, como se pretende ahora al difundir listas interminables de derechos, se traduce en no tener derecho a nada en la práctica. No cabe entender a los derechos como mero producto eventual de las normas: los derechos fundamentales aparecen como previos o pre-legislativos. Tampoco tiene sentido que los antes llamados principios de la política social y económica (hoy derechos económicos, sociales y culturales) sean menos jurídicos que los políticos y civiles. Más allá del planteamiento iusnaturalista los «derechos existen antes que el Derecho» (SANTO TOMÁS en sus reflexiones es clarificador) convendría señalar que los derechos son antes que el Estado. Hubo derechos desde que existió el ser humano, viniendo el Estado muchos milenios después, lo que pasa es que luego el Estado los detenta, pues en cada Estado rigen unos derechos que por más intentos de ser *universales* —y lo son por lo menos a título informativo— muchos Estados desconocen, ignoran y maltratan. Y así se llega a *si se puede imponer convicciones el Derecho* (p. 187). Nadie puede imponer sus convicciones a otro, en esa idea nace la *Laicidad*, que se predica en los Estado modernos. Lo religioso se confina a lo privado, incluidas sus propuestas morales que pueden llegar a ser jurídicas.

Pero el problema es cómo trazamos la frontera entre lo público y lo privado, de dónde obtendremos los criterios para resolver el problema, y no se puede hacer sin tomar en cuenta el ámbito de lo jurídicamente relevante, la Justicia objetiva. Los planteamientos antropológicos y humanos no serán unánimes, habremos de llegar a un punto de consenso, que el laicismo ideológico, no quiere. El problema es distinguir lo jurídicamente exigible y lo moralmente admisible, en esa tensión el laicismo se torna aparentemente como árbitro neutral se entiende: no expone sus convicciones. Los poderes públicos deben actuar neutralmente porque deben respetar el pluralismo social, pero esa neutralidad es imposible en todo momento, ya que sus actos se acercarán a las convicciones de unos y otros. Se opta por el ideal de tolerancia y el relativismo: no cabe imponer nada porque no hay nada previo, por ello se despenalizan actitudes y actos que antes se basaban en alguna valoración: pero tampoco consigue esa metodología ser neutral, ni siquiera apelando al socorrido *consenso* que no es sino aunar voluntades de algunos para ser más que los disidentes o eso se traduce en la práctica aunque el ideal de forma abstracta no suene mal: acuerdo neutral entre todos. El ideal de Tolerancia pese a ser cognoscitivo y científico para el laicismo es una reminiscencia cristiana. Supone reconocer a todos cuantos derechos soliciten. Pero ello nos lleva a una idea que está presente en toda la obra o que es recurrente: el *rela-*

tivismo de la época actual. La objeción de conciencia es un claro ejemplo de esa flexibilidad que el laicismo predica, tolera esa disidencia, incluso le parece pintoresca, pero es problema distinto el de la llamada desobediencia civil, que se enfrenta a la norma (no que la cumple porque puede como ocurre en la objeción de conciencia, aunque cabe esa objeción ante normas imperativas pero hay que aceptar su consecuencia) para apelar a las convicciones de la sociedad y provocar una reacción que lleve a modificarla por las vías adecuadas. Son todos temas que trataba el antiguo Derecho Natural que se niega, *pero haberlo haylo* (p. 209). Hoy en día ya no se explica o no está de moda el Derecho Natural, es una realidad a la que no podemos dar la espalda. Existe una presión antimetafísica interpretada por ALEXY como que el positivista defiende la legalidad y el Ordenamiento, mientras que el iusnaturalista defiende el derecho en su corrección material. Se impone la crítica al iusnaturalismo desde la teoría del conocimiento en primer lugar, como actitud previa al problema, hay un obstáculo científico previo. Después la falacia iusnaturalista se monta: la indeseable separación ontológica entre ser y deber ser, pero científicamente no es defendible esa total separación. En esa separación, por ejemplo, no hace falta un análisis moral del Derecho sólo el de sus utilidades económicas o eficacias, ya presente en Bentham. La tajante escisión del ser y del deber ser es un problema epistemológico: el Derecho debe garantizar un mínimo deber ser, sin el que sería imposible la convivencia social, y como resultado, que cada uno pueda llegar a realizar a su modo un concepto de vida buena. Para no apearse de que «*Sólo es Derecho el Positivo*» —el positivismo ha sabido adaptarse en tiempo y forma— se crea el *positivismo inclusivo* que reconoce que el Derecho no funcionaría sólo gracias a elementos formalmente jurídicos, sino que exigiría el acompañamiento de otros materiales, identificados como morales. OLLERO propugna un *iusnaturalismo inclusivo*, sólo es derecho el derecho positivo, pero no desde la perspectiva de la positividad instantánea, el Derecho Natural no será enemigo del Positivismo sino estimulador y acompañante del mismo proceso de positivación y se mantendrá el debate —siempre molesto para un positivista ortodoxo— de la Ley injusta: se hace un recorrido interesante de la situación alemana desde la caída del muro de Berlín. Los bloques temáticos en conexión y la vuelta a las grandes cuestiones por ello nos llevan a pararnos en *qué cabe considerar como derecho positivo* (p. 231) se trata de sugerir que es adecuado negarse a identificar como jurídica una ley injusta, pese a reunir los exigibles requisitos —formalización institucional, justicia objetiva y arraigo social— sería tan absurdo como negarse a identificar como jurídicos derechos derivados de la naturaleza humana, por el hecho de no reunir cumplidamente tales requisitos. La Ley injusta es Derecho, pésimo Derecho si se quiere, que deberá ser corregido o reformado. Resulta obvio que el ciudadano no siempre verá reflejado en el ordenamiento jurídico su concepto de justicia. Muchos son los problemas que plantea el hecho de que la Deontología jurídica que surge con fuerza, aborde esta cuestión esencial. No está de moda proponer un comportamiento modélico desde el punto de vista moral a quien es jurista, quizá sea poco jurídico, según el positivismo. No parece ser, sin embargo, el camino

que están tomando los acontecimientos en este sentido, la Deontología tiende a asemejarse a las otras asignaturas jurídicas sin mayores aspavientos. Cabe, pues, preguntarse —y entendemos que no está como epílogo este trabajo por casualidad cronológica— *qué hacer para que el Derecho acabe teniendo razón* (p. 249). En ese proceso de sustitución de la Justicia por la Seguridad, hay que separarse de las consideraciones morales, que además, no le hacen tener esa sensación de ciencia. Esa idea la ha puesto en la práctica jurídica el Estado, el Derecho ya no es saber autorizado, ahora es instrumento de la voluntad estatal, que crea y transforma procedimientos formales para su adecuación por medio de los textos constitucionales que son —más allá de la división Derecho positivo y Derecho Natural— el mejor derecho posible. Al final la actividad jurídica queda vinculada al intento de lograr llevar a la práctica las exigencias de una justicia que permita ajustar las relaciones sociales. El Jurista debe preguntarse cómo puede determinar de forma práctica la Justicia ante el caso concreto. Es la actividad jurídica práctica la que se predica, la que capta que el Juez, por ejemplo, no es vocero de la Ley, que reflexiona en su actividad y argumentación, buscando un consenso intersubjetivo con el Abogado y las partes. Porque se quiera o no, las experiencias jurídicas nos llevan a una dimensión judicial del Derecho casi esencial. Al indicar el carácter conflictivo no se refiere sólo a la puesta en marcha de los mecanismos jurisdiccionales, el acatamiento de una Ley también es un acto jurídico como tal. Pero es evidente que no nos podemos quedar en una Justicia formal, el carácter axiológico (la aplicación de valores) está inscrita en su esencia: la Seguridad es ingrediente indispensable de la Justicia. La actividad jurídica para ello debe elegir el método y la argumentación correcta: es una búsqueda activa de una solución real, más que una aplicación técnica de una mera norma previamente disponible, porque el jurista ayuda permanentemente a positivizar de forma creativa. Una filosofía práctica del Derecho en realidad es una crítica del proceso real de positivación del Derecho y en ello se traduce, bien en su confección o en los efectos judiciales de su aplicación.

VALORACIÓN PERSONAL

Se ha intentado una visión general de la obra y de sus ideas esenciales, muchas no se habrán captado y otras no se habrán comprendido: es la grandeza de la Filosofía del Derecho. Más allá de estar o no de acuerdo con Andrés OLLERO —lo que en esta obra se antoja difícil en conjunto, pues cada bloque temático en sí posee una toma de posición de un tema esencial de discusión independiente— lo normal es decir que se trata de una obra interesante y recomendable por ser ortodoxo en una mera recensión crítica y con ello bastaría. Sería un análisis poco profundo y además parcial completamente. Pero no es sólo eso, permite vislumbrar el recorrido cronológico y evolutivo de un autor que se ha dedicado a comprender el Derecho, si es que eso es posible: el propio trabajo deja clara la complejidad del tema. La densidad de la obra no lo es sólo por sus difíciles temas planteados —que tiene que

abordar—, sino por la documentación judicial y ejemplos prácticos que le acompañan lo que es para celebrar. No es raro —decíamos antes— que esto suceda en quien ha ejercido de forma práctica el Derecho, de la forma más práctica que puede existir: crear el Derecho que los demás tienen que vivir y aplicar. Y además, tras esa dura batalla ya práctica e intelectual, reflexionar hacia arriba (Derecho como debiera ser) y hacia abajo, Derecho como se ha legislado.

Si decimos simplemente que la obra llega en un momento delicado para la asignatura de Filosofía del Derecho nos quedamos cortos: es un momento crucial en el que lucha por su supervivencia, y ésta pasa por ser equilibrada entre la reflexión y los valores que debe predicar y la actividad práctica que se le impone. Esa falta de práctica en la Filosofía del Derecho es —en mi opinión, y creo que el autor podría compartir de forma parcial esto— la que le ha llevado al actual momento de crisis generalizada y por la que se ha tomado parte de forma institucional por el clima de relativismo que es mero pose, pues en cuanto se puede se debate y reflexiona en profundidad sobre los temas jurídicos e interesan sobremanera a los alumnos cuando se da oportunidad. No se puede desconocer el entorno del Jurista de tal forma que quede relegada la Filosofía del Derecho a un aspecto especial de la Filosofía General (defecto que han cultivado muchos de nuestros compañeros y que se está pagando, a mi juicio), pero a la vez se le obliga a estar conectada de forma cotidiana con la modernidad y en los casos prácticos más inmediatos. Pues bien, esta obra lo consigue y ese camino debe seguirse, el equilibrio de los temas «clásicos» del Derecho Natural (denominación que me gusta y a la que dediqué años en la docencia sin mayor problema) con la conexión real de la actividad científica, el Bioderecho y la Deontología basten como representación, no se ha renunciado a la temática de los valores y la moral, y se ha mantenido moderno y vivo el papel de la Filosofía del Derecho. Si toda Ley no nos parece justa por ser tal, ya tenemos la existencia de nuestra disciplina defendida, pero habrá quien lo niegue, por motivaciones más bien políticas que estrictamente científicas. Para finalizar, hay dos aspectos en los que permito discrepar y que no se tomará a mal Andrés OLLERO —aunque ello no afecta a la valoración de la obra ni es esencial— el primero es que creo que el Positivismo persiste más como actitud formalizada y profesional, estatal y colegial (gremial), que como escuela jurídica o doctrina en sí, es decir, persiste más en sus manifestaciones que en su existencia como tal, algo que ya tengo escrito y el autor conoce, todos dan por desaparecido al Positivismo como escuela también, nadie se confiesa positivista. Al igual que la Filosofía del Derecho que OLLERO entiende liquidada —no como posición personal, como es lógico—, sino como diagnóstico que comparto.

El Positivismo persiste en una actitud, en una maquinaria legislativa y de aplicación mecánica de las normas, y como es muy moldeable sabe aprovechar el momento de relativismo moral que se está viviendo.

La segunda discrepancia débil se refiere a su análisis del llamado buenismo jurídico al que concede o da categoría de escuela jurídica, tampoco así lo entiendo, pero estoy convencido que es una cortesía intelectual por imaginar

que persisten doctrinas o escuelas en la época de la relatividad y de la puesta en tela de juicio de cualquier sistema ideológico, simplemente no conozco ninguno de sus representantes en cuanto a filósofos del Derecho, sino más bien manifestaciones públicas o pintorescas de buenos deseos —provenientes de personajes de la política activa de forma principal— para todos, que compartimos, pero que jurídicamente no tiene la entidad que, benévola-mente y por conseguir una vez más que la Filosofía del Derecho esté ahí, le concede el autor.

En suma, la obra de Andrés OLLERO no es una más de las que tiene y tendrá, sino la que mejor define el recorrido evolutivo y de pensamiento científico del autor, en mi opinión. Responde a los deseos de explicarnos y explicarse qué es el Derecho y en una permanente reflexión sobre su papel en el mundo y en la persona así como un intento loable de que siga viva la idea de reflexión, de valores, y sobre todo de Justicia sin la que nuestra asignatura y actitud científica y vital la haría desaparecer. En ese contexto histórico está la Filosofía del Derecho en estos incomprensibles —pero legales, eso sí— planes de estudio europeos y españoles que parecen armonizarnos con Europa en no se sabe qué desconocimiento del Derecho o en una formación interdisciplinar en un caos difícilmente explicable en el que esta asignatura, que tuvo un papel decisivo en el clima social y jurídico en nuestra transición al desaparecer la dictadura, lo va a pasar mal.

Ferri Durá, Jaime (coord.)
Ética Pública y buen gobierno

Instituto Madrileño de Administración Pública (IMAP)
Madrid, 2006, 112 pp.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. POLÍTICA Y CULTURA POLÍTICA EN RELACIÓN CON LA ÉTICA PÚBLICA. LA CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO PÚBLICO.—III. DEMOCRACIA Y GLOBALIZACIÓN.—IV. CONTRARIEDADES QUE HAN DE LIBRARSE PARA QUE LA ÉTICA PÚBLICA TENGA LUGAR.—V. APÉNDICE DOCUMENTAL.

El libro que aquí se comenta, forma parte de los estudios sobre ética pública y política, que interesan cada vez más a estudiosos y autoridades. El texto tiene su origen y fundamento en el Curso de Ética Pública que el Instituto Madrileño de Administración pública realiza todos los años desde el 2003. Esta cuestión de la ética pública es un asunto de primera magnitud si se pretende evitar la corrupción y proteger el buen funcionamiento de las democracias, así como mejorar su rendimiento. El mismo hecho de ser el IMAP el responsable de la publicación, da cuenta de esta inquietud por parte de las Administraciones públicas. El Gerente de esa institución, Rafael PLAZA, señala en la Presentación que con este libro se quiere mejorar el material didáctico del Curso, pero también facilitar la difusión de los valores de ética pública y contribuir a que los empleados públicos los asuman.

Efectivamente, España está necesitada de estos conocimientos, tanto en la formación de sus «servidores» públicos como en la de sus ciudadanos, pues hasta hace muy pocos años eran cuestiones o bien ignoradas en el debate público, o bien eran tomadas como patrimonio casi exclusivo de la moral privada de la Iglesia católica en su propia versión. Sin embargo, la inquietud por las virtudes cívicas ha ido en aumento en los últimos años y por fortuna preocupa cada vez más a instituciones y organizaciones de la sociedad civil. Pre-

* Profesora Titular de Ciencia Política y de la Administración en la Universidad Complutense de Madrid.

ocupación muy fundada, en un mundo en que muchos ciudadanos prevén que la corrupción va a aumentar en su país en los próximos tres años y que los esfuerzos de sus gobiernos para luchar contra la misma serán ineficaces.

Son datos extraídos del *Informe sobre el Barómetro Global de la Corrupción*, de Transparency International, 2007. Mientras escribo esta recensión se ha publicado *El Barómetro Global de la Corrupción 2007*, el 6 de diciembre en Berlín. Los resultados no son muy esperanzadores, pues la práctica de los pequeños sobornos ha aumentado en varios países en comparación con 2006; además el público sigue considerando a los partidos políticos y a los parlamentos las instituciones más penetradas por la corrupción, aunque la experiencia directa de los entrevistados apunta a los ámbitos de la policía y la justicia, pero, en todo caso, unos y otras forman parte de las instituciones centrales del Estado. Aunque estos datos hay que matizarlos, pues las experiencias relativas a la corrupción del ciudadano medio varían y toman distintas formas según las regiones del planeta, con todo, hay algo muy generalizado: los más pobres son los más perjudicados por la práctica del soborno, en todas las sociedades. Además, nos dice el Informe que uno de cada dos ciudadanos considera que su gobierno no está siendo eficaz en la lucha contra la corrupción. Con estos comentarios a los resultados del *Barómetro* de Transparencia Internacional, que no son más que una muestra muy pequeña del mismo, pretendo señalar y llamar la atención de los lectores sobre la conveniencia, e incluso la urgencia, de abordar el estudio de estas materias en torno a la ética pública y también conviene su difusión entre los ciudadanos y las autoridades. Cuestiones que cumple muy bien el libro, *Ética pública y buen gobierno*, tanto por su contenido, como porque forma parte de un material didáctico que recibirán los empleados públicos.

Dada la complejidad del mundo actual y las dificultades que en muchas ocasiones presenta la asociación entre la actividad profesional y los comportamientos éticos, los análisis que se presentan en el texto, así como el estudio de las dificultades para proceder de forma cívica en un mundo incierto, resultan muy oportunos. Sobre todo porque los contenidos se refieren tanto a los aspectos más o menos universales del deber ser de la política y el buen gobierno (siempre necesarios como puntos de referencia y de mejora), como también a otros contenidos, más o menos particulares, sobre códigos de conducta y buenas prácticas administrativas que constituyen instrumentos valiosos para el aprendizaje de los empleados públicos y, en definitiva, de todo aquel preocupado por la virtud cívica y la «cosa» pública.

El libro está compuesto por tres estudios, el primero a cargo de Paloma ROMÁN MARUGÁN, sobre «Política y Cultura Política en relación con la Ética Pública: La Corrupción en el Ámbito Público»; el segundo elaborado por Ramón COTARELO, sobre «Democracia y Globalización»; y el tercero realizado por Jaime FERRI DURÁ, acerca de las «Contrariedades que han de librarse para que la Ética Pública tenga lugar». Además el libro cuenta con una Introducción a cargo del coordinador del texto y un Apéndice Documental, realizado por Trinidad NOGUERA. El resultado del conjunto es de buena calidad y cada uno de los temas es tratado en consonancia con el resto de los

capítulos. Como dice el coordinador de la obra (p. 12) hay un planteamiento común a los autores, al considerar que un buen gobierno es aquel que consigue ser eficaz sin dejar de ser legítimo, esta idea junto con otra, la de admitir la tensión siempre presente entre ética y política recorren el texto. Texto que aporta información muy útil y actualizada y que se lee de forma amena, si no fuera por el empleo de un papel satinado (costumbre que ya viene de lejos en las Administraciones públicas) y que hace incómoda la lectura. Tampoco es razonable tener que buscar el Índice, que, a mi juicio, deber ser siempre lo primero o lo último, porque haya una Presentación a cargo de una autoridad.

El trabajo de Paloma ROMÁN se presenta con una metodología muy arraigada en la ciencia médica y de claridad general. En símil con ella, la autora estudia el cuerpo sano (de la política y el gobierno); las características del cuerpo enfermo; y, por último, los posibles remedios. Así, se abordan los principales conceptos y teorías que caracterizan el ámbito de lo político, como la política y su necesidad, el poder, la cultura política, la socialización en valores, el gobierno, la administración pública, el interés general y la responsabilidad. Entre ellos, tiene interés comentar la cuestión de la cultura política, puesto que los conocimientos, sentimientos y juicios de los ciudadanos respecto a la política van a condicionar un comportamiento público más o menos ético. La cuestión es si, como dice la autora (p. 21), los cambios en la cultura política sólo podemos verlos por generaciones o si podemos prever qué cambios profundos en una sociedad, como el paso de una dictadura a una democracia, pueden, igualmente, acelerar los cambios en la cultura política de esa sociedad. Es un debate cuyo resultado tiene que ser tomado en cuenta en los programas de concienciación de ética pública.

La enfermedad a combatir es la corrupción y para ello la autora describe sus características, los caminos que puede tomar y algunas de las posibilidades que pueden fomentarla: la razón de Estado; el interés partidista; la cartelización de partidos; y los comportamientos poco transparentes de la clase política. También la violación de los derechos fundamentales de las personas es tratada como otra situación de abuso de poder. Por último es muy interesante la referencia al *conflicto de intereses* como una nueva cara de la corrupción, propio «de las sociedades capitalistas avanzadas donde la frontera entre lo público y lo privado a veces se desvanece» (p. 32). Cuestión de plena actualidad en relación con la corrupción en el nivel local. Como he señalado más arriba, el trabajo aborda los posibles remedios para combatir la corrupción en el ámbito público. Además de los instrumentos sancionadores, están los *códigos de conducta*, cada vez más extendidos, y los estudios e informes que publican las organizaciones internacionales, como Transparencia Internacional.

El texto de Ramón COTARELO, «Democracia y Globalización», es un diagnóstico de la situación actual que dibuja algunas de las características más relevantes de nuestro mundo contemporáneo, en contextos democráticos e inmersos en el proceso de la globalización, para, a continuación, destacar las dificultades que tendrán los valores cívicos en sociedades multiculturales y la necesidad de revisar los criterios morales tradicionales.

Toda la primera parte, dedicada a la preeminencia del mercado, es de sumo interés, tanto en lo que tiene de recordatorio del debate entre Estado y mercado, como en el análisis sobre el Estado del bienestar, su evolución respecto al Gasto público y su posible futuro. También la preeminencia del mercado frente al Estado, origina dos fenómenos aquí tratados: la «discriminación positiva» y la «excepción cultural»; ambas objeto de debate y discrepancias, según sea la posición en el debate más general sobre cuánto ha de haber de Estado y cuánto de mercado.

Junto a la preeminencia del mercado, la desafección democrática es otro de los rasgos de nuestras sociedades, que el autor describe como propio de los sistemas democráticos avanzados, donde «los ciudadanos consideran legítimo el conjunto del sistema, pero son muy críticos respecto a su funcionamiento cotidiano y su moralidad» (p. 46). Las fórmulas que se proponen para combatir la apatía y el desinterés por la política son las prácticas de democracia participativa y deliberativa. En estrecha relación con esta última, el texto aborda el debate entre las TICs y la democracia como deliberación, tratando distintos aspectos del gobierno electrónico y los caminos iniciados hacia un ideal de transparencia de los sistemas democráticos. Cuestión a tener muy en cuenta, pues la extensión de los programas informáticos en la gestión pública asegura un tratamiento más imparcial, al menos en plazos y procedimientos. Por último, se describe el contexto de la globalización y algunas de sus consecuencias como la movilización social y el multiculturalismo. El resultado de la combinación de estos elementos es una sociedad incongruente, conflictiva, contradictoria, cuya característica principal es el conflicto de valores dentro de una misma cultura (p. 63). Por ello se recomienda un núcleo mínimo de valores cívicos capaz de aglutinar a la comunidad y la reconstitución de los valores morales del Estado del bienestar.

La lógica del libro continúa con el estudio de Jaime FERRI sobre las contrariedades que dificultan la ética pública y su existencia. El texto aborda algunas definiciones sobre moral y ética; revisa la separación entre religión y política y se reafirma en la autonomía de la política y en el fundamento exclusivamente humano que debe tener la ética pública; igualmente se analiza la relación entre la ética y el derecho. Puestas estas bases, el capítulo presenta un panorama sobre diferentes realidades políticas y sociales que dificultan o impiden la ética pública, como son la pobreza y las desigualdades sociales, el etnocentrismo, la reducción de las políticas sociales y los procesos de privatización, los intereses partidistas en materia de financiación o la apatía ciudadana, además, claro es, de la corrupción económica.

A pesar de las condiciones desfavorables descritas que rodean la construcción de una ética pública, el autor hace su propuesta de la mano de Max WEBER, quien diferencia dos formas de ética: *la ética de las convicciones* y *la ética de la responsabilidad*; es ésta la que conviene más a la acción política y en ello coinciden WEBER y el autor.

El Apéndice Documental elaborado por Trinidad NOGUERA es un complemento de gran utilidad para los temas y conceptos tratados en el libro.

Contiene referencias sobre Páginas Web de España y Páginas Web Internacionales, además de una actualizada y accesible Bibliografía de referencia.

El resultado de este conjunto de trabajos es un libro que aborda temas recientes, complicados con problemas antiguos, y que ensaya propuestas innovadoras. Tiene razón el coordinador de la obra cuando dice en la Introducción que «hay desazón» (p. 11) porque los problemas a los que se quiere hacer frente, en parte son recientes: la globalización, la inmigración o la desafección política; y en parte son antiguos: la participación ciudadana y la corrupción... Pero el resultado es nuevo, diferente y contradictorio. Por eso es necesario seguir investigando sobre prácticas de buen gobierno e instrumentos de lucha contra la corrupción. A la vez que es necesario también mejorar la formación de los empleados públicos en materias de ética pública y crear organismos responsables del seguimiento de las prácticas anti-corrupción.

Pascua Mateo, Fabio:
La Administración electoral

Instituto Nacional de Administración Pública
(Colección Estudios y Documentos), Madrid, 2007

La obra objeto de este comentario fue galardonada en el año 2006 con el VI Premio del Instituto Nacional de Administración Pública para trabajos de estudio e investigación sobre las Administraciones Públicas, lo cual es ya indicativo de su calidad científica e incluso literaria. El tema estudiado es de esencial importancia, puesto que la Administración electoral constituye un elemento vertebrador del Estado de Derecho y buena prueba de ello es que gran parte de su régimen jurídico se encuentra informado por la exigencia de que sea objeto de tratamiento por ley orgánica. La preocupación de la doctrina por esta materia se pone de manifiesto en una abundante literatura a lo largo de los últimos años y que ha sido utilizada con inteligencia y respeto por parte del autor.

A lo ya escrito debemos añadir que pocas personas como Fabio PASCUA MATEO, actualmente Secretario General de la Asamblea de Madrid, serían más idóneas para el tratamiento de esta materia, puesto que une la doble condición de Profesor de Derecho administrativo de la Universidad Complutense de Madrid y de Letrado de las Cortes Generales. En virtud de la primera, goza de los conocimientos teóricos de alta calidad que siempre han caracterizado el prestigioso Departamento de Derecho administrativo de esa Universidad; y en virtud de la segunda, ha tenido la oportunidad de, en cumplimiento de las funciones que son propias del citado Cuerpo, participar en diversos procesos electorales, y no siempre en momentos fáciles, en la labor de asesoramiento jurídico y técnico de la Junta Electoral Central. Un trabajo que, junto a la obligada profesionalidad y servicio al interés general que debe informar la actuación de cualquier empleado público, exigen la celeridad y la minuciosidad que imponen los plazos y la casuística respectivamente del período electoral.

★ Letrado de las Cortes Generales.

El libro se encuentra estructurado en cuatro capítulos: caracterización jurídica; órganos de la Administración electoral, es decir, su composición; la actuación de la Administración electoral y el control de su actuación en su triple vertiente de control administrativo, contencioso-administrativo y constitucional.

El primer capítulo atiende, decíamos, a la caracterización jurídica. Como no puede ser de otro modo, las opiniones vertidas por el autor condicionan el resto de la obra. Comienza con un análisis jurídico-histórico que hunde sus raíces en la vieja Instrucción de 1 de enero de 1810 y que llega hasta el trascendental Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de enero, sobre normas electorales; que constituyó una más de las normas que contribuyeron a hacer realidad el éxito de la transición española que fue, es y debe seguir siendo motivo de orgullo para todos los españoles mediante su aportación a la conformación de una administración electoral que fuese un instrumento más de garantía para hacer realidad unas elecciones libres y democráticas.

Quizá la parte más interesante a la par que polémica de esta obra es la referida a la naturaleza jurídica de la Administración electoral, es decir, al conjunto de características que la informan y que es determinante de su régimen jurídico. Sin perjuicio de alguna opinión más minoritaria, el profesor PASCUA MATEO centra sus esfuerzos en refutar la tesis de la administración electoral como Administración independiente. Esta labor la realiza con un rigor y un método *germánicos*, es decir, con una descripción de los argumentos de quienes apoyan esa tesis y una posterior refutación de los mismos. Con independencia de lo discutible del concepto de Administración independiente, para el que la doctrina debiera ir buscando otra denominación no tanto por dar lugar a mayor literatura científica cuanto por lo equívoco del mismo, el autor señala la necesidad de que concurran cuatro requisitos para que podamos hablar de una administración de este tipo: debe encuadrarse en el ámbito del Poder ejecutivo del Estado; debe ser un órgano activo; la posición de autonomía se le ha de atribuir para neutralizarla políticamente, ya sea a través de la especial competencia profesional de sus miembros o bien a través de la condición de éstos de representantes de las diversas fuerzas parlamentarias; y con una posición de independencia orgánica y/o funcional respecto al Gobierno y a la Administración General del Estado. Señala al respecto que la Administración electoral no cumple el primer requisito y además su independencia constitutiva y absoluta casa mal con la independencia limitada propia de las Administraciones independientes. Precisamente este último argumento es el que consideramos debería haber utilizado el autor para hacer una crítica, quizá no era el lugar, al concepto de Administración independiente vinculado, de manera genérica, a los entes reguladores surgidos del proceso de liberalización en sectores estratégicos de la economía española. Igualmente, las propias afirmaciones del autor servirían para considerar que la administración electoral sí puede ser catalogada como una Administración independiente por dos motivos por él citados en sentido contrario: que no se encuentra en el ámbito del Poder ejecutivo, y, por otro lado, que sí goza de una absoluta independencia. A mayor abundamiento, no ha faltado algún autor,

citado muy acertadamente en la obra, que considera que la Administración electoral es la única de la que se puede hablar con propiedad de una Administración independiente.

El primer capítulo de esta obra lógicamente habría quedado incompleto si no hiciera mención a la tesis que defiende, que no es otra que la de considerar la Administración electoral como una organización administrativa del órgano constitucional Cuerpo electoral. Para ello el autor recurre a la mejor doctrina, la del profesor GARCÍA PELAYO, a la hora de definir cuáles son los aspectos más relevantes que deben concurrir para que podamos hablar de órgano constitucional: ser troncales para la configuración del modelo de Estado establecido por la Constitución, participar en la dirección política del Estado y gozar de igual rango que el resto de órganos constitucionales; aspectos todos ellos que son predicables del Cuerpo electoral. Recaltar que si bien es cierto que no constituye una doctrina especialmente desarrollada por la doctrina, tampoco supone una novedad en absoluto y basten para ello nombres como los de Georg JELLINEK, Adolfo POSADA o Nicolás PÉREZ-SERRANO. Pues bien, sobre la base de esta doctrina, señala que la Administración electoral constituiría la organización administrativa al servicio del órgano constitucional Cuerpo electoral. Se trata, qué duda cabe, de una doctrina arriesgada y precisamente por ello digna de elogio; discutible, y como tal enriquecedora del debate; y aunque quien suscribe no la comparta, no deja de ser cierto que los argumentos utilizados merecerán alguna respuesta por parte de quienes sostienen la citada tesis mayoritaria.

El segundo capítulo atiende a la organización de la Administración electoral, con una especial atención a la Junta Electoral Central en cuanto que dotada de la especialidad de su permanencia y de los medios personales y materiales que a su servicio ponen las Cortes Generales. Evita acertadamente el autor las reiteraciones atendiendo exclusivamente a las peculiaridades que presentan las Juntas Electorales de las Comunidades Autónomas. Continúa analizando los escalones inferiores, las Juntas Provinciales y de Zona, no olvidando mencionar detalles como los referidos a las Juntas de Ceuta y Melilla; y cerrando el espectro con la referencia a las Mesas electorales en cuanto que órganos básicos que juegan el papel esencial durante la jornada electoral. Compartimos a este respecto con el autor su reflexión, basada en la jurisprudencia constitucional, en cuanto a que el carácter no profesional de sus miembros se ve compensado con la natural imparcialidad predicable del sistema de designación y de las facultades que les corresponden. El capítulo se cierra con algunos aspectos muy relevantes y quizá más desconocidos, por lo que son de agradecer: la Oficina del Censo Electoral; la Comisión de Radio y Televisión; y otras unidades gubernativas tales como la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno y las Direcciones Insulares de la Administración General del Estado, el Ministerio de Defensa, las Oficinas Consulares, el Ministerio del Interior y los Ayuntamientos. Por último, de especial relevancia es la referencia a las fuerzas políticas como elementos que cierran el círculo que conforma el pro-

ceso electoral, a través de figuras como la de los apoderados y, fundamentalmente, la de los interventores.

El tercer capítulo se refiere a la actuación de la Administración electoral que tiene como función básica la de ordenar el proceso electoral. Para el desempeño de esta función principal dispone de un conjunto de facultades que ejerce a través de un elenco de potestades: potestad normativa, potestad de dictar resoluciones con privilegio de autotutela, potestad sancionadora y potestad de resolver consultas con carácter vinculante. Merece la pena detenerse en primer lugar en la argumentación que realiza del reconocimiento del carácter normativo de las instrucciones generales sobre la base de la argumentación doctrinal y jurisprudencial, no pacífica por cierto, respecto al carácter descentralizado de la potestad reglamentaria en nuestro ordenamiento jurídico; acompañada de la importante salvedad de que es algo predicable únicamente de las dictadas o por la Junta Electoral Central, puesto que son las únicas que se adaptan a la vieja teoría ordinamentalista que distingue a los actos administrativos de las disposiciones de carácter general. Igualmente nos detenemos en el tratamiento que da a la potestad sancionadora, explicada en su doble vertiente material y procedimental, que plantea problemas en cuanto a su constitucionalidad por la flexibilidad con la que se cumplen las exigencias propias de los principios de legalidad y de tipicidad. Bien es cierto, debe recordarse, que se trata de un mal que no es ni mucho menos singular del ámbito electoral, sino que desgraciadamente es predicable de muy diversos sectores, en gran medida por la pendular doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en cuanto a los perfiles que marca el principio de legalidad sancionadora. Este capítulo se cierra con el tratamiento de los aspectos procedimentales; y algunas cuestiones administrativas específicas tales como el régimen de invalidez de los actos de la Administración electoral, el régimen de acceso a los archivos de las juntas electorales o la responsabilidad patrimonial de la Administración electoral.

El último capítulo, con el que siempre es recomendable cerrar una obra de carácter jurídico, es el concerniente al control de los actos de la Administración electoral. El autor parte de una compatibilidad ente el control pleno por parte de los órganos jurisdiccionales con el control previo por la Administración y el posterior por el Tribunal Constitucional. Asimismo en sus pronunciamientos introductorios destaca un aspecto que va a informar todos los instrumentos de impugnación de este tipo de procedimientos: la perentoriedad de los plazos. Comienza el capítulo, siguiendo el orden lógico, con los recursos administrativos: el recurso de alzada; el recurso contra actos de los órganos de administración de los medios de titularidad pública para garantizar el pluralismo y la neutralidad informativa; el recurso contra el escrutinio general, debiéndose destacar la descripción que hace el autor respecto a su condición de requisito previo o no para la interposición del recurso contencioso-electoral y el recurso de reposición, sobre el que realiza una acertada argumentación en cuanto a los dos supuestos en los que se puede utilizar, en lo referido a las encuestas electorales y en las resoluciones adoptadas directamente por la Junta Electoral Central en materia disciplinaria y sancionadora.

El capítulo continúa con los recursos de carácter jurisdiccional. Así, comienza con una disquisición sobre los recursos jurisdiccionales en materia censal, contra la actualización periódica del censo y contra la rectificación extraordinaria en período electoral. Al respecto es crítico el autor con dos aspectos: su propio mantenimiento, que no es sino fruto de la tradición histórica, y sobre todo el dato de que la jurisdicción competente para conocer del mismo sea la jurisdicción civil, crítica que sostiene fundamentalmente sobre la base de la especialidad y del interés público concurrente en una adecuada configuración del censo. Mayor detalle merece, y así lo hace el autor, el recurso por excelencia, el recurso contencioso-electoral, al que considera un recurso de naturaleza contencioso-administrativa. Es muy cuidado y fundamentado su tratamiento de la legitimación pasiva frente a la que suele ser la postura mayoritaria en la doctrina. Igualmente el profesor PASCUA MATEO destaca, sobre todo, el principio de verdad material que junto con el de transparencia y otros más formales como el de celeridad, son los que informan este recurso; con algunos límites razonables como el de conservación del acto o, más concretamente, el de conservación del voto. Se trata esta última de una línea doctrinal y jurisprudencial que el autor también defiende, aunque este apoyo lo acompaña de una casuística en la que pretende reflejar inconvenientes de su aplicación generalizada; algunos de los cuales, a nuestro juicio, traspasan el ámbito de lo estrictamente jurídico. Seguidamente hace una sucinta referencia al recurso contencioso-electoral en los refrendos, frente al que mantiene una postura crítica por la competencia de los tribunales superiores de justicia en las consultas de ámbito nacional sin circunscripción territorial propiamente dicha. Cierra esta parte del capítulo con un comentario sobre otros recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa: contra la proclamación de candidatos y, sobre todo, el recurso contencioso-administrativo ordinario, en cuyo comentario aprovecha para referirse a la trascendental Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2000 referida a los actos y disposiciones que son susceptibles de ser impugnados por vía de este recurso y que declaró inconstitucional el conocido último inciso del artículo 21.2 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General. Esta descripción va acompañada de una cuidada valoración respecto a las dificultades que plantea la utilización de este recurso: porque la práctica demuestra que la jurisdicción contencioso-administrativa recurre al procedimiento ordinario y no al de protección de los derechos fundamentales; por la falta de adecuación, a pesar de los plazos que contempla, a la rápida actividad de la Administración electoral, debido también a la práctica que con sus decisiones está imponiendo el Tribunal Supremo —al respecto el autor se inclina por articular un procedimiento sumario específico para los casos residuales a los que no son aplicables los recursos previstos en los artículos 40, 49 y 109 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General—; y por la práctica cada vez más frecuente de admitir este recurso frente a actos incardinados en el proceso electoral estricto que desvirtúa una tradición que ha informado la actuación de la Administración electoral.

El capítulo se cierra con una referencia al recurso de amparo electoral, sobre cuya naturaleza el autor se inclina por la postura de considerarlo como una modalidad del recurso de amparo frente a quienes se pronuncian defendiendo el Tribunal Constitucional como un tribunal de garantías electorales. Plantea en el marco del mismo una sucinta explicación del recurso de amparo electoral contra actos de proclamación de candidatos y contra actos de proclamación de electos.

Para terminar es digna de mencionar la bibliografía que incorpora en la que se combinan las obras de carácter estrictamente jurídico, con una amplia referencia a obras más clásicas del campo de la filosofía o, más concretamente, de la filosofía política; y que denotan la sólida formación del autor y explican la profundidad de algunos de sus argumentos a los que hemos hecho anteriormente mención.

En definitiva, la obra que hemos tratado está llamada a ser un punto de referencia en el Derecho electoral; ámbito que, por sus dimensiones, merece ya un lugar propio dentro del mundo de las ramas del Derecho. El cuidado de la redacción, la plasmación de las opiniones discrepantes, la argumentación de las propias, el cuidado del detalle propio de un buen jurista, el conocimiento del cada vez más prolijo Derecho positivo, la atención a la *jurisprudencia electoral* y a las decisiones de nuestro Tribunal Constitucional, unido al ya mencionado conocimiento de la realidad práctica del funcionamiento de un órgano como la Junta Electoral Central, hacen que sea de justicia recomendar desde estas líneas la lectura de esta obra y su ineludible presencia en los estudios de quienes, a partir de ahora, profundicen en todo lo relacionado con el mundo electoral.

Denninger, Erhard, y Grimm, Dieter:
Derecho constitucional para la sociedad multicultural
(Edición y traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez)
Editorial Trotta, Madrid, 2007, 69 pp.

El libro objeto de nuestra recensión es un breve opúsculo, escrito por dos Catedráticos alemanes de Derecho público¹, en el que, sucintamente, tratan de exponerse las nuevas bases metodológicas y los enfoques que, según la visión de sus autores, los estudiosos del Derecho constitucional están obligados a adoptar en el mundo de nuestros días. Si el siglo XX fue el del Estado social y democrático de Derecho², vienen a decirnos como síntesis, el siglo XXI se ha abierto sobre unos supuestos renovados que conducen al replanteamiento de nociones clásicas como Estado, soberanía, democracia o derechos fundamentales, en atención a la aparición de un nuevo predicado en las sociedades de nuestro tiempo: la multiculturalidad, el pluralismo religioso, étnico y cultural derivado, sobre todo, de los movimientos migratorios.

Ya la *Introducción* del Prof. Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ comienza con una cita de Konrad HESSE, del año 1999, que nos permitimos reproducir porque apunta al nudo de la cuestión: «nos nutrimos con el ajuar de ideas de un mundo que ya no es el nuestro»; «el mundo del Estado nacional soberano [...] ha entrado en su ocaso. La Historia ha continuado su marcha alejándose de los terrenos donde arraigaba, que hasta ahora servían como sustrato seguro de la teoría del Estado y de la Constitución». En efecto, las sociedades desarrolladas del año 2008, pero también realidades globales insoslayables, según nos avisa el introductor y traductor de la obra, modifican las pre-condiciones

* Letrado de la Asamblea de Madrid.

¹ Erhard Denninger es Catedrático emérito de Derecho público y Filosofía del Derecho en la Johann Wolfgang Goethe-Universität de Francfort del Mein; Dieter Grimm, Catedrático emérito de la Humboldt-Universität de Berlín, ha sido Magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán (1987-1999). En la *Introducción* se da cuenta de su obra traducida y editada en castellano y de los agradecimientos del autor de aquella y traductor de los escritos aquí presentados. Puede completarse dicha información en los enlaces <http://www.trotta.es/ShopPersona.aspx?ID=958>, sobre el Prof. DENNINGER y <http://www.trotta.es/ShopPersona.aspx?ID=121>, sobre el Prof. GRIMM.

² Es esa la fórmula proclamada en el artículo 1.1 de nuestra Constitución de 27 de diciembre de 1978, como conformadora del Estado en que, con ella, se constituye España.

en las que se fundaba la Ciencia del Derecho constitucional y erigen, de este modo, un reto de considerable envergadura a sus cultivadores; y ello por las modificaciones sustanciales en las siguientes tres premisas:

— **La subordinación del Derecho constitucional a la noción de Estado.**—partiendo de la vinculación fundamental que la ciencia alemana del Derecho público ha ido labrando entre los conceptos de Constitución y de Estado, y, por ende, entre sus respectivas disciplinas teóricas, con una «centralidad» del Estado en el Derecho político que se refleja en el nombre que recibe esta vasta rama jurídica, *Staatsrecht* o Derecho del Estado —lo que supera las divisiones que conocemos en otros países europeos, trazadas entre Derecho constitucional y administrativo en razón del objeto de sus intereses intelectuales e investigadores³—, el Prof. GUTIÉRREZ describe las raíces históricas de que el Derecho constitucional siempre se haya nutrido, en Alemania, de la segunda de esas ideas, hasta el punto de conferirle supremacía sobre la primera o, mejor, «frente al *proyecto constitucional*».

No son otras que el azaroso decurso del *Reich* en el siglo XIX, ya vaticinado por HEGEL en el conocido comienzo de la *Introducción* a la *Crítica de la Constitución de Alemania* —«Alemania ya no es un Estado»—, pero también de la insuficiencia nacional del Estado regido por la *Grundgesetz* de 1949, que la Constitución no se muestra capaz de subsanar, como tampoco lo es de satisfacer plenamente las pretensiones de que el Estado es portador. Así, si problemas jurídicos como el habido en torno al concepto formal o material de ley (LABAND, JELLINEK⁴) al hilo de los presupuestos militares prusianos, se relacionarían colateralmente con el problema así enunciado, la teoría schmittiana⁵ vendría a suponer el corolario de esa prolongada línea doctrinal que supedita la Constitución a la decisión política fundamental del Estado como «unidad política preexistente», al aparecer como emanación de ésta. Esta tendencia prosigue y, en algún caso, se acentúa en la publicística alemana de la segunda mitad del siglo XX (FORSTHOFF, BÖCKENFÖRDE, ISENSEE y KIRCHHOFF), siempre con la nota común de esa *primacía metafísica y espiritual* que el Estado ostenta sobre la Norma Fundamental.

³ Para las primeras doctrinas sobre la personalidad jurídica del Estado y el Estado de Derecho en Alemania, *vid.* TRUYOL Y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, 3. *Idealismo y positivismo*, Alianza, Madrid, 2004, pp. 121-123 (STAHL) y pp. 286-287 (VON MOHL). En España, recuérdese la conocida polémica entre Lucas VERDÚ, «El Derecho constitucional como Derecho administrativo», *RDP*, 13, marzo 1982, pp. 7-52; y GARCÍA DE ENTERRÍA, «El Derecho constitucional como Derecho», *RDP*, 15, septiembre 1982, pp. 7-20, a propósito de la obra de este último, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1982, en cuya nota preliminar se da cuenta de dicha controversia (la nota se reproduce asimismo en la 4.ª ed., Civitas, Madrid, 2006).

⁴ Cfr. Paul LABAND, *Derecho presupuestario*, estudio preliminar de Álvaro RODRÍGUEZ BEREJO, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1979, edición y traducción del *Budgetrecht* de 1871, procediendo a una elaboración sistemática de su teoría en su *Derecho público del Imperio Alemán* (*Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1.ª ed., 3 vols., 1876-1882); Georg JELLINEK, *Gesetz und Verordnung (Ley y Reglamento)*, Friburgo, 1887. Podemos encontrar una breve aunque completa explicación de esta construcción dogmática en De Otto y Pardo, 2.ª ed., 7 reimpr., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 168-179.

⁵ Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, pres. y trad. de Francisco AYALA, Alianza, Madrid, 1982.

A todo lo anterior se contraponen la evidencia de que la República de Bonn, fraguada sobre las ruinas del horror nacionalsocialista y la derrota de Alemania en la Segunda Guerra Mundial, difícilmente podía abanderar una *identidad nacional* reconocible diferente de la *identidad estatal* constitucional y democrática⁶, que encarna una especie de legitimidad bien distinta. Con ello se correspondería una estirpe teórica de signo inverso, que tendría su cabecera en la doctrina del Estado como integración de Rudolf SMEND⁷, seguido de promotores más recientes de la noción de Constitución como capital para, desde ella, desarrollar una determinada y precisa concepción del Estado (Konrad HESSE, Peter HÄBERLE); y que es recibida por DENNINGER cuando liga dialécticamente ambas para, a la postre, dar lugar al *Estado constitucional*.

— **La Constitución del Estado social y democrático de Derecho como referida al proceso de integración social.**—si esa aparente contradicción no empuja el carácter de *unidad* subyacente a uno y otro concepto, el propio carácter temporal de éstos no ha impedido a algunos autores, DENNINGER entre ellos, elevar la garantía constitucional de ese tipo de Estado por encima de cualesquiera contingencias para, subraya el Prof. GUTIÉRREZ, «postular su pretensión de vigencia [...] como conceptos normativos eventualmente más allá del Derecho positivo»; mientras que otros, como GRIMM, cuestionan el constitucionalismo si éste ha de arraigar, precisamente, en ese humus histórico.

Así las cosas, el contexto de la obra aquí comentada radica en la paradoja según la cual el Estado constitucional, partiendo de supuestos que le preexisten, ha de renunciar a garantizar los mismos sin riesgo de perder su esencia *liberal-democrática*: para que pueda conservarla, debe aceptar cuanto se dirija a quebrar su homogeneidad *nacional* de principio. Esto es cierto desde la emergencia de la cuestión social, glosada aquí con las reflexiones de Hermann HELLER sobre la «garantía universal de las condiciones materiales básicas para el ejercicio de la libertad», concretadas justamente en el Estado social jurídicamente ordenado desde la Constitución.

— **La democracia y los derechos fundamentales, grandes postulados del Estado constitucional.**—sin embargo, todo lo anterior pertenece a un estadio de la evolución del Estado constitucional, si no en trance de superación, sí de modulación y evolución ante el «reto de la multiculturalidad»: a la cuestión social sucede una profunda modificación del marco cultural que obraba como trasfondo o asiento de ese Estado y del principio demo-

⁶ Postulándose desde 1979, con ocasión del trigésimo aniversario de la Ley Fundamental de Bonn, el concepto de *patriotismo constitucional* por Dolf STERNBERGER y Jürgen HABERMAS, como describe nítidamente para el público español, en una obra de síntesis, VELASCO ARROYO, *Para leer a Habermas*, Alianza, Madrid, 2003. Véase la recensión de este libro, realizada por quien escribe estas líneas, en *Asamblea*, 16, junio 2007, pp. 399-413; así como la bibliografía allí citada.

⁷ *Constitución y Derecho constitucional*, trad. de José M.^a BENEYTO PÉREZ, CEC, Madrid, 1985; una idea refutada por Hans Kelsen: cfr. *El Estado como integración. Una controversia de principio*, estudio preliminar y trad. de Juan Antonio GARCÍA AMADO, Tecnos, Madrid, 1997.

crático, de suerte que Estado y Constitución han visto hondamente transformada su misión integradora.

Es así como DENNINGER, siguiendo la filosofía jurídico-política habermasiana, propugna la capacidad legitimadora de los procedimientos y la autodeterminación normativa del hombre-ciudadano sobre los clásicos supuestos kantianos en los que enraíza el Estado constitucional desde sus orígenes, para de este modo arribar a la integración como resultado conquistado en la Historia, que hoy se traduciría en la extensión de las posibilidades —y los derechos— de participación democrática igual a todos⁸. En sentido similar, GRIMM⁹ ha estudiado el rol capital y a la vez multiforme de éstos en ese renovado contexto en el que han de proyectar su eficacia, bien mediante la adaptación de la clásica cláusula igualadora del Estado social, bien en el ámbito institucional, por medio del reconocimiento de las minorías como presupuesto de la convivencia, mediante políticas de *affirmative action* u otras que, en suma, no pierdan de vista el propósito final de la integración social. De inmediato analizaremos los escritos de ambos Profesores, aquí agrupados bajo una rúbrica y un pórtico común.

El estudio de Erhard DENNINGER lleva por título *Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural*, y su publicación original data de 2005; en él se pregunta, como ya hemos anticipado, «por la productividad jurídica y el papel integrador que corresponde a los conflictos sociales canalizados mediante un proceso y por las condiciones elementales de unos procedimientos jurídicos *ideales* desarrollados entre seres libres e iguales». La cuestión se escinde, a efectos expositivos, en los tres siguientes apartados:

— **La pregunta de Tocqueville. Europa como espacio del Derecho.**—el autor sitúa aquí a Alexis DE TOCQUEVILLE como el mejor indagador de los factores de unidad de una sociedad democrática, cuando enuncia los tres elementos que, aunados, confieren estabilidad a las instituciones de los

⁸ En España, a falta de un tratamiento explícito de la inmigración en la Constitución, más allá del reflejo colateral que supone el artículo 13 de la CE, único que ha sido objeto de reforma —la de 27 de agosto de 1992 en su ap. 2—, la doctrina lleva algún tiempo ocupándose de este fenómeno desde una perspectiva constitucional, con especial énfasis en la participación política de los inmigrantes y en su integración social. Así lo atestigua la aparición de publicaciones científicas específicas, como la *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, números monográficos como el de *Arbor. Ciencia, pensamiento y cultura*, 713, *Políticas migratorias y justicia* (ed. de Juan Carlos VELASCO ARROYO), 2005, o series como la de la Colección Foro del CEPC, con títulos como DE LUCAS MARTÍN y Díez BUESO, *La integración de los inmigrantes*, CEPC, Madrid, 2006; o SANTOLAYA MACHETTI y REVENGA SÁNCHEZ, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, CEPC, Madrid, 2007. Desde una visión más amplia y a título de ejemplo, *vid.* ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, CEPC, Madrid, 2006; o DE LUCAS MARTÍN, «La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 13, 2006, <http://www.uv.es/CEFD/13/delucas.pdf>.

⁹ Autor de *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, con estudio preliminar de Antonio LÓPEZ PINA y trad. de Raúl SANZ BURGOS y José Luis MUÑOZ DE BAENA SIMÓN, Trotta, Madrid, 2006. En esta obra, GRIMM elabora una teoría de la Constitución desde una perspectiva histórica, partiendo de los orígenes del constitucionalismo moderno y desembocando en la conocida concepción de la doble faz o dimensión de los derechos fundamentales, esto es, su consideración como una realidad institucional que encarna un orden de valores, más allá de su clásica caracterización como derechos subjetivos.

EEUU: los recursos naturales, las leyes y *les mœurs* entendidos como «el conjunto de la situación moral e intelectual de un pueblo»¹⁰, enumerados de menor a mayor importancia.

Es una jerarquía que encuentra confirmación, en el momento en que se escribe el trabajo, en los valores y los fines consagrados en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, hoy en el Tratado de Lisboa¹¹; fruto, unos y otros, de la decantación, de la «síntesis histórica de seculares tradiciones culturales, religiosas y humanísticas». Con ello, se habría cancelado la separación entre las *leyes* y los *principios* que, en sus distintas concepciones, había propuesto el jurista y político francés como determinantes de la integración social y política, en este caso de Europa, que eleva los derechos fundamentales y el respeto al Derecho a la máxima categoría axiológica y que se ve en la obligación de resolver, justamente por medio de su Derecho, tanto los *conflictos de reconocimiento* como las *luchas por la distribución*, con la comprensión de ambos en el sentido sugerido en el texto.

— **¿Integración? Consenso y conflicto.**—en este epígrafe, DENNINGER comienza remarcando la distancia entre las concepciones sobre el papel del Derecho y sus contenidos para la consecución de uno de los fines de la Unión Europea: el establecimiento y garantía del «espacio de libertad, seguridad y justicia»; y lo vincula con la pregunta sobre el contenido del «engranaje común», que como función se supone debe ejercer el Derecho constitucional. Esto es, se trataría de averiguar el grado de consenso necesario o de conflicto soportable para la preservación de la integración, política y normativa, en una sociedad genuinamente democrática como la conformada en los países miembros de la UE y aun en la misma «sociedad europea»¹².

Para el autor, la respuesta que aportan los propios Tratados comunitarios al proclamar sus fines y valores, resultando en exceso vaga y merecedora de interpretaciones variadas, no por ello pierde utilidad en la más absoluta proscripción, moral y jurídica, de la barbarie tal como la conocemos en las guerras que asolan, por ejemplo, África, o, sin duda, la vivida la década pasada en el corazón de nuestro Continente. Por lo demás, si, en Alemania, la doctrina del Derecho público sigue buscando sustento en una legitimación clásica sustentada en los «grandes relatos» y en el «anhelo de síntesis», esta inclinación hacia el consenso se ha visto contrapesada por el rol integrador de los conflictos jurídicamente delimitados por el Derecho, dando lugar a una concepción de la Constitución desligada de esa tradicional superioridad del Estado, y germen, a su vez, de virtudes cívicas; y ello aunque tales conflictos versen sobre lo divisible y susceptible de reparto o lo indivisible y anclado en las identidades, posiciones ideológicas o creencias. Con todo lo anterior, el autor

¹⁰ *La democracia en América*, I, 1.ª ed., pról. de Ángel RIVERO y trad. de Dolores SÁNCHEZ DE ALEU, Alianza, Madrid, 2002, pp. 399-414.

¹¹ Firmado el 13 de diciembre de 2007, en la capital de la República Portuguesa, por los Jefes de Estado y Presidentes de Gobierno o Primeros Ministros de los Estados miembros de la UE.

¹² Expresión que entrecomillamos no ya porque así lo haga el autor, sino por la enconada discusión, de repercusiones no meramente teóricas, acerca de la existencia de un auténtico *démós* europeo.

se muestra deudor del MAQUIAVELO de los *Discorsi*¹³ o, más cerca de nosotros, de la visión de BOBBIO¹⁴ en torno a la Filosofía de la Historia en KANT, y más en particular en sus obras *Sobre la paz perpetua*¹⁵ e *Idea para una historia universal en clave cosmopolita*¹⁶.

A continuación, DENNINGER se enfrenta a lo nuclear de su reflexión, la integración en sociedades en proceso de diversificación cultural, que se basaría en tres puntos de apoyo: consecución de la misma únicamente por medio de normas jurídicas; que éstas, para resolver los conflictos potencialmente existentes, hayan de ser de Derecho positivo; y los presupuestos del reconocimiento de todos los miembros de la sociedad, en sus relaciones recíprocas y con los poderes públicos, como libres e iguales, y el acuerdo común sobre reglas procedimentales para la producción del Derecho, que constituye el *consenso democrático fundamental* del que nace la separación entre *fuerza y poder*¹⁷ y con el que se pretendería conjurar la *impotencia del Derecho* de la que hablaba Dieter SIMON al razonar sobre esta precedencia ideal del procedimiento, a partir del cual la autonomía *more kantiano* y, en suma, su plasmación en la autodeterminación normativa, sería la fuente de legitimidad en una sociedad democrática jurídicamente constituida.

Con todo, lo problemático de esta mecánica sigue hallándose en la propia experiencia constitucional de la República Federal Alemana, no ya por las dimensiones prácticas del principio de *democracia militante* como nuclear en una determinada concepción del pluralismo político; sino, por ejemplo, debido a las exigencias de lealtad al Estado y de sometimiento a lo más elemental de tal consenso, a los principios constitucionales fundamentales¹⁸, que se requieren de las confesiones, con las consecuencias que ello arroja sobre la configuración de la libertad religiosa. Se trata, en estos supuestos, de conflictos entre cosmovisiones, en los que se apela a rasgos identitarios divergentes en ausencia de un sustrato histórico y cultural compartido, como el que resolvió la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 24 de septiembre de 2003 en el caso *Ludin*¹⁹, donde se trató del derecho de una maestra a

¹³ *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, 1.ª ed., trad., introd. y notas de Ana MARTÍNEZ ARAN-CÓN, Alianza, Madrid, 2000.

¹⁴ «Kant y la Revolución Francesa», en *El tiempo de los derechos*, pról. de Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ y trad. de Rafael DE ASÍS ROIG, Sistema, Madrid, 1991, pp. 175-184.

¹⁵ Puede consultarse la 1.ª ed., 1.ª reimpr., pres. de Antonio TRUYOL Y SERRA y trad. de Joaquín ABELLÁN, Alianza, Madrid, 2004.

¹⁶ En Immanuel KANT, «¿Qué es la Ilustración?» y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia, ed. y trad. de Roberto RODRÍGUEZ ARAMAYO y otros, Alianza, Madrid, 2004, pp. 95-118.

¹⁷ Lo que DENNINGER toma de *Macht und Gewalt*, obra de Hannah ARENDT (en español, *Sobre la violencia*, trad. de Guillermo SOLANA, Alianza, Madrid, 2005).

¹⁸ En un debate que nos retrotrae al que tuvo por objeto el alcance del deber establecido en el artículo 9.1 de la CE de 1978, según lo interpretaron las SsTC 101/1983, de 18 de noviembre; 122/1983, de 16 de diciembre; 119/1990, de 21 de junio; ó 74/1991, de 8 de abril.

¹⁹ Puede consultarse el texto de la Sentencia, en inglés, en este enlace del *Bundesverfassungsgericht*: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr143602en.html. Un extracto traducido por M.ª Luz ENTRENA VÁZQUEZ se ha publicado en *Cuadernos de Derecho Público*, 24, enero-abril, 2005, pp. 255-262; *vid.* MÜLLER-GRUNE y MARTÍN VIDA, «¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos?: comentario a la Sentencia del Tribu-

lucir, por razones religiosas, un pañuelo en la escuela pública, remitiéndose la decisión al legislador democrático del *Land*, lo que el autor denomina una «solución “político-procedimental”» en lugar de otra basada en el «orden objetivo de valores» de la Ley Fundamental de Bonn. La Sentencia es resumida por el autor y enseñada como fiel reflejo de la difícil dicotomía entre consenso y conflicto en la cual basculan los Tribunales alemanes a la hora de concebir la neutralidad del Estado en relación con el hecho religioso y sus expresiones, optando finalmente el Tribunal Constitucional por una salida criticada e insatisfactoria que, acaso sin dar una respuesta definitiva al problema, mantiene la capacidad de los *procesos* como vía para la integración.

— **Procedimiento jurídico. Racionalidad y justicia. ‘Fairness’ (juego limpio).**—la colaboración de DENNINGER finaliza con la conclusión siguiente: todas las decisiones que adoptan los poderes públicos en un Estado democrático son el resultado de la aplicación de procedimientos jurídicamente reglados, lo que lleva al autor a proponer el camino hacia un «Derecho procesal general ideal»; de todo ello se derivarían dos consecuencias: en primer lugar, un incremento de la racionalidad por el enriquecimiento de la fundamentación de la resolución final por informes y evaluaciones incorporadas al *iter* procedimental, para la mejor adecuación a los objetivos perseguidos; en segundo término, mayores posibilidades para la justicia, pues el *juego limpio* se reconoce como principio general, que se traduce en «el equilibrio de intereses, la atención a las minorías y la orientación hacia el bien de la generalidad».

Todo ello conduce a un aumento de la legitimidad de la decisión final por la aceptación de todos los participantes, y podría, a su vez, desglosarse tanto en principios de proyección singular en campos concretos del Derecho y en los derechos fundamentales, como en problemas específicos que afloran en la consecución de un proceso de decisión óptimo, cuyos tipos o clases detalla el autor brevemente.

La aportación de Dieter GRIMM, *Multiculturalidad y derechos fundamentales*, fechada en 2002 y en la que nos detendremos un poco más, tiene tres partes en las que divide su acercamiento al problema:

— **El problema.**—en su planteamiento, el autor toma como premisa el impacto de las migraciones sobre el alcance y efectividad de los derechos humanos, concretando la pregunta de partida en una formulación bifronte: cómo armonizar el derecho del inmigrante a conservar sus formas de vida allí donde reside con los valores que sustentan y las garantías que aseguran la vigencia de los derechos y las libertades en el Estado de acogida. Como puede apreciarse, el problema tiene como telón de fondo las migraciones, por razones económicas, desde países en desarrollo a otros en los que cabe constatar diferenciaciones de índole cultural, religiosa e histórica que resulta

imposible soslayar, siendo así que Europa aparece como escenario sobre el que gravita la cuestión así presentada.

La misma, según el autor, dista de tener solución jurídico-internacional o constitucional, hallándose las propuestas entre las de corte *asimilacionista* y las *multiculturalistas*, asociadas, respectivamente, al temor a la *invasión cultural* y al *imperialismo cultural* entendido como imposición imperativa de unos valores, principios y tradiciones ya asentados y que el extranjero, en cuanto tal, ha de aceptar incondicionalmente. Como posible respuesta, GRIMM apunta la necesidad de no acudir sin más al «ordenamiento jurídico vigente con carácter general», dada la posible invocación, por el inmigrante, de derechos fundamentales que pueden amparar normas de comportamiento conformes a su cultura o confesión de origen.

Supuesto ese *fondo de conflicto* subyacente en que el inmigrante adopte tales conductas, prohibidas o no del todo ajustadas al Derecho de un Estado fundado en los postulados propios de la democracia constitucional, el autor desgana algunos ejemplos de lo que, en el plano jurídico, ha supuesto esta controversia, que emana del ejercicio de tales derechos o de algunas de las expresiones más íntimas de la libertad personal en sus diferentes dimensiones. Son casos, presentados brevemente y en forma interrogativa, que se dan o pueden darse en el tráfico vial, los centros penitenciarios, las relaciones laborales, la empresa, la sanidad... y, sobre todo, allí donde la libertad religiosa o de conciencia encuentra una proyección más intensa y, por ello, la convivencia necesita salvar algún escollo para subsistir sin menoscabo de los principios y valores fundantes del sistema, pero igualmente —y he ahí el dilema— en el respeto a los derechos y libertades fundamentales: por una parte, el ámbito escolar; por otra, los lugares de ejercicio propio de la libertad religiosa y, por añadidura, de los ritos, costumbres o prácticas anudadas a la profesión de una religión, desde el matrimonio a los enterramientos.

GRIMM sólo constata la renuncia de la *Grundgesetz* a resolver conflictos culturales —acaso porque en 1949 muy difícilmente podía avizorarse la realidad alemana y europea actual—, añadiendo que los mismos se agudizan «en las relaciones especiales de sujeción», pero también en el ámbito laboral y en la familia. Por lo demás, propone clasificar las pretensiones, a efectos puramente expositivos, en función de su carácter negativo o positivo y teniendo presente que su afectación a la libertad puede repercutir en la igualdad y viceversa. Así, y por un lado, la dispensa de las normas jurídicas generales, con sus dos variantes de exención de una obligación o del cumplimiento de una prohibición, en colisión respectiva con una proscripción de raíz confesional o cultural o con un deber religioso; por otro, la demanda de prestaciones del Estado que posibiliten la obediencia a ciertos mandamientos o tradiciones, exigencia que puede perseguir la equiparación con la religión o cultura mayoritaria o la obtención de una ventaja en principio inexistente.

— **La aportación de los derechos fundamentales.**—en congruencia con lo anterior, no reconociendo la Ley Fundamental un derecho fundamental —que sería de titularidad colectiva o, al menos, de ejercicio colecti-

vo— a la identidad de los inmigrantes, no conteniendo una protección específica de las minorías culturales, por responder a los principios clásicos del Estado liberal-democrático con su prolongación y evolución hacia el Estado social, y dada la sumisión de las asociaciones a las prohibiciones y mandatos prescritos con carácter general, el autor subraya que «la identidad personal», fundamento y fin último de los derechos, según el concepto kantiano de autonomía, «se alimenta en gran medida del contexto cultural en el que se desarrolla». Por tanto, preceptos como los artículos 1 y 2.1 del texto de Bonn o el artículo 10.1 de la CE habrían de recibir una lectura condicionada en razón del riesgo de desarraigo latente en caso de no tenerse en cuenta ese contexto, esa «conexión de sentido supraindividual», lo que comporta, sin duda, una nueva textura de los derechos individuales.

Es por ello que, para la libertad religiosa, GRIMM propone una reinterpretación en este sentido, que module su contenido en los supuestos derivados de la multiculturalidad y amplíe su tutela a nuevas manifestaciones, sin perjuicio del respeto a la libertad de conciencia en la esfera íntima de cada persona, así como de la libertad general de acción como regla universal. Para que las intromisiones en ese ámbito protegido sigan resultando legítimas, las disposiciones legales que fueron concebidas teniendo presente la religión o la cultura predominante han de tomar en consideración aquel fenómeno, y aplicarse en función de la primacía del derecho fundamental afectado, que conserva su *efecto irradiación*, su *Ausstrahlungswirkung*: es ésta, por cierto, una de las múltiples herencias del Tribunal Constitucional alemán de las que se ha servido el español en su jurisprudencia, pero más bien en cuanto a las *libertades preferentes* del artículo 20.1 de la CE, con una indudable vinculación, por cierto, con la *Drittwirkung der Grundrechte* en las relaciones *inter privados*²⁰. Pues bien, dicha fuerza irradiante, en los supuestos aquí analizados, atinentes a la libertades ideológica, religiosa y de conciencia, genera excepciones y diferenciaciones a la aplicación de las leyes vigentes con carácter general; sin que, por ende, en casos como los aquí planteados pueda obviarse tampoco el *favor libertatis*, el mayor valor de los derechos fundamentales, o, desde otra óptica, la interpretación restrictiva de las normas que los limiten.

En síntesis, el autor considera que el artículo 4 de la Ley Fundamental —equivalente al artículo 16 de la CE— debe proteger y garantizar la pluralidad cultural en toda su extensión, lo que implica descartar las soluciones de carácter *asimilacionista*, salvo que el propio individuo opte libremente por ellas; pero también, en un régimen constitucional que para los partidos políticos impone la adhesión positiva a sus valores a través de la ya mencionada *democracia militante* y en coherencia con ese *agere licere*, el rechazo de cualquier

²⁰ La STC 112/2006, de 5 de abril, resume la doctrina sobre la «eficacia irradiante» de las libertades públicas ex arts. 20.1.a) y d) de la CE, sentada ya desde las SsTC 107/1988, de 8 de junio; 85/1992, de 8 de junio; y 219/1992, de 3 de diciembre; para la *Drittwirkung*, *vid.* GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1986, especialmente pp. 39-57 y 97-138; PECES-BARBA MARTÍNEZ, DE ASÍS ROIG, LLAMAS CASCÓN y FERNÁNDEZ-LIE-SA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid - BOE, Madrid, 1999, pp. 617-639.

clase de fundamentalismo religioso o cultural que intente imponer su «aceptación incondicionada». GRIMM apuesta por la integración, que «no espera de los migrantes un pleno ajuste a los valores y las formas de vida de la sociedad de acogida», pero que tampoco excluye su asunción, y en la que el mayor esfuerzo corresponde a quienes llegan a ella: entre la asimilación y el multiculturalismo se propugna, por tanto, un *pluralismo* que preserva los valores culturales del país receptor.

— **Criterios de ponderación.**—la determinación jurídica de ésta, había dicho el autor en el anterior epígrafe, «es sólo débil»; así se explica la vacilante jurisprudencia en la resolución de estas controversias, para las que sitúa, en un lado, el significado de la conducta amparada por el derecho fundamental y la intensidad de la inmisión legal en la misma; en el otro, la relevancia del bien jurídico protegido por la norma y el perjuicio que éste experimenta por la preeminencia de aquel derecho. En este apartado final, y atendiendo a la tipología enunciada con anterioridad y a la enorme variedad que presenta la casuística, GRIMM apunta algunas líneas orientadoras, que han de regir el enjuiciamiento de los distintos tipos de casos, en función de la pretensión de la minoría en cada uno de ellos:

- *Ampliación de la libertad por el permiso para hacer algo prohibido con carácter general.* Se admite la posibilidad de la dispensa si la finalidad de la norma prohibitiva se agota en el interés del sujeto que reclama su inaplicación, debiendo ponderarse, si la prohibición existe en interés de terceros, los riesgos que recaen sobre éstos con la intromisión en la libertad religiosa; también cabe la excepción si los intereses en juego pueden ser objeto de composición; y finalmente, ha de constatarse la incidencia de la regla excepcional sobre el principio de igualdad, esto es, si la misma tiene una virtualidad compensatoria o más bien concede un privilegio.

- *Restricción de la libertad por la prohibición de hacer algo permitido con carácter general.* En los supuestos inversos, el derecho invocado anula pretensiones de libertad o de igualdad, sobre todo en las relaciones familiares; no obstante, los derechos fundamentales han de desplegar aquí su carácter protector de la libertad individual frente a un deber o tradición del grupo, aunque con su imposición éste trate de garantizar su identidad. La voluntad del afectado juega aquí como elemento relevante en el reconocimiento de la eficacia jurídica de la limitación, aun si el afectado ha consentido en su aplicación: por el propio proceso de formación de ese consentimiento, por el respeto al libre desarrollo de la personalidad, por la eventual contravención del artículo 3.2²¹ de la *Grundgesetz* o porque la restricción perjudique la finalidad integradora que, a la postre, no puede quedar desvirtuada en la resolución que se adopte.

Esta, por ello, ha de anteponer la vigencia de las garantías que el orden constitucional considera fundamentales, y que conforman el *minimum* indis-

²¹ «El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes».

ponible del *status* de la persona como sujeto de derecho: su dignidad e integridad física y moral, la igualdad de género y la propia decisión individual sobre la permanencia o salida del grupo al que se pertenece, junto con las condiciones que hacen posible el ejercicio de la libertad de conciencia, lo que viene a entroncar con algo ya destacado por GRIMM en este mismo punto, esto es, el deber de los poderes públicos de procurar la libertad e igualdad real y efectiva «del individuo y de los grupos en que se integra», por seguir el *dictum* del artículo 9.2 de la CE. El autor no duda en subrayar la primacía de esos elementos esenciales e inalienables de la esfera jurídica del individuo²² a sabiendas de que ello conduce, inexcusablemente, a soluciones unívocas y sin matices, que contribuyen a hacer crecer el número de conflictos, lleguen o no a formalizarse como litigios.

- *Igualdad de trato por pretender algo reconocido con carácter general, en interés de la preservación de la identidad de la minoría o del ejercicio de la religión*: aquí no surgen problemas, pues los miembros de la minoría persiguen participar en instituciones estatales, reclamando la igualdad de oportunidades conforme al art. 3.1 de la Ley Fundamental, en el que se establece tal principio de manera general. Únicamente se señalan dos limitaciones: la de recursos públicos disponibles; y más profundamente, el fin de la integración, ya que la sociedad de acogida, a su vez, pretenderá mantener la prioridad de su cultura, cuya expansión no ha de encontrar más obstáculos que los preceptivamente señalados por los principios fundamentales del orden constitucional, expresión ésta de formulación un tanto vaga, que habrá de completarse con el *corpus* jurisprudencial existente y ahormarse al caso concreto.

- *Diferenciación de trato por pretender algo no reconocido con carácter general, en presencia del mismo interés*: el último tipo de casos comprende los supuestos en los que no se exige del Estado el levantamiento de una prohibición ni un mero deber de abstención, sino una actuación positiva por medio de «prestaciones especiales en favor del grupo». Ocurre ello en el ya destacado ámbito de las relaciones de sujeción especial o en la aplicación de normas de policía, o en servicios públicos de titularidad estatal, regidos por normas imperativas que, en principio, el usuario no tendría ocasión de modular o modificar si no concurriesen motivos como los aquí expuestos. GRIMM invoca aquí el principio de proporcionalidad, nuevamente de raíz alemana, que jugaría entre el sentido de la acción religiosa para el afectado y los costes de

²² Vuelve a percibirse en esta conclusión el influjo de la jurisprudencia constitucional alemana, con pronto reflejo en la española (SsTC 25/1981, de 14 de julio; ó 53/1985, de 11 de abril), sobre la ya citada doble dimensión de los derechos fundamentales, con especial énfasis en su vertiente objetiva. Con ello cobra relieve el carácter de los aquí enunciados como «derechos inviolables» que son inherentes a la persona (art. 10.1 de la CE) aun en las relaciones jurídico-privadas, y que podría compararse, indagando en alguna posible analogía, con el parámetro formado por los que, en Derecho internacional, se imponen como normas de *ius cogens*, definidas primordialmente frente al Estado y sus autoridades: *vid.* CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pp. 150-153.

la prestación para el Estado, sobre todo si el número de sus destinatarios es muy bajo o si plantea un número alto de exigencias diferenciadas.

Por lo que se refiere a las pretensiones de ayudas públicas que tengan como finalidad el mantenimiento de la identidad cultural del grupo minoritario, el autor deja claro que sólo pueden justificarse si derivan de derechos fundamentales, lo que, como es sabido y él mismo resalta, no sucede en los de libertad, que justamente por ello se diferencian de los de prestación: la prevalencia de los derechos aquí relevantes se plasma en su capacidad para asegurar un ámbito de inmunidad frente al Estado imponiendo a éste deberes de protección y garantía, y sólo de aseguramiento de las condiciones materiales de ejercicio si de otra manera éste quedase imposibilitado o el derecho en cuestión se hiciera irreconocible, lo que vincula aquel principio de proporcionalidad con el contenido esencial del mismo, aunque GRIMM no lo haga explícito. En conclusión, la actividad promocional del Estado es facultativa y ha de estar justificada; pero, como él mismo sintetiza, «el apoyo estatal, si se presta, no debe servir por ello a la protección de la ortodoxia».

Al final, el autor aboga por el tratamiento particularizado de estos problemas en la aspiración de que las posibles soluciones encuentren el deseable consenso. A modo de conclusión final, constata que los derechos fundamentales no son acaso suficientes, a pesar de su centralidad en el esquema de la Constitución, para la resolución, por sí mismos, de conflictos culturales y religiosos como los que los Tribunales han venido tratando, lo que sin duda es coherente con la necesaria individualización y concreción de la respuesta que halle cada caso.

La obra llama a desembocar en esta consideración, tras la rica introducción panorámica de Ignacio GUTIÉRREZ, la *reflexión procedimental* de Erhard DENNINGER y la búsqueda de salidas ponderadas al problema por parte de Dieter GRIMM: la idea según la cual no existen fórmulas abstractas de las que deducir lógicamente soluciones a controversias tan *sensibles* entre, de un lado, la proyección de derechos que responden a las convicciones más hondas y las creencias más arraigadas en el fuero interno del individuo y, de otro, un espacio público compartido en el que no sólo se hace real una ciudadanía basada, a modo de categorías *a priori*, en los postulados de libertad e igualdad, sino que existe para preservar un núcleo o ámbito infranqueable, una suerte de *minimum* del propio orden constitucional, sin el cual éste no existiría, y que incluiría tanto el *consenso democrático fundamental* del que emana la confianza en la fuerza legitimadora de los procedimientos o procesos jurídicos como los principios y valores sustantivos en los que se materializa ese mínimo esencial.

De todo ello cabría derivar la frase con la que se cierra el libro: «En otras sociedades, en las que la línea de conflicto transcurre entre la población originaria y los inmigrantes²³, a los miembros de las culturas minoritarias no les queda otra alternativa que adaptarse al contenido nuclear del orden constitucional nacional o partir».

²³ Cabe anotar que inmediatamente antes GRIMM se había referido a otras sociedades, como la israelí, en las que esa línea de fractura no existe entre nacionales e inmigrantes, sino que divide a la población de origen.

Xosé Antón Sarmiento Méndez★

***Pensamiento republicano y derecho constitucional
El problema de la irreelegibilidad
en las democracias contemporáneas***

Ed. Universidad del Rosario
Bogotá DC, octubre de 2007

La obra en cuestión, cuyos editores académicos son Eloy GARCÍA LÓPEZ y Carlos Ariel SÁNCHEZ TORRES, se integra dentro de la colección textos de jurisprudencia de la prestigiosa Editorial colombiana de la Universidad del Rosario, y aborda una de las cuestiones que, siendo particularmente polémica en aquél país, alcanza a la delimitación del contenido de importantes tópicos del Derecho constitucional contemporáneo.

El catedrático de la Universidad de Vigo Eloy GARCÍA LÓPEZ es el auténtico protagonista intelectual de la parte inicial del tratado. De este modo, presenta una primera ponencia en la que precisa la terminología al uso en materia de elegibilidad, distinguiendo esta de los conceptos de la irreelegibilidad, la incompatibilidad, la inhabilitación judicial y la incapacitación judicial.

También con carácter introductorio el letrado del consejo de estado José Leandro MARTÍNEZ CARDÓS RUÍZ hace una didáctica aproximación histórica a la prohibición de reelección o redesignación en los cargos públicos, deteniéndose en el caso español. Muy conectada con esta aportación está la reflexión general del profesor García López en lo tocante a la irreelegibilidad como mecanismo institucional de la democracia republicana. El autor parte de la explicación de las tradiciones norteamericana y francesa en la materia, transcribiendo interesantes documentos históricos de las Constituyentes francesas de 1791. Puesto en lugar el debate, García López se preocupa de documentar el alcance de los artículos 23.2 y 70 de la Constitución española dentro de las categorías generales de la inelegibilidad. Las reflexiones del autor le conducen a la delimitación del alcance de estas categorías dentro de la democracia constitucional de partido, concluyendo un interesante interrogante ¿De qué sirve impedir la continuidad de una persona en un cargo cuando el poder real corresponde a un partido que mantiene, o

★ Letrado Mayor del Parlamento de Galicia.

hipotéticamente puede mantener, incólume su posición tras la celebración de las elecciones?

El catedrático de Derecho constitucional de la facultad de derecho de Coimbra, José Joaquín GOMES CANOTILHO, plantea una exégesis de las aportaciones del profesor Eloy GARCÍA, coincidiendo en buena medida con sus posturas al defender que en el Estado democrático el principio general debe ser la elegibilidad, integrando la irreelegibilidad un caso excepcional. El derecho al sufragio pasivo es un derecho subjetivo fundamental que únicamente admite ser restringido en los términos estrictamente previstos en una constitución republicana y democrática.

Giovanni CORDINI, catedrático de Derecho público de la facultad de ciencias políticas de la Universidad de Pavia, presenta una interesante aportación sobre la inelegibilidad y límite temporal a los mandatos electorales en Italia. Partiendo de un análisis histórico se detiene en la más rabiosa actualidad del país trasalpino al comentar los conflictos de intereses surgidos en el caso Berlusconi. CORDINI estudia las limitaciones al mandato existentes en Italia, desglosando los casos de los presidentes regionales, provinciales y alcaldes, dando distinto alcance a los supuestos de los consejeros superiores de la magistratura, jueces constitucionales, rectores universitarios y demás cargos académicos. Critica la tendencia a una excesiva extensión de las limitaciones en el ámbito local, pues a su juicio en las pequeñas comunidades locales resulta mucho más difícil y lento el recambio de la clase política, de modo que la acelerada renovación de la misma, que se deriva de la obligación recogida por la ley electoral, no siempre redundará en la función prevista de mejorar la calidad de los elegidos.

El catedrático de Derecho público comparado de la facultad de jurisprudencia de la universidad de Urbino, Eduardo ROZO ACUÑA, presenta un documentado estudio sobre «Inelegibilidad e irreelegibilidad en el Derecho público latinoamericano». El autor hace una sintética exposición que precisa de forma accesible el *status quo* de la cuestión en el continente americano, aportando además unas conclusiones clasificadoras de suma utilidad para la comprensión de la categoría constitucional.

El catedrático de la universidad complutense Francisco Javier BOBILLO DE LA PEÑA presenta una aportación sobre la reelegibilidad presidencial en América latina. Parte el estudioso español de analizar la temática de las reformas constitucionales y los tipos de reelegibilidad presidencial, para después detenerse en el modelo existente en Latinoamérica. Con abundantes referencias históricas y doctrinales, muestra su escepticismo acerca del funcionamiento de las modernas democracias liberales, siendo reticente a confiar de modo exclusivo en las soluciones provenientes de la ingeniería constitucional.

Eduardo CIFUENTES MUÑOZ, catedrático de la universidad de los Andes, acomete el estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el tema de la reelección presidencial. Cifuentes constata como las normas constitucionales dejan abierta la posibilidad de que «florezcan los conflictos de intereses». Parecidas consideraciones se contienen en el trabajo de Carlos Ariel SÁNCHEZ TORRES, profesor titular de la universidad del

Rosario. El profesor SÁNCHEZ TORRES expone sus ideas acerca de la igualdad, reelección presidencial y la reforma política en Colombia, estudiando el tema a la luz de la evolución jurídica y constitucional de los poderes presidenciales sobre la intervención en la gobernabilidad y el mantenimiento del orden público económico.

De particular interés resulta el contenido del capítulo redactado por Fernando MAURA BARANDIARÁN, diputado del Parlamento vasco, en relación con la reelegibilidad y clase política en España. Maura sostiene que la carencia de una sólida sociedad civil posibilita las pretensiones dominadoras de los partidos en relación con todos los ámbitos de poder existentes, aspecto que cabe obviamente criticar por endogámico y poco transparente.

Finalmente, la monografía concluye con dos documentos de gran interés y utilidad. Por un lado, la selectiva recopilación bibliográfica que sobre la materia relativa a ilegibilidad e incompatibilidad parlamentarias hace la profesora de la universidad de Vigo Miryam MARTÍNEZ GARCÍA, y para terminar, se transcriben los debates que contienen las intervenciones efectuadas los días 20 y 21 de octubre de 2006, con participación de todos los autores antes comentados y que tuvieron lugar en Baiona (España) en torno a la ponencia elaborada por Eloy GARCÍA.

