

ASAMBLEA

REVISTA PARLAMENTARIA DE LA ASAMBLEA DE MADRID



Número 13 • Diciembre 2005

SUMARIO

I. TEMA DE DEBATE

- Pons Irazazábal, Félix: *La delegación del poder: ¿Es bueno que nos representen?*

II. ESTUDIOS

- Piñar Mañas, José Luis: *El derecho fundamental a la protección de datos personales. Algunos retos de presente y futuro.*
- Revenga Sánchez, Miguel: *¿Qué significa ser tolerante? Una (moderada) defensa de la intransigencia.*
- Chueca Rodríguez, Ricardo: *Representación política y representación de la política.*

III. NOTAS Y DICTÁMENES

- Del Pino Carazo, Ana: *Algunas reflexiones en torno al Real Decreto-ley 11/2004, de 23 de diciembre, por el que se modifica la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005.*
- Seseña Santos, Laura: *Consideraciones relativas a los debates de política general en el Estado y en las Comunidades Autónomas.*
- García-Escudero Márquez, Piedad: *Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario.*
- González Cid, Julián, y Sánchez Domínguez, Miguel Ángel: *El Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid. Qué es, cómo desarrolla su actividad y cuál es el valor público que aporta a la Administración de la Comunidad de Madrid.*
- Rovira Viñas, Antonio: *Reflexiones sobre la estructura del Estado y las dificultades de operar como modelos de Derecho Comparado.*
- Gurrera Roig, Matilde: *Algunos aspectos controvertidos de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.*
- Alonso Timón, Antonio: *Financiación privada de las nuevas infraestructuras y servicios públicos.*
- Garrote de Marcos, María: *La circunscripción electoral del Congreso de los Diputados y el principio de igualdad del sufragio: una propuesta de reforma.*

IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

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

V. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

- Nieto Lozano, Ángeles; Prada Barrio, María Isabel, y García Álvarez, Manuel José: *La Actividad Parlamentaria de enero a junio de 2005 (VII Legislatura).*

VI. DOCUMENTACIÓN

- González-Santander Gutiérrez, Luis Eduardo: *Los Parlamentos españoles y sus normas de organización y funcionamiento (II): Estatutos de Personal y Reglamentos de Régimen Interior.*

VII. RECESIONES

- Sánchez Ferro, Susana: *La Jurisdicción Constitucional en Europa, de Marian Ahumada Ruiz.*
- Monjas Barrena, Isabel: *Pascual Madoz (1805-1870). Un político transformador del territorio. Homenaje en el bicentenario de su nacimiento, de Guillermo Morales, Javier García-Bellido y Agustín de Asís.*
- De la Quadra-Salcedo Janini, Tomás: *La trampa del consenso, de Thomas Darnstädt.*
- Hernández San Juan, Isabel: *El principio de precaución y su proyección en el Derecho Administrativo español, de Dmitry Berberoff Ayuda.*
- Vázquez Gestal, Juan José: *Repensando el autogobierno. Estudios sobre la reforma del Estatuto de Galicia, de Xosé Antón Sarmiento Méndez, José Ignacio Marquina Sánchez, José Julio Fernández Rodríguez, Vicente A. Sanjurjo Rivo y Miryam Martínez García.*

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la
Asamblea de Madrid

13

Diciembre
2005

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, 2005

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid

PRESIDENTA

- Concepción Dancausa Treviño
Presidenta de la Asamblea de Madrid

CONSEJO DE HONOR

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

CONSEJO ASESOR

- Cristina Cifuentes Cuencas
Vicepresidenta Primera de la Asamblea de Madrid
- Francisco Cabaco López
Vicepresidente Segundo de la Asamblea de Madrid
- M.^a de los Reyes Montiel Mesa
Vicepresidenta Tercera de la Asamblea de Madrid
- M.^a Paloma Adrados Gautiel
Secretaria Primera de la Asamblea de Madrid
- M.^a Helena Almazán Vicario
Secretaria Segunda de la Asamblea de Madrid
- Jacobo Ramón Beltrán Pedreira
Secretario Tercero de la Asamblea de Madrid
- Antonio Germán Beteta Barreda
Portavoz del Grupo Parlamentario Popular en la Asamblea de Madrid
- Rafael Simancas Simancas
Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en la Asamblea de Madrid
- José Guillermo Fernando Marín Calvo
Presidente-Portavoz del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en la Asamblea de Madrid
- Manuel Alba Navarro
- Gonzalo Anes Alonso
- Manuel Aragón Reyes
- Feliciano Barrios Pintado
- José Antonio Escudero López
- Manuel Fraile Clivillés
- Pedro González Trevijano

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

CONSEJO TÉCNICO

- Sylvia Martí Sánchez
- Esther de Alba 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 han participado como Co-directores de la Revista D. Alfonso Arévalo Gutiérrez y Dña. Almudena Marazuela Bermejo, Letrados 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: aville-na@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	
PONS IRAZAZÁBAL, FÉLIX: <i>La delegación del poder: ¿Es bueno que nos representen?</i>	3
II. ESTUDIOS	
PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS: <i>El derecho fundamental a la protección de datos personales. Algunos retos de presente y futuro</i>	21
REVENGA SÁNCHEZ, MIGUEL: <i>¿Qué significa ser tolerante? Una (moderada) defensa de la intransigencia</i>	47
CHUECA RODRÍGUEZ, RICARDO: <i>Representación política y representación de la política</i>	65
III. NOTAS Y DICTÁMENES	
DEL PINO CARAZO, ANA: <i>Algunas reflexiones en torno al Real Decreto-ley 11/2004, de 23 de diciembre, por el que se modifica la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005</i>	81
SESEÑA SANTOS, LAURA: <i>Consideraciones relativas a los debates de política general en el Estado y en las Comunidades Autónomas</i>	101
GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, PIEDAD: <i>Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario</i>	121
GONZÁLEZ CID, JULIÁN, Y SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, MIGUEL ÁNGEL: <i>El Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid. Qué es, cómo desarrolla su actividad y cuál es el valor público que aporta a la Administración de la Comunidad de Madrid</i>	165
ROVIRA VIÑAS, ANTONIO: <i>Reflexiones sobre la estructura del Estado y las dificultades de operar como modelos de Derecho Comparado</i>	219
GURRERA ROIG, MATILDE: <i>Algunos aspectos controvertidos de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género</i>	241
ALONSO TIMÓN, ANTONIO: <i>Financiación privada de las nuevas infraestructuras y servicios públicos</i>	255
GARROTE DE MARCOS, MARÍA: <i>La circunscripción electoral del Congreso de los Diputados y el principio de igualdad del sufragio: una propuesta de reforma</i>	291
IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	
MARTÍ SÁNCHEZ, SYLVIA; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, JAVIER, Y RECODER VALLINA, TATIANA: <i>Obligación de respetar los derechos humanos. Derecho a la vida. Interdic-</i>	

	Pág.
<i>ción de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado. Derecho a la libertad y a la seguridad. Derecho al proceso equitativo. Principio de legalidad penal. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. Libertad de pensamiento, conciencia y religión. Libertad de expresión. Libertad de reunión y asociación. Derecho a contraer matrimonio. Derecho a un recurso efectivo. Prohibición de discriminación</i>	365
 V. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA	
NIETO LOZANO, ÁNGELES; PRADA BARRIO, MARÍA ISABEL, Y GARCÍA ÁLVAREZ, MANUEL JOSÉ: <i>La Actividad Parlamentaria de enero a junio de 2005 (VII Legislatura)</i>	449
 VI. DOCUMENTACIÓN	
GONZÁLEZ-SANTANDER GUTIÉRREZ, LUIS EDUARDO: <i>Los Parlamentos españoles y sus normas de organización y funcionamiento (II): Estatutos de Personal y Reglamentos de Régimen Interior</i>	487
 VII. RECENSIONES	
SÁNCHEZ FERRO, SUSANA: <i>La Jurisdicción Constitucional en Europa</i> , de Marian Ahumada Ruiz	511
MONJAS BARRENA, ISABEL: <i>Pascual Madoz (1805-1870). Un político transformador del territorio. Homenaje en el bicentenario de su nacimiento</i> , de Guillermo Morales, Javier García-Bellido y Agustín de Asís	521
DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, TOMÁS: <i>La trampa del consenso</i> , de Thomas Darnstädt	527
HERNÁNDEZ SAN JUAN, ISABEL: <i>El principio de precaución y su proyección en el Derecho Administrativo español</i> , de Dimitry Berberoff Ayuda	533
VÁZQUEZ GESTAL, JUAN JOSÉ: <i>Repensando el autogobierno. Estudios sobre la reforma del Estatuto de Galicia</i> , de Xosé Antón Sarmiento Méndez, José Ignacio Marquina Sánchez, José Julio Fernández Rodríguez, Vicente A. Sanjurjo Rivo y Miryam Martínez García	537

I

TEMA DE DEBATE

La delegación del poder: ¿Es bueno que nos representen?

Todo el que ha tenido responsabilidades públicas en un sistema democrático se ha sentido, en un momento u otro, interpelado sobre el funcionamiento de la democracia representativa. Es muy difícil permanecer impasible y, a mi juicio, es un error ignorar el permanente cuestionamiento de las virtudes de la representación política. Este cuestionamiento es tan antiguo como la democracia misma, pero en nuestros días reviste características peculiares que han de ser analizadas si queremos mantener operativos los mecanismos de protección y de eventual rectificación que permitan la supervivencia de aquélla. Las páginas que siguen son un resumen de algunas de mis reflexiones sobre esta materia. No es un trabajo académico ni científico. Es una tentativa profana de aproximación a lo que realmente le ocurre a la democracia representativa.

A la pregunta originaria de quién y cómo debe tomar las decisiones que afectan a la colectividad, la historia ha ido proporcionando respuestas de muy diversa índole que no es el momento ni siquiera de recapitular. Baste señalar que, tras un largo recorrido por experiencias complejas y a veces dolorosas, la máxima legitimación ética y política se otorga a la democracia representativa.

En torno a la democracia representativa se había ido formando un sólido consenso que derivaba su solidez precisamente de las dificultades que había tenido que superar. Porque, en efecto, no había sido fácil ni lineal el camino para llegar a la conclusión de que un régimen de participación libre es superior a un régimen de autoridad o de paternalismo y de que un sistema de representación política es superior a las utopías más o menos irreales de la democracia directa.

Y como yo pienso —y no estoy solo— que sin representación política no hay democracia auténtica, será fácil comprender que a mi juicio la evidente crisis de la representación tiende a convertirse en un problema de la demo-

★ Ex Presidente del Congreso de los Diputados.

cracia misma. Porque es innegable que hoy, de nuevo, la representación política está siendo cuestionada. Por ello, sólo siendo capaces de entrever y auscultar los problemas de la representación seremos capaces de ocuparnos seriamente de la democracia.

Decía Montesquieu que «puesto que en un estado libre todo hombre, considerado como poseedor de un alma libre, debe gobernarse por sí mismo, sería preciso que el pueblo en cuerpo desempeñara el poder legislativo. Pero como esto es imposible en los grandes estados, y como está sujeto a grandes inconvenientes en los pequeños, el pueblo deberá realizar por medio de sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo».

Un siglo más tarde decía John Stuart Mill: «Es evidente que el único gobierno que satisface por completo todas las exigencias del estado social es aquel en el cual tiene participación el pueblo entero. Pero puesto que en toda comunidad que exceda los límites de una pequeña población nadie puede participar personalmente, sino de una porción muy pequeña de los asuntos públicos, el tipo ideal de un gobierno perfecto es un gobierno representativo.»

Y ya en el siglo XX afirmaba Kelsen: «Cuanto más grande es una colectividad política, tanto menos capaz se muestra el “pueblo”, como tal, de desarrollar la actividad creadora de la formación directa de la voluntad política y tanto más obligada se ve a limitarse a crear y controlar el verdadero mecanismo que forma la voluntad política.»

Son tres muestras harto significativas de lo que se ha llamado la «cláusula de imposibilidad»¹.

Según este modo de pensar, el modelo ideal de organización política sería la democracia directa, pero como se interpone la imposibilidad práctica de esa solución, hay que desembocar en la aceptación resignada de la democracia representativa como mal menor o como sucedáneo posible del modelo ideal. Se acepta la democracia representativa sólo porque la democracia directa es imposible. Se trata, como es evidente, de una cuestión mayor, puesto que afecta nada menos que a la justificación de la democracia. Si la «cláusula de imposibilidad» fuese una formulación acertada, la representación tendría, en el mejor de los casos, una justificación derivada y no una legitimación originaria y propia y encontraría su perfil y naturaleza precisamente en el eco que le llega de aquella justificación primaria, pero sólo después de haberse constatado la imposibilidad del modelo ideal.

El estigma de la legitimación derivada o secundaria de la representación política ha constituido una amenaza permanente a su estabilidad y consolidación. Y la nostalgia de un sistema de democracia que no fuese el mal menor, sino el ideal, liberado de las hipotecas de la imposibilidad, no ha dejado de estar presente, creando tensiones de variado alcance y erosiones de diverso calado en la democracia representativa.

¹ Francisco J. Laporta, «Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para el debate», *Actas de las II Jornadas sobre problemas de filosofía práctica*, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1989.

Hay que afirmar, sin embargo, que la representación política no se legitima porque la democracia directa sea imposible. Por el contrario, hay que profundizar en la legitimación y justificación originaria, propia y directa de la democracia representativa. La representación política se justifica porque es necesaria, se legitima porque el sistema de la representación es idealmente y en la práctica superior a los demás, aunque, por supuesto, no sea perfecto. Y, en concreto, es superior, en términos generales, al modelo de la democracia directa.

Cuando hablamos de representación política hay que advertir que tanto o más importante que el sustantivo resulta ser el calificativo. La representación legitimada para articular la democracia no es una representación cualquiera. Desde luego no es la simbólica. El artículo 56 de la Constitución afirma que el Rey es el símbolo de la unidad y permanencia del Estado y que asume la más alta representación de éste. Es evidente que esta representación simbólica no opera sobre los problemas de la sociedad. Es un intangible sustentado en el consenso que ejerce su influjo al margen de la política propiamente dicha.

Tampoco aquella que pretenda reproducir la realidad social es una representación política operativa. A veces parece que la mejor representación sería aquella que reflejase una imagen milimétrica de la sociedad, como la realidad se refleja en un espejo o en una fotocopia. Es muy frecuente ver puesto en cuestión el carácter verdaderamente representativo de un órgano o institución política porque carece de integrantes pertenecientes a cierto sector social, sexo, profesión, niveles retributivos, edad, etc. Pero la representación como un reflejo social es imposible porque ningún candidato a representar un sector está definido por un rasgo único. Ningún ciudadano es sólo hombre o mujer. Es, además, viejo o joven, rico o pobre, soltero o casado; trabajador por cuenta propia o ajena, tiene unas creencias religiosas u otras, o no tiene ninguna; tiene estudios superiores o no. Y lo que es más importante: tiene ideas y prioridades, independientes de sus rasgos sociológicos y que seguramente son las que determinan su presencia social. Están en la mente de cualquier observador los esfuerzos por aproximar la representación política a la representación sociológica. El más espectacular, pero no el único, es el de la introducción por vía de coacción legislativa de la representación de género, obligando a presentar listas de candidatos paritarias.

La representación sociológica ignora que los intereses no se definen por un solo rasgo. No basta con articular un cuerpo de representantes basado en la edad o en el género de sus componentes para que de semejante combinación haya de brotar, de forma armónica y automática, la solución razonable de todos los problemas de la sociedad. Muy a menudo, la preocupación primordial de los ciudadanos mayores de una comunidad no son sus intereses personales (pensiones, atención sanitaria, residencias), sino el trabajo o la vivienda de sus hijos, la educación de sus nietos, la seguridad ciudadana o la protección de su entorno urbano.

La representación política es, por tanto, aquella que se atribuye a quienes han formulado propuestas para resolver los problemas colectivos, los problemas del conjunto. Está basada en el pluralismo, en el aprovechamiento de las

energías creativas en forma de proyectos globales para organizar la sociedad. Estimula el debate intelectual, obliga a la renovación de las ideas. Pero, sobre todo, parte de la idea de que el gobierno no es primordialmente un asunto de la voluntad, sino de la razón y de la sabiduría. No es el fruto de un conocimiento axiomático aplicado unilateralmente, sino de la razón y de la prudencia que nacen del debate de las ideas, de las visiones globales, de la reflexión pública y compartida. El gobierno, las decisiones colectivas, no pueden ser simplemente la «voluntad general» rousseauiana, suma de las voluntades individuales. Es preciso construir esa voluntad. La voluntad no está en el origen, sino al final del proceso de la participación. Y el imprescindible intermediario para formar adecuadamente la voluntad es el mecanismo de la representación política.

Porque la política no es la simple agregación de intereses, sino la armonización de los mismos. La voluntad, manifestada en la opinión, tiende a ser precipitada, vehemente, llena de prejuicios, sujeta a grandes y efímeras fluctuaciones. Por ello decía Burke: «Verdaderamente aspiro a estar atento a vuestras opiniones pero lo haré con respecto a las opiniones que vosotros y yo debemos tener a lo largo de los próximos cinco años. No estaré pendiente del destello de un día.» Y también por ello se inquietaba el mismo Burke al preguntarse: «¿Qué clase de razón es esa en la que la determinación precede a la discusión? ²» Ésta es la cuestión fundamental. La simple voluntad no se basa en la reflexión. La razón surge de la deliberación y la deliberación exige un esfuerzo intelectual. Sólo la representación garantiza, imperfectamente, por supuesto, la deliberación y el aprovechamiento de las energías intelectuales.

Decía que la representación política ha vivido permanentemente bajo el peso de la cláusula de imposibilidad. Si hoy vivimos un momento de especial tensión y dificultad para la democracia representativa es por un conjunto de factores que vuelven a presionar sobre sus insuficiencias inevitables pero con llamadas insistentes al advenimiento de la democracia directa. Con una diferencia sobre pasadas zozobras. Ahora ha aparecido un fenómeno nuevo, distinto radicalmente, que alimenta la ilusión de la posibilidad real de la democracia directa, de la democracia sin intermediarios. Un conjunto de factores allanan el camino a la expresión de la voluntad sin deliberación. El culto a la voluntad originaria y sin intermediarios crece a la sombra de quienes critican a la democracia representativa como un proceso inútil. Éste es el punto de máximo interés y que exige más profunda reflexión. El menosprecio del proceso deliberativo. Y como el proceso deliberativo tiene su más genuina expresión —debe tener su más genuina expresión— en la actuación parlamentaria, lo que está en el punto de mira es el parlamento.

¿Cuáles son esos factores que afectan a la buena salud de la representación política, de la democracia representativa? A mi juicio, los elementos que erosionan el vigor de la democracia representativa son tres y se caracterizan por-

² Citado por Ernesto Garzón Valdés en «Representación y democracia», *Actas de las II Jornadas...*

que niegan la representación o la hacen más difícil. En primer lugar, los profundos cambios sociales, necesitados de una representación actualizada. En segundo lugar, la aparición de la sociedad mediática y de la era informática. Y en tercer lugar, como resultado de la mezcla explosiva de los dos anteriores, el populismo moderno, que se alimenta de la nueva complejidad social y que se desarrolla con la ayuda mediática.

El primero de los factores citados es, pues, el de los cambios sociales. El de una sociedad nueva, compleja, a la que ahora se añade el fenómeno de la globalización. La globalización y la mundialización han creado la sensación de que los gobiernos representativos son impotentes para resolver los problemas en su actual magnitud. Esta impotencia se convierte en descrédito de los representantes y, como suele ocurrir, en desconfianza hacia el mecanismo de la representación.

Pierre Rosanvallon ha hablado de una «democracia de equilibrio»³. Partiendo de la idea de que existe una disociación originaria entre el momento político y el momento sociológico, la «democracia de equilibrio» habría consistido en una domesticación pragmática y relativa de los problemas nacidos de esa disociación originaria. Ello ha sido posible hasta mediados del siglo XX merced a la pervivencia, dilatada en el tiempo, de unos esquemas de la realidad social bastante estables y de lectura o percepción relativamente fácil. La «democracia de equilibrio», circunstancial, precaria e imperfecta por naturaleza, ha venido operando sobre una sociedad fácil de «leer». Los cambios sociales acelerados de las últimas décadas han ido moldeando una sociedad diferente, mucho más compleja y, desde luego, imposible de «leer» con las pautas anteriores. Al cambiar la base sobre la que se sustentaba, la «democracia de equilibrio» ha perdido estabilidad. Está abocada a hacer una lectura nueva de la sociedad y a reformular su equilibrio. La pervivencia de la democracia representativa depende de la capacidad de articular una representación creíble y viable de la nueva sociedad⁴.

Esta complejidad de la nueva realidad social ha determinado que las dificultades de representación se tradujesen en disfunciones patológicas del sistema. Quisiera poner de relieve sólo algunas:

- a) La democracia representativa aspira a que las razones primen sobre los intereses, a que las ideas primen sobre el poder de los individuos y de los grupos. El mecanismo de la democracia no aspira a propiciar un mercado de intereses ni, por tanto, a edificar una sociedad basada exclusivamente en la negociación y en el consenso de los interesados.

³ Pierre Rosanvallon, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation politique en France*, NRF Gallimard, 1998.

⁴ «La moins grande visibilité des systèmes de différenciation dans nos sociétés, qu'il s'agisse des clivages de classe, des appartenances religieuses ou même du rapport à l'idée de nation, a contribué dans l'ensemble à faire entrer le système représentatif dans cette nouvelle crise. Les mécanismes de représentation n'ont en effet jamais fonctionné que lorsqu'ils pouvaient être greffés sur des données clairement identifiables. Dans une société moins fortement clivée idéologiquement et moins lisible sociologiquement, les procédures représentatives ont perdu leur évidence sensible», P. Rosanvallon, *ibid.*, p. 323.

Como han señalado Amy Gutmann y Dennis Thompson, «las demostraciones de poder y las expresiones de voluntad, aunque constituyen elementos clave de la política democrática, necesitan estar justificados por la razón ⁵».

- b) Los cambios sociales han ocasionado un retroceso de los grandes sistemas de identificación. Como dice Rosanvallon, «en la *democracia de equilibrio* los enfrentamientos partidarios tenían lugar a partir de programas y de una cierta visión de la gestión de los intereses». La debilitación de las referencias programáticas e ideológicas ha llevado a que se pasase «de una democracia de confrontación a una democracia de imputación, fundada en la denuncia de las responsabilidades individuales y en la estigmatización de las personas ⁶». E. J. Dionne Jr. ha señalado que el declive de la confrontación auténticamente política «ha creado un vacío que es llenado crecientemente por la política del ataque (“politics of attack”) y por temas que parecen intrascendentes o artificiales». Esto ha llevado también a que la representación se articule, como explica el mismo E. J. Dionne Jr., en torno a «falsas polarizaciones», cada vez menos creíbles para los representados ⁷.
- c) La llamada democracia de imputación ha distorsionado el papel de los representantes. Los esfuerzos del sistema se han dirigido preferentemente a evaluar la acción y la moralidad de los individuos. El hombre político ha cambiado su status. Se ha convertido cada vez más en un gestor contable de sus actos, al tiempo que se difuminaba lentamente su función de portavoz ideológico. La personalización de la política se convierte en un deslizamiento perverso de la democracia ⁸.

Los partidos siguen aferrados, en gran medida, a sus referencias tradicionales e históricas y bajo sus pies la sociedad no se parece en nada a la que

⁵ A. Gutmann y D. Thompson, *Why deliberative democracy?*, Princeton University Press, 2004. Reducir la política a una confrontación de intereses conduce inevitablemente a «to turn to nonmoral ways of dealing with moral conflict... The underlying assumption is that we should value reaching conclusions through reason rather than force, and more specifically through moral reasoning rather than through self-interested bargaining», p. 80.

⁶ P. Rosanvallon, *ibid.*, p. 332.

⁷ E. J. Dionne Jr., *Why Americans hate politics*, Touchstone, 1992.

⁸ «La dénonciation des élites, qui a nourri le discours protestation des années quatre-vingt-dix, a prolongé et couronné ce mouvement de personnalisation perverse de la politique. Elle a en effet incarné pour beaucoup la seule façon de pouvoir continuer à intervenir politiquement dans un univers moins lisible, où le poids des programmes se trouvait affaibli [...] Au-delà de cette réduction du champ politique qu'elle a accompagnée, la dénonciation des élites a plus largement constitué un excellent symptôme de la nouvelle crise de la représentation, éclairant ses diverses facettes [...] Les mouvements protestataires des années quatre-vingt-dix n'ont ainsi fait qu'accélérer la crise de la représentation. Ils ont paradoxalement précipité la desociologisation de la politique en croyant voir dans la démocratie d'imputation la clef d'un renouveau. Le sentiment d'abandon social s'en est trouvé renforcé. Dès lors que la représentation n'a plus pour fonction de restructurer et d'exprimer (voir de construire) des formes spontanées d'identification sociale, elle laisse en effet émerger un sentiment diffus de désaffiliation et de décomposition de l'appartenance. Panne de la représentation et crise de la dénomination vont aussi pour cela de pair», P. Rosanvallon, *ibid.*, p. 333.

durante tanto tiempo se acomodó sin dificultades a los viejos y venerables esquemas. Han aparecido grupos sociales, sectores de intereses que no se sienten bien representados en los esquemas tradicionales o que fuerzan los mecanismos de la representación y se expresan fuera de ella. La nueva realidad social no encaja en los antiguos esquemas ideológicos y las recetas inspiradas en esas creencias políticas, en las que durante mucho tiempo se confió para resolver los problemas, se han quedado obsoletas y han devenido ineficaces o insuficientes.

Lo que ocurre es que los partidos —y todas aquellas organizaciones públicas que en su ámbito tengan funciones similares— están realizando una deficiente agregación de los problemas y de los intereses sociales. La sociedad transformada, y que sigue cambiando vertiginosamente, exhibe unas estructuras de intereses nuevos, de grupos y sectores de intereses interconectados y mezclados que exigen una constante adecuación de las agregaciones globalizadoras de los proyectos. Los partidos tienen que auscultar estos cambios para acertar a articular una representación renovada. Se ha dicho que los individuos ya no pertenecen a un grupo que combina la mayor parte de sus intereses, sino que desvían su fidelidad en diferentes direcciones según la prioridad de un asunto u otro.

En efecto, cada vez va a ser más difícil que los ciudadanos acepten que todos sus problemas tienen solución a través de un solo proyecto o de un solo programa. Las organizaciones de los partidos tendrán que hacer un gran esfuerzo de adaptación a esta nueva realidad. No se trata sólo de planteamiento antagónico —por ejemplo, entre intereses políticos y sindicales (me parece paradigmático el caso de Suecia y su problema nuclear)—; ni siquiera de radicalismos ecologistas o feministas difíciles de encajar en proyectos globales. Las infraestructuras, los servicios, los impuestos, las reconversiones sectoriales afloran tramos de intereses de difícil convivencia que tienden a enquistarse en posiciones de conflicto numantino. Desde la solución de problemas municipales en una barriada hasta las más arduas cuestiones de estado.

Estamos, por tanto, ante una sociedad más difícil de representar porque es nueva y compleja. Y las dificultades de adaptación de la representación política a estas nuevas realidades están teniendo un enorme impacto en la credibilidad de la representación misma.

El segundo factor de debilitamiento de la representación política, o incluso de injustificado descrédito, es el fenómeno emergente de la sociedad mediática, especialmente la audiovisual. Uno de los grandes procesos de ajuste pendientes es el del encaje de la democracia moderna con la realidad mediática.

El paso del mundo de la información al mundo de la comunicación ha provocado una ruptura brutal. La comunicación mediática viene acompañada de una desafección hacia la representación política y de una desconfianza hacia todas las formas de delegación o de intermediación. El fenómeno mediático impulsa dos procesos de la máxima trascendencia para el futuro de la democracia: el agotamiento de la experiencia personal y la potenciación de la utopía de la democracia directa. El resultado es un debilitamiento de la

representación, de la democracia representativa y de los valores de la deliberación y del debate como elementos esenciales de la democracia.

La ideología de la comunicación conlleva la creencia de que el individuo puede prescindir de toda mediación. Al polarizarse sobre la utopía de la democracia directa, que hace creer que el papel de las mediaciones y de las representaciones es perturbador, la reflexión relativa a la comunicación se convierte en una interrogación sobre el desarrollo de la democracia.

La comunicación moderna funciona sobre la base de la instantaneidad y produce una reducción considerable del debate público al polarizarse en torno a lo urgente y a lo negativo. En ese contexto se favorece una subcultura de la catástrofe que se manifiesta en términos de un maniqueísmo furioso: sintoniza mejor con el discurso ideológico cerrado de los que siempre saben donde se encuentra el bien y el mal que con la cultura democrática con su exigencia de deliberación y relativismo.

La ideología de la comunicación idealiza la autonomía del individuo. Lo aísla de la historia. Le hace creer que controla la relación —su relación— con el tiempo y con el espacio. A través del culto al presente, el individuo es conducido a un tipo de experiencia inmune a las heridas del tiempo y de la historia ⁹.

La comunicación mediática envuelve al individuo con un doble efecto. Por una parte, le proporciona una visión del presente sin historia, un presente despojado de toda inserción temporal, un presente autosuficiente. Por otra, establece una relación directa con la realidad en detrimento de toda forma de mediación o representación. El presente se constituye contra toda forma de vínculo con el tiempo o con el espacio, es decir, contra toda experiencia histórica. No es preciso conocer lo que ha ocurrido antes ni lo que ocurre en otros lugares ni a otros hombres. No es necesario relacionar, analizar, globalizar, armonizar, indagar, cuestionar, imaginar. En suma, no es necesaria la cultura. Los proyectos políticos, que han de conocer el pasado para organizar el presente y para tratar de preparar el futuro, pierden relevancia. La cultura política, hecha de experiencia, de debate, de ideas y de intereses, aparece como superflua.

No es infrecuente ver a los medios proclamarse como los canalizadores de una representación más auténtica, directa y eficaz que la que se presenta como tortuosa, defectuosa e insuficiente representación política, es decir, básicamente la parlamentaria, a través de los partidos.

Esta tensión nace de la creencia de que la relación del individuo con la realidad no admite mediación ni representación y que el único nexo necesario y válido es el del medio que pone al ciudadano en comunicación directa con la realidad. Ofrecerle al ciudadano la realidad instantánea y desnuda es la mejor forma de representarlo. Pero la realidad no se basta a sí misma. La

⁹ Olivier Mongin: «Il suffirait à l'individu de vivre au rythme d'un présent permanent et de la captation immédiate de l'espace mondial pour croire qu'il comprend le monde». «Face au scepticisme. Les mutations du paysage intellectuel ou l'invention de l'intellectuel démocratique», La Découverte, 1994.

realidad hay que interpretarla, relacionarla, globalizarla, tratarla, darle forma y tal vez —hoy y siempre— transformarla. Esta es la función de la política, de la representación. Sin embargo, la cultura mediática ha abandonado esta tarea en beneficio de un doble culto a la pretendida autenticidad y pureza de la comunicación sin intermediarios y a la autonomía del individuo al margen de toda experiencia social e histórica.

Que este fenómeno afecta a la línea de flotación de la representación política resulta bastante evidente. No hace mucho, el diario *Le Monde* afirmaba en uno de sus artículos editoriales: «Hay que reflexionar sobre el hecho de que en los albores del siglo XXI la democracia política tiene más bien poco peso en comparación con el poder televisivo... Ha llegado el momento en que hay que preguntarse qué va a quedar dentro de nada entre el individuo y el poder y cuál va a ser la naturaleza de éste. La pérdida de audiencia de las organizaciones intermedias (partidos y sindicatos) enlaces indispensables de la democracia representativa y la ocupación del Estado por los grandes empresarios de la comunicación nos abocan al riesgo de ver al ciudadano desaparecer tras el telespectador. A un paso de sustituir las elecciones por las mediciones de audiencia.» Creo que estas elocuentes palabras, cuyo valor es doble por emanar de un prestigioso medio de comunicación, accionan correctamente la alarma sobre el futuro de la democracia representativa si no se toma conciencia de los riesgos que implica el proceso de sustitución de la representación política por la utopía de la democracia directa vehiculada por el fenómeno mediático.

Y, desde luego, en cuanto la consecuencia primera es el arrinconamiento de los espacios de deliberación, el aislamiento del individuo y el descrédito de la representación política que intenta interponerse entre el individuo y la realidad, no es preciso advertir que el ulterior desarrollo de este trascendental proceso va a condicionar, posiblemente como ningún otro, los perfiles de la democracia del futuro.

Hace ya algún tiempo me encontré, por casualidad, con un artículo de un genio del periodismo moderno, como es Art Buchwald. Era una de sus habituales columnas en el *Herald Tribune*. Me parece un texto antológico y extraordinariamente útil para ilustrar lo que estoy intentando exponer. Con su profundo sarcasmo habitual decía: «La razón por la que ustedes no me han visto últimamente en el Club de Tenis es porque he estado muy ocupado con mis deberes como miembro de un jurado. Me han llamado para juzgar el caso de O. J. Simpson en el tribunal de la opinión pública, que es el órgano judicial más poderoso del país. El papel de un jurado de la opinión pública consiste en sentarse frente al televisor rodeado de periódicos y escuchar las pruebas presentadas por los comentaristas de televisión y ofrecidas por los testigos presenciales y por los expertos legales en las tertulias. Como un miembro del jurado consciente de mis responsabilidades he concedido un tiempo extraordinariamente amplio a las tertulias de radio. La gente que llama a esas tertulias lo sabe todo y mi trabajo ha consistido simplemente en escuchar atentamente lo que una persona que vive en Austin (Texas), o Nome (Alaska) dice sobre lo que realmente ocurre en Brentwood (California). Como espectador

he estado absorbido por el análisis de las pruebas que ofrecía la televisión. Lo que me molesta es que una cadena de televisión afirme que la acusación tiene unas pruebas y luego estas pruebas resultan no ser ciertas. Como miembros de un tribunal de la opinión pública, no podemos hacer bien nuestro trabajo si reporteros incompetentes nos dan información falsa.»

Todo esto puede parecer divertido, y lo es, sin duda, pero la frase final del artículo es demoledora. Decía Buchwald: «Algunos pueden alegar que incluso un ex-héroe deportivo como O. J. Simpson debería tener su oportunidad ante un tribunal, pero con las pruebas que nos han sido presentadas, ¿cómo podría un jurado, nombrado de acuerdo con las leyes del Estado, llegar a un veredicto diferente del que ya hemos alcanzado todos los que nos sentamos a ver los noticiarios vespertinos?»

Es decir, ese ciudadano autónomo que no quiere representación, que ya no necesita el rito de la justicia, que no quiere el debate ni la deliberación del juicio —y eso es exactamente igual para la política, exactamente igual— es el ciudadano en conexión con los hechos, sólo ante la realidad virtual, aislado —insisto— de la experiencia propia y ajena, conectado a la televisión y a la radio, capaz de dar respuesta por sí mismo, sin intermediarios ni debate, a toda cuestión o problema. Sin que se interpongan jueces, fiscales ni abogados en un caso. Sin políticos ni partidos o parlamentos, en el otro. Parece evidente que si en el ámbito judicial este proceso nos aboca a la Ley de Lynch, en el terreno político abre las puertas a las más sombrías perspectivas.

La cláusula de imposibilidad de la democracia directa parece a punto de saltar por los aires. El problema de la dificultad de articular el protagonismo simultáneo de una comunidad grande, que había sido el obstáculo histórico, ahora se empequeñece ante la aparición de la «aldea global». La comunicación crea la ilusión de que los ciudadanos pueden actuar con la misma inmediatez y espontaneidad con que los habitantes de un pequeño pueblo resuelven en concejo abierto sus cuestiones básicas y elementales.

En tercer lugar, el futuro de la democracia depende de la capacidad de reacción frente a una de las amenazas más extendidas y evidentes: el populismo. El siglo XXI se ha iniciado en un mundo todavía convaleciente de las heridas de los populismos que marcaron cruelmente el siglo pasado. Es decir, de los intentos de saltarse la representación. Esos intentos han sido traumáticos. El nacional populismo y el determinismo histórico han apelado por igual al individuo para señalarle que el debate y la representación constituyen un fraude innecesario e inútil. Para el primero, porque el proceso representativo no puede apartar a la sociedad de un supuesto orden natural; para el segundo, porque las ideas y el debate organizado no pueden oponerse a la meta, hacia la que hay que caminar inexorablemente, marcada por las leyes de la historia. La democracia no ha podido convivir con quienes piensan que la libertad puede desbaratar el orden natural por ellos concebido ni con quienes le han prefabricado a la sociedad un futuro inexorable.

Es conocido el arranque de las memorias del general De Gaulle: «Durante toda mi vida he tenido una cierta idea de Francia. El sentimiento y la razón me la inspiran por igual. Lo que hay en mí de afectivo imagina la naturaleza

de Francia, como la de la princesa de los cuentos o la madonna de los frescos y de los murales, llamada a un destino eminente y excepcional. Tengo la impresión de que la Providencia la creó para éxitos definitivos o para desdichas ejemplares.» Pocas veces se recuerda, sin embargo, el párrafo siguiente, que constituye una auténtica declaración paradigmática de populismo nacional. Dice De Gaulle: «Si ocurre, sin embargo, que la mediocridad marca sus hechos y sus gestos (los de Francia) tengo la sensación de estar ante una absurda anomalía, imputable a las faltas de los franceses, no al genio de la patria ¹⁰.»

Para la mentalidad populista, en efecto, existe una realidad natural, original, pura. Cuando no se manifiesta en su esplendor y pureza es porque se interponen los mediocres y entonces hay que apelar al sentimiento de la colectividad para organizar el rescate de las ideas ciertas y del orden natural. Uno de los más caracterizados teóricos del conservadurismo estadounidense de la posguerra, Richard Weaver, ha escrito: «Hay una fuente de verdad más alta que el hombre e independiente de él. El conservadurismo, prosigue, es el paradigma de las esencias hacia el que la fenomenología del mundo está en continua aproximación ¹¹.» No es una casualidad que el libro, en el que se vierten estas afirmaciones se titule «Ideas have consequences» (Las ideas tienen consecuencias) y no es preciso subrayar el tono de preocupada advertencia que contiene. Algo así como: ¡cuidado con las ideas! Tocar el cable de alta tensión tiene consecuencias. Las ideas apartan de las esencias, perturban el proceso de aproximación a las realidades esenciales preexistentes. Es así que la libertad y la democracia favorecen la aparición y la circulación de las ideas, ergo hay que ponerse en guardia frente a lo que dificulta la implantación del orden natural. Al final, esa confianza en la naturaleza y esa desconfianza en las ideas redundan en desconfianza de quienes siendo portadores de ideas aspiran a representar a la sociedad. De la deliberación libre, de la participación reflexiva sólo puede emerger la confusión.

Pero, como ha dicho Isaiah Berlin, no hay una naturaleza envuelta en vestiduras artificiales, que son invenciones humanas. Existe una tentación recurrente a simplificar apelando a lo absoluto, a lo natural apresado por la libertad y sus productos. La naturaleza, sin embargo, no es algo que espera que la liberen del cúmulo de tegumentos innaturales con que la han cubierto los vicios y flaquezas de los hombres ¹².

La redención populista que se ofrece para conectar al pueblo con una verdad simple que otros le ocultan, roban o niegan no sólo se asienta en la falacia del orden natural, sino que ha de descansar necesariamente en una gran comodidad intelectual: una dosis enorme de certezas definidas por muy pocos o por uno sólo. Es decir, la supresión o el enmascaramiento del proceso de representación y de participación.

¹⁰ Charles De Gaulle, «Memoires de guerre», t. I, Plon, 1969.

¹¹ Richard Weaver, «Ideas have consequences», 1948.

¹² «Isaiah Berlin en diálogo con Ramin Johanbegloo», Anaya, 1993.

Si, como decía Karl Krauss, «mi meta es mi origen», la sociedad no debe organizarse para descubrir y programar libremente su futuro, sino para rescatar su pasado, ese «paradigma de las esencias» del que hablaba Weaver, perturbado por las ideas y por la imaginación. Y para esa misión de rescate de las «esencias» que han de constituir la falsilla social, las ideas y la representación sobran. Porque las esencias no se elaboran y se construyen en un proceso, sino que se descubren y poseen como una fe. La aversión al proceso de representación se basa no sólo en la creencia de estar en posesión de la verdad, sino además y, sobre todo, en el temor a que una deliberación libre pueda hacer perder a algunos la cómoda fe desde la que son manipulados y dominados.

El populismo es conocido, pues, como la simplificación, la negación o la ocultación de la complejidad. El populismo desconfía de la democracia como proceso de la convivencia. El populismo considera que la energía social está permanentemente ahogada por las élites, ahogada por los partidos, por las instituciones. Aspira a rescatar la «verdadera» opinión pública, a darle cauce de expresión sin intermediarios, sin política, sin matices, sin globalización, sin armonizar los intereses contrapuestos o en conflicto que exigen necesariamente el desgaste de las prioridades y la administración de recursos limitados.

Pero la voluntad ciudadana, la opinión pública no existe en bruto, sino que es el resultado de un proceso. No existe como un hecho en un punto de partida. Se construye en el debate y en la deliberación. La energía social no existe como un dato previo. La finalidad de la democracia es precisamente permitir que una colectividad pueda expresarse en tanto que razón colectiva; es un proceso y no una realidad que fluye virginal desde un supuesto estado puro originario. Y hay más populismo impregnando nuestra vida pública del que a veces se piensa. No es necesario ir muy lejos para conocer todas las mañanas tal o cual exigencia de la opinión pública, presuponiendo que ésta existe siempre como algo estructurado.

Sin que se hayan extinguido, ni mucho menos, los riesgos del populismo tradicional que apela a las esencias, ha aparecido un fenómeno nuevo, apoyado en la aparente posibilidad de conocer la realidad de la opinión casi instantáneamente. El populismo moderno consiste en apelar a esa realidad inmediata por encima de todo proceso de reflexión, que es básicamente el proceso de la representación a través del debate de ideas y proyectos. Porque el populismo moderno consiste básicamente en renunciar a las ideas y a la política. El populismo supone que quien lo ejerce ha aprehendido la realidad y en lugar de liderar proyectos transformadores intenta cabalgar la corriente de los hechos. Así, el populista no pretende fijar metas y horizontes, sino que va detrás de los sondeos de opinión. Está al servicio de una supuesta voluntad auténtica de los ciudadanos, conocida directamente y sin intermediarios.

Los sondeos de opinión aportan la ilusión de una democracia inmediata y permanente que podría sustituir a los ritmos considerados demasiado lentos de los ciclos electorales. Y no es infrecuente contemplar dinámicas políticas que se suman a esta impaciencia populista para propiciar atajos de inestabilidad. El problema no está en los sondeos, sino en la remisión a una cierta visión utópica de la democracia, no ya directa, sino automática, en la cual, en

realidad, se podría prescindir de la deliberación y de la reflexión, de las ideas y de los proyectos. Porque la investigación demoscópica permite conocer de primera mano la voluntad real de los ciudadanos, sin intermediarios.

La democracia demoscópica alimenta las más variadas ilusiones. Además de su tentación natural de hacer creer que representa la quintaesencia de la democracia, porque juega con el viejo resorte de la apelación directa al pueblo, se ampara también en la idea de que ella es la que dota de transparencia a la sociedad y la hace legible y fácil de entender. Pero cuanto más instantáneamente triunfan los impulsos y los sentimientos, menos sencilla y natural es la sociedad. Por eso no cesa de aumentar la separación entre la ilusión del sentimiento colectivo y la realidad del juego social, entre la opinión pública y la complejidad del país. De ahí que se plantee una pregunta cada vez más apremiante: ¿Dónde queda el interés general cuando nuestra sociedad tiene la emotividad, los impulsos y la inmediatez como telón de fondo?

Como ha escrito Alain Minc, estamos ante una «fatalidad funcional»: la razón deja de hacer pie y el populismo entra en escena. Se desliza subrepticiamente la aspiración de verse representado fuera de los esquemas clásicos. El populismo es el compañero natural de la llamada democracia de la opinión pública¹³. En esta supuesta democracia, la opinión pública desconectada de los cuerpos intermedios, prisionera de sus pulsiones instantáneas, en ósmosis con los medios de comunicación, rechaza las filosofías políticas elaboradas y su juego de poderes y contrapoderes. Los medios abren el camino a los discursos políticos más sumarios, todos ellos articulados en torno a la imagen y a la comunicación sin intermediarios.

Es evidente la tensión que hoy existe entre esta opinión directa, automática, instantánea sobre lo que supuestamente la mayoría quiere que se haga en cada momento y el proceso de deliberación a través de la representación política. Esa reducción o supresión del tiempo político es una manifestación que avanza en dirección contraria a las exigencias de la representación política. ¿Sería prudente hacer lo que la opinión momentánea, medida demoscópicamente, parece demandar en cada instante? ¿Sería gobernable una sociedad moderna si los efímeros estados de opinión, muchas veces inducidos por situaciones de alto voltaje emocional colectivo, tuviesen que ser seguidos al ritmo de sus mutaciones sucesivas? ¿Quién sería responsable? Y, sin embargo, éstos son elementos de tensión que de la mano del populismo minan el «tempo» de la deliberación política y el ritmo de acción pública que está determinado por los ciclos parlamentarios de las legislaturas.

Y como sea que el progreso científico seguramente va a facilitar instrumentos cada vez más perfectos susceptibles de ponerse al servicio de la ilusión de la democracia automática o instantánea¹⁴, es evidente que la tenta-

¹³ Alain Minc, «La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública», *Temas de Hoy*, 1995.

¹⁴ La Ley 26/2003, de 17 de julio, modificó el artículo 105 de la Ley de Sociedades Anónimas. Con la idea de facilitar y fomentar la participación de los accionistas en las Juntas Generales de las sociedades se permite el voto por correspondencia electrónica, sin presencia, por tanto, del accionista en la reu-

ción populista de conducir la sociedad a partir de la realidad fresca de una opinión pública que se conoce sin intermediarios se va a ver enormemente reforzada. Y es evidente que la capacidad de dar una respuesta intelectual y política adecuada a este formidable reto va a condicionar la suerte futura de la democracia representativa.

Porque el populismo moderno, como decía al principio, no es el populismo de las sociedades predemocráticas o premediáticas. El populismo moderno es la respuesta a los deficientes intentos de adaptación de los proyectos políticos a la sociedad compleja. El populismo se aprovecha de la perplejidad del ciudadano moderno ante las dificultades de los cambios sociales y de los problemas emergentes y le ofrece el refugio de las seguridades, el blindaje de la simplificación, sobre todo, la falacia de la simplificación. El caramelo envenenado de las ideas fuertes (fundamentalismos y esencialismos de toda especie) pero también localismos, provincianismos y nacionalismos alicortos, que apelan a las excelencias de lo inmediato como catalizador frente al riesgo, tenido por inadmisible, de pensar o de dudar. Todo ello con el apoyo inédito del aparato mediático, alérgico por su propia naturaleza a las matizaciones, a los relativismos y proclive por instinto a la simplificación. Pero el proceso de la simplificación nos aleja siempre de la democracia porque toda simplificación hunde sus raíces en el pensamiento autoritario y, por consiguiente, nos aproxima a las formas políticas del autoritarismo.

De la conjunción de populismo y del estallido mediático, dos fenómenos que se retroalimentan, no es fácil esperar tiempos mejores para la democracia representativa. Por ello, hay que concluir que no sólo es bueno que nos representen. Es imprescindible que nos representen. Todas las alternativas a la representación son atajos hacia las más variadas formas de deterioro democrático.

Quienes más o menos sutilmente siembran la desconfianza en la representación política (es decir, como he afirmado al principio, en la representación que consiste en encargar las decisiones colectivas a quienes ofrecen ideas y proyectos, mediante un proceso libre de concurrencia y alternativas) en el fondo, o tal vez no tan en el fondo, siembran siempre la desconfianza en la libertad. En el fondo, presentar la representación como inútil o nociva es siempre la prédica de quienes están en posesión de la verdad o, en términos más modernos, de quienes están al servicio de la realidad. Una realidad supuestamente conocida que se impone frente a quienes osan verla de forma diferente o transformarla. Sin embargo, reflexionar sobre lo que está ocurriendo, tomar conciencia de las derivas y deslizamientos de nuestros sistemas democráticos es, sin duda, la premisa imprescindible para profundizar en los remedios. Pero es imposible estimular reacciones si no se

nión. Se han levantado de inmediato voces alertando sobre la desnaturalización de la reunión anual de los accionistas, en la que, al poder votar con antelación y sin presencia, se minimiza el papel de la deliberación. Vid. Javier W. Ibáñez Jiménez, «El ejercicio telemático de los derechos del accionista», *Revista de Derecho Mercantil*, julio-septiembre de 2003, núm. 249.

tiene conciencia de la dirección en la que la democracia representativa está siendo empujada.

Habrà que hacer un gran esfuerzo, que consumirá las energías de generaciones, para poner de nuevo en sintonía a la nueva sociedad con un esquema de representación que se sienta como propio, y en el que la dimensión de los problemas se corresponda con la capacidad de unos representantes poderosos y renovados. Esto supondrá trabajar en varias direcciones:

- a) Hay que renovar los proyectos políticos, sacándolos de esquemas obsoletos. Hay que hacerlos capaces de «leer» correctamente la nueva complejidad y de ofrecer propuestas que no ignoren o satanicen esa complejidad, sino que la fundan en un marco global coherente.
- b) Habrá de construirse un esquema institucional político a la altura de las dimensiones de los problemas. La importancia de las instituciones ante las nuevas fuerzas económicas y sociales exige la construcción de grandes estructuras supranacionales. Nada más grotesco que un municipio que se declara solemnemente territorio no nuclear. Pero no menos penoso es el espectáculo de gobiernos batidos por las olas de la especulación financiera que no conoce fronteras, mientras proclaman enfáticamente su soberanía irrenunciable.
- c) Sobre todo, habrá de profundizarse en la educación frente a los riesgos de todas las simplificaciones. Los mitos de lo fácil y absoluto, de lo original y de lo natural reaparecen con nuevas reencarnaciones. El fenómeno mediático moderno aporta formidables posibilidades de progreso pero también evidentes riesgos de erosión democrática. Hay que bracear contra esa corriente todos los días. Desde la escuela.

Todas las reflexiones serán insuficientes para esta tarea. Pero todas serán necesarias, incluso las más modestas y con menos títulos. También las más imperfectas y discutibles, apartado al que, sin duda, pertenece la aportación que se contiene en estas páginas.

II

ESTUDIOS

El derecho fundamental a la protección de datos personales.

Algunos retos de presente y futuro

Sumario: I. LOS ORÍGENES. “THE RIGHT TO BE LET ALONE”.—II. DE LA TENSIÓN ENTRE INTIMIDAD E INFORMÁTICA AL DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO A LA PROTECCIÓN DE DATOS, PASANDO POR EL VALOR ECONÓMICO DEL DATO PERSONAL.—III. EL CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.—3.1. Principios que configuran el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos.—3.2. El principio de control independiente. En particular, la posición de la Agencia Española de Protección de Datos en el marco constitucional del derecho a la protección de datos personales.—IV. RETOS O TENSIONES A QUE ESTÁ SOMETIDO EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS.—V. ¿HACIA UN MODELO GLOBAL DE PROTECCIÓN DE DATOS? EN ESPECIAL, LA POSICIÓN DE LA DIRECTIVA 95/46/CE.—VI. LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS Y SU NECESARIO DESARROLLO REGLAMENTARIO.—VII. UNA MIRADA AL FUTURO.

No es exageración afirmar que el derecho fundamental a la protección de datos personales es uno de los más importantes en la sociedad actual. Y no sólo en los países desarrollados, con democracias consolidadas, sino también en los que están en proceso de desarrollo, en los que la sociedad de la información es tan sólo una utopía, pero en los que ya es posible acumular y tratar información sin apenas control y garantías, con graves implicaciones para los ciudadanos. Teniendo en cuenta, además, que el tratamiento de datos personales no conoce fronteras, es un fenómeno transnacional y requiere, por tanto, una respuesta lo más uniforme y armonizada posible. El reto no es menor y merece una reflexión pausada y crítica. Pues, como ha señalado Rodota, la protección de datos, como «diritto di mantenere il con-

* Catedrático de Derecho Administrativo. Director de la Agencia Española de Protección de Datos.

trollo sulle proprie informazione», se presenta como una «dimensione della libertà esistenziale, costitutiva non solo della sfera privata, ma pure di quella pubblica» ¹.

I. LOS ORÍGENES. «THE RIGHT TO BE LET ALONE»

Como he tenido ocasión de señalar recientemente ², el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa recoge en dos ocasiones el Derecho fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal. Por un lado, en el artículo I-51, dentro del Título VI («De la vida democrática de la Unión») de la Parte Primera ³. Por otro, en el artículo II-68, dentro del Título II («Libertades») de la Parte Segunda, «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión» ⁴. Pese a que los avatares de la Constitución Europea todavía pueden darnos alguna sorpresa, es evidente que, si no con la Constitución, ya de por sí con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza en 2000, se ha producido un cambio sustancial en la consideración que ha de darse al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Éste es el punto de partida que hoy debemos tener en cuenta de forma innegable.

En 1888 Thomas Cooley habló ya de «the right to be let alone» ⁵. En 1890 Samuel Warren y Louis Brandeis publican en la *Harvard Law Review* ⁶ su famoso artículo *The Right to Privacy*, al que no hace mucho volvía a referirse Stefano Rodotà ⁷. En aquel entonces Warren y Brandeis hablaron de un nuevo derecho: *Political, social, and economic changes entail the recognition of new rights, and the common law, in its eternal youth, grows to meet the new demands of*

¹ *Repertorio di fine secolo*, 2.ª ed., Editori Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 201-202.

² «El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 19-20, monográfico sobre *Protección de Datos*, pp. 45 y ss. Asimismo, no pocas consideraciones que ahora expongo ya las he apuntado en «Reflexiones sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales», en *Actualidad Jurídica. Uría Menéndez*, núm. 12, 2005, pp. 7 y ss.

³ Artículo I-51: Protección de datos de carácter personal.

Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.

La ley o ley marco europea establecerá las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes.

⁴ Artículo II-68: Protección de datos de carácter personal.

Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernen.

Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la Ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación.

El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

⁵ *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs which arise independent of contract*, Callaghan, 2.ª ed., Chicago, 1888, p. 29.

⁶ Vol. IV, núm. 5, 15 de diciembre de 1890.

⁷ *Intervista su Privacy e Libertà*, a cargo de Paolo Conti, Editori Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 7 y ss.

society... Now the right to life has come to mean the right to enjoy life, the right to be let alone. La evolución que desde entonces se ha producido ha sido imparable. La lucha por la privacidad ha sido clave, sin duda, en la evolución de las sociedades democráticas. Evitar cualquier posibilidad de «Gran Hermano», de control intolerable de nuestra vida privada por los sectores público o privado era el gran reto. En este marco, la posibilidad de llevar a cabo tratamientos automatizados de datos personales supuso un punto de inflexión esencial, que ha condicionado todo el proceso a partir de entonces. Fue a partir de los años sesenta y setenta del pasado siglo cuando comenzó a generalizarse paulatinamente el uso de nuevas tecnologías que, en efecto, no sólo permitían obtener y almacenar un gran número de datos, sino, lo que seguramente es más importante y definitivo, someterlos a tratamiento. La posibilidad de ingerencias en la intimidad se incrementaba así de forma espectacular, y el legislador no podía ser ajeno a la nueva realidad que emergía de modo irrefrenable.

II. DE LA TENSIÓN ENTRE INTIMIDAD E INFORMÁTICA AL DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO A LA PROTECCIÓN DE DATOS, PASANDO POR EL VALOR ECONÓMICO DEL DATO PERSONAL

Ya en 1967 ⁸ se constituyó en el seno del Consejo de Europa una Comisión Consultiva para estudiar las tecnologías de información y su potencial agresividad hacia los derechos de las personas, especialmente en relación con su derecho a no sufrir ingerencias en la vida privada (derecho éste que se había ya recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos ⁹ o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ¹⁰). De tal Comisión Consultiva surgió la Resolución 509 de la Asamblea del Consejo de Europa sobre «*los Derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos*», que respondía a una inquietud existente en toda Europa. Suele decirse, no sin razón, que en tal Resolución se encuentra el verdadero origen del movimiento legislativo que desde entonces recorrerá Europa en materia de protección de datos.

Es lugar común citar la conocida Ley del Land de Hesse, pionera en la materia, así como la Ley Federal alemana de 1977. También la Ley francesa de Informática, Ficheros y Libertades de 1978, sustancialmente modificada,

⁸ Las reflexiones que siguen ya las he adelantado en «El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia...», *op. cit.*, p. 47 y ss.

⁹ El artículo 12 dispone: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.»

¹⁰ En términos prácticamente iguales, el art. 17 del Pacto dispone:

«1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.»

al objeto de adaptarla a la Directiva 95/46/CEE, por la Ley núm. 2004-801, de 6 de agosto de 2004, relativa a la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos de carácter personal ¹¹. El 8 de mayo de 1979 el Parlamento Europeo aprueba una Resolución sobre «*La tutela de los Derechos del individuo frente al creciente progreso técnico en el sector de la informática*». En junio de 1978 se aprobaron en Dinamarca dos leyes, una sobre registros privados y otra sobre registros públicos. En 1978 se aprueba en Austria la Ley de Protección de Datos, que consagra el Derecho fundamental de todo ciudadano a exigir la confidencialidad del tratamiento y comunicación de los datos que le conciernen, y en marzo de 1979 se aprueba en Luxemburgo la Ley sobre utilización de datos en tratamientos informáticos.

En los años ochenta, desde el Consejo de Europa se dará un respaldo definitivo a la protección de la intimidad frente a la informática mediante el Convenio núm. 108 para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (1981). Este Convenio establece los principios y derechos que cualquier legislación estatal debe recoger a la hora proteger los datos de carácter personal.

El Convenio núm. 108 intenta conciliar el derecho al respeto de la vida privada de las personas con la libertad de información, facilitando la cooperación internacional en el ámbito de la protección de datos y limitando los riesgos de desviaciones en las legislaciones nacionales. En el capítulo II del Convenio se recogen los principios básicos de calidad de los datos, principio de especial protección y principio de garantía de la seguridad de los datos. Asimismo el Convenio reconoce, en su artículo 8, el derecho a conocer la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, sus finalidades principales, así como la identidad y la residencia habitual o el establecimiento principal de la autoridad que controla del fichero.

En fin, también la OCDE publica dos importantes recomendaciones en esta materia: la recomendación sobre «*Circulación internacional de datos personales para la protección de la intimidad*» y la recomendación relativa a la «*Seguridad de los sistemas de información*».

La perspectiva que en las normas, instrumentos internacionales y documentos que hasta aquí he simplemente enumerado es clara: se pretende resolver la tensión existente entre el uso cada vez más generalizado de la informática y el riesgo que el mismo puede suponer para la vida privada. Informática *versus* intimidad: éste es el gran dilema. Ésta es también la perspectiva de la Constitución de 1978 en su artículo 18.4.

En la década de los noventa se incorpora un elemento fundamental al debate. La construcción europea, que requiere ineludiblemente la constitución del mercado interior, exige que se garantice la libre circulación de los datos personales, dado el valor económico que los mismos tienen en las transacciones comerciales, sobre todo en el marco de una economía cada vez más globalizada y transfronteriza. En este escenario se mueve la Directiva

¹¹ Sobre dicha ley véase Alex Türk, «La ley francesa de protección de datos de carácter personal», en www.agpd.es. El texto de la ley puede encontrarse en www.cnil.fr, así como en www.agpd.es.

95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Los tres primeros considerandos de la Directiva son de una importancia capital y centran perfectamente el sentido de la norma ¹².

Al par de conceptos intimidad-informática, se añade ahora uno más: valor económico de los datos personales-respeto a los derechos y en particular al derecho a la intimidad. La construcción europea pasa por la creación del mercado interior en el respeto a los derechos fundamentales, y en este marco la libre circulación de los datos con respeto al derecho a la intimidad se considera de primera importancia. A ese fin responde la Directiva 95/46/CEE, de la que deriva la legislación de los países europeos en materia de protección de datos, y en particular la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre ¹³.

En el año 2000 la situación experimenta un giro copernicano tanto en la Unión Europea como en España. Se abre una nueva etapa, en la que nos encontramos, que se basa en la consideración de la protección de datos de carácter personal como un verdadero derecho fundamental autónomo e independiente del derecho a la intimidad. Tan radical innovación deriva fundamentalmente de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en la Cumbre de Niza de 7 de diciembre de 2000, que de forma lacónica, pero tajante, dispone en su artículo 8, dentro del capítulo relativo a las libertades, que «*Toda persona tiene Derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.*» Ninguna referencia a la intimidad o privacidad; ninguna a la informática. Sí una previsión expresa, de suma importancia, al hecho de que «*El respeto de estas normas [sobre protección de datos]*

¹² «(1) Considerando que los objetivos de la Comunidad definidos en el Tratado, tal y como quedó modificado por el Tratado de la Unión Europea, consisten en lograr una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos, establecer relaciones más estrechas entre los Estados miembros de la Comunidad, asegurar, mediante una acción común, el progreso económico y social, eliminando las barreras que dividen Europa, fomentar la continua mejora de las condiciones de vida de sus pueblos, preservar y consolidar la paz y la libertad y promover la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y leyes de los Estados miembros y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;

(2) Considerando que los sistemas de tratamiento de datos están al servicio del hombre; que deben, cualquiera que sea la nacionalidad o la residencia de las personas físicas, respetar las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, la intimidad, y contribuir al progreso económico y social, al desarrollo de los intercambios, así como al bienestar de los individuos;

(3) Considerando que el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, dentro del cual está garantizada, con arreglo al artículo 7 A del Tratado, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, hacen necesaria no sólo la libre circulación de datos personales de un Estado miembro a otro, sino también la protección de los derechos fundamentales de las personas.»

¹³ La protección de datos es tomada en consideración, además de en la citada Directiva 95/46, en otras tales como la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, también conocida como «Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas», que ha sustituido a la Directiva 97/66/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. Además de las normas sobre protección de datos existen otras dos directivas que complementan a las anteriores en el campo del comercio electrónico, a saber, la Directiva 2000/31/CE, de Comercio Electrónico, y la 1999/93/CE, sobre Firma Electrónica, aunque en ningún caso sustituyen a aquéllas en lo relativo a la protección de datos personales.

quedará sujeto al control de una autoridad independiente.» Además, en el artículo 7.º, de forma separada, se recoge el derecho a la vida privada y familiar. Hay, pues, una clara diferenciación entre ambos derechos, el derecho a la privacidad y el derecho a la protección de datos, que merecen, en consecuencia, dos preceptos distintos.

En España, ese cambio hacia la consideración del derecho a la protección de datos como un verdadero derecho autónomo e independiente viene de la mano de dos importantísimas sentencias del Tribunal Constitucional: las números 290 y 292 de 2000, ambas de 30 de noviembre. La primera ratifica la constitucionalidad de la existencia de la Agencia Española de Protección de Datos, con competencias en todo el territorio nacional, en cuanto garante de un derecho fundamental que debe tener un contenido homogéneo para todas las personas (físicas) ¹⁴. La segunda consolida una evolución juris-

¹⁴ En un momento en que está discutiéndose la reforma de algunos Estatutos de Autonomía, merece la pena recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de protección de datos. El Tribunal, en la citada Sentencia 290/2000, centra su análisis en el estudio de las normas referidas a la existencia o inexistencia de una infracción del reparto competencial establecido en nuestra Constitución. En cuanto a este análisis, su fundamento jurídico 7 considera necesario *«que el examen de la presente disputa competencial se lleve a cabo partiendo de dos presupuestos, a saber: el contenido del derecho fundamental a la protección de datos personales y, en segundo término, los rasgos generales que caracterizan a la Agencia de Protección de Datos dado que la función general de este órgano es la de velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación»*, como se expresaba en el primer inciso del apartado a) del art. 36 LORTAD.

En relación con la segunda de las cuestiones apuntadas, el fundamento jurídico 8 de la Sentencia señala que *«en lo que respecta a las funciones y potestades atribuidas a la Agencia de Protección de Datos, el apartado a) del art. 36 LORTAD ofrece una caracterización general de las primeras al encomendar a la Agencia la función general de velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial respecto a los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación de datos»*. Y en cuanto especificación de esta función de carácter tuitivo en orden a la protección de datos personales, *«los restantes apartados del citado precepto le atribuyen tanto funciones de intervención o control respecto a ciertos sujetos y actividades como funciones registrales y consultivas»*.

Se alegaba por las Comunidades Autónomas *«que las actividades relativas a los ficheros automatizados de carácter personal no son en sí mismas el objeto de una materia competencial, sino que constituyen una actividad instrumental al servicio de otras actividades encuadrables dentro de otras materias sobre las que las Comunidades Autónomas pueden ostentar títulos competenciales según el orden constitucional de reparto de competencias»*. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que tal argumento no resulta admisible por cuanto, con su planteamiento, *«se está desvirtuando cuál es el bien jurídico constitucionalmente relevante, que no es otro que la protección de los datos de carácter personal frente a un tratamiento informático que pueda lesionar ciertos derechos fundamentales de los ciudadanos o afecta al pleno ejercicio de sus derechos, como claramente se desprende del tenor de dicho precepto constitucional»*.

Por último, en su fundamento jurídico 14, la Sentencia recuerda que *«la exigencia constitucional de protección de los derechos fundamentales en todo el territorio nacional requiere que éstos, en correspondencia con la función que poseen en nuestro ordenamiento (art. 10.1 CE), tengan una proyección directa sobre el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas para asegurar la igualdad de todos los españoles en su disfrute. Asimismo, que dicha exigencia faculta al Estado para adoptar garantías normativas y, en su caso, garantías institucionales»*.

«A este fin —prosigue la Sentencia— la LORTAD ha atribuido a la Agencia de Protección de Datos diversas funciones y potestades, de información, inspección y sanción, para prevenir las violaciones de los derechos fundamentales antes mencionados. Y dado que la garantía de estos derechos, así como la relativa a la igualdad de todos los españoles en su disfrute es el objetivo que guía la actuación de la Agencia de Protección de Datos, es claro que las funciones y potestades de este órgano han de ejercerse cualquiera que sea el lugar del territorio nacional donde se encuentren los ficheros automatizados conteniendo datos de carácter personal y sean quienes sean los responsables de tales ficheros.»

prudencial constitucional que ha ido configurando el derecho a la protección de datos, desde el reconocimiento del derecho a la intimidad y privacidad, pasando por el llamado derecho a la autodeterminación informática o informativa¹⁵. Merece la pena recordar ahora las Sentencias constitucionales 110/1984, 254/1993, 143/1994, 94/1998, 11/1998, 144/1999 y 202/1999¹⁶. En particular, la STC 254/1993¹⁷ señala que la Constitución de 1978 ha incorporado el «derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos». Añade que no es posible aceptar que «el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en facultades puramente negativas, de exclusión. Las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados... son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el artículo 18 de la Constitución, y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente protegidos».

Pero es la STC 292/2000, de 30 de noviembre, como decía, la que definitivamente ha reconocido que el derecho fundamental a la protección de datos personales deriva directamente de la Constitución y debe considerarse como un derecho autónomo e independiente. El Fundamento Jurídico Séptimo es sin duda esencial, por lo que creo oportuno transcribirlo:

«7. De todo lo dicho resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que

En consecuencia, concluye la Sentencia, «es la garantía de los derechos fundamentales exigida por la Constitución así como la de la igualdad de todos los españoles en su disfrute la que en el presente caso justifica que la Agencia de Protección de Datos puede ejercer las funciones y potestades a las que antes se ha hecho referencia respecto a los ficheros informatizados que contengan datos personales y sean de titularidad privada», por lo que las normas discutidas son consideradas por el Tribunal como conformes a la Constitución.

¹⁵ Recientemente ha llevado a cabo un completo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia E. Guichot, *Datos personales y Administración Pública*, Thomson-Civitas, 2005, pp. 68 y ss.

¹⁶ Las sentencias resuelven básicamente recursos de amparo, frente a tratamientos ilícitos, contrarios al principio de «autodeterminación informativa», que se traduce en el derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona o, lo que es lo mismo, el derecho a controlar el uso de los mismos datos personales por parte de su titular. Así, las Sentencias 144/99 y 202/1999, dictadas frente a la utilización por RENFE de los datos de diversos trabajadores relativos a su afiliación sindical (Las Sentencias relacionadas con el uso de datos por parte de RENFE son numerosas. Véase Guichot, *Datos personales...*, op. cit., p. 71). Resoluciones anteriores relacionan el derecho a la protección de datos de carácter personal con el derecho a la intimidad (SSTC 143/1994, 254/1993 y 110/1984), proclamando con carácter general «el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque su defensa frente a las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida».

¹⁷ Sobre esta Sentencia ver E. Guichot, *Datos personales y Administración Pública*, op. cit., pp. 69 y ss.; L. M. Arroyoyanes, «El derecho de autodeterminación informativa frente a las Administraciones Públicas (Comentario a la STC 254/93, de 20 de julio)», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, 1993; Aspas Aspas, «La libertad informática, un nuevo derecho fundamental desvelado por el Tribunal Constitucional (STC 254/1993, de 20 de julio)», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 4, 1994; González Murúa, «Comentario a la STC 254/1993, de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y la protección de los datos personales», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 37, 1993; Lucas Murillo de la Cueva, «La construcción del derecho a la autodeterminación informativa», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 104, 1999.

faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular.

Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del Derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele.»

No es necesario recalcar la importancia de la sentencia, que es sencillamente capital. Reconoce la existencia del derecho a la protección de datos como derecho autónomo e independiente del derecho a la intimidad; determina su contenido esencial; lo relaciona no sólo con el artículo 18.4 de la Constitución, sino también con el 10.2. Además, en el Fundamento Jurídico 8.º cita de forma expresa diversos instrumentos internacionales y en particular, pese a no estar todavía en vigor (apenas había sido adoptada), la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Es, junto con la LORTAD de 1992 y la Ley Orgánica de Protección de Datos de 1999, el hito más importante en materia de protección de datos que se ha producido entre nosotros.

Se consolida así el concepto de derecho a la protección de datos, frente a la noción de derecho a la autodeterminación informativa, cuya construcción tanto debe al Tribunal Constitucional alemán a través de su conocida Sentencia de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo.

El cambio radical que han supuesto las Sentencias 290 y 292/2000 tiene su correspondencia, a nivel europeo, en la tantas veces repetida Carta Europea de Derechos Fundamentales y en la Constitución Europea, cuyos preceptos esenciales sobre protección de datos transcribía al principio de este trabajo. De este modo, el ciclo de la protección de datos, en cuanto a su evolución, se cierra por el momento con su consideración como derecho fundamental autónomo.

III. EL CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

3.1. Principios que configuran el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos

La cuestión estriba entonces en determinar cuál es el contenido esencial de tal derecho; los principios y características que lo definen y que no pueden ser desconocidos so pena de desconocer y, en consecuencia, violentar el propio derecho. En la XXVII Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos celebrada en Montreux, Suiza, los días 13 a 15 de septiembre de 2005 se aprobó una Declaración Final sobre *The protection of personal data and privacy in a globalised world: a universal right respecting diversities*, en la que se hace una referencia expresa a los principios del derecho a la protección de datos:

«16. *Recognising that the principles of data protection derive from international legal binding and non binding instruments such as the OECD Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, the Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, the United Nations Guidelines concerning Computerized Personal Data Files, the European Union Directive on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data and the Asia Pacific Economic Cooperation Privacy Framework,*

17. *Recalling that these principles are in particular the following:*
- *Principle of lawful and fair data collection and processing,*
 - *Principle of accuracy,*
 - *Principle of purpose-specification and -limitation,*
 - *Principle of proportionality,*
 - *Principle of transparency,*
 - *Principle of individual participation and in particular the guarantee of the right of access of the person concerned,*
 - *Principle of non-discrimination,*
 - *Principle of data security,*
 - *Principle of responsibility,*
 - *Principle of independent supervision and legal sanction,*
 - *Principle of adequate level of protection in case of transborder flows of personal data.»*

Creo, sin embargo, que tales principios pueden reconducirse a los que quizá son más nucleares en la configuración del derecho: consentimiento, información, finalidad, calidad de los datos, con especial referencia a la proporcionalidad, seguridad. Principios todos ellos recogidos en la LOPD, artículos 4 y ss., a los que puede añadirse el de utilización leal de los datos y el de minimización en el uso de los datos (éste, por cierto, reconducible, tam-

bién, en mi opinión, al de proporcionalidad). Principios que para ser efectivos requieren el reconocimiento, garantía y tutela de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (regulados, en nuestro caso, en los artículos 15 y ss. de la LOPD).

3.2. El principio de control independiente. En particular, la posición de la Agencia Española de Protección de Datos en el marco constitucional del derecho a la protección de datos personales

Además, la Carta Europea de Derechos Humanos, siguiendo ya la tónica de textos anteriores, da un paso capital a favor de otro de los principios que ya son inherentes a la protección de datos: el principio que podría denominarse de control independiente. En efecto, al disponer que «*El respeto de estas normas [de protección de datos] quedará sujeto al control de una autoridad independiente*» está exigiendo la existencia de tal autoridad como requisito para considerar que el derecho a la protección de datos está suficientemente garantizado. De modo que se presume que, faltando esa autoridad, no es posible en ningún caso considerar aceptable el marco jurídico regulador del derecho. Precisamente uno de los puntos esenciales de las decisiones de adecuación que hasta ahora ha aprobado la Comisión Europea en relación con la protección ofrecida por terceros países es la de la existencia de una autoridad independiente de control¹⁸.

La previsión de la Carta Europea no es en absoluto nueva, aunque sí lo es el hecho de recogerla en documento de tanta trascendencia. La Resolución 45/95 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1990, por la que se establecen las directrices de protección de datos, dispone

¹⁸ Tales decisiones son las siguientes:

Decisión de la Comisión de 26 julio 2000 con arreglo a la Directiva 95/46 relativa al nivel de protección adecuado de los datos personales en Suiza.

Decisión de la Comisión de 26 julio 2000, sobre la adecuación conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicada por el Departamento de Comercio de EEUU de América.

Decisión de la Comisión de 20 diciembre 2001 sobre la adecuación de protección de los datos personales conferida por la ley canadiense *Information and Electronic Documents Act*.

Decisión de la Comisión de 30 junio 2003, sobre la adecuación de protección de los datos personales en Argentina.

Decisión de la Comisión de 21 de noviembre de 2003, relativa al carácter adecuado de protección de los datos personales en Guernsey.

Decisión de la Comisión de 28 abril de 2004 relativa al carácter adecuado de protección de los datos personales en la Isla de Man.

Decisión de la Comisión de 14 mayo 2004 relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros que se transfieren al Servicio de Aduanas y Protección de fronteras de los EEUU (*Bureau of Customs and Border Protection*). Esta Decisión ha sido recurrida por el Parlamento Europeo ante el Tribunal de Justicia (Asunto C-318/04). El abogado general Léger ha hecho ya públicas sus Conclusiones (22 de noviembre de 2005) en las que propone anular la Decisión. Más adelante me referiré a ello en el texto.

en su punto 8 que «el derecho de cada país designará a la autoridad que, de acuerdo con su sistema jurídico interno, vaya a ser responsable de supervisar la observancia de los principios [de protección de datos]. Esta autoridad ofrecerá garantías de imparcialidad, independencia frente a las personas o agencias responsables de procesar y establecer los datos, y competencia técnica». Por su parte, el Protocolo Adicional al Convenio 108 del Consejo de Europa, relativo a las autoridades de Supervisión y a las Transferencias internacionales de datos, de 8 de noviembre de 2001, señala en su preámbulo que «*supervisory authorities, exercising their functions in complete independence, are an element of the effective protection of individuals with regard to the processing of personal data*». En esta línea, el artículo 1.3 dispone que «*The supervisory authorities shall exercise their functions in complete independence*», y el punto 4 del mismo artículo añade que «*Decisions of the supervisory authorities, which give rise to complaints, may be appealed against through the courts*». Y, por supuesto, la Directiva 95/46/CE, cuyo artículo 28.1 dispone claramente que «los Estados miembros dispondrán que una o más autoridades públicas se encarguen de vigilar la aplicación en su territorio de las disposiciones adoptadas por ellos en aplicación de la presente Directiva. Estas autoridades ejercerán las funciones que le son atribuidas con total independencia».

En definitiva, pues, el principio de tutela del derecho a través de una autoridad independiente se ha constituido ya como verdadero principio del derecho a la protección de datos.

Y nuestro Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado, con tanta claridad como contundencia, sobre la posición que en el sistema de garantías del derecho fundamental a la protección de datos ocupa la Agencia Española de Protección de Datos. Ha sido, como es de sobra conocido, en la Sentencia 290/2000, de 30 de noviembre, en relación con el recurso interpuesto por la Generalidad y el Parlamento de Cataluña contra los preceptos de la LORTAD de 1992 que regulaban la posición y competencias de la Agencia de Protección de Datos, por considerar que se infringía el sistema constitucional de reparto de competencias. Y el Tribunal es, como digo, meridianamente claro. Permítaseme transcribir íntegras las reflexiones y conclusiones del Tribunal Constitucional, pues merece la pena que sean recordadas en este momento ¹⁹:

«8. En lo que respecta en segundo término a la Agencia de Protección de Datos que ha creado el Título VI de la LORTAD, ha de comenzarse señalando que en las regulaciones legales adoptadas antes de la entrada en vigor de nuestra Constitución por varios Estados europeos con la finalidad de proteger los datos personales frente a los peligros de la informática (Ley sueca de 11 de mayo de 1973, Ley de la República Federal de Alemania de 22 de enero de 1977, Ley francesa de 6 de enero de 1978, Ley noruega de 8 de junio de 1978), también está presente un elemento institucional. Pues dichas regulaciones,

¹⁹ Y ruego al lector que lea íntegramente y con detenimiento las consideraciones del Tribunal, pues son de una importancia capital.

pese a las diversas denominaciones y dependencias orgánicas que establecen, tienen en común el haber creado instituciones especializadas de Derecho público, a las que se atribuyen diversas funciones de control sobre los ficheros de datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, tanto de titularidad pública como privada.

Pues bien, la LORTAD ha establecido un «régimen de protección de datos de carácter personal» respecto de los que figuren en ficheros automatizados, tanto de titularidad pública como privada, así como las modalidades de su uso posterior (art. 2). Y en dicho régimen su dimensión institucional es la referida a la Agencia de Protección de Datos y a los órganos que en ella se integran, tanto de dirección (Director y Consejo Consultivo, arts. 35 y 37 LORTAD) como operativos (Registro General de Protección de Datos e Inspección de Protección de Datos, arts. 38 de la Ley y 11 del Estatuto de la Agencia de Protección de Datos). Habiendo configurado el legislador a esta Agencia con unos rasgos específicos, pues se trata de «un Ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones» (art. 34.2 LORTAD).

En lo que respecta a las funciones y potestades atribuidas a la Agencia de Protección de Datos, el apartado a) del art. 36 LORTAD ofrece una caracterización general de las primeras al encomendar a la Agencia la función general de “Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial respecto a los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación de datos”. Y en cuanto especificación de esta función de carácter tuitivo en orden a la protección de datos personales, los restantes apartados del citado precepto le atribuyen tanto funciones de intervención o control respecto a ciertos sujetos y actividades como funciones registrales y consultivas. Siendo de destacar, en cuanto a las primeras, la de emitir las preceptivas autorizaciones previstas en la Ley o en las disposiciones de desarrollo de ésta (apartado b); la de ordenar la cesación de los tratamientos de datos de carácter personal y la cancelación de ficheros cuando no se ajusten a lo previsto en la LORTAD (apartado f); la de velar por la publicidad de la existencia de los ficheros, a cuyo efecto publicará periódicamente una relación periódica de los mismos (apartado j); la de ejercer el control y adoptar las autorizaciones que procedan en relación con los movimientos internacionales de datos y las de cooperación internacional en esta materia (art. 36, apartado 1) y las relativas a la recogida y secreto de datos estadísticos, dictando instrucciones sobre las condiciones de seguridad de los ficheros [art. 36, apartado m)]. Se trata, pues, de un conjunto de funciones especializadas en cuanto a su objeto, la protección de los datos personales y, además, de funciones de carácter público, como se expresa en el art. 34.1 LORTAD al determinar que la Agencia de Protección de Datos actuará de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo, sin perjuicio de que sus adquisiciones patrimoniales y contratación estén sometidas al Derecho privado.

En correspondencia con el carácter público de sus funciones, la Agencia de Protección de Datos dispone de potestades administrativas expresamente atribuidas por dicha Ley. En primer lugar, la potestad de investigación o de inspección que le reconoce el art. 39 para obtener información y, en su caso, pruebas sobre los hechos que contravengan lo dispuesto en la LORTAD. En segundo término, la potestad sancionadora, que la Agencia de Protección de Datos ha de ejercer en los términos previstos en el Título VII [art. 36, apartado g)], con la particularidad, cuando se trate de infracciones de una Administración Pública, que tal potestad queda limitada a la facultad de dictar una resolución indicando las medidas que han de adoptarse para corregir el incumplimiento de las previsiones legales en

esta materia (art. 45). En tercer lugar, una potestad de resolución de las reclamaciones de los afectados por incumplimiento de las previsiones de dicha Ley [art. 36, apartado d)] en relación con el art. 17.1, con sujeción al procedimiento establecido por el Real Decreto 1332/1994, de 20 de julio. Y, por último, una potestad normativa, ceñida en lo esencial a dictar las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la LORTAD [art. 36, apartados c) y m) in fine], con miras a su debida aplicación en ámbitos determinados de actividad.

9. Por último, de lo que se acaba de exponer se desprende un rasgo significativo de la Agencia de Protección de Datos: el carácter básicamente preventivo de sus funciones en orden a la protección de datos personales. Un rasgo caracterizador que es común a las instituciones especializadas existentes en los países de nuestro entorno y al que ha hecho referencia la Exposición de Motivos de la LORTAD al afirmar que esta disposición está guiada “por la idea de implantar mecanismos cautelares que prevengan las violaciones” de los derechos fundamentales.

En efecto, al dar cumplimiento al mandato contenido en el art. 18.4 CE, el legislador, sin excluir en modo alguno el recurso último a los órganos jurisdiccionales para la tutela de los derechos individuales, como se determina en los apartados 2 a 5 del art. 17 LORTAD, no ha querido, sin embargo, que la protección de datos personales frente al uso de la informática se lleve a cabo exclusivamente en la vía judicial, esto es, cuando ya se ha producido una lesión del derecho fundamental. Por el contrario, ha querido que dicha protección se lleve a cabo mediante el ejercicio por la Agencia de Protección de Datos, con carácter básicamente preventivo, de las funciones de control de los ficheros tanto de titularidad pública como privada que la LORTAD le atribuye y, en su caso, a través de las reclamaciones de los afectados ante la Agencia de Protección de Datos (art. 17.1), las que provocarán la posterior actuación de este órgano. Por lo que cabe estimar que existe una correspondencia entre las funciones y potestades que la LORTAD ha atribuido a la Agencia de Protección de Datos y el carácter preventivo de sus actuaciones. Pues es este carácter tuitivo o preventivo el que, en última instancia, justifica la atribución de tales funciones y potestades a la Agencia de Protección de Datos para asegurar, mediante su ejercicio, que serán respetados tanto los límites al uso de la informática como la salvaguardia del derecho fundamental a la protección de datos personales en relación con todos los ficheros, ya sea de titularidad pública o privada.

10. Pasando ya desde estos presupuestos al examen de las pretensiones de las partes y de los títulos competenciales que respectivamente han invocado ha de tenerse presente que el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Parlamento de Cataluña no han cuestionado que el Estado posea un título competencial válido para dictar la LORTAD. Ni tampoco han impugnado la creación de la Agencia de Protección de Datos por dicha Ley estatal. Lo que los recurrentes reprochan al art. 40.1 y 2 LORTAD en relación con los restantes preceptos impugnados es el que sólo hayan atribuido a las Comunidades Autónomas un ejercicio de potestades de ejecución de dicha Ley limitado a los ficheros automatizados de datos de carácter personal creados o gestionados por dichos entes, así como la creación y mantenimiento de registros de ficheros públicos para el ejercicio de las competencias que se les reconocen sobre los mismos.

A juicio de los recurrentes, la consecuencia de esta limitación es que corresponde en exclusiva a un órgano estatal, la Agencia de Protección de Datos, la ejecución de la LORTAD y el ejercicio de las funciones interventoras y sancionadoras en ella previstas respecto

a los restantes ficheros automatizados. De manera que dicho precepto, según han alegado, priva a las Comunidades Autónomas del ejercicio por sus propios órganos de las funciones y potestades de ejecución de la LORTAD respecto de los ficheros automatizados de titularidad privada radicados en su territorio y que se hayan creado en el marco de actividades relativas a materias sobre las que las Comunidades Autónomas tengan atribuida competencia.

Esta conclusión se fundamenta según los recurrentes en que el tratamiento automatizado de datos de carácter personal no es una materia competencial específica, sino una actividad instrumental de otras actividades que sí son subsumibles en materias competenciales. De manera que habrá de estarse al reparto competencial de éstas entre el Estado y las Comunidades Autónomas de conformidad con las normas del bloque de constitucionalidad para determinar quién es el competente para ejecutar la LORTAD en lo que respecta a los mencionados ficheros informatizados de titularidad privada. Y al no ser la protección de datos una materia competencial, la consecuencia según los recurrentes es que el Estado no puede asumirla por no estar expresamente atribuida a las Comunidades Autónomas en sus Estatutos (art. 149.3 CE). Ni tampoco la competencia de ejecución de la LORTAD puede sustentarse en lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE, pues el Estado no puede pretender erigirse en el garante último de la libertad e igualdad de los individuos ni esa garantía de las condiciones básicas puede desconocer el orden constitucional de reparto de competencias. Sin que tampoco pueda aceptarse que una norma meramente organizativa como la que crea la Agencia de Protección de Datos pueda ser considerada en modo alguno como la regulación de una “condición básica” a los fines del art. 149.1.1 CE.

En definitiva, lo expuesto justifica, a juicio de los recurrentes, que las potestades de ejecución de la LORTAD correspondan a las Comunidades Autónomas, así como la de tutela administrativa sobre aquellos ficheros privados que versen sobre materias respecto a las cuales una Comunidad Autónoma tenga atribuida, cuando menos, competencias ejecutivas. Conclusión a la que se ha opuesto el Abogado del Estado, para quien, en esencia, se trata de una materia competencial que corresponde al Estado ex art. 149.3 CE, dado que, en atención al desarrollo legislativo en esta materia, al adoptarse la Constitución ya poseía autonomía y, por tanto, pudo haberse incluido en los primeros Estatutos de Autonomía y no se hizo. Y aun si se estimase que la protección de datos es una actividad instrumental de otras materias competenciales, al mismo resultado se llega a su entender con base en el art. 149.1.1 CE, pues con la creación de la Agencia de Protección de Datos y las funciones que a este ente le atribuye la LORTAD se ha querido preservar la igualdad de los españoles en la protección de sus datos personales, creando condiciones institucionales que permitan excluir ejecuciones plurales y divergentes por las diferentes Comunidades Autónomas. A cuyo fin la LORTAD ha centralizado las funciones encaminadas a la protección de datos personales en una entidad estatal de Derecho público, la Agencia de Protección de Datos.

11. De lo anterior se desprende que, a diferencia de otros muchos conflictos de los que ha conocido este Tribunal, en el presente caso los recurrentes no fundamentan su reivindicación en un título competencial específico del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Y la razón es que toda su argumentación está basada en el presupuesto que antes se ha expuesto, a saber: que las actividades relativas a los ficheros automatizados de carácter personal no son en sí mismas el objeto de una materia competencial, sino que constituyen una actividad instrumental al servicio de otras actividades encuadrables dentro de otras materias sobre las que las Comunidades Autónomas pueden ostentar títulos competenciales según el

orden constitucional de reparto de competencias. De suerte que una Comunidad Autónoma, al ejercer su competencia sobre estas materias podrá extenderla a la actividad instrumental relativa a los ficheros de datos personales.

De este modo, las distintas potestades de ejecución de la LORTAD, como son las de inscripción de los ficheros automatizados en el Registro General de Datos como acto habilitante de la creación de aquéllos, los de investigación y de sanción, quedan vinculadas a las competencias de ejecución que la Comunidad Autónoma ha asumido en distintas materias, según la Constitución y su Estatuto de Autonomía. De lo que se desprende, a juicio de los recurrentes, que poco importa que un fichero automatizado de datos de carácter personal radicado en Cataluña sea de titularidad pública o privada, que es el criterio que la LORTAD utiliza en su art. 40, pues lo determinante es la titularidad competencial que en cada caso le venga atribuida a la Comunidad Autónoma en atención a la materia principal de la que dicho fichero sólo es un instrumento técnico.

Ahora bien, en relación con este planteamiento cabe observar, en primer lugar, que aunque este Tribunal ha admitido el carácter instrumental de una determinada actividad respecto a una materia objeto de un título competencial en virtud de la conexión existente entre aquella y ésta, tal actividad accesoria era llevada a cabo por poderes públicos. Como es el caso, por ejemplo, de la actividad cartográfica respecto a las competencias de ordenación del territorio y urbanismo (STC 76/1984, de 29 de junio, FJ 1). Mientras que en el presente caso la conexión se establece, sin la debida justificación, a partir de una actividad de los particulares, pues se trata de la relativa al tratamiento de datos personales por ficheros de titularidad privada. En segundo término, los ficheros automatizados de datos de carácter personal sólo son el soporte material sobre el que se lleva a cabo la actividad que la LORTAD regula, la recogida y el posterior uso de dichos datos. Por lo que es preciso justificar también la conexión lógica existente entre tal actividad y las concretas materias sobre las que se ha atribuido competencia a una Comunidad Autónoma, lo que no se ha llevado a cabo.

Por último, y más fundamentalmente, el planteamiento de los recurrentes no puede ser acogido, pues soslaya la función que nuestra Constitución ha atribuido a los derechos fundamentales y, en correspondencia, la necesidad de que sean protegidos, incluso en el ámbito del reparto competencial (art. 149.1.1 CE). La LORTAD, en efecto, ha sido dictada en cumplimiento del mandato contenido en el art. 18.4 CE de limitar el uso de la informática para garantizar ciertos derechos fundamentales y el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos, de manera que si se considera la actividad aquí examinada como meramente instrumental o accesoria de otras materias competenciales, es claro que con este planteamiento se está desvirtuando cuál es el bien jurídico constitucionalmente relevante, que no es otro que la protección de los datos de carácter personal frente a un tratamiento informático que pueda lesionar ciertos derechos fundamentales de los ciudadanos o afectar al pleno ejercicio de sus derechos, como claramente se desprende del tenor de dicho precepto constitucional. Lo que guarda entera correspondencia, además, con el objeto de dicha Ley, que no es otro, según se ha dicho, que el de establecer un régimen legal para “limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de datos de carácter personal” que permita garantizar el respeto o el pleno ejercicio de tales derechos (art. 1). A lo que cabe agregar que la LORTAD también es la Ley que ha desarrollado un derecho fundamental específico, el derecho a la protección de los datos personales frente al uso de la informática, como antes se ha expuesto.

De lo que se desprende, en definitiva, que el objeto de la Ley cuyos preceptos se han impugnado no es el uso de la informática, sino la protección de los datos personales. De suerte que esta protección mal puede estar al servicio de otros fines que los constitucionales en relación con la salvaguardia de los derechos fundamentales, ni tampoco puede ser medio o instrumento de actividad alguna.

12. *La conclusión negativa a la que se ha llegado en el fundamento jurídico precedente no excluye en modo alguno que, como segundo paso de nuestro enjuiciamiento, examinemos el título competencial que pueda habilitar al Estado para atribuir a la Agencia de Protección de Datos, en orden a la adecuada protección de datos personales, potestades de información, inspección y sanción en relación con los ficheros de titularidad privada radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, tal y como se desprende del art. 40 LORTAD y de los demás preceptos que se impugnan. A este Tribunal corresponde, en efecto, la salvaguardia de las normas del bloque de constitucionalidad atributivas de competencias y, por tanto, declarar si se ha producido o no la invasión competencial que los recurrentes denuncian (SSTC 167/1993, de 27 de mayo, 329/1993, de 12 de noviembre, 196/1997, de 13 de noviembre, entre otras).*

13. *Pues bien, si antes se han puesto de relieve los presupuestos que han de ser tenidos en cuenta para nuestro enjuiciamiento del presente caso, ha de agregarse ahora que el segundo, la creación por la LORTAD de la Agencia de Protección de Datos para velar por el cumplimiento de dicha ley y controlar su aplicación, se halla estrechamente relacionado no sólo con el mandato del art. 18.4 CE, sino con el primero de dichos presupuestos, el derecho fundamental a la protección de datos personales frente al uso de la informática. Una relación que resulta evidente si se advierte que la creación de dicho ente de Derecho público y las funciones atribuidas al mismo permiten garantizar, como se dijo en la STC 254/1993, el ejercicio por los ciudadanos del haz de facultades que integra el contenido del derecho fundamental.*

En efecto, la LORTAD es la ley dictada en cumplimiento del mandato del art. 18.4 CE de limitar el uso de la informática. Como así se aprecia en su Título II sobre los principios de la protección de datos y en la parte de su Título IV relativa a la creación, modificación o supresión de ficheros. Pero es también, por el contenido en particular de su Título III, relativo a los derechos de las personas, la ley que ha desarrollado el derecho fundamental a la protección de datos personales. Y si nos situamos ante el Título VI, que ha creado la Agencia de Protección de Datos y el Registro General de Protección de Datos integrado en aquélla, es suficiente reparar en las funciones que se les han encomendado para poder apreciar que mediante este marco institucional no sólo se ha querido velar por la puntual observancia de los límites al uso de la informática que la LORTAD establece para los responsables de los ficheros de datos personales, sino también garantizar el ejercicio por los ciudadanos del derecho fundamental a la protección de dichos datos mediante la actuación preventiva por parte de los citados órganos.

14. *Si se proyectan estas consideraciones sobre el conflicto competencial subyacente al presente proceso cabe estimar, en primer lugar, que cuando la LORTAD establece límites al uso de la informática en cumplimiento del mandato del art. 18.4 CE, tales límites han de ser los mismos en todo el territorio nacional ex art. 81 CE. Pues si los derechos fundamentales y las libertades públicas que nuestra Constitución reconoce son “fundamento del orden político” (art. 10.1 CE) y, por tanto, constituyen el estatuto jurídico básico de los ciudadanos, sólo mediante esa proyección general es posible garantizar la protección de los*

derechos a que se refiere el art. 18.4 CE, con independencia de que tales límites a la informática también contribuyen a la salvaguardia del específico derecho fundamental a la protección de datos personales.

De igual modo, es significativo que el constituyente haya querido introducir mediante la cláusula del art. 149.1.1 CE la garantía de los derechos fundamentales en el pórtico del reparto competencial y, a este fin, que haya apoderado al Estado para asegurar su respeto en todo el territorio nacional mediante el establecimiento de aquellas “condiciones básicas” que hagan posible que el disfrute de tales derechos sea igual para todos los españoles. Imponiendo así un límite a las potestades de las Comunidades Autónomas en aquellas materias donde éstas ostenten un título competencial. Y si bien el alcance del art. 149.1.1 CE es “esencialmente normativo”, como hemos dicho en la reciente STC 208/1999, de 15 de noviembre, FJ 6, por referirse a “la regulación” de esas condiciones básicas, cabe observar, sin embargo, que ninguna calificación adicional se ha agregado por el constituyente respecto a la naturaleza de tales condiciones que pueda restringir su alcance.

De lo que se desprende, en definitiva, que junto a la normación como aspecto esencial del art. 149.1.1 CE las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto también pueden contener, cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho fundamental o la igualdad de todos los españoles en su disfrute, una dimensión institucional. Como hemos reconocido tempranamente en la STC 154/1988, de 21 de julio, FJ 3, respecto a la regulación del censo electoral y las funciones de la Oficina del Censo Electoral, al declarar que mediante esta regulación el Estado había pretendido ejercer la competencia que en esta materia “se deriva del art. 149.1.1 de la Constitución, en relación con el art. 23 de la misma”. A lo que cabe agregar que no es infrecuente que la Ley Orgánica que lo ha llevado a cabo haya establecido un órgano al que encomienda la ejecución de sus preceptos, como es el caso, por ejemplo, respecto al derecho fundamental del art. 30.2 CE, de la creación por la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, Reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, de un Consejo Nacional de Objeción de Conciencia al que corresponde, entre otras funciones, resolver sobre las solicitudes de declaración de dicha objeción (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 5).

De lo anterior se desprende, pues, que la exigencia constitucional de protección de los derechos fundamentales en todo el territorio nacional requiere que éstos, en correspondencia con la función que poseen en nuestro ordenamiento (art. 10.1 CE), tengan una proyección directa sobre el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas ex art. 149.1.1 CE para asegurar la igualdad de todos los españoles en su disfrute. Asimismo, que dicha exigencia faculta al Estado para adoptar garantías normativas y, en su caso, garantías institucionales.

A este fin la LORTAD ha atribuido a la Agencia de Protección de Datos diversas funciones y potestades, de información, inspección y sanción, para prevenir las violaciones de los derechos fundamentales antes mencionados. Y dado que la garantía de estos derechos, así como la relativa a la igualdad de todos los españoles en su disfrute es el objetivo que guía la actuación de la Agencia de Protección de Datos, es claro que las funciones y potestades de este órgano han de ejercerse cualquiera que sea el lugar del territorio nacional donde se encuentren los ficheros automatizados conteniendo datos de carácter personal y sean quienes sean los responsables de tales ficheros.

15. En definitiva, es la garantía de los derechos fundamentales exigida por la Constitución así como la de la igualdad de todos los españoles en su disfrute la que en el pre-

sente caso justifica que la Agencia de Protección de Datos y el Registro Central de Protección de Datos puede ejercer las funciones y potestades a las que antes se ha hecho referencia respecto a los ficheros informatizados que contengan datos personales y sean de titularidad privada radicados en Cataluña. Y, por ello han de decaer los reproches de inconstitucionalidad que los recurrentes han imputado al art. 40.1 y 2 LORTAD y, por consecuencia, los que se extendieron a los arts. 24 y 31 de dicha Ley.»

IV. RETOS O TENSIONES A QUE ESTA SOMETIDO EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

El derecho así configurado, que supone, por tanto, el reconocimiento a las personas de un verdadero y efectivo poder de disposición sobre sus datos personales, está, sin embargo, siendo sometido a diversos retos o tensiones que conviene tener muy en cuenta. Creo que tales tensiones ²⁰ pueden reconducirse a las siguientes: protección de datos *versus* a) libertad de expresión; b) transparencia y acceso a la información; c) intereses y evolución del mercado; y d) lucha contra el terrorismo y garantía de la seguridad pública.

Ante todo debe afirmarse de inmediato y sin género de dudas que en absoluto existe una contradicción entre tales derechos o situaciones y la protección de datos. Así lo ha señalado, en relación con la transparencia y acceso a la información, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su conocida Sentencia de 20 de mayo de 2003, *Rundfunk y otros*, Asuntos C-465/00, C-138/01 y C-139/01; y en lo que respecta a la libertad de expresión en su no menos conocida Sentencia de 6 de noviembre de 2003, *Linqvist*, Asunto C-101/01 ²¹. Más bien al contrario: sólo respetando el derecho fundamental de todos a la protección de sus datos personales se conseguirá un marco adecuado de respeto a la libertad de expresión y al derecho de acceso a la información, un correcto desarrollo del mercado y una eficaz lucha contra el terrorismo.

Pero sin duda la situación más aparentemente conflictiva es la que deriva de la relación que se da entre protección de datos y seguridad. Sobre todo tras los brutales atentados de Nueva York, Madrid y Londres.

Desde luego nadie puede cuestionar el hecho irrefutable de que es imprescindible adoptar medidas eficaces en la lucha contra el terrorismo. Pero del mismo modo es imprescindible afirmar y reafirmar que tales medidas deben ser respetuosas con los derechos fundamentales, pues de lo contrario se estaría produciendo ya la primera y capital victoria de los terroristas: restringir el marco de libertades y derechos que, afortunadamente, caracterizan a las sociedades occidentales. Y uno de esos derechos es el de protección de datos de carácter personal. Cualquier medida que se adopte para acabar con el terrorismo y

²⁰ Que he tenido ocasión de exponer en la XXVII Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos, celebrada en Montreux los pasados días 13 a 15 de septiembre de 2005.

²¹ Sobre estas Sentencias puede verse mi estudio antes citado «El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia...», *op. cit.*, pp. 16 y ss.

las formas graves de delincuencia organizada debe respetar el contenido esencial del derecho, integrado por los principios a los que antes me refería.

Y es en este escenario donde se sitúa la necesidad de contar con un modelo global de protección de datos, que permita tener claras las reglas del juego a nivel internacional. Modelo en el que sin duda desempeña un papel protagonista la Directiva 95/46/CE, de protección de datos.

V. ¿HACIA UN MODELO GLOBAL DE PROTECCIÓN DE DATOS? EN ESPECIAL, LA POSICIÓN DE LA DIRECTIVA 95/46/CE

Ésta es, por lo demás, una tendencia cada vez más generalizada. El derecho fundamental a la protección de datos está hoy experimentando una expansión internacional extraordinaria. Puede perfectamente decirse que en el marco de la globalización va alcanzando un protagonismo hasta ahora desconocido. Además, con una fuerte presencia del modelo europeo, no sólo a través de la influencia que ejerce la Directiva 95/46/CEE y los documentos elaborados por el llamado Grupo del Artículo 29²², sino por la puesta en marcha de iniciativas como la Red Iberoamericana de Protección de Datos, integrada ya por representantes de la gran mayoría de los países de la Comunidad Iberoamericana. De hecho, en la declaración final de la ya referida Conferencia Internacional de Montreux se ha incluido una mención expresa a las iniciativas transnacionales²³, al señalar que los responsables de protección de datos instan a los «*Heads of States and Governments that will join in Tunis for the World Summit on the Information Society (16-18 November 2005) to include in their final declaration a commitment to develop or reinforce a legal framework that ensures the rights to privacy and data protection to all citizens within the Information Society in me of the commitment taken in the Summit of Santa Cruz (Bolivia) by the Iberoamerican Heads of Government and States (November 2003) and in the summit of Ougadougou by the Heads of Government and States of Countries which share French language (November 2004)*». La declaración de Santa Cruz de la Sierra, en su artículo 45 incluye, en efecto, una referencia expresa al derecho fundamental a la protección de datos, a la Red Iberoamericana de Protección de Datos y a las iniciativas normativas que en materia de protección de datos están desarrollándose ya en numerosos países de Iberoamérica²⁴.

Cierto que todavía subsisten notables diferencias entre el modelo estadounidense y el europeo²⁵, basadas fundamentalmente en el hecho de que

²² Grupo de Autoridades Europeas de Protección de Datos, previsto en el artículo 29 de la Directiva.

²³ Texto debido, por cierto, a la iniciativa conjunta de las delegaciones española y francesa.

²⁴ «Asimismo somos conscientes de que la protección de datos personales es un derecho fundamental de las personas y destacamos la importancia de las iniciativas regulatorias iberoamericanas para proteger la privacidad de los ciudadanos contenidas en la Declaración de La Antigua por la que se crea la Red Iberoamericana de Protección de Datos, abierta a todos los países de nuestra Comunidad.»

²⁵ Sobre ello puede verse Carter Manny, «La intimidad de la Unión Europea y la seguridad de los Estados Unidos: la tensión entre la ley europea de protección de datos y los esfuerzos por parte de Esta-

en el primero la protección de datos no se considera un verdadero derecho fundamental, pero, en mi opinión, la expansión del modelo europeo es hoy incuestionable.

En ese panorama internacional, la Directiva 95/46/CE desempeña un papel esencial. Y es necesario resaltar, a los diez años de su aprobación, que los principios que en ella se recogen han pasado a ser ya principios de general aplicación y reconocimiento en el ámbito de la protección de datos. En este sentido, se ha planteado la cuestión de la aplicabilidad de la Directiva a los asuntos relacionados con el III Pilar. Se afirma, con razón, que la Directiva corresponde al I Pilar, y que, en consecuencia, no es aplicable a los asuntos de Justicia e Interior. Nada puede objetarse ante ello, pero de inmediato ha de añadirse una reflexión que creo de enorme importancia. La Directiva se aprueba, en efecto, en 1995 y en el seno de lo que es la construcción sin barreras del mercado interior. No está de más recordar de nuevo que su objetivo es facilitar la libre circulación de los datos personales con pleno respeto a los derechos fundamentales y en particular el de protección de datos. Nace, pues, en el marco del mercado interior y con el objetivo de eliminar «las barreras que dividen Europa»²⁶. Pero la vocación de la Directiva va ahora mucho más allá del mercado interior. La que podría llamarse su posición institucional en el ordenamiento comunitario, sobre todo tras la aprobación de la Carta Europea de Derechos Humanos, trasciende a la consecución del Mercado Interior. La Directiva es la norma comunitaria que define el contenido y los principios de la protección de datos, y lo hace, en mi opinión, extendiendo sus efectos a toda la actividad de la Unión. De modo que no sería posible alterar, excepcionar o modificar el contenido o la aplicación de los principios de protección de datos contenidos en la Directiva a través de normas sectoriales contrarias a lo en ella dispuesto. Una directiva o un reglamento sectoriales no podrían alterar para casos o supuestos concretos los principios del derecho a la protección de datos tal como están regulados en la Directiva, ni siquiera siendo posteriores a ésta. No sería posible, por ejemplo, que se estableciese que en ciertos casos no es de aplicación el principio de proporcionalidad previsto en la Directiva, pues si fuese posible podría darse el caso de que al final, a través de las excepciones, podría dejarse la Directiva sin contenido.

Que la Directiva no se ha de circunscribir exclusivamente al III Pilar es algo, por lo demás, que la propia realidad desmiente, o al menos va desmintiendo poco a poco. Así, en la Declaración de la Conferencia de Primavera de Autoridades de Protección de Datos celebrada en Cracovia los días 25 y 26 de abril de 2005, sobre la necesidad de un adecuado marco de protección de datos en el III Pilar, se señala lo siguiente:

«The Conference also welcomes the approach of the Commission in advocating a core set of guiding principles for the treatment of personal data under the Third Pillar, to be deve-

dos Unidos por utilizar los datos sobre pasajeros aéreos para luchar contra el terrorismo y otros delitos», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 19-20, monográfico sobre *Protección de Datos*, pp. 145 y ss.

²⁶ Considerando Primero de la Directiva.

loped in close co-operation with data protection authorities. Furthermore, the Conference is encouraged by the steps taken by the Commission towards developing a new legal framework for data protection in the Third Pillar which, it is hoped, will provide an appropriate set of rules applicable to law enforcement activities consistent with the current level of data protection in the First Pillar. When developing these detailed data protection rules, the standard of data protection in Directive 95/46/EC should serve as a basis.

The need to develop a harmonised data protection approach in the Union would suggest that when the Treaty establishing a Constitution for Europe enters into force there should be a comprehensive European Law on data protection covering all areas of processing personal data.

The new legal instrument would present the most important evolution in data protection law since the adoption of the Data Protection Directive 95/46/EC and it would have large impact on the future architecture of data protection in Europe. In order to avoid a divergence between the First and the Third Pillars which would have a negative impact on enforcement and transparency and in view of the Charter of Fundamental Rights and the forthcoming Constitution for Europe which will abolish the Pillars, the Conference calls to preserve—and where necessary to regain—the coherence, the consistency and the unity of data protection. The principles of Directive 95/46 should form the common core of a comprehensive European data protection law. In particular, as regards its legal provisions, the principle of lawfulness, the data subject's rights, and the principle of enforcement must be emphasised, and as regards its institutional provisions, stress must be put on the need for a EU Working Party composed of representatives of the national and the EU Data Protection supervisory authorities acting independently, entrusted with co-operation, monitoring and advisory missions.»

Queda patente esa posición institucional de la Directiva. Que igualmente se aprecia al comprobar que el Reglamento (CE) 45/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre del 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que se refiere al tratamiento de datos personales por las Instituciones y los organismos comunitarios y la libre circulación de estos datos, contiene constantes referencias a la Directiva y a los principios en ella desarrollados.

Pero es que la repetida posición queda aún más reforzada si tenemos en cuenta que en numerosos países europeos, y desde luego en España con la LOPD, los principios de la Directiva se aplican a lo que en términos de la Unión Europea sería no sólo I Pilar, sino también III Pilar. Es decir, a nivel de la normativa nacional se ha extendido ya la aplicación de la Directiva a asuntos relacionados con justicia e interior.

La anterior conclusión no queda debilitada tras las conclusiones del abogado general Philippe Léger en los asuntos acumulados C-317/04 y C-318/04, *Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea y Parlamento Europeo contra Comisión de las Comunidades Europeas*, de 22 de noviembre de 2005, referidas al ya conocido como asunto PNR (*Passenger Name Records*). Como es sabido, a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001 Estados Unidos aprobó una norma en virtud de la cual las compañías aéreas que operasen vuelos con origen, escala o destino en su territorio debían facilitar a las autoridades americanas acceso a los datos del PNR referidos al sistema

de reserva y control de salidas. Tras largas y arduas negociaciones con la Unión Europea, finalmente la Comisión aprobó la Decisión 2004/535/CE, de 14 de mayo de 2004, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de datos de pasajeros transferidos al Servicio de Aduanas y Protección de Fronteras de los Estados Unidos (CBP), y el Consejo adoptó la Decisión 2004/496/CE, de 17 de mayo de 2004, relativa a la celebración de un acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los pasajeros por las compañías aéreas a las autoridades de Estados Unidos. Una y otra han sido recurridas por el Parlamento ante el Tribunal de Justicia, al que solicita su anulación. Y en sus conclusiones el abogado general propone la anulación de ambas medidas por ser contrarias al Derecho comunitario. La primera, la Decisión de Adecuación, por basarse en la Directiva 95/46, siendo así que la Decisión versa sobre materias relativas a la seguridad pública y a materia penal, que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva. La segunda, la Decisión del Consejo, por basarse en el artículo 95 del Tratado CE, que, sin embargo, sólo permite la adopción de medidas relativas a aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el funcionamiento del mercado interior.

Cabría pensar que el abogado general restringe notablemente la posibilidad de aplicación extensiva de la Directiva, pero lo cierto es que sus consideraciones sobre el contenido del derecho a la protección de datos parten de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre, en el artículo 8 de la Carta Europea de Derechos y en la propia Directiva 95/46/CE. En cualquier caso habremos de esperar a la Sentencia que en su momento dicte el Tribunal de Justicia.

VI. LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS Y SU NECESARIO DESARROLLO REGLAMENTARIO

En este punto es necesario resaltar la posición que a su vez caracteriza a la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal. Esta Ley, que en principio toma como referencia el artículo 18.4 de la Constitución y que transpone la Directiva 95/46, es la norma llamada a regular los principios, la garantía de ejercicio y la tutela del derecho fundamental a la protección de datos. Como es de sobra conocido, sustituye a la Ley orgánica 5/1992, LORTAD, que fue previa, incluso, a la Directiva. Y a decir verdad, ha sido usual considerarla como una norma compleja y de no siempre fácil aplicación. Ello se debe en gran medida a la propia complejidad de la materia: en más de una ocasión he señalado que la protección de datos no es ni tan cara ni tan compleja como por muchos se pretende, pero esto no puede hacernos olvidar que en efecto estamos ante un sector que, también por lo novedoso, es complicado. Por ello, se impone hacer un esfuerzo de simplificación, de aclaración desde la razonabilidad, pero con estricto respeto al derecho fundamental a la protección de datos. Más todavía si tenemos en cuenta que hoy está absolutamente reconocido que tanto la legislación española

como el funcionamiento de nuestro sistema, con especial referencia a la Agencia Española de Protección de Datos, es muy tenida en cuenta tanto en Europa como en Iberoamérica. Por ello es particularmente importante conseguir un marco jurídico que facilite la labor de responsables y encargados de los tratamientos y garantice con rigor los derechos de los titulares de los datos personales. Reto éste de innegable alcance para una mejor consolidación del derecho a la protección de datos.

En esta línea se mueve, por ejemplo, la reforma del artículo 37 de la LOPD, al que se ha añadido un apartado, de extraordinaria importancia para reforzar la transparencia en la actuación de la AEPD, que prevé la publicación de sus resoluciones ²⁷.

Pero asimismo es imprescindible aprobar de una vez el reglamento de desarrollo de la LOPD, tal como establece su disposición final primera. Varios son los motivos que hacen que su aprobación no pueda demorarse más. Por un lado, el hecho de que, salvo diversas instrucciones aprobadas por la propia Agencia Española de Protección de Datos ²⁸, las normas reglamentarias hasta ahora aprobadas lo han sido en desarrollo de la LORTAD ²⁹ y permanecen en vigor parcialmente, en cuanto no se opongan a la Ley Orgánica 15/1999, según dispone su disposición transitoria tercera. Por otro, la necesidad de aclarar, con estricto respeto al contenido de la propia LOPD, diversos preceptos que podrían plantear, según la opinión de algunos, ciertos problemas interpretativos en relación con la Directiva 95/46.

Por ello se ha puesto en marcha ya la mecánica necesaria para poder contar con un reglamento de desarrollo de la LOPD en los próximos meses.

La iniciativa de impulsar un Reglamento de la Ley Española ha sido asumida por el Ministerio de Justicia que la ha incorporado dentro de su programa normativo para el año 2005. Para ello se ha constituido una Comisión conjunta entre el Ministerio y la AEPD que está finalizando un borrador de norma.

Tal como ya he tenido ocasión de exponer en otra ocasión ³⁰, podría considerarse que algunos de los aspectos más destacados del borrador serían los siguientes:

La exigencia de obligaciones precisas de información a los afectados cuando se recaban o tratan sus datos personales, impulsando que el consentimiento que presten, cuando sea exigible, sea un consentimiento plenamente informado. Estas exigencias resultan especialmente importantes ante los tratamientos de datos que posibilita el desarrollo tecnológico y de la sociedad de la información.

²⁷ Reforma llevada a cabo por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

²⁸ Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, relativa a las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos, e Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, sobre publicación de las resoluciones de la Agencia.

²⁹ Reales Decretos 428/1993, 1332/1994 y 994/1999.

³⁰ Principalmente en el Curso de Verano que sobre el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos organizó la AEPD en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo entre los días 27 de junio a 1 de julio de 2005.

En la misma línea de reforzar las garantías en el tratamiento de los datos la nueva norma pretende delimitar los fines determinados y explícitos para los que pueden ser objeto de tratamiento.

Una de las omisiones relevantes de la Directiva y de las normas nacionales de protección de datos es la ausencia de un concepto de datos de salud. El Reglamento supliría esta omisión con un concepto expansivo que parte de la Memoria Explicativa del Convenio 108 del Consejo de Europa, de la Recomendación núm. R(97) de su Comité de Ministros y de la STJCE de 6 de noviembre de 2004, *Lindquist*, asunto C-101/01.

Uno de los temas más debatidos en relación con la LOPD ha sido el del acceso a los datos por cuenta de terceros, regulado en el artículo 12. La intervención cada vez más frecuente e intensa en el tratamiento de los datos por parte de empresas que prestan servicios al responsable hace necesario desarrollar un régimen jurídico integral de sus relaciones contractuales que garantice un correcto acceso y tratamiento de la información personal por parte de terceros. Las relaciones entre responsable y encargado del tratamiento son, pues, objeto de atención en el borrador que en estos momentos se está preparando. Así como las que se den, en su caso, entre el encargado y un tercero subcontratista de sus servicios.

También ha sido necesario fijar las medidas de seguridad, técnicas y organizativas, que deben implantarse, revisando las que ya se exigen para tratamientos automatizados y articular las que sean apropiadas para los tratamientos manuales. Este extremo es especialmente importante, pues durante demasiado tiempo se ha considerado que el Reglamento de medidas de seguridad aprobado por Real Decreto 994/1999 no era aplicable a los tratamientos no automatizados. Pese a que la AEPD ya ha señalado en diversas ocasiones que tal Decreto también se extiende a los tratamientos manuales en lo que les sea de aplicación, conviene prever de forma expresa y clara qué medidas deben aplicarse en relación con los mismos. Algo que se pretende hacer en el nuevo Reglamento.

Por otra parte, las exigencias de seguridad son especialmente importantes en algunos tratamientos de datos como son los biométricos o los de tráfico y localización en las comunicaciones electrónicas.

Como es sabido, la Directiva 95/46 permite, en su artículo 18.2, que los Estados miembros dispongan la simplificación o incluso la omisión de la notificación a las autoridades de control de los tratamientos en ciertos casos tasados y con determinadas condiciones. También es sabido que la LOPD exige la inscripción de los ficheros de titularidad pública y de titularidad privada. En línea con los trabajos del Grupo del Artículo 29 se han revisado las obligaciones de notificación de los ficheros simplificándolas para facilitar el cumplimiento de esta obligación.

Por otra parte, se incorpora una nueva regulación de las transferencias internacionales que aclaran algunas dudas planteadas sobre el carácter vinculante de las Decisiones de Adecuación de la Comisión Europea y se apuntan soluciones para la admisión de nuevas fórmulas como son las llamadas *Binding Corporate Rules*.

Más son las novedades que se pretende incluir en la norma reglamentaria que está elaborándose. No es posible, ni seguramente oportuno, hacer ahora referencia a todas ellas. Deberá ser el Gobierno el que en su momento, tras la tramitación formal de elaboración del Reglamento, lo apruebe.

VII. UNA MIRADA AL FUTURO

Los retos de futuro de la protección de datos son interminables. La aprobación del reglamento será un paso decisivo en la consolidación de la cultura de la protección de datos en España. No podemos dejar de mirar al frente con la esperanza puesta en el uso de las nuevas tecnologías y en la implantación efectiva de la sociedad de la información, superando cualquier tipo de brecha digital, pero con respeto absoluto a los derechos fundamentales, y entre ellos el derecho a la protección de datos de carácter personal.

Hoy se considera que se envían y reciben diariamente en todo el mundo decenas de miles de millones de correos electrónicos no deseados. Más del 80 por ciento de los correos son ilegales; la invasión de la intimidad o los daños que derivan de los virus, además del trastorno y pérdida de tiempo que se ocasiona a los usuarios, son ya graves. Mediante los llamados identificadores de radiofrecuencia (RFID) es posible localizar no sólo productos, sino personas, sin que éstas sean conscientes de ello. El mal uso de datos genéticos puede condicionar, cuando no bloquear, la suscripción de una póliza de seguros o una contratación laboral. Nunca antes había sido posible saber tanto de tanta gente.

En este escenario la protección de datos adquiere un protagonismo capital. Nada se exagera si se afirma que estamos ante uno de los más importantes retos de las sociedades contemporáneas. El derecho fundamental a la protección de los datos personales es parte no sólo de la privacidad e intimidad de las personas, sino de su propia dignidad. Stefano Rodota, hasta hace unos meses presidente del Garante italiano de la *Privacy*, en la presentación de su *Relazione 2004* el pasado 9 de febrero de 2005, en el Senado Italiano, con la presencia del presidente de la República, Carlo Azeglio Ciampi, y a la que tuve el honor de asistir invitado por aquél, señaló que la protección de datos es un elemento fundamental de la sociedad de la igualdad, una condición esencial de la sociedad de la participación, un instrumento necesario para salvaguardar la sociedad de la libertad y un componente imprescindible de la sociedad de la dignidad.

William Faulkner, en su delicioso ensayo *On Privacy*, publicado en 1955³¹, denunció cómo el sueño americano (un nuevo mundo en el que todos tendrán derecho a la dignidad y a la libertad) se viene abajo cuando la privacidad es despreciada. No es exagerado decir que una sociedad democrática que pretenda ser avanzada no es posible sin el respeto al derecho fun-

³¹ Y reeditado ahora por el Garante italiano de la Privacy, Roma, 2004.

damental a la protección de datos de carácter personal. Porque todos tenemos el derecho de disponer de nuestros propios datos personales, evitando ingerencias indeseadas.

Esta reflexión cobra más importancia si cabe en momentos en que salvajes e indiscriminados atentados terroristas golpean a las sociedades democráticas. Y en este escenario es imprescindible una vez más recordar que la victoria final de los terroristas sería acabar con la democracia, por lo que resulta imprescindible reiterar que cualquier medida que se adopte en la lucha contra el terrorismo —que todos debemos apoyar— ha de ser respetuosa con los derechos fundamentales. Ésta es precisamente la posición que las autoridades de control de protección de datos han asumido en relación con las medidas que en el seno de las instituciones europeas se están adoptando para regular la retención de datos de tráfico en el ámbito de las telecomunicaciones. La propuesta de Directiva hecha pública el 21 de septiembre de 2005, por la Comisión Europea acerca de la retención de datos de tráfico, pretende alcanzar este objetivo ³². El Grupo de Autoridades de Protección de Datos establecido en base al artículo 29 de la Directiva 95/46/CE ha expresado ya su criterio, a través de la Opinión 113/2005, de 21 de octubre de 2005, en la que se ha mostrado muy crítico con su contenido. Parte de la base de que la retención de datos interfiere con el inviolable y fundamental derecho a la confidencialidad de las comunicaciones y que cualquier restricción a tal derecho sólo es admisible de forma excepcional y con la adopción de adecuadas medidas de seguridad. Considera que deben delimitarse las finalidades para las que se prevé la retención de tales datos, evitarse cualquier tipo de acceso ilimitado a los mismos, adoptar medidas de seguridad en el tratamiento de los datos, fijar con claridad el plazo máximo de retención (que no debería superar los doce meses; seis en caso de datos de tráfico de Internet), y un largo etcétera de observaciones. También ha sido muy crítico el Parlamento Europeo, que a través del Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior de 28 de noviembre de 2005 ³³ ha resaltado los problemas que en el ámbito de la protección de datos plantea la propuesta.

En definitiva, tanto en lo que se refiere al tratamiento de los datos de pasajeros por parte de las autoridades de Estados Unidos, como a la retención de datos de tráfico, la idea capital es (no puede ser otra) la de respeto absoluto a los principios configuradores del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos. Ése es sin duda el verdadero reto de presente y futuro: que este derecho, íntimamente ligado a la dignidad de la persona (y no sólo a su intimidad), sea incorporado de una vez por todas, de forma plena, a la cultura política y ciudadana. Que se normalice la cultura de la protección de datos para garantizar una sociedad más libre, democrática y segura.

³² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la conservación de datos tratados en relación con la prestación de servicios públicos de comunicación electrónica y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

³³ <http://www.europarl.eu.int/omk/sipade3?PUBREF=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2005-0512+0+DOC+XML+V0//ES&L=ES&LEVEL=1&NAV=S&LSTDOC=Y&LSTDOC=N>

¿Qué significa ser tolerante? Una (moderada) defensa de la intransigencia

Sumario: I. LA TOLERANCIA Y EL SISTEMA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. II.—¿TOLERANCIA HACIA LOS INTOLERANTES? PROFUNDIZANDO EN EL SIGNIFICADO DE LA TOLERANCIA.—III. TRES POSICIONES FUERTES EN TORNO A LA TOLERANCIA: WALTER, SARTORI Y GRAY.

Tolerancia es una de esas palabras del léxico político que, a fuerza de ser usadas en cualquier contexto y ocasión, apenas significan nada. Tengo pocas dudas de que ese sobre-uso, que ha desgastado la palabra, es reciente y tiene que ver con la proclamación de 1995, a instancias de la UNESCO, como año internacional de la tolerancia. Entre nosotros, Tomás y Valiente escribió con tal motivo algunos artículos y ensayos, en los que la clarificación del concepto, por vía de indagación histórica, le llevaron a denunciar la «sombra del pez huido» que arrastraba una palabra recibida por él sin particular entusiasmo, cuando no con abierto rechazo, puesto que «si hoy tenemos libertades, que son derechos fundamentales, ¿qué sentido tiene la tolerancia?»¹.

Sánchez Ferlosio, con el brillo y la agudeza que caracterizan sus ensayos, también ha escrito algunas «perlas» contra la tolerancia («¡Tolerancia plena, encefalograma plano!»), para él, un mero «pacto perverso, en el que cada parte renuncia a la pasión pública de sus razones, y las convierte en estólicas e impenetrables convicciones»². Y no menos decepcionante para quien perciba sólo las connotaciones positivas de la palabra, resultan las acepciones del

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹ Francisco Tomás y Valiente, «Contra ciertas formas de tolerancia», y «Ensayo sobre la tolerancia y su historia», ambos incluidos ahora en *A orillas del Estado*, Taurus, Madrid, 1996, pp. 229 y ss.

² La cita, que no me resisto a transcribir, sigue así: «o sea, en verdades encerradas en un ghetto, a cambio de una paz que no es concordia, sino claudicante empecinamiento y ensimismada cerrazón. Ante lo que inevitablemente ha de sentirse como sinrazón ajena, cabe moverse, en todo caso, entre una impaciente indulgencia y una paciente agitación, nunca pararse en esa indiferencia o desdén definitivo que es la tolerancia», en *Vendrán más años malos y nos harán más ciegos*, Destino, Barcelona, 1993, pp. 139-140.

Diccionario de la Academia, que oscilan entre lo puramente religioso y lo estrictamente físico³.

Como cualquier otra palabra del vocabulario político, el recto entendimiento de lo que la palabra tolerancia pueda significar hoy sólo se consigue captando su carga histórica. Ése fue el empeño de Tomás y Valiente, acometido con maestría en los escritos citados, desde la *dissimulatio et tolerantia*, propia de la *aequitas* del Derecho canónico, hasta las diferentes etapas de nuestro constitucionalismo, pasando por las grandes aportaciones sobre la idea —Locke, Spinoza, Lessing, Voltaire— propias de la Ilustración.

Aquí no pretendemos reproducir los hitos históricos del concepto de tolerancia⁴. Nos basta con constatar que no hay teoría sobre ella, que no sea, al propio tiempo, una defensa de la intransigencia —por seguir con las definiciones del DRAE, aunque en este caso nulamente ilustrativa: «condición del que no transige o no se presta a transigir»— o, en otras palabras, no hay forma de captar lo que la tolerancia expresa como ideal de conducta si hacemos abstracción del contexto histórico que justifica su defensa. El «contexto» aporta razones en favor de la tolerancia, pero plantea también, inevitablemente, la gran paradoja o contradicción de esa virtud liberal: «¿es bueno no rechazar el mal?», «¿Es justo no tratar un mal como mal?». La tolerancia es siempre una imprecisa *zona fronteriza* entre lo que se repudia, pero se acepta, y lo percibido como intolerable y, por ello mismo, potencialmente impugnador, hasta anularla, de la disposición que se defiende.

Para escapar de esa contradicción, no falta quien niega cualquier lugar a la tolerancia en un contexto de genuinos derechos fundamentales. Otros diseccionan el concepto, y lo adjetivan de diversas maneras, siempre con el trasfondo de la cuestión-clave en la materia, esto es, la de los límites de la tolerancia frente a quien no está dispuesto a practicarla. Y hay también quien sigue empeñado en hacer de la idea «fuerte» de tolerancia, el *leit motiv* para construir toda una teoría de la justicia capaz de afrontar los retos de las sociedades plurales (¿multiculturales?) en las que se supone que estamos inmersos. Esta última posición admite dos variables, según cuál sea la consideración —positiva o negativa— otorgada a la idea de tolerancia. Son tres respuestas posibles, y a menudo superpuestas en el mismo discurso, pero que nos sirven para ordenar un poco la exposición, mediante su consideración separada.

³ Además de la tolerancia *de cultos*, que aparece como acepción específica, el DRAE recoge otros seis significados, de los que sólo uno («respeto o consideración hacia las opiniones o prácticas de los demás, aunque sean diferentes a las nuestras») corresponde de lleno al significado de la tolerancia como virtuosa disposición individual o apertura mental. «Tolerantismo» es, por lo demás, para la Academia, la «opinión de los que creen que debe permitirse el libre ejercicio de todo culto religioso».

⁴ Además de los escritos de Tomás y Valiente, remito al trabajo de María Laura Lanzillo, publicado en la serie «Lessico de la política», *Tolleranza*, Bolonia, Il Mulino, 2001. También es muy útil el libro de José Martínez de Pisón, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001, especialmente el Apartado del Capítulo I, dedicado a la «Historia y formación de la idea de tolerancia».

I. LA TOLERANCIA Y EL SISTEMA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El escepticismo sobre la utilidad de la tolerancia en una sociedad democrática fundada en derechos se alimenta de diversas fuentes. Por lo pronto, recalca la carga histórica del concepto, para situarlo como una virtud propia de un pensamiento liberal hoy sobrepasado. La famosa frase de Jellinek, que atribuye al error religioso el carácter de fundamento del constitucionalismo, puede servir como expresión señera de esa carga histórica ⁵. Además, la impugnación de la tolerancia desde esta perspectiva se vale del significado etimológico de ella como un padecimiento penoso de lo que se tiene por intrínsecamente malo. Esto es algo que la «retórica de la tolerancia» (Javier de Lucas), con su insistencia en los valores positivos de ella, tiende a ocultar; con la consecuencia de que, o bien se alienta y promueve lo que se repudia, o bien se «retrocede» a un estadio de la filosofía política donde el reconocimiento jurídico del valor pluralismo y de los derechos carecía del valor *fundacional* que hoy se le atribuye ⁶. Los interrogantes sobre la tolerancia «en la edad de los derechos» también pueden traducirse en una reivindicación de la intransigencia, entendida como virtud consustancial a ella y expresión de un juicio criterio, ponderado y relativo. Lo opuesto a tolerancia, se dice entonces, no es la intransigencia, sino la *intolerancia*, que vendría a ser expresión de una absoluta cerrazón frente a lo diverso y, por ello mismo, «intransigencia injustificada» y vulneradora de derechos: sería contradictorio, señala Bovero, «defender la diferencia de convicciones y convenciones —de formas de *ethos*— que se traduzcan en una defensa y justificación de comportamientos lesivos para los mismos derechos fundamentales cuya defensa justifica el *deber de intransigencia*» ⁷.

Un intento de superar el dilema «tolerancia o derechos» aparece en un trabajo de Massimo La Torre, en el que se defiende la plena validez del principio tolerancia como un criterio de juicio relativo a las modalidades de ejercicio de los derechos: «allí donde está vigente el liberalismo político (...) y la tolerancia está positivizada en derechos, hay lugar para un papel específico del concepto (de la tolerancia) distinto de aquel del reconocimiento o de la protección de un derecho. La tolerancia en este caso tiene que ver con las modalidades del ejercicio de un derecho» ⁸. La tesis profundiza en el concepto de abuso de derecho, completando las cuatro vías tradicionales para apreciar su existencia (la intencional, la técnica, la económica y la funcional), con un

⁵ Seguramente, la frase aparece en algún lugar de la *Teoría General del Estado* que no puedo precisar en este momento. La reproduce Schmitt, a propósito del derecho al «error político», en la entrada de sus diarios, *Glossario*, del 29 de agosto de 1947.

⁶ Cfr. Javier de Lucas, «Para dejar de hablar de tolerancia», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 11, 1992, pp. 117 y ss.

⁷ Michelangelo Bovero, «L'intransigenza nell'età dei diritti», *Teoria Politica*, XV, 2-3, 1999, pp. 297 y ss. (La cursiva es mía).

⁸ Massimo La Torre, «La tolerancia como principio no relativo del ejercicio de un derecho. Una aproximación “discursiva”», *Derechos y libertades*, 8, 2000, pp. 253 y ss.

quinto criterio, que está muy próximo al abuso de poder y que tiene que ver con «exigencias inter-subjetivas de buena argumentación». La tolerancia podría entonces reformularse como la necesidad de sopesar, antes de ejercer cualquier derecho, los intereses ajenos susceptibles de ser lesionados significativamente por dicho ejercicio, tratándolos como razones que lo obstaculizan, e imponen una modalidad del ejercicio del derecho en «la manera menos dañosa posible».

También Atienza y Ruiz Manero, discutiendo una aportación de Garzón Valdés, encuentran del todo justificado hablar de tolerancia *jurídica*, algo que ellos explican sobre la base del desdoblamiento del derecho en un sistema de reglas y un sistema de principios: se vulnera la regla, pero no se aplica sanción —se tolera la vulneración— porque algún principio extraído del sistema justificante (el de los principios) así lo impone; y ofrecen ejemplos de ese tipo de tolerancia, principalmente en el ámbito del Derecho Penal, donde no es infrecuente dejar de sancionar, porque así lo impone el «principio de insignificancia» en la afectación del bien jurídico objeto de tutela ⁹.

Una y otra aportación —la de La Torre, y la de Atienza y Ruiz Manero— y en cierto modo también la de Garzón Valdés, son teorías *descriptivas* sobre el concepto de tolerancia, que intentan recuperar para ella un lugar digno de la complejidad que revisten los sistemas jurídicos de nuestros días. La de Atienza y Ruiz Manero extrae sus argumentos de un fenómeno que se da constantemente en ellos: la inaplicación, o incumplimiento, de determinadas normas, algo cuyas razones pueden encontrarse en la discrecionalidad que conlleva siempre el control sobre la *ejecución material* de cualquier norma, o bien en el *coste*, imposible de asumir en una sociedad democrática, de una vigilancia permanente y capaz de alcanzar a todos. La de La Torre, por su parte, preconiza además una tolerancia *de carácter horizontal*, que sirve para añadir nuevos criterios de juicio a la hora de dar acogida a la problemática figura del abuso de derecho.

II. ¿TOLERANCIA HACIA LOS INTOLERANTES? PROFUNDIZANDO EN EL SIGNIFICADO DE LA TOLERANCIA

La *vexata questio* en materia de tolerancia es la de sus márgenes de elasticidad: ¿hay que practicarla frente a quienes hacen expreso repudio de ella? El planteamiento de esa cuestión decisiva no puede eludirse a la hora de valo-

⁹ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 116 y ss. El trabajo de Garzón Valdés al que se refieren los autores es «No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia», *Claves de razón práctica*, 19, 1992. En un trabajo posterior, «Some Remarks on the Concept of Toleration», *Ratio Juris*, 10-2, 1997, pp. 127 y ss., Garzón Valdés desarrolla su análisis conceptual del acto de tolerancia, como algo necesariamente fundado en la concurrencia de dos sistemas normativos, el «sistema básico», y el «sistema justificante», siendo este último el que aporta las razones para la tolerancia, y permite distinguir entre tolerancia *razonable*, y otros conceptos afines (indiferencia, aquiescencia, etc.).

rar el significado de nuestro compromiso con los derechos fundamentales, en cuyo sistema positivo no es infrecuente hoy, por lo demás, que tal dilema aparezca enunciado de forma expresa. Así ocurre, por ejemplo, en el artículo que cierra la Carta Europea de los derechos fundamentales¹⁰. El objetivo de dicho artículo no es, a nuestro juicio, el de *canalizar* nuevos parámetros de juicio sobre la legitimidad de los límites de los derechos, sino el de establecer una *reivindicación general de la intransigencia*, que se dirige *respecto a todo* lo que vaya dirigido a destruir el sistema de los derechos allí enunciado, y *frente a todos* aquellos a cuya responsabilidad incumbe defenderlo¹¹. Por eso, del mismo modo que nos cuesta entender cualquier *lectura* de una declaración de derechos en clave de tolerancia, como no sea concibiendo los derechos al modo de revocable concesión del poder, no tenemos reparos en admitir que cualquier pacto constituyente presupone y exige, en defensa de lo que lo justifica, el valor de la intransigencia. Quizá es la intuición de que son así las cosas la que explica el vigoroso resurgir del *viejo* debate sobre la tolerancia en el pensamiento político de nuestros días¹².

De ese resurgir, que es una pugna por atrapar la «sombra del pez huido», a que se refirió Tomás y Valiente, se dice que es propio de momentos de crisis —otra palabra notablemente desgastada— como los que hoy vivimos. Más parece, sin embargo, que el debate sobre la tolerancia es algo ineludible en cualquier reflexión sobre lo político. Lo que cambian son las motivaciones y los argumentos: la disidencia religiosa en Locke y otros tantos pensadores del XVII y el XVIII¹³; el repudio del fanatismo en el Voltaire de la «tolerancia universal», o en el Hume de la «filosofía de la religión»¹⁴; los derechos del hombre en Paine¹⁵; la búsqueda de la verdad contra el «despotismo uni-

¹⁰ Artículo II-114 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta.»

¹¹ Analizo más detenidamente mi posición al respecto en el libro de próxima publicación *La Unión Europea entre tolerancia e intransigencia*. Y de todos modos no es ocioso recordar aquí que la «Declaración de principios sobre la tolerancia», adoptada por Naciones Unidas, en noviembre de 1995, comienza por un intento de deslindar lo que la tolerancia *es* (art. 1.1), y lo que *no es* (art. 1.2: «no es ni concesión, ni condescendencia, ni indulgencia. La tolerancia es una actitud activa animada por el reconocimiento de los derechos universales de la persona y de las libertades fundamentales de los otros. *En ningún caso la tolerancia puede ser invocada para justificar atentados contra estos valores fundamentales*. La tolerancia debe ser practicada por los individuos, los grupos y los Estados»). El texto puede verse en el Apéndice del libro de M. L. Lanzillo, *Tolleranza*, cit.

¹² Remito de nuevo a Martínez de Pisón, cuyo excelente trabajo *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales* me ha servido de base para las ulteriores lecturas en las que se basa el texto.

¹³ Una pugna magistralmente trazada en el relato novelado de Stefan Zweig, *Castellio contra Calvino. Conciencia contra violencia*, El Acanalado, Barcelona, 2001.

¹⁴ Sobre la contraposición entre fanatismo y tolerancia, remito a la voz «Fanatismo», a cargo de Bobbio, en el *Dizionario di Politica*, UTET, Turín, 1983, pp. 393 y ss., dirigido por el propio Bobbio, junto a Matteucci y Pasquino.

¹⁵ Para Paine, la Constitución francesa «ha abolido la *Tolerancia* y la *Intolerancia*, renunciando a ellas, y ha establecido el DERECHO UNIVERSAL DE CONCIENCIA» (cursivas y mayúsculas en el original). Y prosigue: «Tolerancia no es lo contrario de Intolerancia, sino su imagen complementaria. Ambas cosas son despotismo», *Derechos del hombre*, Alianza, Madrid, 1984, p. 84.

formador» en Stuart Mill, con peso decisivo sobre dos de los más influyentes pensadores del liberalismo de nuestros días, Popper y Berlin; y así sucesivamente hasta los sarcasmos anti-tolerancia de la izquierda marxista («La verdad es una, el error es múltiple. No es casualidad que la derecha profese el pluralismo», en la famosa frase de Simone de Beauvoir), o el Marcuse de la tolerancia *represiva*, redivivo hoy en los *speech codes* de algunas Universidades norteamericanas, que tan bien ha acertado a parodiar la novela de Philip Roth, *La mancha humana* ¹⁶.

Hoy se habla de la tolerancia como uno de los conceptos centrales de la cultura-guía (*Leitkultur*) que alumbra nuestros sistemas democráticos. Así, por ejemplo, de una de las más influyentes reflexiones sobre los mismos, la del John Rawls de la *Teoría de la Justicia* y del *Political liberalism*, se ha dicho que el problema de la tolerancia «encarna una de las preocupaciones fundamentales de la misma, uno de los móviles teóricos de toda la obra de Rawls y una idea subyacente tanto en la gestación como en la conformación de todo su sistema» ¹⁷. Frente al hecho del pluralismo, consecuencia del despliegue de la razón, y frente al potencial conflictivo que encierra la coexistencia de diversas o antagónicas doctrinas, la respuesta es establecer un marco general de tolerancia —la «razón pública o política»—, en el que todas ellas se reconocen, por ser expresión de un básico «consenso superpuesto» (*overlapping consensus*), que las abarca a todas ¹⁸. Intolerantes son aquellos que se sitúan fuera del consenso superpuesto, lo combaten y aspiran a liquidarlo, para imponer a los demás su «razón particular o privada».

Para resolver el dilema de la «tolerancia frente al intolerante», Rawls pone en juego el célebre primer principio de su teoría de la justicia, el *principio de la reciprocidad*, que ya recogiera el artículo 6 de la Declaración francesa de derechos de 1793 ¹⁹: «Toda persona tiene un igual derecho a un esquema plenamente adecuado de iguales libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para todos.» Tal principio despoja de toda razón a las protestas del intolerante de padecer intolerancia, no obstante lo cual, al decir de Rawls, la libertad del intolerante «únicamente puede ser restringida cuando el tolerante, sinceramente y con razón, cree que su propia seguridad y la de las instituciones de libertad están en peligro» ²⁰. La visión

¹⁶ Sobre la relación entre la tolerancia «represiva» de Marcuse y los «códigos de conducta verbal» norteamericanos, cfr. el trabajo de Flavio Baroncelli, «Trent'anni dopo. Marcuse, la tolleranza represiva e gli *speech codes*», *Ragion pratica*, 12, 1999, pp. 31 y ss.

¹⁷ Juan Manuel Pérez Bermejo, «La tolerancia del intolerante en la teoría de John Rawls», *Derechos y Libertades*, 5, 1997, pp. 413 y ss.

¹⁸ «The idea of an overlapping consensus —dice Rawls— enables us to understand how a constitutional regime characterized by the fact of pluralism might, despite its deep divisions, achieve stability and social unity by the public recognition of a reasonable political conception of justice»; cfr. «The Idea of an Overlapping Consensus», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, 1, 1987, pp. 1 y ss.

¹⁹ «La liberté est le pouvoir qui appartient à l'homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui: elle a pour principe la nature; pour règle, la justice; pour sauvegarde, la loi; sa limite morale est dans cette maxime: *Ne fais pas à un autre ce que tu ne veux pas qu'il te soit fait.*»

²⁰ Rawls, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 254 y, en general, Epígrafe 35 («La tolerancia de los intolerantes»). En *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993, Rawls habla de las *enormous consequences* de la Reforma protestante y las controversias sobre

del problema remite, pues, a una consideración de las «circunstancias del caso», puesto que solamente ellas permitirán evaluar el grado de peligro planteado por los intolerantes para la propia supervivencia del consenso superpuesto y el igual esquema básico de libertades para todos ²¹.

La «huida» practicada por Rawls ante «un dilema práctico que la filosofía no puede por sí sola resolver», y su remisión última a la ponderación del caso por el legislador de turno, no obsta para que puedan extraerse de sus ideas los dos principios interpretativos en la materia, que acierta a señalar Pérez Bermejo: a) la tolerancia del intolerante ha de ser la regla, y la restricción de sus libertades la excepción; b) la carga de la prueba a la hora de determinar si las libertades básicas se hallan o no amenazadas debe ser arrostrada por las autoridades ²².

Otra aproximación al problema de la tolerancia de los intolerantes es la que realiza Joseph Raz. Raz conecta la idea de tolerancia con sus concepciones sobre el «pluralismo competitivo» y la «autonomía y el bienestar individual», como componentes básicos de un modelo liberal *perfeccionado* ²³. La defensa de los derechos culturales y el multiculturalismo como ideal de convivencia, por él realizada, sitúa en el núcleo de su pensamiento el gran dilema de los límites de la tolerancia. Para intentar resolverlo, desarrolla una teoría, en la que se aúna la defensa de amplias posibilidades de elección, consecuencia de los dos componentes básicos antes señalados, con la repulsa de lo que es «moralmente malo y repugnante». Establece además, como una especie de principio medular en la materia, una segunda idea, que ya enunciara Stuart Mill, según la cual la prevención del daño infligido a terceros se convierte en el primer criterio justificador de las intromisiones coactivas sobre la autonomía individual. Y a partir del enunciado de ese «principio del daño» (*harm principle*), Raz desarrolla un significado «amplio» y otro «estricto» del mismo, en función del grado de afectación de la autonomía individual ²⁴.

la tolerancia religiosa, como origen histórico del liberalismo político. Aunque allí desarrolla *in extenso* sus ideas sobre el pluralismo *razonable*, la razón pública y el consenso superpuesto, dando aún más relieve, si cabe, a la idea de tolerancia como armazón de su discurso (cfr. Martínez de Pisón, ob. cit., p. 86), el tratamiento del dilema que nos ocupa sigue estando básicamente en su libro de 1971.

²¹ «El que la libertad del intolerante sea limitada para preservar la libertad bajo una constitución justa, depende de las circunstancias. A la teoría de la justicia le concierne únicamente una constitución justa, el fin de la acción política en cuanto a qué decisiones prácticas han de ser tomadas. En la persecución de este fin, no debe olvidarse la consistencia natural de las instituciones libres, ni tampoco debe suponerse que las tendencias a salir de ellas o a olvidarlas son desenfrenadas o se imponen siempre. Conociendo la estabilidad inherente a una constitución justa, los miembros de una sociedad bien ordenada creen que únicamente ha de limitarse la libertad del intolerante en casos especiales, cuando se hace necesario para preservar la libertad en sí misma», *Teoría de la Justicia*, p. 254.

²² «La tolerancia del intolerante en la teoría de John Rawls», cit.

²³ Cfr. Anna Elisabetta Galeotti, «Joseph Raz e il perfezionismo liberale», en G. Zanetti (ed.), *Filosofia del Diritto Contemporanei*, Raffaello Cortina, Milán, 1999, pp. 101 y ss. Véase también el trabajo de Chantal Mouffe, «La política y los límites del liberalismo», incluido en su libro *El retorno de lo político*, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 183 y ss.

²⁴ Joseph Raz, «Autonomy, Toleration, and the Harm Principle», en S. Mendus (ed.), *Justifying Toleration. Conceptual and Historical Perspectives*, Cambridge University Press, Nueva York, 1988, pp. 155 y ss.; cfr. Martínez de Pisón, *Tolerancia y derechos fundamentales*, cit., pp. 102 y ss.

Podemos admitir que el artículo que cierra la Carta Europea de derechos está más próximo a la «regla-Rawls» que a la «regla-Raz». Pero también comprobamos que la filosofía política se mueve con tal grado de abstracción en la materia, que resulta difícil extraer de ella pautas seguras para establecer *a priori* normativamente eficaces sobre los límites de la tolerancia. Quizá por ello, como he dicho antes, abundan las aproximaciones al concepto de tolerancia que se entregan a una disección del mismo, para separar la *buena* de la *mala* tolerancia, y ello con el propósito de dotarla de algún significado *práctico*, que resulte al tiempo «sólido» y «neutral».

Bobbio, por ejemplo, en «Las razones de la tolerancia», se extiende sobre las razones positivas y negativas de la tolerancia, defendiendo la imposibilidad de concebirla en términos absolutos, y sosteniendo una tolerancia *pragmática*, cuyo «único criterio razonable» es el que deriva de la idea misma de tolerancia. Él lo formula así: «la tolerancia debe ser extendida a todos, excepto a aquellos que niegan el principio de tolerancia, o más brevemente, todos deban ser tolerantes, excepto con los intolerantes»²⁵. Otros defienden la validez de la tolerancia *afirmativa* en las sociedades multiculturales, algo que no deja de ser repudiado como un oximoron de naturaleza ética por aquellos que consideran la tolerancia como una «categoría obsoleta desde el punto de vista político y legal»²⁶. También hay quien se distancia de una tolerancia puramente *pasiva u oportunista*, «modelo-Edicto de Nantes», para defender la tolerancia *activa*, como una imprescindible disposición ética para el buen funcionamiento de las sociedades de nuestros días²⁷; o quien habla de la tolerancia como *permiso* y como *respeto*, esta última caracterizada, a diferencia de la primera, por la reciprocidad²⁸.

La tolerancia es, en definitiva, una virtud «esquiva», un concepto de muy débil consistencia jurídica —«normativamente dependiente», dice Rainer Fost— y con barreras de imposible trazado desde una consideración puramente abstracta sobre su valía práctica²⁹. Los esfuerzos por redefinirlo, entre nosotros, y en la literatura anglosajona, acreditan que sus teóricos «siempre

²⁵ Norberto Bobbio, «Las razones de la tolerancia», en *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, pp. 243 y ss.

²⁶ Me refiero a Karl-Otto Apel, «Plurality of the Good? The problem of Affirmative Tolerance in a Multicultural Society from an Ethical Point of View», *Ratio Juris*, 10, 1997, pp. 199 y ss., y a la réplica de Danilo Zolo, «Positive Tolerance: An Ethical Oxymoron», *Ratio Juris*, 10, 1997, pp. 247 y ss.

²⁷ Guy Haarscher, «Tolerance of the Intolerant?», *Ratio Juris*, 10, 1997, pp. 236 y ss.

²⁸ Rainer Fost, «I limiti della tolleranza», *Teoria Politica*, 2, 2001, pp. 3 y ss. La contribución de este autor germano arranca de la célebre sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 16 de mayo de 1995, en la que se declaró no conforme con la Constitución la obligación, estatuida por el *Land* de Baviera, de exponer el crucifijo en los colegios. Su defensa de esa decisión se basa precisamente en que la obligatoriedad del crucifijo infringía el principio de la tolerancia como respeto, basado en la reciprocidad de las razones generales; un comentario de la sentencia puede verse en Jörg Luther, «La croce della democrazia (Prime riflessioni su una controversia non risolta)», en Gustavo Gozzi (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bolonia, 1997, pp. 101 y ss.

²⁹ Ese carácter «huidizo» de la tolerancia sirve como título de la recopilación de ensayos, a cargo de David Held, *Toleration: An Elusive Virtue*, Princeton, Princeton University Press, 1996.

han sabido transitar por senderos ni cortos ni fáciles»³⁰. Pero son de escasa utilidad como marcos conceptuales aptos para fundamentar la validez de un acto de intransigencia, y negar cualquier legitimidad a uno de intolerancia. Lo que sorprende entonces es la persistente capacidad evocadora de la idea, su resistencia a ser expulsada de un lugar central en cualquier planteamiento cuyo objeto sean las bases para un buen modelo de vida en común, lo que se demuestra una vez más, y con singular fuerza, a propósito de las muchas decisiones de principio que la «constitución» de Europa en el mundo «globalizado» tiene pendientes de adoptar.

III. TRES POSICIONES FUERTES EN TORNO A LA TOLERANCIA: WALTER, SARTORI Y GRAY

Para terminar esta contribución, me referiré a tres de tales planteamientos, cuyo rasgo común es hacer de la tolerancia el eje central de su discurso. Uno, el de Michael Walzer, predispuesto a seguir apreciándola como virtud imprescindible para la supervivencia de la democracia liberal. Otro, el de Giovanni Sartori, cargado de fuertes reparos frente a una aplicación de ella tan elástica como para que pudiera justificar las supuestas bondades *intrínsecas* de la sociedad «multiétnica». Y un tercero, el de John Gray, quizá el más ambicioso, dedicado a trascenderla, ofreciendo una reinterpretación de la misma, que permita conciliar lo que él percibe como «dos filosofías incompatibles» dentro del pensamiento liberal.

A. Walzer titula su ensayo de la manera más escueta: *On Toleration*³¹. Y en la falta de cualquier calificativo o subtítulo *problematicador* se observa ya que el autor propone una mirada sobre la idea, ajena a cualquier resabio de tipo escéptico, proveniente de la familiaridad, más o menos próxima, con las grandes teorías o reformulaciones filosóficas del concepto de tolerancia. Estas teorías, como se ha señalado acertadamente, suelen ser «investigaciones sobre la justicia bajo falso nombre», con la penosa consecuencia de que tienden a traducirse en «elaboraciones menos tolerantes que el mundo real» del que supuestamente parten y al que se dirigen³². Walzer se quita ese velo. Su objetivo es simplemente (pero nada menos que) plantearse «qué es lo que sostiene la tolerancia y de qué modo funciona», algo cuya respuesta necesita de la

³⁰ La frase es de Leticia Gianformaggio, «El mal a tolerar, el bien de tolerar; lo intolerable», *Doxa*, 11, 1992, pp. 43 y ss. En la literatura anglosajona —Popper, Raz, Nicholson, Crick, y otros— se apoya extensamente el trabajo de Annette Schmitt, «Las circunstancias de la tolerancia», que aparece en la misma entrega de *Doxa*, pp. 71 y ss.

³¹ Michael Walzer, *On Toleration*, Yale University Press, New Haven, 1997. Manejo la traducción italiana, *Sulla Tolleranza*, Laterza, Bari, 1998. La versión española, *Tratado sobre la tolerancia*, Paidós, Barcelona, 1998, me parece que no hace honor, en el título, al contenido de un libro al que el calificativo de «Tratado», en el sentido de presentación sistemática y completa sobre algún ámbito del saber, no le cuadra en absoluto.

³² Flavio Baroncelli, «Come scrivere sulla tolleranza. Michael Walzer e l'intolleranza delle teorie», *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XVIII, 1 (1998), pp. 49 y ss.

historia y del contexto, en el que ha florecido una «rara virtud», cuya disposición (*tolerance*), y cuya práctica (*toleration*), representan una «conquista muy positiva», especialmente tras la experiencia de los totalitarismos, que han conferido a aquélla un carácter moral, importante y sustancial³³.

Para lograr ese resultado, Walzer realiza un ágil recorrido por los «presupuestos de perspectiva» (Introducción: «Cómo escribir sobre la tolerancia» y Capítulo inicial, «Disposiciones personales y condicionantes políticos»), con el fin de desbrozar el camino hacia la parte central del libro; una estrategia de exclusiones que le permite orillar eficazmente las grandes cuestiones de principio, y describir rápidamente el recorrido histórico de la tolerancia, desde la resignación a la indiferencia, y desde la aceptación estoica, hasta el entusiasmo de nuestros días frente a lo diverso. Todo ello, como buen *communitarian* que es el autor, desde la perspectiva de la primacía del grupo sobre el individuo³⁴.

A partir de ahí, en sucesivos Capítulos, Walzer describe cinco tipos ideales de sociedades tolerantes (Capítulo 2), analiza cuatro casos complicados (Capítulo 3), se detiene en una serie de «cuestiones prácticas» (Capítulo 4), y realiza algunas consideraciones sobre la tolerancia *moderna* y la *postmoderna* (Capítulo 5, al que sigue un Epílogo sobre el multiculturalismo norteamericano).

Los cinco tipos ideales de regímenes de tolerancia son, para Walzer, lo que él llama «los grandes imperios multinacionales» de la antigüedad (Persia, el Egipto de los tolomeos y Roma), la sociedad internacional de Estados soberanos, las Confederaciones, los Estados nacionales, y las sociedades de inmigrantes, en las que incluye los casos de los Estados Unidos y de Canadá (excluido Québec). Los cuatro casos complicados, cada uno de ellos con características únicas, son Francia, Israel, Canadá y la Comunidad europea.

En el rapidísimo análisis de todos esos supuestos, aparecen sugerencias que atañen de lleno a las figuraciones que hoy podemos hacernos sobre la idea de tolerancia: el sistema otomano de los *millet*, o comunidades religiosas, la relación intrínseca entre soberanía y tolerancia, tanto más intensa cuanto más débil se muestre aquélla, la tensión entre una ciudadanía individual, construida sobre la base de derechos, y los derechos de los grupos, promovidos por Naciones Unidas desde el Pacto de 1966, etc.

³³ *Sulla Tolleranza*, «Prefazione», p. XII. Para curarse en salud, Walzer advierte al lector europeo que escribe «a partir de su experiencia norteamericana», aunque no cree que «Europa vaya a ser la América del futuro», sino que en la búsqueda de la forma de hacer compatibles las diferencias, «hallará su propio camino y será capaz de teorizarlo en el nivel político» («Premessa all'edizione italiana», p. VIII). Que de su análisis no se deduzca un prejuicio en favor de la «sociedad de inmigrantes» norteamericana ya es otra cosa.

³⁴ «Es verdad —se lee ya al comienzo del libro— que muy probablemente los derechos individuales se encuentran en la misma raíz de cualquier idea de tolerancia; pero a mí tales derechos me interesan principalmente cuando su ejercicio es realizado en común (en el seno de asociaciones de voluntariado, de comunidades religiosas, de asociaciones culturales, o incluso en sede de autogobierno de la comunidad), o bien cuando son reivindicados por el grupo en nombre de sus miembros», *Sulla Tolleranza*, p. 13. Allí aparece también su auto-justificación de la estrategia adoptada: «Comienza siempre con una negación, me dijo una vez un viejo maestro; di lo primero a tus lectores lo que *no* te propones hacer: eso servirá para tranquilizarlos, y el hecho de que tu proyecto se muestre ante sus ojos más modesto, les ayudará a aceptarlo».

Sus consideraciones sobre la Comunidad europea, una «novedad absoluta», situada a medio camino entre el Imperio y la Confederación, no son demasiado incisivas. Walzer no elige más referente que la Carta Social Europea; y con ello le basta para advertir que las razones de la tolerancia se encuentran expresadas, entre nosotros, «en la lengua de los derechos». Ello, prosigue Walzer, necesariamente ha de condicionar «todo el resto de las normas y de las prácticas subsiguientes», sustrayendo espacios de decisión a los Parlamentos para depositarlos en manos de los tribunales y de las agencias administrativas. Y también admite, como de pasada, que otra consecuencia inevitable será «el incremento del poder relativo de los individuos frente a los Estados nacionales y a los grupos étnicos o religiosos a los que pertenezcan»³⁵. La tendencia supranacional hacia lo homogéneo coexistirá así con la heterogeneidad creciente en el seno de los Estados, dando lugar a tensiones territoriales para cuya resolución no acierta Walzer a sugerir más receta que beneficiarse de la experiencia de la sociedad de inmigrantes norteamericana, y arrostrar también todas las tensiones que ello implica.

Las *practical issues* seleccionadas por el autor —poder, clase social, género, religión, educación y religión *civil*— le permiten alzar un poco el vuelo teórico. Por ejemplo, la cuestión de la religión *civil*, le sirve de pretexto para defender la tesis de que toda sociedad de inmigrantes es una especie de «Estado nacional en curso», en el que el conjunto de factores emocionales agrupados en torno a la idea de la religión *cívica* tienen un peso decisivo. La probabilidad, nos dice, de que la tolerancia funcione bien en ella «es más elevada cuanto menos se parezca la religión civil a una religión»³⁶. Y respecto a la cuestión de la «tolerancia de los intolerantes», Walzer discrepa de que tal sea la cuestión decisiva en la materia, puesto que en los casos por él estudiados, con fórmulas exitosas de tolerancia, son mayoría los grupos de los que cabe decir que son, de hecho, intolerantes. La *neutralización* del peligro potencial que tales grupos pudieron representar se realizó históricamente mediante la separación entre poder político y poder religioso, una forma de separación que las democracias actuales *deberían* completar, nos dice Walzer, con otra separación a menudo poco cuidada: la que distingue el poder político —léase político *partidista* de credos ideológicos parciales— y el poder estatal, que es la instancia del proyecto común de cualquier sociedad, en tanto que grupo. El corolario de tal separación es la tolerancia de los intolerantes, pero también el carácter legítimo de cualquier decisión dirigida a impedir la ocupación del poder por parte de éstos, o incluso su pretensión de competir para alcanzarlo: «la exclusión significa en ese caso que los intolerantes deben quedar recluidos en el ámbito de la sociedad civil, donde podrán difundir sus ideas, escribir y reunirse, pero siempre y cuando *no aspiren a otra existencia que no sea la propia de una secta*»³⁷.

³⁵ *Sulla Tolleranza*, p. 69.

³⁶ *Sulla Tolleranza*, p. 107.

³⁷ *Sulla Tolleranza*, p. 114. Walzer se remite aquí, por vía de nota, al Marcuse de la tolerancia repressiva, y a la extraordinaria confianza que éste deposita en la capacidad para discriminar las «fuerzas de la

B. El libro de Sartori, *La sociedad multiétnica*, es uno de los más cáusticos que se hayan escrito, con fundamento doctrinal, sobre el fenómeno de la inmigración. Ahí radica, quizá, el verdadero punto débil de un libro, que tiene *demasiado* fundamento doctrinal y *demasiado* descuido por la realidad empírica del fenómeno migratorio en Europa. Las opiniones del autor están presentes, de modo habitual, en la prensa italiana, y el libro —me parece— hay que inscribirlo en la polémica mantenida por él hace unos años frente a las tesis de la ministra Livia Turco, partidaria de extender la ciudadanía a los emigrantes y darles derecho de voto. Ello explicaría el tono polémico del trabajo, próximo al panfleto de agitación, y cercano al exabrupto contra quienes osan discrepar de la doctrina Sartori. Al tiempo de la publicación del libro en Italia, el fuego de la polémica se había reavivado con algunos ingredientes adicionales: la campaña de la Liga de Bossi, contra la construcción de una mezquita en Milán, y unas declaraciones del obispo de Bolonia, el Cardenal Biffi, en las que propugnaba favorecer la inmigración de los individuos de religión católica, en detrimento de los musulmanes³⁸.

Ese contexto, incómodo y poco favorable para una consideración reposada de las cosas, ayuda a disculpar las maneras iracundas del acreditado politólogo, pero también compromete la consistencia de un trabajo que parece escrito con apresuración y con un deseo de «agitar las aguas», que el libro, desde luego, ha conseguido, gracias a la autoridad de quien lo ha escrito.

En el Prefacio al «Apéndice actualizado», *Extranjeros e islámicos*, Sartori advierte que el mismo fue redactado durante el verano de 2001, y que se terminó antes del 11 de septiembre, si bien «el atroz ataque terrorista de Manhattan hace que sea de «dolorosísima» (*sic*) actualidad el análisis del fundamentalismo islámico, que constituye un poco el epicentro de la parte nueva del libro»³⁹. También se nos dice allí que «la ética de la responsabilidad proporciona la clave de lectura de todo lo que escribo», una auto-justificación, en la que profundiza con las consideraciones que, a propósito de la diferenciación *weberiana* entre ética de las intenciones y ética de las responsabilidades, realiza en el Apartado 6 del propio Apéndice.

Tengo buenas razones para poner en duda que Sartori haya encontrado motivos de satisfacción en la deriva cobrada por la política anti-terrorista

emancipación», de aquellas otras a las que la tolerancia en ningún caso debe extenderse. Al respecto es muy jugosa la anécdota narrada por Gabriel Jackson, quien trató asiduamente a Marcuse con ocasión de la estancia de ambos, a mediados de los 60, en La Jolla (California). Parece que Marcuse profesaba admiración por la figura de De Gaulle, y tenía una actitud indulgente con respecto a los métodos utilizados por el General para reprimir las manifestaciones contra su política en Argelia. Ante las objeciones de Jackson, durante un paseo con Marcuse, sobre el carácter semidictatorial de tales métodos, éste dejó de caminar y tomándole del brazo le dijo a Jackson: «Pero si tú o yo fuéramos los dictadores, Gabe, no habría peligro de abusos», *Memoria de un historiador*, Temas de Hoy, Barcelona, 2001, p. 335.

³⁸ Ambos, Bossi y el Cardenal Biffi, incómodos «compañeros de viaje» para un autor al que no le desagradaba la etiqueta «liberal de izquierdas»; cfr. la entrevista que, con motivo de la presentación del libro en Madrid, le hizo a Sartori, Hermann Tertsch, *El País*, 8 de abril de 2001.

³⁹ Giovanni Sartori, *La Sociedad multiétnica. Extranjeros e islámicos*, Taurus, Madrid, 2002, p. 9, que complementa el libro publicado un año antes, en Italia y en España, *La Sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001.

norteamericana, dentro y fuera de casa (y en el limbo de *Guantánamo*), a raíz del 11 de septiembre y hasta el mismo momento de escribir estas líneas. No creo, sinceramente, que esté muy contento con el curso de los acontecimientos; y me parece que ahora se lo pensaría mejor antes de poner en solfa, como hace en el libro, la majestad de los «derechos humano-humanitarios», un «*paraderecho* destructivo del derecho» (p. 63 del Apéndice). De lo que no tengo duda es de que su ética de la responsabilidad, acompañada de la condena de los incompetentes bienintencionados, pero desentendidos de las consecuencias de sus actos, ha producido aquí una obra que genera intolerancia —esto es: intransigencia apriorística e injustificada— y resulta, por ello, absolutamente inservible como contribución al debate sobre la emigración en Europa.

Sartori construye, en efecto, una imagen del emigrante islámico («material toscó que se exporta a Europa») como un individuo cuya religión «totalizante» e invasora le incapacita no ya para integrarse en sociedades del estilo de las que aquí tenemos, sino para albergar deseos de hacerlo y llegar a tener, frente a ellas, instintos diferentes a los de la hostilidad. Para avalar su tesis, aduce el ejemplo de Israel, un «caso fácil» desde el punto de vista de la integración, pero saldado con un fracaso, al menos en lo que respecta a los hebreos ultra-ortodoxos, principalmente por habérseles concedido la posibilidad de permanecer al margen del sistema público y obligatorio de educación. Sartori pone sobre el tapete un «dato», que tiene valor si lo que se pretende es advertir de los riesgos que conlleva hacer saltar la integración escolar, pero que se utiliza más bien como argumento para descalificar, mediante el exabrupto, a los «simplones» de la política del avestruz, «quizá porque, como son bobos, ni siquiera lo han pensado» (p. 33 del Apéndice).

Sartori teme la «servidumbre fideísta»; no la da por segura, pero la «teme para exorcizarla». Si sus datos van contra toda evidencia acerca del fenómeno emigratorio en países europeos como Francia, el Reino Unido, Alemania u Holanda, tanto mejor: «Sí, acepto que la verificación empírica de mi tesis es insuficiente; pero cuando sea suficiente, ¿no será demasiado tarde?»⁴⁰. Para ser del todo claras, sus propuestas no necesitan ir mucho más allá de lo que dejan entrever: no a la inmigración *regular* de origen musulmán, y rechazo a conceder la ciudadanía, o el derecho de voto, a quienes ya han llegado y tienen una mancha de origen, que imposibilita su disposición a integrarse⁴¹.

El fundamento teórico de cuanto antecede está en el libro original. Sartori lo presenta como un libro sobre la (buena) sociedad pluralista, que necesita, para su defensa, combatir la moda artificiosa del multiculturalismo. Su «enemiga» es la política «del reconocimiento», preconizada en los Estados

⁴⁰ *La Sociedad multiétnica. Extranjeros e islámicos*, p. 34.

⁴¹ Cfr., de todos modos, el epígrafe 7 («Inmigración, integración y balcanización») del libro original, en el que Sartori avanza sus propuestas en el sentido indicado. Allí concreta incluso (p. 121) lo que él entiende por umbrales de tolerancia: «Una población foránea del 10 por 100 resulta una cantidad que se puede acoger; del 20 por 100, probablemente no; y si fuera del 30 por 100 es casi seguro que habría una fuerte resistencia frente a ella». Países de inmigración reciente, como Italia y España, están acercándose ya al margen porcentual inferior señalado por Sartori.

Unidos por Taylor y sus adláteres, y refinada en Canadá con la «ciudadanía multicultural», de Kymlicka ⁴². Pluralismo y multiculturalismo son, al decir de Sartori, términos antitéticos. El primero es espontáneo, está «empapado de práctica», y es elástico, pero sólo hasta el punto de no poner en peligro el elemento de cohesión social que conlleva: *e pluribus unum*. El multiculturalismo es una ideología reciente, un *aggiornamento* de resonancias marxistas y *foulconianas*, que lleva a la segregación y a la «balcanización» de culturas inventadas, y que instaura el arbitrio y el trato de favor para aquel que grita con más fuerza: *e pluribus disiunctio*.

El pluralismo, nos dice Sartori, «nace en un mismo parto con la tolerancia», y tolerancia no es ensalzar la diversidad, sino aceptarla dentro de determinados límites ⁴³. Cuáles sean esos límites, o hasta dónde debe llegar el grado de elasticidad de la tolerancia, es lo que el autor intenta explicar en el Epígrafe 6 («Tolerancia, consenso y comunidad»). Y lo hace sobre la base de tres principios bien fáciles de articular en el plano teórico. Uno: siempre hay que proporcionar las razones que nos hacen concebir algo como intolerable. Dos: no estamos obligados a tolerar aquello que nos inflige daño o perjuicio. Y tres: al ser tolerantes con los demás, esperamos que ellos lo sean, a su vez, con nosotros ⁴⁴. Naturalmente, este tercer criterio, el de la reciprocidad, es el que le sirve al autor para oponerse a cualquier tipo de concesión *gratuita* de la ciudadanía, cargando las tintas contra una cultura, la islámica, que es, a diferencia de la asiática, en cualquiera de sus versiones, «fanática, teocrática e *invasiva*»: «existe un punto a partir del cual el pluralismo no puede y no debe ir más allá; y mantengo que el criterio que gobierna la difícil navegación que estoy narrando es esencialmente el de la *reciprocidad*, y una reciprocidad, en la que el beneficiado (el que entra) *corresponde* al benefactor (el que acoge) reconociéndose como beneficiado, *reconociéndose en deuda*» ⁴⁵. El discurso es en ese punto tan irreprochable, como dogmáticas e intolerantes resultan sus consideraciones a propósito de quienes proceden de aquella cultura.

El libro rechaza, claro está, el modelo del *melting pot* norteamericano, avisado con ojos multiculturalistas, y aborrece de cualquier inclinación a considerarlo como un modelo posible para Europa («Taylor y sus compañeros proyectan un mundo, en el que la concordia no tiene cabida», p. 128). La identidad europea, señala, es el resultado de un sano *interculturalismo*. Y es precisamente esa identidad *de los anfitriones* la que hoy se ve amenazada por los

⁴² Las referencias básicas son la aportación de Charles Taylor, «The Politics of Recognition», al libro de A. Gutmann, *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994, así como W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1995. Sartori ignora paladinamente las propuestas «conciliadoras» de Habermas, algo que no se entiende muy bien, sobre todo porque el lector italiano disponía, en el momento de la publicación del libro de Sartori, del volumen, en el que se recoge la traducción del antes citado trabajo de Taylor, junto con el de Habermas, «Lotta per il riconoscimento nello stato democratico di diritto», publicados ambos bajo el rótulo común *Multiculturalismo*, Milán, Feltrinelli, 1998.

⁴³ *La Sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, p. 62.

⁴⁴ *La Sociedad multiétnica...*, pp. 42-43.

⁴⁵ *La Sociedad multiétnica...*, p. 54 (cursivas en el original).

«ciudadanistas» (los que sostienen que la ciudadanía da y produce integración), los «cosmopolitas», estilo Dahrendorf, y los «balcanizadores» que se entregan a una defensa de lo multicultural: «En el Nuevo Mundo, concluye, se trata de reconocer la identidad de minorías *internas*; en Europa el problema en cambio es salvar la identidad del Estado-nación de una amenaza cultural *externa*, planteada por la llegada a casa de culturas extrañas»⁴⁶.

C. Frente a ese diagnóstico catastrofista, que resulta difícil de compartir, las propuestas teóricas del tercero de los libros a los que antes nos referíamos, el de John Gray, se nos muestran como una elegante elucubración intelectual sobre lo que hoy significa «liberalismo» o, lo que viene a ser lo mismo, sobre la idea de tolerancia.

Para un constitucionalista que sólo conoce tangencialmente los vericuetos de la filosofía política contemporánea, no deja de ser sorprendente la reivindicación de Hobbes realizada por Gray. Es como si, después de haber aceptado a Montesquieu, y glorificado a Rousseau, hubiéramos acabado por «volver» a Locke, y necesitáramos ahora «retroceder» hasta Hobbes (para defender las virtudes del nuevo Leviatán) y Bodino (para atisbar las inconsistencias de la idea de soberanía)⁴⁷. Gray presenta nuestras democracias, tal y como hoy las conocemos, como las «floraciones tardías de un proyecto de tolerancia que se inició en Europa en el siglo XVI»⁴⁸. El problema de ese proyecto, según Gray, es que ha encarnado siempre dos filosofías incompatibles: una, aquella que alberga un ideal de consenso racional sobre la mejor vida posible; y otra, la que aprecia la diversidad de formas y de modelos de vida. La receta que Gray nos da en el libro versa sobre el modo de superar esa contradicción, una receta cuyos ingredientes principales consisten en abandonar el ideal de que existe un único modo de vida, superior a cualesquiera otros que puedan concebirse, y profundizar en las bondades del segundo de los componentes de la filosofía de la tolerancia. El ideal del consenso racional para la buena vida (Locke) queda entonces relegado en beneficio del ideal del *modus vivendi*, que es un compromiso para preservar la paz en el seno de la pluralidad (Hobbes): «El *modus vivendi* expresa la creencia de que hay muchos modos de vida en los que los humanos pueden desarrollarse. Entre ellos hay algunos cuyo valor no puede compararse. Allí donde esos modos de vida son rivales, ninguno de ellos es mejor que el otro (...). Nuestro ideal heredado de la tolerancia acepta con pena el hecho de que hay muchos modos de vida. Si adoptamos el *modus vivendi* como nuestro ideal, aceptaremos con alegría ese ideal»⁴⁹.

⁴⁶ *La Sociedad multiétnica...*, p. 130.

⁴⁷ Por si es indicio del «retorno a Hobbes», me permito llamar la atención sobre la reciente aparición en castellano de la obra de Schmitt, *El Leviatán en la Teoría del Estado de Thomas Hobbes*, Comares, Granada, 2004.

⁴⁸ John Gray, *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*, Paidós, Barcelona, 2001, p. 11.

⁴⁹ *Las dos caras del liberalismo...*, p. 15 y Cap. 4 («*Modus vivendi*»), en el que el autor desarrolla *in extenso* la idea.

Lo primero que choca es el punto de partida. Algo no cuadra con nuestra *fraseología* habitual de juristas adentrados en temas constitucionales, la de valores *superiores*, que es la de nuestra Constitución, pero también la de valores *indivisibles y universales*, que es la del Preámbulo de la Carta Europea, que además los utiliza para erigir casillas en las que introducir los derechos. Porque un tema recurrente de Gray, que utiliza aquí y allá para construir el armazón de su argumento, es el de la frecuente inconmensurabilidad de los valores, algo sintomático de una diversidad que va más allá de lo que solemos reconocer, y frente a lo cual no hay más respuesta idónea que el erigir «instituciones comunes», capaces de articular los compromisos para una vida en común, en que consiste el ideal del *modus vivendi*. Cabe preguntar: ¿concibe Gray que, entre tales instituciones comunes, puedan contarse tribunales transnacionales avezados en la resolución de conflictos *desde* la diversidad de concepciones nacionales acerca del contenido de los derechos?

El libro no contesta, pero cabe suponer que la respuesta sería negativa. La razón está en la deriva perversa de las instituciones liberales, que es la consecuencia de la persistente presencia de un único ideal regulador basado en un concepto parcial de justicia: el liberalismo político ha sustituido la decisión política por la resolución judicial (*legal adjudication*) y ha desplazado al Parlamento para entronizar, en su lugar, a los Tribunales. «Una de las marcas de un régimen no liberal, nos dice Gray, es que en él los conflictos de valores se consideran signos de error. Sin embargo, los regímenes liberales que sostienen que un conjunto de libertades —las suyas— es universalmente legítimo adoptan precisamente ese punto de vista. Tratan a los conflictos entre libertades como síntomas de error, no como dilemas para los que puede haber diferentes soluciones razonables. El liberalismo de este tipo es una especie de fundamentalismo, no un remedio contra él»⁵⁰.

Gray impugna, como se ve, lo que denomina el «legalismo antipolítico» de Rawls, pero también dirige sus acusaciones de parcialidad contra las construcciones que, bajo la estela del Mill de la tolerancia como búsqueda de la verdad, ensalzan la «libertad negativa» (Isaiah Berlin), o la «moralidad de la libertad» y la autonomía personal (Raz). Todo ello siempre con el mismo argumento de fondo, la imposibilidad de jerarquizar los valores, y el *imperialismo* intelectual que la defensa de un «modelo», cualquiera que éste sea, acredita: «La buena vida puede no ser lo que pensamos que es o lo que queremos que sea. Es algo, al menos parcialmente, independiente de nuestras creencias y deseos y que podemos razonablemente convertir en objetos de investigación»⁵¹.

⁵⁰ *Las dos caras del liberalismo...*, p. 31.

⁵¹ *Las dos caras del liberalismo...*, pp. 75 y 140-141, donde abunda, frente a los comunitaristas, en la defensa de instituciones comunes como único remedio: «Lo que las sociedades plurales tardo-modernas necesitan no es el consenso sobre valores que los comunitaristas imaginan encontrar en las comunidades del pasado. Lo que necesitan son instituciones comunes en cuyo seno puedan negociarse los conflictos de intereses y valores. Para nosotros, tener una vida en común no puede significar vivir en una sociedad unificada por valores comunes, sino tener instituciones comunes que ejerzan de mediadoras en los conflictos entre valores rivales».

No es que Gray se convierta en un nuevo paladín de una especie de tolerancia universal y acrítica. Él mismo defiende que hay estándares mínimos de decencia y legitimidad que deben aplicarse a todos los regímenes contemporáneos. Pero lo que objeta es que tales estándares equivalgan automáticamente a una universalización de los «valores liberales en sentido amplio»⁵². Por eso, plantea Gray objeciones al carácter pretendidamente universal de alguno de los derechos incluidos en la Declaración de 1948 (por ejemplo, el 24 cuando prescribe vacaciones periódicas pagadas, o el 18 en lo que atañe a la libertad religiosa, «un revoltijo extremadamente complejo de reivindicaciones que protegen intereses humanos que a menudo se contraponen»). Y esa disposición escéptica, que alcanza a la propia idea de tolerancia («algo que no tiene mucho valor si no se la puede hacer cumplir»), extrae el autor su tesis *fuerte* contra los intentos de universalizar listas de derechos, y mucho menos con carácter definitivo: «Los derechos están cosidos con un buen número de hilos, cada uno tejido con hebras diferentes. Bajo las presiones de las circunstancias, los hilos se descosen y los retazos del tejido se sueltan. Un test de legitimidad de un régimen es su habilidad para volver a coser el *patchwork* de los derechos»⁵³.

La imagen construida por Gray es tan plástica, como brillantes y bien trabados los razonamientos de su libro. Si no acaban de convencer, es porque a poco que uno esté familiarizado con la «justicia de los derechos», en cualquiera de sus niveles —y ya se ve que el autor no lo está— lo que se observa es que el desacuerdo sobre el contenido de ellos es lo normal; no es una patología cuyo «recosido» plantee dificultades insalvables. Y sobre todo, porque una cosa son los desacuerdos sobre contenido, delimitación y niveles de garantía, y otra muy distinta la inconmensurabilidad de los valores subyacentes.

Gray sostiene que «si buscamos un compromiso legítimo y estable para cuestiones muy controvertidas, no tenemos más alternativa que la del largo camino de la política»⁵⁴; de acuerdo, pero no se ve que exista incompatibilidad, pues ni el más entusiasta panegírico del «legalismo liberal» puede defender hoy que las «majestuosas certidumbres del derecho» (?) lo son hasta el punto de permitirnos prescindir de la política. Y además: ¿cómo se podría intentar llegar a acuerdo alguno si no es sobre la base de un firme compromiso para la salvaguarda de ciertos valores?

En las páginas finales del libro, el autor aplica sus ideas sobre la necesidad de «retornar a Hobbes», a propósito de la actual situación de Europa y la crisis del Estado-nación. A su juicio, el resurgir de las identidades regionales, el

⁵² El referente doctrinal es, en este caso, Avishai Margalit, *La sociedad decente*, Paidós, Barcelona, 1997, donde el autor profundiza en el significado moral de la humillación; *Las dos caras del liberalismo...*, pp. 127-128, con una defensa de la Cuba de Castro por haber proporcionado a los más pobres, «durante varias décadas y hasta fechas bastante recientes» mejor educación y cuidado sanitario que los recibidos por muchos estadounidenses desfavorecidos.

⁵³ *Las dos caras del liberalismo...*, p. 131.

⁵⁴ *Las dos caras del liberalismo...*, p. 136.

auge del etno-nacionalismo, y la erosión de la identidad nacional en favor de instituciones transnacionales, hacen que nuestro mundo se asemeje mucho más al tardo-medieval que al temprano-moderno. El célebre pasaje del Leviatán, «donde no hay un poder común, no hay ley; y donde no hay ley, no hay justicia. En la guerra, la fuerza y el fraude son las dos virtudes cardinales», le sirve de pretexto para arremeter de nuevo contra el imperialismo de los derechos: «la justicia y los derechos son convenciones que, en última instancia, se apoyan en la fuerza. La filosofía liberal reciente ha considerado conveniente olvidar esta verdad»⁵⁵. Gray propone una relectura de Hobbes en clave «pluralista», para garantizar la paz mediante la gestión de conflictos entre culturas que serán siempre diferentes, abandonando por siempre el señuelo ilustrado de una civilización universal. «El objetivo de la filosofía política, concluye, es volver a la práctica con menos ilusiones. Para nosotros esto significa abandonar la ilusión de que las teorías de la justicia y de los derechos pueden librarnos de las ironías y las tragedias de la política»⁵⁶.

⁵⁵ *Las dos caras del liberalismo...*, p. 151. La cita del Leviatán aparece en el Cap. 13 («De la condición natural de la humanidad en lo concerniente a su felicidad y su miseria»), Alianza, Madrid, 1989, p. 109; por cierto, con una errata de bulto, pues dice «injusticia», donde debería decir «justicia».

⁵⁶ *Las dos caras del liberalismo...*, p. 158.

Representación política y representación de la política ★★

Sumario: I. SOBRE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.—II. REPRESENTACIONES DE LA POLÍTICA.—III. EL PARTIDO POLÍTICO COMO VARIABLE DEPENDIENTE EN LOS PROCESOS DE COMUNICACIÓN POLÍTICA.—IV. COMUNICACIÓN POLÍTICA Y REPRESENTACIONES DE LA POLÍTICA.—V. LA COMUNICACIÓN POLÍTICA COMO ESPACIO POLÍTICO DE CRISIS.—VI. LOS ELEMENTOS DE CRISIS DE LA COMUNICACIÓN POLÍTICA DEMOCRÁTICA.—VII. CONCLUSIÓN.

Es muy probable que las reflexiones que pretendo compartir con ustedes esta tarde se acaben ciñendo a pretender justificar o explicar el título de mi intervención.

Ello quizá sea debido a que el propio título pretende introducir sutilmente una forma de cómo ve las cosas quien les habla. Y las cosas de que pretendo hablar son, de acuerdo al enfoque planteado por los directores del curso, el modo en que hoy en día se originan las tensiones entre la función de representación política, que deberemos describir brevemente, y las representaciones de la política que imaginan, construyen o perciben los actores políticos y los ciudadanos. El modo en que se producen actualmente plantea una nueva modalidad de tensión entre sistema representativo y procesos sociales, o lo que es lo mismo, una nueva demanda funcional para los partidos políticos y su función de agregación y representación de intereses y voluntades.

★ Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de La Rioja.

★★ El texto, con las adaptaciones del caso, recoge mi intervención en el Curso de Verano de Castro Urdiales de la Universidad de Cantabria, sobre «Partidos políticos y medios de comunicación como actores de la dinámica política y social».

I. SOBRE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La representación política es definible formalmente de modo aparentemente sencillo. Ya lo hizo Hobbes. Se trata de una acción mediante la cual el sujeto colectivo se formaliza como sujeto único al ser capaz de lograr formular una voluntad con la que se identifica. Así, decimos que «las Cortes Generales representan al pueblo español», es decir, que expresan la voluntad del pueblo español como *sujeto colectivo*. En la medida en que dicho órgano realiza tal función el pueblo español existe como sujeto y, por ello, existe también el Estado español que la norma fundamental de 1978 constituye.

Sin embargo, sabemos que esta función de representación, dejando ahora a un lado sus importantes problemas teóricos, no es tan sencilla. Y sabemos también además que se ha ido haciendo compleja; cada vez más compleja. La razón de esta complejidad rampante es en realidad muy sencilla: representar, en la medida en que consiste en formular una voluntad unitaria, supone construir un ingenio o artificio capaz de someter la complejidad social a una reducción tal como para poder llegar a formalizarla como unitaria. Esta exigencia es la que vinculará desde el siglo XVI a la institución estatal con la representación política. Sólo si hay representación política, voluntad unitaria pero colectiva, habrá Estado.

Así pues, inicialmente, el ingenio representativo era bastante sencillo. Por la no menos sencilla razón de que la unidad política la corporeizaba el soberano; y el soberano era una persona, una persona *física*. De ahí lo expeditivo de la acción de formular la voluntad estatal: bastaba con que el monarca accediera a *decir* su voluntad, que era tenida por la del Estado, ciertamente del Estado absoluto.

La sencillez del invento, aunque no sea tanta como aquí me veo compelido a hacerlo, se quebró cuando un grupo de seres humanos llegó a la conclusión de que el soberano no era aquella persona, sino todos ellos *considerados como unidad*. Soberana será la Nación y, posteriormente, el pueblo. También aquí vamos a dejar a un lado todas las diferencias y matices que debemos de convertir ahora en prescindibles para avanzar hacia nuestro objetivo.

Sin embargo, la atribución de la soberanía al pueblo, como antes a la nación, planteó siempre un problema que vamos a calificar de técnico. Mientras que en el caso del monarca la averiguación de su voluntad, es decir, de la del Estado, era cosa asaz sencilla, no cabía decir lo mismo del pueblo. El pueblo, como mero conjunto de personas no poseía *una* voluntad, sino muchas y distintas. Pero el pueblo, como sujeto colectivo al que se imputaba la titularidad de la soberanía, constituía necesaria e inevitablemente un sujeto único con una única voluntad. Mas, ¿cómo averiguar a ciencia cierta cuál era la voluntad soberana de un sujeto abstracto en relación con *cada objeto de decisión estatal*?

La respuesta a esta pregunta constituye el elemento identificador de la representación política. Aunque para ser precisos no lo sea la respuesta, sino la ausencia de ella la que identifica el núcleo de la representación política democrática.

Desde un punto de vista jurídico-político la voluntad estatal se articula a través de un órgano que la *expresa*. El Parlamento es el órgano dotado funcionalmente de unas características tales que, en virtud de un enunciado constitucional que le atribuye tal competencia, *formula* la voluntad del Estado; un Estado existente sólo merced a la voluntad soberana del pueblo.

Pero en un Estado democrático la atribución al Parlamento de dicha función no *garantiza* nada: no garantiza nada en relación con el *contenido* concreto de las decisiones parlamentarias. Hoy, la legitimidad del órgano parlamentario descansa *jurídicamente* en la voluntad del constituyente pero *políticamente* en la exigencia de una *correspondencia* o *congruencia* entre su decisión y la del conjunto de los ciudadanos cuya voluntad expresa y hace valer.

El enojoso asunto de garantizar dicho nexo es tema que, de nuevo para bien de los sistemas democráticos, permanece irresuelto. En la segunda mitad del siglo XX los sistemas políticos más avanzados optaron por paliar el problema mediante la inserción en la estructura institucional estatal, de modo flagrante o discreto, de unas organizaciones que, aunque nacieron *contra el Estado*, se han convertido en sus más fieles valedores. Me estoy refiriendo, como es claro, a los partidos políticos.

Quizá desde los años treinta en algunos sistemas políticos, y claramente desde los cincuenta de modo general, los partidos políticos han corrido con el gasto de realizar una función para la que el Estado liberal clásico había probado su manifiesta ineficiencia en el primer cuarto del siglo XX. A través de una serie de procesos, frecuentemente paradójicos, los partidos políticos fueron poco a poco aportando su función de reducción de la complejidad social a dimensiones o magnitudes adecuadas a la estructura institucional estatal, que, no obstante, comenzó a sufrir también sus propias transformaciones, cuyo tratamiento también deberemos obviar ahora.

Los partidos políticos fueron hasta tal punto soportes funcionales de un conjunto de transformaciones y crisis que llegaron a constituir una suerte de salvadores del Estado como institución; o logro de civilización, si queremos decirlo así. En realidad, y por ir ya enseñando algunas de las cartas que deseo poner en juego, los partidos hicieron posible que las *nuevas* representaciones de la política surgidas de la sociedad no arrumbaran el Estado como institución. Esto sucedió, por ejemplo, con las concepciones de la sociedad y el poder político que incorporaba el movimiento obrero. O con la evidencia palmaria en la segunda mitad del siglo XX de que las sociedades eran incapaces por sí mismas de procurar determinados medios existenciales básicos de modo universal y general.

Este desenvolvimiento de las potencialidades del sistema político estatal *con* partidos ha supuesto un progreso objetivo de aquellas zonas del globo que han llegado a dotarse de él. No hay ni ha habido un sistema de superior rendimiento medido en términos de progreso de la especie humana. A fecha de hoy.

Esta integración de los partidos en una suerte de meta-sistema, con un grado de indiferenciación tal que ya no sabemos a veces, ni nosotros ni las normas jurídicas, dónde termina el partido y comienza el Estado, o vicever-

sa, ha tenido también un coste, un pasivo que no cabe ignorar. Es sobre él sobre el que quiero llamar la atención y... poco más, pues aunque creo que disponemos de alguna de las claves de lo que sucede, estamos muy lejos de poder evaluar el monto del coste, y todavía más lejos de poder sugerir o proponer medidas o paliativos.

La inserción de las organizaciones partidarias en la estructura estatal, una inserción funcional, financiera y orgánica a veces, ha transformado los partidos y lo sigue haciendo en una dirección que desconocemos dónde pueda llegar a parar, si es que eso llega a ocurrir. Pero sí sabemos que, como consecuencia de las funciones materialmente estatales que hoy desempeñan, las organizaciones políticas partidarias han perdido en una dimensión significativa su capacidad de innovación *desde* la sociedad y su capacidad de *propuesta*. Los partidos ya no encabezan, lideran o promueven procesos encaminados a la movilización política *contra* el Estado existente. Ni siquiera, salvo exóticas excepciones, *contra* el Gobierno existente. Ha sido el precio a pagar a cambio de su protagonismo en el desarrollo de las nuevas funciones materialmente estatales.

De este modo, los sistemas políticos democráticos actuales libran sus luchas contra retos que se presentan como *representaciones de la política* que, por supuesto, pueden ser resultado parcial de la actividad de una organización partidaria, pero sólo parcial y esporádicamente.

Hoy el Estado representativo con partidos se faja con representaciones de la política que resultan de una suerte de procesos complejos, consecuencia desde luego del libre juego de una serie de actores sólo posible en los Estados democráticos, que comúnmente denominamos procesos de comunicación política. Son estos procesos, capaces de producir *representaciones de la política*, la auténtica fuente de los nuevos retos de complejidad que afronta el Estado.

Creo que es nuestro deber comenzar a aproximarnos a estas nuevas imágenes de la política que seguramente producirán, lo están haciendo ya a mi entender, un nuevo entorno y un nuevo marco cuyo alcance es, sin embargo, imposible determinar por el momento. Pero, sin embargo, estimo indudable que serán con toda probabilidad los partidos políticos, tal y como hoy los conocemos, los grandes amenazados por estas transformaciones que, como digo, creo inevitablemente llamadas a producirse.

Algo se está moviendo bajo nuestros pies.

II. REPRESENTACIONES DE LA POLÍTICA

Por representaciones de la política entendemos algo mucho más amplio y distinto que el instituto de la representación política. Entre representación política y representaciones de la política hay un punto de coincidencia, el de tratarse en ambos casos de representaciones, es decir, de construcciones inmateriales, o abstractas si se quiere; lo que no quiere decir ficticias ni irreales. Las personas concretas poseen, por ejemplo, su propia imagen —su propia representación—

de en qué consista exactamente «el pueblo español» objeto de la representación política. Esta percepción subjetiva e individual posee una gran importancia, pues constituye la *realidad política*, pero es ajena al derecho y, en gran parte, indisponible para los actores políticos, que sólo pueden aspirar a incidir en el constructo imaginario que los individuales nos formamos en nuestras cabezas y que son resultado de factores y circunstancias personales y singulares.

Los actores políticos, y los partidos singularmente, se sitúan en el proceso democrático entre la función de representación política, hoy inconcebible sin su aportación funcional, y el universo de las representaciones políticas que los ciudadanos «se construyen» para comprender el mundo en general, y en lo que nos interesa, el de la política en particular.

Este mundo de las representaciones políticas es resultado de un complejo elenco de interacciones que, genéricamente, denominaremos *procesos de comunicación política*.

Comunicación política no es igual a *información*. La comunicación no requiere necesariamente acudir a un medio de comunicación, se trata de un tipo de relación interpersonal que, desde luego, incluye también la información. Pero la información no es sino un tipo específico de *relación social* que vincula dos elementos, dos personas o grupos: una relación de intercambio que se produce *a través de un recurso mediático*¹. Pero la comunicación no es mediática por esencia y puede articularse a través de instrumentos diversos. Siempre consta de dos flujos: el flujo emisor-destinatario y el *feedback* o flujo de retroacción. Claro que siempre que hay relación hay sujetos que piensan y opinan, que interactúan permanentemente.

III. EL PARTIDO POLÍTICO COMO VARIABLE DEPENDIENTE EN LOS PROCESOS DE COMUNICACIÓN POLÍTICA

Los partidos políticos proyectan un proceso comunicativo sobre afiliados, simpatizantes y electorado propio y, al hacerlo, generan una estructura jerárquica de comunicación. Los partidos emiten ofertas políticas dirigidas a lograr la maximización de votos. Pero ésta se obtiene sólo si la organización dispone de una información constante acerca de las necesidades específicas y las cambiantes expectativas del electorado según criterios de oportunidad. El éxito está garantizado cuando el partido consigue crear una oferta política que sintonice con la demanda al haber sido capaz de identificar las necesidades que dicha demanda incorpora. Esto quiere decir que un partido político sólo puede ofrecer aquel producto o mensaje que cumpla con las condiciones de satisfacción de la demanda del electorado.

Los partidos están así condenados a realizar una función que se superpone a la propuesta de un programa acorde a una función ideológicamente

¹ Un recurso mediático en un entorno de información puede serlo perfectamente, por ejemplo, un dicho o un *refrán*. Con ello se quiere advertir de que no debe identificarse recurso mediático con los *media*, o medios de comunicación en sentido corriente.

coherente. El voto, el voto hoy, se orienta en base a un conjunto integrado por *el programa político*, una imagen de *líder y de partido*, el *recurso a instrumentos de comunicación* y una *cantidad variable de factores no racionales*, de afectividad o emotividad. Cuanto mayor sea la generalidad de la oferta, más posibilidades objetivas hay para el partido de optimizar sus resultados.

Como se ve, el partido político hoy está «a merced de los acontecimientos», si lo parangonamos con el tipo clásico de organización política que todavía hoy forma parte de las *representaciones* de muchos ciudadanos.

Asistimos así a un tipo de democracia que ha sido definida por Manin como «democracia del público», es decir, como un sistema en donde los procesos de comunicación alcanzan una importancia primordial. Ello es debido a que las representaciones políticas en las que plasman o cristalizan los intereses ciudadanos se producen y desempeñan en el espacio público. Ahí se activan los procesos de formación de representaciones y, por consiguiente, de opiniones. En este espacio los representantes políticos, los partidos, no son «creadores de opinión», lo intenten o no, sino esforzados «intérpretes» de lo que ocurre. Porque los procesos sociales que alumbran representaciones políticas, es decir, concepciones de los problemas existentes crecientemente complejos, producen *representaciones*; pudiendo incluso llegar a proponer o exigir *respuestas* frente a las demandas, pero nunca *decisiones políticas*. Éste es el ámbito y la función de los actores políticos, llamados a *simplificar y agregar* demandas sociales complejas que se formalizan en el espacio público.

El espacio público adquiere así una centralidad novedosa e insólita. En él se *visibiliza* y, llegado el caso, se verbaliza el intercambio ciudadanos-gobernantes. El mecanismo sería siempre el mismo, como ha recordado Cedroni: adhesión de la opinión y consenso *vía* apoyo electoral *versus* representación y satisfacción de intereses.

Esto significa que *representaciones de la política* (mediante procesos de comunicación política) y *representación política constituyen dos fases contiguas e interrelacionadas del proceso actual de legitimación del poder político*.

En la práctica, la configuración final de la oferta política resulta así no de una voluntad, ni de un *background* ideológico más o menos explícito, sino de la concurrencia de un conjunto de acciones y factores. Dicho de otro modo, en la política actual no existe una demanda independiente de la oferta, ni viceversa. Ésta es la causa fundamental de la menguante, y menguada, utilidad de los modelos de elección económica o de mercado aplicados a la política. Dadas las circunstancias, los representantes políticos proponen siempre un *principio de diferenciación*, es decir, la propuesta de división o escisión social que resulta más favorable a sus expectativas, *a la vista* de las representaciones políticas dominantes en el espacio público. La pugna electoral consiste pues en una suerte de búsqueda del mayor nivel de apoyo al posicionamiento adoptado, donde los representantes corrigen o modifican la oferta en función de las reacciones del público ².

² La política para la tercera edad, y últimamente para la cuarta integrada por mayores cuya existencia sólo puede desarrollarse de modo *asistido*, es un claro ejemplo de ello. Toda promesa de mayor atri-

El *consenso*, en este entorno, termina por presentarse como una suerte de extraño Estado de sintonía colectiva apoyado en un sistema de equilibrios de muy difícil logro en los sistemas actuales de comunicación masiva.

IV. COMUNICACIÓN POLÍTICA Y REPRESENTACIONES DE LA POLÍTICA

El espacio público político no es coextenso con el de la representación política.

El cambio sustancial tiene que ver con la nueva posición y función de lo que denominamos comunicación política. La comunicación política no es un instrumento al servicio de la política, ni una suerte de ingenio adventicio, ni tampoco una forma de transmitir determinadas concepciones ideológicas.

La comunicación política es un poderosísimo activador de procesos de cambio sociales y culturales. Ello es debido al modo en cómo actúa, lo que está directamente relacionado con profundas transformaciones tecnológicas y sociales en los sistemas políticos democráticos de las sociedades avanzadas.

La comunicación, como categoría genérica, es una acción que se manifiesta como actividad social indiferenciada, pero siempre se dirige al *individuo-consumidor-ciudadano*. La comunicación en las sociedades actuales avanzadas no se dirige a *grupos*, ni a *audiencias*, sino a individuales por más que se realice *masivamente*³.

Esta posición y función de la comunicación en las sociedades actuales ha producido transformaciones relevantes. Nosotros vamos a llamar la atención sobre una que afecta especialmente al tema que nos ocupa. El espacio público, o ámbito en donde se desenvuelven las representaciones sociales colectivas y también, por tanto, las específicamente políticas, ha llegado a tal nivel de indiferenciación que espacio público y componente político se confunden. Esta confusión implica el sometimiento del componente político-representativo a una dinámica que le es ajena, en la medida en que está sujeto a reglas de actuación y funcionamiento propias de la comunicación política. Con todo, quizá lo más grave estriba en que la comunicación política se presenta como una *respuesta* desde una posición de modernidad a la «crisis de la representación política» y a la creciente «apatía» frente a lo público mostrada por los ciudadanos.

No entraremos ahora en lo inconsistente de estas argumentaciones utilizadas como arietes contra la estructura institucional del orden democrático y enarbolada siempre desde una posición de manifiesto interés por la ocupación del espacio público general. Lo más grave de esta especie de hipótesis *implícita* reside en que al confundir o superponer espacio público con com-

bución de recursos a estos grupos sociales supone implícitamente la mengua de atenciones y del volumen de recursos asignados o asignables a otros grupos menos relevantes, activos o numerosos. Toda oferta es en realidad una decisión de diferenciación: una derivación de un juego *suma-cero*.

³ Éste es el estadio o fase actual de una secuencia que se ha ido sofisticando históricamente: prensa de opinión, prensa de masas luego, radiodifusión y, finalmente, comunicación *generalizada* en donde todo este instrumental se acumula y yuxtapone.

ponente político de dicho espacio, *se está introduciendo una superposición o confusión entre mediatización y mediación*. La *mediatización* es una función puramente instrumental, que se desempeña de diversos modos, pero que en todo caso supone un proceso de inserción en el espacio de lo público de un tema u objeto hasta convertirlo en consensual dentro de ese espacio. Un *proceso de mediatización* puede servir para publicitar las bondades de un producto comercial, lanzar una moda, promover la conmiseración colectiva a favor de un ave impregnada de petróleo o convertir a un líder político en víctima de una *foto de oportunidad*.

Un *proceso de mediación* es algo muy distinto. Mediante él, y en un espacio público, líderes sociales o políticos ponen de manifiesto sus diversas opciones frente a problemas *que tienen que ser objeto de una toma de posición colectiva, es decir, de una decisión más o menos institucionalizada*. Se produce un proceso de esta índole cuando, por ejemplo, nace un debate social sobre *qué y cuánto* podríamos ceder ante un eventual escenario de cierre del negocio de una organización terrorista; o ante el problema de cómo afrontar el escenario cierto futuro de la creciente disminución del agua susceptible de uso humano.

Esta distinción entre procesos diferentes, sobre objetos diferentes, que, sin embargo, conviven en el indiferenciado escenario de *lo público*, del *espacio público* tal y como lo entienden hoy las sociedades democráticas avanzadas, tiene al menos dos consecuencias sobre las que es preciso llamar la atención. Y ambas nacen de la confusión mencionada.

La *mediatización*, en primer lugar, establece una divergencia o escisión entre dos tipos de actores dentro del espacio público. De un lado, la mayoría de los ciudadanos cuya posibilidad de participación —en la forma que fuere— sólo cabe articularla a partir del momento en que se produce una *comunicación generalizada*. De otro, una minoría de dirigentes y de operadores mediáticos sobreinformados y dotados de potentes herramientas comunicacionales. Desde esta perspectiva quizá no veamos ya tan exótico que un ciudadano corra desnudo por un campo deportivo lleno de espectadores demandando piedad para alguna *causa perdida*. Más allá de lo relevante o no de su objetivo está poniendo de manifiesto el patetismo del yo individual aislado impotente para introducir un objeto de consenso o debate en el espacio de la comunicación, en el espacio de lo público.

En segundo lugar, y como cabe inferir de lo primero, se institucionaliza socialmente una asimetría entre los individuos singulares y aquellas instituciones capaces de articular estrategias de comunicación que «administran el consenso».

V. LA COMUNICACIÓN POLÍTICA COMO ESPACIO POLÍTICO DE CRISIS

Como señaló hace tiempo Wolton, la comunicación política es el *espacio* en el que se intercambian los discursos contradictorios de tres actores: actores políticos, actores mediáticos y opinión pública (sondeos). La comunicación políti-

ca no es, pues, un simple proceso instrumental, sino un producto de las tensiones y enfrentamientos entre diversos actores. Y, por extensión, incluye el mismo enfrentamiento que termina por decantar unos determinados equilibrios o resultados de la pugna, llegando incluso a proponer un determinado vencedor.

Sólo si la conceptualizamos así seremos capaces de determinar la importancia primordial del momento capital que encierra, pues de la comunicación política sólo forman parte aquellos discursos u objetos de discurso sobre los que se articulan, se estructuran y ordenan los enfrentamientos. Ello en realidad no hace sino volver a llamarnos la atención sobre la importancia en los sistemas democráticos representativos de la interacción, siempre tan conflictiva como imprescindible, entre *información, política y comunicación*.

Con todo, el dato relevante para medir la pérdida de presencia en la comunicación política de los partidos políticos es el de que en las democracias de masas y sufragio universal ligadas al triunfo de los partidos, según vimos, la comunicación es un proceso a gran escala, un proceso que les supera, un proceso definitivamente exorbitante.

Las *representaciones de la política* que ponen en tensión, que retan a las instituciones políticas representativas, resultan en definitiva de la interacción en el espacio de la *comunicación*, de tres lógicas distintas: la del discurso informativo o mediático, la de los sondeos y la de los procesos electorales. Lo relevante, como es natural, es el resultado de la interacción, es decir, lo que va a terminar apareciendo como imagen política, como *representación de la política*.

Las tensiones actuales que se perciben en el espacio público presentan siempre por ello idéntica estructura. Se trata de una constante amenaza de ruptura de un equilibrio precario e inestable de estas tres lógicas: información, política y comunicación. Y el objeto de la tensión es siempre el mismo: la lucha por *el control de lo que ocurre*. Quien controla *lo que ocurre, la agenda*, impone su predominio y posee la capacidad de oponer a los actores político-representativos las *representaciones de la política* acordes a sus concepciones e intereses. Esta lucha por la agenda se manifiesta a dos niveles:

1. En la correlación entre los tres discursos. Cada uno de ellos intenta imponer su propia «representación» de la situación política sobre los otros, con el fin de obtener un dominio sobre los otros dos discursos que, en todo caso, es siempre parcial, frágil y precario.
2. Al nivel de relación entre la comunicación dominante y el estado real de los debates sociales.

Como se ve, los dos niveles revelan dos empeños o luchas, uno interno, entre los tres discursos concurrentes; y otro externo, comunicación política *versus* sociedad.

Con arreglo a lo anterior la comunicación política se configura como *un espacio simbólico, frágil y plagado de conflictos*. Pero como un espacio esencial al funcionamiento del sistema democrático junto, claro está, al principio de soberanía popular y el principio representativo.

Todo ello nos lleva a llamar la atención sobre algunas contradicciones de relevancia para el funcionamiento de los sistemas democráticos. Porque qui-

zá estén ahí algunas de las claves que expliquen las más recientes transformaciones de las organizaciones partidarias y también sus más recientes achaques.

VI. LOS ELEMENTOS DE CRISIS DE LA COMUNICACIÓN POLÍTICA DEMOCRÁTICA

Como hemos anticipado implícitamente, lo que denominamos *espacio público* es una suerte de tercer término deducido de la vieja, pero no muerta, escisión Sociedad-Estado. En él se confunden e interrelacionan sociedad civil y poder político estatal.

El Estado es una forma política que encubre institucionalmente un cambio estructural permanente. La estrecha, y cada día más intensa, dependencia de la sociedad civil respecto del Estado ha terminado por producir un efecto, lento pero contundente, de ampliación de aquel espacio público en perjuicio del espacio de la sociedad civil, pero también del propio espacio estatal institucional.

Esta transformación, perfectamente advertible en secuencias temporales largas y para todas las sociedades avanzadas, ha supuesto una *disminución de la función de comunicación política*. Ello no es sino una consecuencia funcional lógica, habida cuenta de la pérdida de la necesidad objetiva de conectar lo que ahora aparece como una suerte de *continuum indiferenciado*. Al fin y al cabo la comunicación política presupone una nítida diferenciación entre lo público y lo privado: una distinción que hoy semeja más una membrana que una frontera. Y, en todo caso, una distinción dotada de una sorprendente capacidad de desplazamiento en ambas direcciones ⁴.

La comunicación política ha ensanchado su espacio precisamente a causa de la ruptura de las fronteras que, clásicamente, distinguían entre sociedad civil-espacio público y entre espacio público-espacio político. Dañadas estas distinciones, la *comunicación política* se ensancha, pero, al tiempo, se difumina y pierde su función tradicional.

Esta transformación nos lleva al segundo de los aspectos sobre el que deseo llamar la atención. En este ensanchamiento del espacio público se produce una neutralización valorativa, en el sentido de que todo *discurso* que accede a ocupar parte de dicho espacio es considerado *igual*. Se produce así, rotas las demarcaciones que hemos mencionado, una aplicación tácita y perversa del principio democrático de igualdad. Si todas las posiciones son igualmente dignas de respeto y consideración, la decisión debe caer del lado de los expertos, de los entendidos. Sin embargo, no todas las opciones ni todas las posiciones son iguales, por más que todas ellas puedan ser legítimamente

⁴ Hace apenas veinte años la sociedad española nunca hubiera aceptado, ni como posibilidad, que aspectos tan íntimos como la reproducción de la especie humana fuera objeto de decisión en el espacio de lo público. Sin embargo, pronto dispondremos ya de la tercera Ley reguladora de técnicas de reproducción asistida. O qué decir de todas las materias ligadas a nuevas tecnologías que se han situado en el centro del espacio público de decisión. Son claramente dos ejemplos representativos de la *dilatación e indiferenciación* del espacio público. Pero no los únicos, claro.

sostenidas en un Estado democrático. Y no todas ellas son *neutras* desde su confrontación con los valores democráticos ⁵.

El tercero guarda relación con otra de las consecuencias del ensanchamiento del espacio público que venimos considerando: lo denominaremos *la tiranía del suceso*. Hoy nuestras sociedades más ricas y avanzadas, e incluso las menos, poseen una gran capacidad de acceso a la información debido, entre otros factores que ahora no consideramos, a la omnipresencia de la imagen por mor de los avances tecnológicos. Pero toda esta información resulta de una *mediatización*, la conocemos a través de una formalización determinada que persigue la mayor publicidad de la información, es decir, una *mediatización ilimitada* como consecuencia ⁶.

Esta mediatización patológica termina por cuajar en un *nexo sobreentendido*: sólo lo conocido es legítimo. Sólo lo conocido se mediatiza y, de este modo, sólo lo mediatizado termina siendo legítimo. Ello trae como efecto no deseado que actores, discursos y representaciones relevantes permanecen al margen del espacio público, al no ser objeto de mediatización. Y ello a pesar de que puedan desempeñar funciones capitales dentro del funcionamiento de una sociedad. Por esta vía la inclusión en el espacio público se convierte en *criterio de legitimidad* de un discurso o representación.

Con alguna frecuencia esto es debido a que, en determinada posición de equilibrio donde prima la información, la mirada del periodista ocupa una posición de *patrón* de las demás miradas y discursos. El discurso periodístico-mediático se impone a todos y privilegia determinadas modalidades de expresión lingüística y simbólica que, siendo legítimas en el ámbito periodístico, no lo son más allá de él. La *tiranía del suceso* disuade cualquier otro enfoque.

Ello nos lleva a un cuarto aspecto inferido del anterior y que podríamos formular en términos de pregunta: ¿qué criterio utilizar para dar la palabra a los actores? Una pregunta de gran importancia en la medida en que es a través de la información como puede llegarse a ocupar de modo más expeditivo cierto espacio público y aspirar así a integrar representaciones de la política acordes a los valores o intereses del actor.

La fijación del «criterio de acceso» es un aspecto técnicamente complicado y, en todo caso, vidrioso. El informador puede optar por aplicar un criterio de *representatividad*, pero éste es un criterio de carácter sociológico o político. Y, sobre todo, es relativo, pues la representatividad lo es siempre respecto de algo. La tendencia a aplicar este tipo de criterios externos o formales, sin duda dominante, es altamente perniciosa. Sobre todo porque los valores de mayor relevancia para el funcionamiento de las sociedades no «responden» a

⁵ Repárese, por ejemplo, en el problema de la inmigración. La posición de rechazo absoluto no puede gozar del mismo predicamento, independientemente de su capacidad de ocupar espacio público, de aquellas otras que proponen instrumentos de trato de esos seres humanos de acuerdo a valores como los que nuestra Constitución establece como superiores en el artículo 1.1 CE.

⁶ Un símbolo seguramente insuperable de lo que decimos lo constituyen los canales informativos 24/24 en donde se produce una reiteración de informaciones *ad nauseam*, a veces de modo patético, pues precisamente su misión consiste en convertir la realidad en *fragmentos mediáticos* cuyo destino no es sino el de su sustitución por otros. Ahí la mediatización pasa de instrumento a *fin en sí*.

este tipo de técnicas. Ello sucede con los valores científicos, culturales, estéticos o de otro tipo donde el criterio de *calidad* resulta más propio.

El «criterio de acceso» desnaturaliza frecuentemente la comunicación política hasta poder llegar a veces a enmascarar indicadores de explosión social⁷. Y, por esta vía, el criterio de representatividad puede llegar a contribuir a separar peligrosamente comunicación política de realidad social.

Esta posición de la comunicación política es especialmente delicada desde el punto de vista de los procesos políticos representativos, pues, en la medida en que supone una especie de «figura transitoria» que adoptan los conflictos sociales y enfrentamientos políticos, puede servir como un reforzamiento del principio representativo o, todo lo contrario, como un fenómeno claramente perjudicial para el funcionamiento de la democracia representativa.

La comunicación política, en quinto lugar, adquiere una posición todavía más central si cabe en los procesos de simplificación de las argumentaciones políticas. La política «a la vista del pueblo» se formula en términos de estereotipos, por más que el mismo pueblo haya dado sobradas pruebas de disposición y preparación para comprender los aspectos más sutiles de los problemas; especialmente aquellos que los actores políticos o líderes *no pueden verbalizar*.

Esta deriva de la comunicación política está íntimamente asociada a la frecuencia de los procesos electorales. Una elevada frecuencia produce una excesiva simplificación que termina actuando sobre la escala de tiempo, comprimiéndola. Cada elección requiere renovar las *dianas* de campaña produciendo inevitablemente la falsa sensación de que los problemas planteados poseen una solución rápida y expeditiva. Dicho en breve, simplificar la comunicación política *no simplifica la política*. Simplificar los debates *no simplifica la resolución de los problemas*.

VII. CONCLUSIÓN

Los sistemas democráticos representativos, y los partidos políticos con ellos, están sometidos a los desequilibrios entre los tres discursos que componen el espacio público donde se construyen las representaciones colectivas de la política.

La representación de la opinión pública en el seno de los procesos de comunicación política es siempre insatisfactoria y parcial..., en relación con la deducida del resultado del ejercicio del sufragio universal por los ciudadanos. Definitivamente el desequilibrio no es un *problema técnico-demoscópico*. La seguridad de la incertidumbre está felizmente garantizada. Pero la amenaza grave se proyecta sobre aquellas decisiones que *no están sujetas a votación*. Allí donde

⁷ Sigue siendo un ejercicio muy aleccionador hojear los medios de comunicación escrita, o las programaciones de televisión, los seis meses anteriores a los acontecimientos parisinos de mayo de 1968. Una somera divulgación en prensa de los *graffiti* que impregnaban las paredes de los edificios universitarios, cuando ésta era una actividad espontánea, hubiera podido advertir de modo indubitado a la satisfecha sociedad forjada por los padres de aquellos jóvenes agitadores del real estado de cosas.

no hay decisión articulada a través de la mediación político-partidaria y respaldada por un proceso electoral, *el sondeo* se desliza desde su justa condición de instrumento *parcial* de conocimiento a *único factor explicativo*. Esto llega al delirio cuando las magnitudes cuantitativas demoscópicas *se mediatizan*.

Pero no es menor el riesgo cierto de desequilibrio cuando los *medios* actúan como *representantes* de la opinión pública *ante* los políticos. Esta tendencia rampante en sociedades con democracias jóvenes es inquietante por su reiteración; porque todos sabemos que un profesional de la comunicación habla siempre única y exclusivamente en su propio nombre.

Pero felizmente el modelo democrático de convivencia política hunde sus raíces más sólidas en el hecho de que *no hay relación de identidad entre público, opinión pública y cuerpo electoral*. Los tres no son sino representaciones parciales de una realidad difícilmente representable sobre la que admitimos como mejor representación la electiva, en una competencia abierta articulada a través de un conjunto de ofertas que penosamente tienden a formalizar nuestros jóvenes y achacosos partidos.

Hoy, los ciudadanos se encuentran insertos en una *sociedad individualista de masas*. El ciudadano está en el centro del sistema político pero en una escala muy distante de aquella en que se ordenan política y economía. Es *soberano* y libre, pero está a la vez solo y carece de poder. El ciudadano de la cultura a que pertenecemos es un gigante en materia de información, pero un ser impotente si pretende reaccionar frente a esa información.

Aunque, si bien se mira, este ciudadano puede consolarse viendo cómo la comunicación política posee su propio talón de Aquiles frente al que permanece inmune y hasta superior: la comunicación política siempre se debate entre las dos escalas de tiempo que constituyen la política: la del acontecimiento y la estructural.

Seguramente sería impropio afirmar que se perciben señales alarmantes, pero no lo es decir que se observan señales de crisis. Y esto ya es suficiente para no perder de vista cualquier cambio en el juego entre el esforzado y crecientemente dificultoso trabajo de articular decisiones políticas representativas y la forma en que se le contraponen representaciones de la política que corporeizan nuevos retos para un sistema democrático siempre sobredemandado.

Nunca debemos olvidar que el supremo valor y objetivo de la representación política, *la paz civil*, depende de las representaciones que las diferentes fuerzas políticas y sociales se forman *desde* su visión del mundo y *desde* el modo en que se autorreconocen en los procesos de comunicación política.

III

NOTAS Y DICTÁMENES

Algunas reflexiones en torno al Real Decreto-ley 11/2004, de 23 de diciembre, por el que se modifica la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA MODIFICACIÓN DE LAS LEYES POR OTRAS ANTERIORES.—III. EL PRESUPUESTO DE HECHO HABILITANTE: «LA EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD».—IV. LA MATERIA PRESUPUESTARIA COMO LÍMITE MATERIAL DEL DECRETO-LEY.—V. LA CONVALIDACIÓN PARLAMENTARIA DEL DECRETO-LEY.

I. INTRODUCCIÓN

«La potestad de dictar Decretos-leyes, normas con rango de ley, con la misma eficacia derogatoria que las leyes, significa escindir en dos la potestad legislativa reconociéndola no sólo en las Cortes, que la ejercen por sí misma o la delegan en el Gobierno, sino también en este último como una potestad propia. Negar esta escisión significa cerrar los ojos a la realidad del ordenamiento en nombre del principio puramente doctrinal de la separación de poderes»¹. Cuando I. de Otto escribió estas palabras probablemente no pudo aventurar cuál iba a ser el uso que de dicha potestad legislativa haría el Gobierno, siendo en algunos casos mucho más prolífica, cuantitativamente hablando, que la de las Cortes.

En efecto, en el año 2004 las Cortes Generales tan sólo aprobaron siete leyes (cuatro ordinarias y tres orgánicas) frente a los ocho Reales Decretos

★ Letrada de la Asamblea de Madrid. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional: Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 212.

Legislativos y los once Decretos-leyes aprobados por el Gobierno, uno de los cuales, el Real Decreto-ley 11/2004, de 23 de diciembre, será objeto de nuestra atención por las peculiaridades que, a nuestro criterio, presenta. No cabe ocultar que en el año 2004 se celebraron elecciones, por lo que el tiempo de funcionamiento de las Cámaras fue menor del ordinario. No obstante, a 25 de octubre de 2005, la cifra de Decretos-leyes tampoco es pequeña, doce, frente a dieciocho leyes ordinarias y cuatro orgánicas, por lo que los Decretos-leyes representan, en términos porcentuales, algo más de un treinta y cinco por ciento de la legislación total publicada de enero a octubre de 2005².

El Real Decreto-ley 11/2004 fue aprobado por el Consejo de Ministros el 23 de diciembre, expedido por el Rey en la misma fecha y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 312, de 28 de diciembre, con el fin de modificar en materia de pensiones públicas la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005 (BOE, núm. 312, de 28 de diciembre, rectificación de errores en el BOE, núm. 50, de 28 de febrero de 2005), entrando en vigor, por *mor* de lo establecido en la Disposición Adicional Cuarta, el 1 de enero de 2005. Conforme al artículo 86.2 de la Constitución, el meritado Decreto-ley fue convalidado por el Congreso de los Diputados el 28 de diciembre de 2004, convalidación que fue publicada en el BOE, número 11, de 13 de enero de 2005.

Cualquier operador jurídico que ojee el *Boletín Oficial del Estado*, número 312, de 28 de diciembre de 2005, puede observar algo afortunadamente no muy usual: en el apartado Disposiciones Generales, Jefatura del Estado, aparece en primer lugar la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005 y, a continuación (intercalado por el Real Decreto-ley 10/2004, de 23 de diciembre), el Real Decreto-ley 11/2004, de 23 de diciembre, que modifica la citada Ley de Presupuestos. No deja de ser sorprendente o, cuando menos, llama la atención que en el mismo Diario Oficial se publique una norma y su modificación. *Prima facie* esta circunstancia denota una cierta imprevisión en el legislador, pero todavía es aún más llamativo que la modificación se efectúe mediante Decreto-ley que, curiosamente, ha sido aprobado con anterioridad a la fecha de la propia norma objeto de reforma. Estas y algunas otras cuestiones, de las que se dejará constancia más adelante, hacen que el Real Decreto-ley 11/2004 merezca cierta atención.

La modificación operada mediante el Decreto-ley afecta básicamente, aunque no de modo exclusivo, al Título IV de la Ley de Presupuestos, relativo a las pensiones públicas, y consiste en incrementar las cuantías de los haberes reguladores de las pensiones, los límites máximos para el señalamiento inicial de las pensiones, las cuantías de la revalorización y los ingresos mínimos para percibir los complementos para mínimos, así como el importe de dichos complementos. El citado incremento viene motivado por la necesidad de

² Algunos datos estadísticos, sorprendentes, relativos a los Decretos-leyes aprobados en el período comprendido entre 1987 y 2003 pueden encontrarse en Pablo Santolaya Machetti, «Veinticinco años de fuentes del Derecho: el Decreto-ley», en *Revista de Derecho Político*, núm. 58-59, 2003-2004, p. 388.

incorporar a las bases sobre las que se aplica la revalorización de las cuantías de las pensiones la desviación producida entre el Índice de Precios al Consumo previsto y el real.

II. LA MODIFICACIÓN DE LAS LEYES POR OTRAS ANTERIORES

Es uno de los principios estructurales que rigen las relaciones entre las normas de un ordenamiento jurídico el principio de sucesión cronológica que constituye la dimensión temporal que junto con las dimensiones vertical, horizontal y de profundidad, integran la estructura cuatridimensional del sistema normativo según la aplicación que de la geometría einsteniana al mundo normativo hiciera, con gran acierto, Santamaría Pastor³. Con arreglo a este principio la norma posterior modifica o extingue a la norma anterior con la que entra en colisión. Su formulación legal se halla contenida en el artículo 2.2 del Código Civil al disponer, *ad litteram*:

«Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado.»

Bien es cierto que el transcrito precepto no se refiere a la modificación, sino a la derogación, que técnicamente no es exactamente lo mismo que aquélla. La derogación es la cesación de la vigencia de las normas en virtud de una norma posterior (ya sea de forma expresa o tácita, como consecuencia de la incompatibilidad del contenido de ambas), en tanto que la modificación de una norma es la alteración de todo o parte de su contenido por otra que expresamente lo señala. No obstante, en ocasiones suele considerarse a las leyes de derogación como una modalidad de leyes modificativas⁴, lo que, en cierto modo, viene a relativizar las diferencias entre ambos conceptos.

Sin embargo, y salvando las diferencias, a los efectos que a nosotros nos interesa podemos señalar que el aforismo latino *lex posterior derogat anterior*, puede ser aplicado, *mutatis mutandis*, a la modificación de una norma, habida cuenta que difícilmente, al menos en una concepción lógica y racional y por la propia esencia del concepto de modificación, puede modificar una norma anterior a otra posterior. Revisar o modificar algo, ya sea en el mundo jurí-

³ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 156 a 163.

⁴ Un ejemplo de esta asimilación lo encontramos en M.^a Teresa Castiñeira Palou, «Las leyes modificativas», en *Gretel: La forma de las Leyes. 10 estudios de Técnica Legislativa*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 202. Asimismo, el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa (BOE, núm. 180, de 29 de julio) señala en la Directriz 51 que «las disposiciones modificativas pueden ser de nueva redacción, de adición, de derogación, de prórroga de vigencia o de suspensión de vigencia».

dico o en el de cualquier otro sector de la vida, requiere que ese algo a cambiar ya exista, porque de lo contrario no se trata de un cambio, sino de instaurar *ex novo* una situación o una cosa. De la definición misma que del término «modificar» ofrece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se infiere la necesidad de preexistencia del objeto a modificar al definirlo como «transformar o cambiar una cosa mudando alguno de sus accidentes».

Prima facie, la realidad parece haber hecho sucumbir esta necesidad. Como ya se señaló, el Real Decreto-ley 11/2004 por el que se modifica la Ley de Presupuestos Generales del Estado es de 23 de diciembre, en tanto que la norma modificada tiene como fecha la de 27 de diciembre. La simple contraposición de fechas evidencia que la norma modificativa es de fecha anterior a la norma a modificar, ¿cómo es esto posible?

La explicación a esta inusual circunstancia se encuentra en el modo de concreción de la fecha de las leyes. Lo que determina la fecha de las leyes no es la aprobación parlamentaria, como en líneas generales defiende la doctrina⁵, ni el de la publicación⁶, sino la de su promulgación. Sin entrar en mayores consideraciones sobre la conveniencia de que el acto de la promulgación sirva de factor concluyente para numerar y datar las leyes, sí cabe reseñar que puede producir efectos como el que en estos momentos analizamos. Máxime si se sigue, como parece haber sido el criterio del Gobierno en este supuesto, la tesis de la aprobación parlamentaria como acto del procedimiento legislativo por el que se dota de validez a las leyes. Esta circunstancia nos conduce, sin solución de continuidad a la polémica doctrinal acerca de si la perfección de la ley y, en consecuencia, su existencia tiene lugar a partir de su aprobación por el titular de la soberanía popular o si, por el contrario, queda retrasada a un momento ulterior del procedimiento legislativo cual es el de la publicación de la ley en el Diario Oficial correspondiente.

La polémica suele plantearse en términos bipolares porque mayoritariamente se suscita al hilo del análisis de la naturaleza jurídica del requisito de la publicación de las leyes, aunque, en realidad, pudieran señalarse tres posturas diferenciadas si se adopta como punto de mira el acto que dota de validez a las leyes.

Un sector doctrinal postula, con clara influencia francesa y con gran predicamento en la doctrina italiana, que la ley existe jurídicamente desde el mismo momento que es aprobada por el Parlamento, pues con el acto de aprobación parlamentaria queda perfeccionada, de tal modo que los actos ulteriores de sanción, promulgación y publicación previstos en el artículo 91

⁵ Sobre la conveniencia de que la aprobación por el Parlamento sea lo determinante para la fijación de las leyes *vid.* Pablo Salvador Coderch, «El título de las leyes», y Carles Viver Pi i Sunyer; «La promulgación y la fecha de las leyes», ambos en Gretel: *La forma de las Leyes. 10 estudios de Técnica Legislativa*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 30 y 101 a 103, respectivamente.

⁶ No faltan autores que defienden que el número y la fecha de las leyes debería venir determinado por el momento de la publicación. *Vid.* Alfonso Arévalo Gutiérrez, «La publicación de la leyes y su conocimiento por la opinión pública» en Pau i Vall, Francesc (coord.), *Parlamento y Opinión pública*, Madrid, 1995, p. 181.

de la Constitución son, simplemente, requisitos para la eficacia de la ley, de ahí que formen parte de la tradicionalmente denominada fase integradora de la eficacia que, junto con la fase de iniciativa y constitutiva completan el *iter* legislativo. Entre nosotros se han hecho eco de esta tesis autores como Rodríguez-Zapata Pérez al afirmar que «aprobado el proyecto por las dos Cámaras, se perfecciona y deviene ley. En efecto, creo claro que la ley nace con la aprobación de las Cortes Generales [...]. Al término de esta fase constitutiva la ley será ya válida, pero no eficaz, como a menudo sucede con otros actos en Derecho Público y Derecho Privado»⁷. No menos tajante en sus consideraciones son Molas y Pitarch al sostener que «el texto una vez aprobado por las Cortes Generales es ya ley plenamente válida. Pero para su eficacia es necesario que el Rey, como Jefe del Estado, la integre en el ordenamiento jurídico a través de su sanción y promulgación y sea conocida como tal a través de su publicación»⁸. Por su parte, Álvarez Conde llega a la conclusión de que «una vez finalizada la fase constitutiva, la ley ya es perfecta pero todavía no es eficaz, ya que faltan los trámites de la sanción del Monarca, su promulgación y su publicación»⁹. Asimismo, García Martínez sostiene que «El acto legislativo del Parlamento es el único capaz de perfeccionar la ley, lo que supone que la aprobación por parte del Parlamento de un texto normativo supone su existencia como ley desde ese momento, es decir, tiene relevancia jurídica, existe para el mundo del Derecho»^{10, 11}.

Una segunda posición, encabezada por Pérez Serrano, retrasa el momento de la perfección de la ley y su consecuente existencia en el mundo del Derecho a la sanción y promulgación reales. Efectúa este autor un ingenioso símil entre la promulgación y la inscripción registral de una persona: «mientras no se ha realizado [la promulgación] carece la Ley de existencia, al modo como el niño carece de existencia legal mientras no se le inscribió, pero una vez promulgada la Ley tiene existencia en Derecho»¹². En términos más tajantes se pronuncia Garrido Falla al señalar que «una ley aprobada por las Cortes y sancionada por el Rey es una norma jurídica perfecta cuyos efectos jurídicos (la vigencia) penden de un hecho cual es la publicación [...]. Una cosa es que, desde el punto de vista de su publicación, la ley

⁷ Jorge Rodríguez-Zapata Pérez: *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 30.

⁸ Isidre Molas e Ismael Pitarch, *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de gobierno*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 162-163.

⁹ Enrique Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional español*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1993, p. 150.

¹⁰ Asunción García Martínez, *El procedimiento legislativo*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. 186.

¹¹ Aunque no se pronuncia en términos tan categóricos, también se inserta en este sector doctrinal Manuel Aragón Reyes, que encuadra la sanción, promulgación y publicación en la fase del *iter* legislativo integradora de la eficacia de la ley, si bien introduce matizaciones en cuanto a la sanción, habida cuenta del significado actual de nuestra monarquía parlamentaria y el consiguiente valor de la sanción. *Vid. Dos estudios sobre la monarquía parlamentaria*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 110-120; *ídem* en «Monarquía parlamentaria y sanción de las leyes», en *Estudios sobre la Constitución Española. Estudios homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 1954-1955.

¹² Nicolás Pérez Serrano, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1984, p. 801.

no publicada es como si no existiere; y otra cosa es que realmente no exista»¹³. En el mismo sentido se manifiesta Solozábal Echavarría al afirmar, refiriéndose a la sanción, que «la intervención del monarca tiene, pues, lugar en la fase constitutiva o perfectiva del procedimiento y no en la fase integradora de la eficacia», y posteriormente que «la publicación es, pues, un acto sucesivo al perfeccionamiento de la ley, que existe con anterioridad a ella»¹⁴.

Por último, la posición doctrinal de influencia germánica, defendida en nuestra doctrina científica por De Castro y Bravo¹⁵, suele contraponerse dialécticamente a las dos anteriores y consiste en mantener que la publicación no es un simple requisito de eficacia de la ley, sino una verdadera *conditio sine qua non* de la validez de la norma legal, que no es perfecta hasta que no resulta publicada en el *Boletín Oficial del Estado*. En esta corriente se insertan, entre otros¹⁶, autores de la talla de García de Enterría y Fernández, que sostienen que es legítimo calificar la publicación oficial como acto constitutivo¹⁷; de Otto y Pardo, quien mantiene que «la publicación de la ley es un requisito esencial para su existencia como norma, para su incorporación al ordenamiento jurídico como una verdadera norma»¹⁸. Por su parte, Biglino Campos, al estudiar con detenimiento la materia, manifiesta con rotundidad que «una norma no publicada debe considerarse inexistente porque todavía no ha ingresado en el ordenamiento. Dicha situación impide radicalmente su aplicación, dado que ningún operador jurídico puede aplicar algo que todavía no existe. Pero, además, la publicación, por ser un requisito de procedimiento impuesto en el ordenamiento, debe considerarse como un elemento de validez de la norma elaborada»¹⁹.

Enunciadas las diferentes teorías, veamos la repercusión que cada una tiene en el caso que nos ocupa. De acuerdo con la segunda de ellas, como la ley se perfecciona con la sanción o con la promulgación, no existiendo jurídica-

¹³ Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Tecnos, Madrid, 1989.

¹⁴ Juan José Solozábal Echavarría, *La sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 104 y 160. En el mismo sentido escribe que «la sanción es un acto obligatorio, pero también necesario para la perfección de la ley que no es tal sin la colaboración del Monarca. La intervención del Monarca tiene lugar en la fase constitutiva o perfectiva del procedimiento y no en la fase integradora de la eficacia», en «Sanción, promulgación y mandato de publicación de las leyes», en Ángel Garrorena Morales (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, 1988, p. 181.

¹⁵ De Castro y Bravo, *Derecho Civil de España. Parte General*, I, INEJ, Madrid, 1955, pp. 392 y ss.

¹⁶ A fin de no cargar el texto de la exposición de excesivas citas se hace referencia en esta nota a otros autores, no menos importantes, que defienden esta tesis. *Vid.* Alfonso Arévalo Gutiérrez, «La publicación de las leyes y su conocimiento por la opinión pública», en Francesc Pau i Vall, (coord.), *Parlamento y Opinión pública*, Madrid, 1995, pp. 178-183; Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 486; Luis Sánchez Agesta, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Ederesa, Madrid, 1996, p. 334; José Luis Villar Palasí y José Luis Villar Ezcurra, *Principios de Derecho Administrativo*, I, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 1987, pp. 90-91.

¹⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 113. Bien es cierto que estos autores consideran la ley perfecta desde la aprobación parlamentaria, si bien sólo desde la publicación produce efectos *ad extra*.

¹⁸ Ignacio de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 111.

¹⁹ Paloma Biglino Campos, «Publicidad de las normas», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5393-5394; *idem* en «Publicidad de las normas» en Aragón Reyes (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, I, Civitas, Madrid, 2001, pp. 275-276.

mente hasta ese momento, se llega a la paradoja de que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2005, que fue sancionada y promulgada el 27 de diciembre de 2004 y que, por tanto, de conformidad con esta tesis no existía jurídicamente hablando con anterioridad a esa fecha es modificada por una norma anterior, el Decreto-ley 11/2004, de 23 de diciembre. Con arreglo a esta postura no es posible, entonces, que el Gobierno pueda dictar un Decreto-ley modificando una norma que todavía no existe.

Las dificultades que presenta la mencionada tesis para explicar el caso que analizamos se obvian si se sigue la primera de las expuestas, que, por otra parte parece ser la que ha orientado la actuación del Gobierno, consciente o inconscientemente, al aprobar el 23 de diciembre el Decreto-ley de modificación de la Ley de Presupuestos. Teniendo en cuenta que esta última recibió la aprobación definitiva del Congreso de los Diputados el día 22 de diciembre, concluyendo así la fase parlamentaria del procedimiento legislativo y estimando que, según la posición doctrinal ahora considerada, desde el día 22 de diciembre la Ley de Presupuesto Generales del Estado para 2005 forma parte del ordenamiento jurídico, no cabe sino concluir que la modificación operada por el Decreto-ley aprobado por el Gobierno es una modificación producida válidamente (sin efectuar en este momento valoraciones de tipo sustancial, sino desde una perspectiva puramente formal) por una norma que efectivamente es posterior.

Con arreglo a este criterio hubiera sido perfectamente posible, en términos jurídicos, que el Decreto-ley 11/2004 se publicara en el *Boletín Oficial del Estado* con anterioridad a la publicación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Sin embargo, esta circunstancia, de haberse producido, hubiera sido distorsionadora para el operador jurídico y para el ciudadano en general, pues, como señalara Kelsen, parecería peregrino que se publicara en la colección legislativa oficial la derogación —o la modificación, añadimos nosotros— de una ley que jamás ha sido publicada en ella²⁰. Para evitar esta circunstancia el Ejecutivo ha retrasado, entendemos que deliberadamente, la publicación del Decreto-ley para hacerla coincidir con la publicación de la norma modificada.

Este hecho no supone, empero, adoptar la tercera de las concepciones que, a nuestro juicio, es la que cuenta con más respaldo desde el punto de vista del Derecho positivo. Sin ánimo de ser exhaustivo²¹ por exceder de los límites del presente trabajo, sí debemos manifestar que desde un planteamiento puramente *iuspositivista* la publicación de las normas en los diarios oficiales excede de un mero requisito de eficacia que condiciona la entrada en vigor de las normas una vez transcurrido en su caso la *vacatio legis*, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1 del Código Civil. No sólo argumentos legales, sino también constitucionales avalan la consideración de la publicidad de las normas como un requisito sin el cual la norma no se integra en el ordenamiento jurídico.

²⁰ Hans Kelsen, *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado*, Méjico, 1987, p. 371.

²¹ Sobre los argumentos a favor de la consideración de la publicación como un requisito constitutivo, *vid.* las obras citadas en las notas 15 a 19.

Es un principio básico de nuestro sistema constitucional, garantizado en el artículo 9.3 de la Carta Magna y derivado de la configuración del Estado español como un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) el de publicidad de las normas, que se encuentra íntimamente ligado, como ha tenido ocasión de indicar el Tribunal Constitucional ²², al de seguridad jurídica, igualmente consagrado en el Texto Constitucional. El juego combinado de ambos principios exige que los ciudadanos puedan tener la certeza acerca de las situaciones jurídicas que le afectan y la posibilidad de ejercer y defender sus derechos, para lo que es imprescindible la plasmación de la norma en un texto publicado oficialmente que fije de modo auténtico y permanente su contenido, posibilitando así el conocimiento de las normas a las que los ciudadanos y los poderes públicos han de ajustar su comportamiento y actuación. La publicación que en el Derecho vigente cumple estas exigencias es, en el ámbito estatal, la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

A lo anterior se añade, para el caso de las leyes en sentido formal, la previsión contenida en el artículo 91 de la CE que exige que las leyes aprobadas por las Cortes sean sancionadas y promulgadas por el Rey y publicadas, precepto que se inserta en el Capítulo II, rubricado «De la elaboración de las leyes», en el que se regulan las tres fases del procedimiento que han de seguirse de manera necesaria para la emanación de una ley formal.

A los meritados argumentos de rango constitucional se adicionan los de la legislación. En este plano la invocación del artículo 31 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional es concluyente. De acuerdo con este precepto legal el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley sólo podrá promoverse a partir de su publicación oficial, lo que viene a demostrar que, con anterioridad a la publicación la norma no puede ser expulsada del ordenamiento jurídico mediante declaración de inconstitucionalidad por la sencilla razón de que hasta entonces no ha ingresado en él.

De acuerdo con esta concepción, no podría el Gobierno aprobar un Decreto-ley modificativo de una ley que todavía no ha sido publicada porque, con independencia de su conocimiento oficioso en virtud de las fluidas relaciones existentes entre el Gobierno y el grupo parlamentario que lo respalda en el Parlamento, el Ejecutivo, como cualquier otro poder público o los ciudadanos, no pueden constatar fehacientemente el contenido de la norma hasta que no se publica oficialmente. Cuestión distinta es que desde que se tiene dicho conocimiento oficioso puedan comenzarse las tareas preparatorias y previas a la decisión gubernamental que, en nuestra opinión no debiera haberse tomado formalmente hasta, al menos, el día 28 de diciembre de 2004 en que se publicó la Ley de Presupuestos Generales del Estado. En consecuencia, con arreglo a este criterio difícilmente puede incluirse en el mismo diario oficial la publicación de una norma y su modificación ²³.

²² Así, por ejemplo, en la STC 179/1989, de 2 de noviembre.

²³ La misma conclusión parece desprenderse de la posición de Paloma Biglino Campos al señalar que «si la ley ha concluido todo el procedimiento constitucionalmente previsto y las Cámaras cambian

III. EL PRESUPUESTO DE HECHO HABILITANTE: «LA EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD»

Es por todos conocido que la legitimidad constitucional del Decreto-ley se halla condicionada, por exigencia del artículo 86 de la Constitución, que en este punto no es sino una copia casi literal del artículo 77 de la Constitución italiana, a la concurrencia de un presupuesto de hecho que habilita al Gobierno para dictar la disposición legislativa provisional: la extraordinaria y urgente necesidad. Es quizá esta cuestión y, en general, la concepción misma del Decreto-ley uno de los campos donde más divergencia existe entre la doctrina y la jurisprudencia constitucional, hasta el extremo de que puede afirmarse, no sin cierta exageración, que parecen discurrir por líneas paralelas que jamás llegan a encontrarse en punto alguno.

De la configuración constitucional del Decreto-ley ha deducido la generalidad de la doctrina que «la legislación gubernamental de urgencia representa una figura excepcional dentro del ordenamiento jurídico y, como tal, debe considerarse en una clave eminentemente restrictiva»²⁴. La constitucionalización de la figura responde a la intención de superar situaciones de épocas pasadas en las que circunstancias de excepcionalidad se resolvían mediante expedientes ajenos a los cauces constitucionales con el consiguiente peligro de alteración del sistema constitucional preestablecido. Ahora bien, el reconocimiento de este instrumento normativo no supone sin más un cheque en blanco para su utilización indiscriminada por el Ejecutivo. Más bien lo contrario, de la dicción literal del artículo 86 de la Constitución parece deducirse que el constituyente ha querido circunscribir la facultad concedida al Gobierno para dictar disposiciones legislativas a términos reducidos, sobre la base de tres pilares: la imprescindible concurrencia de extraordinaria y urgente necesidad, la limitación material de la figura, cuya utilización queda vedada en ciertas materia y la existencia de un doble mecanismo de control *a posteriori* a cargo de un órgano político, el Congreso de los Diputados, y otro jurisdiccional, el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, esta concepción no es la acogida por el Tribunal Constitucional, de cuya jurisprudencia se infiere una interpretación amplia del Decreto-ley, concebido únicamente como una figura normativa no ordinaria, pero lejos de la consideración como una norma excepcional. Así, en la Sentencia 6/1983, de 4 de febrero, puede leerse:

«Nuestra Constitución ha contemplado al Decreto-ley como un instrumento normativo, del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas

de opinión acerca de su contenido, pueden derogarla, en cuanto que es una norma existente. Pero, si el texto no ha sido publicado, es difícil pensar que quepa desarrollar nuevamente la función legislativa, aprobando un nuevo acto de contenido contrario», en *La publicación de la Ley*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 83.

²⁴ Ana M. Carmona Contreras, *La configuración constitucional del Decreto-ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 80.

cambiantes de la vida actual, siempre que su utilización se realice bajo ciertas cautelas.»

Desde luego no es, con mucho, la mejor definición de la figura normativa del Decreto-ley a la luz de la Norma Suprema. Como acertadamente ha señalado J. Pérez Royo ²⁵, estos términos parecen más apropiados para definir la ley que el Decreto-ley en el Estado Constitucional contemporáneo en el que la ley, a pesar de su vocación de permanencia y estabilidad está condicionada por el cambio incesante que se produce en la sociedad a la que se dirige.

El talón de Aquiles de la configuración del Decreto-ley lo constituye, sin duda alguna, la determinación de la extraordinaria y urgente necesidad. Es cierto que el Texto Constitucional no especifica en qué consiste la extraordinaria y urgente necesidad que legitima la utilización de este instrumento normativo; también lo es que, en abstracto, no es fácil determinar cuándo nos encontramos ante una necesidad de este tipo. En una primera aproximación lo que no queda opción a especulaciones es que la necesidad de dictar un Decreto-ley ha de ser, de manera conjunta, extraordinaria y urgente, sin que tales apelativos puedan considerarse indistintamente a la hora de justificar constitucionalmente la norma legal.

Los amplios términos en que el Tribunal Constitucional ha concebido el Decreto-ley le han llevado a forjar la distinción entre necesidad absoluta y necesidad relativa para incardinar la figura dentro de esta última, no sin críticas por parte de la doctrina ²⁶. Esta distinción, acuñada en la doctrina italiana por Esposito, ha sido acogida en la ya mencionada STC 6/1983, de 4 de febrero, en los siguientes términos:

«Nuestra Constitución ha adoptado una solución flexible y matizada respecto del fenómeno del Decreto-ley, que, por una parte, no lleva a su completa proscripción en aras del mantenimiento de una rígida separación de los poderes, ni se limita a permitirlo en forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta, entendiendo por tales aquellas en que puede existir un peligro inminente para el orden constitucional. [...] Lo primero quiere decir que la necesidad justificadora de los Decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fun-

²⁵ Javier Pérez Royo, «La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno» en VVAA, *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona, Barcelona, Madrid 1985, p. 139.

²⁶ Véase Ana M. Carmona Contreras, *La configuración constitucional del Decreto-ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 99 a 103; Agustín de Vega García: «La cláusula «extraordinaria y urgente necesidad» del Decreto-ley en la jurisprudencia constitucional española», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 68, 1990, p. 267. Quizá unos de los autores más críticos con el uso que del Decreto-ley se ha hecho en la práctica, como consecuencia de la amplia interpretación del Tribunal Constitucional, son Marc Carrillo, «El Decreto-ley: ¿Excepcionalidad o habitualidad?», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 11, 1987; y Pablo Santolaya Machetti en «Veinticinco años...», *op. cit.*

damentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes.»

Con la diferenciación entre necesidad absoluta, cubierta por los estados excepcionales del artículo 116 de la Constitución, y la necesidad relativa a la que se vincula el uso del Decreto-ley, el Tribunal Constitucional efectúa una distinción de grado en cuanto a la necesidad que legitima el empleo de este instrumento normativo hasta el punto que la extraordinariedad de la necesidad se relaja tanto que, como sostiene Carmona Contreras²⁷, esta última casi queda reducida a un dato temporal, la urgencia en la regulación de una situación. Se minimiza la excepcionalidad exigida por el Texto Constitucional, hasta el extremo de justificar la producción de Decretos-leyes en casos en que la necesidad se origina «en el ordinario desenvolvimiento del quehacer gubernamental»²⁸, «en todos los casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país[...] o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta»²⁹.

Junto a lo anterior, la urgencia que caracteriza a la necesidad legitimadora del uso del Decreto-ley se identifica con la imposibilidad de desarrollar todo el trámite parlamentario de aprobación de las leyes para regular una situación de forma eficaz, ni siquiera por la vía del procedimiento de urgencia previsto en los Reglamentos parlamentarios. En este sentido el Alto Tribunal avala la constitucionalidad del Decreto-ley para atender una situación «de tal naturaleza que no pueda ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia»³⁰ o que «por razones difíciles de prever, reclaman una acción legislativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la tramitación parlamentaria de las leyes»³¹. De ahí que se utilicen como datos a tener en cuenta para determinar la urgencia el lapso temporal que transcurre entre la aprobación de la norma y su publicación en el *BOE* y la entrada en vigor.

Con tan laxa interpretación del Decreto-ley efectuada por la jurisprudencia constitucional la necesidad extraordinaria y urgente de dictar un Decreto-ley queda a la consideración de criterios de oportunidad política de libre apreciación por el Ejecutivo. Ya tempranamente el Supremo Intérprete de la Constitución, en la Sentencia 29/1982, de 31 de mayo, admitía que «con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideración de extraordinaria y

²⁷ Ana M. Carmona Contreras, *La configuración constitucional del Decreto-ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 99.

²⁸ STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 3.º

²⁹ STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 5.º

³⁰ STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3.

³¹ STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 6.

urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma por la vía del Decreto-ley»³².

En consonancia con el elevado margen de maniobra que se otorga al Gobierno para dictar un Decreto-ley, el Tribunal Constitucional considera que el examen sobre la concurrencia del presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, «los que quedan reflejados en la Exposición de Motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma»³³.

Retornando al análisis del Decreto-ley que nos ocupa, se hace preciso examinar la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante a la luz de los criterios expuestos. El punto de partida previo lo constituye la necesidad de incorporar en la Ley de Presupuestos Generales del Estado la desviación producida en el IPC entre noviembre del año anterior y noviembre del año en curso para aplicarla a la revalorización de las pensiones, exigida legalmente por el artículo 48 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y el 27 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, el primero de los cuales establece en su apartado primero, recogiendo las recomendaciones del denominado «Pacto de Toledo»:

«Uno. 1. Las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, serán revalorizadas al comienzo de cada año, en función del correspondiente índice de precios al consumo previsto para dicho año.

2. Si el índice de precios al consumo acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización, fuese superior al índice previsto, y en función del cual se calculó dicha revalorización, se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. A tales efectos, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, se les abonará la diferencia en un pago único, antes del 1 de abril del ejercicio posterior.»

En años anteriores la adecuación de las cuantías de las pensiones al incremento real del Índice de Precios al Consumo se ha efectuado durante la tramitación parlamentaria en el Senado del Proyecto de Ley de Presupuestos

³² Esta línea jurisprudencial ha sido continuada con posterioridad; véase al respecto la STC 111/1983, de 2 de diciembre y otras más recientes, como la SSTC 182/1997, de 28 de octubre; 11/2002, de 17 de enero, y 137/2003, de 3 de julio.

³³ SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; y 11/2002, de 17 de enero, FJ 4; STC 137/2003, de 3 de julio, FJ 3.

mediante la presentación de enmiendas al articulado por el Grupo Parlamentario que sustentaba al Gobierno. Así ha sucedido, a título de ejemplo, en relación a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004 con las enmiendas números 1892 y 1893, presentadas por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado (BOCG, Senado, Serie II, núm. 172(e), de 4 de diciembre de 2003, p. 884). Asimismo, en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2003, se presentaron por el Grupo Popular sendas enmiendas, las número 1201 y 1202, para incorporar el incremento real experimentado por el IPC entre noviembre de 2001 y noviembre de 2002 (BOCG, Senado, Serie II, núm. 94(e), p. 584)³⁴.

Sin embargo, no se ha podido continuar con esta práctica, como consecuencia del veto introducido en el Senado al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, aprobado por la Comisión de Presupuestos el 2 de diciembre y ratificado por el Pleno el 13 del mismo mes. Tampoco se ha podido evitar esta situación en fase de enmienda en el Congreso de los Diputados habida cuenta que la evolución del IPC entre noviembre de 2003 y noviembre de 2004 no se conoce hasta el 15 de diciembre.

Esta imposibilidad material de incorporar la desviación del IPC, explicitada en la Exposición de Motivos³⁵, conduce sin solución de continuidad en la argumentación gubernamental a la necesidad de dictar el Decreto-ley porque, de lo contrario, a juicio del Ejecutivo, se «originaría un grave que-

³⁴ Curiosamente no se incluyen en las enmiendas referidas el contenido concreto en que consiste la modificación operada por la enmienda, sino que se limita a usar una fórmula del siguiente tenor: «modificación que resulte procedente como consecuencia del incremento real que experimente el IPC en el período noviembre de (...) a noviembre de (...)». Ciertamente no es la mejor redacción para garantizar la seguridad jurídica.

³⁵ *Ad litteram* los párrafos cuarto, quinto y sexto de la Exposición de Motivos señalan: «La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005 (RCL 2004, 2651) establece las previsiones de revalorización para dicho ejercicio en función del IPC previsto y la paga única por desviación de la inflación real de 2004 sobre la inicialmente considerada. No obstante, como consecuencia del veto aprobado por el Senado en sesión plenaria el pasado 13 de diciembre, la Ley de Presupuestos Generales del Estado no ha podido recoger la evolución del IPC entre noviembre de 2003 y noviembre de 2004, conocida el 15 de diciembre, y que en ejercicios anteriores se incorporó al proyecto de ley en su trámite parlamentario de discusión de enmiendas parciales por el Pleno del Senado.

Esta circunstancia originaría un grave quebranto a los pensionistas españoles, absolutamente contradictorio con el compromiso del Gobierno de España de mantener el poder adquisitivo de las pensiones y de elevar paulatinamente las cuantías de las pensiones más bajas, que tendría incidencia en los siguientes contenidos de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2005: haberes reguladores de las pensiones del régimen de clases pasivas del Estado; importes de las pensiones de la legislación especial derivada de la Guerra Civil; cuantías más reducidas en el señalamiento inicial y en la revalorización de pensiones; límites más escasos de ingresos para acceder a los complementos por mínimos y a las prestaciones de la Seguridad Social por hijo a cargo; cuantías de las pensiones mínimas, no contributivas, de las no concurrentes del extinguido seguro obligatorio de vejez e invalidez y determinados subsidios y ayudas sociales.

Se hace, pues, imprescindible que, con carácter urgente, se adopten las medidas necesarias para garantizar a los pensionistas de clases pasivas y de la Seguridad Social, tanto en sus modalidades contributivas como no contributivas, y a los perceptores de otras pensiones y demás prestaciones públicas el mantenimiento íntegro del poder adquisitivo de sus pensiones o demás prestaciones, de modo que los porcentajes de revalorización previstos para 2005 se apliquen sobre las cuantías de 2004, una vez actualizadas conforme a la desviación del IPC producida entre noviembre de 2003 y noviembre de 2004 respecto del inicialmente previsto para este último ejercicio».

branto a los pensionistas españoles, absolutamente contradictorio con el compromiso del Gobierno de España de mantener el poder adquisitivo de las pensiones».

El examen del debate parlamentario de convalidación arroja los mismos datos. La argumentación aducida por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales durante la presentación del Decreto-ley en el trámite parlamentario de convalidación del mismo es similar con alguna adición. La situación financiera favorable de la Seguridad Social, el compromiso contenido en el «Pacto de Toledo» garantizando el poder adquisitivo de las pensiones públicas, el desarrollo de los compromisos asumidos con los ciudadanos el 14 de marzo de 2004 y la imposibilidad de incorporar la evolución del IPC a causa del veto introducido por el Senado son los motivos que han hecho obligatorio la aprobación del Decreto-ley para evitar «un grave quebranto a los pensionistas españoles»³⁶.

A la vista de estas explicaciones justificativas de la «extraordinaria y urgente necesidad» pudiera parecer que efectivamente era una necesidad ineludible el dictar el Decreto-ley 11/2004. Sin embargo, pudieran hacerse algunas consideraciones que posiblemente relativizan el carácter inexorable con que se presenta la aprobación de la legislación de urgencia.

Es cierto que por imperativo legal y según el precepto transcrito de la Ley General de la Seguridad Social, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado se debe recoger en materia de pensiones la desviación producida en el IPC entre noviembre del ejercicio económico anterior y noviembre del ejercicio sobre el que se aplica la revalorización de las pensiones; y, asimismo, compensar con una paga única esa desviación antes del 1 de abril del ejercicio siguiente. Ahora bien, de esta exigencia legal no cabe inferir, al menos de modo inequívoco, que se haya de dictar el Decreto-ley para incorporar en la Ley de Presupuestos esta desviación antes de la entrada en vigor de la misma.

Si se tienen en cuenta los criterios temporales que el Tribunal Constitucional emplea como parámetro de la legitimidad constitucional del empleo de la figura normativa del Decreto-ley, de los que ya se ha dejado constancia, la urgente necesidad de esta decretación de urgencia pudiera quedar en entredicho si se tiene en cuenta que la regulación de la materia en cuestión pudiera llevarse a cabo, a nuestro juicio, antes del 1 de abril, mediante el procedimiento legislativo de urgencia, e incluso, por el procedimiento de tramitación en lectura única, retro trayendo sus efectos al 1 de enero de 2005.

Pudiera alegarse en contra el perjuicio que para los pensionistas ocasionaría el retraso en la incorporación de la desviación entre el IPC real y el previsto si se espera a la tramitación parlamentaria de una ley por los procedimientos reglamentariamente previstos que permiten reducir el tiempo de desarrollo de dicha tramitación. Ahora bien, no debe olvidarse que «el grave quebranto a los pensionistas», por utilizar las palabras de la Exposición de

³⁶ El debate parlamentario de convalidación del Decreto-ley 11/2004 se encuentra recogido en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 62, de 28 de diciembre de 2004, pp. 2982 a 2993.

Motivos, se produce desde el mismo momento en que el IPC real y el previsto no coinciden y cuanto mayor es esta divergencia. El origen de los perjuicios derivados a los pensionistas se encuentra, entonces, en la deficiente previsión del Ejecutivo a la hora de estimar el IPC anual. La imposibilidad de incorporar la desviación del IPC durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Presupuestos como consecuencia del veto opuesto por el Senado no vendría, sino a alargar una situación generada con anterioridad hasta que se tramitara la oportuna modificación presupuestaria.

IV. LA MATERIA PRESUPUESTARIA COMO LÍMITE MATERIAL DEL DECRETO-LEY

Como ya se advirtió, una de las cautelas empleadas por el constituyente en la configuración del Decreto-ley tiene que ver con las materias susceptibles de ser reguladas por este instrumento normativo. Por vía negativa el artículo 86 de la Constitución veda el empleo de la legislación gubernamental de urgencia en lo que afecte «al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general».

Dejando a salvo estas materias, parece no existir inconveniente en afirmar que el Decreto-ley y la ley ordinaria son fuentes del Derecho intercambiables, o, dicho en otros términos, las materias regulables por ley ordinaria lo son también por Decreto-ley. Sin embargo, tan tajante afirmación no puede sino ser matizada. Los matices derivan de la propia configuración constitucional del Estado y de las relaciones interorgánicas propias de un sistema parlamentario de gobierno.

Así ha sido admitido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 60/1986, de 20 de mayo, al señalar que «para comprobar si tal disposición legislativa provisional se ajusta a la Norma fundamental, habrá que ver si reúne los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Constitución y si no invade ninguno de los límites en él enumerados o los que, en su caso, se deduzcan racionalmente de otros preceptos del Texto Constitucional, como, por ejemplo, las materias reservadas a Ley orgánica, o aquellas otras para las que la Constitución prevea *expressis verbis* la intervención de los órganos parlamentarios bajo forma de Ley.»

Se trata de casos, como advirtiera Santolaya³⁷, en que la aprobación de una ley ordinaria esconde, en realidad, un control parlamentario de la acción gubernamental. Entre estos supuestos se incluyen las leyes por las que el Parlamento autoriza al Gobierno a la realización de una actividad gubernamen-

³⁷ Pablo Santolaya Machetti, *El régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 153 y ss.

tal, como la autorización para emitir deuda pública o contraer crédito (art. 135.1 CE), para dictar decretos legislativos (art. 82 CE), la ratificación de tratados internacionales (art. 94 CE); así como aquellas otras leyes cuya aprobación conlleva un control *a posteriori* de la actuación del Gobierno, como la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado (art. 134 CE), la tramitación de un Decreto-ley como proyecto de Ley (art. 86.3 CE), o la aprobación del Plan económico general (art. 131 CE).

Aunque en ocasiones se les considera límites implícitos³⁸, en puridad, a nuestro juicio, no pueden ser considerados como tales, pues las previsiones constitucionales, al menos en la mayoría de los casos, impiden otorgarles ese carácter. En efecto, salvo en el primero de los supuestos citados, en que el texto constitucional únicamente se refiere a la ley para la autorización de la deuda pública o la contracción de crédito, en los demás se formula una alusión explícita a la necesaria actuación de las Cortes Generales, por lo que no cabe otra cosa que entender, en estos casos, que la referencia a la ley lo es a la ley en sentido formal. La consideración de implícitos sólo puede mantenerse en el sentido de que no se hallan formulados como tales límites al Decreto-ley en el artículo 86 de la Constitución, sino que se encuentran dispersos en otros preceptos constitucionales.

Por lo que a nuestro análisis interesa, debe tomarse en consideración lo dispuesto en el artículo 134.1 de la Constitución, conforme al cual corresponde a las Cortes Generales el examen, enmienda y aprobación de los Presupuestos Generales del Estado, concretando de esta manera la aseveración del artículo 66.2 de la Constitución, que atribuye al Parlamento la potestad de aprobar los Presupuestos del Estado. No cabe ni el más mínimo atisbo de duda de que los Presupuestos Generales del Estado no pueden sino revestir la forma de ley, no de cualquier ley, sino de la ley aprobada en las Cortes mediante el procedimiento estipulado en los reglamentos parlamentarios. Ríos de tinta ha vertido la doctrina, y no creemos que sea el lugar idóneo para incidir aún más en ello, para recalcar el extraordinario peso que en la vida política alcanza el debate presupuestario y que no es, sino herencia de la significación histórica que tiene la aprobación parlamentaria del Presupuesto como acto de control de la política gubernamental, que no debiera ser hurtada al representante del pueblo amparándose el Gobierno en una pretendida urgencia y extraordinaria necesidad.

Es evidente que, si a las Cortes les corresponde la potestad de aprobación de los Presupuestos, también han de ser ellas las que, en su caso, lo modifiquen. De lo contrario, si la modificación presupuestaria pudiera llevarse a

³⁸ Autores de la elevada talla de Pablo Santolaya Machetti, *El régimen constitucional...*, op. cit., y Javier Salas Hernández, «Los Decretos-Leyes en la Constitución de 1978», en *La Constitución española y las Fuentes del Derecho*, vol. III, IEF-Dirección General de lo Contencioso del Estado; y «Los Decretos-Leyes en la teoría y en la práctica constitucional», en *Estudios sobre la Constitución Española en Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. I, Civitas, Madrid, 1991, p. 296, se refieren a este tipo de límites con el apelativo de implícitos.

cabo por un instrumento normativo que no fuera la ley en sentido formal, la potestad parlamentaria de aprobación de los presupuestos se torna en papel mojado. La aprobación parlamentaria exigida constitucionalmente podría quedar burlada con suma facilidad mediante un Decreto-Ley de modificación de la ley presupuestaria. Para evitar esta perversión del sistema el apartado 5 del artículo 134 de la Constitución es tajante al aseverar *ad litteram*:

«Aprobados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al ejercicio presupuestario.»

De la lectura del transcrito precepto se extrae una conclusión clara: dado que los Presupuestos Generales del Estado son aprobados por el Parlamento a propuesta del Gobierno, las modificaciones presupuestarias deben, asimismo, ser aprobadas por las Cortes a propuesta del Ejecutivo³⁹; es decir, el mismo instrumento normativo debe emplearse para la aprobación y para la modificación presupuestaria.

V. LA CONVALIDACIÓN PARLAMENTARIA DEL DECRETO-LEY

Por último, quisiéramos dejar constancia de otra particularidad más del Decreto-ley 11/2004, esta vez en relación a la convalidación parlamentaria. La provisionalidad que caracteriza a la legislación gubernamental de urgencia ve su fin con el pronunciamiento del Congreso de los Diputados sobre su convalidación o derogación, según lo establecido en el artículo 86.2 de la Constitución. Este trámite de convalidación, a través del cual la Cámara Baja realiza un control político del Decreto-ley, pese a su denominación no tiene —como ha advertido la doctrina— el significado de «dar validez» a una norma que por naturaleza no fuera a subsanar los vicios que *per se* presenta, sino que el Decreto-ley es una norma perfectamente válida desde su publicación sin que, por el mero hecho de haber sido emanada del Ejecutivo, adolezca de vicios que hayan de ser corregidos con la intervención parlamentaria. Como señala Santolaya Machetti, «simplemente da carácter definitivo a un acto en principio provisional, por lo que resulta más adecuado utilizar los términos “ratificación” u “homologación”»⁴⁰.

³⁹ «Un Decreto-Ley no puede, por su propia naturaleza, modificar la Ley de Presupuestos Generales del Estado» afirma enérgicamente López Garrido en su crítico examen al Decreto-ley 1/1992, de 3 de abril, cuya Disposición Derogatoria deroga el art. 72.5 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, efectuado en «Reflexiones sobre la constitucionalidad del Real Decreto-ley 1/1992, de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, 1993, p. 46.

⁴⁰ Pablo Santolaya Machetti, *El régimen constitucional...*, op. cit., p. 204.

El acuerdo de convalidación o derogación del Decreto-ley por el Congreso de los Diputados debe producirse en el plazo de «los treinta días siguientes a su promulgación», según reza el Texto Constitucional. El problema está en la determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo que, como con acierto ha indicado Astarloa Huarte-Mendicoa, «viene enunciado de forma errónea, pues, ni este tipo normativo se promulga propiamente en el sentido del artículo 91, ni puede tal momento fijarse como fecha de referencia, dado que ello llevaría a supuestos absurdos como el de convalidar un Decreto-ley no urgente por no publicado o el de dejar transcurrir el plazo de convalidación sin conocimiento del Congreso»⁴¹.

Tomando en consideración que en nuestro ordenamiento —a diferencia del italiano— no existe la obligación del Gobierno de remitir el Decreto-ley al Congreso de los Diputados para su ulterior convalidación, aunque la propia dinámica de las relaciones interinstitucionales así lo aconsejen, es lógico que el *dies a quo* del cómputo del plazo sea la publicación del Decreto-ley en el *Boletín Oficial del Estado*. Así se deduce del artículo 151 del Reglamento de la Cámara Baja, al señalar en su apartado primero *in fine* que «en todo caso, la inserción en el orden del día de un Decreto-ley, para su debate y votación, podrá hacerse tan pronto como hubiere sido publicado en el *Boletín Oficial del Estado*».

Esta solución⁴² es coherente con la tesis expuesta más arriba acerca de la publicación como dato determinante de la validez y existencia de las normas jurídicas y, por otra parte, evita el inconveniente del ordenamiento italiano al no dejar en manos del Gobierno la comunicación del Decreto-ley con el consiguiente riesgo de reducción —deliberada o no— del plazo de convalidación.

Entendidas así las cosas, hay que hacer notar que en el trámite de convalidación del Decreto-ley 11/2004 no se han respetado los plazos reseñados teniendo en cuenta que la convalidación del citado Decreto-ley se produjo en la sesión plenaria celebrada el día 28 de diciembre de 2004, fecha en que tuvo lugar la publicación de la norma. Sin embargo, el cómputo del plazo, al ser un plazo señalado por días, debiera iniciarse desde el día siguiente al de la publicación, esto es, desde el día 29 de diciembre⁴³.

⁴¹ Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, «Teoría y práctica del Decreto-ley en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, núm. 106, pp. 142 y 143.

⁴² A esta misma tesis ha llegado la doctrina. Verbigracia Pablo Santolaya Machetti considera que la publicación del Decreto-ley en el *Boletín Oficial del Estado* «es el único requisito necesario e imprescindible para que comience el plazo de treinta días para que el Congreso de los Diputados complete su labor de control convalidando o derogando la norma del Gobierno y para que se inicie la tramitación como Ley del Decreto convalidado», en *El régimen constitucional...*, *op. cit.*, pp. 80 y 81.

⁴³ A esta circunstancia parece referirse, aunque de modo no explícito, el representante del Grupo Parlamentario Popular en su intervención durante la sustanciación del debate de convalidación. *Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 62, de 28 de diciembre de 2004, p. 2989.

La misma situación se produce en relación al Decreto-ley 10/2004, de 23 de diciembre, por el que se amplía el plazo de adaptación de las comisiones de control de los planes de pensiones de empleo, publicado igualmente el 28 de diciembre de 2004 y convalidado en la misma fecha conjuntamente con el Decreto-ley 11/2004. Ambos Decretos-leyes son los únicos de la presente legislatura que han sido convalidados en la misma fecha de la publicación. Todos los demás lo han sido con posterioridad a su inserción en el *Boletín Oficial del Estado*.

En definitiva, como de las reflexiones efectuadas se desprende, y siguiendo la diferenciación kelseniana, el «ser» y el «deber ser» no siempre discurren por el mismo cauce. Por fortuna son pocos los supuestos en los que no confluyen, pero la meta a alcanzar es la coincidencia plena. Para ello el primer paso es la constatación de tal divergencia, a lo que las líneas anteriores pretenden contribuir.

Consideraciones relativas a los debates de política general en el Estado y en las Comunidades Autónomas

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTE.—III. SIGNIFICADO.—IV. REGULACIÓN DE LOS DEBATES DE ORIENTACIÓN POLÍTICA GENERAL.—4.1. Reglamentaria o convencional.—4.2. Carácter preceptivo o no preceptivo.—4.3. Periodo de celebración.—4.4. Desarrollo del debate.—4.5. Propuestas de resolución.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, es evidente que los Parlamentos españoles se convierten en un verdadero escaparate político en el que se encuentran sus miembros con el Gobierno en el momento en el que se celebran los debates de política general, más comúnmente denominados debates de la Nación, en el caso del Congreso de los Diputados, o en el caso de algunas Comunidades Autónomas debates de la Comunidad Autónoma o de la región.

Durante su desarrollo se muestra la Cámara como la sede más adecuada para que se proyecten todos los propósitos, acciones y, en general, ideas que tanto el Gobierno como la oposición tienen en relación con los problemas que se deben abordar o para que se anuncien las iniciativas que se deben adoptar en un determinado territorio y para una concreta población. Todos los mensajes de la clase política se transmiten, de este modo, condensados en tiempo y en un mismo espacio a los medios de comunicación y, por ende, a los ciudadanos.

★ Letrada de la Asamblea de Madrid. Letrada de las Cortes de Castilla y León en excedencia.

II. ANTECEDENTE

La celebración de este tipo de debates en España, en algunos casos con reconocimiento reglamentario expreso como veremos, tiene un claro precedente en el Derecho constitucional de los Estados Unidos. Concretamente, deriva de su práctica anual en el Congreso norteamericano, la cual tiene su base en el artículo II, Sección 3, Cláusula 1 de la Constitución de este país, que establece que «el Presidente informará en su caso al Congreso acerca del Estado de la Unión y le recomendará todas aquellas medidas que juzgue necesarias y convenientes».

En un principio, el debate, o más bien discurso, sobre el estado de la Unión (State of the Union Address) incluía por parte del Presidente peticiones presupuestarias e informes relativos a la situación general de la economía; sin embargo, a lo largo del siglo XX ambas cuestiones han ido cobrando independencia y desarrollándose en muchas ocasiones, en momentos distintos al dedicado en enero al estado de la Unión. García Pelayo nos decía que con él «se da cuenta del estado general de los asuntos políticos y se esboza la política a seguir, así como las medidas necesarias para darle efectividad»¹. Por esta razón, se puede decir que es un medio para iniciar la legislación, aunque el Presidente de los USA, teórica y estrictamente, carece de iniciativa legislativa, y para «justificar la interposición del veto e incluso dirigirse a la opinión pública o a las potencias extranjeras cuando por cualquier razón no se quieren emplear los trámites ordinarios». Realmente, en los Estados Unidos adquiere una gran importancia por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque al tratarse de un régimen presidencial, con una separación absoluta de poderes o independencia recíproca como lo denomina Loewenstein², constituye uno de los mecanismos reconocidos formalmente en la Constitución para que se produzca ese necesario punto de contacto entre los poderes y, en segundo lugar, porque constituye el primer mensaje que en el año el Presidente de la nación americana manda a sus ciudadanos en el ejercicio de ese «caudillaje moral» que el desarrollo del sistema le ha ido adjudicando.

Anteriormente, hemos señalado que deberíamos hablar en el caso americano más de discurso que de debate porque verdaderamente éste no se desarrolla en el Congreso mediante el sistema del diálogo entablado entre el Ejecutivo y el Legislativo, sino en forma de discurso dirigido cada mes de enero por el Presidente de los Estados Unidos a las Cámaras y al pueblo estadounidense. Solamente desde 1966 y en el espacio provisto por las cadenas de televisión se responde por parte del partido de la oposición al discurso realizado por el Presidente.

Después de estos esbozos sobre el discurso sobre el estado de la Unión efectuado por el Presidente de los Estados Unidos, vamos a abordar el estudio

¹ Manuel García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, 1.ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1984.

² Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, 2.ª ed., reimp., Ariel, Barcelona, 1982.

de los debates de política general realizados en nuestro país, no sin antes referirnos al significado de este tipo de debate en nuestro ámbito que no es sino el de un sistema parlamentario frente al presidencial americano.

III. SIGNIFICADO

El desarrollo de los debates de orientación política general es una práctica habitual en nuestros Parlamentos, si bien en algunos ha tenido lugar con una mayor continuidad que en otros. En el Congreso de los Diputados se han venido celebrando desde el año ochenta y tres salvo en los años con elecciones generales en primavera y algunas Comunidades Autónomas como la Catalana lo han venido celebrando, con alguna excepción, todos los años desde el año mil novecientos ochenta. No obstante, frente a estos Parlamentos que han realizado casi todos los años, desde esas fechas, estos eventos, también, se da el caso de Comunidades Autónomas como la Navarra o la castellano-manchega que apenas han celebrado este tipo de debates.

Algunos autores en nuestro país se han cuestionado la necesidad de celebración de esta clase de debates, pues dicen que «sólo se explican en los sistemas presidencialistas, de separación estricta de poderes, en los que no hay posibilidad de que el Parlamento interroge regularmente al Ejecutivo»³. En opinión de este sector crítico estos debates que tienen como objeto la acción política de un gobierno desde un punto de vista total, al igual que puede suceder con el de investidura o con los de presupuestos que se celebran anualmente, suponen un obstáculo a que la oposición haga un examen exhaustivo de los puntos más débiles de la gestión gubernamental teniendo además en cuenta que en ellos tiene un claro protagonismo y preeminencia el Gobierno.

En contra de estos razonamientos se manifiestan aquellos que consideran que, precisamente esa oportunidad de debatir desde una visión más global la actividad del Gobierno que la que permiten otras iniciativas parlamentarias como las interpelaciones o las preguntas y, sobre todo, la transmisión que del mismo se hace hacia el exterior, es lo que confiere gran importancia a este tipo de debates.

Quizás para tomar posición entre estas dos posturas que se muestran antitéticas hay que analizar cuál es el papel que juega o que debe jugar el Parlamento en nuestro sistema.

Es clara en la actualidad la pérdida de importancia de la función legislativa de los Parlamentos, función que, en los inicios de la institución y en el parlamentarismo clásico, le daba su principal razón de existir, lo cual se reflejaba y se refleja aún en el hecho de que se le nombra al mismo como poder legis-

³ Fernando Santaolalla López, *Derecho parlamentario español*, 2.ª ed., Espasa-Calpe, D. L., Madrid, 1990.

lativo. Esta decadencia, que es consecuencia de una serie de causas a las que ahora no nos podemos referir, ha conllevado el relieve de otras funciones de las Cámaras parlamentarias como son las funciones de control y de impulso político.

Consideramos que son ambas funciones las que se ejercen a través de los debates de orientación política pero para comprender tal afirmación tenemos que determinar qué entendemos por control parlamentario y por impulso político del Parlamento.

La función de control político es otra de las funciones clásicas del Parlamento, de hecho, junto con la legislativa y la presupuestaria, viene reconocida expresamente en el artículo 66.2 de la Constitución española que recoge las funciones de las Cortes Generales y, en general, en los artículos de los Estatutos de Autonomía que enumeran las funciones de sus respectivos Parlamentos. Pero, a pesar de ser considerada de forma general una de las principales funciones del Parlamento, su concepto no es coincidente en todos los autores. Algunos, como Santaolalla López ⁴, siguiendo a otros autores principalmente extranjeros consideran que el control político de las Cámaras no se agota en una pura actividad de comprobación o examen que realizan muchos de los instrumentos o iniciativas que se han considerado tradicionalmente de control, sino que requiere además la adopción de una medida sancionatoria, que eventualmente consistiría en exigir la responsabilidad política al gobierno. Por el contrario, otros autores, entre los que se encuentra Aragón Reyes ⁵, sostienen una visión más amplia de lo que es el control parlamentario y así dicen que la fuerza del control parlamentario descansa, pues, más que en la sanción directa en la indirecta, más que en la obstaculización inmediata, en la capacidad de crear o fomentar obstaculizaciones futuras, más que en derrocar al Gobierno, en desgastarle o a contribuir a su remoción por el cuerpo electoral. Es, por tanto, más una idea de sanción política que jurídica, entendida ésta como la obligación del Gobierno de dimitir si pierde la confianza parlamentaria.

Este concepto más amplio de control con el que coincidimos, pues si no deberíamos concluir que las Cámaras actualmente no ejercen realmente su función de control en ningún momento, es consecuencia, como indica Santamaría Pastor, del mantenimiento de las técnicas de un sistema político fenecido, el régimen parlamentario británico del pasado siglo XIX ante un Estado distinto: multclasista, de partidos, intervencionista, social, con nuevas instancias de control frente al Gobierno como son los medios de comunicación o el poder judicial. Continúa este autor diciendo que «el control, actualmente, en efecto, está constreñido a ser una actividad puramente cognoscitiva, y en su caso de expresión de críticas desfavorables pero que sólo condiciona la actividad ejecutiva en la medida que el Gobierno se preste voluntariamente a ello. Por supuesto, siempre cabe derribar al Gobierno, negándole la con-

⁴ *Ibidem*.

⁵ Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control del poder*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.

fianza, o hacer uso de la potestad legislativa para corregir las disfunciones apreciadas, pero en uno y otro caso se trata de medidas extremas, cuyo empleo no puede rutinizarse»⁶.

Es en este concepto de control en el que se mueve el ejercido a través de los debates de orientación política, ya que en ellos el Gobierno muestra de forma global su política y la efectividad que a la misma da o pretende dar y ante esta exposición los Grupos parlamentarios se posicionan manifestando su opinión bien favorable bien desfavorable. Sin embargo, la finalidad de esta clase de debates no es sólo el ejercicio de la función de control, sino, como ya dijimos, también la de impulso político a través de la aprobación de resoluciones.

A esta función no se refiere expresamente el artículo 66.2 de la Constitución al enumerar las competencias de las Cortes Generales ni tampoco el artículo 152 de la Carta Magna al hablar de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Pero, en cambio, en algunos de los Estatutos de Autonomía sí que se recoge expresamente esta función de impulso o de orientación de la acción gubernamental. Claro ejemplo de ello es el artículo 16 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid que en su apartado 2 tras disponer que «el Reglamento establecerá las iniciativas parlamentarias que permitan a la Asamblea ejercer el control ordinario del Gobierno y obtener del mismo y de la Administración de la Comunidad la información precisa para el ejercicio de sus funciones», continúa diciendo que «el Reglamento regulará asimismo el procedimiento a seguir para la aprobación por la Asamblea, en el ejercicio de sus funciones de impulso, orientación y control de la acción de gobierno, de resoluciones o mociones de carácter no legislativo». En parecido sentido se expresan los artículos 30.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña o 23.1 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias.

Esta normativa lo que ha procedido es a reflejar en sus enunciados la función que en la doctrina italiana se denomina de *indirizzo* político. Podemos decir que se trata de un híbrido entre la función legislativa y la función de control que sirve para que se manifieste la mayoría del Parlamento en torno a una cuestión concreta, referida normalmente aunque no obligatoriamente a la acción del Gobierno, pero sin que tal manifestación de voluntad política produzca efectos jurídicos vinculantes.

Se pretende con esta función de impulso colocar al Parlamento en el lugar que le corresponde dentro de un régimen democrático, esto es, el del núcleo básico de decisión política, el de ordenación de la comunidad estatal, lo cual es lógica consecuencia de su condición de representante de la comunidad. Ciertamente es que las propuestas aprobadas en el ejercicio de esta función no vinculan jurídicamente como hemos ya señalado; sin embargo, permiten al Parlamento y a sus miembros tomar iniciativas, presentar alternativas, trans-

⁶ Juan Alfonso Santamaría Pastor, «La Actividad del Gobierno y de la administración pública como objeto del control parlamentario», en *Problemas actuales del control parlamentario: VI Jornadas de Derecho Parlamentario*, enero de 1995, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997.

misibles mediante el debate al electorado, que pueden modificar o contribuir a fijar el programa del Gobierno. Dependerá, claro está, de la voluntad del propio Ejecutivo la vinculación efectiva de estas resoluciones y, por supuesto, ésta en gran medida vendrá determinada por el juego de las mayorías que en un determinado momento se haya instalado. Es éste el escenario en el que nos toca vivir, el cual nos muestra al Pleno y a las Comisiones de las Cámaras parlamentarias como escaparates formales y solemnes donde se producen la discusión y las noticias aptas para ser captadas y difundidas por los medios de comunicación y precisamente, es a esta función de escaparate a la que de ningún modo puede ni debe el Parlamento renunciar.

Claramente, por tanto, los debates de orientación política, se han erigido como uno de los instrumentos de los que dispone el Parlamento para el ejercicio de las funciones de control y de impulso y quizás son, frente a otros instrumentos de los que también se sirven las Cámaras para el ejercicio de estas competencias, los que de manera más solemne las ejercen y las transmiten al electorado. Esto es debido a que, como veremos al estudiar el desarrollo de los mismos tal y como lo establecen los Reglamentos parlamentarios, suponen el encuentro entre el Gobierno y los parlamentarios, y a su vez de éstos con los medios, para que debatan en dos días toda la política anual del Gobierno.

Por los partidarios de que no se celebren este tipo de debates se ha dicho que esta función ya era cumplida mediante la celebración del debate anual del proyecto de ley de presupuestos. Sin embargo, esta crítica no coincide con los hechos generados por la práctica de estos debates, «la elevada complejidad y tecnificación de los debates presupuestarios los convierte en instrumentos poco aptos para una exposición global de alternativas, agravada por la tendencia a la cuantificación de los temas, que habitualmente se produce en este tipo de debates»⁷. De hecho, claro ejemplo de este traspaso de importancia mediática de los debates presupuestarios a los debates de orientación general es la participación en los segundos de los Presidentes del Gobierno y de las cabezas visibles de la oposición mientras que los primeros se dejan fundamentalmente al miembro del Gobierno encargado de la cartera de Hacienda y a los diputados especializados en los temas presupuestarios.

⁷ Inma Folchi Bonafonte, *Los debates de política general y monográficos*; Asociación Española de Letrados de Parlamentors. Jornadas (5.^{as}, 1997, Cartagena); Parlamento y control del gobierno: V Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentors: (celebradas en Cartagena, los días 17, 18 y 19 de septiembre de 1997); Aranzadi, Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentors, 1998.

IV. REGULACIÓN DE LOS DEBATES DE ORIENTACIÓN POLÍTICA GENERAL

Ya hemos visto el origen y el significado de los debates de orientación política general, por lo que conviene en estos momentos adentrarnos en la normativa que regula su celebración en España tanto la referida al Congreso de los Diputados como a las Asambleas Autonómicas, centrándonos en aspectos relevantes de la misma.

4.1. Reglamentaria o convencional

En primer lugar, en el análisis que de estos debates vamos a realizar, procederemos a determinar cuáles son las normas que recogen su existencia y regulación, destacando, desde este primer momento, que su celebración en España ha surgido en la práctica parlamentaria y posteriormente, tras un asentamiento por la costumbre, en algunas Comunidades Autónomas se ha regulado su existencia.

De hecho, y a pesar de su importancia, el «debate sobre el estado de la nación» que tiene lugar en el Congreso de los Diputados y que, como dijimos se lleva a cabo desde 1983, salvo en los años en que se han celebrado elecciones en primavera, no tiene reconocimiento constitucional ni reglamentario, sino sólo consuetudinario.

Frente a su sola existencia en la costumbre parlamentaria, algunas Comunidades Autónomas, incluso podemos decir que en su mayoría, han decidido reflejar en norma escrita su existencia y establecer una regulación determinada para su desarrollo.

En ninguna Comunidad Autónoma se ha recogido estatutariamente su existencia, si bien es uno de los muchos instrumentos de los que gozan las Asambleas para ejercer sus funciones de control y de impulso, funciones, las cuales sí que tienen su encaje expreso en los respectivos Estatutos de Autonomía, como ya indicamos.

Lo que, en cambio, sí ha sucedido en algunas Comunidades Autónomas es el establecimiento de su existencia en normas inferiores al Estatuto y en concreto, en un primer momento, a nivel de ley y, específicamente ha sido en las leyes que regulan el Gobierno. De este modo, lo han efectuado la Comunidad Autónoma del País Vasco, en el artículo 43 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno, que establece que: «El Gobierno, a través del Lehendakari, realizará ante el Parlamento en el primer pleno del primer periodo ordinario de sesiones anual una declaración de política general que será seguida de debate, sin votación alguna»; la de Cataluña en el artículo 83 de la Ley 3/1982, de 23 de marzo, del Parlamento, del Presidente y del Consejo Ejecutivo, que reza en su apartado 1: «El Pleno del Parlamento debe celebrar anualmente un debate sobre la orientación política general del Consejo Ejecutivo»; y de similar forma las Comunidades de Galicia (art. 48 Ley 11/1988, de 20 de octubre), de Asturias (art. 2 Ley 7/1984, de 13 de julio), de Cantabria (art. 24 Ley 2/1997, de 28 de abril), de La Rioja (art. 38 Ley 3/1995, de 8 de

marzo), de Murcia (art. 34 Ley 1/1988, de 7 de enero), de Valencia (art. 50 Ley 6/1995, de 3 de abril). En el caso de Aragón se recoge en el artículo 12 del Decreto Legislativo 1/2001, de 3 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Presidente del Gobierno de Aragón, dentro de la enumeración de las competencias del Presidente, la de «proponer la celebración de debates generales en las Cortes de Aragón», y de forma muy parecida Canarias (art. 48 Ley 1/1983, de 14 de abril), por tanto, no de forma tan explícita como en las Comunidades que antes hemos nombrado. En el resto, por el contrario, no existe ninguna referencia a este tipo de debates en sus correspondientes leyes de gobierno.

Sin embargo, lo más reseñable sobre todo es el reconocimiento y la regulación de estos debates de orientación política general en la norma parlamentaria por excelencia, esto es, en el Reglamento parlamentario.

Es el Reglamento parlamentario, la norma idónea para establecer la regulación de estos debates, pues es, en el ejercicio de la autonomía normativa que le corresponde al Parlamento reconocida constitucional y estatutariamente, donde se deben recoger los trámites y procedimientos que se desarrollan en los Parlamentos.

Realmente, de forma más o menos extensa dependiendo del Reglamento, casi todos ellos han regulado la celebración de estos debates y quizás en estos momentos sea interesante referirnos a los que no prevén ningún precepto relativo al debate sobre el que escribimos. Figuran únicamente como Reglamentos que no tienen una regulación expresa de este tipo de debates, al igual que sucede con el Reglamento del Congreso de los Diputados, el de las Cortes de Castilla y León, el del Parlamento de Galicia, el del Parlamento de Cantabria y el de las Cortes Valencianas.

En los casos de Galicia, Cantabria y Comunidad Valenciana, como vimos, sus leyes de Gobierno disponen su existencia mientras que ninguna norma del ordenamiento jurídico de Castilla y León reconoce la celebración de este tipo de debates, el cual se realiza sistemáticamente todos los años. Es necesario destacar, por lo que se refiere a las Cortes Valencianas, que si bien es verdad que este debate no aparece regulado en el Reglamento, sí está normado en una disposición parlamentaria, concretamente en la Resolución de carácter general número 2/III, sobre regulación del procedimiento parlamentario sobre el debate de política general.

4.2. Carácter preceptivo o no preceptivo

Habiendo señalado ya la cuestión relativa al reconocimiento expreso en el Reglamento de la Cámara correspondiente o sólo en el ámbito de la costumbre parlamentaria del debate de orientación política, cabe que nos preguntemos en estos momentos si su celebración se marca como preceptiva por la norma en cuestión o por el contrario como potestativa.

En primer lugar nos vamos a referir a los Reglamentos que expresamente regulan este tipo de debates y hay que decir que son una mayoría de los

mismos los que establecen la celebración del debate de orientación política una vez al año como obligatoria sin que sea necesaria la iniciativa de ningún sujeto parlamentario para que se celebre. De hecho, dentro de las Comunidades Autónomas que regulan expresamente en el Reglamento parlamentario este debate anual de orientación política, sólo la de Aragón lo dispone como potestativo, en su artículo 170, al decir que: «1. *El Pleno de las Cortes celebrará un debate sobre el estado de la Comunidad Autónoma cuando lo solicite el Presidente de la Diputación General, la Mesa de la Cámara o tres Grupos Parlamentarios*», ya que su celebración depende de la voluntad de los citados sujetos.

Impiden, de este modo, que quede a la consideración de los distintos actores parlamentarios la oportunidad de que este debate se celebre, pues lo determinan como un deber anual inexcusable al igual que puede ser el del debate presupuestario por el principio de anualidad de los Presupuestos, que compele siempre al Gobierno la presentación del citado proyecto y por ende a la Cámara a debatirlo y votarlo.

Son expresiones como las del «... el Pleno celebrará...» o «... se celebrará en Pleno...», por poner algunos ejemplos, las que recogen los Reglamentos para indicarnos la obligatoriedad de la celebración anual del debate (art. 147 Reglamento del Parlamento de Andalucía; art. 197 Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias; art. 196 Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha; art. 123 Reglamento del Parlamento Cataluña; art. 141 Reglamento de la Asamblea de Extremadura; art. 167 Reglamento del Parlamento de las Islas Baleares; art. 171 Reglamento del Parlamento de Canarias; art. 133 Reglamento del Parlamento de La Rioja; art. 218 Reglamento de la Asamblea de Madrid; art. 170 Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia; art. 196 bis Reglamento del Parlamento de Navarra; art. 132 Reglamento del Parlamento Vasco).

El determinar su obligatoriedad entendemos que no es sino una garantía para las minorías parlamentarias que siempre tendrán durante dos días su encuentro directo, cara a cara, con el Presidente del Gobierno al menos con carácter anual. De este modo, se impide al Gobierno que, a través de la mayoría que le apoya, pueda llegar a evitar su celebración considerando, bien que políticamente puede no serle beneficioso tanto por el momento en que se desarrolle como por temas, que por el carácter global del debate pueden ser siempre tratados, bien que simplemente le supone una pérdida del que siempre considera su valioso tiempo.

Venimos insistiendo en que se trata de la celebración obligatoria de un debate anual de orientación política; sin embargo, no podemos obviar que muchos de estos Reglamentos recogen la posibilidad de celebrar otros debates de las mismas características pero en este caso no de forma preceptiva, sino potestativa y a iniciativa de determinados sujetos parlamentarios. Esto significa que podrían realizarse más de un debate de orientación política general en un mismo año, uno con carácter preceptivo y otros con carácter potestativo.

La posibilidad de celebración de estos debates se suele articular por regla general después de haber hecho referencia al debate que de modo preceptivo se lleva a cabo anualmente, delimitando que se pueden celebrar también

en el mismo año si así lo solicita el Gobierno o lo acuerda la Mesa de acuerdo con la Junta de Portavoces a iniciativa de un número de diputados o de grupos parlamentarios. Es, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 167.2 del Reglamento del Parlamento de las Islas Baleares que reza de la siguiente manera: «2. *Además, podrán realizarse debates generales sobre la acción política y de gobierno cuando lo solicite el Presidente de la Comunidad Autónoma o lo decida la Mesa, de acuerdo con la Junta de Portavoces, a iniciativa de dos Grupos Parlamentarios o de una quinta parte de los Diputados.*» Y en el mismo sentido se expresa también, por poner otro ejemplo, el artículo 125.1 del Reglamento del Parlamento de Cataluña. Como vemos, estos preceptos confieren, salvo en el caso de que sea solicitado por el Gobierno, aunque en algunos Reglamentos, como el de Castilla-La Mancha, también si es el Gobierno el solicitante, un amplio margen de apreciación discrecional en favor de los órganos de gobierno de las Cámaras, pues éstos en virtud de criterios de oportunidad política pueden o no acordar su celebración sin estar vinculados obligatoriamente por la petición efectuada por los parlamentarios o los Grupos. Por tanto, quedará al albur del contenido de la decisión de la mayoría la celebración de estos debates que, como hemos visto, se pueden realizar a más del obligatorio.

Esta dependencia para su celebración de la decisión mayoritaria expresada en los órganos de gobierno, sobre todo en la Junta de Portavoces, nos hace insistir en que el carácter preceptivo de un debate de política general no se nos puede mostrar sino como una garantía, a favor de la oposición, del ejercicio de su función de control y de impulso político. Además, en el supuesto de mayorías coyunturales, su celebración permite al Parlamento ejercer una muy eficaz función de *indirizzo* político y a la opinión pública calibrar, desde un punto de vista global, los apoyos con los que un Gobierno cuenta para continuar con su labor.

No obstante, cabe señalar que algunos Reglamentos presentan algunas correcciones a esta discrecionalidad de los órganos de gobierno para decidir la celebración de estos debates potestativos de orientación política general, pues pueden imponer la obligatoriedad de su realización si es pedido por un número determinado de miembros de la Cámara. Claro ejemplo de lo que estamos diciendo es el artículo 125.2 del Reglamento del Parlamento de Cataluña que dispone que: «2. *El Presidente del Parlamento convocará necesariamente la correspondiente sesión cuando una cuarta parte de los Diputados o Grupos parlamentarios que representen al menos a una quinta parte de aquéllos soliciten la celebración de un debate sobre la acción política y de gobierno. Dicha solicitud podrán realizarla una vez durante cada período de sesiones.*»

Como observamos, en este apartado también se impone una limitación al ejercicio de tal petición al determinar que sólo podrá realizarse una vez en cada periodo de sesiones, evitando así un uso que quizás podríamos denominar abusivo por parte de la oposición que hiciese que el Gobierno tuviese que participar continuamente en este tipo de debates, que se sumarían a los normales instrumentos de control y de impulso del Parlamento, y que le restasen, de manera sistemática, tiempo para el ejercicio eficaz de su función de gobierno y de dirección política, superando los límites lógicos de un

correcto desarrollo de la función de control e impulso político que le corresponde al Parlamento.

Algunos Reglamentos como el de la Asamblea de Madrid prevén la existencia de unos debates que se celebran en el Pleno, denominados monográficos, pero que no versan sobre la orientación de la política general del Gobierno, sino «*sobre asuntos de interés general de la Comunidad de Madrid*», como reza el artículo 216 del citado Reglamento. Nos parece entonces que su materia no será la política general del Gobierno de la Comunidad de Madrid, sino aspectos concretos, asuntos determinados, que tengan un interés general de la misma, como pueden ser, por ejemplo, el tema de la vivienda o la política general de deportes, temas que se han planteado como objeto de este tipo de debates en anteriores y en la presente Legislatura. En esta clase de debates, la iniciativa para proponer su realización le corresponde a un Grupo parlamentario, pero la decisión última de que se lleve a cabo le pertenece a los órganos de gobierno de la Cámara, esto es, ex artículo 216 a «la Mesa, de acuerdo con la Junta de Portavoces».

Señalado lo anterior, es el momento de referirnos ya a aquellos Parlamentos españoles que no tienen regulado expresamente en su Reglamento los debates de orientación política.

Debemos distinguir desde un principio los casos de Galicia, de Cantabria y Valencia porque en estas tres Comunidades Autónomas, a pesar de no tener ninguna norma en el Reglamento Parlamentario que regule este debate, sí que tienen una Ley, la del Gobierno, que sí señala la existencia de estos debates y además regula el carácter preceptivo de su celebración. Por tanto, aunque no se determina en el Reglamento sí se estipula de forma expresa su carácter preceptivo en una norma con rango de ley.

En los casos del Congreso de los Diputados y de Castilla y León no se recoge expresamente ni su carácter preceptivo ni su carácter potestativo, pero, en nuestra opinión, en ambos casos la costumbre parlamentaria es la que ha determinado su celebración una vez al año, si bien se suele acordar su celebración previa petición del Gobierno o presentación de una comunicación del mismo en tal sentido.

4.3. Periodo de celebración

Constantemente hemos venido indicando que la celebración de estos debates se lleva a cabo todos los años pero respecto de esta afirmación tenemos que hacer algunas matizaciones y a su vez mostrar si en los Reglamentos se hace alguna referencia al momento de su realización.

Vamos a empezar por esta última cuestión diciendo que, por regla general, los Reglamentos parlamentarios suelen marcar su carácter anual y determinan el periodo de sesiones en que se celebrará, señalando algunos el primero (ej. 197 Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias), otros el segundo (ej. 147 Reglamento del Parlamento de Andalucía), y otros los meses que enmarcan el periodo de sesiones al que se refieren (ej. 218

Reglamento de la Asamblea de Madrid), lo cual parece lógico al determinarse su carácter preceptivo.

En la regulación reglamentaria de este debate obligatorio anual, en el que va a comparecer en sede parlamentaria el Presidente del Gobierno, no se determina a quién corresponde la iniciativa para proponer la fijación de la fecha concreta de celebración, dentro del tiempo que, como vemos, suelen determinar los Reglamentos. Obviamente parece que le correspondería a la Mesa de la Cámara, órgano rector de la misma, en el ejercicio de su función de adopción de cuantas medidas requiera la organización del trabajo parlamentario, y, en todo caso, en virtud de la competencia residual que en general se le atribuye. No obstante, en ocasiones es el Gobierno el que propone una fecha determinada de celebración, permitiéndose así compaginar de la mejor manera su labor de gobierno con sus obligaciones parlamentarias y, a su vez, marcando cuando es el momento en el que más conveniente le es comparecer en el Parlamento y, por consiguiente, ante la opinión pública.

Como hemos dicho, a la comparecencia anual en el Parlamento del Presidente del Gobierno mediante el debate sobre el estado de la Nación o de la Comunidad Autónoma se le han puesto límites temporales por el Reglamento o por la costumbre parlamentaria. Normalmente, se dispone en las normas parlamentarias que este debate no tendrá lugar con carácter preceptivo en el año en que se hayan celebrado elecciones o en el primer periodo o ejercicio de la Legislatura o en el mismo año en que la Cámara hubiese investido al Presidente del Gobierno. La razón para esta exclusión parece clara, pues en ese primer año de la Legislatura todavía no es un momento adecuado para poder efectuar un balance de la política efectuada por el gobierno, ya que éste acaba de iniciar su andadura y asimismo para poder realizar la función de impulso político y a su vez, ya se ha producido un debate de similares, no iguales, por supuesto, características, como es el de investidura.

4.4. Desarrollo del debate

El desarrollo de los debates de orientación política generalmente se regulan de manera específica en los Reglamentos parlamentarios, separados de los debates ordinarios y siguiendo la regla general en nuestro Derecho parlamentario de establecimiento de turnos tasados tanto en número como en tiempo, así como la de dar preponderancia a los Grupos parlamentarios en detrimento de las posiciones individuales de los parlamentarios. Se reducen, de este modo, las facultades de ordenación en los debates del Presidente de la Cámara, si bien dentro de las normas marcadas le corresponderá la dirección del mismo y la resolución de las cuestiones que en él puedan surgir. Posiblemente, la limitación de las facultades de la Presidencia resta flexibilidad, viveza y adecuación a las circunstancias en el debate, pero también es cierto que determina desde el principio las reglas del juego, sabiéndolas todos los actores con anterioridad a su inicio y evitando que en algunas ocasiones se pudieran alargar indefinidamente los debates.

El modelo que por regla general siguen con variaciones es el pensado para los debates de cuestión de confianza o de moción de censura en los que el Presidente del Gobierno y, en su caso, miembros del Gobierno intervienen sin limitación de tiempo.

Este debate se inicia normalmente con la intervención del Presidente del Gobierno, y en algunos Reglamentos se prevé además que puedan intervenir otros miembros del Gobierno y, como hemos dicho, no tienen limitación de tiempo en su exposición inicial ni en sus intervenciones posteriores. Asimismo, también se prevé en algunas regulaciones de forma expresa dentro de este tipo de debates que los miembros del Gobierno puedan hacer uso de la palabra cuantas veces lo soliciten (ej. 123.3 Reglamento del Parlamento de Cataluña; 170.6 Reglamento de las Cortes de Aragón). Hacemos incidencia en esta cuestión porque es necesario destacar que en toda la regulación del debate se da una preeminencia clara al Gobierno que además puede, al intervenir inicialmente, fijar los términos principales del debate y exponer de manera clara y sistematizada a la opinión pública su acción de gobierno. En el caso de las Cortes aragonesas se prevé siempre que el debate esté precedido de una comunicación del Presidente de la Diputación General que será remitida inmediatamente por el Presidente de la Cámara a los Grupos Parlamentarios y publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón*.

No obstante, y por lo que se refiere al objeto del debate, éste por su amplitud puede dar cabida también a cuestiones no planteadas inicialmente por el Presidente u otro miembro del Gobierno e introducidas por los Grupos parlamentarios que intervienen posteriormente, éstos ya sí con limitación de tiempo.

Sigamos, por tanto con la ordenación del debate, diciendo que tras la intervención inicial del Gobierno se procede habitualmente a suspender la sesión marcando los Reglamentos unos límites para la apreciación por el Presidente del tiempo de la misma. Hay algunos Reglamentos, como el del Parlamento canario o el del Parlamento catalán, que dejan a la apreciación del Presidente también la necesidad de la suspensión. Por regla general, se establecen límites temporales mínimos y máximos que oscilan dependiendo de los Reglamentos de las doce a las cuarenta y ocho horas.

Tras esta suspensión se reanuda el debate con las intervenciones de los Grupos parlamentarios que suelen seguir el orden marcado reglamentariamente para los debates ordinarios. Sin embargo, cabe destacar que algún Reglamento como el de Aragón regulan también de manera específica para este debate este orden de intervención disponiendo en su artículo 170.5 lo siguiente: «5. Reanudada la sesión, intervendrá, durante un tiempo máximo de treinta minutos, un representante de cada Grupo Parlamentario, de mayor a menor, excepto del Grupo o Grupos que apoyen a la Diputación General, que lo harán al final.»

Estas intervenciones normalmente sí que ven limitado su tiempo que va desde los quince a los treinta minutos dependiendo del Reglamento en su primera intervención y tras la contestación que les da el Presidente se les reconoce un derecho de réplica de diez minutos. Por regla general se reco-

noce la facultad del Presidente o de los miembros del Gobierno de contestar global o individualmente a las intervenciones de los portavoces, e incluso de forma agrupada por materias (ej. 196.5 Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha).

Cabe destacar en esta regulación de la réplica lo normado por el Parlamento de Cataluña que especifica de manera muy detallada los tiempos en el caso de contestación individual o global, si se trata sólo de una contestación del Presidente o también de algún otro Consejero o en el caso de contrarréplica. Concretamente, se establece dicha normativa en el artículo 123.3 al decir: «3. *El Presidente de la Generalidad, así como los Consejeros, podrán hacer uso de la palabra cuantas veces lo soliciten.*

Cuando respondan individualmente a uno de los Diputados que hayan intervenido, éste tendrá derecho a una réplica de diez minutos, que podrá tener lugar después de todas las intervenciones del Gobierno o efectuarse individualmente a cada Consejero; en el primer supuesto, el tiempo de réplica atribuido al Grupo no podrá ser superior a tantas veces diez minutos como intervenciones hayan efectuado los miembros del Gobierno. La réplica podrá ser efectuada por Diputados diferentes, y si interviniera más de uno, ninguno de ellos podrá sobrepasar los diez minutos; aun así, si un Grupo parlamentario sólo tuviera un turno de réplica, podrá dividir su intervención entre dos Diputados como máximo.

Si la réplica de un Consejero comportara que el Diputado contrarreplicase, éste dispondrá de un único turno, no superior a los cinco minutos.

Si el Presidente de la Generalidad y los Consejeros respondieran de forma global a los representantes de los Grupos, cada uno de éstos sólo tendrá derecho a una réplica de diez minutos.»

Finalizadas todas las intervenciones, todos los Reglamentos y también la costumbre parlamentaria en aquellas Cámaras en donde no se regula en la norma escrita este debate, prevén la suspensión de la sesión para que los Grupos parlamentarios puedan presentar propuestas de resolución. A ellas nos vamos a referir en el apartado siguiente pero antes de adentrarnos en su estudio decir que varía mucho, dependiendo del Reglamento, el plazo previsto para que los Grupos puedan presentar las propuestas.

Los plazos máximos más usuales fijados por los Reglamentos son los de treinta minutos; así, por ejemplo, los Reglamentos de la Asamblea de Madrid, del Parlamento de Andalucía o del Parlamento Vasco, y los de dos horas, como es el supuesto de los Reglamentos de Asturias o Extremadura. Otros Reglamentos, como son los de Murcia, Canarias o Navarra, dejan la fijación del plazo a la discrecionalidad del Presidente. Por último, señalar con respecto a este tema la peculiaridad en este aspecto del Reglamento del Parlamento de Cataluña, pues en él se establecen dos plazos, además distintos de los anteriores, uno para presentar estas propuestas y otro para estudiarlas por los Grupos de cara a preparar el posterior debate y sobre todo para proponer transacciones. Concretamente, dispone estos plazos en el artículo 124.1 al establecer lo siguiente: «1. *Concluido el debate, la Mesa fijará un plazo, que empezará al día siguiente y no podrá ser superior a veinticuatro horas, en el que los Grupos parlamentarios podrán presentar propuestas de resolución. La Mesa admitirá las que sean con-*

gruentes con la materia objeto del debate y que no signifiquen cuestión de confianza o moción de censura al Gobierno, y se comunicará a los Grupos parlamentarios las que hayan sido admitidas a trámite. Durante un nuevo plazo fijado por la Mesa, que no podrá ser superior a veinticuatro horas, los Grupos podrán estudiar las propuestas presentadas y presentar propuestas transaccionales que impliquen la retirada en todo o en parte de sus propuestas definitivas.»

Finalmente, señalar que los Parlamentos que no han recogido expresamente en su norma reglamentaria este debate, desarrollan los mismos, cuando los celebran, de conformidad con las normas destinadas al debate de las comunicaciones del Gobierno (arts. 197 y 198 del Reglamento del Congreso; 140 y 141 del RPG; 163 y 164 del Reglamento del Parlamento de Cantabria, y 138 y 139 del Reglamento de las Cortes de Castilla y León) que tienen previsiones muy parecidas hasta las ahora descritas y contemplando también la posibilidad de presentar propuestas de resolución.

Parece, pues, que en todos los Parlamentos se considera que el debate sobre el estado de la nación, Comunidad Autónoma o región cumple, además de una importante función de control, otra no menos relevante de impulso político, posibilitando de este modo que el Parlamento marque pausas dentro de la política gubernamental.

4.5. Propuestas de resolución

Podemos, entonces, en estos momentos, imbuirnos en el análisis de la última etapa de esta clase de debates que no es sino la presentación, debate y votación de las propuestas de resolución.

Ya hemos hecho referencia en el epígrafe anterior al momento en que estas propuestas de resolución tienen que ser presentadas por lo que ahora procede abordar el estudio de sus elementos subjetivos, objetivos y efectos, así como del debate y votación de las mismas.

En todos los Reglamentos se faculta únicamente a los Grupos parlamentarios para presentar las propuestas de resolución tras este tipo de debates. No se rompe, por consiguiente, la tónica general en nuestro ordenamiento parlamentario de dar preponderancia a los Grupos frente a los parlamentarios individuales, de volver a recalcar que estamos ante una «grupocracia».

Dentro de los elementos subjetivos y enlazando ya con los elementos objetivos, cabría preguntarse si estas propuestas de resolución, al igual que sucede en el concepto estricto de las proposiciones no de ley, derivado de la idea de *indirizzo* político, sólo podrían ser mandatos, instrucciones o directrices dirigidos de forma más o menos directa al gobierno del ámbito territorial en que nos encontremos y sobre materias objeto de su competencia. Sin embargo, la práctica nos rebate continuamente esta idea, pues se admiten de manera sistemática propuestas de resolución que no cumplen estas características, que suponen simplemente una manifestación de voluntad de la Cámara respectiva en torno a una cuestión concreta que no tiene por qué estar dirigida al Gobierno y que, algunas veces, excede incluso de su compe-

tencia. En muchas ocasiones, se muestran simplemente como declaraciones de rechazo o adhesión frente a determinados hechos. Si bien, en la práctica, como decimos, se admiten todo este tipo de propuestas de resolución, en puridad consideramos que por las características del debate el Gobierno es el destinatario natural de estas propuestas y, aunque se pueden articular como propuestas en las que la Cámara no inste directamente al Gobierno, sino que manifieste simplemente su posición estimamos que no pueden ir dirigidas de forma expresa a otros sujetos que se encuentren fuera de la órbita de control del Parlamento respectivo y también dentro de una concepción estricta no deben exceder del ámbito competencial del Gobierno, esto es, que se traduzca en un mandato que pueda ser realizable.

Las anteriores digresiones no nos dan sino pie a analizar ya los elementos objetivos de estas propuestas de resolución. Los Reglamentos establecen que la Mesa al efectuar su labor de calificación y admisión a trámite sólo puede admitir aquellas que sean congruentes con la materia objeto de debate. Se requiere, por tanto, para apreciar esta congruencia una conexión material con el objeto del debate que, realmente, al versar sobre la orientación de la política general del Gobierno puede dar cabida casi ilimitadamente a todo tipo de cuestiones que entren dentro, claro está, del ámbito competencial del Gobierno respectivo. De hecho, la Mesa de la Cámara en estas ocasiones suele tener muy presente el principio de interpretación en favor del ejercicio de la función parlamentaria dando entrada para su debate y votación todas aquellas propuestas de resolución que muestren cualquier conexión material aunque sea mínima.

En algunos Reglamentos se especifica que estas propuestas de resolución no pueden significar una cuestión de confianza o una moción de censura. Esto es debido a que la cuestión de confianza o la moción de censura son los instrumentos para exigir la responsabilidad política del Gobierno y desde el asentamiento del parlamentarismo racionalizado tienen sus propios procedimientos específicos para ser tramitados con unos límites tanto subjetivos como objetivos y temporales muy determinados.

En el Reglamento del Parlamento navarro se exige además que: «*En el caso de que las mismas contengan compromisos presupuestarios, será necesario el informe favorable del Gobierno.*» Esta previsión del Reglamento navarro que, por otra parte, es el único que la contiene, quizás responde a un determinado concepto de los efectos que estas propuestas pueden tener en el caso de que sean aprobadas. Parece esta norma concederle un cierto efecto jurídico a estas resoluciones pues sólo así se explica esta previsión. Sólo si estas resoluciones vinculasen jurídicamente al Gobierno como *mutatis mutandis* sucede con las enmiendas dentro de un procedimiento legislativo se podría explicar que se exigiese la conformidad o informe favorable del Gobierno para su admisión.

Desde nuestro punto de vista, que coincide con el parecer mayoritario de la doctrina, las propuestas de resolución, como ya dijimos, sólo tienen un valor político, por lo que sólo pueden vincular con este carácter al Gobierno. Tienen un indudable valor político, el Gobierno se ve obligado políticamente al cumplimiento de lo ordenado por las propuestas de resolución

aprobadas pero de ningún modo suponen un mandato jurídico que pueda ser exigido de modo coercitivo al Gobierno por el Parlamento.

En el caso de que en el tiempo se quiera controlar el cumplimiento de lo instado en las resoluciones aprobadas, las Cámaras podrán utilizar todos los instrumentos de información y de control de los que le dotan sus normas para velar por el mismo o para poner de manifiesto ante la opinión pública que a pesar del compromiso del Ejecutivo éstas no se han cumplido ejerciéndose de este modo la correspondiente sanción política. De todos modos, es necesario destacar que la correlación que existe por regla general entre la mayoría parlamentaria y el Gobierno va a impedir normalmente la adopción por el Parlamento de resoluciones que no puedan ser o incluso que no hayan sido ya cumplidas por el Gobierno. Sólo posiblemente puedan producirse situaciones como la descrita en el caso de gobiernos de coalición y de mayorías coyunturales, pero que de repetirse en exceso podría llevar a una situación de crisis más grave que la del puro incumplimiento de una resolución, como es, por la situación creada, la de que se disuelva el Gobierno correspondiente o, en su caso, a través de los medios para exigir responsabilidad política la de poder imponer jurídicamente una sanción que consista en que el Gobierno presente su dimisión.

Antes de entrar en el estudio del debate y votación de estas propuestas de resolución, vamos a referirnos específicamente a algunos Reglamentos que presentan ciertas peculiaridades en lo que respecta al régimen de presentación de estas propuestas de resolución.

Por regla general los Reglamentos no establecen una limitación al número de propuestas de resolución que se pueden presentar; sin embargo, no es una regla que podamos emplear respecto a todos, pues el Reglamento de la Asamblea de Madrid sí que establece un límite de tal carácter. En concreto, en su artículo 219.7 establece que: «7. *Terminado el debate, se abrirá un plazo máximo de treinta minutos durante el cual los Grupos Parlamentarios podrán presentar ante la Mesa propuestas de resolución, hasta un máximo de siete propuestas de resolución por cada Grupo Parlamentario.*» Suponemos que la razón del establecimiento de esta disposición reglamentaria es la de evitar una profusión excesiva de las mismas que, por un lado, dificultase por la cantidad de escritos que se presentasen la labor de la Mesa en el momento de calificarlas y admitirlas a trámite teniendo en cuenta que el tiempo de que dispone para ello no es demasiado extenso y, por otro lado, complicase también por su gran número el debate y votación de las mismas.

Fuera ya de la imposición de límites cuantitativos vamos a referirnos a otra peculiaridad que destaca dentro de la homogeneidad que en general rige en este tema en casi todos los Reglamentos, y es la recogida en el Reglamento del Parlamento de Cataluña respecto de la posibilidad de presentar propuestas transaccionales. Decir que el Reglamento del Parlamento de Cataluña establece, como ya señalamos, en su artículo 124 que previo al inicio del debate los Grupos pueden presentar propuestas transaccionales que impliquen la retirada en todo o en parte de sus propuestas definitivas. Es el único Reglamento que se pronuncia expresamente al respecto y es debido

también a que es el único que prevé un plazo para que después de presentadas las propuestas de resolución éstas se estudien por los Grupos parlamentarios. El resto de los Reglamentos sólo fijan el plazo para la presentación de propuestas de resolución y tras el transcurso del mismo la Mesa procede a calificarlas y, si las considera de conformidad al Reglamento, a admitirlas a trámite pudiéndose reanudar la sesión inmediatamente después de que se haya producido este hecho, lo que además suele ser lo habitual. El Reglamento del Parlamento catalán también es el único que prevé la posibilidad de presentar enmiendas durante el debate al señalar en su artículo 124 en el apartado 4 lo siguiente: «4. *Un Grupo parlamentario podrá enmendar las propuestas de resolución que haya presentado sólo en caso de que, una vez explicitada la intención de voto de un Grupo o más respecto a las mismas, considere que así podrá conseguir el apoyo de algún otro Grupo y siempre que ninguno de los Grupos parlamentarios se oponga a ello.*» Como vemos, en primer lugar estas enmiendas a las propuestas de resolución sólo puede presentarlas el grupo autor de las mismas a diferencia de lo que suele suceder con las enmiendas presentadas en otros procedimientos parlamentarios que son realizadas por diputados o grupos no autores de la iniciativa que se enmienda, en segundo lugar la finalidad que persigue es la misma que con las propuestas transaccionales, ya que pretende lograr el apoyo de otros Grupos a su propuesta acercándose al planteamiento que los mismos hayan podido efectuar oralmente en el debate y en tercer lugar establece el requisito de que ningún otro Grupo parlamentario se oponga a ello. La previsión de presentar enmiendas que sólo hace el Reglamento del Parlamento catalán, aun con las peculiaridades que hemos visto de que sólo sea presentada por el grupo autor de la propuesta nos hace preguntarnos si en el resto de los Parlamentos se permite enmendar las propuestas de resolución en orden a llegar a transacciones. En algunas ocasiones, debido a su semejanza con las proposiciones no de ley se ha aplicado analógicamente el régimen de las mismas y se ha determinado por las Mesas respectivas que se pueden presentar durante el debate enmiendas transaccionales a las propuestas de resolución siempre que ningún grupo se oponga; no obstante, tenemos que señalar que en puridad no son enmiendas transaccionales porque no hay ninguna enmienda que haya sido presentada antes y que haya que retirar y sobre la que se transaccione. Por esa razón y por no existir ninguna previsión reglamentaria al respecto, los órganos de gobierno en muchas ocasiones han determinado la imposibilidad de presentar este tipo de enmiendas durante el debate y de que se produzca ningún tipo de enmiendas ya en ese momento del debate.

Con esta misma finalidad de conseguir transacciones se permite en el Reglamento del Parlamento Catalán la votación separada de una o varias partes de las propuestas de resolución, votación separada que, aunque no expresamente regulada en otros Reglamentos, se suele admitir en los Parlamentos siempre que sean las partes claramente separables y en algunos Cámaras se exige además que sea permitida por el autor de la propuesta para así garantizar que la misma conservará su sentido.

Después de hacer referencia a algunas variaciones normativas respecto de las propuestas de resolución vamos a entrar en el estudio del debate y vota-

ción de las mismas que por lo general y salvo excepciones responde a un mismo esquema.

Los Grupos parlamentarios defienden las propuestas de resolución que han presentado en el tiempo máximo que marca el Reglamento, dejando algunos reglamentos la determinación del tiempo al arbitrio del Presidente. En algunas de estas normas, así en el Reglamento de las Cortes de Aragón o en el Reglamento del Parlamento Vasco, se prevé la posibilidad, que también se deja a juicio presidencial, de abrir un turno en contra de estas propuestas de resolución.

Los Reglamentos a la hora de regular la votación de estas propuestas marcan el orden en el que las mismas deben ser votadas. Unos establecen el orden de presentación, otros el orden que resulte de la importancia numérica de los grupos, determinando también algunos de ellos que en todo caso se votarán en primer lugar *«aquellas que propongan el rechazo global del contenido de la comunicación del Consejo de Gobierno»* (art. 147.7 del Reglamento del Parlamento de Andalucía). Asimismo, otros Reglamentos como el de la Junta General del Principado de Asturias o del Parlamento catalán disponen que una vez aprobada una propuesta de resolución las demás sólo podrán ser votadas en aquellos casos en que sean complementarias y no contradictorias con la aprobada.

Toda esta regulación nos permite observar la importancia que en nuestros Parlamentos ha ido adquiriendo la función de impulso político que tiene la finalidad de que el Poder legislativo participe en la fijación de la acción política general y con ello ocupe un lugar predominante en el escenario político.

Queda, pues, en manos del Parlamento y de sus miembros, y en la medida que las circunstancias de cada momento lo permitan, que el ejercicio de esta función junto con la de control se cumpla, a través de estos debates, de la manera más eficaz posible.

Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario

Sumario: I. CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA.—II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA.—2.1. Origen anglosajón.—2.2. Técnica legislativa alemana.—2.3. Generalización.—III. LA REDACCIÓN DE LOS PROYECTOS DE LEY.—3.1. Máximas previas para el arte de legislar.—3.2. Órgano competente.—3.2.1. Sistema británico.—3.2.2. Sistema alemán.—3.2.3. Sistema español.—IV. NORMAS DE TÉCNICA LEGISLATIVA.—4.1. Significado.—4.2. Los cuestionarios.—4.3. Las directrices.—4.3.1. Concepto y naturaleza jurídica.—4.3.2. Naturaleza.—4.3.3. Derecho comparado: directrices y manuales.—4.3.4. Las directrices en España.—4.3.4.1. Origen.—4.3.4.2. Directrices existentes.—4.3.4.3. Naturaleza jurídica.—4.3.4.4. Contenido.—V. LA TÉCNICA LEGISLATIVA EN LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LAS LEYES.—5.1. Importancia.—5.2. Conveniencia de un manual de técnica legislativa para uso parlamentario.—5.2.1. Necesidad de un manual propio.—5.2.2. Aprobación y destinatarios.—5.2.3. Contenido.—5.3. La labor de los asesores parlamentarios en relación con la técnica legislativa.—5.3.1. Importancia.—5.3.2. Ámbito.—5.3.3. El modelo de las Cortes Generales.—VI. PRINCIPIOS Y REGLAS DE TÉCNICA LEGISLATIVA.—6.1. Inserción de la ley en el ordenamiento jurídico.—6.2. Lenguaje legal.—6.3. Contenido de la ley.—6.4. Estructura de la ley.—6.5. Leyes modificativas. Especialidades.—6.6. Sanción y promulgación.—6.7. Publicación.—VII. TÉCNICA LEGISLATIVA E INFORMÁTICA.—7.1. Utilidad de la informática para la técnica legislativa.—7.2. Informatización del manual de técnica legislativa.—7.2.1. Informatización de los procedimientos y de la documentación legislativa.—VIII. BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA BÁSICA.

La técnica legislativa debe constituir una preocupación primordial para cuantas personas contribuyen a la elaboración de las leyes, no sólo mediante la redacción de las iniciativas legislativas (señaladamente en el ámbito gubernamental), sino también y muy especialmente a lo largo de su tramitación parlamentaria.

* Letrado de las Cortes Generales. Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

De ahí que pueda tener alguna utilidad recordar ciertas nociones básicas de técnica legislativa, especialmente orientadas a quienes prestan sus servicios en las Cámaras.

I. CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA

La técnica legislativa constituye el arte de legislar clara y eficazmente. Constituye una parte de la llamada ciencia de la legislación.

Componen la ciencia de la legislación, además de la técnica legislativa, otros cuatro campos fundamentales:

- la teoría general de la legislación,
- la analítica,
- la táctica, y
- la metódica de la legislación.

El objeto de la técnica legislativa no es sólo la buena redacción de las leyes, sino que afecta a cuestiones más generales y trascendentes, como son la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y la calidad, la publicidad y la viabilidad de las normas (Sáinz Moreno).

Ambas cuestiones repercuten en la seguridad jurídica, en la medida en que los ciudadanos que han de cumplir las leyes deben poder conocer con certeza sus mandatos, sin que existan dobles interpretaciones o normas contrapuestas u oscuras.

Por eso ha dicho el Tribunal Constitucional que el objeto de la técnica legislativa es detectar los problemas que la realización del ordenamiento jurídico plantea y formular las directrices para su solución, sirviendo, por tanto, a la seguridad jurídica (STC 46/1990), principio garantizado por la Constitución (art. 9.1), junto a la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y la responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA

La preocupación generalizada por la técnica legislativa es relativamente moderna. A medida que, como consecuencia del aumento de la esfera de acción del Estado, las leyes (y las normas en general) se multiplican y tecnifican, crece la conciencia de que es necesario introducir una racionalidad en la articulación del conjunto del ordenamiento jurídico, a la vez que conseguir que las normas sean inteligibles y eficaces.

A estos objetivos responde el auge de la técnica legislativa.

No obstante, el interés por el arte de legislar no es nuevo: encontramos un precedente, por ejemplo en Montesquieu, en cuyo *Esprit des lois* podemos ver un libro XIX titulado *De la manera de componer las leyes*, con una lista de

Cosas a observar en la composición de las leyes perfectamente aplicable hoy, entre ellas, que el estilo debe ser conciso y que es esencial que las leyes susciten en todos los hombres las mismas ideas.

También Jeremy Bentham posee unos interesantes escritos, ahora publicados como *Nomografía o El arte de redactar leyes* (por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE, Madrid, 2004, en edición de Virgilio Zapatero).

El precedente inmediato de la actual preocupación por la técnica legislativa podemos situarlo en un momento histórico anterior: el periodo de la «*prudentia legislatoria*» en el siglo XIX, que señala la superación del Derecho romano a favor de la codificación. Incidentalmente señalaremos que también la sistematización y la codificación (la llamada segunda codificación) constituye uno de los objetivos de la ciencia de la legislación actual, como remedio frente al volumen y dispersión del ordenamiento jurídico.

2.1. Origen anglosajón

Cabe situar el origen de la técnica legislativa contemporánea en el *Legal Drafting* anglosajón. Como veremos, desde 1869 existe en Inglaterra un órgano, el *Parliamentary Counsel Office* (PCO), compuesto por funcionarios especializados en la realización de las leyes o *draftsmen*, encargado de la redacción centralizada de los proyectos de ley sobre la base de las instrucciones de los ministerios.

No se trata, pues, en la tradición anglosajona, de directrices o instrucciones de técnica legislativa, sino de la actuación de un organismo y de una copiosa bibliografía sobre redacción de las leyes desde mediados del siglo XIX. De las obras modernas, podemos citar la de G. C. Thornton (*Legislative drafting*, 3.ª ed., Butterworths, London, 1987).

También en Estados Unidos tiene importancia la bibliografía sobre *legal drafting* y *legal writing*. Aquí podemos citar como obras clásicas las de R. Dickerson, *The fundamentals of Legal Drafting*, 2.ª ed., Little, Brown and Co., Boston-Toronto, 1986 (1.ª ed. 1965), y D. Melinkoff, *Legal Writing: Sense and Nonsense*, Charles Scribner's Sons, New York, 1982.

2.2. Técnica legislativa alemana

Más recientes, pero de gran peso, son las aportaciones germánicas a la teoría o técnica de la legislación. A partir del último tercio del siglo XX se erigen en pioneras en Europa continental, con la adopción de normas de técnica legislativa: directrices y *Checklisten* o cuestionarios.

Ello se debe a que el modelo alemán es de redacción descentralizada de los anteproyectos de ley, que elabora cada ministerio en lugar de una oficina central, como veremos.

Encontramos también desde las mismas fechas directrices y *checklisten* en distintos *Länder* de la República Federal Alemana, en Austria y en Suiza.

2.3. Generalización

Puede decirse que la preocupación por la técnica legislativa alcanza hoy a todos los países.

- En España existían unas *Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley* desde 1991, así como *Directrices* aprobadas en distintas Comunidades Autónomas, habiendo sido sustituidas aquéllas por unas *Directrices de Técnica normativa*, aprobadas por el Consejo de Ministros el 22 de julio de 2005 y publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* el 29 de julio.
- En la Comunidad Europea se aprobaron unas *Directrices* relativas a la calidad de la redacción de la legislación comunitaria por Resolución de 8 de junio de 1993 (DOCE núm. C-166/1, de 17 de junio de 1993), modificadas en 1998 (DOCE núm. 73, de 17 de marzo de 1999), desarrolladas en una *Guía práctica común dirigida a las personas que contribuyen a la redacción de los textos legislativos en el seno de las instituciones comunitarias* en el año 2000 (http://www.europarl.eu.int/transl_es/plataforma/pagina/rdm/guias/ES.doc).
- En Iberoamérica, han proliferado los manuales y reglas de técnica legislativa; así, entre otros, el *Manual centroamericano de técnica legislativa* (Dr. Hugo Alfonso Muñoz, 2000), editado por la Comisión Interpalamentaria Centroamericana de modernización legislativa; las *Reglas prácticas de técnica legislativa* (Pérez Bourbon, Grosso, Svetatz, Ubertone, 2000), del Instituto de Ciencia y Técnica legislativa en Argentina, etc.

III. LA REDACCIÓN DE LOS PROYECTOS DE LEY

3.1. Máximas previas para el arte de legislar

M. Kriele enuncia como máximas unos principios o reflexiones filosófico-jurídicas que han de ser tenidas en cuenta por el legislador antes de adentrarse en las cuestiones o problemas prácticos. Como veremos, la filosofía de estas máximas inspira también la técnica de los cuestionarios o *Checklisten*:

- 1.^a Partir de la presunción favorable a la razonabilidad del Derecho vigente.
- 2.^a Determinar las ventajas esperadas del proyecto de ley.
- 3.^a Determinar las consecuencias perjudiciales de la norma.
- 4.^a Ponderación imparcial de ventajas y costes, que no debe limitarse a un cálculo utilitarista de su adecuación (en la formulación de J. Bentham, *la mayor felicidad para el mayor número*) porque en un cálculo de esa naturaleza desaparecen los derechos y los intereses de las minorías y de los más débiles, sino que deben prevalecer en la ponderación los intereses más fundamentales y el respeto a la igualdad de derechos.

- 5.^a *Tanta limitación de la libertad como sea necesaria, tan poca como sea posible.* O, dicho de otro modo, hay que detenerse ante las limitaciones de la libertad y reducirlas a la medida necesaria.

En consecuencia:

- Ninguna sanción debe ser más severa de lo necesario y han de evitarse las penas donde sea suficiente una sanción administrativa.
- El principio de subsidiariedad ha de regir también en las relaciones entre la ley y las demás normas jurídicas, evitándose las leyes donde sean suficientes normas reglamentarias inferiores.
- El principio de proporcionalidad ha de aplicarse a todas las limitaciones de la libertad.

- 6.^a *Permanecer en armonía con el sentido común*, es decir, con las imágenes vivas que el pueblo tiene de la justicia, la equidad y la proporción. Sólo de esta forma consigue la ley, además de validez jurídica, eficacia social.

- 7.^a *Asegurar que las leyes se transmitan al pueblo.*

No basta con la publicidad formal, el pueblo ha de recibir suficiente información sobre las leyes y sobre los fines que con ellas se persiguen.

3.2. Órgano competente

En los regímenes parlamentarios imperantes en Europa, la mayor parte de las leyes aprobadas por las Asambleas legislativas tienen su origen en textos remitidos por los Gobiernos, los proyectos de ley.

Puede decirse que:

- Más del 90 por 100 de los proyectos tienen su origen en la iniciativa del Gobierno.
- Más del 90 por 100 de los proyectos que presenta el Gobierno son aprobados por los Parlamentos.
- Son muy escasas las leyes aprobadas cuyo origen procede de la iniciativa y de los grupos parlamentarios.

El momento de la redacción de los proyectos es crucial para la técnica legislativa, porque la calidad de la ley depende en gran medida de la calidad del proyecto que se remita a las Cámaras y, en consecuencia, del procedimiento seguido para su redacción y muy especialmente de los sujetos encargados de redactar los proyectos que se someten a la consideración de las Cámaras.

Por eso es de la mayor importancia conocer quiénes son los sujetos encargados de su redacción y los métodos que utilizan.

No se trata de quién sea el impulsor primero del proyecto de ley. Una cosa es *la idea* y otra *la redacción* del proyecto. Siguiendo al británico Jennings, «*decir lo que un proyecto tiene que hacer es una cosa; ponerlo en forma adecuada es otra. Los*

proyectos deben ser redactados para que los abogados los interpreten y los administradores los ejecuten. Deben ser escritos por abogados para abogados».

3.2.1. Sistema británico

En el caso británico, el *Office of Parliamentary Counsel*, creado en 1869, es el organismo encargado de la redacción de los proyectos de ley, con exclusión de los referidos a Escocia, e incluso de las enmiendas que el Gobierno propone o acepta en el curso de la tramitación parlamentaria, así como de los proyectos presentados por los parlamentarios que el Gobierno va a apoyar.

Es interesante señalar cómo se trata de un órgano de dimensiones reducidas (pasa de dos miembros, hasta 1917, a veintiocho en 1985), y que se ha criticado la posibilidad de acudir a *draftsmen* externos, que podrían desvirtuar el sistema de redacción concentrada, sin perjuicio de abogarse por un mayor contacto entre *draftsmen* y expertos en las distintas materias.

Y tan reducido organismo no se ocupa sólo de la elaboración de la legislación, sino que parte de sus miembros quedan adscritos a la *Law Commission* encargada de la revisión y consolidación del ordenamiento jurídico.

La dirección política en la elaboración de los proyectos queda asegurada por el Departamento ministerial responsable del proyecto que el Gobierno ha decidido incluir en su programa legislativo, el cual redacta unas instrucciones (hasta 1965 en ocasiones eran formuladas oralmente) no articuladas, donde constan los objetivos del proyecto y las pautas a seguir por los redactores. La relación se mantiene posteriormente mediante reuniones entre los *draftsmen* y los representantes del Departamento, en las que va perfilándose el texto definitivo.

Son también los *draftsmen* los encargados de tener en cuenta las reglas de técnica legislativa, que pueden resumirse, con F. Bennion (*Statute Law*, 2.^a ed., Oyez Longman, London, 1983, pp. 31-43), en los criterios siguientes:

- efectividad legal,
- legitimidad procesal,
- puntualidad,
- certeza,
- comprensibilidad,
- aceptabilidad,
- brevedad,
- debatibilidad, y
- compatibilidad legal.

El trabajo de los *draftsmen* se basa, desde luego, en la profesionalidad y en la tradición: no hay, a diferencia de otros países europeos, un catálogo más o menos oficial de directrices de técnica legislativa, sino solamente un folleto de circulación interna, denominado «*Handling a bill*». En esto, como en otras cosas, el genio del *Common Law* no es partidario de las codificaciones.

El sistema británico no está exento de críticas emanadas de su propio seno; se acusa a la legislación que produce de falta de claridad, de tecnicismo o legalismo y de excesivo casuismo, lo que ha llevado a recomendar la adopción de un modelo de redacción difusa similar al europeo continental. Pero éstas son opiniones aisladas, inclinándose más bien la mayoría por el mantenimiento del sistema de organismo único.

3.2.2. Sistema alemán

El sistema alemán, por el contrario, confía la primera redacción de los proyectos gubernamentales a secciones especializadas incluidas en el organigrama de cada Departamento ministerial. Pero es importante reseñar la existencia de recomendaciones del Ministerio Federal de Justicia para facilitar la unificación en materia de formulación jurídica, así como de un cuestionario o *Checkliste* (*Cuestionario sobre la necesidad, efectividad e intelegibilidad de los proyectos de disposiciones normativas de la Federación*, conocido por el nombre de «*Blaue Liste*») aprobado por el Gobierno Federal el 11 de diciembre de 1984, que, entre otros objetivos, pretende homogeneizar el proceso de elaboración de los proyectos.

El cuestionario se plantea:

- la necesidad de actuación,
- las alternativas,
- la necesidad de elaborar una ley,
- su oportunidad,
- su aproximación al sentir de los ciudadanos,
- así como la razonabilidad de la relación costes/beneficios.

Para los proyectos especialmente complejos puede nombrarse una Comisión de expertos que elabore un texto previo. Una vez realizado el proyecto por la sección y aprobado en el Departamento correspondiente, podría ser elevado al Gobierno, previo un procedimiento de información y opinión de los restantes Ministerios similar al que rige en nuestro sistema, así como de grupos sociales o círculos especializados en la materia y de los Ministerios de los *Länder* afectados.

Antes de remitir el proyecto al Consejo de Ministros, tiene lugar un nuevo examen de sus caracteres formales, sistemáticos y de adecuación, en particular de su sujeción a las reglas generales para la tramitación de asuntos de los Ministerios: la *Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien* (GGOI) y su parte especial (GGOII) constituyen un reglamento organizativo interno que recoge las reglas adoptadas conjuntamente por los Ministerios federales para la tramitación de sus asuntos internos y la organización de su trabajo en común y con otros organismos; su capítulo segundo se dedica al proceso de elaboración de las leyes).

Incluso se remitirá el proyecto a la Sociedad para la Lengua Alemana para asegurar su corrección lingüística.

Asimismo se regula la remisión al Gobierno Federal del proyecto de ley, junto con el escrito que le acompañe, que deberá expresar la realización de la comprobación de los requisitos formales antes aludidos, así como el acuerdo o desacuerdo de los Ministerios, una motivación en la que se indicará la precisión de costes y alternativas de actuación, y un sumario.

También este sistema ha merecido críticas en su propio país, en este caso dirigidas contra el exceso de juridificación (marea legislativa) y la falta de claridad de los textos legales. Pero tampoco aquí las críticas cuestionan el sistema establecido, sino que únicamente pretenden mejorarlo.

3.2.3. *Sistema español*

En España, el sistema adoptado es el de redacción difusa de las leyes por los distintos ministerios, al igual que el alemán que acabamos de examinar. Es parca la regulación legal, puesto que la Ley del Gobierno se limita a señalar la iniciación del procedimiento de elaboración de proyectos en el Ministerio o Ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto. No obstante, se ha seguido el modelo alemán y existen:

- unas instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno,
- un cuestionario de evaluación que deberá acompañarse a los proyectos normativos que se elevan al Consejo de Ministros, y
- unas directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley, todos ellos aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros.

La asunción del modelo de elaboración ministerial de los anteproyectos deriva no sólo de la práctica habitual, sino que aparece configurado tempranamente en las primeras leyes administrativas, que atribuyen a los Ministros la iniciativa prelegislativa en las materias de su competencia, iniciativa que se materializa formal y procedimentalmente por los centros directivos, entre los que destacan por su protagonismo las Secretarías Generales Técnicas (departamentos jurídicos que existen desde 1957 en todos los ministerios).

No obstante, como señala Salvador Coderch, al igual que sucede en otros países, el caso español está evolucionando hacia un sistema mixto que podríamos llamar de centralización de la decisión política de elaborar un proyecto de ley y de coordinación de la actividad técnica de redactarlo.

La primera corresponde al Gobierno de la Nación y la segunda a un conjunto complejo de órganos, con atribuciones diversas: de una parte, el Ministerio de la Presidencia es el órgano encargado de coordinar a los distintos Departamentos ministeriales, entre sí y con la denominada Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, que prepara las reuniones del Consejo de Ministros. Entre ambos organismos se sitúan, de un lado, los distintos Ministerios, que redactan los borradores, y de otro, el Gobierno, que toma las decisiones políticas básicas.

La preparación efectiva del primer texto o borrador del anteproyecto puede ser encomendada, bien a tales unidades técnicas, bien a profesionales y

expertos constituidos en comisiones o grupos de trabajo, o bien puede encargarse fuera de la Administración a juristas y especialistas sobre las bases que se les faciliten. En este estadio, el borrador es susceptible de cambios; a lo largo de su tramitación irá adquiriendo rigidez, hasta el punto de que puede decirse que las probabilidades de corregir sustancialmente un texto son inversamente proporcionales a su grado de maduración.

La atribución a los distintos Ministerios de la elaboración del texto concreto del anteproyecto no es universalmente considerada como la mejor opción. En ocasiones, se ha criticado la ausencia de una centralización de esta tarea, que podría incumbir al Ministerio de la Presidencia, el cual tiene normalmente atribuida la coordinación legislativa, si se le atribuyeran las funciones del *Parliamentary Counsel* británico. Al citado Ministerio corresponde la preparación, desarrollo y seguimiento del programa legislativo del Gobierno y, en especial, de su tramitación parlamentaria.

La ausencia de formalización del procedimiento de elaboración, unida a la falta de un órgano que tenga como función propia la elaboración de los anteproyectos de ley (pese a que las Secretarías Generales Técnicas surgieran en 1957 con esta vocación) hace que cada Ministro pueda decidir la organización de los trabajos en la forma que se estime más adecuada. Por lo común será una reducida comisión *ad hoc*, compuesta por funcionarios del propio Ministerio o por expertos designados a tal fin, la que elabore el primer texto. Incluso en el Ministerio de Justicia, donde existe un órgano permanente para la elaboración de proyectos de ley, la Comisión General de Codificación, ésta ha cambiado su orientación *general* a partir de los Estatutos aprobados por Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero. En efecto, definida como el órgano superior colegiado de asesoramiento en la preparación de las tareas prelegislativas propias del Ministerio de Justicia, se le encomienda la preparación de la legislación codificada o general *que expresamente le encomiende el Ministro de Justicia*, así como la corrección técnica y de estilo de los anteproyectos de ley y proyectos de disposiciones *que le sea encomendada por el citado Ministro*.

Lo cierto es que la participación real de este órgano en las tareas legislativas ha sido muy desigual, por lo general interviniendo sólo en la preparación de los proyectos que pretenden reformar los grandes códigos o las leyes de enjuiciamiento. No faltan voces a favor de una reforma de la Comisión General de Codificación que la convierta en Comisión General de Legislación, con la función de órgano prelegislativo que actúe como centro técnico al servicio del asesoramiento y elaboración de nuestras leyes básicas, para evitar la desconexión entre las diferentes partes del ordenamiento jurídico y el consiguiente peligro de lagunas, fragmentaciones y discordancias. Se trataría de potenciar los trabajos de la Comisión en el proceso de formulación técnica de las leyes, ya en su preparación, ya al menos en el informe técnico sobre las mismas o en una conexión con las instancias que intervienen originariamente en la iniciativa legislativa, manteniendo el sistema difuso de elaboración.

IV. NORMAS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

4.1. Significado

Las directrices y cuestionarios a que hemos aludido responden a la plasmación formal de la preocupación que en los distintos países existe en relación con la técnica legislativa y la calidad de las leyes. La preocupación, tan generalizada en nuestros días, por mejorar el ordenamiento jurídico se refleja, sobre todo, en nuevas reglas sobre la elaboración del Derecho positivo.

Como se ha señalado, no se trata de aspectos puramente formales sin mayor trascendencia. La imperfección de las leyes, su eventual imprecisión técnica o incoherencia estructural pueden atentar contra uno de los más firmes pilares del Estado de Derecho: el principio de seguridad jurídica, enunciado por el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias (STC 27/1981, de 20 de julio) como «*suma de certeza y legalidad*» e «*interdicción de la arbitrariedad*».

En la sentencia 46/1990, de 15 de marzo, el Tribunal señala que «*la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas*».

En suma, la claridad y precisión en el uso del lenguaje conducen a la certeza y a la seguridad jurídica.

4.2. Los cuestionarios

El control o evaluación de la norma antes de su aprobación para conseguir que sea efectiva y eficiente puede llevarse a cabo de distintas formas: ensayos sobre modelos, tests prácticos, representación planificada, verificación «*al laboratorio*», etc.

La técnica de evaluación de las normas a través de tests o cuestionarios (*Checklisten* o *Prüffragen*) persigue analizar la necesidad de la norma y su adecuación al fin perseguido, su incidencia en el ordenamiento jurídico y su ejecutabilidad, así como la relación entre costes y resultados y su aceptabilidad por sus destinatarios.

En España, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de enero de 1990 (publicación del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, Madrid, 1990) se aprobó un *Cuestionario de evaluación que deberá acompañarse a los proyectos normativos que se elevan al Consejo de Ministros*, a su vez seguidor de la técnica de las *Checklisten* empleada en otros países.

No dirigido en exclusiva a los anteproyectos de ley, sino también a los reglamentos de ejecución de las leyes, este cuestionario pretende una evaluación apriorística de la calidad y eficacia de la norma, preguntando sobre

— su necesidad (razones de orden jurídico o político y objetivos);

- las repercusiones jurídicas e institucionales (respecto de las Comunidades Europeas, Comunidades Autónomas y Administración del Estado), y
- los efectos sociales y económicos (repercusión económica y presupuestaria, medios humanos, aceptación o rechazo).

Con la utilización de este cuestionario se pretende obtener mayor coherencia interna entre las distintas normas para asegurar el respeto al sistema constitucional de fuentes.

De los posibles contenidos de las *Checklisten* (mucho más amplias las alemanas, en particular la citada *Blaue Liste*), se optó en España por una versión reducida y modesta en sus objetivos, materializada en una veintena de interrogantes. Ello no obsta para que se haya considerado loable todo intento de introducir criterios de técnica legislativa en los procesos de creación de las normas, que redunden en la homogeneidad y coherencia de nuestro ordenamiento jurídico.

Como dice Salvador Coderch, es mejor comenzar con un catálogo discreto pero que encuentra un grado de aceptación considerable que dar inicio a la empresa con un código rígido y poco realista que nadie va a cumplir. *«No es la menos importante de las metarreglas de técnica jurídica»,* añade, *«aquella que sugiere proponer sólo las medidas que son razonablemente aceptables y factibles. La injusticia es el mayor defecto que se puede imputar a una norma jurídica pero, casi inmediatamente, se puede añadir que la inutilidad es el defecto que viene a continuación, pues la ineficacia es, a la larga, incompatible con la justicia»*¹.

¹ Reproducimos a continuación el cuestionario de evaluación aprobado en España en 1991. Es recomendable, asimismo, conocer el aprobado en 1993 en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, el cual, por su forma de test, así como por plantearse las relaciones entre el Derecho estatal y el autonómico, puede resultar también un modelo de interés.

CUESTIONARIO DE EVALUACIÓN QUE DEBERÁ ACOMPAÑARSE A LOS PROYECTOS NORMATIVOS QUE SE ELEVAN AL CONSEJO DE MINISTROS DE ESPAÑA

1. Necesidad

- 1.1. Responde el proyecto a una exigencia de orden jurídico como:
 - a) ¿Un mandato constitucional y/o legislativo?
 - b) ¿La necesidad de desarrollar el Derecho comunitario? ¿Su aprobación está sometida a un plazo concreto?
 - c) ¿La ausencia de regulación específica?
 - d) ¿La conveniencia de modificar una disposición anterior?
 - e) ¿Un vacío normativo derivado de la anulación de otra disposición por los Tribunales?
- 1.2. ¿Existen previsiones en el programa de gobierno sobre la materia?
- 1.3. ¿Qué objetivos básicos pretende alcanzar el proyecto?

2. Repercusiones jurídicas e institucionales

- 2.1. Respecto a las Comunidades Europeas:
 - a) ¿Incide el proyecto sobre otro de las mismas?
 - b) ¿Ha sido el proyecto comunicado previamente a la Comisión de las Comunidades Europeas, cuando así lo exige el Derecho comunitario?
 - c) ¿Cuál ha sido el resultado de la consulta?

4.3. Las directrices

4.3.1. Concepto y naturaleza jurídica

Las directrices o *Richtlinien* constituyen instrucciones o recomendaciones que han de ser tenidas en cuenta en la elaboración de las leyes.

H. Schäffer distingue entre directrices de primera, segunda y tercera generación: las primeras tienen por objeto principal la estructura formal de la ley, son una recopilación de experiencias prácticas del funcionariado ministerial; las segundas tienen por objeto indicaciones conceptuales; y las terceras serían las *Checklisten*. H. Kindermann considera también a las *Checklisten* una tercera generación de las directrices.

Sin embargo, creemos que los cuestionarios o *Checklisten* constituyen un instrumento diferenciado, que no da reglas para la elaboración de la norma, sino que cuestiona su necesidad y adecuación a los objetivos perseguidos.

4.3.2. Naturaleza

Las directrices pueden tener valor normativo o de simple recomendación, según los distintos países. Sus destinatarios suelen ser los órganos administrativos o, en algún caso, parlamentarios, teniendo en consecuencia carácter de reglamentos internos. Es conveniente que se encuadren en una norma, de forma que su cumplimiento pueda ser exigible a los funcionarios.

4.3.3. Derecho comparado: directrices y manuales

Las primeras directrices aprobadas fueron alemanas (la GGO citada, en 1976; hoy véase la versión del año 2000), austriacas (así, las *Richtlinien für die Gestaltung von Rechtsvorschriften*, de 1970, revisadas en 1979 y 1990 -*Legistische Richtlinien*) y suizas (1976, hoy 2002, en: <http://www.admin.ch/ch/f/gg/gt/gtr/gtr.pdf> y <http://ofj.admin.ch/themen/gesmeth/gleitf-f.pdf>)

En los años ochenta y noventa del pasado siglo se incorporaron a esta técnica otros países, como

2.2. En relación con las Comunidades Autónomas:

- a) ¿Qué títulos competenciales fundamentan la competencia estatal?
- b) ¿Es previsible un conflicto competencial?

2.3. En relación a los órganos de la Administración del Estado:

- a) ¿Se atribuyen en el proyecto nuevas competencias al Consejo de Ministros?
- b) ¿Modifica la actual distribución de competencias entre los distintos Departamentos ministeriales?

2.4. En relación al ordenamiento jurídico vigente:

- a) ¿Qué normas son derogadas total o parcialmente por el proyecto?
- b) ¿Qué informes preceptivos son necesarios? ¿Se han cumplimentado todos?

- Bélgica a partir de 1982;
- Francia, mediante circulares, a partir de 1993;
- Italia en 1986;
- Portugal en 1989, etc.

Encontramos, en la versión anglosajona y con contenidos diversos, manuales de elaboración de proyectos de ley (*Bill drafting manuals*) en Estados Unidos, destacando los más recientes, como los de:

- Alaska, 2003:
(w3.legis.state.ak.us/infodocs/draft_manual/DMWeb/Drafting%20Manual%202003.pdf)
- Arizona, 2003:
(<http://www.azleg.state.az.us/council/bdmwog2002.pdf>)
- Arkansas, 2004:
(www.arkleg.state.ar.us/data/LegislativeDraftingDec04.pdf)
- Colorado, 2003:
(http://www.state.co.us/gov_dir/leg_dir/olls/HTML/legislative_drafting_manual.htm)
- Dakota del Norte, 2005:
(<http://www.state.nd.us/lr/information/bills/draft-manual.html>)
- Massachussets, 2003:
(<http://www.state.ma.us/legis/drafting.htm>)
- Minessota, 2002:
(http://revisor.leg.state.mn.us/revisor/pubs/bill_drafting_manual/Cover-TOC.htm)
- Texas, 2004:
(<http://www.tlc.state.tx.us/legal/dm/draftingmanual.pdf>)

En el *ámbito parlamentario*, en Italia, una Circular de los Presidentes de las Cámaras, de 10 de enero de 1997, para mejorar y potenciar la labor legislativa de las Comisiones y crear las premisas para una mejora cualitativa y cuantitativa de la producción legislativa, contiene además una *checklist* similar a las reseñadas más arriba.

En el *ámbito internacional* o supranacional también se elaboraron muchos trabajos en la época de los noventa, destacando los documentos elaborados para los países de la Europa del Este por SIGMA (*Support for the improvement in Governance and Management in Central and Eastern European Countries*), iniciativa conjunta de la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico) y la Unión Europea.

También en el *ámbito europeo* se aprobaron unas directrices por Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 8 de junio de 1993, relativa a la calidad de la redacción de la legislación comunitaria (DOCE núm. C 166/1, de 17 de junio); posteriormente modificadas en 1998 (DOCE núm. 73, de 17 de marzo de 1999) y desarrolladas en el año 2000 por la *Guía práctica común dirigida a las personas que contribuyen a la redacción de los textos legislativos en el seno de las instituciones comunitarias*.

4.3.4. Las directrices en España

4.3.4.1. Origen

En España, los primeros esfuerzos en favor de las normas de técnica legislativa correspondieron al Grupo Gretel, que ya en 1980 dan lugar a la publicación de una obra pionera (GRETEL, Grupo de Estudios de Técnica Legislativa, *La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa*, Bosch, Barcelona, 1986).

Cuando la preocupación por la materia llega a los organismos oficiales, será también el Grupo GRETEL el que publique un primer *Curso de Técnica Legislativa* auspiciado por el Centro de Estudios Constitucionales (*Curso de Técnica Legislativa Gretel*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989), que incluye un borrador de directrices sobre la forma y estructura de las leyes respecto del que se solicitaba el parecer de los expertos.

De este movimiento inicial surgirían gran número de iniciativas posteriores, seminarios, jornadas y publicaciones.

4.3.4.2. Directrices existentes

En este estado de opinión se sitúan las *Directrices sobre la forma y estructura de los Anteproyectos de Ley*, aprobadas por el Consejo de Ministros en 1991 (BOE de 18 de noviembre de 1991), resultado de la elaboración técnica previa por el Centro de Estudios Constitucionales, como confiesa su «Introducción», al constituir el borrador antes citado un primer texto. Estas primeras Directrices han sido restituidas por las *Directrices de Técnica Normativa* aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros el 22 de julio de 2005 (BOE de 29 de julio).

La técnica de las directrices se ha seguido en España también en otros ámbitos:

— Bien con carácter oficial:

- *Manual d'elaboració de les normes de la Generalitat de Catalunya*, elaborado por el Comité Asesor para el Estudio de la Organización de la Administración dependiente del Departamento de Gobernación, Generalidad de Cataluña, Diari Oficial i de Publicacions, Barcelona, 1992.
- Resolución de 9 de marzo de 1993, de la Consejería de Interior y Administraciones Públicas del Principado de Asturias, por la que se dispone la publicación de la *Guía para la elaboración y control de disposiciones de carácter general* (BOPA de 29 de marzo de 1993).
- *Directrices para la elaboración de proyectos de ley, decretos, órdenes y resoluciones*, aprobadas por el Gobierno Vasco (BOPV núm. 71, de 19 de abril de 1993).
- *Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos*, aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, de 29 de diciembre de 2000 (BOIB núm. 12, de 27 de enero de 2001).

— Bien como propuestas de carácter privado y doctrinal:

- F. Sáinz Moreno y J. C. da Silva, «Propuesta de directrices para mejorar la calidad de las leyes», *La calidad de las leyes*. Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1989.
- J. Aguiló Regla, «Técnica legislativa y documentación automática de legislación», en *Informatica e Diritto*, núm. 1, 1990.

4.3.4.3. Naturaleza jurídica

Como en general en relación con las directrices, en España se plantea cuál es su naturaleza jurídica. Aunque aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros y publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*, carecen de la forma de Decreto, apareciendo como meras reglas o recomendaciones técnicas carentes de fuerza normativa, por lo que se las suele calificar de simple instrucción circular cuyo incumplimiento podría en todo caso originar una falta disciplinaria, atribuyéndose la vigilancia de su cumplimiento al Secretariado del Gobierno. Creemos que puede mantenerse su obligatoriedad de cumplimiento, aunque sea menos clara la cuestión de las consecuencias de su inobservancia.

4.3.4.4. Contenido

Ahora bien: el grado de cumplimiento, en la práctica, de los buenos propósitos que inspiran las *Directrices* y los estudios doctrinales es más bien discreto, y cualquier lector atento del *Boletín Oficial del Estado* puede descubrir imprecisiones lingüísticas, remisiones erróneas o referencias contradictorias con la letra y el espíritu de aquéllas. Éstas podrían atribuirse sin esfuerzo a la interferencia «política» del Parlamento, si no fuera porque en los propios textos que el Gobierno envía a las Cámaras se percibe cierta falta de rigor y de cuidado en el cumplimiento de su acuerdo, que merecería un más detallado estudio y crítica.

Referido su ámbito a los anteproyectos de ley, con la salvedad expresa de no pretender «traspasar el umbral de la potestad de las Cortes Generales», las treinta y siete directrices de 1991 estaban divididas en siete grandes apartados sobre la estructura de las leyes, referidos al título, exposición de motivos, parte dispositiva (disposiciones directivas y sistemática y división), parte final, anexos y anteproyectos de leyes modificativas.

No contenían las Directrices aspectos de redacción o estilo de las leyes, pero sobre estos puntos existía un *Manual de estilo del lenguaje administrativo*, editado por el Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1990. En el Parlamento de la Comunidad Autónoma de Cataluña se aprobaron unas *Instrucciones de la Mesa sobre la corrección lingüística de los textos a publicar en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña*, por acuerdo de 16 de septiembre de 1990.

Las nuevas *Directrices* de 2005 recogen la experiencia de los años transcurridos y de otras *Directrices* aprobadas y se caracterizan por ser más amplias en varios sentidos ²:

- Su *ámbito de aplicación* abarca no sólo a los anteproyectos de ley, sino también a los proyectos de Real Decreto, Real Decreto-ley, Real Decreto Legislativo, e incluso a otras disposiciones.
- Su contenido también es más amplio: como refleja su *título*, no son ya *Directrices* sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley, sino que llevan el título más ambicioso de *Directrices de técnica normativa*.
- Incluyen normas sobre *lenguaje* (criterios lingüísticos generales) y *apéndices* sobre uso de mayúsculas, siglas y denominaciones oficiales.
- Son más *extensas*, pasan de 37 a 102 apartados, con capítulos específicos para la elaboración de determinadas normas y acuerdos.
- En cuanto a la *metodología* adoptada, incluyen ejemplos.

V. LA TÉCNICA LEGISLATIVA EN LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LAS LEYES

5.1. Importancia

Sin perjuicio de la importancia de la corrección técnica de los anteproyectos de ley, esta corrección debe mantenerse también en los proyectos a lo largo de su tramitación parlamentaria, hasta su conversión en ley.

Sabemos que la fase de preparación es decisiva para la calidad de la futura ley: si el Gobierno presenta un buen proyecto, normalmente se termina con una buena ley. Sólo cuando el proyecto se halla bien elaborado, desde un punto de vista técnico y sistemático, pueden realizarse las modificaciones de contenido deseadas por el Parlamento sin que se produzca una ley oscura o contradictoria.

Pero a la inversa, un buen proyecto puede ser desvirtuado a lo largo de su tramitación parlamentaria por las modificaciones que en él se introduzcan.

Nos encontramos en un momento de hipertrofia legislativa, a la que se aplican distintas calificaciones: explosión legislativa, marea incontenible, inflación legislativa, contaminación legislativa, legislación motorizada, elefantiasis legislativa.

Como ya decía A. Predieri en 1963, el Parlamento no puede hacer más de un cierto número de leyes al año. El Parlamento no fue construido para el Estado moderno, para la montaña de legislación que han impuesto la ampliación del sufragio, la revolución industrial, las transformaciones económicas, las organizaciones de masas. Esta situación repercute en la pérdida de

² Sobre las nuevas *Directrices*, puede verse Piedad García-Escudero Márquez, «Nota sobre las nuevas *Directrices de técnica normativa*», *Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 15, diciembre 2005, pp. 13-21.

la calidad de las leyes, lo que no debe convertirse en un atentado contra el fin primordial de seguridad que todo ordenamiento jurídico debe cumplir.

No obstante, al abordar este apartado debemos tener en cuenta que las propuestas de técnica legislativa no deben ignorar que la limitación o, quizá mejor dicho, el presupuesto tal vez básico de la buena técnica legislativa es el *reconocimiento por parte del técnico del primado de la política*; el hecho de que la solución técnica última no sea, a menudo, compatible con las exigencias estrictamente políticas debe llevar al técnico en legislación a buscar un *second best* en lugar de encastillarse en una pretendida solución ideal; lo mejor es enemigo de lo bueno (P. Salvador Coderch).

5.2. Conveniencia de un manual de técnica legislativa para uso parlamentario

5.2.1. Necesidad de un manual propio

Dejando de lado el ámbito gubernamental, que puede contar o no con sus normas propias a tener en cuenta en la elaboración de los proyectos de ley, sería útil que cada Parlamento contara con un manual de técnica legislativa para uso de los funcionarios y parlamentarios.

Ha de ser un manual propio, por lo que de nada sirve dar un modelo o copiar un manual ya existente en otro país u otra Cámara, pues el manual debe adaptarse a las peculiaridades y dar respuesta a los problemas específicos que a cada Parlamento se le presentan en la redacción y tramitación de los textos legislativos, cuestiones que a su vez dependen de la realidad en la que se enmarcan.

5.2.2. Aprobación y destinatarios

El manual de técnica legislativa parlamentaria puede ser aprobado por un órgano de gobierno del Parlamento (Mesa, Junta directiva, Secretario General) como norma o instrucción interna dirigida a los funcionarios y a los miembros de la Cámara para su aplicación cuando preparan o tramitan iniciativas legislativas, sean proposiciones de ley o enmiendas.

Como se verá en el epígrafe siguiente, puede encomendarse a los asesores parlamentarios la elaboración de un informe en relación con el cumplimiento por cada proyecto o iniciativa presentada de las reglas contenidas en el manual.

5.2.3. Contenido

Normalmente, la Constitución y el Reglamento de la Asamblea contendrán normas relativas al procedimiento legislativo. No es éste el objeto de un manual de técnica legislativa.

Tampoco constituye su objeto la evaluación de la legislación (necesidad y efectos) propia de los cuestionarios o *Checklisten*, que debe desarrollarse por los autores (Gobierno o parlamentarios) en un momento anterior a la presentación de las iniciativas en sede parlamentaria. Éstas son reglas de metodología legislativa que pueden ser objeto de un manual o cuestionario independiente.

En cambio, sí podrían incluirse en un manual de técnica legislativa para uso parlamentario tres cuestiones diferenciadas:

- *Aspectos relacionados con la inserción de la nueva ley en el ordenamiento jurídico*, para asegurarse de la coherencia y unidad del mismo.

Para ello, habría de examinarse:

- Su conformidad con la Constitución y con la doctrina constitucional.
- Los antecedentes normativos que quedan derogados o modificados.
- La legislación de entes territoriales que pueden quedar afectados.

- *Aspectos relativos al lenguaje legal*.

Al modo de los manuales de *legal drafting* y *legal writing*, han de desarrollarse una serie de reglas (enunciaremos algunas en el apartado siguiente), que persigan la claridad, precisión, sencillez y coherencia en el lenguaje utilizado en las leyes.

- *Aspectos relativos a la estructura formal o división de las leyes*.

También enunciaremos algunas reglas sobre esta cuestión en el apartado siguiente.

5.3. La labor de los asesores parlamentarios en relación con la técnica legislativa

5.3.1. Importancia

Los asesores parlamentarios que colaboran en las tareas legislativas de cada asamblea (entre nosotros, los letrados) constituyen los *operadores jurídicos* que han de aplicar y vigilar el cumplimiento de las normas de técnica legislativa.

Como se ha señalado, la labor de los asesores consiste en asesorar e informar, frente a la de los representantes, cuya tarea es decidir, con arreglo a criterios políticos y no de otro tipo (jurídicos, gramaticales), pero precisamente porque sus decisiones son políticas les resultan de suma utilidad los consejos y recomendaciones de carácter técnico que les proporcionan los funcionarios parlamentarios, cuya aceptación no suele plantear problemas y redundar en una mejora sustancial de la legislación.

5.3.2. Ámbito

Esta labor de asesoramiento ha de desarrollarse allá donde se efectúe la labor de asistencia:

- *Asesoramiento a la Mesa* u órgano directivo de la Cámara, a la hora de admitir o no a trámite las iniciativas.
- *Asesoramiento a las Comisiones y Ponencias.*

Tal vez sea éste el ámbito más propicio para desarrollar una actuación a favor de la técnica legislativa.

- Con carácter previo, es útil la elaboración de un *informe* sobre los distintos aspectos de técnica legislativa contenidos en el manual u objeto de una instrucción. Este informe se presenta a los miembros de la Comisión o Ponencia, quienes pueden pronunciarse sobre la aceptación de las propuestas de lenguaje, sistemática o corrección jurídica en él contenidas, incorporándolas a su dictamen.
- El informe ha de extenderse también a las *enmiendas* presentadas al proyecto inicial; en cuanto susceptibles de ser incorporadas al proyecto, además de sobre las cuestiones anteriores, el examen habrá de extenderse a la
 - homogeneidad y congruencia de las enmiendas con el texto legislativo,
 - a su inserción sistemática en el proyecto, y
 - a la coherencia del texto resultante.
- Durante el *debate en la Comisión*, la aceptación de enmiendas originarias o nuevas debe ser objeto de las observaciones técnicas sobre su inserción en el proyecto, expuestas en el punto anterior.
- En la redacción y corrección del texto del *dictamen* aprobado se prestará especial atención a las concordancias y remisiones y, en definitiva, a su coherencia.
- *Asesoramiento al Pleno de la Cámara.* En el debate final ante el Pleno de la Cámara deben observarse las mismas cautelas respecto de la introducción de enmiendas, ya sean originarias o que reflejen nuevos acuerdos conseguidos, siendo éste el momento en el que, por la precipitación con que se produce y por tratarse del final del procedimiento, la inclusión de modificaciones entraña los mayores peligros para la calidad de la ley, en cuanto a posible pérdida de sistemática y coherencia.
- La *labor preparatoria* es aquí también de gran importancia, debiendo plasmarse en:
 - la elaboración de guiones de enmiendas, y
 - la formulación de observaciones escritas sobre los efectos de su eventual aprobación.
- *A posteriori*, deben observarse en el texto aprobado por el Pleno las mismas reglas que respecto de los dictámenes de las Comisiones:
 - revisión de las concordancias y remisiones, y
 - en la medida en que lo permitan los acuerdos adoptados, mantenimiento de la coherencia y sistemática del texto.

5.3.3. El modelo de las Cortes Generales

Las *Normas sobre régimen de asesoramiento a las Comisiones del Congreso de los Diputados y del Senado*, aprobadas por las Mesas de ambas Cámaras en su sesión conjunta del día 26 de junio de 1989, entre otras cuestiones, atribuyen a los Letrados de las Cortes Generales las siguientes tareas en apoyo del trabajo legislativo de las Comisiones:

- a) Redactar, con ocasión de cada proposición o proyecto de ley encomendados a su asesoramiento, y antes de la iniciación de la fase de ponencia, un *informe* con el siguiente contenido:
 - *Incidencia* de la nueva iniciativa en la *normativa vigente* en la materia, con indicación de los antecedentes normativos, doctrina jurisprudencial, legislación autonómica afectada, referentes de Derecho comunitario y previsiones de los ordenamientos extranjeros que puedan resultar ilustrativos para la valoración del texto en tramitación.
 - *Análisis técnico-legislativo* del proyecto o proposición, argumentando sobre la corrección de su estructura y la ordenación lógica de sus preceptos, sobre el rigor de los aspectos ortográficos, léxicos y estilo, sobre la corrección de las concordancias y remisiones y la adecuación del título, el preámbulo o las disposiciones complementarias, sobre la suficiencia de las cláusulas derogatorias y de las tablas de vigencias y, en general, sobre la adaptación del texto a las directrices sobre calidad de las leyes que se establezcan en las Cámaras.
 - *Análisis jurídico* del contenido del proyecto o proposición, confrontando el texto con el conjunto del ordenamiento, y, en particular, con los principios constitucionales y con la doctrina del Tribunal Constitucional.
- b) Asesorar a la *Mesa de la Comisión* en el momento de la calificación de las enmiendas y asistir al Ponente o Ponencia en su tarea de ordenación de las mismas.
- c) Comprobar la *corrección del texto* después de cada trámite, recogiendo las decisiones de Ponencia, Comisión y Pleno y revisando la incidencia de los cambios introducidos en cada una de las fases de la tramitación, particularmente en el momento de su remisión a la otra Cámara o al *Boletín Oficial del Estado* para su publicación.
- d) Revisar el contenido de los *expedientes legislativos*, con carácter previo a su envío al Archivo de la Cámara.
- e) Contrastar la *publicación* del texto en los Boletines Oficiales y preparar, en su caso, la oportuna corrección de errores para su inmediata publicación.
- f) Dirigir la elaboración de los «*Trabajos parlamentarios*» de todas las leyes en cuya tramitación haya intervenido, preparando la presentación introductoria de los mismos en los supuestos en los que se decida su publicación.

VI. PRINCIPIOS Y REGLAS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Observación previa

Como se ha señalado, no cabe presentar un manual modelo de técnica legislativa parlamentaria de uso universal, porque necesariamente habría de ser adaptado a las características y problemas de cada Parlamento.

Pero sí podemos aventurarnos a reseñar principios y reglas que han de ser observados en la elaboración de las leyes y que, de acuerdo con lo señalado en el apartado anterior, pueden constituir el objeto de un manual parlamentario de técnica legislativa.

Estas reglas afectan a:

- Inserción de la Ley en el ordenamiento jurídico.
- Lenguaje legal.
- Contenido de la Ley.
- Estructura de la Ley.
- Leyes modificativas. Especialidades.
- Sanción y promulgación.
- Publicación.

6.1. Inserción de la Ley en el Ordenamiento Jurídico

a) Como *regla general* que afecta a todas las normas y no sólo a las leyes, han de respetarse los principios de competencia del órgano que las dicta y jerarquía normativa, así como la distribución competencial, en su caso, entre el Estado y otras entidades territoriales.

Para la debida integración en el ordenamiento, las leyes han de expresar la competencia en virtud de la que se dictan, así como su rango o categoría normativa.

b) No es correcta la *reproducción* de preceptos constitucionales en normas legales, ni de preceptos legales en normas de inferior rango, como tampoco su inclusión con modificaciones:

- La reproducción literal de la norma superior es innecesaria, y no contribuye a su mejor comprensión.
- La reproducción con matices o modificaciones puede inducir a confusión.

En lugar de la reproducción han de utilizarse las remisiones expresas y claras a los preceptos de otras normas.

c) Las *modificaciones* y *derogaciones* de normas legales deben ser claramente indicadas como tales, a ser posible en el título de la ley [*vide infra*, 6.4.a). *Título*], cuando tal es el objeto de la misma.

- Las modificaciones adoptarán la forma de un texto que se integra en la ley modificada, siendo preferible la sustitución de divisiones ente-

ras (artículos o apartados) a la modificación, inserción o supresión de frases o palabras (*vide infra*, 6.5. *Leyes modificativas. Especialidades*).

- Para la coherencia del ordenamiento y la seguridad jurídica, es fundamental que toda norma exponga claramente las normas que resultan derogadas con su aprobación, en su caso enumerando las partes de aquellas que resultan afectadas.

Han de evitarse las derogaciones tácitas o genéricas del tipo «*quedan derogadas cuantas normas resulten contrarias a lo dispuesto en la presente ley*» (*vide infra*, *disposición derogatoria*).

d) La *fecha de entrada en vigor* debe indicarse claramente, así como las disposiciones transitorias, en caso de que resulten precisas (*vide infra*, *entrada en vigor, disposiciones transitorias*).

e) Las *habilitaciones al Ejecutivo* y mandatos de desarrollo reglamentario han de ser expresos y precisos en cuanto a su alcance y, en su caso, plazo de ejecución.

f) Para la debida información de las Cámaras, las iniciativas legislativas deben ir acompañadas de una exposición de motivos y de los *antecedentes* necesarios para pronunciarse sobre ellas.

El artículo 88 de la Constitución española impone al Gobierno que los proyectos de ley que somete al Congreso de los Diputados vayan acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos.

Sobre la exposición de motivos, *vide infra*, 6.4.b). *Preámbulo*.

Los antecedentes han de ser suficientes para permitir al legislador apreciar la necesidad de la norma, la idoneidad de la regulación propuesta y su viabilidad. Es decir, deberán contener los elementos que han llevado al titular de la iniciativa legislativa a la decisión de legislar sobre una materia con un contenido concreto.

En definitiva, los antecedentes deben contener las respuestas a los cuestionarios o *checklisten* que hayan avalado la decisión pre-legislativa.

Para ello, los antecedentes deben incluir:

- cuantos estudios se hayan realizado sobre la necesidad de la norma y sus posibles efectos,
- los informes emitidos por distintos órganos u organizaciones de intereses,
- los documentos o informes en que se plasme la audiencia o negociación con los afectados por la futura ley, así como la previsión de su aceptabilidad,
- los estudios sobre la viabilidad de la norma, incluyendo su repercusión en la organización administrativa y una memoria sobre el coste económico de su ejecución.

Las Cámaras reclamarán, en su caso, al autor de la iniciativa legislativa los antecedentes que consideren necesarios para valorar la necesidad y efectos de la nueva ley, así como su incidencia en el ordenamiento jurídico.

g) Debe tenerse siempre presente que la *calidad de las leyes* no depende sólo de su perfección externa o formal, sino de su idoneidad para alcanzar los objetivos que se persiguen con su aprobación.

6.2. Lenguaje legal

a) Principio de claridad en el lenguaje

Las leyes deben redactarse de manera clara, sencilla, precisa y coherente.

Redacción:

- Clara: de fácil comprensión.
- Sencilla: concisa, sin elementos superfluos.
- Precisa: que no deje lugar a dudas en el lector que ha de cumplirla (ciudadano) o aplicarla (autoridades, funcionarios y jueces).
- Coherente: han de utilizarse los mismos términos para expresar los mismos conceptos y la ley no debe contener contradicciones.

Como señala Sáinz Moreno, la inteligibilidad de los textos normativos depende de su claridad semántica y de su claridad jurídica:

- Claridad semántica: entre el lenguaje jurídico y el lenguaje usual no deben existir diferencias esenciales. El significado de las palabras utilizadas en los textos normativos debe conservar, en principio, el del lenguaje ordinario del que proceden.
- Claridad normativa:
 - Los textos deben formular de modo inequívoco su valor normativo, es decir, su naturaleza y su rango.
 - El contenido de cada norma debe tener una estructura argumentativa homogénea completa y lógica, así como respetar una estructura formal tipificada (*vide infra*, 6.4. Estructura de la Ley).
 - La claridad normativa exige la adecuada publicidad de las normas: no sólo la publicación en el diario oficial (que ha de ser inmediata, completa y exacta), sino una publicidad suficiente para que pueda ser conocida por el ciudadano.

El artículo 9.1 de la Constitución española establece que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, como prescribe el artículo 6 del Código Civil español.

En consecuencia, los ciudadanos deben poder *conocer* y *entender* las normas a cuyo cumplimiento están obligados.

Para asegurar la claridad manteniendo su corrección técnica, el lenguaje jurídico debe aproximarse lo más posible al lenguaje usual:

- Se utilizará, siempre que sea posible, el *lenguaje usual*, empleando el léxico técnico-jurídico sólo cuando sea necesario.
- Lenguaje usual no significa lenguaje vulgar, de jerga o coyuntural.
- Se mantendrá el *mismo lenguaje* y la misma terminología a lo largo de toda la norma.

Los mismos términos han de expresar siempre los mismos conceptos:

- Se reducirá en lo posible el uso de *términos técnicos*, explicándolos mediante definiciones.
- Se evitarán los *neologismos* ³.
- Se evitarán los *términos extranjeros*, salvo cuando se hayan incorporado al lenguaje usual o no quepa la traducción.

La claridad en el lenguaje deriva también de la extensión de las frases y de los artículos, del respeto de las normas gramaticales y sintácticas y de la estructura y división del texto.

b) *Principio de economía en el lenguaje*

Las leyes deben formularse de forma breve y sencilla, evitando:

- las palabras superfluas,
- las repeticiones innecesarias,
- el uso de ejemplos, salvo cuando sean estrictamente necesarios.

Las frases deben limitarse a la expresión de una única idea, mientras que el artículo debe agrupar un conjunto de ideas que tengan un nexo lógico entre sí.

c) *Gramática y sintaxis*

- Las frases deben ser *breves* y *simples* en su construcción: sujeto, verbo, complemento.
- Se preferirá el uso de la *voz activa*.
- Se evitarán las *construcciones nominales* que puedan ser sustituidas por verbos simples (preferir *iniciar* a *proceder al inicio*).
- Debe dedicarse un especial cuidado a la *puntuación* y a las *concordancias*.

La corrección estilística recomienda evitar:

- los gerundios,
- las redundancias,

³ La guía para la elaboración y control de disposiciones de carácter general de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias admite el uso de neologismos cuando no haya otra palabra y siempre que en el neologismo concurren las siguientes circunstancias: precisión semántica, capacidad expresiva, respaldo social y aceptación por la Real Academia de la Lengua, a ser posible.

- las perífrasis que complican la oración,
- las oraciones subordinadas,
- las oraciones negativas.

En Suiza, existe una guía de formulación no sexista de textos administrativos y legislativos de la Confederación, del año 2000 (<http://www.admin.ch/ch/f/bk/sp/doc/guide-de-formulation-non-sexiste.html>).

d) Ortografía

- Deben seguirse las *reglas ortográficas* más sencillas del lenguaje usual.
- Debe restringirse el uso de las *mayúsculas*.
- Las mayúsculas se *acentuarán* conforme a las reglas ortográficas generales.
- No deben utilizarse *abreviaturas*.
- No deben utilizarse *siglas*, salvo cuando se refieran a más de dos palabras y aparezcan reiteradamente en el texto. Las siglas se escribirán con letras mayúsculas, juntas, sin puntos entre ellas. La primera vez que aparezcan irán acompañando, entre paréntesis, a la denominación o expresión completa a la que correspondan.
- Los *signos de puntuación* se utilizarán de acuerdo con las reglas gramaticales.

6.3. Contenido de la Ley

a) La ley debe ser homogénea

- El contenido de la ley deberá ser homogéneo: cada ley regulará un único objeto material, evitando incluir materias diferentes a su objeto.
- Si fuera necesario o conveniente regular distintas materias con un mismo objeto, pueden elaborarse iniciativas legislativas distintas para su tramitación simultánea.
- Deben evitarse las llamadas «leyes ómnibus», gravemente lesivas para la seguridad jurídica.

b) La ley debe ser completa

La ley debe contener la regulación completa de su objeto material.

c) Orden lógico

En la redacción de las disposiciones se mantendrá el orden siguiente:

- de lo general a lo particular,
- de lo abstracto a lo concreto,

- de lo normal a lo excepcional,
- de lo sustantivo a lo procesal.

d) *Modificación de otras leyes*

- Las modificaciones de otras leyes deberán ser expresas
- No se incluirán modificaciones de leyes ajenas al objeto material de la ley
- En la medida de lo posible, las leyes modificativas tendrán por objeto la modificación de una sola ley, lo que se indicará en el título (*vide infra*, V.2).

e) *Estructura tipo*

La ley debe adaptarse a una estructura formal tipificada.

6.4. Estructura de la Ley

a) *Título*

— *Partes del título:*

El título debe indicar la categoría normativa, el número, la fecha y el objeto de la ley.

— *Categoría normativa:* Ley, ley orgánica, etc.

— *Número y fecha:*

- La ley se identificará por el número cronológico anual de la disposición normativa y la fecha de la misma.
- La numeración deberá reiniciarse cada año y la fecha debe responder a la de promulgación de la norma. En caso de adoptarse otro criterio (como la fecha de su aprobación definitiva por las Cámaras), éste deberá aplicarse siempre.

En España, el número de la ley va seguido del año, ambos separados por una barra inclinada, y a continuación figuran el día y el mes, separados de aquél por comas: *Ley 1/2005, de 1 de febrero*.

— *Objeto de la ley*

- El nombre de la ley es la parte del título que indica su objeto, que permite identificar su contenido esencial y distinguirla de las demás leyes.
- La indicación del objeto de la ley debe ser precisa y completa, pero también breve y concreta.
- Cuando la ley tenga por objeto la modificación de otra ley anterior, deberá indicarse así en el título, citando por su título completo la ley modificada: *Ley 1/2005, de 1 de febrero, por la que se modifica la Ley 37/2003, de 25 de octubre, reguladora de...*

— *Ámbito temporal*

En las leyes de ámbito temporal se hará constar en el título el periodo de vigencia.

— *Modificación y aprobación del título*

- El título deberá reflejar, en su caso, las modificaciones que se introduzcan en el contenido de la iniciativa legislativa a lo largo de su tramitación parlamentaria.
- En consecuencia, la aprobación definitiva del título deberá realizarse una vez aprobado definitivamente el articulado de la ley.

b) *Preámbulo*

- La «*exposición de motivos*» de los proyectos de ley u otras iniciativas legislativas puede convertirse en el «*preámbulo*» de la ley.
- El preámbulo constituye la parte expositiva de la ley que indica sus objetivos y contenidos. En este sentido, el preámbulo puede ser muy útil para sintetizar las innovaciones principales que introduce la ley.
- El preámbulo puede describir breve y concisamente el contenido de la ley, sus objetivos y finalidad, aludir a sus antecedentes y a las competencias en cuyo ejercicio se dicta, así como resumir sucintamente su contenido, si ello es preciso para una mejor comprensión del texto.
- El preámbulo debe evitar las exhortaciones, las declaraciones didácticas o laudatorias y otras análogas.
- Cuando el preámbulo alcance cierta longitud, puede dividirse en apartados numerados en romanos.
- En caso de que el preámbulo se base en la exposición de motivos de la iniciativa legislativa, deberá prestarse especial cuidado a su adaptación a las modificaciones que se introduzcan en el texto de la iniciativa a lo largo de su tramitación parlamentaria, al objeto de asegurar la coherencia entre el preámbulo y el contenido de la ley.
- En consecuencia, el preámbulo, como el título, ha de aprobarse una vez fijado definitivamente el contenido del articulado de la ley.

c) *Fórmula promulgatoria*

- La parte expositiva puede concluir con una fórmula promulgatoria, siempre idéntica ⁴.

⁴ En España, la fórmula promulgatoria de las leyes del Estado se sitúa al principio y al final del texto de la ley en la forma siguiente:

d) *Articulado: división*

— El articulado o parte dispositiva podrá ser objeto, si es necesario, de *subdivisión* en libros, títulos, capítulos y secciones.

— *Numeración y denominación de las divisiones superiores*

Los libros, los títulos y los capítulos irán numerados en números romanos; las secciones en ordinales arábigos. Todos ellos irán titulados.

La indicación de «libro», «título», «capítulo» o «sección» y sus respectivos números y denominación se situarán centrados en el texto.

— *Libros*: la división de las leyes en libros será excepcional. Sólo las leyes muy extensas que traten de recopilar o codificar una materia se dividirán en libros.

— *Títulos*: sólo se dividirán en títulos las leyes que tengan partes claramente diferenciadas.

— *Capítulos*: sólo habrá división en capítulos cuando ello responda a razones sistemáticas, pero no a la extensión de la ley.

— *Artículos: redacción y división*:

Los criterios orientadores básicos para la redacción de un artículo son: cada artículo, un tema; cada párrafo, una oración; cada oración, una idea.

Los artículos podrán dividirse en apartados o párrafos, que se numerarán en cardinales arábigos; si sólo hay uno, se denominará artículo único. Los apartados o párrafos, que no serán muy largos, no deberían exceder de cuatro; en otro caso, será preferible crear un nuevo artículo.

Los apartados o párrafos podrán también, a su vez, dividirse; las divisiones irán precedidas de letras minúsculas ordenadas alfabéticamente.

e) *Articulado: sistemática*

La ordenación interna de la parte dispositiva o articulado puede ser la siguiente:

— *Disposiciones generales o directivas*:

- objeto;

**JUAN CARLOS I
REY DE ESPAÑA**

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley.

(...)

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley.

Madrid,...

- ámbito de aplicación;
- definiciones.

— *Disposiciones sistemáticas:*

- normas sustantivas;
- normas organizativas;
- normas planificadoras;
- normas prescriptoras de derechos, obligaciones, prohibiciones y limitaciones;
- infracciones y sanciones.

— *Disposiciones procedimentales:*

- normas procedimentales;
- normas procesales y de garantía.

f) *Disposiciones generales o directivas*

- Las disposiciones generales de la ley (que hoy se tiende a denominar «*disposiciones directivas*», aunque las nuevas «Directrices de Técnica Normativa han seguido acertadamente la sugerencia del Consejo de Estado, manteniendo la denominación tradicional) son aquellas que fijan el objeto, la finalidad, el ámbito de aplicación de normas, así como las definiciones necesarias para una mejor comprensión de los términos en ella empleados.
- Deben evitarse las disposiciones que no sean de carácter normativo (deseos y declaraciones políticas).
- Las disposiciones directivas pueden repetir lo ya recogido en el preámbulo, pero con una concepción técnico-jurídica y no didáctica o informativa.
- Las disposiciones generales deben figurar en los primeros artículos de la ley:
 - Si la ley se divide en títulos, se incluirán en un «*Título Preliminar*», titulado «*Disposiciones generales*» o «*Disposiciones directivas*».
 - Si la ley se divide en capítulos, los artículos que contengan estas disposiciones se incluirán en el Capítulo I, con el mismo título.
- Las disposiciones generales son directamente aplicables, en cuanto forman parte de la parte dispositiva de la norma.

g) *Parte final*

— *Estructura*

La parte final de la ley podrá dividirse en las siguientes clases de disposiciones, por este orden:

- disposiciones adicionales
- disposiciones transitorias
- disposiciones derogatorias
- disposiciones finales.

— *Contenido*

- Se incorporarán a la parte final sólo los preceptos que no puedan incorporarse al articulado de la ley.
- Sólo se incluirán los preceptos que respondan a los criterios que definen cada grupo de disposiciones.
- No obstante, las disposiciones adicionales quedarán relativamente abiertas, para incorporar las reglas que no puedan situarse en la parte dispositiva sin perjudicar su coherencia y unidad interna.
- Se evitarán los preceptos complejos o de contenido plural, susceptibles de ser incluidos en distintas clases de disposiciones de la parte final. De no ser posible, el orden de prevalencia del contenido será el siguiente:
 - transitorio
 - derogatorio
 - final
 - adicional.

— *Numeración*

- Cada una de las clases de disposiciones en que se define la parte final tendrá una numeración correlativa propia, expresada en ordinales (1.^a, 2.^a, 3.^a, o *Primera, Segunda, Tercera*).

— *Denominación*

- Las disposiciones de la parte final deben llevar siempre un título, indicativo de su contenido o de la materia a la que se refieren.

h) *Disposiciones adicionales*

— Las disposiciones adicionales *incluirán*, por este orden:

- Los regímenes jurídicos especiales que no puedan situarse en el texto articulado, por este orden:
 - regímenes territoriales
 - regímenes personales
 - regímenes económicos
 - regímenes procesales.
- Los mandatos y autorizaciones no dirigidos a la producción de normas jurídicas.
- Los preceptos residuales que no puedan colocarse en otro lugar de la ley.

— Las disposiciones adicionales *no regularán*:

- definiciones y precisiones conceptuales;
 - reglas sobre el ámbito de aplicación de la ley ni sobre su inserción en el ordenamiento. Estas normas se incluirán al principio de la ley, en las disposiciones generales o directivas;
 - la vigencia temporal de la ley, las habilitaciones ni las delegaciones normativas: estas normas se incluirán en las disposiciones finales;
 - normas transitorias ni derogatorias.
- Las disposiciones adicionales *no deben contener* modificaciones de leyes con un objeto principal distinto, que deben ser objeto de leyes de modificación separadas.

i) *Disposiciones transitorias*

- El *objeto* de estas disposiciones es regular la acomodación de las situaciones jurídicas anteriores al régimen establecido por la nueva ley.
- Las disposiciones transitorias *incluirán*, exclusivamente y por este orden:
- Los preceptos que establezcan una regulación autónoma y diferente a las establecidas por la ley antigua y la ley nueva para regular situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley.
 - Los preceptos que declaren la pervivencia de la ley antigua para regular situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley.
 - Los preceptos que declaren la aplicación retroactiva o inmediata de la nueva ley para regular situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor.
 - Los preceptos que, para facilitar la aplicación definitiva de la ley nueva, regulen de modo autónomo y provisional situaciones jurídicas que se produzcan después de su entrada en vigor.
 - Los preceptos que, para facilitar la aplicación definitiva de la ley nueva, declaren la pervivencia de la ley antigua para regular situaciones jurídicas que se produzcan después de la entrada en vigor de la ley nueva.
- *No son* disposiciones transitorias:
- Las que se limitan a diferir la aplicación de determinados preceptos de la norma sin que esto implique la pervivencia de un régimen jurídico previo.
 - Las que dejan de tener eficacia cuando se aplican una sola vez.
- El *legislador* debe examinar siempre los problemas de transitoriedad que la ley pueda originar.
- Las disposiciones transitorias *deben precisar* claramente su ámbito temporal y material.

j) *Disposiciones derogatorias*

- Las disposiciones derogatorias serán siempre expresas y precisas, conteniendo
 - una relación de las normas o partes de ellas que la nueva ley derogue,
 - así como, en su caso, de las que se mantienen en vigor.
- En caso de que se precisen la normas que mantienen su vigencia, deberán integrarse en un apartado distinto de la misma disposición derogatoria.
- No deben incluirse derogaciones genéricas o indeterminadas.
- Las disposiciones derogatorias podrán cerrarse aunque en buena técnica normativa debería evitarse, con una cláusula de salvaguardia del tenor siguiente: «*Quedan asimismo derogadas, a la entrada en vigor de la presente ley, cualesquiera otras disposiciones de igual o inferior rango en materia de... que se opongan a lo dispuesto en la misma*». Nunca se establecerá solamente esta cláusula genérica, que puede acompañar, si es necesario, a las derogaciones expresas.

k) *Disposiciones finales*

- Las disposiciones finales *incluirán*, por este orden:
 - Los preceptos que modifiquen el Derecho vigente.
 - Las cláusulas de salvaguardia de disposiciones normativas o de competencias ajenas.
 - Las reglas de supletoriedad.
 - Los mandatos y habilitaciones dirigidos a la producción de normas jurídicas (autorización de desarrollo reglamentario, mandato de elaboración y presentación de proyectos de ley), especificando sus límites y plazos.
 - Las reglas sobre la entrada en vigor de la ley y la finalización de su vigencia.

La *entrada en vigor* de la ley se fijará preferentemente señalando el día, el mes y el año en que haya de tener lugar.

Sólo se fijará por referencia a la publicación de la ley en el *Diario oficial* cuando la nueva disposición deba entrar en vigor de forma inmediata. En este caso, la fecha de entrada en vigor no será el mismo día de su publicación, sino el día siguiente al de su publicación, por razones de seguridad jurídica del ciudadano.

La *vacatio legis* debe posibilitar el conocimiento material de la ley y la adopción de las medidas necesarias para su aplicación, de manera que sólo excepcionalmente debe entrar en vigor una nueva ley de forma inmediata.

En España, el artículo 2 del Código Civil establece que las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si en ellas no se dispone otra cosa (supuesto frecuente).

- En el caso de que la entrada en vigor sea *escalonada*, deberán especificarse con toda claridad los artículos cuya entrada en vigor se retrasa o adelanta, así como el momento de la misma. Si lo que se retrasa es la producción de determinados efectos, la especificación de cuáles son y cuándo tendrán plena eficacia se hará en una disposición transitoria.

l) Anexos

- Si la disposición lleva anexos, éstos deberán *figurar* a continuación de la fecha y de las firmas, con numeración correlativa, salvo que haya uno solo, e identificados con un título.
- Las *citas* de los anexos en la parte dispositiva se harán indicando su número y título.
- Los anexos *contendrán*:
 - Conceptos, reglas, requisitos técnicos, etc., que no puedan expresarse mediante la escritura, como, por ejemplo, planos o gráficos.
 - Relaciones de personas, bienes, lugares, etc., respecto de los cuales se haya de concretar la aplicación de las disposiciones del texto.
 - Acuerdos o convenios a los que el texto dota de valor normativo.

Cuando se considere necesario, las cláusulas de habilitación para el desarrollo reglamentario podrán autorizar para la modificación del contenido de los anexos.

6.5. Leyes modificativas. Especialidades

a) Uso restrictivo

- *Es preferible* la aprobación de una nueva ley que sustituya a la anterior a la aprobación de una ley modificativa.
- *Deben evitarse* las leyes de modificación múltiple (que modifican varias leyes), porque dificultan el conocimiento y la localización de las modificaciones legislativas, lesionando la seguridad jurídica.

b) Título

- El título de las leyes modificativas indicará que se trata de una ley de esta naturaleza, así como el título de la ley o leyes modificadas:

Ley 1/2005, de 1 de febrero, por la que se modifica la Ley 37/2003, de 25 de octubre, reguladora de...

c) *División*

- Las leyes modificativas se dividirán normalmente en artículos, destacados topográficamente.
- En el caso de que la ley modifique una sola ley, contendrá un artículo único titulado: «*Modificación de la Ley...*», insertándose a continuación la modificación con la introducción siguiente:

«*El/los artículo/s... de la Ley... queda/n redactado/s de la forma siguiente: ...*»

- Si la modificación afecta a varios preceptos de una sola ley, el artículo único se dividirá en apartados, uno por precepto, numerados con cardinales escritos en letra (*Primero, Segundo...*).
- En las leyes que modifican varias leyes se utilizará un artículo (u otra división superior) para cada una de ellas, dividiéndose el artículo en apartados, uno por precepto. Deben utilizarse tantos artículos como normas modificadas y tantos apartados como preceptos objeto de modificación.
- El orden de las disposiciones modificadas será el de aprobación de las leyes afectadas, y las modificaciones de preceptos de una misma norma seguirán el orden de su división interna.
- Si una ley no propiamente modificativa contiene modificaciones de otra u otras leyes, éstas se incluirán en las disposiciones finales, indicando en el título de la disposición correspondiente que se trata de una modificación y el título de la ley o leyes modificadas.

d) *Estilo*

- *Estilo de regulación* es el procedimiento consistente en dar una nueva redacción a las disposiciones modificadas: «*El artículo... de la Ley... queda redactado de la forma siguiente...*»
- *Estilo de modificación* es el procedimiento consistente en sustituir algunas palabras o expresiones de la ley modificada sin dar una nueva redacción a todo el párrafo, artículo o a la propia ley: «*La expresión.... queda sustituida por la expresión... en los siguientes artículos.*»

Como *regla*, las leyes modificativas usarán el estilo de regulación o de nueva redacción. El estilo de modificación (sustituir algunas palabras sin dar nueva redacción al párrafo, apartado o artículo) se utilizará exclusivamente en los casos de sustitución de palabras aisladas, de cambio reiterado de las mismas expresiones, alteración de cantidades y otros análogos.

- En el *estilo de regulación*, el texto marco (que indica qué disposiciones se modifican y cómo se lleva a cabo la modificación) y el texto de regulación (el nuevo texto en que consiste la modificación), irán separados perfectamente:

- a) El texto marco: indicará con absoluta claridad los datos de la parte que se modifica (las normas, los capítulos, artículos, párrafos y letras objeto de modificación) y expresará el tipo de modificación que sea (nueva redacción, adición, derogación).
 - b) El texto de regulación: irá entre comillas colocadas al principio y al final del mismo y en un párrafo independiente de manera que se perciba a simple vista cuál es la nueva regulación.
 - c) Se utilizarán recursos tipográficos, como, por ejemplo, el sangrado de márgenes o un tipo de letra distinto.
- Si se utiliza el *estilo de modificación*, se destacarán las expresiones que se cambian, así como las nuevas. Por ejemplo, unas y otras se entrecomillarán.

e) *Contenido*

- Debe indicarse claramente en cada artículo en qué consiste la modificación: si se añade, suprime o sustituye un texto.
- En caso de que se modifiquen varios apartados o párrafos de un artículo, el contenido de éste se reproducirá enteramente. Si se trata de modificaciones menores, cabe reducir la nueva redacción al apartado o párrafo afectados.
- En todo caso, la nueva redacción afectará a una unidad completa de la ley anterior (artículo, apartado o párrafo), aunque sólo se modifiquen palabras o frases.
- La inclusión de un nuevo artículo en la ley original altera la numeración del articulado. Para evitarlo, pueden utilizarse los adverbios numerales *bis*, *ter* y *quater*.

6.6. Sanción y promulgación

Las leyes concluirán con la fórmula sancionatoria y promulgatoria, propia del poder legislativo de que se trate.

Vide supra, 6.4.c), fórmula promulgatoria.

6.7. Publicación

- El Parlamento debe *verificar* que la publicación de las leyes aprobadas sea completa y exacta.
- Las *correcciones de errores* que no consistan en meras erratas tipográficas o de impresión deberán ser autorizadas previamente por la Cámara.
- En ningún caso podrá modificarse sustancialmente una ley mediante una corrección de errores.

La fórmula para publicar una corrección de errores puede ser la siguiente:

«Advertido error (u omisión) en la Ley ... publicada en el Diario Oficial núm ..., el día..., se procede a efectuar las oportunas rectificaciones:

«En la página ..., artículo ..., apartado ..., donde dice debe decir ...»

O bien:

«El apartado/artículo ... debe quedar redactado en la forma siguiente: ...»

O bien:

«En la página ..., artículo ..., se añadirá un apartado ..., con el siguiente texto ...»

- Cuando una ley haya sido reiteradamente modificada, debería procederse a la publicación oficial de su texto actualizado.
- Cuando la regulación de una materia se encuentre dispersa en varias leyes, debería procederse a su codificación.

7. TÉCNICA LEGISLATIVA E INFORMÁTICA

7.1. Utilidad de la informática para la técnica legislativa

La informática, herramienta provechosa para tantas ramas del saber, puede ser también de gran utilidad para la aplicación y observación de las reglas de técnica legislativa.

Cuando avanza la informática jurídica, se desarrolla en primer lugar la creación de bancos de datos jurídicos, y poco después la automatización de los procedimientos, incluso en los entes públicos.

Ambos aspectos repercuten favorablemente en la técnica legislativa:

- Los *bancos de datos* legislativos son sumamente útiles para conocer la legislación vigente y los antecedentes de las nuevas leyes. Ello permite, como señala Losano, conocer los usos lingüísticos de las leyes anteriores, establecer qué leyes existen sobre la materia a regular, lo que permite evitar duplicaciones y lagunas en el ordenamiento y sustituir las derogaciones tácitas por las expresas.
- La *informatización de los procedimientos* legislativos ayuda a racionalizar y estandarizar la tramitación parlamentaria de las leyes. Nos ocuparemos de este punto más adelante.

Al mismo tiempo, la utilización de la informática permite descubrir defectos en la legislación:

Por ejemplo, la utilización de un término extraño, distinto del normalmente empleado en el ordenamiento jurídico, dificulta o impide encontrar la nueva norma en la base de datos.

7.2. Informatización del manual de técnica legislativa

Hemos abogado por la elaboración de un manual propio de técnica legislativa para uso parlamentario. Pues bien, parte de su contenido puede informatizarse y convertirse en un formulario para uso de parlamentarios y técnicos.

- Así, el *cuestionario* previo sobre la decisión prelegislativa, que hemos dejado fuera de nuestro estudio.
- Por lo que se refiere a los *principios y reglas* de técnica legislativa que hemos enunciado, la informatización podría adoptar, a título de ejemplo, las medidas siguientes:
 - a) *Cuestionario informatizado sobre la inserción de la ley en el ordenamiento.* Este cuestionario se cumplimentaría por los servicios técnicos al presentar la iniciativa legislativa en la Cámara y facilitaría la elaboración de un informe más detallado.
- Competencia
 - ¿se dicta la ley en el ejercicio de competencias constitucionales?;
 - ¿respeta el principio de jerarquía normativa?;
 - ¿viola la distribución competencial entre el Estado y otras entidades territoriales?;
 - ¿se ajusta a la doctrina del Tribunal o Corte Constitucional?
- Reproducción de normas
 - ¿reproduce la iniciativa preceptos de otras normas de superior rango?;
 - ¿con/sin modificaciones?
- Derogaciones
 - ¿indica la ley claramente las normas que deroga?;
 - ¿las partes que se derogan quedan claramente señaladas?
- Modificaciones
 - ¿se integran claramente las modificaciones en las leyes modificadas?
- Entrada en vigor
 - ¿se indica claramente la fecha de entrada en vigor?;
 - ¿y, en su caso, los regímenes transitorios?
- Habilitaciones y mandatos al Ejecutivo
 - ¿quedan claramente expresados los mandatos de habilitaciones, con indicación de la materia a la que alcanzan y el plazo para su realización?
- Antecedentes
 - ¿acompaña a la iniciativa una exposición de motivos?;
 - ¿se remiten antecedentes?;
 - ¿son los antecedentes suficientes para ilustrar sobre la necesidad, objetivos y aceptabilidad de la ley?;

- ¿se aprecia la falta de algún antecedente que deba ser reclamado al autor de la iniciativa?

b) *Introducción de elementos verificadores del lenguaje*

El examen de los principios y reglas que se han enunciado en relación con el lenguaje de las leyes no puede ser realizado sólo por métodos informáticos. Pero éstos pueden ayudar a detectar:

- las palabras extrañas al lenguaje usual, mediante el uso de aplicaciones tales como los diccionarios informatizados;
- los errores ortográficos;
- las mayúsculas innecesarias, abreviaturas y siglas;
- las repeticiones y redundancias.

c) *Formulario sobre la estructura tipo de la ley*

La estructura formal de la ley puede ser informatizada, elaborando un formulario para uso de todos los autores de iniciativas legislativas, incluidos los parlamentarios.

Si en ese formulario se incluyen reglas sobre lo que debe figurar o no en cada parte de la ley, con ejemplos en su caso, tendremos ya informatizada una parte del manual.

MODELO DE ESTRUCTURA TIPO:

1. *Título*

Puede incluir el formulario la estructura correcta del título, de forma que sólo sea necesario rellenar los datos materiales y, una vez aprobada la ley, el número y la fecha.

- Para las iniciativas: «*Proyecto/Proposición de ley por la que se regula...*»
- Para las leyes: «*Ley número/año, de (fecha)..., por la que se regula...*»
- Para las leyes modificativas: «*Proyecto/Proposición de ley por la que se modifica la Ley número/año, de (fecha)..., por la que se regula...*»

2. *Preámbulo*

- Objetivos y finalidad.
- Antecedentes.
- Competencias.
- Contenido.

3. *Fórmula promulgatoria* (en su caso).

4. *Articulado: disposiciones generales o directivas*

- Objeto de la ley.
- Ámbito de aplicación.
- Definiciones.

5. *Disposiciones sustantivas*
6. *Disposiciones procedimentales*
7. *Parte final. Disposiciones adicionales*
8. *Disposiciones transitorias*
9. *Disposiciones derogatorias*
10. *Disposiciones finales*
11. *Anexos*

Cada apartado incluirá

- indicaciones sobre su contenido,
- espacio para ser rellenado, adoptando la estructura y numeración tipificada (títulos, capítulos, artículos, apartados).
- y, en su caso, fórmulas.

Ejemplo de fórmulas de la cláusula de entrada en vigor (disposiciones finales):

- «*La presente ley entrará en vigor el día...*»
- «*La presente ley entrará en vigor a los... días de su publicación en el Diario Oficial.*»
- «*La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial.*»

d) *Formularios especiales*

Por ejemplo, para las leyes modificativas, conteniendo la estructura y las reglas que se han expuesto en el apartado 6.5 de los principios y reglas de técnica legislativa contenidas *supra* en VI.

e) *Formulario para la presentación de enmiendas*

La elaboración de un formulario informatizado para la presentación de enmiendas a las iniciativas legislativas permitirá asegurarse de que aquéllas contienen todos los datos necesarios, como son, al menos, los siguientes:

- autor;
- clase de enmienda (adición, supresión, modificación);
- texto de la enmienda;
- comprobación de que se utiliza la misma terminología que en la iniciativa;
- correcta inserción en la iniciativa.

7.2.1. *Informatización de los procedimientos y de la documentación legislativa*

a) *Informatización de la iniciativa*

La informatización ha llegado hace tiempo a los procedimientos parlamentarios. Ya no es necesario mecanografiar indefinidamente el texto de una iniciativa legislativa para insertar las modificaciones que se introducen en el

texto en cada fase de su tramitación parlamentaria, con lo que se evitan numerosos errores.

El primer paso ha de ser la reproducción de la iniciativa en soporte informático. Si éste acompaña a la iniciativa, aportado por su autor (Gobierno o parlamentario), habrá aún menos posibilidades de error, siempre que el texto informatizado sea idéntico al registrado en la Cámara.

Sobre ese texto inicial se irán introduciendo las modificaciones posteriores hasta llegar al texto final de la ley, el cual, asimismo en soporte informático acompañando al texto oficial, se trasladará al *Diario Oficial* correspondiente para su publicación y se incorporará a una base de datos legislativos.

b) Documentación legislativa: el expediente informatizado

Si el Registro General en el que ingresan las iniciativas de todo tipo que tienen su entrada en la Cámara, se encuentra informatizado, no plantea problemas la informatización de los expedientes legislativos en los que se documenta la tramitación parlamentaria de los proyectos y proposiciones de ley.

En caso contrario, puede elaborarse un *software* específico para la tramitación de la documentación legislativa, de contenido más o menos ambicioso según las posibilidades informáticas.

Cada iniciativa dará lugar a un expediente informático en el que se harán constar:

- Cada una de las fases de la tramitación (fechas, acuerdos)
- En su caso, con enlaces a
 - los textos completos de la iniciativa modificada, resultantes de las actuaciones de los distintos órganos que intervienen en el procedimiento, y a
 - las publicaciones oficiales y diarios de sesiones relativos a la iniciativa legislativa, en texto PDF, que a su vez pueden integrar una base de datos independiente.

Es importante que el acceso a la base de datos de expedientes legislativos esté abierto a los funcionarios y parlamentarios, de forma que en cualquier momento puedan tener inmediato conocimiento

- del estado actual de tramitación de la iniciativa,
- de las fases concluidas, y
- de la redacción actual de la iniciativa en el momento de la consulta, una vez introducidas modificaciones en las fases por las que atraviesa.

Así, un expediente informatizado puede contener las siguientes fases, con enlace, en su caso, a los textos completos:

- Iniciativa legislativa:
 - número de expediente.
 - número de registro.
 - fecha de presentación.
 - autor.

- Resultado de la tramitación (aprobada con/sin modificaciones, rechazada).
- Tramitación seguida por la iniciativa:
 - Admisión a trámite:
 - acuerdo del órgano directivo,
 - fecha.
 - Comisión competente.
 - Plazo de enmiendas.
 - Enmiendas presentadas.
 - Debate de totalidad, en su caso.
 - Composición y sesiones de la ponencia, si ésta existe, así como su informe.
 - Sesiones celebradas por la Comisión.
 - Dictamen de la Comisión.
 - Votos particulares o reserva de enmiendas para su defensa en el Pleno.
 - Enmiendas transaccionales.
 - Sesión del Pleno.
 - Texto aprobado por el Pleno de la Cámara.
 - Conclusión de la tramitación:
 - fecha,
 - resultado.
 - Diarios de las sesiones:
 - de la Comisión,
 - del Pleno.
 - Publicaciones oficiales de la Cámara:
 - iniciativa,
 - enmiendas,
 - informe de la ponencia,
 - dictamen de la Comisión,
 - texto aprobado por el Pleno.
 - Publicación de la ley en el *Diario Oficial*.

VIII. BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA BÁSICA

Una interesante *publicación reciente* constituye *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* (Civitas, Madrid, 2004), en la que se contienen interesantes artículos de SÁINZ MORENO, SALVADOR CODERCH y MARTÍN CASAS, entre otros.

Para el *Derecho comparado*, pueden verse:

- En la misma obra, las colaboraciones de J.A. RUIZ GARCÍA e I. ORTIZ DE URBINA GIMENO sobre la técnica legislativa en Estados Unidos y Alemania, respectivamente.
- P.J. HERNANDO GARCÍA, «La técnica legislativa: una aproximación a su regulación en Derecho comparado», en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, Universidad de Cantabria, Santander, 2003, pp. 925-940.
- F. PASCUA MATEO, «Las disposiciones reguladoras de la técnica legislativa en la Unión Europea», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 60, 2003, pp. 45-90.

Un exhaustivo *resumen* de la evolución de la doctrina española durante diez años en las distintas vertientes de la técnica legislativa (teoría, lenguaje, forma y sistemática interna de las leyes, directrices, cuestionarios de comprobación, técnica legislativa y jurisdicción, informática), en C. VIVER PI-SUNYER, «Técnica legislativa: estado de la cuestión y balance (provisional) de una década», en *Autonomies*, núm. 21, 1996, pp. 15-31.

Algunas publicaciones colectivas, producto de *Jornadas celebradas en el ámbito parlamentario*:

- *La función legislativa de los Parlamentos y la técnica de legislar*, abril 1988, III Jornadas de Derecho Parlamentario de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Madrid, 2000);
- *La técnica legislativa a debate* [J. M.^a CORONA FERRERO, F. PAU VALL y J. TUDELA ARANDA (coords.), Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, Madrid, 1994], Jornadas celebradas por la Asociación Española de Letrados de Parlamentos en la Asamblea regional de Cantabria los días 22 a 24 septiembre de 1993, y
- *La calidad de las leyes*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1989 [F. SÁINZ MORENO y J. C. DA SILVA OCHOA (coords.)], Jornadas celebradas por el Parlamento Vasco en Vitoria los días 6 a 8 abril de 1989.

Véanse también:

- *Sobre elaboración de los proyectos*

Técnica normativa: El procediment intern d'elaboració de les normes, Entidad Autónoma del Diario Oficial y de Publicaciones, Barcelona, 1991.

Técnica normativa de las Comunidades Autónomas, Comunidad de Madrid, Madrid, 1991.

- *Sobre técnica legislativa en los Parlamentos*

DA SILVA OCHOA, Juan Carlos: «El Parlamento y la calidad de las leyes», *La Ley*, núm. 4, 1992, pp. 972-980.

PENDÁS GARCÍA, Benigno: «Función de los parlamentos en materia de técnica legislativa», en *La calidad de las leyes*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1989, pp. 339-375.

CANO BUESO, Juan: «Cuestiones de técnica jurídica en el procedimiento legislativo del Estado social», en *La técnica legislativa a debate* (J. M.^a CORONA

FERRERO, F. PAU VALL y J. TUDELA ARANDA, coords.), Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, Madrid, 1994, pp. 201-222.

CAZORLA PRIETO, Luis: *Codificación contemporánea y técnica legislativa*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

DÍEZ LAGO, Pablo: «Algunas consideraciones sobre técnica legislativa en sede parlamentaria», en *La técnica legislativa a debate* (J. M.^a CORONA FERRERO, F. PAU VALL y J. TUDELA ARANDA, coords.), Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, Madrid, 1994, pp. 223-236.

— *Sobre lenguaje*

Llenguatge; publicacions en els Parlaments Autònoms, Cortes Valencianas, Valencia, 1992.

Manual de estilo del lenguaje administrativo, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1990.

MILLÁN GARRIDO, Antonio: *Libro de estilo para juristas: normas básicas y reglas técnicas en la elaboración del trabajo académico*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1999.

— *Otras obras de interés*

VARIOS AUTORES: *La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa*, GRETTEL, Grupo de Estudios de Técnica Legislativa, Bosch, Barcelona, 1986.

Curso de Técnica Legislativa, GRETTEL, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

MONTORO CHINER, M.^a Jesús: *Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

MARTÍN CASALS, Miguel, y VIVER PI-SUNYER, Carles: «¿Quién redacta las leyes?: los modelos de redacción “concentrada” y de redacción “difusa” de los proyectos de ley», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 21, 1990, pp. 7-34.

ATIENZA, Manuel: *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio: «La calidad de las leyes y la reforma de la Comisión General de Codificación», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 28, 1998, pp. 243-266.

— *Sobre informática legislativa*

LOSANO, Mario G.: «Las técnicas legislativas, de la “prudencia legislativa” a la informática», en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 163-181.

— «Apéndice: e-government, la experiencia italiana», en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 182-198.

Directrices

Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (BOE núm. 180, de 29 de julio).

Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996 (Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1996).

Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley y Cuestionario de evaluación de proyectos normativos que se elevan al Consejo de Ministros (acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991), publicado por el Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, Madrid, 1991.

Resolución de 9 de marzo de 1993, de la Consejería de Interior y Administraciones Públicas del Principado de Asturias, por la que se dispone la publicación de la Guía para la elaboración y control de disposiciones de carácter general, *BOPA* de 29 de marzo de 1993.

Manual d'elaboració de les normes de la Generalitat de Catalunya, elaborado por el Comité Asesor para el Estudio de la Organización de la Administración dependiente del Departamento de Gobernación, Generalidad de Cataluña, *Diari Oficial i de Publicacions*, Barcelona, 1992.

Directrices para la elaboración de proyectos de ley, decretos, órdenes y resoluciones, aprobadas por el Gobierno Vasco, *BOPV* núm. 71, de 19 de abril de 1993.

Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Islas Baleares de 29 de diciembre de 2000 (*BO Illes Balears* de 27 de enero de 2001, núm. 12, p. 956), por el que se aprueban las *Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley*.

Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 8 de junio de 1993, relativa a la calidad de la redacción de la legislación comunitaria (*DOCE* núm. C 166/1, de 17 de junio), modificada en 1998 (*DOCE* núm. 73, de 17 de marzo de 1999).

El Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid. Qué es, cómo desarrolla su actividad y cuál es el valor público que aporta a la Administración de la Comunidad de Madrid

*Iustum et tenacem propositi virum
non civium ardor prava iubentium,
non voltus instantis tyranni,
mente quatit solida*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. ¿QUÉ ES EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL?—2.1. Creación.—2.2. Calificación y naturaleza jurídica.—2.3. Régimen jurídico. III. ¿CÓMO DESARROLLA SU ACTIVIDAD EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL?—3.1. Funciones.—3.2. Actividad rogada.—3.3. Iniciativa propia.—3.4. Composición.—3.5. Órganos.—3.6. Funcionamiento.—IV. ¿CUÁL ES EL VALOR PÚBLICO QUE EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL APORTA A LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID?—4.1. Balance.—4.2. Debilidades.—V. A MANERA DE CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se ocupa del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid. Se trata de un órgano consultivo de la Administración

★ Julián González Cid, Secretario General del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid. Miguel Ángel Sánchez Domínguez, Jefe del Área Jurídico-Social del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid.

regional, que es poco conocido en la Sociedad madrileña, a pesar de que fue creado en 1991, mediante una Ley de la Asamblea de Madrid, y tuvo su reunión constitutiva en mayo de 1992, realizando ininterrumpidamente su labor desde esa fecha, y habiendo emitido desde entonces un total de 257 Informes sobre los aspectos más dispares de la realidad económica y social de la Comunidad de Madrid.

Este artículo pretende, pues, reflejar el camino recorrido por esta Institución en sus más de trece años de existencia, intentando conceptualarlo, definir su naturaleza jurídica, explicar su manera de funcionar y, finalmente, hacer un balance de las luces y sombras que pueden encontrarse en su trabajo y en la posible repercusión de éste en la mejora de la acción de gobierno, en el conocimiento de la situación socioeconómica de la Región madrileña y en el modo de servir de cauce de participación y diálogo de los agentes económicos y sociales, fundamentalmente empresarios y sindicatos, acompañados por el grupo de expertos, en el debate de aquellos asuntos que, afectando a la Comunidad de Madrid y a sus ciudadanos, presentan repercusión, bien económica, bien social.

II. ¿QUÉ ES EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL?

2.1. Creación

La Constitución española garantiza y fomenta la participación ciudadana en la vida política, económica y social, no sólo a través del procedimiento electoral —cauce más expresivo del Estado social y democrático de Derecho—, sino también a través de otros cauces y procedimientos; y de manera muy singular, en su artículo 7, establece que los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Asimismo en el apartado tercero del artículo 9 del texto constitucional se indica que «corresponde a los poderes públicos (...) facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

El Ordenamiento constitucional en su conjunto promueve la estructuración de la Sociedad y del Estado como cuerpos participados o participativos, inclinándose por las técnicas de participación organizada mediante estructuras que canalizan esa participación y que se convierten en sujetos activos de la misma ¹.

Este principio de participación, entendido como la soberanía puesta en práctica, que es característica de todo Estado democrático, tiene diversos cauces. Uno de ellos es el regulado en el artículo 23 del texto constitucional, donde se contiene el denominado derecho de participación, con la siguiente formulación: «los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos

¹ T. Font i Llovet, «Órganos Consultivos», *Revista de Administración Pública*, núm. 108, septiembre-diciembre de 1985, p. 53.

públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». Debe recordarse que el derecho de participación se encuentra recogido dentro de la Sección primera «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas» del Capítulo segundo «Derechos y libertades» del Título I «De los derechos y deberes fundamentales». Esta posición sistemática pone de relieve la importancia que los redactores de nuestro texto constitucional otorgaron a este derecho. A este respecto, la figura de los Consejos Económicos y Sociales, y de otros órganos que se configuran en el Estado social² como partícipes de los «asuntos públicos», no tiene cabida en este modo de participación basado en un principio democrático al que el citado derecho quiere dar respuesta, y cuyos sujetos activos son los propios ciudadanos³. La participación de los Consejos se basa en una habilitación del Estado constitucional democrático de Derecho para configurar la estructura del Estado social dando cabida a los agentes sociales en determinados órganos, en este caso los Consejos Económicos y Sociales para hacerlos partícipes de manera consultiva, no decisoria, en la actividad estatal, especialmente en la actividad normativa respecto a las materias económico-sociales⁴.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, y dentro de la clásica distinción entre órganos estatutarios (Asamblea legislativa, Consejo de Gobierno y Presidente) y órganos de relevancia estatutaria (Defensor del Pueblo autonómico, Consejo Consultivo y Tribunal de Cuentas autonómico), sólo este último, bajo la denominación de Cámara de Cuentas, está directamente recogido por el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en su artículo 44⁵, tras su reforma, efectuada por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de

² Al efecto de poner de relieve la relación entre la figura de los Consejos Económicos y Sociales y el Estado social es imprescindible la consulta del Capítulo XXVII, «El Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid», elaborado por Manuel Aragón Reyes, pp. 605 a 617, en la obra colectiva *El Derecho Público de la Comunidad de Madrid. Comentarios al XX aniversario del Estatuto de Autonomía*, dirigida por Enrique Álvarez Conde, Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2003. Especialmente sus pp. 606 a 611. *Vid.* también del mismo autor, *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill, Colección Estudios Ciencias Jurídicas, Madrid, 1995. En esta obra el autor reflexiona sobre el significado, eficacia jurídica y problemas del Estado social en la actualidad. Al integrarse esta obra por cuatro artículos, revisten especial interés para el objeto de nuestro análisis el primero «Constitución económica y libertad de empresa» (pp. 2-34) y el último «Los problemas del Estado social» (pp. 121-141).

³ «... el derecho de participación viene a dar respuesta al principio de soberanía popular que el artículo 1 de la Constitución consagra, proclamando que *la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado*, esa participación ha de proyectarse sobre tales poderes, interpretación, de otra parte, que coincide con el contenido de las modalidades de participación que el propio artículo 23 reconoce. (...) Por lo demás, ésta ha sido precisamente la postura adoptada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 51/1984, de 25 de abril, (...) y en la Sentencia 212/1993, de 28 de junio». Luis Aguiar de Luque y María Dolores González Ayala, «Comentario al artículo 23.1. Derecho a participar en asuntos públicos», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigida por Óscar Alzaga Villaamil, Editorial Cortes Generales y EDESA, 1997.

⁴ *Vid.* a estos efectos también el Capítulo elaborado por Manuel Aragón Reyes y referenciado en la nota 2.

⁵ Desarrollada posteriormente por la Ley 11/1999, de 29 de abril, de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, que, dando cumplimiento al mandato del Estatuto, establece su composición, funciones, régimen de actuación y organización

julio, de reforma de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero⁶, puesto que antes de la misma no se recogía este órgano, hay que señalar que el Estatuto no hace mención expresa al Defensor del Pueblo autonómico o al Consejo Consultivo, probablemente por ser Madrid la sede del Defensor del Pueblo estatal o del Consejo de Estado, y estar esa decisión normativa condicionada por el intento de evitar la duplicación de Instituciones ya existentes en el ámbito estatal.

El Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid no se encuentra tampoco recogido en el articulado del Estatuto de Autonomía, por tanto, este organismo es una institución de fundamento estatutario genérico, creada por el Parlamento autonómico, mediante una norma con rango legal, de acuerdo con la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de organización de sus instituciones de autogobierno, reconocida en el artículo 148.1.1.º de la Constitución y que es asumida por todos los Estatutos⁷.

Y así, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en la redacción dada por la citada Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, proclama en el apartado tercero de su artículo 1 que: «La Comunidad de Madrid, al facilitar la más plena participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, aspira a hacer realidad los principios de libertad, justicia e igualdad para todos los madrileños, de conformidad con el principio de solidaridad entre todas las nacionalidades y regiones de España.» Igualmente, en el apartado cuarto de su artículo 7, recoge el mandato de que «corresponde a los poderes públicos de la Comunidad de Madrid (...) “facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”». Por otra parte, el número 17 del apartado primero del artículo 26 del mismo texto legal, en su versión actual, otorga a la Comunidad de Madrid la com-

⁶ Si bien es cierto que no ha sido objeto de desarrollo en la Comunidad de Madrid una figura similar a la del Defensor del Pueblo —a diferencia de lo regulado en otras Comunidades Autónomas, como puede ser el Síndic de Greuges de Cataluña, Valencia y Baleares; el Valedor do Pobo Galego, el Justicia de Aragón o los Defensores del pueblo andaluz, vasco o canario— no es menos cierto que la Comunidad de Madrid no es ajena a la *vis atractiva* de esta «magistratura de persuasión» y a la «ombudsmanía», en expresión de la doctrina que se ha ocupado de este asunto. Así se han creado figuras similares al Defensor del Pueblo, bajo criterios de calidad de la actividad administrativa, orientados a determinados sectores administrativos delicados o complejos. En este sentido, es de destacar en la Comunidad de Madrid la Ley 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor; desarrollada por el Reglamento de organización y funcionamiento de esta figura, aprobado por la Mesa de la Asamblea el 18 de noviembre de 1997, el Decreto 22/1999, de 11 de febrero, de creación del Defensor del Contribuyente, así como la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria, por la que se da carta fundacional a la figura del Defensor del Paciente (arts. 36 a 39).

⁷ José Antonio Souto Paz y Marta Souto Galván, «Otras Instituciones y Órganos estatutarios o de relevancia estatutaria en la Comunidad de Madrid», Capítulo XXI de la obra colectiva *«Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid»*, Enrique Arnaldo Alcubilla (coord.), Editorial Comunidad de Madrid. Consejería de Justicia y Administraciones Públicas. 2003, pp. 553 a 555. En la p. 554 se recoge la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1984, de 14 de junio, en cuyo fundamento jurídico 2, el Tribunal, al referirse a las instituciones de autogobierno del País Vasco, señala que «estas instituciones son primordialmente las que el Estatuto vasco crea y que están por ello constitucionalmente garantizadas, pero no sólo ellas, pues la Comunidad puede crear otras en la medida en que lo juzgue necesario para su propio autogobierno».

petencia exclusiva para el «fomento del desarrollo económico de la Comunidad de Madrid, dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional». En consecuencia, y según el apartado segundo del citado artículo 26, le corresponde en este ámbito «la potestad legislativa, la reglamentaria y la función ejecutiva, que se ejercerán respetando, en todo caso, lo dispuesto en la Constitución española».

Será necesario insistir, por tanto, en que la institución del Consejo Económico y Social en la Comunidad de Madrid, no encuentra su regulación (ello es propio de los órganos estatutarios) ni tampoco mención expresa (lo que sería propio de los órganos de relevancia estatutaria) en el texto del Estatuto, del mismo modo que sucede en los articulados de varios de los Estatutos de otras Comunidades Autónomas, aunque últimamente se percibe la voluntad de recoger en los respectivos Estatutos la figura de los Consejos Económicos y Sociales. A modo de ejemplo, este hecho sucede en el artículo 42 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (tras su reforma por la Ley Orgánica 3/1999, de 8 de enero), en el Proyecto de Estatuto de la Comunidad Valenciana y en la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que en su artículo 72 hace referencia a la Comisión Jurídica Asesora y al Consejo de Trabajo Económico y Social de Cataluña (CTESC), órgano este último similar a la habitual figura de los Consejos Económicos y Sociales, aunque dotado de mayores competencias en su ámbito material, incluyendo asuntos laborales y ocupacionales.

La Comunidad de Madrid, en cumplimiento de estas competencias y fines encomendados por su principal texto normativo, creó, por Decreto 3/1984, de 19 de enero, el Consejo de Relaciones Laborales, con funciones de asesoramiento, apoyo, participación y promoción de las relaciones de empleo y de los asuntos de interés laboral en el marco de la colaboración con los interlocutores sociales. A través del Consejo de Relaciones Laborales, la Comunidad de Madrid y los agentes sociales colaboraron en materias de política de empleo, fomento de la creación de puestos de trabajo, formación profesional y desarrollo económico de la Región.

En el marco de las competencias asumidas estatutariamente y con la experiencia del tiempo de funcionamiento del Consejo de Relaciones Laborales⁸, surgió la Ley 6/1991, de 4 de abril, de creación del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid. El citado Consejo celebró su sesión constitutiva el día 8 de mayo de 1992, acordando la creación de una Comisión de Trabajo que actuase como Comisión Permanente en tanto se elaboraba su Reglamento de Organización y Funcionamiento. Por Resolución de 12 de noviembre de 1992, del Presidente del Consejo Económico y Social, se ordenó la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, en cumpli-

⁸ El Consejo de Relaciones Laborales que se declaró extinguido en virtud de la Disposición adicional primera de la Ley de creación del CES, se ha creado de nuevo por el Decreto 103/1997, de 31 de julio, como instrumento de diálogo social en materia de trabajo y relaciones laborales en el ámbito de la Comunidad de Madrid, en desarrollo del Pacto por el Desarrollo, el Empleo y la Formación.

miento del mandato recogido en el apartado primero, párrafo b), del artículo 12 de la Ley de creación.

2.2. Calificación y naturaleza jurídica

El Consejo Económico y Social es un órgano de participación tripartito y de carácter consultivo en materias económica y social de la Comunidad de Madrid en el ámbito de su competencia, del que forman parte tanto los interlocutores sociales como expertos designados por el Gobierno, llevando a cabo sus actuaciones con total independencia funcional respecto de los restantes órganos e instituciones de la Comunidad de Madrid (arts. 2 y 3 de la Ley 6/1991, de 4 de abril). Esta última característica se encontraba ya prefigurada en el Preámbulo de la citada Ley cuando en su apartado II se decía que: «El Consejo se constituye además como un órgano independiente con autonomía funcional y financiera»⁹.

La naturaleza jurídica del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, al igual que la del resto de Consejos Económicos y Sociales autonómicos e incluso la del CES de España, es una cuestión controvertida que no tiene un tratamiento homogéneo en las distintas normas de creación de estas instituciones, no regulándose incluso en algunas Leyes y en otras haciéndose con muy distintas perspectivas¹⁰.

⁹ Nótese que en el articulado de su Ley de creación no se menciona expresamente la «autonomía financiera», prefigurada en el Preámbulo. *Vid.* p. 174 del presente trabajo, en cuanto a la relatividad de la autonomía financiera de los CES nacional y autonómicos, dado que, como ocurre con el CES de la Comunidad de Madrid, artículos 20 y 21 de su Ley de creación, su presupuesto es un programa presupuestario propio, pero que se integra en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid, a través de la elaboración por el Pleno del CES de un Anteproyecto de gastos estimados para su funcionamiento, aunque con un procedimiento específico, artículo 21.2 de la Ley de creación, para defender su autonomía financiera «relativa». Este procedimiento se analizará en las pp. 182 y 183 del presente trabajo.

¹⁰ El problema de la naturaleza jurídica de los CES, y, más aún, del propio modelo de Institución que representan, es un asunto no pacífico, que se ha tratado incluso desde el punto de vista de la Unión Europea, Comité Económico y Social, desde la perspectiva de los distintos Estados nacionales que se han dotado de esta figura jurídica para lograr una *concertación institucionalizada*, fundamentalmente Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo y Portugal; y por supuesto con respecto al Consejo Económico y Social español, y a los denominados CES regionales. A estos efectos es interesante consultar la obra colectiva: *Los Consejos Económicos y Sociales*, Antonio Ojeda Avilés (coord.), Antonio Santana Gómez, Jesús Maeztu Gregorio de Tejada, Alfredo Villavicencio Ríos y José Manuel Gómez Muñoz, Ed. Trotta, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Consejería de Trabajo de la Junta de Andalucía, Colección Estructuras y Procesos: Serie Derecho, Madrid, 1992. Especialmente revelador sobre los objetivos de esta obra es el Prólogo del profesor Ojeda Avilés, pp. 7 a 10, y su contribución «¿Qué Consejo Económico y Social?», pp. 93 a 112. Resulta original su interpretación de que los Consejos Económicos y Sociales surgen, a nivel europeo e incluso en Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, artículos 61 y 71 de la Carta Fundacional de 26 de junio de 1945, como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, en el sentido de «(...) un reconocimiento al papel desempeñado por las organizaciones sindicales y patronales en el esfuerzo bélico, como cristalización de las buenas relaciones habidas en el curso de aquéllas (*sic, se refiere a la contienda bélica*) entre ambas partes en cada país, y para coordinar el esfuerzo de la reconstrucción nacional», pp. 8 y 93.

Cabría efectuar en un primer acercamiento las siguientes distinciones ¹¹:

Un primer grupo en el que sus normas se limitan a determinar el carácter de órgano consultivo, y en general, de participación de la Comunidad autónoma o del Gobierno y Administración regional, sin hacer referencia a la cuestión de su personalidad jurídica, ni al régimen jurídico de sus actuaciones. En este grupo se encuentran los CES de Navarra, La Rioja, Aragón y Madrid.

Un segundo grupo de CES a los que, junto a las características anteriores, se les reconoce expresamente personalidad jurídica propia, pero sin especificar su configuración jurídica en el marco de la Administración autonómica respectiva, ni el régimen jurídico de sus actuaciones. En este apartado se incluyen los CES de Asturias, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura y País Vasco.

Por fin un *tertium genus* para los que su normativa de creación les atribuye junto al carácter de órgano consultivo y de participación, y la personalidad jurídica propia, el régimen jurídico para sus actuaciones. Los CES de Galicia y de la Comunidad Valenciana prevén la sujeción de sus actuaciones al Derecho privado. El CES de Canarias declara de aplicación al mismo el régimen jurídico de los Organismos autónomos de esa Comunidad. Para el CES de Cataluña, denominado Consejo de Trabajo, Económico y Social (CTESC), se prevé en la Ley 3/1997, de 16 de mayo, de creación, la aplicación del régimen tributario de la Generalidad y que su régimen de contratación debe ajustarse a lo establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El CES de la Región de Murcia se configura como una Empresa Pública regional, ente previsto en el artículo 6.1.a) de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, ajustando su actuación al Derecho privado. Es de destacar que esta configuración ha producido problemas de gestión sobre todo en los aspectos contables de la misma.

Dentro de este tercer grupo, también se encontrarían el CES de Cantabria y el Consejo Económico y Social de España. Ambos se configuran como un ente de Derecho público de los que preveía el artículo 6.5 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, situación alterada, al menos desde un punto de vista formal, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado que, en el marco de la reordenación que opera en la Administración institucional del Estado, deroga el citado artículo 6.5, aunque la Disposición adicional novena mantiene expresamente en vigor el régimen jurídico del CES estatal sobre la base de su propia normativa, las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que le sean de aplicación y, con carácter supletorio, las normas de la propia Ley 6/1997 que le sean de aplicación. La normativa reguladora del CES de Cantabria deberá asimismo adaptarse a esta nueva situación legal.

¹¹ Fulgencio Madrid Conesa, *Naturaleza Jurídica de los CES Autonómicos*, Consejos Económicos y Sociales de las Comunidades Autónomas, 1998, pp. 32 y 33.

Ante esta panoplia tan dispar cabría preguntarse si las actuaciones y funciones de todos estos Consejos son tan distintas que coherentemente permitan las distintas configuraciones señaladas.

Como hemos indicado casi ninguna de las normas que regulan los Consejos establecen una concreción de lo que es su naturaleza jurídica, salvo los casos del CES de España, Murcia y Cantabria, como ya se ha visto. No obstante, los cuatro últimos casos de Consejos Económicos y Sociales que se han dotado de nuevas Leyes reguladoras —Cataluña, Andalucía, Islas Baleares y Principado de Asturias— son, es de suponer que debido a la experiencia de unos años de rodaje institucional, más precisos sobre este particular.

En cuanto al Consejo de Trabajo, Económico y Social de Cataluña, el artículo 1 de su Ley de creación¹², establece que «es un órgano consultivo y de asesoramiento del Gobierno en materias socioeconómicas, laborales y ocupacionales, así como de participación institucional», para luego continuar afirmando que «el Consejo se configura como un ente de Derecho público, con personalidad jurídica propia, plena capacidad y autonomía orgánica y funcional para el cumplimiento de sus fines, y queda adscrito al Departamento de Trabajo. Sus recursos se consignan en el presupuesto de la Generalidad».

Por su parte, la Ley de creación del Consejo Económico y Social de Andalucía¹³, en su artículo 2 que «es un órgano colegiado de carácter consultivo del Gobierno de la Comunidad Autónoma en materia económica y social, adscrito a la Consejería de Trabajo e Industria». En su artículo 3 se dice que «actuará con total autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones».

Para el Consejo Económico y Social de las Islas Baleares, su Ley de creación¹⁴, en su artículo 1, señala que «es un órgano colegiado de carácter consultivo, de participación, estudio, deliberación, asesoramiento y propuesta en materia económica y social de las Islas Baleares». Posteriormente lo configura como «ente de Derecho público, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de actuar, que dispone de autonomía orgánica y funcional para cumplir sus finalidades». Finaliza el artículo articulando las relaciones entre el CES y el Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma a través de la Consejería competente en materia de trabajo.

Finalmente, en este grupo de CES, para los que se han renovado sus Leyes reguladoras, nos encontramos con el CES del Principado de Asturias, para el cual su Ley de organización y funcionamiento¹⁵, en su artículo 2, nos dice que se trata de «un ente público del Principado de Asturias de carácter consultivo para la Comunidad Autónoma en materia socioeconómica y laboral, que se configura como órgano de participación, estudio, deliberación, asesoramiento y propuesta, pudiendo pronunciarse, además, sobre cuantos asuntos

¹² Ley 3/1997, de 16 de mayo, de creación del Consejo de Trabajo, Económico y Social de Cataluña.

¹³ Ley 5/1997, de 26 de noviembre, del Consejo Económico y Social de Andalucía.

¹⁴ Ley 10/2000, de 30 de noviembre, del Consejo Económico y Social de las Islas Baleares.

¹⁵ Ley 2/2001, de 27 de marzo, del Consejo Económico y Social del Principado de Asturias.

le planteen tanto el Consejo de Gobierno como la Junta General del Principado». Continúa indicando que «tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, actúa con independencia en el ejercicio de sus funciones y se relaciona con el Consejo de Gobierno a través de la Consejería competente en materia de trabajo y empleo».

En general, salvo los casos reseñados, las normas de creación se limitan a establecer aspectos calificadores y, de ellos, se pueden detallar cinco principalmente ¹⁶:

- La identificación de los CES autonómicos como organismos de Derecho público, dotados de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.
- Un rasgo común a todos los CES autonómicos es su carácter de organismos consultivos de las Comunidades Autónomas en materia socioeconómica, si bien algunas normas de creación añaden la materia laboral y la de empleo.
- Asimismo es común su carácter de organismos de participación, recogido ya en los preámbulos, ya en los textos articulados. «Este rasgo, a un tiempo caracterizador de la naturaleza de los organismos que nos ocupan y definidor de su primordial finalidad en el marco de la participación institucional, aparece fuertemente subrayado en todas las normas creadoras de aquéllos de la mano del mando constitucional que el artículo 9.2 dirige a los poderes públicos...». Los legisladores estatal o autonómicos entienden que el ejercicio de las funciones consultivas conllevan, al propio tiempo, una valiosa práctica participativa, «tanto desde la óptica del fomento e impulso del diálogo y acuerdo por parte de los sujetos colectivos portadores de intereses socioeconómicos, como desde el ángulo de la aplicación práctica del principio de igualdad sustancial, que permite a aquellos sujetos contar con un foro de mutuo conocimiento, debate y puesta en común de pareceres y opiniones a fin de ensanchar los más estrictos lindes y mecanismos de participación política» ¹⁷.
- Otra característica importante es su composición mixta en la que convergen la representación de intereses de grupos sociales diversos y la participación de expertos, siendo estos últimos no mayoritarios. No obstante, existen casos —los menos— en los que no existe la participación de expertos, la cual es sustituida por la representación de la Administración autonómica respectiva ¹⁸.

¹⁶ Vicente Martínez Abascal, Francisco Pérez Amorós y Eduardo Rojo Torrecilla, *Los Consejos Económicos y Sociales. España y otros países comunitarios*, Ed. Ibidem, manuales y monografías, 1993, pp. 75 a 80.

¹⁷ Se trata de «funciones latentes», a las que en el epígrafe IV de este trabajo nos referiremos, y que han sido mencionadas por el profesor Aragón Reyes en el Capítulo XXVII «El Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid», incluido en *El Derecho Público de la Comunidad de Madrid. Comentarios al XX Aniversario del Estatuto de Autonomía*, Enrique Álvarez Conde (director), Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2003, pp. 615 y 617.

¹⁸ Este supuesto merece a la doctrina que se ha ocupado del mismo una valoración muy crítica, pues, como señalan Vicente Martínez Abascal, Francisco Pérez Amorós y Eduardo Rojo Torrecilla en *Los Consejos Económicos y Sociales. España y otros Países comunitarios*, Ed. Ibidem, manuales y monografías,

- Una configuración como órgano independiente, que goza de autonomía orgánica, funcional y financiera. Si bien esta última puede calificarse de relativa, habida cuenta de que en todas las normas creadoras de los organismos que nos ocupan se prevé la elaboración anual por el Pleno del CES de un anteproyecto de presupuesto de gastos que debe ser remitido al correspondiente organismo de gobierno autonómico para su aprobación e incorporación a los presupuestos generales de las Comunidades Autónomas.

Considerando estas características, hay que pensar que tanto el objeto como las funciones y demás actuaciones de los Consejos son muy similares y que, en consecuencia, no es adecuada la existencia de distintas calificaciones de una misma realidad jurídica. Por ello debemos concluir que a dicha realidad le debería corresponder un tratamiento jurídico similar, si no idéntico, que permitiera alcanzar los fines a los que los Consejos Económicos y Sociales son llamados. Ese tratamiento común sería el establecimiento de una concepción pacífica de su naturaleza y régimen jurídico.

No ha existido en la doctrina administrativista un suficiente debate sobre la cuestión, al menos en el ámbito de los Consejos Económicos y Sociales, y no es el objeto de este trabajo la profundización en este aspecto, no obstante, quizás, una regulación genérica sobre la descripción de estos órganos permitiría defender un enfoque doctrinal que homogeneizase lo que son los Consejos Económicos y Sociales y las normas que han de aplicarse en cada una de sus actuaciones con repercusión jurídica.

Dentro de lo que el profesor Parada Vázquez¹⁹ entiende por Administración especializada, se integran dos tipos de entes: los Entes de base institucional y los Entes de base corporativa. A su vez, entre los Entes de base institucional hay que distinguir aquellos entes que son meros instrumentos de las Administraciones territoriales, y que éstas dominan totalmente, y aquellas otras Administraciones dotadas de cierta autonomía política y que hoy se conocen como Administraciones independientes.

Dicho lo anterior, es lícito preguntarse si el Consejo Económico y Social puede entenderse, a nivel estatal, como órgano de la Administración independiente con fundamento constitucional (no del art. 131 de la Constitución, sino de su art. 9.2)²⁰, dejando al margen, por inadecuadas, el resto de clasificaciones descritas. Si bien en estos órganos de la denominada Administración independiente se limitan los poderes de nombramiento o destitución

1993, p. 79: «(...) La introducción de esta representación resulta poco coherente con la configuración de los CES autonómicos como organismos consultivos de la propia Administración autonómica, ensombreciendo así en buena medida la necesaria autonomía orgánica y funcional que debe presidir la actuación de tales organismos.»

¹⁹ Ramón Parada, *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*, 9.ª ed., Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1995, pp. 226 y 227.

²⁰ Sobre este particular ha de consultarse el Capítulo V «A modo de conclusión: un viaje a ninguna parte», pp. 125 a 129, de la obra de J. Luis García Ruiz, *El Consejo Económico y Social. Génesis constituyente y parlamentaria*, Ed. Consejo Económico y Social de España, Colección Estudios, 1994. El autor reflexiona sobre la incardinación del CES de España entre ambos artículos de la Constitución.

de sus integrantes y órganos directivos, para separarse del Gobierno de turno, característica propia de este tipo de Administración ²¹ (en el caso del CES de España, según el art. 3 de su Ley de creación, «el Presidente será nombrado por el Gobierno de la Nación a propuesta conjunta de los Ministros de Trabajo y Seguridad Social y de Economía y Hacienda, *previa consulta a los grupos de representación que integran el Consejo. En todo caso, la persona cuyo nombramiento se proponga deberá contar con el apoyo de, al menos, dos tercios de los miembros del Consejo*»; mientras que, con respecto al nombramiento de los Consejeros, el Gobierno de la Nación únicamente nombra directamente a los 6 expertos, de los 20 miembros del Grupo tercero, y «*previa consulta a las organizaciones representadas en el Consejo, entre personas con una especial preparación y reconocida experiencia en el ámbito socioeconómico y laboral*»). El total de miembros es de 61, incluido el Presidente) ²², sus funciones eminentemente consultivas lo alejan de la conceptualización de una Administración independiente que ordinariamente gestiona un servicio o ejerce funciones públicas con responsabilidad externa respecto a terceros ^{23, 24, 25}.

En conclusión, estaríamos dentro de lo que se conoce como Administración consultiva, cercana a la configuración del Consejo de Estado, que cons-

²¹ «La independencia se concreta en la ausencia de cualquier tipo de relación organizativa entre tales órganos y cualquier otro órgano del Estado, en no poder ser recurridas sus decisiones, en la inamovilidad de sus miembros, en la no interferencia en la relación orgánica existente entre los miembros de un órgano, por parte de otro órgano, ni siquiera constitucional...» Massimo Severo Giannini, *Derecho Administrativo*, Serie Administración General, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, p. 173.

²² En el caso del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, el Presidente es nombrado por el Pleno de una terna propuesta por el Consejo de Gobierno, por un mandato de cuatro años, con causas tasadas para su cese, y el nombramiento de los Consejeros que lo componen tampoco depende mayoritariamente de la voluntad del Gobierno, puesto que sólo nombra directamente a los nueve miembros titulares y dos suplentes del Grupo de expertos. El total de miembros titulares es de 28, contando también al Presidente. El artículo 6.1.d) de su Ley de creación regula que: «A efectos de hacer más efectiva la participación de los distintos sectores económicos y sociales del Consejo Económico y Social, el Consejo de Gobierno tomará en consideración para la propuesta de los expertos a aquellos sectores de economía social, así como entidades o asociaciones e instituciones con incidencia en el ámbito económico y social de la Comunidad de Madrid.»

²³ Ramón Parada, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995, p. 286.

²⁴ Otro sector doctrinal opina que —los organismos del tipo de los Consejos Económicos y Sociales— son entes de base institucional creados por Ley y con un Derecho estatutario singular, que se incardinan en la denominada Administración independiente (no se centra, por tanto, en el análisis de la función consultiva de estos Consejos, sino en las notas de autonomía organizativa, administrativa y personalidad jurídico-pública). Se les atribuye una personalidad jurídica que les distingue de los órganos administrativos que ejercen su actividad con cierta independencia, y con una atenuada relación instrumental respecto a las Administraciones territoriales. Gaspar Ariño Ortiz, *La Administración Institucional (Bases de su Régimen Jurídico)*. Mito y realidad de las personas jurídicas en el Estado, Madrid, 1974. En el mismo sentido, L. A. Pomed Sánchez, «Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes», *RAP*, núm. 132, 1993. Ambos autores son citados por el profesor Parada en la obra citada en la nota 19, pp. 265 y ss.

²⁵ José Manuel Sala Arquer matiza señalando que la ubicación de uno de estos órganos o entes dentro de lo que es la Administración independiente o su configuración como órgano independiente dentro de la Administración del Estado —o Comunidad Autónoma respectiva, en el caso que nos ocupa—, se va a determinar en función de si la influencia gubernamental puede desnaturalizar el carácter propio de estos organismos y de cuáles pueden ser las legítimas garantías de su independencia. «El Estado neutral: contribución al estudio de las Administraciones Independientes», *REDA*, núm. 42, abril-junio de 1984, p. 410.

titucionalmente se define como supremo órgano consultivo del Gobierno (art. 107 CE) y del Tribunal de Cuentas (art. 136 CE). El Consejo Económico y Social canalizaría el mandato de la Constitución, o, por ejemplo, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en el sentido de facilitar la participación de los ciudadanos, directamente o a través de asociaciones, que los integren en la vida económica y social, respondiendo a la necesidad de dar audiencia y participación en las tareas del Estado, o Comunidad Autónoma respectiva, a los diversos grupos representativos de intereses económicos y sociales que no tienen acceso directo a los órganos legislativos por la propia naturaleza de éstos.

Dentro del tronco común de la función consultiva, es necesario deslindar esta función consultiva de los Consejos Económicos y Sociales de la función de idéntica denominación, pero que es ejercida por lo que se consideran órganos consultivos equivalentes al Consejo de Estado. En los primeros, Consejos Económicos y Sociales, existe una dimensión consensual en materias económicas y sociales entre los distintos agentes sociales, mientras que en los segundos (Consejo de Estado u órganos equivalentes de ámbito territorial), se trata de una consensualidad de carácter jurídico. El desiderátum perseguido en ambos casos es el mismo: evitar una resistencia a *posteriori* en la vigencia y aplicación de la norma consultada. Pero mientras en el supuesto de los Consejos Económicos y Sociales este fin se consigue con la participación de los agentes sociales, en el segundo caso el objetivo buscado se obtiene a través de la confirmación de la legalidad de la norma consultada y de su legitimidad desde el punto de vista material, «no formal, porque la decisión contraria a la consulta es válida»²⁶.

Es por ello, que en numerosas Comunidades Autónomas se ha producido la coexistencia de los Consejos Económicos y Sociales con órganos consultivos equivalentes al Consejo de Estado, dada su diversa funcionalidad. Así el Consejo Consultivo de Andalucía (1993), la Comisión Jurídica Asesora de Aragón (2001), el Consejo Consultivo de Baleares (1993), el Consejo Consultivo de Canarias (2002), el Consejo Consultivo de Castilla y León (2002), el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (1997), la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña (1991)²⁷, el Consejo Consultivo de Extremadura (2001), el Consejo Consultivo de Galicia (1995), el Consejo Consultivo de La Rioja (2001), el Consejo Jurídico de Murcia (1997), el Consejo de Navarra (2001) y la Comisión Jurídico-Asesora del Gobierno Vasco (1999).

A su vez, se deberían deslindar los Consejos Económicos y Sociales de aquellos órganos administrativos incardinados en el seno de una Consejería concreta, dentro de la Administración de una Comunidad Autónoma, como

²⁶ Ramón Parada, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995, p. 347.

²⁷ La última modificación de este órgano ha tenido lugar a través de la Ley 5/2005, de 2 de mayo, de la Generalidad de Cataluña. Es también digno de reseñarse, en el caso de Cataluña, el Consejo Consultivo de la Generalidad, recogido en el actual Estatuto de Autonomía, en su artículo 41, y desarrollado por la Ley 1/1981, de 25 de febrero, de creación, posteriormente modificada por las Leyes de 25 de junio de 1985 y 12 de julio de 1999, que regula su composición, competencias y funcionamiento.

parte de su estructura, y cuya función no es tanto consultiva, participativa y consensual, sino de observancia informativa o de análisis de la situación, como son, en el caso de la Comunidad de Madrid, los Observatorios regionales sobre la violencia de género, inmigración y empleo, entre otros. Se trata de órganos administrativos sin personalidad jurídica y no entes de la Administración, órganos *staff* de análisis de determinada Consejería y no entes de consulta consensuada del Consejo de Gobierno respectivo.

Por tanto, dentro de las instituciones que conforman el Derecho administrativo, analizadas desde la perspectiva de la distribución de funciones, serían órganos con funciones consultivas, con diverso grado de autonomía, clasificados desde simples órganos administrativos, con o sin personalidad jurídica, hasta entes con personalidad jurídica propia, como más adelante se analizará.

Caracterizados por la naturaleza de la principal actividad que desarrollan, la actividad consultiva, no ha existido Jurisprudencia constitucional específica respecto a los Consejos Económicos y Sociales, estatal o autonómicos, aunque sí respecto de otro órgano consultivo, como es, por excelencia, el Consejo de Estado. Ciertas consideraciones vertidas por el Tribunal Constitucional a este respecto pueden aplicarse con carácter analógico, aunque con sumo cuidado, al objeto de nuestro estudio, dado que el Consejo de Estado, supremo órgano consultivo del Gobierno, y los Consejos Económicos y Sociales comparten únicamente su carácter consultivo, pero difieren en otros muchos aspectos. En este sentido, y hecha la salvedad anterior, debe indicarse que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre, al resolver una Cuestión de inconstitucionalidad, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, acerca del artículo 23.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, concretamente sobre la relación de este órgano con las Comunidades Autónomas y sus órganos consultivos similares,²⁸ señala que: «En realidad, el ámbito de actuación del Consejo de Estado es mucho más amplio, y se ha venido configurando históricamente como órgano consultivo de las Administraciones públicas. El hecho de que no forme parte de la Administración activa, su autonomía orgánica y funcional, garantía de objetividad e independencia le habilitan para el cumplimiento de esa tarea, más allá de su condición esencial de órgano consultivo del Gobierno, en relación también con otros órganos gubernativos y con las Administraciones públicas distintas de la del Estado, en los términos que las Leyes dispongan, conforme a la Constitución» (fundamento jurídico 2).

Continúa el Tribunal en ese mismo fundamento jurídico 2 afirmando que el Consejo de Estado «permanece orgánicamente separado de la Administración autonómica a la que informa y que, sobre todo, no es un órgano dependiente del Gobierno, sino, como se ha dicho, un órgano dotado de independencia funcional para la tutela de la legalidad y del Estado de Derecho».

²⁸ Esta Sentencia 204/1992 se encuentra asimismo citada en Antonio José Vélez Toro, «Introducción al Consejo Económico y Social», *Actualidad Administrativa*, núm. 33, 9-15 de septiembre de 1996, pp. 689 y 690.

Igualmente, dentro del fundamento jurídico citado, el Tribunal profundiza en su argumentación indicando que «de esta manera, el Consejo de Estado puede ejercer esa función de órgano consultivo con relevancia constitucional “al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece”, a que nos referíamos en la STC 56/1990 (fundamento jurídico 37). Y ello, sin merma del principio de autonomía sancionado por los artículos 2 y 137 CE, puesto que, según subraya esa Sentencia, “no forma parte de la Administración activa”, sino que es “un órgano consultivo que actúa, en todo caso, con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia”».

Finalmente, y con interés para el objeto de nuestro estudio, el Tribunal en su fundamento jurídico 5 se refiere a los órganos consultivos autonómicos semejantes al Consejo de Estado, configurándoles de la siguiente forma: «dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica». Ello parece que sería predicable analógicamente a los órganos o entes que conocemos como Consejos Económicos y Sociales, ya sean de carácter estatal o autonómico.

Para García Ruiz²⁹ los rasgos comunes de estos órganos consultivos, Consejos Económicos y Sociales, serían:

- «No se constituyen en ningún caso como Cámaras legislativas paralelas de corte corporativo, ya que carecen de facultades legislativas y decisorias, aunque en algún supuesto tengan participación en la planificación económica y su ejecución, o bien cierta iniciativa legislativa.»
- «Su naturaleza es la de órganos consultivos, predominantemente del Gobierno, y accesoriamente de los Parlamentos, en materia socioeconómica.»
- «Al mismo tiempo constituyen un foro permanente para el diálogo social entre representantes de intereses sociales y económicos, con la intencionalidad de evitar un alto grado de confrontación social que dificulte o haga imposible el desarrollo económico necesario, sin el que el Estado social vería frenada su implantación efectiva.»

A modo de reflexión final de este epígrafe, podemos seguir la argumentación del Profesor Parada³⁰, cuando al hablar con carácter general de la figura de los Consejos Económicos y Sociales señala: «La paulatina reducción de la función consultiva del Consejo de Estado a los aspectos jurídicos³¹, juntamente con el aumento creciente de las esferas de intervención económica de la Administración y la complejidad de las nuevas tareas, han originado la creación de otros órganos consultivos de carácter especializado.» Sigue diciendo que: «Los Consejos Económicos y Sociales responden, sin duda, a ideas cor-

²⁹ J. Luis García Ruiz, *El Consejo Económico y Social. Génesis constituyente y parlamentaria*, Ed. Consejo Económico y Social de España, Colección Estudios, 1994, pp. 37 y 38.

³⁰ Ramón Parada, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995, pp. 354 a 356.

porativistas y a la necesidad de dar audiencia y participación en las tareas del Estado a los diversos grupos representativos de intereses económicos y sociales que, como tales, no tienen acceso en los países de democracia directa a los órganos legislativos, ni a los de la Administración de carácter electivo.» Finalmente, al referirse al Consejo Económico y Social de España, realiza una crítica al escribir que: «Es notable que la organización logística de este Consejo se haya configurado, en forma rigurosamente anómala, como un Ente de Derecho público sujeto al Derecho privado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria³², lo que le permite celebrar los contratos con arreglo al Derecho privado y que su personal se sujete al Derecho laboral.»

2.3. Régimen jurídico

Independientemente que se entienda que nos encontramos con Entes de base institucional, creados por Ley y con un derecho estatutario singular, que se incardinan en la denominada Administración independiente, con una manifiesta intención de huida del Derecho administrativo general, o con Instituciones de la Administración consultiva, de relevancia constitucional, o estatutaria, en el caso de los Consejos Económicos y Sociales autonómicos, ya sea específica o genérica, en los que prima dicha función consultiva en la configuración de su naturaleza, con diverso grado de autonomía, clasificados desde simples órganos administrativos sin personalidad, hasta órganos administrativos con personalidad jurídica propia, en ambos casos, su régimen jurídico es el establecido por su Ley de Creación, por su Reglamento de Organización y Funcionamiento interno, y por las directrices e instrucciones que para su desarrollo dicte el Consejo respectivo, a través del procedimiento reglado para ello.

Un primer aspecto a considerar es la calificación de los Consejos como Entes u Órganos. La Ley de creación de determinados Consejos Económicos y Sociales los caracterizan como Entes de Derecho público (España, Cantabria, Cataluña, Islas Baleares, Principado de Asturias, Castilla-La Mancha, Ceuta, Galicia, La Rioja, País Vasco y Comunidad Valenciana) o Entes de los previstos en el artículo 6.1.a) de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, para luego en el texto articulado nominarlos como órganos consultivos y de asesoramiento³³. Esta contradicción legal de calificar simultáneamente a un Consejo como Ente y como Órgano, debe salvarse, según un sector doctrinal, atendiendo al deseo de remarcar la posición instrumental de estos

³¹ Este autor mantiene la tesis de que el Consejo de Estado es, más que un órgano consultivo del Gobierno, un órgano de control del mismo, con una finalidad cuasi-fiscalizadora. Obra citada en la nota anterior, pp. 346 y 347.

³² *Vid.* p. 171 del presente trabajo.

³³ En otros casos (Comunidad de Madrid, Andalucía, Aragón, Canarias, Extremadura y Navarra) la configuración es directamente la de órgano, adornado con los adjetivos que le atribuyen las funciones que pretende desarrollar, consultivo y de participación.

Consejos dentro del entramado orgánico de los poderes públicos. El articulado corrobora esta interpretación al enumerar y regular los distintos órganos del Consejo como realidades jurídicas diversas e integradas en otra que las engloba y explica que es el ente del Consejo³⁴. De seguir esta interpretación, la misma podría hacerse extensible al resto de Consejos que no se califican como entes, sino como órganos. Necesitan remarcar que son parte de la Administración, con autonomía funcional u orgánica para garantizar la objetividad e independencia de su función, la consultiva y participativa, pero dentro de la Administración, en otro nivel, el de la Administración consultiva.

Además estos Consejos, al igual que a los que antes nos referíamos, están estructurados en una serie de órganos (Pleno, Presidente, Vicepresidente, Comisiones de Trabajo, Secretario General) que sólo serían explicables desde la figura de un ente que, como señalábamos antes, los engloba y explica. Tampoco cabría hablar, desde esta perspectiva, de órganos complejos integrados por un conjunto de órganos simples y ello por lo que seguidamente comentamos.

El Profesor Santamaría Pastor en «La teoría del órgano en el Derecho administrativo»³⁵, daría argumentos a los que niegan el carácter de órganos a los Consejos Económicos y Sociales, ya que «la subjetividad jurídica de los órganos (...) no abarca en ningún caso a la titularidad de las relaciones obligacionales o reales, la cual siempre es predicable del ente público, no de sus órganos, ni legitima para el ejercicio de acciones de ningún tipo, tanto frente al propio ente de pertenencia, cuanto frente a otros órganos o frente a terceros». El ente, y con ello su personificación necesaria, conlleva la condición de ser centro final de imputación de derechos y obligaciones³⁶.

No obstante, otro importante sector doctrinal, representado fundamentalmente por García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández³⁷, critican, como es bien conocido, lo que denominan «el abuso de la creación de entes institucionales como técnica de *huida del Derecho Administrativo*». Incluso utilizan, para someterlo a una severa crítica, el hecho de que un órgano de relevancia constitucional, como es el Consejo Económico y Social de España,

³⁴ Vicente Martínez Abascal, Francisco Pérez Amorós y Eduardo Rojo Torrecilla, *Los Consejos Económicos y Sociales. España y otros países comunitarios*, Ed. Ibidem, manuales y monografías, 1993, pp. 39 y 40.

³⁵ J. A. Santamaría Pastor, «La teoría del órgano en el Derecho Administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 40-41, enero-marzo de 1984, p. 65.

³⁶ «Pocos temas hay en Derecho público tan confusos y problemáticos como el del órgano administrativo (...). Lo que es claro es que la teoría del órgano es directamente tributaria del dogma de la personalidad jurídica del Estado.» Es ésta el centro final de imputaciones y titularidades, y su actividad se despliega a través de un conjunto de órganos simples o complejos, monocráticos o colegiados. El dogma de la imputación, procedente de autores como Gierke o Kelsen, da consistencia a la teoría del órgano: la actuación del órgano se imputa a la persona jurídica pública o privada que se sirve de él como parte integrante de un todo personificado. En fin, el órgano se presenta como un concepto descriptivo de la textura organizativa interna de un ente personalizado, un trasunto de la biología, del ser humano a la complejidad del mundo jurídico. Estas afirmaciones constituyen un intento de parafrasear las reflexiones de Juan Alfonso Santamaría Pastor en sus *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1991, pp. 852 a 864, y en sus *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, 2.ª ed., Colección Ceura, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1998, pp. 354 a 362.

³⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 399 a 432, especialmente las pp. 404 a 415.

bien al amparo del artículo 131 de la Constitución, o bien con el fundamento del artículo 9.2 de la misma, haya sido extraído del mundo del Derecho administrativo para «privatizarlo», en el sentido de su régimen jurídico ³⁸.

No es cuestión de entrar en este trabajo en el análisis de toda la argumentación empleada por los autores reseñados, baste, por ahora, con una de sus conclusiones: «Parece, pues, algo más que un recelo, concluir que, so pretexto de *flexibilizar* la acción administrativa, se está articulando una acción deliberada de “huida del Derecho público” usando la técnica de personas jurídicas instrumentales. Pero es obligado preguntar si ese resultado, claramente pretendido, es o no legítimo o, más simplemente, jurídicamente posible» ^{39, 40}.

En cuanto al problema de que determinados Consejos Económicos y Sociales (Navarra, La Rioja, Aragón y Madrid) no reconozcan expresamente la personalidad jurídica propia en sus Leyes reguladoras, ello no puede ser óbice para considerar que no existe la citada personalidad jurídica, puesto que hay que atender al régimen que se establece en sus propias normas de creación, y es en ese régimen donde se regula una autonomía funcional, un régimen de incompatibilidades propio, una autonomía financiera, aunque sea relativa, e incluso orgánica. Todo ello manifiesta un comportamiento autónomo de la Institución que necesariamente comporta una personalidad jurídica propia. Y aquí habría que recordar nuevamente la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a los órganos consultivos ⁴¹. En la Sentencia 204/1992, ya comentada, se establecía que, para cumplir con su función consultiva con objetividad e independencia y ser una habilitación del Estado constitucional democrático de Derecho para configurar la estructura del Estado Social dando cabida a los agentes sociales para hacerlos partícipes de manera consultiva, no decisoria, en la actividad estatal, o de una Comunidad Autónoma, especialmente en la actividad normativa respecto a las materias económico-sociales, es necesario, aunque no suficiente, la ineludible independencia funcional y orgánica. Características, que unidas a las anteriormente descritas, comportan la existencia de una institución con personalidad jurídica propia, ya la consideremos un Ente de naturaleza institucional o un órgano perteneciente a la Administración consultiva.

La Ley 6/1991, de 4 de abril, de creación del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, como ya hemos referido, señala que el Consejo Económico y Social es un órgano de participación tripartito y de

³⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández critican agriamente que el Consejo Económico y Social del Estado, órgano de relevancia constitucional, se configure con una personificación jurídica independiente, dibujada únicamente basándose en su Ley de creación, entendiendo estos autores que ello se hace con la intención de eximir a su funcionamiento de todo posible límite jurídico no recogido en dicha Ley. *Curso de Derecho Administrativo*, I, Ed. Civitas, 11.ª ed., 2002, pp. 37-38 y 404.

³⁹ Mismos autores y obra citada en la nota anterior, p. 405.

⁴⁰ Debe recordarse en este punto la posición del Profesor Parada sobre este particular, recogida en las pp. 178 y 179 de este trabajo.

⁴¹ *Vid.* pp. 177 y 178 del presente trabajo, donde se estudia la Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre del Tribunal Constitucional en la que se analiza el asunto Consejo de Estado *v.* Consejos Consultivos autonómicos.

carácter consultivo en materias económica y social de la Comunidad de Madrid en el ámbito de su competencia, del que forman parte tanto los interlocutores sociales como expertos designados por el Gobierno, llevando a cabo sus actuaciones con total independencia funcional y autonomía financiera ⁴² respecto de los restantes órganos e instituciones de la Comunidad de Madrid. Por tanto, y siguiendo, y parafraseando, el esquema propuesto por Vélez Toro ⁴³, las características de su régimen jurídico serían las siguientes:

- *Ente de base no territorial, con funciones no activas, sino consultivas*, imperando el principio de especialidad y con facultades que se despliegan principalmente en relación con el Consejo de Gobierno (arts. 1 y 2 de su Ley de creación).
- *Ente de base institucional, configurado como Administración Independiente o un órgano independiente alojado en la Administración Consultiva de la Comunidad de Madrid*. Nos inclinamos por la segunda de las posibilidades descritas. Las características que a continuación se detallarán parecen configurar en su actuación al Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid como una especie de Organismo Autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica, no expresamente reconocida, con capacidad para contratar y con un específico reflejo presupuestario. Estas características son las siguientes:
 - *Con independencia funcional* (art. 3) y *orgánica*, ya que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional antes señalada ⁴⁴, no puede existir objetividad e independencia en la actuación de un órgano consultivo sin que se den otras características necesarias, aunque no suficientes, como son la ineludible independencia funcional y orgánica.
 - *Con autonomía financiera relativa*.
 - *Con la configuración del Presidente del Consejo como responsable del programa presupuestario correspondiente* (art. 15.3 y Programa 040 Asesoramiento Económico y Social) y como órgano de contratación (art. 15.3).
 - *Con la consideración del presupuesto del Consejo como un programa de actuación presupuestaria* de los previstos inicialmente en la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, posteriormente modificada por la Ley 9/1990, de 8 de noviembre (art. 20).
 - *Con la peculiaridad de la tramitación del Anteproyecto de gastos del Consejo*, que consiste en que, una vez elaborado por el Pleno el Ante-

⁴² Vid. en la p. 174 del presente trabajo el último punto de la caracterización de los Consejos Económicos y Sociales que realizan Vicente Martínez Abascal, Francisco Pérez Amorós y Eduardo Rojo Torrecilla, sobre la autonomía financiera de los CES estatal y autonómicos.

⁴³ Antonio José Vélez Toro, «Introducción al Consejo Económico y Social», *Actualidad Administrativa*, núm. 33, 9-15 de septiembre de 1996, pp. 701 a 704.

⁴⁴ Una vez más *vid.* STC 204/1992, de 26 de noviembre, analizada en las pp. 177 y 178 de este trabajo.

proyecto de gastos, el mismo se remite al Consejo de Gobierno para su integración en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid, en un programa específico. Hasta ahí todo normal. La especialidad consiste en que si el consejo de Gobierno introdujera modificaciones al Anteproyecto de gastos del CES, «se adjuntará junto al Proyecto de Ley un informe del Consejo Económico y Social sobre las expresadas modificaciones, pudiendo comparecer su Presidente, en caso de ser requerido, en la Comisión parlamentaria correspondiente para la explicación del mismo» (art. 21).

- *Con la atribución al Presidente y al Secretario General del Consejo de las competencias en materia de personal* que los artículos 4 y 5 del Decreto 74/1988, de 23 de junio (modificado por los Decretos 53/1989, de 20 de abril, y 45/1992, de 25 de junio), atribuyen a los Consejeros y Secretarios Generales Técnicos de las Consejerías (art. 41 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Económico y Social).
- *Con personalidad jurídica propia*, no expresamente reconocida, que se rige por su Ley de creación, por su Reglamento de Organización y Funcionamiento, y por las directrices e instrucciones que para su desarrollo dicte el propio Consejo.
- *Con carácter de Institución pública*, plenamente incardinada en la estructura administrativa —aunque consultiva, no activa— de la Comunidad de Madrid.
- *No adscrito a ninguna Consejería, aunque con especiales vínculos de colaboración con alguna de ellas* que, en ningún caso, deben entenderse como un argumento para señalar que nos encontramos ante un órgano dependiente de hecho de alguna Consejería. Cabría decir al respecto que la especial relación que se mantiene con la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica se debe, además de a las propias competencias de la citada Consejería, muchas veces concurrentes con los asuntos propios del Consejo, a que es el Consejero de Economía e Innovación Tecnológica el miembro del Consejo de Gobierno que propone a éste el nombramiento o cese de los Consejeros y del Presidente del Consejo, con las limitaciones expresadas con anterioridad ⁴⁵.

En relación con la Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno puede explicarse la intensa coordinación con la misma en el sentido de que dicha Vicepresidencia realiza actividades de carácter material, técnico o de servicios, de la competencia del Consejo, que éste encomienda a la citada organización por razones de eficacia y debido a que no se poseen los medios técnicos idóneos para su desempeño, es decir, que existe la figura de una *encomienda de gestión tácita*, ya que no existe un instrumento que lo formalice, sino un apoyo

⁴⁵ Vid. nota 22 del presente trabajo.

administrativo mutuo que se remonta al nacimiento mismo del Consejo. En este sentido, y dado el número de integrantes de la plantilla del CES, parece poco acorde al criterio de racionalidad y eficacia, que debe presidir toda la actuación de la Administración, que se cree, por ejemplo, un servicio propio de elaboración de nóminas, por lo que las mismas son realizadas por la Subdirección de Personal de la Secretaría General Técnica de la *Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno* ⁴⁶.

Por otro lado, parecería igualmente poco adecuada la existencia de una Intervención Delegada propia, dado el número de expedientes tramitados por el Consejo, razón por la cual la Intervención Delegada de la mencionada Vicepresidencia es la que da cumplimiento al artículo 21.4 de la Ley de creación y al artículo 40.4 de su Reglamento que establecen que la fiscalización y control presupuestario corresponde a la Intervención General de la Comunidad de Madrid.

Los mismos argumentos podrían aportarse acerca de la existencia de un Servicio Jurídico propio, y por ello el artículo 19 bis de la Ley del Consejo, que fue introducido por la Ley 2/2004, de 31 de mayo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, estableció que el asesoramiento jurídico del Consejo en materia de personal, contratación y cualquier otro asunto de carácter administrativo, así como la representación y defensa en juicio, corresponderá a los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

- *Como persona jurídica de Derecho público que es, tiene capacidad para ser titular de relaciones iuspublicistas y iusprivatistas.* La contratación pública del Consejo hay que reconducirla al marco legal de la contratación pública y en concreto al artículo 1.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que la contratación en régimen de Derecho privado queda restringida a las materias señaladas en el artículo 5.3 y sometidas al régimen del artículo 9 de la norma antes referida.

En materia de responsabilidad patrimonial, habrá que entender que a los daños derivados de funcionamiento normal o «anormal» de un servicio público, como es el CES, se les aplicaría el régimen previsto en el artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del artículo 2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

⁴⁶ No ocurre lo mismo para la concesión de préstamos, prestaciones asistenciales y ayuda de estudios del personal del Consejo, que son tramitadas por la Comisión Única Mixta Paritaria del propio Consejo de acuerdo con la Resolución 14/2000, de 27 de septiembre, del Presidente del Consejo Económico y Social.

- Su reforma o extinción sólo se podrá realizar a través de norma con rango de Ley⁴⁷. Su creación no es estrictamente necesaria para el legislador de la Comunidad de Madrid, pero una vez creado, mediante una norma con rango de Ley, sólo una Ley posterior podrá derogarlo, por razones de política legislativa o de oportunidad política.
- El párrafo i) del artículo 4 señala que el Consejo tendrá, además de las expresamente previstas en los apartados anteriores del artículo, «todas aquellas funciones y competencias que en el futuro le sean asignadas por Ley». Así, la Ley 8/1994, de 6 de julio, sobre la tramitación y el seguimiento de los Planes y Programas de la Comunidad en relación con los Fondos Estructurales, regula en su artículo 1.2 que «en la elaboración de los Planes y Proyectos se dará audiencia a las Corporaciones Locales, así como al Consejo Económico y Social en la forma legalmente establecida» y en su artículo 3.1 establece que el Consejo de Gobierno deberá informar al Consejo Económico y Social y a la Asamblea de Madrid de las convocatorias y resultados de los Comités de Seguimiento y Evaluación. Todo ello asegura el cumplimiento del principio comunitario del partenariado, en el sentido recogido en el preámbulo de la citada Ley 8/1994, cuando se señala que «la definición y materialización de los instrumentos de planificación, programación (...) deben estar en consonancia y permitir una mayor cooperación de los interlocutores económicos sociales, una evaluación participativa, así como garantizar una concertación eficaz teniendo en cuenta el desarrollo sostenible en un marco de transparencia». Todo ello es la traslación de lo previsto en el art. 8 y concordantes del Reglamento (CE) núm. 1260/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999, por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos Estructurales.

⁴⁷ Como afirma el profesor Aragón Reyes «aunque es coherente con el Estado social la existencia de Consejos Económicos y Sociales, no se trata de estructuras necesarias, en términos jurídicos, es decir, que vengan impuestas como exigencia de la definición del Estado como social. En el plano estatal, si la institución no está constitucionalmente reconocida queda a la libertad del legislador establecerla. En el plano autonómico, si el Consejo Económico y Social no goza de cobertura estatutaria (y ello es lo que ocurre en la Comunidad de Madrid) también queda a la libertad del legislador autonómico implantarlo y hacerlo desaparecer. En términos de política legislativa es cierto que resulta una institución muy adecuada para el Estado social, pero en términos de dogmática jurídica hay que admitir que no se trata de una institución estrictamente necesaria». Y ello es debido a que «a diferencia de lo que sucede con los principios del Estado democrático y del Estado de Derecho, que albergan, aunque no exclusivamente, un significado estructural, el del Estado social es un principio básicamente material, del que no cabe derivar exigencias organizativas sustanciales, sino cumplimiento de fines. (...) Desde el punto de vista estructural no es que carezca por completo de relevancia el principio del Estado social, pues la tiene (por ejemplo, faculta o fundamenta —que no exactamente impone— el establecimiento de instituciones de participación, en la actividad pública, de las organizaciones sociales, y no sólo de las organizaciones políticas) sino que tal relevancia no es sustancial, es decir, no viene a modificar el esquema básico del Estado democrático, o dicho de otra forma, no viene a proyectarse sobre la naturaleza de la representación (que sigue siendo sólo política e instrumentada a través de los partidos) ni, por ello, sobre la división de poderes». Capítulo XXVII, «El Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid», en Enrique Álvarez Conde (dir.), *El Derecho público de la Comunidad de Madrid. Comentarios al XX aniversario del Estatuto de Autonomía*, Ed. Centros de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2003, pp. 607 y 616.

Igualmente la Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid señala en su artículo 34, al referirse a la composición de la Asamblea General de la entidad, lo siguiente: «*Consejeros Generales elegidos por el sector de Entidades representativas*:

1. El sector de las Entidades representativas estará conformado por las Organizaciones Empresariales y Sindicales que formen parte del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con lo establecido en la Ley 6/1991, de 4 de abril, de creación del Consejo Económico y Social, por las Universidades Públicas sobre las que ejerza competencias la Comunidad de Madrid, así como por fundaciones, asociaciones o corporaciones de carácter cultural, científico, cívico, económico o profesional de interés para la Caja de Ahorros en su ámbito de actuación o de reconocido arraigo en la Comunidad de Madrid o en Madrid en su calidad de capital del Estado.
2. Los Consejeros generales correspondientes al sector de Entidades representativas se distribuirán de la siguiente forma: a) Un 50 por 100 corresponderá a las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas en el ámbito de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con lo establecido en la Ley 6/1991, de 4 de abril, de creación del Consejo Económico y Social. Dicho porcentaje se repartirá paritariamente entre Organizaciones Empresariales y Sindicales (...).
3. Los Consejeros Generales correspondientes al sector de Entidades representativas serán elegidos por estas Entidades, en el número máximo que se establezca para cada una de ellas, y de entre personas de reconocido prestigio o experiencia en las materias relacionadas con la actividad de la Caja».

Por su parte, el artículo 28 dice: «*Porcentajes de representación*. La participación de los mencionados sectores —se refiere a los mencionados en el artículo 27 de la Ley— se distribuirá de la siguiente forma: (...) f) el 8 por 100 del total de los Consejeros Generales serán elegidos por el sector de Entidades representativas a que se refiere el artículo 27.2.f) de esta Ley»⁴⁸.

⁴⁸ El contenido de la Ley 4/2003 se desarrolla en los Estatutos de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, adaptados a esa norma, aprobados por la Asamblea General de la Entidad el 28 de abril de 2003 y autorizados por Orden de 8 de mayo de 2003, del Consejero de Hacienda de la Comunidad de Madrid, concretamente en la materia que nos ocupa en su artículo 19, en referencia al artículo 13; y también se ha desarrollado por el Reglamento Electoral de la Entidad, adaptado a los Estatutos y a la Ley, aprobado y autorizado en las mismas fechas que los Estatutos, específicamente en su artículo 45.

III. ¿CÓMO DESARROLLA SU ACTIVIDAD EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL?

3.1. Funciones

Las funciones del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid se articulan en tres ámbitos:

El primero es el de la emisión de informes (incluido el preceptivo Informe anual sobre la situación socioeconómica de la Región), de dictámenes o estudios preceptivos o facultativos, en actividad rogada:

- Emitir informe sobre los criterios y líneas generales del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid, según la modificación realizada por la Ley 20/1995, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 1996 ⁴⁹.
- Emitir informe preceptivo no vinculante, con carácter previo a la aprobación de Proyectos de Ley y de Decreto del Consejo de Gobierno sobre la política económica y social de la Comunidad de Madrid.
- Emitir informe sobre cualquier cuestión relacionada con la política económica y social que le someta la Asamblea, el Consejo de Gobierno o cualquier Organismo Público de la Comunidad de Madrid.
- Emitir informe, dictamen o estudios que soliciten las organizaciones sociales, económicas o profesionales representativas sobre asuntos de su competencia y con trascendencia para la Comunidad de Madrid.
- Elaborar y hacer público un informe anual sobre la situación socioeconómica de la Región ⁵⁰.

Un segundo ámbito de resoluciones, dictámenes o informes, e incluso recomendaciones para la aplicación de disposiciones generales de carácter socioeconómico, por iniciativa propia:

- Elaborar resoluciones, dictámenes o informes por propia iniciativa en materia económica y social.
- Elaborar y emitir recomendaciones para la aplicación de las disposiciones generales de carácter socioeconómico.

Y un tercer ámbito que consiste en fomentar la participación, la negociación, y en general, el contacto entre los agentes sociales, al efecto de intentar encontrar posturas comunes acerca de los asuntos de la competencia del CES:

⁴⁹ Redacción dada en este apartado por la Disposición adicional undécima de la Ley 20/1995, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 1996. Originariamente el texto del párrafo a) del artículo 4 decía: «Emitir informe sobre los criterios y líneas generales del *Anteproyecto de Ley de Presupuestos de la Comunidad de Madrid*, que le será remitido por el Consejo de Gobierno.»

⁵⁰ Se trata de un mandato directo del legislador autonómico. Este Informe anual debe elaborarse y publicarse *ope legis*.

- Servir de cauce de participación y diálogo de los interlocutores sociales en el debate de asuntos económicos y sociales. Ello nos lleva de nuevo a considerar el concepto de «funciones latentes» del Consejo Económico y Social, a las que ya nos hemos referido⁵¹, y sobre las que reflexionaremos en el último epígrafe de este trabajo⁵².

Por último, existe una cláusula residual de atribución de competencias:

- Todas aquellas funciones y competencias que en el futuro le sean asignadas por Ley.

Asimismo es de destacar lo señalado en el epígrafe anterior⁵³. El artículo 2 de la Ley 8/1994, de 6 de julio, sobre tramitación y seguimiento de los Planes y Programas de la Comunidad en relación con los Fondos Estructurales, regula la audiencia del Consejo Económico y Social en la elaboración de dichos Planes. Igualmente el artículo 3 de esta norma señala que el Consejo de Gobierno informará al Consejo Económico y Social, entre otras instituciones, de las convocatorias y resultados de los Comités de Seguimiento y Evaluación de la aplicación de esos Fondos. Igualmente la Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid regula la forma de elegir Consejeros de Entidades representativas, entre ellas las Organizaciones empresariales y Sindicales que integren el CES de la Comunidad de Madrid, para integrar la Asamblea General de la Entidad, de acuerdo con lo establecido en la Ley 6/1991, de 4 de abril, de Creación del Consejo Económico y Social.

3.2. Actividad rogada

La petición de Informe al Consejo Económico y Social corresponde a la Consejería competente en la materia, que deberá comunicarlo al Consejo de Gobierno para su conocimiento, salvo en el caso de Proyectos de Ley de Presupuestos Generales o Proyectos de Ley o de Decreto en los que el informe se solicite por urgencia, ya que en este caso dicha urgencia se debe exponer razonadamente por el Consejo de Gobierno y, por tanto, es quien lo comunica, según preceptúa el párrafo tercero de la letra c) del artículo 4 de la Ley 6/1991, de 4 de abril, y el artículo 19 del Decreto 210/2003, de 16 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento interno del Consejo de Gobierno y de sus Comisiones⁵⁴.

⁵¹ Vid. nota 17 del presente trabajo.

⁵² Vid. pp. 211 y 212, y la nota 114 del presente trabajo.

⁵³ Vid. pp. 185 y 186 de este trabajo.

⁵⁴ BOCM del 22 de octubre de 2003, núm. 252. En ese artículo 19 del Decreto 210/2003 se especifica que en los casos del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales o Proyectos de Ley o de Decreto en los que el informe se solicite por urgencia «la solicitud se cursará por la Consejería de Presidencia a través del Secretariado Administrativo del Consejo de Gobierno». Actualmente este Secretariado depende de la Vicepresidencia primera y Portavocía del Gobierno.

En los supuestos de emisión de informes preceptivos no vinculantes, con carácter previo a la aprobación de anteproyectos de Ley ⁵⁵ y proyectos de Decreto sobre la política económica y social de la Comunidad de Madrid, e incluso en la emisión de informe sobre los criterios y líneas generales del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid, el CES no se encuentra en una posición de libertad que le permita desconocer el contenido de la iniciativa gubernamental, existiendo una posición de respeto a la libertad del Gobierno. Aquí el Consejo analiza los efectos y consecuencias de las normas proyectadas, puede confirmar la iniciativa, criticarla, proponer modificaciones o incluso reformas profundas, sin sustituir la iniciativa gubernamental y argumentando siempre cada mejora o modificación. El Consejo Económico y Social asume «siempre una posición de colaboración; colaboración para confirmar la iniciativa o para criticarla; pero colaboradora en una posición real de vinculación a la iniciativa gubernamental» ⁵⁶.

En los restantes tres supuestos de Actividad Rogada, párrafos c), d) y g) del artículo 4 de su Ley de creación, el Consejo se vincula al objeto de la petición realizada, pero goza de mayor libertad a la hora de abordarla. Aquí el solicitante —Asamblea, Consejo de Gobierno, cualquier Organismo público de la Comunidad de Madrid, Organizaciones sociales, económicas o profesionales representativas o la propia Ley del Consejo, en el caso del Informe anual— expresa el interés de que el Consejo elabore un informe, dictamen o estudio que ha de quedar dentro de su propia competencia, dejando libertad para que éste acometa su ejecución y los resultados del mismo. Es ilustrativo a este respecto el Informe anual sobre la Situación Económica y Social de la Comunidad de Madrid, en el que el Consejo decide cuál es el enfoque del Informe, toma el acuerdo de que su elaboración se realice por los propios Servicios técnicos del Consejo y por colaboradores externos, en el que cada año se diseñan los Capítulos que lo componen, se decide la existencia o no de un Resumen ejecutivo y de Recomendaciones que pueden adoptarse, en su caso, unánimemente por todos los Grupos que integran el Consejo, o bien

⁵⁵ Técnicamente se trata de Anteproyectos de Ley, aunque la Ley de creación del CES se refiera a ellos como Proyectos de Ley, puesto que aún no los ha aprobado el Consejo de Gobierno para su remisión a la Asamblea. El único Acuerdo que en ese momento toma el Consejo de Gobierno es justamente el de su remisión al CES para informe. Caso opuesto es el del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid, en el cual el Gobierno solicita el informe del CES a la vez que remite el Proyecto de Ley a la Asamblea de Madrid, pero una vez que lo ha aprobado ya como Proyecto de Ley. Ello no merma las competencias del Consejo Económico y Social, puesto que ese informe es el único que debe versar sobre «los criterios y líneas generales» del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales [art. 4.a) de la Ley 6/1991], y una vez emitido, lo cual deberá hacerse a la mayor brevedad posible, lo que sirve es para ilustrar al Consejo de Gobierno sobre las ideas del CES, pero también, y sobre todo en este caso, para que los parlamentarios madrileños conozcan la opinión del CES sobre el Presupuesto, ya se trate de un informe unánime o de uno mayoritario con el Voto particular de la posición minoritaria. Por ello, en este caso que estamos analizando, se trata del único Informe que se remite simultáneamente al Consejo de Gobierno y a la Presidencia de la Asamblea de Madrid.

⁵⁶ En este párrafo se ha parafraseado la opinión que, sobre el Consejo de Estado, vierten el Profesor De la Cuadra-Salcedo en «El Consejo de Estado en un Estado social y democrático de Derecho», *Separata del Gobierno y Administración en la Constitución*, Tomás de la Cuadra Salcedo y Fernández del Castillo, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, p. 222.

adoptar la forma de un Voto particular, del que se responsabiliza una posición minoritaria en el CES ⁵⁷.

En los dos ámbitos antes señalados la cuestión previa para analizar las funciones del Consejo Económico y Social es dilucidar qué se entiende por materias económicas y sociales ⁵⁸. La elección por parte del legislador de la Comunidad de Madrid, como ocurre igualmente para el resto de Consejos Económicos y Sociales autonómicos e incluso en el caso del Consejo estatal, de este concepto jurídico indeterminado a la hora de delimitar las competencias del CES permite al Consejo de Gobierno una gran libertad de interpretación, lo cual puede redundar en un funcionamiento razonable de la Institución estudiada o en otro tipo de situación que provoque su desnaturalización, bien porque el Gobierno de turno envíe numerosos Proyectos de norma de escasa entidad que podrían colapsar la actividad del CES, o por el contrario, porque se hurte de la actividad del Consejo la emisión de informes sobre Anteproyectos de Ley y Proyectos de Decreto que, en buena lógica jurídica y política, deberían ser informados por el CES. Ante estos posibles problemas interpretativos que pueden llegar a afectar al funcionamiento idóneo del Consejo, pueden darse dos supuestos:

- *Si nos encontramos con Anteproyectos de Ley o el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid*, que incumpliesen por parte del Consejo de Gobierno el procedimiento establecido para su elaboración, en el sentido de que no se hubiese solicitado el informe preceptivo del Consejo Económico y Social, la doctrina ⁵⁹ señala que una vez que han sido promulgados infringiendo la Ley que establece dicho procedimiento, tendrán la misma fuerza legal que la disposición legal infringida y, por tanto, su validez no resultará afectada por ello ⁶⁰.

⁵⁷ La articulación de este Informe anual, exigido al CES *ope legis* en el artículo 4, párrafo g), de la Ley 6/1991, se realiza mediante un Grupo de trabajo especial y *ad hoc*, denominado de Coordinación de las labores de elaboración del Informe.

⁵⁸ Manuel Aragón Reyes, anterior Presidente del CES de la Comunidad de Madrid, mientras ejercía la Presidencia, indicaba que: «También ha de reconocerse que en la realización de sus tareas el Consejo Económico y Social ha encontrado una buena colaboración por parte del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, en cuanto que se han interpretado las competencias del Consejo Económico y Social en sentido amplio y no restrictivo, y por ello, se le remiten para informe preceptivo no los proyectos de leyes y de decretos “sobre” la política económica y social, sino los proyectos de leyes y de decretos “que afecten” a la política económica y social (prácticamente todos los proyectos, pues difícil es que la regulación de cualquier materia no tenga efectos económicos o sociales). Es cierto que ha habido algunas excepciones, y así normas que a juicio del Consejo debieran habersele remitido para informe, de acuerdo con esa interpretación de sus competencias, no le fueron enviadas, pero esos casos, muy pocos y de mediana o escasa entidad, es de esperar que, salvo error, no se repitan en el futuro.» Capítulo XXVIII, «El Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid», en Enrique Álvarez Conde (dir.), *El Derecho Público de la Comunidad de Madrid. Comentarios al XX Aniversario del Estatuto de Autonomía*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 616.

⁵⁹ Antonio José Vélez Toro, «Los Cometidos del Consejo Económico y Social», en *Actualidad Administrativa*, núm. 35, 23-29 de septiembre de 1996, p. 749, y Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 7.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 180 y 181.

⁶⁰ Tras la derogación de los artículos 129 a 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, por la Disposición derogatoria única de la Ley estatal 50/1997, de 27 de noviembre,

En este supuesto cabe una posible vía de subsanación en la *sede parlamentaria*: la Mesa de la Asamblea, al calificar los escritos y documentos, podría resolver su inadmisión a trámite por la falta de este Informe preceptivo, por causa imputable al propio Consejo de Gobierno, y, al menos con carácter de hipótesis, devolverlo al mismo para su subsanación, en virtud de la aplicación de la letra c) del artículo 49 del Reglamento de la Asamblea de Madrid, aprobado por el Pleno en su sesión de 30 de enero de 1997. Por otro lado, y por aplicación del artículo 153 del citado Reglamento, el Consejo de Gobierno podrá retirar un proyecto de ley en cualquier momento de su tramitación ante la Asamblea, siempre que no hubiera recaído acuerdo final de ésta.

- *En el caso de los Proyectos de Decreto, que aprueban Reglamentos, y refiriéndose al Consejo de Estado*, la doctrina señala que «la observancia del procedimiento en cuestión —de elaboración de las disposiciones reglamentarias— tiene, por el contrario, un carácter formal *ad solemnitatem*, de modo que la omisión y defectuoso cumplimiento del mismo arrastra la nulidad de la disposición que se dicte, según doctrina jurisprudencial reiterada. Más aún, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que las infracciones de este procedimiento constituyen vicios de orden público, trascendentes al propio interés particular de las partes litigantes y, en consecuencia, afectantes al orden o interés general, lo que faculta a los Tribunales para apreciarlas de oficio (esto es, aun en el caso de que no se produzca denuncia de parte). El procedimiento constituye así un límite importante al ejercicio de la potestad reglamentaria»⁶¹.

Los Profesores García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández continúan su argumentación, apoyada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la siguiente manera: «(...) el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general cumple, como toda clase de procedimientos, una finalidad interna, nada desdeñable, de

del Gobierno, es de aplicación el apartado tercero del artículo 22, *De la iniciativa legislativa del Gobierno*, que establece: «El titular del Departamento proponente elevará el Anteproyecto al Consejo de Ministros a fin de que éste decida sobre los ulteriores trámites y, en particular, sobre las consultas, dictámenes e informes que resulten convenientes, así como sobre los términos de su realización, sin perjuicio de los legalmente preceptivos.» Ello está previsto para el ámbito del Estado y se refiere al Consejo de Estado y al Consejo General del Poder Judicial. Esta normativa estatal es de aplicación a la Comunidad de Madrid, ya que la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, en materia de régimen jurídico de la Administración desarrolla los principios básicos, remitiéndose en su Disposición final segunda expresamente «para lo no previsto en esta Ley serán de aplicación las disposiciones legales del Estado en materia (*sic*), equiparándose los Órganos por analogía de sus funciones», en consecuencia, para este supuesto, y lógicamente en general, la legislación estatal integrará el Ordenamiento autonómico, bien por vía supletoria, bien por analogía.

⁶¹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Ed. Civitas, 7.ª ed., Madrid, 1996, p. 181. Cuando los autores hacen este expresivo comentario, todavía se encontraba vigente la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, por lo cual se apoyaban en el artículo 129 de la ahora derogada norma legal que intentaba «asegurar la legalidad, acierto y oportunidad de la disposición».

garantía de la propia Administración, que acostumbra, justamente, a destacar la jurisprudencia contencioso-administrativa. Esta finalidad de garantía interna la concreta en ese caso la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en “garantizar el acierto y la legalidad del texto” [(art. 24.b)] y en el párrafo anterior del mismo artículo “la necesidad y oportunidad” de la disposición. Se intenta obligar a la Administración a un esfuerzo especial de atención ante la gravedad que supone la creación de nuevo Derecho; la solemnidad procedimental ha de apartar normalmente esta creación de la mera rutina o de la comodidad de los despachos, aunque, desgraciadamente, no siempre ocurre así, y es un hecho que la Ley del Gobierno lo ha facilitado aún más que la anterior regulación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958»⁶².

Los autores mencionados fundamentan en la jurisprudencia contencioso-administrativa su reflexión, de la siguiente manera: al referirse al artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, recuerdan que esta norma exige «su audiencia sobre los Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones». Por Reglamentos dictados «en ejecución» de una Ley no hay que entender sólo los Reglamentos ejecutivos generales de una Ley determinada, sino «como el propio Consejo de Estado ha precisado (Moción de 2 de mayo de 1969), cualquier desarrollo reglamentario de cualquier precepto, por singular que sea, de una Ley, incluyendo lo que hoy llamaríamos una “remisión” normativa, lo que amplía notablemente la extensión de este trámite preceptivo y la garantía que ello implica». García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández ponen como ejemplo de jurisprudencia consolidada, en cuanto al carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos especiales de elaboración de disposiciones generales, cuya omisión es constitutiva de un juicio de orden público que motiva la anulabilidad del Reglamento, la Sentencia de la Sala Especial de Revisión de 10 de mayo de 1989 y de la misma Sala de 5 de junio de 1989, «cuya firme doctrina siguen fielmente las posteriores: *vid.* Sentencias de 25 de julio de 1990 y 23 de diciembre de 1991. Los propios Reglamentos ejecutivos de las Comunidades Autónomas están sujetos a este trámite (Sentencia de Revisión de 16 de enero de 1993 y Sentencias de 21 de marzo y 27 de noviembre de 1995), del que sólo se consideran exceptuados los Reglamentos autónomos o *praeter legem*, los organizativos y los de necesidad (Sentencias de 27 de marzo, 9 de julio de 1993 y 27 de noviembre de 1995). La jurisprudencia más reciente (*vid.* Sentencias de 17 de enero y 19 de junio de 2000) ha aclarado definitivamente

⁶² Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Ed. Civitas, 11.ª ed., Madrid, 2002, p. 195.

también la necesidad de reiterar la consulta al Consejo de Estado cuando con posterioridad a su dictamen pretendan introducirse en el proyecto inicial modificaciones sustanciales»⁶³.

Antonio José Vélez Toro⁶⁴ utiliza la argumentación anterior y la fundamentación jurisprudencial, que se refiere expresamente al Consejo de Estado para extenderla al Consejo Económico y Social de España, por criterios de analogía, que se aprovechan ahora para dar un paso más y utilizarlo para sistematizar esta materia en relación con los CES autonómicos, en general, y especialmente en relación con el CES de la Comunidad de Madrid.

Otros autores matizan la posición expuesta. Por ejemplo, el profesor Alonso García⁶⁵ señala que «esta omisión no debe conducir necesariamente, bajo cualquier circunstancia, a la anulación del reglamento, en cuyo proceso de elaboración se haya incurrido en tal vicio procedimental. Y ello porque el principio garantizador que la intervención del Consejo de Estado implica para el Ordenamiento jurídico, tanto objetivamente considerado como desde el punto de vista de los destinatarios últimos de la regulación, ha de compatibilizarse con otros principios, como la seguridad jurídica, consagrado a nivel constitucional (art. 9.3 CE)». Asimismo Falcón Tella⁶⁶ indica que «el principio de economía procesal, la seguridad jurídica y el mantenimiento de la funcionalidad de la intervención del Consejo de Estado —idea que propugna Vélez Toro que se amplíe al CES estatal— imponen, en efecto, la necesidad de establecer un límite temporal para alegar la omisión del dictamen como motivo de anulación, transcurrido el cual se impondría el examen de fondo del Tribunal Contencioso-Administrativo para proceder a una hipotética anulación del Reglamento»⁶⁷.

- Otro supuesto distinto a los anteriores es el hecho de que la no emisión del Informe fuese producido por la inactividad del Consejo, bien por hipotética dejadez, bien por la imposibilidad de obtener la mayoría suficiente (quórum) para ser aprobado⁶⁸ o finalmente por la emi-

⁶³ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Ed. Civitas, 11.ª ed., Madrid, 2002, pp. 196 y 197.

⁶⁴ Antonio José Vélez Toro, «Los cometidos del Consejo Económico y Social», *Actualidad Administrativa*, núm. 35, 23-29 de septiembre de 1996, pp. 744 a 751.

⁶⁵ R. Alonso García, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, 1.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1992, pp. 86 y ss.

⁶⁶ F. Falcón Tella, «Efectos de la omisión del dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales», *La Ley*, núm. 3937, 21 de diciembre de 1995, p. 2.

⁶⁷ Los autores citados en las dos notas anteriores se han referenciado desde Antonio José Vélez Toro, «Los cometidos del Consejo Económico y Social», *Actualidad Administrativa*, núm. 35, 23-29 de septiembre de 1996, p. 750.

⁶⁸ Informe 4/1999 sobre el Proyecto de Ley por el que se regula el Comercio Interior de la Comunidad de Madrid (Pleno de 17 de febrero de 1999). En este caso, aunque el supuesto se numeró para no perder la continuidad en la serie de informes del CES de 1999, no se obtuvo en el Pleno una mayoría suficiente que respaldase la Propuesta de informe de la Comisión de Trabajo que la había elaborado, quedando esa Propuesta «huérfana» de apoyo mayoritario de los Consejeros.

sión extemporánea por parte del propio Consejo. En todos estos casos, la solución legal es la misma: una vez transcurrido el plazo legal para su emisión, se «entenderá cumplido el trámite», como así se regula en el párrafo cuarto de la letra c) del art. 4 de la Ley 6/1991, de 4 de abril.

- Por último, y como dictamen elaborado por exigencia reglamentaria, el párrafo e) del apartado primero del artículo 11 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, prevé que el cese por el Consejo de Gobierno de los miembros del Grupo de expertos deberá ser motivado y será sometido a dictamen del siguiente Pleno del Consejo. No así en el caso de los vocales empresariales y sindicales, para los que su cese lo propone la propia Organización a la que pertenecen y representan en el CES.

3.3. Iniciativa propia

Para elaborar las resoluciones, dictámenes o informes por propia iniciativa en materia económica y social [art. 4, párrafo e), de la Ley 6/1991] y emitir recomendaciones para la aplicación de las disposiciones generales de carácter socioeconómico [art. 4, párrafo f)], se precisará, aún más si cabe, de equipos técnicos para su elaboración. Para ello, hay que implicar al máximo a los Consejeros de los tres Grupos que integran el Consejo (Grupo empresarial, sindical y de expertos nombrados por el Consejo de Gobierno), al efecto de explorar todas las posibilidades de poner en práctica estas funciones del CES que hasta ahora se han explotado muy poco. Por otro lado, debe contarse con los propios Servicios técnicos del Consejo y con la contratación de servicios de consultoría externa, bien desde el ámbito universitario o desde el mundo empresarial o sindical.

3.4. Composición

El Consejo Económico y Social se compone de 28 miembros, de acuerdo con la siguiente distribución (art. 6 de su Ley de creación):

El Presidente del Consejo.

Nueve miembros por las Organizaciones empresariales más representativas en el ámbito de la Comunidad de Madrid, en proporción a la representatividad que ostenten en función de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, que serán propuestos por los órganos competentes de dichas Organizaciones.

Nueve miembros por las Organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de la Comunidad de Madrid, en proporción a la representatividad que ostenten en función de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y

en la Ley Orgánica de Libertad Sindical⁶⁹. Dichos representantes serán propuestos por los órganos competentes de las citadas Organizaciones.

Nueve expertos, de reconocido prestigio, en materia económica y social, a propuesta del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid. El párrafo d) del mencionado artículo 6 continúa señalando que «a efectos de hacer más efectiva la participación de los distintos sectores económicos y sociales del Consejo Económico y Social (*sic*, parecería más adecuada la dicción “en el Consejo Económico y Social”), el Consejo de Gobierno tomará en consideración para la propuesta de los Expertos a aquellos sectores de economía social, así como entidades o asociaciones e instituciones con incidencia en el ámbito económico y social de la Comunidad de Madrid»⁷⁰.

Cada uno de los tres Grupos dispondrá de dos miembros suplentes. No existe, sin embargo, la posibilidad de delegar el voto.

Los miembros del Consejo son nombrados y cesados por Decreto del Consejo de Gobierno (art. 6.3 del Reglamento del Consejo), a propuesta del Consejero de Economía e Innovación Tecnológica que, en el caso de los representantes empresariales y sindicales, recibe, a su vez, la propuesta de nombramiento o cese de las Organizaciones en que se integra el futuro Consejero o el Consejero cesante.

De acuerdo con el artículo 11.1, párrafo e), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CES, el cese de los expertos del artículo 6.1.d) de la Ley deberá ser motivado y será sometido a dictamen del siguiente Pleno del Consejo. Ello supone un intento de preservar la independencia de los miembros de este Grupo que no olvidemos son nombrados y cesados a propuesta del propio Consejo de Gobierno⁷¹.

⁶⁹ En este ámbito debe tenerse muy en cuenta la Ley de Participación de los Agentes Sociales en las Entidades Públicas de la Administración de la Comunidad de Madrid, Ley 7/1995, de 28 de marzo. En este texto normativo se regula, en su artículo 3 *Criterios de representación*, que «la determinación específica del número de representantes de las asociaciones sindicales o empresariales de carácter intersectorial a las que sean de aplicación las prescripciones de la presente Ley, atenderá al criterio de paridad y mayor representatividad en el territorio de la Comunidad de Madrid, en función de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley Orgánica de Libertad Sindical». La participación institucional prevista en esa Ley se extiende a las Entidades Públicas de la Comunidad de Madrid que tengan atribuidas competencias en materia socioeconómica, especialmente, ya que se citan expresamente en el artículo 2 de la norma, los Consejos creados como órganos consultivos o de asesoramiento de la Administración de la Comunidad de Madrid en materias de índole socioeconómica.

⁷⁰ Además del criterio recogido por la doctrina en la nota 18 de este trabajo, que compartimos plenamente, algún sector doctrinal, por ejemplo, García Ruiz, en su obra citada anteriormente, p. 132 en el anexo, interpretan que la forma de designación del Grupo de expertos en el CES de Madrid, estaría, en cierto modo, muy próxima al caso de aquellos CES en los que se prevé una composición tripartita, esto es, agentes sociales y económicos y la propia Administración autonómica. No podemos compartir este criterio en absoluto, puesto que la propia redacción del precepto parece querer estimular el nombramiento de Consejeros independientes del Consejo de Gobierno, aunque designados a propuesta de éste, y el tenor del artículo 11.1.e) del Reglamento del CES, antes mencionado, al exigir en el supuesto del cese de un experto la motivación y el sometimiento a dictamen del siguiente Pleno del Consejo, lo que no ocurre cuando la propuesta de cese proviene de una Organización empresarial o sindical con respecto a sus representantes, asegura esa «independencia» relativa del Consejero perteneciente al Grupo de expertos.

⁷¹ *Vid.* la nota anterior.

Es interesante destacar que la Ley del Consejo, en su artículo 8, prevé que «los miembros del Consejo no tendrán derecho a remuneración por el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la percepción, con cargo al presupuesto del Consejo, del importe de los gastos ocasionados por dicho ejercicio». Este tajante mandato, que en la práctica ha originado problemas en el día a día del Consejo, está en vías de reforma, a través del Anteproyecto de Ley de Medidas Fiscales y Administrativas para 2006, que actualmente se encuentra en el CES para su informe. La modificación propuesta consiste en añadir un segundo párrafo al citado artículo 8 con el siguiente tenor: *«Estos importes podrán percibirse directamente por las organizaciones a las que representen, en los supuestos de miembros a que se refiere el artículo 6.1.b) y c), cuando así se manifieste por éstos.»* Los miembros afectados son los representantes de las Organizaciones Empresariales y Sindicales; por su propia naturaleza el Grupo de Expertos es ajeno a esta situación, puesto que sus miembros son nombrados personalmente, lo cual no excluye su pertenencia a determinadas organizaciones de su ámbito de actuación, pero esta circunstancia es ajena al propio Consejo ⁷².

3.5. Órganos

Los órganos del Consejo Económico y Social son:

- a) El Pleno.
- b) La Comisión Permanente.
- c) Las Comisiones de Trabajo.
- d) El Presidente.
- e) Los Vicepresidentes.
- f) El Secretario General.

El Pleno:

El Pleno es el órgano superior de decisión y formación de la voluntad del Consejo (art. 12 de la Ley 6/1991). Está formado por el Presidente y por los veintisiete Consejeros.

⁷² La justificación de la propuesta de modificación descrita es la siguiente: el mandato legal de que el importe de estas indemnizaciones, motivadas por el ejercicio de la función de Consejero del CES, se haga efectivo únicamente a los miembros del Consejo, considerados individualmente, ha originado, en el caso de los Consejeros designados a propuesta de las Organizaciones —empresariales o sindicales— de las que actúan como representantes, que la percepción de los gastos ocasionados por el ejercicio de sus funciones en el Consejo, al tener, desde el punto de vista fiscal, un carácter personalizado, y aunque posteriormente se entreguen íntegramente a la Organización a la cual representan, incrementen sus niveles de renta, es decir, la base imponible a efectos de IRPF, con la consiguiente repercusión fiscal a la hora de practicar la liquidación del impuesto, y la consiguiente pérdida de beneficios sociales que pudieran derivarse de la citada liquidación.

En consecuencia, y con la finalidad de dar solución a esta situación, se ha propuesto por el Consejo la modificación mencionada, dado que dichos Consejeros representan a las Organizaciones citadas en virtud de un mandato expreso y puesto que el ejercicio de sus funciones en el Consejo es parte de su trabajo para la Organización de la que dependen. Ello podría articularse mediante la manifestación expresa y fehaciente del Consejero respectivo acerca de su voluntad de que sea la Organización a la que está vinculado la que perciba íntegra y directamente las compensaciones legalmente previstas.

El Pleno se reunirá en sesión ordinaria al menos una vez cada trimestre. Podrá, asimismo, reunirse con carácter extraordinario a convocatoria del Presidente o de la totalidad de los miembros de alguna de las partes representadas en el Consejo (art. 13) ⁷³.

Sus funciones son:

- Elaborar, debatir y aprobar, en su caso, los informes, resoluciones y dictámenes cuya emisión es competencia del Consejo Económico y Social.
- La elaboración del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo y su aprobación por mayoría absoluta ⁷⁴.
- Elaborar el anteproyecto del presupuesto del Consejo Económico y Social y remitirlo al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid.
- La elaboración de la Memoria anual de las actividades y de la gestión del Consejo.
- Proponer la persona que el Consejo de Gobierno deberá nombrar para el cargo de Presidente, designado por el Consejo Económico y Social de entre la terna propuesta por el Consejo de Gobierno, de conformidad con lo previsto en el artículo 6.2 de la Ley de creación.
- La elección de los Vicepresidentes, el Secretario General y los componentes de las Comisiones de Trabajo.

⁷³ Obsérvese que intentando defender los derechos de la minoría, la Ley del Consejo prevé que el Pleno puede reunirse, con carácter extraordinario, a convocatoria del Presidente o de la totalidad de los miembros de uno de los Grupos representados en el Consejo. Ello lleva a la consecuencia, recogida en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del CES [arts. 15.2 y 32.d)], de que en ese supuesto la Comisión Permanente, que en un Pleno ordinario elabora con el Presidente el Orden del Día y fija conjuntamente con él la fecha de celebración, sólo conoce el Orden del Día y la fecha de celebración, que habrán sido fijados previamente por el Presidente o por el Grupo convocante en el caso de una sesión extraordinaria del Pleno.

Además, como última consecuencia jurídica de la previsión legal, en este supuesto la Comisión Permanente no puede ejercer su función [art. 32.n)] consistente en «calificar con arreglo al Reglamento las distintas peticiones de dictámenes o iniciativas de los Consejeros y organizar la tramitación reglamentaria de los mismos». Ello es debido a que en el caso del Pleno extraordinario la Permanente no fija, ni siquiera conjuntamente el Orden del Día, se limita a conocerlo y, por tanto, no puede calificar nada. Dado que un principio general de toda Organización es que su órgano supremo —en el CES, el Pleno— puede interpretar, en definitiva, cuáles asuntos son o no de su competencia, será el Pleno quien se califique o no de competente para conocer una determinada cuestión a él sometida con este procedimiento extraordinario, pues una interpretación contraria nos llevaría al absurdo de que el Pleno del CES debería pronunciarse sobre cualquier cuestión que se solicitara por el Presidente o por un Grupo, aunque fuera totalmente ajena a sus competencias. Ello no es posible, por pura lógica organizativa. Para ello puede utilizarse técnicamente el artículo 18 del Reglamento del CES, en sus apartados tercero y cuarto que regulan las mociones de orden, entre las que se encuentra «solicitar la opinión del Presidente o del Secretario General», o pedir «la devolución de las cuestiones», su aplazamiento o «que el Pleno pase al examen del punto siguiente del Orden del Día de la sesión».

⁷⁴ Como ya se ha dicho, por Resolución de 12 de noviembre de 1992 de la Presidencia del Consejo Económico y Social (BOCM de 16 de noviembre de 1992) se ordena la publicación del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo.

- El nombramiento de los miembros del Pleno que hayan de formar parte de la Comisión Permanente o de las Comisiones de Trabajo en representación y a propuesta de cada una de las partes ⁷⁵.
- Crear las Comisiones de Trabajo que considere oportuno para la consecución de sus objetivos, asignando sus funciones y fijando plazos de resolución ⁷⁶.
- Decidir sobre la publicación de los acuerdos adoptados ⁷⁷.
- Acordar el cese del Presidente en los términos previstos en el artículo 26 del Reglamento ⁷⁸.
- Aprobar la plantilla del Consejo, que se incluirá en el anteproyecto del presupuesto ⁷⁹.
- Autorizar al Presidente para celebrar aquellos contratos que excedan de 150.253,03 euros (25 millones de las antiguas pesetas), debiendo recibir, en todo caso, información de todos los contratos efectuados [art. 15. 3 de la Ley, en relación con el 12.1, párrafo g)].

La Comisión Permanente:

La Comisión Permanente, que se encuentra regulada en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo ⁸⁰ (arts. 31 a 33, ambos inclusive) está integrada por el Presidente y dos Consejeros de cada uno de los tres grupos representados en el CES. Actúa como Secretario el que lo sea del Consejo, con voz pero sin voto. Esta Comisión Permanente ejerce sus funciones hasta la renovación del Consejo, salvo que sea disuelta con anterioridad por el Pleno ⁸¹.

⁷⁵ Esta función se encuentra recogida en el Reglamento de Organización y Funcionamiento [art. 14.g)], en virtud de la remisión normativa al Reglamento que realiza el artículo 12, párrafo h), de la Ley.

⁷⁶ Esta función se encuentra recogida en el Reglamento de Organización y Funcionamiento [art. 14.h)], en virtud de la remisión normativa al Reglamento que realiza el artículo 12, párrafo h), de la Ley.

⁷⁷ Esta función se encuentra recogida en el Reglamento de Organización y Funcionamiento [art. 14.i)], en virtud de la remisión normativa al Reglamento que realiza el artículo 12, párrafo h), de la Ley.

⁷⁸ Esta función se encuentra recogida en el Reglamento de Organización y Funcionamiento [art. 14.k)], en virtud de la remisión normativa al Reglamento que realiza el artículo 12, párrafo h), de la Ley.

⁷⁹ Esta función se encuentra recogida en el Reglamento de Organización y Funcionamiento [art. 14.l)], en virtud de la remisión normativa al Reglamento que realiza el artículo 12, párrafo h), de la Ley.

⁸⁰ No se encuentra prevista en el texto de la Ley 6/1991, de 4 de abril, de creación del CES, salvo de forma genérica cuando en su artículo 17.1 señala que: «El Pleno podrá crear Comisiones de trabajo, con el número de miembros y forma de organización y funcionamiento previstos en el Reglamento de Organización y Funcionamiento.»

⁸¹ Se trata de un supuesto que no se ha producido en la trayectoria del CES. Parece un precepto previsor de una cierta crisis institucional o de enfrentamiento entre el Pleno del Consejo y su Comisión Permanente, difícilmente planteable por la forma en que se encuentran representados los Grupos que integran el CES en ambos órganos. El tratamiento del período transitorio entre la finalización de un mandato del Presidente y de los Consejeros, y la renovación total del Consejo se resuelve por el artículo 7.1, párrafo segundo, de la Ley que indica que «(...) los miembros del Consejo, incluido su Presidente, continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que se produzca la renovación del Consejo».

La Comisión Permanente será convocada por el Presidente, por iniciativa propia o a petición de alguno de los grupos, con cuarenta y ocho horas de antelación. Se reunirá una vez al mes, salvo el período vacacional (art. 33 del Reglamento).

Sus funciones ⁸² son:

- Conocer los informes previos declarados de urgencia.
- Elevar al Pleno del Consejo, previo dictamen en su caso de la Comisión de Trabajo correspondiente, los informes previos que éste ha de emitir.
- Elaborar con el Presidente el Orden del Día de las sesiones ordinarias del Pleno y fijar conjuntamente la fecha de su celebración.
- Conocer el Orden del día y la fecha de celebración de las sesiones extraordinarias, fijados por el Presidente o por la totalidad de los miembros de alguno de los Grupos representados en el Consejo ⁸³.
- Programar las actuaciones del Consejo, fijar el calendario de actividades del Pleno y de las Comisiones de Trabajo y coordinar los trabajos.
- Decidir sobre la posibilidad y número de técnicos, asesores o personalidades que podrán participar en los debates del Pleno con voz pero sin voto, a quienes alcanzarán los deberes de reserva del artículo 13 del Reglamento.
- Elaborar la propuesta de anteproyecto de presupuesto para su sometimiento al Pleno, sin perjuicio de las funciones de dirección y coordinación de los trabajos técnicos previos que corresponden al Secretario General [(art. 37.2.b)].
- Proponer al Pleno los trabajos y estudios a realizar.
- Conocer el destino y eficacia de los informes y dictámenes emitidos por el Consejo ⁸⁴.

⁸² El artículo 32 del Reglamento comienza diciendo: «La Comisión Permanente, con el fin de facilitar y simplificar el trabajo del Pleno, tiene las siguientes funciones...». Se trata, pues, de un órgano auxiliar del Pleno y en ese sentido deben calibrarse sus competencias.

⁸³ *Vid.* nota 73 del presente trabajo, referente a la limitación de las competencias de la Comisión Permanente en el supuesto de convocatoria de Pleno extraordinario.

⁸⁴ En la reunión de la Comisión Permanente celebrada el día 6 de septiembre de 1996 se tomó el acuerdo de que los Servicios técnicos del Consejo realizasen un seguimiento de las normas aprobadas sobre las que este Consejo ha emitido Informe, de conformidad con el artículo 32.i) del Reglamento. Dicho seguimiento permitiría tener conocimiento de la repercusión de la opinión del CES en el trámite y aprobación definitiva de la norma, tanto respecto del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, como respecto de la Asamblea de Madrid, cuando se trata, en este último caso, de proyectos de Ley informados por el CES. Fruto de ese Acuerdo es la elaboración de unas fichas de seguimiento que se confeccionan por los Servicios técnicos del Consejo y que se incluyen en la Memoria que anualmente se redacta por el Consejo acerca de sus actividades del año previo.

En el caso de que la norma informada sea un Decreto, la comparación se realiza entre las recomendaciones emitidas y el texto normativo aprobado. Si la norma objeto de Informe es una Ley, la comparación se efectúa entre las Recomendaciones elaboradas, el texto del Proyecto de ley que se envía desde el Consejo de Gobierno para su tramitación en la Asamblea, en el cual pueden verse ya recogidas o no las opiniones del CES, y el texto definitivo aprobado por la Asamblea, en el que igualmente puede analizarse el grado de aceptación que los Informes del Consejo tienen en los Grupos parlamentarios y finalmente en la voluntad definitiva del Parlamento madrileño.

- Informar al Pleno sobre la interpretación del Reglamento de Organización y Funcionamiento, si fuese necesario.
- Conocer periódicamente la gestión presupuestaria y emitir su parecer sobre la misma.
- Informar con carácter previo los proyectos técnicos, pliegos de condiciones, adjudicación y autorización de los contratos en los siguientes casos:
 - 1.º Si el importe del presupuesto excede de 30.050,61 euros.
 - 2.º Si el plazo de ejecución es superior al ejercicio presupuestario o se comprometen fondos del Consejo de futuros ejercicios económicos.
- Establecer las bases de adscripción o contratación de personal del Consejo Económico y Social en el marco de la legislación de la Comunidad de Madrid.
- Calificar con arreglo al Reglamento de Organización y Funcionamiento las distintas peticiones de dictámenes o iniciativas de los Consejeros y organizar la tramitación reglamentaria de los mismos⁸⁵.

Las Comisiones de Trabajo:

La Ley de creación del Consejo faculta al Pleno del mismo, en su artículo 17.1, a crear Comisiones de Trabajo, con el número de miembros y forma de organización y funcionamiento previstos en el Reglamento de Organización y Funcionamiento. El apartado segundo de ese mismo artículo señala que las Comisiones de Trabajo ejercerán las funciones que les delegue el Pleno. Las funciones previstas en los párrafos a) y b) del artículo 4 de la Ley 6/1991 (emitir Informe sobre el Proyecto de Ley de Presupuestos y sobre Anteproyectos de Ley y de Decreto) no serán delegables en cuanto a Proyectos de Ley, salvo que su naturaleza o su simplicidad lo permitan.

Acudiendo, pues, al Reglamento, queda claro que las Comisiones de Trabajo son grupos de estudio para la elaboración de los proyectos de informes o dictámenes en las materias propias de la competencia del Consejo, y podrán tener carácter permanente o temporal (art. 34 del Reglamento). Las Comisiones de trabajo de carácter permanente son las siguientes:

1. Seguimiento estadístico de la negociación colectiva.
2. Evaluación de políticas públicas.
3. Informe sobre la Situación Económica y Social de la Comunidad de Madrid (denominada en la práctica Grupo de trabajo de coordinación del Informe anual).

Este seguimiento permite, con los datos obtenidos del mismo, realizar unos cuadros y tablas estadísticas que, desde un punto de vista cuantitativo, facilitan una visión sintética de la influencia que los Informes del Consejo tienen en sus destinatarios institucionales. Estos cuadros y gráficos también se incluyen en la Memoria de actividades que se realiza anualmente.

⁸⁵ *Vid.* la nota 73 de este trabajo en su párrafo segundo, cuando se refiere a las limitaciones que sufre esta competencia de la Comisión Permanente en el caso de la convocatoria de un Pleno extraordinario, por el Presidente del CES o por un Grupo de los que lo integran.

4. Economía sectorial: Agricultura, Industria, Servicios.
5. Hacienda: Presupuestos y Fiscalidad.
6. Política social y Sanidad.
7. Relaciones laborales, Empleo, Negociación colectiva, Formación profesional.
8. Urbanismo, Medio ambiente, Desarrollo regional, Infraestructuras y Transporte.
9. Educación, Cultura, Deportes y Consumidores.
10. Boletín del Consejo Económico y Social.

El Pleno fijará el número de miembros de cada Comisión de Trabajo con un máximo de nueve y respetando, en todo caso, la representación proporcional de las tres partes señalada en el artículo 6 del Reglamento de Organización y Funcionamiento (art. 34.2). Aunque de las distintas Comisiones de Trabajo pueden formar parte potencialmente todos los Consejeros que lo deseen, el número de los miembros de cada una de ellas para cada sesión se circunscribe al establecido por el Pleno, normalmente seis Consejeros, dos por cada uno de los Grupos que conforman el Consejo ⁸⁶.

De las Comisiones de Trabajo pueden formar parte, con voz pero sin voto, los técnicos y asesores que la Comisión acuerde, e igualmente los miembros suplentes del Consejo, en las mismas condiciones que los anteriores, siempre que no se supere el máximo descrito anteriormente (art. 34.3).

El artículo 35 del Reglamento establece que: «El coordinador o ponente de cada una de las Comisiones de Trabajo será designado por el Pleno del Consejo. Las Comisiones de Trabajo tendrán un Secretario elegido de entre sus miembros.» Ante las dificultades en el funcionamiento diario del Consejo que suponía un precepto de este tenor, en el Pleno del CES, celebrado el pasado 10 de junio de 2005, se presentó una propuesta de delegación interorgánica, aprobada mayoritariamente, intentando dar solución al problema planteado, que dice lo siguiente: «Al efecto de agilizar la gestión cotidiana y el funcionamiento interno del CES, evitando así dilaciones en la tramitación de los diferentes Informes que deben ser estudiados por este Consejo, motivadas por la planificación de reuniones del Pleno y de la Comisión Permanente, esta Presidencia somete a la decisión del Pleno la presente Propuesta, fundamentada en el artículo 17.2 de la Ley 6/1991, de 4 de abril, de creación del CES, y consistente en que se delegue en la propia Comisión de Trabajo la designación del coordinador o ponente de cada una de las Comisiones de trabajo, función que originariamente corresponde al Pleno del Consejo Económico y Social, según lo previsto en el artículo 35 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CES.»

⁸⁶ En la Comisión Permanente celebrada el pasado 6 de junio de 2005, al efecto de facilitar la convocatoria, constitución y desarrollo de las Comisiones de trabajo, se adoptó por mayoría el acuerdo de que «una Comisión de trabajo se entienda formal y reglamentariamente constituida siempre que se reúnan cuatro de sus miembros, que representen a los tres Grupos —Empresarial, Sindical y de Expertos— que integran el Consejo».

El Presidente:

El Presidente será elegido por mayoría absoluta por el Consejo de entre una terna presentada por el Consejo de Gobierno, formada por personas de reconocida relevancia en el ámbito económico y social (art. 6.2 de la Ley 6/1991). El artículo 8 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo prevé el mecanismo para la renovación del mismo. Lo más relevante es que, cuando falte un mes para el cumplimiento del plazo de cuatro años de mandato las Organizaciones Empresariales y Sindicales remitirán sus candidatos al Consejo de Gobierno para que éste pueda proceder simultáneamente a los ceses y nombramientos, mediante sendos Decretos, de los representantes empresariales y sindicales. En cuanto a los miembros del Grupo de Expertos, es, como sabemos, el propio Gobierno quien realiza la propuesta de cese y de nombramiento.

Una vez nombrados los Consejeros, la Presidencia de la Comunidad convocará al Pleno del Consejo recién renovado y, junto con la convocatoria, se acompañará la terna presentada por el Consejo de Gobierno para su elección y posterior nombramiento por el Consejo de Gobierno, mediante Decreto. Esta sesión será presidida por el Vocal de más edad y actuará como secretario el de menor edad. En esta misma sesión se elegirán también los Vicepresidentes⁸⁷.

En cuanto al cese del Presidente, el artículo 26 del Reglamento prevé que cesará por renovación del Consejo, fallecimiento y por Decreto del Consejo de Gobierno fundado en alguna de estas causas: acuerdo del Pleno, dimisión e incapacidad permanente física o mental, que le inhabilite para el ejercicio de su cargo. En el caso de cese del Presidente antes de que termine su mandato, y hasta tanto se designe nuevo Presidente, ejercerá las funciones el Consejero que ocupe la Vicepresidencia primera, sin perjuicio de su sustitución, por aplicación de la rotación prevista en el apartado segundo del artículo 28 del Reglamento, que luego examinaremos. El acuerdo de cese del Presidente por el Pleno requiere el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Consejo. La propuesta de cese debe ser realizada, al menos, por la totalidad de uno de los Grupos del CES, que no podrá hacer nuevo uso de esta potestad hasta que haya transcurrido un año desde la propuesta de cese anterior.

Sus funciones son (arts. 15 de la Ley y 27 del Reglamento):

- Ostentar la representación del Consejo.
- Convocar las sesiones, presidirlas y moderar el desarrollo de los debates.
- Formular el orden del día de las sesiones del Pleno y de la Comisión Permanente, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Organización y Funcionamiento.

⁸⁷ Actualmente los Consejeros han sido nombrados por el Decreto 92/2004, de 27 de mayo, (BOCM de 28 de mayo) y el Presidente por el Decreto 93/2004, de 3 de junio (BOCM de 4 de junio). En cuanto a los Consejeros, se han producido cambios posteriormente a propuesta de UGT-Madrid.

- Ordenar la publicación de los acuerdos del Consejo, disponer su cumplimiento y visar las actas.
- Nombrar al Secretario General, que resulte elegido por el Pleno del Consejo, o a quien deba sustituirlo en caso de necesidad, así como al resto del personal que preste sus servicios en el Consejo.
- Dictar las directrices generales para el funcionamiento interno y buen gobierno del Consejo, con la aprobación de la Comisión Permanente.
- Ejecutar el programa presupuestario, ser el órgano de contratación, autorizar los gastos y ordenar los pagos dentro de los límites de los créditos presupuestarios, con la salvedad expuesta al tratar de las funciones del Pleno y de la Comisión Permanente ⁸⁸.

El Presidente dirimirá los empates en las votaciones, mediante su voto de calidad (art. 15.4 de la Ley 6/1991).

Los Vicepresidentes:

El Consejo elegirá, de entre sus miembros, tres Vicepresidentes, cada uno de los cuales será propuesto por los Grupos empresarial, sindical y de expertos respectivamente. Las Vicepresidencias primera, segunda y tercera corresponderán a los Vicepresidentes de los Grupos a), b) y c), respectivamente, del artículo 6.1 de la Ley, e irán rotando por períodos de cuatro meses por este mismo orden. Los Vicepresidentes podrán ser renovados por acuerdo del Pleno a propuesta unánime del Grupo al que pertenecen.

En el Pleno de fecha 1 de junio de 2004 se eligió al Presidente y a los Vicepresidentes del Consejo. En el caso del Grupo sindical se continuó un turno rotatorio entre los Sindicatos CCOO y UGT para la Vicepresidencia por el Grupo sindical, establecido desde la constitución originaria del CES y que tiene una duración de un año: en consecuencia, desde el 15 de mayo de 2004 al 14 de mayo de 2005 ha sido Vicepresidente por el Grupo sindical el portavoz de CCOO en el CES, y desde el 15 de mayo de 2005 al 14 de mayo de 2006, lo está siendo el portavoz de UGT en el Consejo.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 28.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento, los Vicepresidentes por el Grupo empresarial, sindical y de expertos se irán turnando en las Vicepresidencias primera, segunda y tercera respectivamente, cada cuatro meses, de forma que cada año desde el 1 de junio al 30 de septiembre, ejerce la Vicepresidencia primera el Grupo empresarial, del 1 de octubre al 31 de enero siguiente el Grupo sindical y desde el 1 de febrero de cada año hasta el 31 de mayo, el Grupo de expertos.

Sus funciones son:

- Sustituir al Presidente en casos de vacante, ausencia o enfermedad.
- Colaborar estrechamente con el Presidente en el cumplimiento de las funciones de éste.

⁸⁸ Vid. pp. 198 y 199 de este trabajo.

- El ejercicio de las funciones que les delegue el Presidente.
- Las demás funciones que les encomiende el Pleno.

El Secretario General:

El Consejo elegirá un Secretario General, que asistirá a sus reuniones con voz pero sin voto, y que figurará en las plantillas presupuestarias de la Administración de la Comunidad de Madrid, pero dependerá funcionalmente y en cualquier otra materia del Consejo. El Secretario General del CES está configurado como Alto Cargo de la Comunidad de Madrid por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de julio de 1996.

El artículo 12 de la Ley 14/2001, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid (BOCM, de 28 de diciembre) modifica el apartado primero del artículo 18 de la Ley 6/1991, de 4 de abril, de creación del Consejo Económico y Social, que queda redactado en los siguientes términos, incluyéndose en cursiva el texto adicionado:

«1. El Consejo elegirá un Secretario General, que asistirá a sus reuniones con voz pero sin voto, y que figurará en las plantillas presupuestarias de Administración de la Comunidad de Madrid, pero dependerá funcional y orgánicamente del Consejo. *Su nombramiento se efectuará por Decreto del Gobierno de la Comunidad de Madrid, ostentando la condición de Alto Cargo de la misma con rango de Director General.*»

Sus funciones son (arts.18.2 de la Ley 6/1991 y 37.2 del Reglamento):

- Dirigir y coordinar, bajo las directrices generales del Pleno y las específicas del Presidente, los servicios técnicos y administrativos del Consejo.
- Dirigir y coordinar los trabajos técnicos de elaboración del anteproyecto de presupuesto y la Memoria anual del Consejo.
- Facilitar los estudios, datos e informes que le sean solicitados por los Grupos que integran el Consejo.
- La asistencia al Presidente.
- Asistir técnicamente al Pleno y a la Comisión Permanente.
- La redacción de las actas del Consejo.
- Expedir certificaciones de los acuerdos del Consejo.
- Las demás que determine el Pleno ⁸⁹.

3.6. Funcionamiento

El funcionamiento del Consejo Económico y Social se encuentra regulado por la Ley 6/1991, de 4 de abril, de creación del Consejo Económico y Social (arts. 12.2, 13 y 14) y por el Reglamento de Organización y Funcio-

⁸⁹ La Resolución 11/1998, de 31 de marzo (BOCM núm. 88, de 15 de abril), de la Presidencia del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, por la que se delegan en el Secretario General determinadas atribuciones en materia de personal, gastos propios y contratación, pretende facilitar la gestión cotidiana del CES, por aplicación del principio de subsidiariedad.

namiento, publicado por Resolución de 12 de noviembre de 1992, del Presidente del Consejo Económico y Social (arts.15 a 23).

a) Sesiones

Las sesiones del Pleno del Consejo no serán públicas y cuando así lo acuerde, podrán asistir a sus sesiones asesores designados por cada una de las partes o por el Pleno conjuntamente. Dichos asesores participarán en las sesiones del Consejo con voz pero sin voto, y con el deber de reserva.

La Ley de creación y el Reglamento de Organización y Funcionamiento establecen el procedimiento, los plazos de convocatoria y el quórum de constitución de las sesiones del Pleno ⁹⁰, fijan el procedimiento de envío de solicitudes de Informe o Dictamen, regulan las deliberaciones del Pleno, el mantenimiento del orden y la observancia del Reglamento en los debates, el uso de la palabra, los supuestos para plantear una cuestión o moción de orden, el régimen de las enmiendas y Votos particulares, el régimen de las votaciones, la elaboración de las actas de las sesiones del Pleno y la aprobación, en su caso, de los Informes y Dictámenes del Consejo Económico y Social ⁹¹ (arts. 12.2, 13 y 14 de la Ley 6/1991 y 15 a 23 del Reglamento).

b) Informes y Dictámenes

El resultado final de la labor del Consejo es la elaboración de Informes y Dictámenes, no vinculantes para el Consejo de Gobierno. La emisión de los mismos se realiza por el Pleno o, en su caso, por la Comisión Permanente, cuando aquél hubiera delegado en ésta tal función.

Los Informes o Dictámenes del Consejo Económico y Social constan de una primera parte de descripción de los antecedentes y resumen de la norma objeto de Informe o Dictamen, así como de una segunda parte donde se contienen las consideraciones y recomendaciones —de carácter genérico o específico— que se estimen oportunas. Al texto se acompañarán los Votos particulares si los hubiere (art. 22.6 del Reglamento). También se ha venido utilizando otra figura, que no aparece recogida ni en la Ley ni en el Reglamento del Consejo, pero que se incorporó, a través de una práctica consuetudinaria a la labor de los Grupos. Se trata de la Explicación de voto que hasta el Pleno celebrado el pasado 9 de mayo de 2005, se enviaba también al Gobierno, junto con el texto del Informe propiamente considerado. El Voto

⁹⁰ Según los artículos 13.3 de la Ley de creación y 15.4 del Reglamento, «el quórum para la válida celebración de sus sesiones será de 17 miembros en primera convocatoria y de 13 en segunda convocatoria, que se entenderá producida, con carácter automático, transcurrida media hora desde la señalada para la primera».

⁹¹ «Los acuerdos del Pleno se adoptarán por mayoría absoluta de sus miembros presentes» (arts. 14.1 de la Ley y 22.1 del Reglamento).

particular puede utilizarse cuando el sentido del voto ha sido contrario al de la mayoría del Pleno, mientras que la Explicación de voto sirve para matizar el mismo, cuando se ha votado a favor de la postura mayoritaria, o bien se ha abstenido un determinado Grupo o un Consejero individualmente ^{92, 93}.

El Secretario General certifica la autenticidad del texto del Informe o Dictamen y el Presidente da su visto bueno. Finalmente se remite original del mismo al Consejo de Gobierno (a través de la Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno) o al Organismo del que procediese la solicitud de Informe o Dictamen, y copias del mismo, en todo caso a la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica, por su particular vinculación con el CES, como ya quedó expresado, y al resto de Consejerías que puedan verse afectadas por un determinado Informe. Asimismo, según se ha dicho ya, se remiten los originales de los Votos particulares que, en su caso, se hubieran producido, al efecto de que, por parte del Consejo de Gobierno y, en su caso, de la Asamblea de Madrid, se conozcan también las posiciones minoritarias discrepantes de la voluntad mayoritaria del Consejo, pues se estima doctrinalmente que ello enriquece la opinión de una Institución como el CES, que pretende acercar a la representación política (Consejo de Gobierno y Asamblea) el sentir de los agentes económicos y sociales, no representados propiamente en el Parlamento regional.

El supuesto de hecho del Informe sobre los criterios y líneas generales del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid es el único, dada su especial naturaleza, en el que el Consejo Económico y Social, una vez aprobado el Informe por el Pleno y emitidos los posibles Votos particulares, lo envía a la vez, por razones de urgencia en la tramitación parlamentaria del citado Proyecto de Ley, al Consejo de Gobierno y a la Asamblea de Madrid, al efecto de que los Grupos Parlamentarios tengan un mayor plazo para su examen e incorporación a sus enmiendas, si lo consideran adecuado.

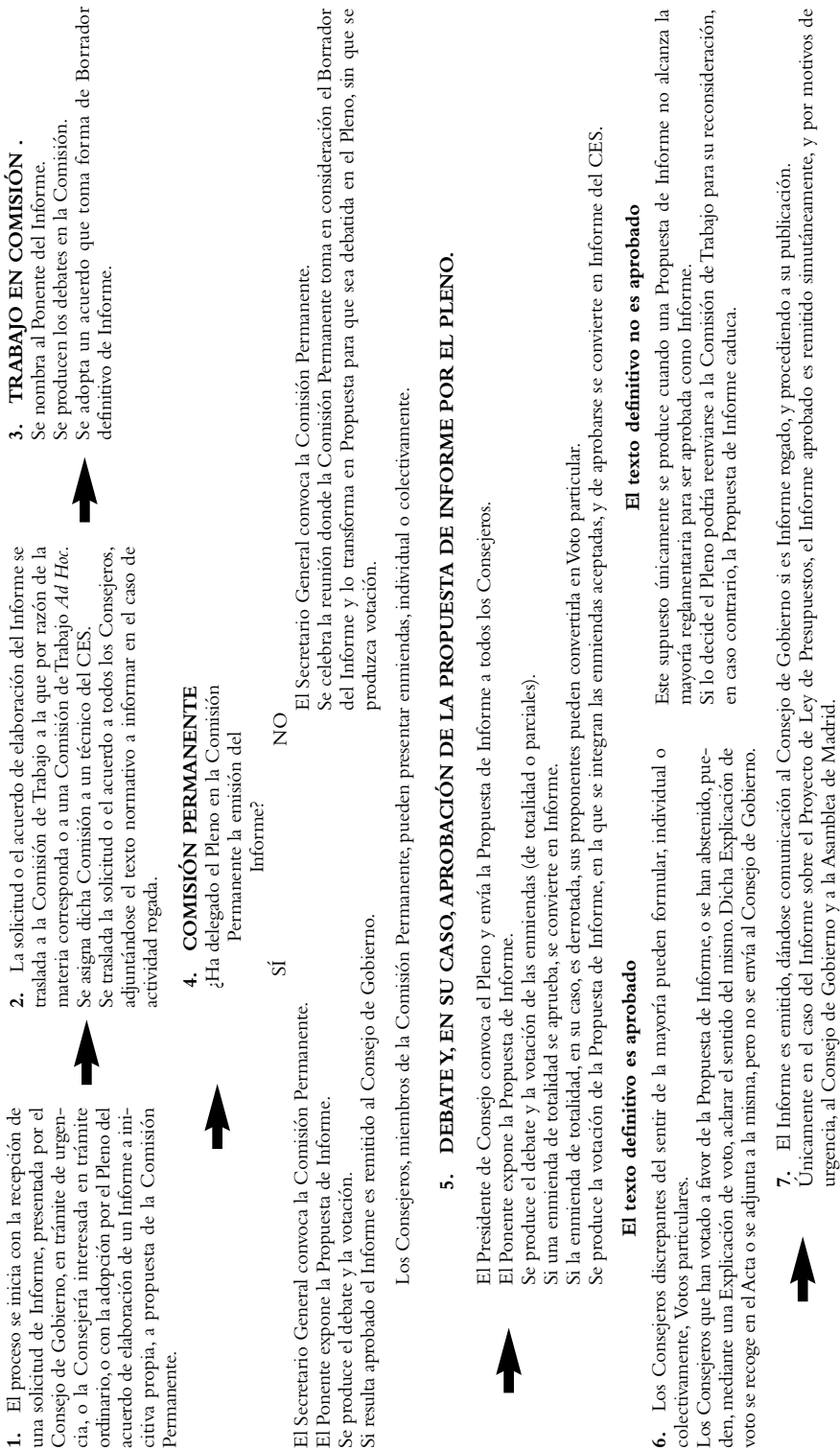
A continuación, se ofrece un esquema de la actuación del Consejo para proceder a la elaboración de uno de sus Informes. Este proceso puede asimismo sintetizarse de la siguiente manera: cuando llega una solicitud de Informe, se envía a la Comisión de trabajo correspondiente por razón de la materia de las enumeradas con anterioridad ⁹⁴. En la Comisión de trabajo se nombra un ponente, que por *consuetudo* suele ser uno de los representantes del Grupo de expertos, por suponérsele una mayor imparcialidad. El Grupo

⁹² Se trata de lo que en otros Organismos similares se conoce como «Voto particular concurrente» o «disidente». Manuel Aragón Reyes, Capítulo XXVIII, «El Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid», en Enrique Álvarez Conde (dir.), *El Derecho Público de la Comunidad de Madrid. Comentarios al XX Aniversario del Estatuto de Autonomía*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2003, p. 614.

⁹³ En el citado Pleno del 9 de mayo de 2005, se adoptó por mayoría y con un Voto particular del Grupo sindical del CES el siguiente acuerdo: «Los Consejeros o Grupos del CES podrán expresar sus Explicaciones de voto, pero estas Explicaciones de voto no se adjuntarán al informe que se emita y se envíe a los Organismos correspondientes.» Es decir, que la Explicación de voto puede seguir formulándose, individual o colectivamente por los miembros del Consejo, pero su destino es ser recogida en el acta del Pleno, de formularse oralmente, o bien ser adjuntada a la misma, si se presenta por escrito.

⁹⁴ *Vid.* p. 200 del presente trabajo.

PROCESO DE ELABORACIÓN DE UN INFORME DEL CES



de trabajo (o Comisión como se denomina reglamentariamente) es auxiliado en sus tareas por un miembro de los Servicios técnicos del Consejo. Si la Comisión lo juzga necesario para comprender mejor el sentido y los objetivos de una norma, se pide la comparecencia ante la misma de los representantes de la Administración regional que han elaborado la propuesta normativa. Cuando la Comisión de trabajo ha terminado su borrador definitivo de informe, pasa a la Comisión Permanente del CES, en donde recibe o no su visto bueno para, ya convertida formalmente en Propuesta de informe, elevarse al Pleno para la aprobación, en su caso, de la Propuesta como Informe adoptado por el Consejo como Institución.

IV. ¿CUÁL ES EL VALOR PÚBLICO QUE EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL APORTA A LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID? ★

4.1. Balance

Una aproximación a la razón de ser del Consejo Económico y Social, como Institución al servicio de la Comunidad de Madrid, puede intentarse a través de la concepción del Estado social ⁹⁵. El Profesor Aragón Reyes ⁹⁶ señala que «(...) cabría sostener que el Estado democrático, en cuanto que integra a “todos” en la voluntad estatal, necesita, en mayor medida que ninguna otra forma de Estado, que tal integración política se asegure mediante una suficiente integración social. (...) De ahí la necesidad de delimitación conceptual para poder enfocar con algún rigor el proble-

★ Los autores desean agradecer al profesor Aragón Reyes, que fue Presidente del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, su valiosa aportación en lo que podría calificarse como un intento de caracterización doctrinal de la figura del Consejo Económico y Social, y específicamente en el asunto tratado en el presente epígrafe, a través de diferentes trabajos como son el relacionado en la nota 96, y «El Consejo Económico y Social: una institución al servicio de la Comunidad de Madrid», incluido en el número 79 *Economía de Madrid*, de la Revista Economistas, Colegio de Madrid, diciembre de 1998, pp. 251 a 256.

⁹⁵ Como precursor de la idea del Estado social suele citarse a Lorenz von Stein, quien en 1850 en su *«Geschichte der sozialen Bewegung»*, escribía que había terminado la época de las revoluciones y de las reformas políticas para comenzar la de las revoluciones y reformas sociales. Esta cita la recoge Manuel García Pelayo, en «El Estado social y sus implicaciones», en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, pp. 14 y 15. La formulación de la idea del Estado social o, más concretamente, de la idea del Estado social de Derecho se le debe a Hermann Heller en su *Teoría del Estado*, 1.ª ed. de 1934, antes aún en *«Rechtsstaat oder Diktatur?»*, publicada por primera vez en 1929. La idea es desarrollada posteriormente, entre otros, por distintos juristas y politólogos alemanes como W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring en su obra colectiva *El Estado Social*, traducción de José Puente Egido, Centro de Estudios Constitucionales, 1986. *Vid.* asimismo *El Estado de la sociedad industrial* de E. Forsthoff, Madrid, 1980, pp. 32 a 35, y especialmente Manuel García Pelayo, «El Estado social y sus implicaciones», en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, pp. 13 a 82.

⁹⁶ Manuel Aragón Reyes, Capítulo XXVII, «El Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid», incluido en *El Derecho Público de la Comunidad de Madrid. Comentarios al XX Aniversario del Estatuto de Autonomía*, Enrique Álvarez Conde (dir.), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 2003, p. 606.

ma de ese tipo de Estado —el Estado social—. (...) El Estado social no puede definirse como forma de Estado, sencillamente porque no lo es: sólo se trata de una modalidad de la forma del Estado democrático de Derecho. Por ello, el Estado social no supone modificación sustancial alguna respecto de la organización del poder típica del Estado constitucional democrático de Derecho. La cláusula “social” añadida a ese Estado no afecta principalmente a la estructura de éste, sino a sus fines. El Estado social no significa la sustitución de la representación política por la representación corporativa, ni la sustitución de los partidos por los sindicatos. Lo que significa es la asunción por el Estado de nuevas tareas, que no vienen tampoco a sustituir a las antiguas (seguridad, orden público, defensa, etc.), sino a complementarlas. Y estas nuevas tareas son las relativas a procurar una mayor igualdad social y, por ello, a proteger a los sectores sociales menos favorecidos. El Estado social, en suma, no significa un modo específico de “ser” del estado, sino una manera de “actuar” por parte del poder público. La discusión sobre el Estado social suele plantearse habitualmente como un enfrentamiento entre el Estado liberal y el Estado social, cuando resulta que, por lo que ya se ha dicho, parece mucho más razonable plantearla como una reflexión acerca de las formas, intensidad y límites de la realización por el Estado de las tareas sociales. (...) El problema de nuestro tiempo no parece que sea, en consecuencia, el de Estado social sí o Estado social no, sino el de más o menos Estado social»⁹⁷.

Pasando de reflexiones propias de la Teoría del Estado a cuestiones más concretas de Derecho constitucional, el autor analizado continúa afirmando que: «Al fin y al cabo, señalar que en España la cláusula del Estado social está constitucionalizada y dotada de una muy cualificada rigidez no es más que constatar una evidencia. A partir de ahí lo que importa es desentrañar el contenido de la cláusula, es decir, el tipo de prescripción constitucional que en ella se manifiesta. Parece indudable que no estamos en presencia del enunciado de una regla, sino de un principio jurídico, como ocurre también con las otras dos cláusulas definitorias del Estado (Estado democrático y Estado de Derecho) que figuran en el artículo 1.1 de la Constitución»⁹⁸.

Resumiendo los argumentos del Profesor Aragón Reyes sobre este particular, puede decirse que aunque el significado del Estado social es un principio básicamente material, «del que no cabe derivar exigencias organizativas sustanciales, sino cumplimiento de fines»⁹⁹, desde el punto de vista estructural no carece por completo de relevancia el principio del Estado social, puesto que faculta o fundamenta —no obliga al legislador— el establecimiento de instituciones de participación en la actividad pública, pero tal relevancia no viene a modificar el esquema básico del Estado democrático, es decir, «no

⁹⁷ El Estado Social es así una secuencia evolutiva del Estado en su dimensión prestacional de servicios a los más desfavorecidos. José Ramón Cossío Díaz, *Estado Social y derechos de prestación*, Prólogo de M. Aragón Reyes, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 31 a 34.

⁹⁸ Autor citado, *op. cit.* en nota 96, p. 607.

⁹⁹ Autor citado, *op. cit.* en nota 96, p. 607.

viene a proyectarse sobre la naturaleza de la representación (que sigue siendo sólo política e instrumentada a través de los partidos) ni, por ello, sobre la división de poderes»¹⁰⁰.

Al tratarse de un principio jurídico y no de una regla, la cláusula del Estado social no es título, por sí misma, atributivo de competencias estatales, no imponiendo el establecimiento de órganos determinados —aunque habilite para ello— ni exigiendo modalidades específicas de composición y funcionamiento de los órganos públicos —estatales o autonómicos—. «Sólo se trata de un principio orientador de la actuación del Estado. Indica que la acción pública (...) debe estar encaminada a la reducción de la desigualdad social»¹⁰¹.

«En resumen, el Estado social se caracteriza, de un lado, por la pretensión de combatir la desigualdad, y ése es el sentido, preferentemente, de garantizar, junto a los derechos individuales, unos derechos sociales¹⁰² (podría decirse que es la contribución del Estado social al Estado de Derecho) y que constituyen un logro difícilmente reversible, pero, de otro lado, también se caracteriza por el intento (o la posibilidad) de establecer, junto a la participación política, alguna fórmula de participación social en el ejercicio del poder (es lo que podría llamarse contribución del Estado social al Estado democrático)»¹⁰³.

Dentro de esta fórmula se encuentra la relevancia constitucional que se otorga a los sindicatos y a las organizaciones empresariales, concediéndoles incluso facultades de elaboración de normas jurídicas mediante la elaboración de convenios colectivos y reconociéndoles el derecho a participar en la adopción de acuerdos políticos (concertación) de manera no institucionalizada o a veces también de manera institucionalizada a través de organismos de participación social. «A esto último obedece la creación de diversos Consejos de variada composición y en los que se integran, en unos casos, los interlocutores sociales y los representantes del poder ejecutivo y, en otros, los interlocutores sociales sin la representación gubernamental. A este segundo modelo es al que pertenecen, por lo general, los llamados Consejos económicos y sociales»¹⁰⁴.

En España se crea la figura —para el CES del Estado— con una configuración ajena a la previsión del artículo 131.2 de la Constitución, que permite la posibilidad de crear un Consejo para la planificación económica, y los Consejos Económicos y Sociales autonómicos (o regionales) nacen tras la creación del estatal, en el año 1991, en cada una de las Comunidades Autónomas, salvo en la Ciudad Autónoma de Melilla (extensión regional que se produjo anteriormente en Francia y Bélgica), incluso en ámbitos provinciales y locales¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Autor citado, *op. cit.* en nota 96, p. 607.

¹⁰¹ Autor citado, *op. cit.* en nota 96, p. 607 *in fine*.

¹⁰² Sus primeras manifestaciones en textos constitucionales son las Constituciones de Méjico de 1917, de Weimar de 1919 y de la Segunda República Española de 1931.

¹⁰³ Autor citado, *op. cit.* en nota 96, p. 611.

¹⁰⁴ Autor citado, *op. cit.* en nota 96, p. 611.

¹⁰⁵ Fenómeno que, de generalizarse, llevaría claramente, en opinión de los autores del presente trabajo, a la desnaturalización de la figura que analizamos.

«Mediante estos Consejos se pretende hacer partícipes, bien que de manera consultiva y no decisoria, a los llamados “agentes sociales” (sindicatos y organizaciones empresariales, preferentemente) en la actividad estatal —o autonómica—, de manera especial en la actividad normativa respecto de materias económico-sociales. No se trata de una representación de intereses, exactamente, o de la creación de cámaras parlamentarias “corporativas”, sino de una “participación” consultiva (no decisoria, no importa repetirlo), perfectamente separada de los Gobiernos y de los Parlamentos y sin funciones sustitutivas de éstos»¹⁰⁶.

A través del funcionamiento de la figura jurídica de los Consejos Económicos y Sociales, el Estado —Comunidades Autónomas, o incluso las Entidades locales, en el caso de su generalización, que sigue pareciendo no deseable, más allá del nivel autonómico— se estructura y se nutre de esa aportación de los interlocutores sociales que, de este modo, colaboran en la construcción del Estado social, antes descrito. Estas Instituciones contribuyen, por tanto, a la legitimación de los poderes públicos y abren otra vía para que los ciudadanos se integren e influyan en la actividad pública, a través de la participación de dichas organizaciones sociales —empresariales y sindicales, fundamentalmente—^{107, 108} en estas Instituciones consultivas de la acción normativa a nivel estatal y autonómico¹⁰⁹.

En la andadura de los Consejos, y particularmente del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, han ido cristalizando estos valores y generándose otros nuevos que inicialmente no estaban previstos en sus

¹⁰⁶ Autor citado, *op. cit.* en nota 96, p. 611 *in fine* del epígrafe II.

¹⁰⁷ Artículo 9.2 de la Constitución: «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (...)».

¹⁰⁸ En el texto se dice «fundamentalmente», porque en el Grupo de Expertos de los diversos CES pueden incluirse organizaciones o asociaciones de otro tipo, como, por ejemplo: consumidores y usuarios, representantes de la economía social (cooperativas o sociedades anónimas laborales), y otras similares. En el caso del CES del Estado, organizaciones agrarias o representantes de intereses marítimo-pesqueros. Estas sensibilidades, incluidas también las de representantes de Universidades o Institutos de opinión o de estudios estadísticos o econométricos, contribuyen a enriquecer la aportación de las organizaciones empresariales y sindicales, de forma que la Sociedad esté presente al máximo en este tipo de Instituciones.

¹⁰⁹ Parece interesante resaltar que existe una fluida relación de los Consejos autonómicos con el CES estatal y una excelente coordinación entre todos los Consejos regionales, que se instrumenta a través de dos reuniones —o encuentros— ordinarios anuales, organizados por un Consejo cada año, por riguroso orden alfabético, según el nombre de la Comunidad Autónoma respectiva, además de las reuniones extraordinarias por eventos de diverso tipo, como pueden ser Jornadas de estudio, Seminarios monográficos o actividades culturales. En este último sentido, es de destacar que en septiembre de 2005 se realizaron, organizadas por el CES de Castilla-La Mancha, unas jornadas de encuentro entre los CES, en el Parador de Almagro, con motivo de la conmemoración del cuarto centenario del Quijote; y desde el ámbito puramente institucional, en octubre pasado tuvo lugar en Barcelona el segundo Encuentro anual de Consejos, organizado por el Consejo de Trabajo Económico y Social de Cataluña (CTESC), en el que se brindó la oportunidad de conocer de primera mano la propuesta de nuevo Estatuto para esa Comunidad Autónoma. Con relación al CES de España, por parte del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, y favorecido por la cercanía geográfica, se procura la asistencia del Presidente, Secretario General y Consejeros de los tres Grupos del CES a los cursos que aquella institución organiza, tanto en los cursos de verano de El Escorial, como los realizados con la UIMP en Santander.

normas de creación. En el ámbito material, a la inicial competencia consultiva en la elaboración de normas, se suma la de realización de informes, dictámenes o estudios por propia iniciativa, o a petición de la Asamblea ¹¹⁰, el Consejo de Gobierno o cualquier organismo público de la Comunidad de Madrid sobre cualquier cuestión relacionada con la política económica y social, así como la de elaborar y emitir recomendaciones para la aplicación de las disposiciones generales de carácter socioeconómico ¹¹¹. Se supera así el ámbito estrictamente normativo, descendiendo un escalón más en el acercamiento a la realidad económica y social por parte de los poderes públicos mediante la labor de los CES ¹¹².

Esta legitimación social es también utilizada para articular la participación en otros ámbitos. En la Comunidad de Madrid el Consejo Económico y Social es oído en la tramitación y seguimiento de los Planes y Programas de la Comunidad en relación con los Fondos Estructurales y asimismo contribuye a la formación de la voluntad de una de las Instituciones financieras más importantes de España, como es la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja Madrid), mediante la designación de un porcentaje de los Consejeros integrantes de la Asamblea General de la entidad por el sector de entidades representativas, Consejeros que provienen de las Organizaciones empresariales y sindicales integrantes del CES, y que se eligen según la Ley de creación del propio Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid ¹¹³.

La importancia de los Consejos en el establecimiento de esta participación consultiva, que no hace más que abrir nuevas vías de participación ciudadana, se ha visto reafirmada con un fenómeno no previsto en las propias normas de creación. Este fenómeno es el de la fuerza de la negociación y el consenso ¹¹⁴. Con los años de funcionamiento de los distintos Consejos, ha

¹¹⁰ Se trata de una posibilidad, prevista legalmente, de colaboración institucional entre la Asamblea de Madrid y el propio CES que aún no ha sido explorada en el día a día de ambas Instituciones, pero que ha sido mencionada en diversas comparecencias de la Presidencia del Consejo ante la Comisión de Presupuestos y Hacienda de la Asamblea.

¹¹¹ A menudo las Consejerías afectadas someten al CES, para Informe, en ese caso, no preceptivo ni vinculante, los diferentes Planes sobre materias especialmente complejas e importantes para la Región. Como ejemplo, el último Plan que ha entrado en el Consejo, a solicitud de la Consejería de Inmigración, es el Plan General de Cooperación para el Desarrollo de la Comunidad de Madrid 2005/2008.

¹¹² Además de los Informes preceptivos y no vinculantes que el Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid elabora, lo que constituye su actividad esencial, según ya hemos visto, es muy importante reseñar la importancia del Informe sobre la Situación Económica y Social de la Región madrileña, que anualmente elabora el CES. Este documento, de 1.100 páginas en su última edición, se ha convertido en un elemento de consulta de investigadores y estudiosos de temas regionales, siendo especialmente apreciado en ámbitos universitarios. Así mismo deben reseñarse el Informe sobre Negociación colectiva, que se realiza anualmente —incluyendo cuadros estadísticos de los resultados definitivos de los convenios colectivos del año anterior—; el Informe sobre Siniestralidad Laboral, que también intenta ser de periodicidad anual, aunque encuentra a veces dificultades para la obtención de las fuentes estadísticas en que se basa; y las actividades en cuanto a realización de jornadas, seminarios y conferencias, además de la convocatoria anual de unos Premios de Investigación —ya van siete ediciones— que pretenden fomentar el conocimiento de la realidad económica y social madrileña.

¹¹³ *Id.* pp. 185 a 186 del presente trabajo.

¹¹⁴ El concepto de «funciones latentes», que ya vimos que el Profesor Aragón Reyes utilizaba para caracterizar ciertas capacidades de la figura de los Consejos Económico y Sociales, según recogíamos

aflorado un valor que es el relativo a la importancia del acuerdo a la hora de elaborar los informes y dictámenes o en el desarrollo mismo de la actividad del Consejo.

Un informe sobre el problema de la vivienda, aprobado con el acuerdo de todos los representantes del CES, genera una fuerza inusitada en las conclusiones y recomendaciones que establece. Un análisis sobre la siniestralidad laboral, aprobado por unanimidad, ha de basarse, por fuerza, en un enfoque muy objetivo sobre el problema y sobre las soluciones que en el documento se plantean. En el Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, su carácter tripartito hace necesario el acuerdo de todos los Consejeros posibles y de los Grupos en que se integran, al efecto de que los Informes se obtengan por unanimidad o por el máximo consenso posible. Incluso el disenso se encuentra regulado, a través de la figura del Voto particular, lo que facilita al Consejo de Gobierno de la Comunidad, principal cliente del CES, que pueda conocer de primera mano las opiniones a favor y discrepantes de sus políticas, lo cual a medio y largo plazo es provechoso para la acción de gobierno.

La denominada «lógica del compromiso» impone su ley en la dinámica de una Institución de este tipo, generándose automatismos, y buscándose inicialmente el acuerdo, aunque, a veces, no sea posible alcanzarlo, con la matización progresiva de las posiciones de partida de unos y de otros, y con el contraste de opiniones, que conduce inevitablemente a la aproximación intelectual entre las distintas partes «en conflicto institucionalizado» desde la defensa de los respectivos y legítimos intereses. Ello produce otra sinergia tampoco prevista, consistente en que el esfuerzo por la negociación y el consenso en el Consejo se traspasa a otros ámbitos ajenos al mismo. Y de este modo cuando representantes de empresarios y sindicatos, que mantienen las posiciones normalmente más dispares, coinciden en otras reuniones y en otros centros de decisión, el buen tono, la costumbre de la negociación, el respeto generado por el contacto habitual que se ha producido en el Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid permite que en otras Instituciones administrativas, o no, o en otros marcos de negociación, los valores descritos realicen su papel, creando un constructivo clima de acuerdo.

en la nota 17 de este trabajo, fue utilizado por el autor citado, en el ámbito estrictamente constitucional, para caracterizar la Monarquía como forma política del Estado, es decir, para destacar su carácter de símbolo, vacío de *potestas* y revestido de *autoritas*, dada su significación histórica y su cualidad de instancia neutral. Esta cualidad de la Monarquía había sido perfectamente expuesta con anterioridad por Manuel García Pelayo en «La Corona. Estudio sobre un símbolo y un concepto político», en *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1968, pp. 13 a 64. Manuel Aragón Reyes, «La Monarquía parlamentaria (Comentario al art. 1.3.º de la Constitución)», en *La Constitución Española de 1978. Un estudio sistemático*, Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría (dirs.), 1.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1980, pp. 430, 440 y 441.

4.2. Debilidades

La principal debilidad que sufre el Consejo como Institución, y que supone un menoscabo de ese valor público que antes se destacaba, es la referida a la escasa presencia pública del Consejo, fundamentalmente en los medios de comunicación regionales ¹¹⁵. El Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid es un gran desconocido para la ciudadanía madrileña y, en algunos casos, afortunadamente cada vez menos, para la propia Administración regional, como puede deducirse de la nota 116 de este trabajo. Ello es debido principalmente a dos motivos:

El primero de ellos es la introspección de la Institución que se centra en su propio trabajo interno y en las relaciones político-institucionales que de él se derivan, lo cual hace que la proyección externa hacia la propia Comunidad y hacia la Sociedad madrileña se vea deteriorada. Esta falta de presencia pública disminuye la función de cauce de participación de esa Sociedad articulada en representaciones sindicales y empresariales, y en otras instituciones y organizaciones sociales, que mediante su integración en el Consejo participan en la actividad pública, buscándose la generación de sinergias en la actuación del CES para integrar el contenido social del Estado democrático de Derecho.

El segundo es la proliferación de Consejos sectoriales, en el ámbito regional, que abordan materias económicas y sociales, y donde en algunos casos están representadas las mismas entidades (sindicatos y organizaciones empresariales) que lo están en el Consejo y que ejercen competencias que el propio Consejo Económico y Social podría asumir, tal vez dividiéndose a tales efectos en secciones, con el beneficio de la desaparición de duplicidades y una mejora de la racionalidad, eficacia y eficiencia en la actuación administrativa ¹¹⁶.

¹¹⁵ El Presidente del Consejo Económico y Social, D. Francisco Cabrillo Rodríguez, ha expresado recientemente esta preocupación y sus vías de solución en una comparecencia ante la Comisión de Presupuestos y Hacienda de la Asamblea de Madrid para presentar el Proyecto de Presupuestos del CES para 2006.

¹¹⁶ En alguna ocasión, desde la propia Administración de la Comunidad de Madrid, se ha caracterizado equivocadamente al Consejo Económico y Social como «un supuesto de descentralización funcional entendida como técnica para la prestación de determinados servicios públicos o ejercicio de actividades al servicio de fines públicos». Supuesto que Ramón Parada en su obra *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995, pp. 43 y 44, califica de descentralización ficticia o de descentralización por servicios, cuya finalidad es únicamente la de otorgar una mayor libertad de gestión a los responsables de un servicio público o actividad administrativa, como medio de organizarse internamente el Estado centralizado, creando un ente auxiliar distinto de él, normalmente para hacer frente a la realidad económica cambiante. Es evidente que el Consejo Económico y Social aporta, o intenta, al menos hacerlo así, algo más a la Comunidad de Madrid que una mera descentralización de servicios.

Se ha llegado incluso a comparar al Consejo Económico y Social con otros órganos de carácter consultivo de la Comunidad de Madrid como son el Consejo Asesor de Asuntos Europeos, el Consejo de Cultura, el Consejo de Caza, el Consejo de Política Territorial, o incluso la propia Dirección General de los Servicios Jurídicos. Este tipo de juicios, lamentablemente más frecuentes de lo deseable, e independientemente del absoluto respeto y consideración que merece la labor de los órganos mencionados, suponen una confusión grave en cuanto a la significación institucional del Consejo Económico y

Otro aspecto que supone una relativa rémora del valor público definido anteriormente, y de lo que podría denominarse valor añadido o utilidad marginal del Consejo Económico y Social, es la escasa participación ciudadana que se produce en esta clase de organizaciones y que debilita, al menos parcialmente, su legitimidad. No obstante, la propia lógica de una Institución del tipo que estamos analizando lleva a que el ciudadano, individualmente considerado, se relaciona con ella de manera indirecta, fundamentalmente, a través de las organizaciones empresariales o sindicales en que se integra, y también por medio de otro tipo de asociaciones u organizaciones sociales, representantes de intereses de consumidores, de economía social, Universidades, Colegios profesionales, etc. —art. 9.2 de la Constitución—, pero, en todo caso, el objetivo de un Consejo Económico y Social, como es el de la Comunidad de Madrid, no es el de convertirse en una especie de «oficina de reclamaciones» en materias económicas y sociales, pues para ello existen otros cauces previstos normativamente, y más adecuados desde el punto de vista de su funcionalidad.

Otra de las debilidades es la escasez de medios personales de que dispone el Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid. Ello dificulta notablemente la atención del, muchas veces urgente, trabajo que sobre el Consejo recae. Esta situación tiene, además, un efecto pernicioso, como es el hecho objetivo de que, dado que los recursos humanos del Consejo, especialmente su personal técnico, se encuentran volcados en la realización de los Informes preceptivos de carácter rogado, solicitados por el Consejo de Gobierno o las respectivas Consejerías, en caso de no reclamarlo por el procedimiento de urgencia, o bien en la realización de los Capítulos del Infor-

Social de la Comunidad de Madrid, en particular, y acerca de la figura de los Consejos Económicos y Sociales en general, tanto a escala autonómica, como estatal y de la Unión Europea; así como un olvido de su dimensión participativa, de integración de intereses representados por los agentes económicos y sociales, tanto o más importante que su función consultiva.

En cuanto a la comparación con otros órganos consultivos de la Comunidad de Madrid parece confundirse, en unos casos, el carácter exclusivamente consultivo de determinados órganos formados por expertos en una determinada materia, como puede ser la caza, con el carácter mixto, consultivo y de participación de los agentes sociales que un órgano como el Consejo Económico y Social incorpora por su propia naturaleza y por el adecuado desarrollo de su actividad. En otros casos, como puede ser el Consejo Asesor de Asuntos Europeos, regulado por la Ley 4/1996, de 1 de julio, sí comparte con este Consejo el carácter consultivo y de participación, puesto que combina la presencia administrativa con una amplia gama de representaciones políticas y sociales. No obstante, se diferencia decisivamente de la composición del CES porque el Consejo Asesor de Asuntos Europeos es un órgano colegiado mixto de los regulados en el artículo 22.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el cual se integra una importante representación de la Administración como es la que constituyen «dos representantes de cada Consejería, excepto la de Presidencia que tendrá tres representantes, con rango mínimo de Director General, o persona en quien delegue», representación de carácter administrativo de la cual el CES carece. Finalmente la comparación con la propia Dirección General de los Servicios Jurídicos no se sostiene, puesto que, partiendo de la decisiva importancia que un órgano como el citado tiene en la asesoría y defensa de los intereses jurídicos de la Comunidad de Madrid, se trata de un órgano incardinado jerárquicamente en la estructura de la Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno, con lo cual su naturaleza parcial de órgano *staff* se combina con su carácter de Administración actuante, aunque parte fundamental de sus funciones sean de asesoramiento a la legítima actividad de gobierno.

me anual sobre la Situación Económica y Social de la Región, ya que gran parte de los mismos son elaborados por los propios técnicos del CES ¹¹⁷, se pierden energías que serían decisivas para abordar informes, dictámenes o estudios por la propia iniciativa del Consejo, o bien la realización de jornadas, seminarios o conferencias sobre asuntos económicos y sociales de interés para la Comunidad de Madrid [art. 4, párrafos e), f) y h), de la Ley de creación del CES], aunque el impulso de la actividad por iniciativa propia del Consejo debe recaer fundamentalmente en los Grupos que lo integran y en la Presidencia del propio CES.

Y esta poca, relativamente, actividad de iniciativa propia es aún más grave, porque «ninguna otra Institución de nuestra Comunidad alberga en su seno una representación tan “socialmente” cualificada como el propio Consejo Económico y Social y, en consecuencia, pocas Instituciones pueden ofrecer una visión de los problemas económicos y sociales (visión concorde unas veces y contrastada y plural otra, que ambas formas son válidas) hecha desde un observatorio tan potente y tan completo» ¹¹⁸. En consecuencia, es una auténtica lástima que esta potencialidad prevista en la propia Ley del Consejo no se desarrolle adecuadamente, especialmente, y nos permitimos reiterarlo una vez más, en lo referente a esa «función latente», muy poco definida, pero precisamente por ello, virtualmente muy fructífera, prevista en el párrafo g) del artículo 4 de la Ley 6/1991 de creación del Consejo: «servir de cauce de participación y diálogo de los interlocutores sociales en el debate de asuntos económicos y sociales».

V. A MANERA DE CONCLUSIONES

Primera. El Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid es una Institución de fundamento estatutario genérico, creada por una Ley de la Asamblea de Madrid. Parece conveniente que en el futuro una posible reforma del Estatuto de Autonomía madrileño incluyese al CES en su articulado convirtiéndose así en órgano de relevancia estatutaria.

¹¹⁷ Los Capítulos del Informe anual se elaboran bien por los Servicios técnicos del CES o por profesores universitarios o expertos que se contratan como consultoría externa. En ambos casos, su labor consiste en la elaboración de un documento que es considerado como un borrador desde el punto de vista técnico, que posteriormente tras el reposado examen de los Consejeros de los diferentes Grupos que integran el Consejo y, en consecuencia, de sus sugerencias, propuestas y modificaciones se convertirá, tras su aprobación por la Comisión de trabajo, y más adelante, como Informe en su conjunto, con el visto bueno de la Comisión Permanente del CES y el acuerdo del Pleno, en el Informe definitivo sobre la Situación Económica y Social de la Comunidad de Madrid en un determinado año, y que es de exclusiva responsabilidad intelectual del CES como institución autonómica.

¹¹⁸ Manuel Aragón Reyes, Capítulo XXVII, «El Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid», incluido en *El Derecho Público de la Comunidad de Madrid. Comentarios al XX Aniversario del Estatuto de Autonomía*, Enrique Álvarez Conde (dir.), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 2003, p. 617.

Segunda. El Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid es un órgano de la Administración regional, incardinado dentro de su Administración consultiva, y definido legalmente a través de sus funciones como órgano de participación tripartito y de carácter consultivo, del que forman parte empresarios, sindicatos y expertos designados por el Gobierno de la Comunidad de Madrid.

Tercera. Su Ley de creación lo configura como órgano independiente, asegurando su autonomía funcional y financiera, esta última con carácter relativo. Su autonomía orgánica se deduce de interpretaciones jurisprudenciales, elaboradas en sentencias de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se refieren al Consejo de Estado, órgano de referencia para cualquier análisis de los distintos niveles de la Administración consultiva, ya sea estatal o autonómica. Se trata, pues, de un órgano independiente alojado en la Administración consultiva de la Comunidad de Madrid.

Cuarta. Su Ley de creación no define su naturaleza jurídica, aunque, a lo largo del articulado, la Institución se configura, en su actuación, como una especie de Organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica, no expresamente reconocida, con capacidad para contratar y con un específico reflejo presupuestario. Una futura reforma de la Ley del Consejo debería incluir expresamente la definición de su naturaleza jurídica y la atribución de personalidad jurídica propia.

Quinta. No se encuentra adscrito a ninguna Consejería, aunque mantiene especiales vínculos de coordinación y colaboración con la Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno y con la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica.

Sexta. La falta de solicitud de Informe en el caso en que el CES lo considerase preceptivo, no tiene claras consecuencias jurídicas, tanto en el supuesto de que se trate de la tramitación de un Proyecto de Ley, como en el de la tramitación de un Proyecto de Decreto. Sería necesaria una mayor profundización por parte de la doctrina jurídica sobre este particular, ya que sólo se ha estudiado de cara al Consejo de Estado. Igualmente sería muy enriquecedora la existencia de jurisprudencia contencioso-administrativa sobre los Consejos Económicos y Sociales de España y autonómicos.

Séptima. Se estima necesario profundizar la relación del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid con la Asamblea de Madrid, tanto desde el punto de vista de la Presidencia y Secretaría General del Parlamento autonómico, como desde la conexión con los Grupos parlamentarios, tanto los que apoyan al Gobierno como los que representan a la oposición.

Octava. La composición del Consejo, de carácter tripartito: empresarios, sindicatos y expertos, parece equilibrada, de acuerdo con las previsiones legales, ya que, a diferencia de otros Consejos autonómicos, la Administración regional no se encuentra directamente representada.

Novena. Es especialmente significativa para la importancia que tiene atribuida el CES en la Administración de la Comunidad de Madrid, su función de emitir Informe preceptivo y no vinculante sobre los criterios y líneas generales del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales, que se le envía por

el Consejo de Gobierno, simultáneamente a la Asamblea de Madrid. Nótese que el Consejo Económico y Social de España no tiene semejante atribución, y la mayoría de los Consejos regionales también carecen de ella.

Décima. La figura de los Consejos Económicos y Sociales, entre ellos el de la Comunidad de Madrid, es una expresión estructural, no necesaria, pero sí muy conveniente, de la cláusula del Estado social, principio jurídico complementario de la definición de Estado democrático y de Derecho, que recoge la Constitución española expresamente, y que se refleja en el articulado del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

Undécima. Además de las competencias normativamente reguladas, una Institución como el Consejo Económico y Social aporta a la Comunidad de Madrid unos valores, que provienen de las que podríamos denominar «funciones latentes» del CES, que se refieren al fomento del diálogo entre los agentes sociales, entre sí, de éstos con los expertos, y de todos ellos con la propia Administración regional, al fortalecimiento de la lógica del compromiso, a mejorar la eficacia de la acción de gobierno, y a hacer más eficaz la función integradora que las Instituciones políticas regionales deben realizar, a través de una participación social institucionalizada y no dispersa.

Duodécima. En la práctica de la Institución Consejo Económico y Social se detectan algunas debilidades como pueden ser: la escasa presencia pública del Consejo y el menguado desarrollo de sus competencias previstas legalmente para ser realizadas a iniciativa propia del CES, normalmente a instancia de los agentes sociales, organizaciones empresariales y sindicatos, o de los expertos, que en la Institución se articulan a través de los Grupos que la integran, pero que también pueden ser suscitadas por la Presidencia del Consejo.

Decimotercera. Aun sin la obligación para el legislador autonómico de crear el Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, puesto que el Estatuto de Autonomía no prevé expresamente su existencia, una vez llevada a cabo la decisión normativa de que exista un CES en la Región madrileña, parece que el balance de la actividad de esta Institución consultiva y de participación se revela beneficioso para el día a día de la Comunidad de Madrid, habiendo demostrado en sus trece años de existencia su idoneidad en la práctica para llevar a cabo los objetivos que se le asignan en su Ley de creación.

Reflexiones sobre la estructura del Estado y las dificultades de operar como modelos de Derecho Comparado ★★

No se trata de realizar un análisis de los distintos modelos de distribución territorial del poder político; tan sólo se pretende reflexionar sobre lo uno y lo diverso en el Estado y sobre la escasa utilidad de la distinción bipolar centralización-descentralización, reflexiones de Teoría del Estado constitucional más que de Derecho constitucional en sentido estricto.

Se podrá objetar quizá la escasa utilidad de un estudio general que puede llegar a calificarse de macroteórico, porque no aporte soluciones concretas a nuestros propios y actuales problemas teóricos. No obstante, y sin prejuicio de que tal objeción fuere refutable, lo que aquí pretendo es distinto; intento, a partir de lo concreto —es decir, del estudio referido a problemas concretos—, actualizar conceptos y aproximar objetivos y finalidades, obteniendo una idea general de la evolución, del nuevo equilibrio en la distribución interna del poder que se está dando en los modernos Estados occidentales ¹. Y para comprender su sentido político y jurídico puede ser útil obtener una idea general que, partiendo de lo concreto, nos permita dirigir lo particular hacia sus más convenientes soluciones. No hay que olvidar que para llegar a la «plenitud de sentido» de la redistribución del poder político en el territo-

★ Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad Autónoma de Madrid.

★★ Este trabajo, básicamente reproduce, con las necesarias actualizaciones, el publicado como introducción del libro *La España Autonómica* de Enrique Tierno Galván y quien esto escribe, libro que publicamos en 1985 en la antigua editorial Bruguera.

¹ Un caso concreto es el de la descentralización en Bélgica, cuya Constitución de 1831, la más vieja de Europa, ya introdujo en 1967-1971 una revisión profunda para dar paso a las comunidades culturales (Valona, flamenca, alemana). Lo cual se expresa institucionalmente en unos «consejos» culturales con facultades presupuestarias y legislativas. Otro caso es el Reino Unido, con su proyecto de *devolution* de poderes a Escocia y Gales, que a partir del *Report on the Constitution* o informe Kilbrandon, en el que se propone una regionalización general. E. Tierno Galván y Antonio Rovira, *La España Autonómica*, Bruguera, 1985, pp. 2 y ss.

rio, sentido a la vez complejo y completo, debemos evitar los dos peligros contrapuestos: un exceso de generalidad, pero también un particularismo desmedido ².

Las sociedades políticas que conocemos, desde las más primitivas hasta las más refinadas, estuvieron siempre dirigidas por un poder. Poder que no ha revestido las mismas formas: en las tribus arcaicas se diluye en el conformismo que imponen las creencias; más adelante, el poder se encarna en un hombre, el más fuerte, el más prudente o el más hábil.

Para los griegos, aunque la *polis* ya constituyó el centro de institucionalización del poder, seguía predominando el vínculo personal sobre el territorio, y en el Medioevo, a pesar de que el vínculo del poder surgía de la propiedad sobre la tierra, la relación con los súbditos sigue teniendo carácter personal y el poder sigue siendo una prerrogativa de la que lo ejerce.

Pero llega un momento en que las cualidades personales de un jefe son impotentes para explicar la autoridad que ejerce y empieza a teorizarse un modo de transmitir la autoridad que permita la continuidad perdurable en la gestión de los intereses colectivos y la adopción de un principio de legitimidad que permita imponer a todos la autoridad. Nace así la idea de una posible disociación entre el poder y el individuo, entre el poder y la moral. Bourdeau lo llama institucionalización del poder, al ser transferido de la persona de los gobernantes a una entidad, a la que Heller denomina propiamente Estado.

Este modelo de organización política, que aparece en el Renacimiento, fundamenta el ejercicio del poder sobre la base de permanencia en un territorio determinado. En él, el hombre está sometido a un poder por la pertenencia a un ámbito territorial, y las relaciones de dominación se ejercen en un espacio perfectamente establecido. Los Estados se identifican más por su territorio que por sus personas, y el Derecho tendrá su marco de validez en las fronteras de su imperio.

Observamos, pues, cómo el territorio constituye uno de los elementos del Estado moderno, siendo el hecho que lo define y justifica. Siempre ha sido condición de su independencia, límite de su poder y soporte de su organización político-administrativa, y la forma de estructurarse el poder en el territorio ha constituido una tarea importante y difícil para los gobernantes, porque su naturaleza tiende a la concentración y la realidad a la diferencia.

El Estado, en definitiva, es sólo un concepto que legitima la condición del poder y posibilita su perpetuación. Bertrand de Jouvenel comenta así esta misma idea: «El Estado no es un hecho, por más cuidado que se ponga en resolver todas las tradiciones y todas las formulaciones particulares existentes; el Estado es una ficción que se pretende acreditar tanto más abiertamente cuanto que constituye el título habilitador del poder» ³.

² Jacob Burckhardt, *Reflexiones sobre la historia universal*, Méjico, 1943, STC 32/1983.

³ Bertrand de Jouvenel, *El poder*, Madrid, 1964, p. 69; E. Tierno Galván, *Acotaciones a la historia de la cultura occidental en la Edad Moderna*, Madrid, 1964.

Es, por consiguiente, necesario poner el énfasis en la pregunta ¿cómo se debe gobernar? Éste es el tema que preocupa y el que vamos a tratar aquí: preguntarnos por los distintos modos de estructurarse el Estado, de ordenar y distribuir su poder en el territorio.

¿Deberá el Estado gobernarse como un todo homogéneo desde el centro, o será preferible descomponer la superficie territorial en varias circunscripciones dotadas de autonomía plena y conectadas con el centro? Ésta es la pregunta a la que contesta la organización territorial del poder, y para profundizar en ella comenzaremos comentando las, en muchas ocasiones, confusas clasificaciones doctrinales, que, como todas las ciencias sociales, están basadas en el historicismo entendido ampliamente, cuyo fin principal es la predicción histórica.

Desde Heráclito y Platón hasta Hegel y Marx se piensa que este fin es alcanzable descubriendo los modelos que yacen bajo la evolución histórica. «La razón es común a todo; todo se convierte en uno y uno se convierte en todo. Una sola cosa es la sabiduría: comprender el pensamiento que guía a todas las cosas a través de todas las cosas», escribe Heráclito ⁴. Todas las clasificaciones fundamentadas en la predicción parten, por tanto, de la creencia de que los autores realmente importantes de la historia son los grandes Estados, las grandes ideas o los grandes líderes, y que mediante su estudio lograremos predecir las evoluciones futuras. La historia, en definitiva, como dirá Benjamín, es la historia de los vencedores.

Así, mediante las clasificaciones se agrupan los objetos en función de sus semejanzas y efectos, intentando precisar lo común a todos ellos, lo que permanece en el cambio, en definitiva, su «esencia», pues la «ciencia», como es sabido, no puede ocuparse, sino de aquello que de algún modo permanece y puede fijarse; de lo que pasa fugazmente no es posible obtener mucha experiencia. Comprendemos verdaderamente un objeto cuando, por así decirlo, lo tenemos entre las manos para manejarlo y operar con él a nuestro antojo. Pero en el Estado, lo único que no cambia es la naturaleza humana, sus pasiones y debilidades, y es esta complejidad y variedad de los factores implicados en la vida social la que coloca el Derecho constitucional y, en general, a las ciencias sociales en dificultades.

Se pretende clasificar los Estados como lo hacen las otras «ciencias» y teorizar la evolución de la forma de organización política linealmente; este error ha conducido a un rimero de conceptos, términos, tipos, categorías y modelos, que impide aprender la complejidad de los fenómenos que intentamos estudiar.

Las clasificaciones tradicionales parten de que no hay nada más parecido a un Estado que otro Estado, pero también es cierto que no existe un Estado igual a otro. Una verdad histórica es verdad una sola vez; puede que la historia se repita, pero nunca al mismo nivel ⁵. Todas las estructuras políticas se parecen en la forma de distribuir su poder, pero ninguna coincide en los efec-

⁴ Heráclito, *Los presocráticos*, J. D. García Bacca (ed.), Méjico, 1969, p. 127, STC 32/1983.

⁵ G. W. F. Hegel, *Fenomenología del espíritu*, Méjico, 1972, p. 350.

tos. Toda estructura se puede decir entonces que es nueva, puede ser clasificada con otras, incluso parecerse, pero siempre será única en determinados aspectos, y así es cómo cada forma de Estado se ha convertido en un nuevo tipo a clasificar. El resultado es la acumulación sucesiva de modelos y criterios, resultando las clasificaciones más confusas y complicadas que la realidad que intentan explicar, y es esta complejidad la que hace de las actuales divisiones una técnica estéril, porque no simplifican y sintetizan y no nos proporcionan datos y experiencias que nos sirvan para conocer, comprender y nos ayuden a decidir, elegir y optar, porque si clasificamos y comparamos es para obtener más conocimientos, para ser, como dicen los clásicos, más prudentes para otra vez y más sabios para siempre. Es necesario clasificar y comparar, pero no a partir de modelos ideales a los que se intenta encajar el hecho.

La primera dificultad con la que tropezamos cuando intentamos analizar las clasificaciones que se nos dan, es la variedad de términos que se emplean para calificar una misma realidad. Para unos, la distribución del poder en el territorio es la forma de Estado; para otros, el sistema de gobierno o la forma de gobierno, confundiendo con otra clasificación que atiende al carácter electivo o no electivo de los titulares del poder.

Intentando huir de esta polémica terminológica y continuando con la tradición de Jellinek, llamaremos a esta distribución del poder *Estructura del Estado*, vocablo que está relacionado con el significado del término «forma», que acostumbra a emplear la mayor parte de la doctrina y que designa un conjunto de elementos relacionados entre sí y cuyas partes están conectadas unas con otras. En la estructura, cada componente está relacionado con los demás y con la totalidad. Se dice por ello que una estructura está compuesta de miembros más que de partes y que es un todo más que una suma. En la estructura hay, pues, enlace y función, más que adición y fusión. La estructura del Estado, como veremos, reúne estos caracteres.

No obstante, la confusión que oscurece y dificulta en mayor medida este estudio no es tanto la polémica terminológica, sino, como he dicho, la acumulación sucesiva de criterios, llegando a establecerse más categorías en la clasificación que realidades a clasificar: se diferencia el centralismo de la concentración, la descentralización perfecta de la imperfecta, la personal de la territorial, constitucional y legislativa, la administrativa de la desconcentración. Se define el *self-government*, la administración indirecta, jerárquica o institucional y autárquica, añadiendo las diferentes clasificaciones de Estados federales, regionales y de las autonomías, que para unos es cuasi-federal, federalizante, o con tendencia marcadamente federal, autonómica, compuesta, plural o políticamente descentralizada ⁶.

⁶ F. Balaguer Callejón, *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, Madrid, 2005, pp. 281. De Otto y Pardo, *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Madrid, 1986. E. Álvarez Conde, *Las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1990. A. Torres del Moral, «Tensiones internas del Estado Autonómico», *AJR*, núm. 8, Logroño. Entre los repertorios bibliográficos sobre el tema de las autonomías se puede señalar el siguiente: L. Aguiar de Luque, «El problema autonómico en España», en *Revista de Estudios Sociales*, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, núms. 23-24, 1979-1980; S. Muñoz Machado, *Derecho*

Es evidente que el significado literal de estos conceptos no ilumina mucho el tema y no facilita el conocimiento y comprensión del hecho, convirtiéndose la clasificación en un estudio de Derecho comparado. Estas clasificaciones acumulativas, en el fondo, son producto de la vieja obsesión por el escalafón, por el *ranking* en el que hoy el Estado «federal», al menos en nuestro país, para muchos, está en primer lugar como el ideal.

También se suele simplificar la clasificación según tenga el poder político un titular único o tenga múltiples centros de poder, en cinco categorías diferentes: «Estados centralizados o unitarios», «descentralizados», «regionales», «federales» y «compuestos». No obstante, estas categorías tampoco se ajustan a la realidad.

El Estado democrático centralizado, por ejemplo, es un modelo teórico que no se ha realizado nunca totalmente. Lo que se han dado y se dan son sistemas totalitarios, sociedades «cerradas» que subordinan el individuo a la colectividad, en las que se persigue la diferencia, diversidad y pluralismo, sociedades en las que se intenta conseguir el «todo» por la fuerza. Sociedades «cerradas» que intentan revivir los periodos más antiguos de desarrollo social, sociedades con nostalgia tribal ⁷. Lo que no quiere decir que el poder concentrado sea la base de toda la Teoría política, que persiste en identificarse con la Teoría del poder y la relación entre éste y la ideología, pero no se conoce un «modelo» de organización democrática que responda a estos caracteres.

Erróneamente se ha considerado a la *polis*, incluso en nuestro tiempo, como el paradigma del Estado centralizado y nos la presentan como un poder cerrado interiormente; toda la vida política parte del centro y vuelve a él. Platón lo aconsejaba diciendo: «Hay que formarse y habituarse a no conocer ni tan siquiera imaginar la acción aislada e independiente; hay que practicar, en cambio, todos los días, y lo más posible, la acción de conjunto, el conocimiento de masas, la vida de grupo» ⁸. En Roma, a causa de su poca originalidad, no llegaron a corregir, ni aun teóricamente, la imagen ideal griega del Estado unitario centralista, en disconformidad con los fenómenos políticos reales de su imperio mundial, en el que existían cuerpos territoriales y municipales que daban al Estado una fisonomía distinta. En la Edad Media, el imperio que abrazaba la cristiandad tuvo sus provincias y municipios, pero tampoco la organización estaba de acuerdo con su teoría, y el Derecho natural está igualmente dominado por la idea del Estado centralista.

Maquiavelo, el primero y más comentado de los teóricos del Estado moderno, exhorta a la unidad de Italia y a la concentración del poder en el Príncipe. Estado se identifica con concentración; con el Estado moderno se busca nuevamente la homogeneidad del poder en un solo centro creador de normas, quebrantándose así la justificación tradicional del poder, de la auto-

público de las Comunidades Autónomas, Madrid, 1984; E. García de Enterría, *Estudios sobre Autonomías territoriales*, Madrid, 1985; J. J. González Encinar, *El Estado unitario-federal*, Madrid, 1985, SSTC 58/1982 y 83/1984.

⁷ Karl R. Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, vol. II, Barcelona, 1984, pp. 277 y ss.

⁸ Platón, *La República*, Madrid, 1975, pp. 519e y ss., y *Las Leyes*, Madrid, 1972, pp. 903.

ridad, al abandonarse la *jerarquía* y separarse de la moral, favoreciéndose el nacimiento de los Estados unitarios basados en el individualismo. Individuos subordinados a la sociedad como totalidad al Estado. Sin embargo, a pesar del esfuerzo que supuso elaborar el concepto de Estado para lograr la ansiada homogeneidad, no se produce absolutamente la centralización que pretendían los teóricos.

Con la Revolución Francesa se dotó de una base ideológica —la mitificación sobrehumana de la identidad nacional— al Estado democrático para permitir la unificación total del cuerpo social y su fusión irrevocable en el Estado. Napoleón, con su empresa de imponer el centralismo autoritario a Europa entera, es su propagador, y Sieyès su más claro propagandista: «El tercero abraza, pues, todo lo que pertenece a la nación, y todo lo que no es tercero no puede ser mirado como de la nación. ¿Qué es el tercer?, todo»⁹.

En este sentido, por radical que haya sido la revolución, fue menos innovadora de lo que en general se cree. Hegel sintetiza este espíritu ilustrado diciendo: «Sólo piensa quien piensa desde el todo y hacia el todo»¹⁰. El antiguo orden, para Hegel, debe ser reemplazado por la verdadera comunidad. Una sociedad en la que todos los intereses particulares e individuales están integrados en el todo, de modo que el organismo social real que resulta de ello concuerda con el interés común. Una totalidad en la cual todos los conceptos aislados del conocimiento están fundidos e integrados de manera tal, que reciben su significado a través de su relación con el todo. La universalidad de la razón, explica Hegel, representada por lo absoluto, es la contrapartida filosófica de la comunidad social, en la que todos los intereses particulares están unificados en el todo.

No obstante, aunque la razón nos ate a lo universal, el poder total sigue siendo una utopía. El proyecto de un imperio con una administración centralizada de la autoridad ha sido la pasión de Platón, de Rousseau y de Hegel, de Marx y de Comte, de conservadores y de revolucionarios, del Derecho, la sociología y toda «ciencia», y esta tendencia a la unidad no es sólo producto de la naturaleza del poder político, sino de todo ser viviente, que intenta absorber primero y someter después, y es la misma aspiración universal a la concentración la que produce diversidad y pluralismo.

Para el poder político, para todo poder político, la pluralidad real, la diferencia es siempre sospechosa, existiendo una tendencia a su fortificación, cuyo proceso se va acelerando desde la época feudal hasta la nuestra¹¹. Pero por muchos mecanismos de coacción que segregue el Estado para eliminar la diferencia, mayor pluralidad existe. Buena prueba de ello es que nunca se expresaron tanto las peculiaridades y diferencias reales como en los modernos Estados democráticos, que disponen de los más sofisticados medios para controlar.

⁹ E. J. Sieyès, *¿Qué es el tercer Estado?*, Madrid, 1973, p. 20.

¹⁰ G. W. F. Hegel, *op. cit.*, p. 113.

¹¹ S. Freud, «El Estado no reprime la violencia para eliminarla, sino para monopolizarla», *El malestar de la cultura*, Madrid, 1960, pp. 103 y ss.

Esta tendencia natural a la centralización total, perfecta, que los teóricos se han esforzado en justificar y los gobernantes en realizar realmente no se ha conseguido nunca. El tipo escolástico de Estado centralizado sigue siendo una utopía. El Estado ciudad de los griegos —modelo de centralismo para los partidarios de esta categoría— estaba dividido en distritos, barrios y otras demarcaciones, y tampoco los Estados territoriales de tiempos posteriores o del absolutismo del Príncipe o los modernos Estados democráticos lograron apagar la vida política independiente de los municipios, de los señoríos, de las asambleas, de las regiones o de los países. La supremacía del Estado, como señala Duverger, por suerte nunca ha sido absoluta ¹² porque las diferencias y peculiaridades aumentan con la represión y no se integran con la fusión social que impone la razón. Las diferencias y peculiaridades han subsistido a la voluntad homogeneizadora del poder político y se han aglutinado en grupos, opciones que fomentan las discrepancias e impiden el dominio absoluto del todo por parte de «uno».

Estos grupos-comunidades, países, naciones, es decir: conjunto de hombres que poseen una cierta unidad vivida como tal por sus miembros, que delatan intereses comunes y reaccionan de manera concordante, persiguen, con el mismo afán de dominio, el control del territorio, y los intentos de imponer sus fines, sus valores o sus intereses diferentes producen lo que los sociólogos llaman «conflictos»: discrepancias entre las diferencias y las peculiaridades.

El conflicto es, por tanto, una garantía de libertad. Una sociedad sin conflictos, sin lucha, sin enfrentamientos es una sociedad muerta. Se podrá objetar que la lucha y la discordia es precisamente lo que el poder y, por tanto, el Derecho, se propone evitar; no obstante, es condición necesaria de su existencia. Razón tiene Ihering cuando afirma: «Nada se conoce en la historia que no sea resultado de penosos y continuos esfuerzos y luchas» ¹³. Tan necesario es para el Estado el conflicto como la tendencia generalizada para superarlo, porque la finalidad de todo poder es vencer, y no se puede ganar y dominar si no existe un rival. Como sostiene Nietzsche, el hombre libre es un guerrero que tiene una tendencia natural a la acumulación a la centralización, pero el hecho de ser común a todos imposibilita su realización en uno. Sólo existen estructuras más o menos descentralizadas, y podemos diferenciar la simple *descentralización administrativa de la autonomía política* pero el Estado centralizado sólo es una utopía; nadie, en el Estado democrático moderno, ha podido conseguir el poder totalmente ¹⁴.

¹² Lawrence Krader, *La formación del Estado*, Barcelona, 1972; V.V. Struve, *Historia de la antigua Grecia*, Madrid, 1976; Bernard Crick, *Basic Forms of Government: a Sketch and a Model*, London, 1973. Para esta evolución de las instituciones los libros que han aportado elementos nuevos para la apreciación de lo que fue la polis fundamentalmente en Atenas son: C. Hignett, *A History of the Athenian Constitution*, Oxford, 1958; C. Mosse, *Institutions politiques grecques*, A. Colin (coll.), vol. 2, Paris, 1967.

¹³ Rudolf Ihering, *La lucha por el Derecho*, Madrid, 1963, pp. 25 y ss.

¹⁴ Morton Grodzins, «Centralization and decentralization in the american federal system», en *Recording on states and local governments*, Irwin N. Gertzog (ed.), Yale Univ. Press, New Haven, 1970, pp. 21 y ss.

En el Estado, lo único que permanece es el conflicto, y el Estado de Derecho sólo lo ha legalizado. El avance supone una conquista porque legalizar el conflicto, la discrepancia, es garantizar el pluralismo, imprescindible, como señala nuestra Constitución, para profundizar en la democracia, ya que no podemos dejar de observar la profunda vinculación que existe entre una mayor descentralización política y el Estado de Derecho, descentralización que concreta la Constitución, estableciendo las reglas en las que el conflicto se resuelve, aunque ni el Estado de Derecho ni la Constitución correspondiente pueden imponer por la razón un pluralismo real. La Constitución es el resultado de un pacto social, y dependerá de la sociedad que se configure una u otra estructura ¹⁵, porque la democracia implica el reconocimiento de la existencia de una pluralidad de grupos sociales y políticos, partidos, asociaciones, sindicatos, naciones, países, culturas, intermedios entre el individuo y el Estado; de ahí que la democracia pluralista se vea obligada a ampliar el reconocimiento de esta pluralidad como uno de los procedimientos para profundizar en ella, matizando e individualizando las soluciones en cada uno de los contextos sociales y económicos.

No obstante, la naturaleza del poder político, de todo poder político, no cambia, tiende a homogeneizar como medio de acrecentar y controlar sus dominios, tiende a eliminar los conflictos que lo limitan. En definitiva, la naturaleza del poder político, justificada modernamente por la «razón de Estado», puede ser tan recurrente y eterna como eterna se juzgue la existencia de las organizaciones políticas estatales, locales o autonómicas. Hoy, como siempre, los Estados, los países, a pesar de la globalización, más nacionales que nunca las comunidades, luchan por la provincia, por el recodo de un río, por una rectificación de fronteras, con el mismo interés y afán que los déspotas ilustrados neoclásicos y, al mismo tiempo, por el dominio «del mundo», como las grandes monarquías del Renacimiento. El poder político, como siempre —tanto hacia afuera como hacia adentro—, trata de imponer un orden que resuelva la diversidad de intereses, las diferencias y peculiaridades, los conflictos. Y, como siempre, el único freno eficaz para que esta tendencia natural del poder político no se convierta en invasión totalitaria es el reconocimiento, protección y promoción de la diversidad, de la diferencia, de la autonomía de las sociedades y comunidades menores, con sus derechos y autoridad propia, aunque su realización dependa de un gran número de circunstancias y elementos.

El Estado centralizado no se ha realizado nunca, totalmente, plenamente, pero tampoco se da el Estado compuesto. El Estado es, por naturaleza, unita-

¹⁵ G. Cámara Villar, «El principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas», VII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Consejería de la Presidencia, Sevilla, 2004. E. García de Enterría, refiriéndose a nuestra estructura, escribió: «La hora nueva es, pues, la hora del trabajo efectivo por parte de las Comunidades Autónomas ya constituidas y dotadas de poderes y de instrumentos; tienen ya todos los recursos para la lucha, y sólo de ellos será ya en adelante la responsabilidad del desenlace» (*Estudio sobre las Autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1985, p. 25). SSTC 3/1981, 37/1981 y 165/1985.

rio porque es «soberano»; de lo contrario, deja de ser Estado y se convierte o sigue siendo una simple alianza o confederación. Muchos de los Estados actuales fueron, anteriormente, confederaciones como paso previo a la constitución de un Estado unitario ¹⁶. También es cierto que la soberanía es una ficción y que no hay poder que no pretenda ser soberano, pero sólo el poder del Estado lo es. Jellinek lo define diciendo «que el poder soberano de un Estado es aquel que no reconoce ningún otro superior, es el poder supremo e independiente». Ciertamente es un concepto que designa una realidad muy distinta al contenido clásico de la palabra —hoy día el término soberanía se identifica más con el de «supremacía»—, pero ello no afecta a su función: fundamentar la unidad de las peculiaridades y diferencias.

El Estado pretende unir lo diverso y mantener que el Estado es siempre unitario no quiere decir que forzosamente tenga que ser uniforme y centralizado. **Cuando decimos unitario, decimos compuesto de unidades, y las unidades son contables, lo suficientemente distintas para ser muchas.** El Estado no tiene que ser ni monocrorde ni monolítico; el Estado puede y debe ser plural y uno, necesita la pluralidad para funcionar y la unidad para ordenar.

Así, el Estado unitario descentralizado es el caso normal de estructura de los Estados. Descentralización que viene determinada actualmente por distintas circunstancias políticas, históricas, diferencias nacionales de la población o culturales de los territorios que forman el Estado y la extensión o separación entre los mismos. Estas y otras muchas son las causas que pueden explicar la mayor o menor descentralización y los diferentes modos de distribuirse el poder en el territorio. Todo Estado es entonces un instrumento que se compone de partes desiguales, bien que combinadas, ordenadas, de forma que pueda ejecutar la función o funciones para las cuales ha sido designado ¹⁷.

No se trata de debatir términos, lo decisivo es si el titular del poder político es *uno o varios*, aunque existan múltiples procedimientos para llevar a cabo la distribución y estos procedimientos, podemos agruparlos en dos grandes categorías: *Estados con descentralización administrativa* y *Estados con descentralización política* o, si se prefiere, descentralización y autonomía política, conceptos con larga tradición en otras ramas del Derecho, y que puede ayudarnos a clarificar jurídicamente las formas de Estado, diferenciándolas de los criterios políticos que hasta ahora se han utilizado, y que, dada su movilidad, van perdiendo su significado en el Derecho constitucional ¹⁸.

¹⁶ Por ejemplo, la Confederación germánica se construyó en 1815 y la Constitución imperial de 1871 realizó la unificación. Suiza fue Confederación hasta 1848.

¹⁷ E. Tierno Galván y Antonio Rovira, *La España Autonómica*, Bruguera, 1985, pp. 2 y ss. SSTC 5/1981, 42/1981, 13, 49, 86 y 227/1988, 115/1991.

¹⁸ P. Cruz Villalón, «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», en *RFDUC* (edición monográfica), núm. 4, Madrid, 1982; J. J. González Encinar, *El Estado unitario-federal*, Madrid, 1985. S. Martín-Retortillo, *Descentralización administrativa y organización política*, Madrid, 1975, p. 25; Rivero Ysern, «Las relaciones interadministrativas», en *RAP*, núm. 80; M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970. Véase, también, Ernest Forsthooff, *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1958; Enrique Álvarez Conde, «Algunas consideraciones sobre los órganos de las Comunidades Autónomas», en *RDP*, núm. 79; Eduardo García de Enterría, *Estudios sobre Autonomías territoriales*, Madrid, 1985; STC 49/1988.

Cuando un Estado posee un solo centro de impulsión política y un conjunto único de instituciones de gobierno que llevan a cabo todas las funciones estatales; cuando tiene un solo ordenamiento que cubre todo el territorio estatal, diremos que es un Estado simplemente descentralizado o con descentralización administrativa. Un único titular del poder político, pero una pluralidad de órganos que lo ejercen.

En los Estados con descentralización política, por el contrario, se superponen dos autoridades: la del Estado y la de los entes autónomos; existen diversos ordenamiento y poder para crearlos y ejecutarlos. Estas comunidades tienen su propio estatuto constitutivo, y su existencia política viene determinada y limitada por la Norma Fundamental.

Cada Estado-miembro, región o nación dotada de estas características ejerce su autonomía y determina su ley fundamental, crea sus órganos y establece fórmulas de integración y funcionamiento dentro de los límites y orientaciones marcadas por la Constitución. La Constitución formula el pacto, realiza sistemáticamente la distribución de competencias y establece los órganos fundamentales del Estado. Es comprensible, por tanto, que no sea posible organizar el espacio político de un Estado con estas características sin un texto escrito, claro y preciso. Es exigencia de esta forma de Estado que la Constitución sea escrita, porque distribuir el poder político en distintos territorios de un mismo Estado es una decisión política de primera importancia que afecta la configuración misma del poder político; por ello, la decisión ha de determinarse en la Constitución, la cual ha de perfilar sus rasgos concretos. Por eso, un Estado plural, por débil que sea el vínculo integrador, no puede darse sin Constitución, sin un supra-ordenamiento preciso que se superponga al conjunto de partes y las articule en un sistema. Una de las primeras sentencias de nuestro Tribunal Constitucional de 14 de junio de 1982 ya señaló en este sentido que: «Al consagrar —la Constitución—, de una parte, el principio de unidad indisoluble de la nación española, y, de la otra, el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran, determina implícitamente la forma compuesta del Estado, en congruencia con la cual han de interpretarse todos los preceptos constitucionales.»

Así, la aspiración fundamental de una estructura basada en la descentralización política, sea cual fuere su ámbito de explicación, radica en la formación de unidades cuya existencia postula la de unidades menores, con el mantenimiento de su carácter originario y de su libertad de acción coordinada y así, mediante la descentralización política se intenta equilibrar los dos principios potencialmente antagónicos, pero que expresan la esencia de toda estructura: la autonomía, como medio de defender la diversidad y pluralismo, y la participación, como forma de lograr colectividades más amplias. Por la autonomía, los Estados miembros, países, regiones o nacionalidades, conservan su libertad amplia de gestión de los propios asuntos. Por el principio de participación, estas unidades asociadas intervienen y participan, directa e indirectamente, en la elaboración de las decisiones políticas del Estado y en la constitución de sus órganos. Siempre encontramos en el Estado con autonomía política estos dos principios: *duplicidad orgánica* y *participación de las unida-*

des componentes en el todo central. Todo Estado descentralizado políticamente, no sólo el nuestro, viene definido por estos dos principios: el de unidad y el de autonomía ¹⁹.

No obstante, tampoco este tema está exento de polémica, en este caso centrada en la naturaleza de los entes autónomos. Para unos ²⁰, la autonomía se concretaría en una especial relación de un ordenamiento jurídico con otro. Otros ²¹ la definen “como la facultad que tienen algunas asociaciones, sindicatos, cooperativas, iglesias, Estados miembros, naciones, países, regiones, etc., de organizarse jurídicamente, de crear un Derecho propio, o bien ²² suponen colectividades individualizadas y diferentes, que conservan su sistema legislativo, administrativo y jurisdiccional, integradas en un solo Estado. En definitiva, los entes autónomos son entidades públicas territoriales dotadas de autonomía legislativa y administrativa, política. Como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional en sus sentencias 4/1981 y 25/1981, la autonomía viene definida por su «naturaleza política» y, más en concreto, implica la potestad legislativa.

Existe autonomía ²³, si engloba la potestad de dirección política reconocida y garantizada por normas constitucionales. Es cierto que esta definición se basa en un concepto vago, general e indeterminado y que es necesaria una calificación formal de las potestades que integran cada una de las estructuras descentralizadas políticamente, analizando las particularidades de cada una de ellas y los diferentes modos de concreción. Es necesario determinar la concreta naturaleza jurídica de los conceptos como autonomía, federalismo, nación, Estado o región en cada norma que los utilice. No olvidemos que la Constitución por suerte, emplea conceptos que favorecen el acuerdo, sin saber realmente lo que significan, y la labor del científico constitucional es la de dotar de contenido, de significado jurídico, a estos conceptos en función de las particularidades de cada momento.

Como se ha dicho por voces mucho más autorizadas que la mía, en la medida en que haya indeterminación en el concepto constitucional es preciso extraer de la realidad, del momento y de los preceptos de Derecho constitucional positivo la idea rectora, el núcleo o principio que en estos precep-

¹⁹ P. Cruz Villalón, *La doctrina constitucional sobre el principio de cooperación*, Tecnos/Parlamento de Andalucía, Madrid, 1990. Marshall en *Cohens v. Virginia*, 1821, los Estados miembros son *constituent parts of the United States, members of one great Empire*, partes miembros de una gran construcción política, de un imperio que les trasciende y en el cual y desde el cual únicamente cobran su sentido. «Los Estados Unidos forman, para muchos y para los más importantes fines, una sola nación. Los Estados son partes constitutivas de los Estados Unidos. Son miembros de un gran imperio —para algunos fines, soberanos; para otros fines, subordinados—. Pero el poder supremo reside solamente en el pueblo». SSTC 227 y 258/1988 y 15/1989.

²⁰ Santi Romano, «Autonomía», en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947. J. A. Portero Molina, «Contribución al debate sobre la reforma del Senado», *REP*, núm. 87, 1995, pp. 81-115.

²¹ Zanolini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1954.

²² Marcel Prelot, *Histoire des idées politiques*, Dalloz, Paris, 1961, p. 71.

²³ C. Viver Pi-Sunyer, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1990. Santiago Muñoz Machado, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1987. SSTC 75/1990 y 46/1991.

tos se expresa. En definitiva, mantiene que es necesario ir determinando en cada uno de los ordenamientos los conceptos generales, pero no sólo a partir del Derecho positivo, sino de la realidad concreta que intenta ordenar y de los fines específicos que la justifican, finalidades y realidades que cambian y evolucionan ²⁴.

Lo realmente significativo es que el Estado descentralizado políticamente, a pesar de su pluralismo y por muy amplias que sean sus singularidades y autonomía, sigue siendo Estado unitario, sigue siendo necesario que sea unitario. Es cierto que esta unidad también está condicionada internacionalmente, pero estos condicionamientos y limitaciones —por otra parte, cada vez mayores— no alteran su unidad, que es lo que constituye el Estado como unidad de los diversos y autónomos entes territoriales.

Cada territorio dotado de autonomía es parte de un todo; el principio de autonomía no puede oponerse al de unidad, sino todo lo contrario, dentro de éste alcanza su sentido. Desde el punto de vista de soberanía, no se distingue los Estados descentralizados de los pluralistas: todos son unitarios. Todos tienen un único territorio con diversos espacios políticos, una sola población compuesta de diversas colectividades y un poder político soberano repartido. Construir la teoría de la estructura del Estado sobre el concepto de *soberanía* se ha convertido en una experiencia histórica escasamente aprovechable, y el ingenio desplegado para conciliar posiciones ha sido y está siendo estéril.

Por ejemplo, no se puede sostener la confrontación entre federalismo y autonomía, como explicó ante las Cortes Constituyentes Ortega y Gasset en su famoso discurso de 26 de septiembre de 1931: «La autonomía opera —decía— sobre el principio de soberanía indivisa; el federalismo, sobre una soberanía dividida, plural y permanente de los Estados que se federan» ²⁵. Desde el concepto de soberanía, sea dividida y compartida o de soberanía única, no se explica la amplia variedad de las formas de Estado existentes.

Las doctrinas actuales sobre federalismo ya no se elaboran a partir del concepto de soberanía. Hoy se escribe sobre relaciones intergubernamentales, sobre «cooperativismo» o sobre «nuevo federalismo» para explicar una política en mayor o menor medida intervencionista o para apoyar una mayor o menor descentralización, autonomía de sus unidades territoriales.

Para ilustrarlo puede ser útil observar como ejemplo el proceso de adaptación y cambio del federalismo americano, que, partiendo de un pacto entre Estados soberanos (*paramount empire of reason, benevolence and brotherly affection*), se ha convertido en un Estado con un poder muy concentrado en el gobierno federal ²⁶. Son muchos los especialistas de aquel país que comparten la opinión de que el sistema federal americano ha cambiado mucho desde su fundación; que se ha producido un fuerte proceso de centralización de poder

²⁴ J. Corcuera, «La Constitucionalización de los Derechos Históricos», *REDC*, núm. 11, 1984. Ignacio de Otto y Pardo, *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Madrid, 1986. SSTC 37/1987 y 96/1990.

²⁵ J. Ortega y Gasset, *Obras completas*, t. XI, Madrid, 1969, pp. 391 y ss. SSTC 152 y 227/1998.

²⁶ Richard Leach, *American federalism*, New York, 1970, p. 132.

hacia Washington, superando las limitaciones constitucionales. La mayoría de publicaciones y revistas especializadas repiten constantemente este hecho.

En Estados Unidos se han superado las *intergovernment relations* del federalismo al viejo estilo, basadas en la idea de soberanía de los Estados, por las soluciones a problemas prácticos inmediatos, problemas que plantea la gran capacidad económica del gobierno federal.

Muchos piensan que es necesario reducir, incluso invertir, esta tendencia centralizadora que comenzó con la llegada del *new deal* de Roosevelt y la Gran Sociedad de Johnson, y hablan del *nuevo federalismo*. No obstante, hoy la concentración de poder mediante las subvenciones federales condicionadas sigue aumentando el poder de las instituciones centrales ²⁷. Esta tesis parece hoy admitida por prácticamente toda la doctrina. William Riker considera, por ejemplo, que el federalismo americano ha sido legal y constitucionalmente un federalismo centralizado ²⁸.

La división de poderes entre Washington y los gobiernos de los Estados establecida en la Constitución americana ha estado durante mucho tiempo dominada por lo que E. S. Corwin llama la doctrina del federalismo dual ²⁹. Los poderes delegados al Congreso están implícitamente limitados por la existencia de los poderes reservados a los Estados. Estos poderes reservados tienden a estar ligados y sujetos a cambios sólo por medio de una enmienda constitucional formal. Los gobiernos federal y estatal son iguales y cada uno supremo en su esfera.

Dos áreas de poder mutuamente excluyentes que se limitan recíprocamente, y cuyos titulares (cada uno dentro de su ámbito de competencia, rígidamente definido) se encuentran en pie de igualdad, doctrina que dominó el pensamiento político y económico de los Estados Unidos hasta la gran depresión de los años treinta. La sentencia del Tribunal Supremo de 1918, conocida bajo el nombre del «trabajo infantil», es un ejemplo ³⁰ según el cual el gobierno nacional y los gobiernos de los Estados son a la vez entes coor-

²⁷ La Gran Depresión de 1929, la Segunda Guerra Mundial, el papel de Estados Unidos en el mundo occidental (Plan Marshall y NATO), la guerra fría, las guerras de Corea y de Vietnam, la lucha contra la discriminación racial, contra la inflación, los cambios producidos por la gran movilidad social, así un 20 por 100 anual, la influencia de los medios de comunicación, especialmente la televisión y los cambios industriales hacia el sur, han producido un enorme presupuesto del Gobierno federal y consecuentemente una mayor actividad en detrimento de las competencias descentralizadas.

²⁸ William Riker, *Federalism: origin, operation, significance*, Boston, 1964. No obstante, se intentó razonar desde los inicios la necesidad de preservar el federalismo americano, los derechos de los Estados, de los intereses y hechos que favorecen y han favorecido siempre la tendencia a la concentración de poder en el Gobierno federal, intento que se produjo ya en la misma campaña para la ratificación del texto surgido de la convención. Hamilton y Marshall más inclinados hacia el Gobierno federal, Madison y Jefferson insisten en los poderes de los Estados.

²⁹ Edward S. Corwin, *The twilight of the supreme court*, New York, 1981, pp. 62 y ss.; *The Constitution and what it means today*, edición revisada en 1974 por H. W. Chase y C. R. Ducat, Princeton, New Jersey, pp. 54-55; *The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation*, New York, 1952, p. 11.

³⁰ *Hammer v. Dagenhart*, 247 v. S. 251 (1918), más conocido bajo el nombre del caso del «trabajo infantil». El Tribunal Supremo consideró que la ley del Congreso que pretendía contribuir a la supresión del trabajo infantil se accedía de los poderes propios del legislativo federal.

dinados e independientes, y que cada uno ejerce sus poderes soberanos en el círculo de sus competencias.

Pero tras el conflicto civil, y fundamentalmente después de la gran crisis económica de los años treinta, se defiende la necesidad de un proyecto económico nacional. Anulando como tesis inaceptable el *dual federalism*, negando jurídica y políticamente el *laissez-faire* y, por tanto, el federalismo como fundamento de sus distintos ámbitos competenciales ³¹.

Los teóricos durante este siglo irán razonando estos cambios, en unas ocasiones denunciándolos, explicándolos y en otras justificándolos y, así, Arthur Holcombe, en *our more perfect union* ³², poco después de la Segunda Guerra Mundial, observaría que el sistema federal americano era producto de la oportunidad, que aparecía como un sistema híbrido que evolucionaba continuamente, y William Riker, en su original y desafiante, al tiempo que influyente, teoría, cuestiona si el federalismo es digno de ser mantenido y si supone alguna diferencia en la forma en que un pueblo es gobernado. (Federalism: origin, significance) ³³.

Daniel Elazar defenderá la teoría del federalismo cooperativo, de gran vigencia en los años sesenta en los Estados Unidos, manteniendo que el sis-

³¹ En este sentido la norma jurídica más importante fue la National Industrial Recovery Act de 1933, llamada a regular toda la estructura comercial de Estados Unidos. El Tribunal Supremo revocó en 1941 su decisión en el caso del trabajo infantil, interpretando la décima enmienda de la Constitución en el sentido de que todo lo que no ha sido cedido es retenido, superando así el principio jurídico en el que se fundamentaba el federalismo dual. La esfera de autoridad exclusiva de los Estados no actúa ya de límite para la acción del Gobierno federal y es así como toda la actividad económica, incluso la puramente local, puede ser y de hecho es objeto de regulación por el Congreso. El mismo Tribunal un año después amplió este sentido afirmando que cualquier actividad, aunque no sea declarada como comercio, es de la competencia atribuida al Congreso si produce un efecto directa o indirectamente sustancial sobre el comercio interestatal. El problema dejó de ser jurídico para convertirse en económico. Jurídicamente no hay actividad en la que el Congreso no pueda intervenir. Conviene recordar que estos poderes implícitos derivan fundamentalmente de la formulación del artículo I, sección 8 de la Constitución que autoriza al Congreso para «hacer todas las leyes necesarias y convenientes para ejecutar los anteriores poderes» y de la interpretación del juez Marshall en el caso *McCulloch v. Maryland*, de 1818.

³² Arthur Holcombe, *Our more perfect union*, Cambridge, 1950, especialmente el capítulo 2. En el mismo sentido, Kenneth C. Wheare, *Federal government*, London, 1946. Además de la obra citada de Wheare, los comentarios que sobre ella efectúan S. Y. Rufus Davis en *The federal principle: a journey through the time in quest of meaning*, University of California Press, 1978, pp. 159 y ss.; Michael Regan y J. Sanzone, *The new federalism*, London, 1981, pp. 6 y ss.

³³ William Riker, *Federalism: origin, significance*, Boston, 1964, pp. 5 y ss. Pero el federalismo cooperativo pasó de ser soporte, según Elazar, a ser condicionante, que posibilitó la enmienda XXI sobre el impuesto federal y la XVII mediante la que los senadores son elegidos directamente por el pueblo y no por las legislaturas estatales, el federalismo cooperativo ocasionó en realidad fuertes efectos centralizadores (D. J. Elazar, *The politics of american federalism*, Lexington, Mass. D. C., Heath, 1969, pp. 21 y ss.). No obstante, esta regionalización sin llegar a la creación de organismos regionales, también se va consiguiendo a través de los acuerdos interestatales *state compacts* que son cada vez más numerosos, como dan fe las sucesivas ediciones de *The book of the states*, y a cuya reseña se dedica el primero de sus capítulos. Elazar atribuye la importación de estas ideas centralizadoras a Francis Lieber, Harold Laski, Lawrence Lowell y sobre todo a Woodrow Wilson en *Congressional government* y *The state in the que importa las ideas jacobinas al sugerir que el Congreso era el centro de todo poder político en Estados Unidos y más adelante llevarlo a la práctica cuando fue elegido presidente* (Daniel J. Elazar, «Is federalism compatible with prefectorial administration», en Publius, *The review of federalism*, fall, 1976, pp. 3 y ss.; *American federalism: a view from the states*, T. Y. Crowell, New York, 1966, pp. 39 y ss.).

tema federal americano está principalmente caracterizado por un compartimiento de funciones y responsabilidades en los niveles federal, estatal y local, y así, en la formulación de cualquier programa, un significativo poder de decisión es ejercido por todos los gobiernos implicados ³⁴, colaboración imprescindible, ya que no podía conseguirse con la actuación aislada del gobierno federal.

La escuela de Morton Grodzins y de Daniel Elazar también han contribuido al auge del estudio de las relaciones intergubernamentales. En las dos últimas décadas se ha incrementado el uso de este término frente al de federalismo, hasta el punto de constituir una subárea de estudio, imprescindible para la comprensión del gobierno y de la política. Insiste en la idea de relación antes que en la de conflicto y estudia un problema práctico: qué nivel de gobierno hará frente a las demandas ciudadanas y qué nivel de gobierno va a financiarlas. A diferencia del federalismo dual, la cooperación se realiza en una relación de interdependencia y de una mutua necesidad, en donde la financiación adquiere gran importancia y relevancia ³⁵.

En este sentido, dirá Michael Regan que el federalismo tradicional como concepto legal y constitucional está muerto. El federalismo actual —decía— es el basado en relaciones intergubernamentales (conjunto de actividades o interrelaciones que ocurren entre unidades de gobierno de todos los tipos y niveles dentro del sistema federal americano ³⁶.

En definitiva, la teoría de las relaciones intergubernamentales, posiblemente sin pretenderlo todos sus teóricos, ha fundamentado la superioridad del gobierno federal, convirtiendo la interdependencia en descentralización y el estudio de estas relaciones ha dejado constancia, desde el punto de vista de todos los gobiernos implicados, y desde la perspectiva de la nueva situación económica y fiscal del profundo cambio que ha experimentado el federalismo americano, estudios que se han hecho paralelos a los del nuevo federalismo, que ha tratado de reconducir todas las tendencias que acabamos de ver, afirmando que es necesario preservar la no centralización, el pluralismo, las diferencias regionales y de grupo, que es necesario recuperar aquel constitucionalismo en el que el gobierno federal tiene poderes limitados. El nuevo federalismo pre-

³⁴ Esta teoría la pondrá en marcha la administración Johnson con el dinero federal canalizado en *categorical grant in aid*. No se basa en la separación de funciones del federalismo dual, sino en la cooperación de funciones.

³⁵ Sin la subvención de fondos públicos que efectúa el Gobierno federal no sería posible mantener el papel de los Estados. «He optado por traducir los tres grandes tipos de subvenciones federales de la siguiente forma: Grants-in-aid como subvenciones de fondos, block grant, como ayuda en bloque y general revenue sharing como ingreso compartido de fondos públicos» (José Sánchez López, *Evolución histórica y situación actual del federalismo americano*, Universidad de Granada, 1985).

³⁶ Michael Regan y J. Sanzone, *The new federalism*, London, 1981, pp. 6 y ss. Si el federalismo implica unas relaciones de jerarquía y de autoridad, por medio de la cláusula de supremacía de la ley federal (art. VI, sección 2). Esta teoría se concretaría en la Ley de 1968 de cooperación intergubernamental, la de personal intergubernamental de 1970 y la comisión consultiva sobre relaciones intergubernamentales que se convertiría, desde su creación en 1959, en el lugar donde se han reunido y discutido las autoridades federales, estatales y locales sus problemas. Subvenciones que han quedado diversificadas por tres vías: las subvenciones genérica y condicionantes de fondos públicos, la ayuda en bloque y el ingreso compartido de fondos públicos.

tende reforzar el poder de los políticos estatales y locales, incrementando sus fuentes económicas y sus recursos fiscales, dejando de depender del gobierno federal y dejando de lado las tendencias centralizadoras que conlleve ³⁷.

Como escribe Bernard Schwartz ³⁸, el nuevo federalismo no ha alterado sustancialmente el predominio del poder federal, y su sistema social y económico se halla cada vez más sujeto a regulación y control por parte de Washington. El gobierno federal regula el comercio que incide indirectamente sobre la economía nacional, y a medida que aumenta la autoridad federal, disminuye la de los Estados cuya actividad queda prohibida allí donde el gobierno federal ejerce válidamente sus poderes de manera incompatible con ella.

El dato innegable es la concentración de poder en el federalismo americano. El gobierno federal tiene cada vez más y mejores recursos favorecidos por la enmienda XVI de la Constitución. La interpretación dada por el Tribunal Supremo a la cláusula de comercio y los cuantiosos recursos fiscales, y en la medida que aumenten los intercambios comerciales, que se acorten las distancias geográficas, se reclamen unos iguales y mínimos servicios públicos para todos los individuos y en todos los Estados, se fortalecerá el grado de centralización del federalismo americano, y ello parece que va a seguir así hasta que, a tenor de las circunstancias, se produzca el retorno de las competencias económicas a los Estados.

El Tribunal Supremo también ha ocupado un lugar preponderante en este carácter dinámico de su estructura. Ha sido capaz de adecuarla al espíritu de los nuevos tiempos y ha posibilitado que el sistema afronte con éxito problemas que no existían o no podían preverse que existieran en el momento de redactar la Constitución. Ha reforzado el carácter dinámico de su estructura, avanzando o retrocediendo en la descentralización según la fuerza política del gobierno federal o de los Estados.

En definitiva, en los Estados Unidos, los cambios internos —ideológicos, sociales, económicos y, por tanto, institucionales y jurídicos— han sido tan grandes y profundos, que de hecho puede hablarse hoy de un nuevo sistema político (*The new American Political System*), título del conocido libro del profesor Anthony King.

Observamos entonces que políticamente no hay diferencias sustanciales que nos permitan fundamentar una clasificación de las distintas estructuras pluralistas ³⁹. El planteamiento teórico sobre este tema solamente puede rea-

³⁷ Éste es el sentido de la decisión *National league of cities*, que fue el primer control a la expansión del poder federal (véase Bernard Schwartz, *El federalismo norteamericano actual*, Madrid, 1984).

³⁸ Bernard Schwartz, *El federalismo norteamericano actual*, Madrid, 1984, pp. 102 y ss.

³⁹ Tampoco es útil, según apreciación común, atender al origen. Los Estados plurales evolucionan y cambian en función de otros factores alejándose del sentido que tuvieron en un principio. El alcance real de la autonomía y su naturaleza jurídica no está en función de su idea original, sino en la vigencia de las fuerzas que lo forman. Y el hecho de que esté o no todo el territorio federalizado no puede considerarse como una diferencia que modifique la naturaleza jurídica de una estructura. Tampoco el número de Estados-miembro o países que lo componen es elemento determinante ni la extensión del territorio: hay grandes Estados federales, y pequeños. Es cierto que el federalismo puede favorecer el gobierno de los Estados con grandes extensiones (Estados Unidos, Argentina, Canadá) y se facilita el nacimiento de nuevos Estados, pero ello no es obstáculo para que muchos Estados federales, como Sui-

lizarse a partir de las diferentes formas de organización y participación. Así, mientras la descentralización política presupone la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos con un ordenamiento constitucional mayor al que se subordinan, pero en el que participan los órganos de los ordenamientos menores, los órganos simplemente descentralizados dependen de un sistema de instituciones gobernantes y constituyentes y de una organización política única, que comporta un solo aparato gubernamental y un único ordenamiento, que se aplica a toda la colectividad de un territorio. Son estas diferencias cualitativas las que justifican la clasificación de cada uno de estos modelos de distribución del poder en categorías distintas. Y es precisamente del alcance en la intervención en las decisiones del poder central y de la técnica que emplean los Estados plurales para distribuir sus competencias de donde se extraen los datos para determinar las diferencias jurídicas entre federalismo, regionalismo y autonomía.

Un Estado plural, necesariamente como vimos, tiene que establecer fórmulas de participación, pero éstas varían considerablemente de uno a otro. Existen organizaciones políticas cuyo gobierno se compone de la totalidad de los gobiernos particulares y el sujeto del poder federal se representa por medio de la totalidad de los gobiernos federales ⁴⁰. Pero otros se caracterizan porque la cooperación de los Estados miembros en la acción de la Unión es mínima y se excluye parcial o totalmente de la titularidad del poder federal ⁴¹. Mediante los procedimientos de participación no puede clasificarse jurídicamente los distintos tipos de Estados con descentralización política porque son muchos los elementos que intervienen en la efectividad de estos mecanismos ⁴².

Tampoco creo que sea un criterio determinante para clasificar los distintos Estados plurales fijarse en las técnicas que se emplean para distribuir las competencias entre las autonomías y el Estado central. Generalmente, el Esta-

za, Austria, Alemania, tengan una reducida extensión territorial, los Estados plurales no deben reconocerse por la amplitud o la exigüidad de su territorio, de la misma manera que no puede decirse que un elefante sea más animal que una hormiga. Tampoco el hecho de que sean monarquías o repúblicas contribuye a diferenciarlos. La Constitución norteamericana de 1781, organiza el primer caso de Estado federal republicano, y la Constitución de Francfort de 1849 ofreció el primer caso de Estado federal monárquico. También pueden resultar útil las referencias que se hacen en las sentencias que se hacen al respecto en las SSTC 16/1984, 64/1990 y 146/1992.

⁴⁰ El imperio alemán de 1871, por ejemplo.

⁴¹ Así ocurrió en la República de Weimar.

⁴² Por ejemplo, todos los Estados federales coinciden en la estructura bicameral de su poder legislativo, propiciando así la participación de los Estados-miembro en la configuración de la voluntad de este poder. No obstante, este bicameralismo difiere de unos países a otros: en algunos, la Cámara de los Estados predomina sobre la Cámara popular (el Imperio alemán de 1871 nos sirve otra vez como ejemplo), pero en otros están equilibradas y generalmente, en la mayoría, existe una desigualdad entre ambas y una desproporción en el número de sus miembros, y ello no es obstáculo para que el alcance real de la autonomía sea mayor. En definitiva, la participación en la elaboración de la voluntad del Estado es una exigencia de la misma naturaleza de los Estados con autonomías, todos reconocen estos procedimientos de participación: en la composición de las Cámaras, en la elección del poder legislativo, facultades para intervenir en la revisión de la Constitución, necesidad de que el poder central obtenga el consentimiento de los Estados-miembro en la ejecución de determinadas competencias exclusivas de la federación, etcétera.

do plural establece formalmente, de modo escrito y garantizado por la Constitución, un cuadro de competencias distribuido entre la Unión y las comunidades miembro, y las peculiaridades de la forma de reparto responde al desarrollo histórico, cultural y a la estructura social de la comunidad. Y es obvio que influye de modo vinculante en su desarrollo: la vigencia de los grupos sociales, la correlación de fuerzas, la situación económica y la dependencia internacional, factores que modifican la forma de distribuir el poder en el territorio variando la distribución establecida en el texto básico, alterándola para ajustarse a la realidad mediante diferentes procedimientos.

Excede de nuestro propósito el análisis pormenorizado de los sistemas de distribución de las competencias en los Estados pluralistas. Intento solamente poner de manifiesto que tampoco se dan en este sentido diferencias jurídicas sustanciales que nos permiten graduar y clasificar a las diferentes estructuras con descentralización política ⁴³.

Se suele mantener que en los Estados federales la técnica de distribución de competencias está basada en el listado o atribución positiva al poder federal, obteniendo los Estados miembros las competencias residuales, mientras que en el Estado regional se enumeran positivamente las competencias de las regiones, de suerte que las materias no citadas corresponden al Estado; no obstante, esta diferenciación no es generalizable: recordemos que Canadá, considerado como federal, emplea la técnica regional, y que nuestra estructura, que no se considera como típicamente federal ni regional, emplea unos procedimientos de distribución cercanos al modelo federal. Se suele decir que Canadá e incluso España son excepciones a la regla general, pero entonces podemos también considerar a Italia como excepción, dado que es el único ejemplo que utiliza propiamente la técnica regional para distribuir el poder y, por tanto, las competencias entre sus diferentes gobiernos, sin olvidar que utilizan dos técnicas: la ordinaria y la extraordinaria.

Pero, a mayor abundamiento, la realización de estas técnicas no produce efectos jurídicos esencialmente diferentes. En los Estados Unidos, la cláusula de prevalencia, la *supremacy clause*, contenida en el artículo VI de la Constitución, determinada en un principio por el juez Marshall, ha invertido el carácter de la esfera de actuación federal, y el sentido original de la técnica de distribución de competencias, pasando a ser la esfera de actuación federal general. A partir de 1941, las competencias federales ganadas con esta interpretación no tienen otro límite que la consecución de fines prohibidos por la Constitución. La distribución real de competencias del sistema americano está

⁴³ P. Cruz Villalón, *La doctrina constitucional sobre el principio de cooperación*, Tecnos/Parlamento de Andalucía, Madrid, 1990. C. de Cabo Martín, *Sobre la función histórica del Constitucionalismo y sus posibles transformaciones*, Salamanca, 1978. F. Balaguer Callejón, *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, Madrid, 2005, pp. 281. E. García de Enterría, *Estudios sobre Autonomías territoriales*, Madrid, 1985. I. de Otto y Pardo, *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Madrid, 1986. E. Álvarez Conde, *Las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1990. A. Torres del Moral, «Tensiones internas del Estado Autonómico», *AJR*, núm. 8, Logroño, 2002. SSTC 100/1984, 179/1989 y 197/1996.

así montada, al igual que la forma regional sobre el criterio de concurrencia y el efecto *preemption*, preferencia del Derecho federal sobre el estatal ⁴⁴.

De efectos parecidos, aunque más polémicos, es la norma de prevalencia en el Derecho constitucional alemán ⁴⁵. El sistema federal alemán, que se articula sobre los principios básicos del artículo 20 de la Ley Fundamental, se expresa, según la doctrina del Tribunal Constitucional Federal, en un Estado de dos miembros, en los que los Länder son parte de la Federación constituida por acto contingente del pueblo alemán, con una pluralidad de centros de poder político articulados en sentido vertical, igual entre Länder y el Bund como Estado superior. El sistema de distribución de las competencias descansa en la regla o principio general contenido en el artículo 30 de la Grundgesetz, que establece la configuración de las competencias federales como poderes de atribución, descansando los Länder en una cláusula general de apoderamiento y apareciendo caracterizados así, como residuales. Existen tantos ordenamientos como centros con poder normativo estén en él reconocidos; ordenamientos que deben moverse, en principio, exclusivamente en sus respectivos ámbitos, de conformidad con las disposiciones constitucionales sobre legislación exclusiva y concurrente (arts. 73 y ss.). De darse el conflicto por legislación concurrente de una misma materia por algún Länder y el Bund, sería por infracción previa de aquellas reglas por lo que una sería invalidada por incompetencia, resolviéndose sobre la base de la superioridad

⁴⁴ La construcción de la esfera de competencias en Estados Unidos está basada en el artículo 5.º, párrafo 8, de la Constitución. Esquema que está presidido por el principio de competencia, tiene un carácter no exclusivo, sino muy indeterminado y nacional, supremacy clause, contenida en el artículo VI de la Constitución. Una vez más el origen de la interpretación de la *necessary and proper clause* que hoy ha prevalecido está en la tesis mantenida por Marshall, que otorga poderes al Congreso para legislar en materias situadas fuera del círculo constituido por la suma de los poderes enumerados, siempre que dichas materias sean medios necesarios para el ejercicio de alguno de los poderes atribuidos (véanse las sentencias *Marbury v. Madison*, 1808, y *McCulloch v. Maryland*, 1819, en M. Shapiro y D. S. Hobbs, *op. cit.*, pp. 30 y ss., y 97 y ss., respectivamente, y la evolución de la misma en D. E. Engdahl, *op. cit.*, pp. 11 y 12). Esta discrecionalidad amplia reconocida al legislador federal tiene no obstante límites que posibilitan el control judicial efectivo: el de la relación «sólida» o «sustancial» entre la materia «extraña» y un fin propio de la Unión; el de la racionalidad de la decisión. El Congreso directa o indirectamente formula el carácter de la relación y finalmente la legislación federal ha de producirse sobre una *class basis*, en términos de una legislación general. No obstante, como señala D. E. Engdahl, *op. cit.*, p. 25, se trata de unos límites que conducen en último término a un juicio del Tribunal, que dispone de la posibilidad de control. A partir de 1941 se amplían los supuestos de aplicación de la cláusula de supremacía manteniendo que no es necesario que los medios guarden una relación directa con el fin propio de la administración (caso *United States v. Darby*, de 1941; *Oklahoma v. United States Civil Service Commission*, de 1947, y *King v. Smith*, de 1968). En este sentido, véase D. E. Engdahl, *op. cit.*, pp. 50-51. La competencia federal ganada con esta interpretación no tiene otro límite que la consecución de fines prohibidos por la Constitución. La distribución real de competencias del sistema americano está así montada sobre el criterio de concurrencia y el efecto *Preemption*, preferencia del Derecho federal sobre el estatal. 20/1988 y 108/1993.

⁴⁵ C. de Cabo Martín, *Sobre la función histórica del Constitucionalismo y sus posibles transformaciones*, Salamanca, 1978. J. Damián Moreno, *Introducción al sistema judicial español*, Aranzadi, Madrid, 2002. E. García de Enterría, *La distinción de las competencias económicas entre el poder central y las Autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, Ed. JEE, Madrid, 1980; S. Muñoz Machado, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, *op. cit.*; I. de Otto, *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, *op. cit.* Como introducción al modelo suizo, A. Rovira, *Sistema político de la Confederación helvética*, CDC, Madrid, 1981, SSTC 5/1987 y 8/1987.

del Derecho federal, según el artículo 31 de la GG y la calificación dada por la doctrina al mismo, sin entrar en la polémica de si es una regla de competencia de producción de normas o simplemente de conflictos.

Literalmente, el artículo 31 es claro, y así lo mantiene la doctrina y el propio Tribunal Constitucional Federal, que tiene por objeto la resolución de conflictos normativos sobre la base de la superioridad del Derecho Federal (norma de prevalencia). No obstante, el problema sustancial que presenta es el de su naturaleza y alcance, porque teóricamente es innecesario, dado que las normas de los Länder y el Bund no pueden entrar en conflicto por regulación concurrente de una misma materia, dado que en este supuesto existiría una previa incompetencia por parte de uno de ellos. En el plano jurídico no puede darse un verdadero conflicto normativo porque para ello se requiere la validez de las normas en contradicción. ¿Cuál es entonces su juego en el marco de las reglas de distribución competencial? Algunos dudan de su necesidad, dado que su contenido se infiere del resto de las reglas sobre distribución de la potestad legislativa. Otros niegan la condición de competencias en el artículo 31, reconociendo en él, únicamente, un reducido ámbito de conflictos, con un reducido ámbito de aplicación en los casos de dos leyes constitucionales radicales; y en fin también se mantiene que la significación jurídica del artículo 31 radica en operar como norma de *conflicto*, con independencia del rango de las normas en conflicto; o que todo conflicto normativo se ofrece en los Estados federales como conflicto entre competencias y que es necesario adaptarla al moderno sistema federal como norma de resolución adoptada por el Tribunal Constitucional Federal, manteniendo la calificación formal del artículo 31 de la GG como norma de colisión, expresiva del superior rango del Derecho federal (prevalencia). Aparece así el artículo de la GG. Como un principio o *lex generalis* aplicable a cualquier conflicto normativo, con independencia de los términos en que éstos se manifiesten, es decir, no solamente los planteados en leyes formales: su ámbito de aplicación es más amplio que el del conflicto de leyes, incluyendo este supuesto, siendo la base del reparto del poder normativo como principio general *lex generalis*). Es el Derecho federal como tal, todo él, el que se impone al Derecho de los Estados miembros asimismo en bloque. Por tanto, es posible que un simple Reglamento federal «rompa» y derogue una norma constitucional del *land*, por poner el caso más extremo. La jurisdicción del Tribunal se extiende, por tanto, a la determinación de la conformidad o no del Derecho territorial al Derecho federal, es decir, de la resolución de los conflictos normativos en los términos del artículo 31 de la GG. El único requisito es la existencia de diferencias de opinión o de dudas.

Es decir, tanto los sistemas federales como el regional y autonómico son pluralistas en cuanto a las fuentes del Derecho, y lo articulan sobre una combinación específica de los principios de competencia que comporta la delimitación y separación en sus respectivos ámbitos de los distintos ordenamientos reconocidos, supremacía que implica la jerarquización de estos ordenamientos.

En todas las estructuras, ambos principios actúan conjunta e imbricadamente, de modo que no es posible su rígida y total separación y siempre se dan reglas específicas dirigidas a solventar los conflictos normativos, reglas que no pueden adscribirse rígida y abstractamente a categorías únicas de normas de conflicto y normas de competencia porque todo conflicto es a la vez normativo y de competencia.

En definitiva, todas las reglas conflictuales aparecen formadas en los sistemas pluralistas desde la específica construcción de éstos, y no existen particularidades esenciales que nos permitan diferenciar fundamentalmente la técnica empleada por los distintos sistemas federales de los autonómicos ⁴⁶.

¿Puede entonces teorizarse una naturaleza jurídica y política común a varias estructuras plurales que nos permite interpretarlas y diferenciarlas en grupos o categorías? Creo que no. Los conceptos como federalismo, regionalismo, autonomía no tienen un significado más allá del ordenamiento que los utiliza; concretarlos es tarea de cada uno de ellos pero sus resultados son independientes y no trasladables. Puede existir una teoría de las estructuras descentralizadas o plurales, de la misma forma que puede darse una teoría de la democracia, pero una teoría jurídica y política general del federalismo, del regionalismo o del autonomismo ha perdido su utilidad y sentido.

⁴⁶ La distribución de competencias de nuestra organización territorial está basada preferentemente en una técnica parecida a los sistemas federales. El mecanismo residual de garantía de la coherencia básica del ordenamiento estatal en su totalidad tiene también evidentes connotaciones con los modelos federales y al igual que éstos la mayoría de las competencias del artículo 149.1 son concurrentes o compartidas, disponiendo también de una *supremacy clause* que plantea los mismos problemas interpretativos y conduce a resultados parecidos a los modelos regionales, cuyo esquema de delimitación competencial como hemos dicho es inverso pero el resultado es que la legislación también es compartida, las potestades legislativas regionales están sujetas a límites específicos y la posibilidad de conflicto no sólo es infrecuente sino normal (P. Cruz Villalón, *La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa*, op., cit. J. Damián Moreno, *Introducción al sistema judicial español*. Aranzadi, Madrid, 2002).

T. R. Fernández, op. cit., p. 57; J. L. Piñar Mañas, op. cit., pp. 50 y ss. SSTC 37/1981, 5/1982, 77/1984, 123/1984, 52/1994.

Algunos aspectos controvertidos de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, culmina un proceso de reformas legales, tanto estatales como autonómicas, encaminadas a erradicar la violencia ejercida contra la mujer.

El Preámbulo de dicha Ley declara: «La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia dirigida contra las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.»

En los últimos años se han conseguido algunos avances, tal vez el más importante haya sido situar en el debate público un problema hasta ahora considerado de orden privado, doméstico, de «violencia invisible», para pasar a analizarlo como ataque a los derechos fundamentales de las mujeres, de sus libertades individuales, de su dignidad y autodeterminación.

Esta conquista, se debe en gran medida a las feministas de finales de los años sesenta, quienes con la afirmación de «lo personal es político»¹, pretendían no sólo llegar al espacio público, sino evidenciar que no debían seguir existiendo espacios ocultos, excluidos, invisibles, espacios privados en los que en ocasiones ni tan siquiera se aplicaba la ley, permitiendo la largamente silenciada violencia de género, conseguir en fin que la violencia contra las muje-

* Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Celia Amorós, *Historia del pensamiento feminista*, Instituto de Investigaciones Feministas, Universidad Complutense de Madrid, 1994.

res se abordara como un problema público que como tal, requiere la implicación de todos los sectores de la sociedad, para su erradicación. Vincular lo personal con lo político sigue siendo un lema de máxima actualidad, a la vez que el punto clave para tomar medidas que irradian en todos los ámbitos de la vida y hacer posible que la igualdad no se circunscriba a espacios acotados ².

Partimos, pues, de que la violencia contra las mujeres no es, ni mucho menos, una realidad nueva; John Stuart Mill en su Ensayo *The Subjection of Women* (1869) escribió: «La mujer es la única persona que, después de probado ante los jueces que ha sido víctima de una injusticia, se queda entregada al injusto, al reo. Por eso las mujeres apenas se atreven, ni aún después de malos tratamientos muy largos y odiosos, a reclamar la acción de las leyes que intentan protegerlas; y si en el colmo de la indignación o cediendo a algún consejo recurren a ellas no tardan en hacer cuanto es posible para ocultar sus miserias, por interceder a favor de su tirano y evitarle el castigo que merece.» Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido, más de ciento treinta años, aún tiene plena actualidad. Lo único realmente nuevo es el significado social que se le atribuye en la actualidad. Estamos asistiendo al paso de la cultura de la resignación y la subordinación, a la de la igualdad y la emancipación. La violencia de género, por fin, ha dejado de tener la consideración de un fenómeno aislado que afectaba sólo a algunas mujeres, ha dejado de ser un problema de índole privada, circunscrito al ámbito de lo doméstico para alcanzar un reconocimiento de universalidad. Queda, no obstante, mucha distancia por recorrer, la que nos separa de la tan anhelada tolerancia cero contra los malos tratos.

El camino ha sido largo, debemos remontarnos a 1975 cuando en la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en México, se aborda la problemática de la violencia contra las mujeres. En 1979, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), los Estados partes se muestran preocupados al comprobar que las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones; así, el artículo 5 de la Convención obliga a los Estados a tomar medidas para la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que están basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres, y el artículo 2.b) dispone que los Estados partes se comprometen a adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer. Dicha Convención entra en vigor el 3 de septiembre de 1981, siendo ratificada por España en 1984.

En la Conferencia de Nairobi de 1985, se debatió de nuevo el tema del maltrato, y tuvo su repercusión en España creándose, un año después, la

² Asunción Ventura, «Las mujeres, la Constitución y el Derecho de Familia», en la obra *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, p. 468.

Ponencia de Investigación de Malos Tratos a Mujeres dentro del ámbito doméstico en la Comisión de Derechos Humanos del Senado, que emitirá el primer informe oficial en 1987 ³.

En 1992 el Comité de la ONU para erradicar la Discriminación contra la Mujer adopta la Recomendación 19 sobre la Violencia contra la Mujer. Esta recomendación declara que dicha violencia es una forma de discriminación contra la mujer que refleja y perpetúa su subordinación, y solicita que los Estados eliminen la violencia en todas las esferas. Exige que todos los países que ratificaron la CEDAW preparen informes para el Comité de la ONU cada cuatro años e incluyan información acerca de las leyes y la incidencia de la violencia de género, así como las medidas tomadas para detenerla y eliminarla. Un año más tarde, en 1993, la Conferencia sobre los Derechos Humanos celebrada en Viena reconoce que la violencia contra las mujeres y niñas constituye una grave violación de los derechos humanos y la Comisión de los Derechos Humanos de la ONU nombra a la primera Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, lo cual permite recibir denuncias e iniciar investigaciones sobre la violencia contra las mujeres en todos los países miembros de la ONU.

En 1995, en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de la ONU, celebrada en Beijing, se afirma que «la violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres que han conducido a la dominación masculina, a la discriminación contra las mujeres por parte de los hombres y a impedir su desarrollo, que tiene como resultado posible o real un daño de violencia física, sexual o psicológica, ya se produzcan en la vida pública como privada», «... la violencia contra las mujeres es el crimen encubierto más numeroso del mundo...», «la violencia hacia las mujeres es un obstáculo para alcanzar los objetivos de igualdad, desarrollo y paz. La violencia hacia las mujeres viola y anula la libertad fundamental de disfrutar sus derechos humanos básicos».

Como expone la profesora Teresa Freixes ⁴, también en el proceso de integración europea, desde el tratado de Ámsterdam que introduce la «Europa de los ciudadanos», se consigue que la igualdad real se plasme en los nuevos Tratados Comunitarios.

El informe de julio de 1997 del Parlamento Europeo que da lugar a la campaña —tolerancia cero— contra la violencia de género, que se desarrolla en el año 1999 (declarado «Año europeo contra la violencia hacia las mujeres») en la Unión Europea, considera que «de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Estados miembros que no apliquen una política adecuada que prevenga y persiga la violencia contra las mujeres están incumpliendo sus obligaciones internacionales con arreglo a esta Declaración». Las campañas desarrolladas en los quince países miembros de la Unión Europea promueven la supresión absoluta de la tolerancia respecto a la violencia de género. Se trataba de difundir la campaña emprendida en los quin-

³ Boletín Oficial del Senado, núm. 313, de 12 de mayo de 1989.

⁴ Teresa Freixes, «La igualdad entre mujeres y hombres», en la obra *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

ce países miembros de la Unión Europea para erradicar la violencia contra las mujeres, a fin de promover el cambio del papel en la sociedad, y su acceso a la educación y al trabajo ⁵.

La Resolución de la Comisión de Derechos Humanos dada en 1997, también de Naciones Unidas, «condena todos los actos de violencia sexista contra la mujer, exige que se elimine la violencia sexista en la familia y en la comunidad y pone de manifiesto el deber de los Gobiernos de actuar con la necesaria diligencia para prevenir, investigar y, de conformidad con la legislación nacional, castigar los actos de violencia contra la mujer y proporcionar a las víctimas el acceso a unos medios de reparación justos y eficaces y a una asistencia especializada». Exhorta a los Estados a «condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o práctica por motivos religiosos para eludir esa obligación», «adoptar medidas para erradicar la violencia en la familia y en la comunidad», «reforzar en la legislación nacional sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar cualquier forma de violencia infringidas a mujeres y niñas», «mejorar la formación del personal judicial, jurídico, médico, social, pedagógico, y de policía e inmigración para evitar los abusos de poder que dan pie a la violencia contra la mujer y sensibilizar a esas personas en cuanto a la naturaleza de los actos y las amenazas de violencia sexista, para conseguir que las mujeres víctimas reciban un trato justo», «enmendar los Códigos Penales cuando sea necesario para garantizar una protección eficaz contra la violación, el acoso sexual y otras formas de violencia sexual contra la mujer» y, por último, entre otras muchas consideraciones, recuerda a los Gobiernos «que las obligaciones que les impone la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer deben aplicarse plenamente en relación con la violencia de género».

Finalmente, el 10 de marzo de 2005 la Resolución del Parlamento Europeo sobre el seguimiento de la Plataforma de Acción Beijing +10 señala la necesidad de un verdadero compromiso político para conseguir erradicar la violencia contra las mujeres.

En nuestro país, la toma de conciencia ciudadana de este tipo de violencia no ha sido fácil y evidenciar la escasez de medios legales para hacerle frente, tampoco ⁶; se ha necesitado recorrer un largo camino hasta la aprobación por unanimidad, lo que es indicativo de su gran trascendencia, de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Muchas han sido las modificaciones legislativas en los últimos años hasta llegar a la Ley actual. En 1989 se promulga la LO 39/1989, de reforma del Código Penal de 1973, con la redacción del artículo 425, que tipificaba el

⁵ En España, el Defensor del Pueblo publicó en 1998 un trabajo monográfico sobre la violencia contra las mujeres, con la formulación de 54 recomendaciones, fruto de un Informe especial que se presentó en las Cortes.

⁶ Ya en 1984 se realizan desde el Instituto de la Mujer las primeras campañas de difusión sobre el problema y la promoción de estudios e investigaciones sobre la situación de los malos tratos en España. Comienzan también a crearse los primeros centros de acogida en diversas provincias españolas.

delito de violencia intrafamiliar, estableciendo: «El que habitualmente y con cualquier fin ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere unida con análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho será castigado con la pena de arresto mayor», delito que exigía la concurrencia de la habitualidad en la agresión y que fue precedente inmediato del artículo 153, que se introdujo en el Código Penal de 1995. El principal problema que aparecía en la interpretación del artículo 425 del Código Penal lo constituía la detección de la habitualidad, pues normalmente las distintas lesiones concretas que integraban el delito de maltrato habitual se estaban conociendo por órganos judiciales distintos, de manera que las sentencias judiciales que recaían por hechos de escasa gravedad constitutivos de falta, impedían, por una interpretación jurídica del principio *non bis in idem*, que posteriormente dichos hechos pudieran ser considerados en una visión más general.

Con el fin de aumentar la protección de las víctimas de malos tratos, por LO 14/1999, de 9 de junio, se amplió la protección a supuestos en que había desaparecido el vínculo matrimonial y se añadió dentro del tipo la violencia no sólo física, sino también psíquica, a los efectos de este delito. El primer problema que aparece es llegar a interpretar qué se entiende por violencia psíquica, pues si bien existe acuerdo sobre lo que se entiende por violencia física (lesión, acometimiento), sobre la violencia psíquica, para un sector de la doctrina consistía en atentados contra la integridad psíquica o salud mental, y para otro debía identificarse con atentados a la libertad, esto es, amenazas y coacciones, e incluso injurias y calumnias.

Por Ley 27/2003, de 31 de julio, se regula la orden de protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, reconociendo que la violencia de género exige una respuesta global y coordinada de todos los poderes públicos.

Por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, se tipificó el delito de violencia doméstica habitual como delito contra la integridad moral. Con la reforma por Ley Orgánica 11/2003 se suprime la falta del artículo 617.2.2.º, de manera que toda violencia física ejercida sobre los sujetos pasivos enumerados en el artículo 173.2, aunque se trate de un hecho aislado y no llegue a causar lesión, quedara tipificado como delito en el artículo 153 del Código Penal. A estas medidas sustantivas se le añadieron medidas procesales, como la reforma de la prisión provisional por Ley Orgánica 13/2003.

Creo que todos estaremos de acuerdo en que la respuesta penal, aun siendo necesaria para castigar al culpable del delito, por sí sola no es la solución a este grave problema si no va acompañada de una respuesta institucional integral, pues la justicia interviene cuando ya se ha producido un daño, pero tiene pocas funciones preventivas. El problema de la violencia doméstica es un reto planteado a toda la sociedad en muchísimos ámbitos, de aquí la necesidad de la Ley Integral, en primer lugar para concentrar la dispersión normativa al respecto, poner de manifiesto que la violencia de género afecta a los

derechos fundamentales y su especificidad frente a otras conductas violentas y sobre todo establecer no sólo medidas represivas, sino también preventivas en distintos ámbitos.

Cuando finalmente se presenta el proyecto de Ley Integral de Medidas contra la Violencia de Género, si bien, por una parte, ante las alarmantes y crecientes cifras de mujeres víctimas de maltrato, hay una aceptación general de la Ley por su intento de abordar el problema de manera global, con medidas de sensibilización, prevención y detección de la violencia dirigidas a distintos ámbitos (educación, medios de comunicación, publicidad, sanidad) hasta el esfuerzo por dar una respuesta eficaz del sistema penal para la persecución de los actos de violencia contra las mujeres, por otra también recibe muchas críticas desde distintos frentes.

Así, el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre la Ley, si bien reconoce que la violencia sobre la mujer ocupa el más alto porcentaje de la estadística judicial (91,1 por 100 de los casos), niega, sin embargo, que el binomio hombre/mujer sea equivalente a una relación de dominación. Por esto señala que «la norma puede reaccionar frente a situaciones de dominación, pero debe ser neutra en cuanto al sexo del sujeto dominante» y añade que no se encuentra una explicación razonable, al margen del dato puramente estadístico, para orientar la tutela penal y judicial, amén de otras medidas educativas y sociales, exclusivamente a la mujer en razón de su sexo, sin que tampoco se justifiquen determinadas medidas de acuerdo con la teoría de la discriminación positiva»⁷.

También el Consejo de Estado informó desfavorablemente⁸, al considerar que el enfoque limitado a las mujeres del Anteproyecto podía significar una diferencia de trato irrazonable, desproporcionado y arbitrario respecto a las demás víctimas de la violencia, que vulneraría el artículo 14 de la Constitución. Y a fin de superar este obstáculo aboga por ampliar el ámbito a las víctimas de la violencia, que, según el informe, cabría denominar «doméstica», «familiar», de pareja, etc., pero no de género, argumentando por una parte, que con esta formulación de carácter más general el efecto práctico sería el mismo, porque en realidad se aplicaría en mucha mayor proporción a mujeres víctimas de violencia que a hombres y a su vez se le daría un encaje constitucional, y, por otra, que en nuestro país no se puede hablar de una

⁷ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida contra la Mujer, Consejo General del Poder Judicial de junio de 2004. El voto particular a dicho informe pone de manifiesto que la mayoría del CGPJ informa desfavorablemente el Anteproyecto de Ley, negando la existencia de la «cultura machista o sexista» como problema social, niega la historia misma, niega la «violencia de género», es decir de hombres contra mujeres, fruto de las relaciones de dominio y posesión que históricamente han ejercido aquéllos sobre éstas.

⁸ Informe del Consejo de Estado, junio de 2004.

Hace notar Nuria Varela que el Consejo de Estado no cuenta con ninguna mujer entre sus ocho consejeros permanentes, ni entre los siete consejeros natos ni tampoco entre los diez consejeros electivos. Y añade: «al cúmulo de críticas se añadió la juez decana de los Juzgados de Instrucción de Barcelona, asegurando que las mujeres ponían denuncias falsas tan sólo para conseguir mejoras en sus divorcios, aunque no aportaba ningún dato que avalara dicha afirmación», en *Feminismo para principiantes*, ediciones B, 2000, p. 261.

dimensión estructural de la violencia que sufren las mujeres por el hecho de serlo, sino que entre nosotros el problema a corregir es la violencia sufrida por ciertas mujeres por el hecho de relacionarse o haberse relacionado con ciertos hombres de características agresoras. Como consecuencia de tales críticas, el legislador amplió la protección a menores e incapaces que se encuentren en su entorno familiar.

Bien, a pesar de las críticas recibidas por distintos sectores, finalmente se aprobó por unanimidad la Ley Orgánica Integral contra la Violencia de Género, Ley que, a pesar de las posibles deficiencias que pueda tener, en mi opinión, ha supuesto un salto cualitativo y cuantitativo, al dar una respuesta global, para acabar con dicha violencia.

Se ha sustituido la expresión «violencia doméstica» por la de «violencia de género», expresión utilizada en los organismos internacionales, que expresa las agresiones contra las mujeres como fórmula para mantener su rol tradicional de obediencia y sumisión, a diferencia de la violencia doméstica, que se refiere tan sólo a la que se ejerce en el hogar entre los distintos integrantes de la familia. El concepto de violencia doméstica hace hincapié en la privacidad, por lo que la persecución de dichos delitos está implícitamente supe-
ditada a la denuncia de la persona agraviada, mientras que el concepto de violencia de género deposita el deber de tutela en los poderes del Estado igual que cualquier otro delito perseguible de oficio; es el Estado quién está en el deber de prevenir, proteger a la víctima y sancionar el delito ⁹.

Con la nueva Ley, nos encontramos ante un delito perseguible de oficio, de forma tal que, interpuesta la denuncia, aunque posteriormente sea retirada, ello no paraliza el proceso, pues el perdón de la ofendida no extingue la responsabilidad criminal del agresor. No obstante, a pesar del esfuerzo realizado en los últimos años a través de las campañas de concienciación y reformas legislativas para tutelar a las víctimas de estos delitos, muchas mujeres siguen sometidas, con miedo a denunciar (un 70 por 100 de las mujeres asesinadas no formularon denuncia), o con dificultades para mantener la denuncia.

Así, una vez interpuesta la denuncia por la víctima, ésta tiene la obligación de declarar ante el juez de instrucción y ante el juez de lo penal en el juicio oral, de acuerdo a los artículos 707 y 410 de la LECr. Puesta en marcha la maquinaria de la justicia, aunque se renuncie a la acción penal, la persecución del delito sigue adelante porque la acción la ejercita el Ministerio Fiscal. El problema surge porque en la mayoría de los casos estamos ante hechos que se producen sin más testigos que la propia víctima, y a no ser que existan partes médicos que objetiven el delito, si ésta se niega a declarar en el plenario, en numerosas ocasiones, el efecto es el mismo que si retirase la denuncia, por cuanto el juez que debe valorar los hechos se encuentra carente de prueba que enerve la presunción de inocencia del acusado, debiendo dictar una sentencia absolutoria por falta de prueba.

⁹ María Durán, «La Ley contra la Violencia de Género en el contexto internacional», en *Revista Temas*, núm. 133, diciembre de 2005.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 741 de la LECr, cuando una persona tenga conocimiento de la comisión de un hecho delictivo tiene la obligación de prestar declaración en el juicio oral sobre lo que supiere de lo que le fuera preguntado. Si la víctima, como principal testigo no comparece al acto del juicio, el juez puede proceder a la suspensión del mismo si considera que no puede prescindir de su testimonio porque es esencial. Sin embargo, esta obligación inexcusable de declarar se trunca en muchos casos, por aplicación del artículo 416 de la LECr, que establece la dispensa por razón de parentesco con el acusado. El problema reside en saber si dicha dispensa abarca o debe aplicarse a los delitos de violencia de género ¹⁰. Lo cierto es que este artículo nada dice al respecto, pero en buena lógica su aplicación resulta contradictoria con la voluntad del legislador y el espíritu de la Ley Integral de Protección de las Víctimas de Violencia de Género. En primer lugar, porque la víctima es quien ha puesto la denuncia contra la persona con la que está ligada por razones de parentesco y resulta de todo punto de vista contradictorio que después pueda ampararse en la dispensa por razón de parentesco para no declarar, pues no estamos ante cualquier testigo, sino ante la víctima que ha denunciado el hecho que se va a enjuiciar y en muchos casos el único testigo. En segundo lugar, de acuerdo al artículo 261 de la LECr, la víctima está eximida de la obligación de denunciar ante el juez la perpetración de un delito cuando exista con el acusado una relación de parentesco, o sea, que la presentación de la denuncia ante la autoridad es voluntaria, pero entonces, si voluntariamente se interpone denuncia, ésta debería implicar la renuncia a ampararse en la dispensa por razón de parentesco para no declarar, porque de no ser así estaríamos ante un fraude de ley, quizás motivado por miedo de la víctima o porque le ha perdonado y quiere reanudar la convivencia, pero independientemente de los motivos que lleven a la víctima a no declarar por razón de parentesco, consideramos que dan lugar a un abuso de derecho, puesto que ya se ha puesto en marcha la maquinaria de la justicia y posteriormente se actúa como si se intentara retirar la denuncia o cambiar la declaración para no inculpar al acusado, pero de manera más cómoda, ya que en el último caso podría ser imputada por un delito de falso testimonio y, sin embargo, amparándose en la dispensa del artículo 416, no hay consecuencias legales para la víctima, quien con su actuación produce los mismos efectos que si se tratase de un delito privado sólo perseguible a instancia de parte, como si el perdón del ofendido extinguiese la responsabilidad del acusado. Y a su vez, la aplicación de la dispensa puede provocar un aumento de presiones a la víctima por parte del presunto agresor. Por lo expuesto consideramos que el artículo 416 de la LECr no debería ser de aplicación en los casos de violencia de género.

Otro problema que suscita dicha Ley es su posible inconstitucionalidad, considerando por parte de algunos sectores, que atenta contra el principio de igualdad.

¹⁰ Vicente Magro Servet, «La renuncia de las víctimas de violencia de género denunciantes a declarar en la instrucción o en el juicio oral contra sus agresores: ¿Estamos ante un síndrome de Estocolmo?», *La Ley*, núm. 6333, octubre de 2005.

En primer lugar, es conveniente puntualizar que la violencia de género es la principal violencia que existe en España en número de muertes y constituye un atentado intolerable de los derechos fundamentales de las mujeres, contra su libertad, su seguridad, su derecho a la vida y a la integridad física y moral; en suma, contraria a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE, que exige como respuesta, unas eficaces políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y de protección.

Como es sabido, nuestro texto constitucional configura la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1), consagra el principio de igualdad ante la Ley en su artículo 14 (que abarca tanto la igualdad en la Ley como la igualdad ante la Ley) que incluye la prohibición de discriminación y, por último, viene configurada como igualdad material en el artículo 9.2, estableciendo un mandato a los poderes públicos para que remuevan los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad real y efectiva. En consecuencia, la igualdad debe interpretarse a la luz de todos estos preceptos.

El legislador, por tanto, está constantemente clasificando a los ciudadanos en razón de muy diversos factores y asignando diferentes estatutos jurídicos en función del colectivo en que cada uno de los individuos se integren y así lo puede hacer si existe una justificación objetiva y razonable. El legislador puede establecer diferencias de trato entre distintos grupos de ciudadanos, a fin de alcanzar la verdadera igualdad, siempre que esta diferencia sea proporcionada al fin que se pretende alcanzar. Ello se traduce en un conjunto de leyes en las que se establecen consecuencias jurídicas distintas para aquellos sectores de población que se encuentran en situaciones sociales diferentes, sin que se vulnere por ello el principio de igualdad, tal y como ha tenido ocasión de ponerlo de manifiesto el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias en lo que ha denominado el derecho desigual igualatorio¹¹, encaminado a equilibrar las distintas situaciones con el fin de superar las desigualdades existentes, en especial cuando, como ahora, estamos ante graves atentados contra la vida, la integridad física y psíquica, la libertad y en definitiva contra la dignidad. La igualdad efectiva es remediar la situación de desigualdad. Ése es el propósito de esta Ley. De no ser así, se vulneraría el derecho a la no discriminación en los supuestos en los que no se aplicase un trato distinto a personas cuyas situaciones sean sensiblemente diferentes¹².

La constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley en este punto, dependerá de si consideramos que en nuestra sociedad perdura una situación real discriminatoria hacia la mujer por su situación de subordinación hacia el

¹¹ STC 229/92, de 14 de diciembre: «No cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios... La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un derecho desigual igualatorio, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes...» En la misma línea, STC 28/1992, de 9 de marzo: «No puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida, antes al contrario, la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes públicos emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial.»

¹² TEDH Sentencia de 6 de abril de 2000, caso Thlimmenos contra Grecia.

hombre o bien dicha situación se halla ya superada. Sin embargo, si atendemos a los alarmantes datos que van apareciendo cada año sobre víctimas por violencia de género ¹³, debemos concluir que no se trata de una diferenciación injustificada, sino objetivamente razonable. La situación reflejada en tales datos evidencia la necesidad de las medidas adoptadas en la Ley Orgánica Integral contra la Violencia de Género para acabar con la histórica situación de desigualdad. Así, como bien expone el Fiscal General del Estado ¹⁴ «la causa justificativa proviene, por tanto, de la mano de una realidad social que pone de manifiesto cómo la violencia del hombre contra la mujer en el ámbito de la pareja —a diferencia del supuesto contrario— constituye un problema de primera magnitud en nuestro país, que reclama políticas de igualdad dirigidas a corregir esa situación asimétrica de dominio».

No obstante, los mayores ataques a la Ley van dirigidos a la tutela penal. Las novedades al respecto consisten en: a) una agravación del delito de lesiones cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa, mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; b) se eleva a la categoría de delito las amenazas y las coacciones leves, y c) se sanciona con pena privativa de libertad el quebrantamiento de la pena del artículo 48 del Código Penal (alejamiento en sentido amplio o medida cautelar) cuando el ofendido sea una de las personas a que se refiere el artículo 173.2 del CP.

El hecho de que aparezca el sexo del agresor es considerado por muchos sectores como discriminatorio y, por tanto, de difícil encaje en nuestro texto constitucional. Así se ha puesto de manifiesto en varias cuestiones de inconstitucionalidad ¹⁵ interpuestas contra la Ley basadas en la posible vulneración de derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad, no discriminación por razón de sexo y dignidad humana, al considerar que el hecho de señalar mayor pena para las lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones inflingidas por los hombres contra las mujeres con las que están vinculados por una relación matrimonial o análoga, es inconstitucionalidad. No obstante, la presente Ley no establece la agravación punitiva exclusivamente en el ámbito de la violencia de género, sino que se extiende a las víctimas vulnerables en el ámbito de las relaciones familiares y en tales casos ya no se tiene en cuenta el sexo del agredido. Además, la relación sujeto dominante-subordinado ha sido contemplada por el Derecho penal en varias ocasiones, pues tradicionalmen-

¹³ En los últimos 13 semestres se han producido 519 asesinatos/homicidios de mujeres en España, lo que supone una media de casi 7 muertes al mes, según el Informe de tasa y tendencia de asesinatos de mujeres en España elaborado por la Fundación Mujeres (junio de 2005). Un total de 12.660 mujeres han sufrido lesiones por malos tratos inflingidos por sus cónyuges desde que se inició el año, según datos aportados por el Ministerio del Interior (diciembre de 2005).

¹⁴ Conde Pumpido, Fiscal General del Estado, oponiéndose a los argumentos esgrimidos en las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional.

¹⁵ La juez de Murcia, María Poza, plantea cuestión de inconstitucionalidad invocando que la Ley puede vulnerar tres artículos de la Constitución, referidos a la igualdad ante la ley (art. 14), la dignidad de la persona (art. 10.1) y la presunción de inocencia (art. 24.2). También el juez de lo Penal de las Palmas, Salvador Alba, ha interpuesto cuestión por motivos análogos, alegando que la Ley discrimina al hombre por razón de sexo.

te la realización del comportamiento ilícito abusando de la superioridad expresa una mayor reprochabilidad de la conducta.

Además el juez no debe aplicar siempre la pena de prisión, sino que tiene como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, de modo que la pena de prisión no es de imposición obligatoria.

El hecho de que la Ley contemple delitos específicos en los que el sujeto activo es el hombre y el sujeto pasivo la mujer (esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por lazos afectivos con o sin convivencia), llevan a parte de la doctrina a considerar que nos hallamos en un Derecho penal de «autor»¹⁶ que determinaría las penas en atención a la personalidad del reo y no sobre la base de los resultados del hecho delictivo, conculcándose los principios de proporcionalidad y de culpabilidad como principios básicos en el que se asienta en Derecho penal y consideran también que se vulneraría el principio de igualdad por cuanto ante unos mismos hechos se castigaría de forma distinta según quién sea el autor y quién sea la víctima¹⁷, de forma tal que esa discriminación a favor de la mujer no debe perjudicar a alguien por ser hombre, porque el castigo más severo de conductas cuando son cometidas por un hombre en nada favorece la igualdad de oportunidades para la mujer, entendiéndose que no resulta viable establecer una superprotección de la libertad de la mujer, a costa de una mayor restricción de la libertad del varón, como la que deriva del endurecimiento de la pena prevista en el tipo penal.

Sin embargo, en la violencia de género más que un ánimo *laedendi* en el agresor, se da un ánimo *dominandi*¹⁸, donde la violencia es el instrumento para mantener la subordinación de la mujer a la autoridad del hombre. El problema aparece entonces en la referencia al elemento intencional, más difícil de valorar por los aplicadores del derecho, que unas lesiones fácilmente objetivables.

No obstante, esta mayor dificultad no debe suponer su total exclusión, pues no sería el único tipo delictivo que englobara una referencia intencional o elemento subjetivo como «ánimo de lucro», «a sabiendas», «los que... promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas... o las posean con aquellos fines», delitos de peligro abstracto o peligro eventual. En estos casos, el elemento subjetivo del injusto es un elemento indeterminado que encierra una inferencia que debe apoyarse en las circunstancias concurrentes en cada supuesto y al parecer no existe problema alguno en la valoración de estos tipos, ¿por qué entonces se encuentran tantas objeciones en la aplicación de delitos de violencia de género? Asimismo, el legislador penal

¹⁶ Incluso algunos autores lo califican como «Derecho Penal del Enemigo»; véase en este sentido Felipe Pérez del Valle, «La regulación de la violencia doméstica como derecho penal del enemigo», en *Temas de Actualidad*, abogacía española.

¹⁷ En este sentido la juez de Murcia en su cuestión de inconstitucionalidad afirma que no beneficia a las mujeres que los hombres pasen más tiempo en la cárcel y añade: «Sólo desde una vocación demagógica puede despreciarse, con la gravedad añadida de hacerlo en una norma penal, la responsabilidad que las mujeres hemos tenido y seguimos teniendo en la pervivencia de la desigualdad.»

¹⁸ Alberto Manuel López López, «La Violencia de Género y sus autores en la nueva Ley de Protección integral», *La Ley*, núm. 6320, septiembre de 2005.

en algunas ocasiones tipifica la misma conducta delictiva haciendo corresponder efectos distintos según quién sea el autor, sin que por ello se hayan despertado tantos recelos. Ciertamente, no tiene las mismas consecuencias penológicas si una conducta la realiza un mayor de edad que si la realiza un menor, o bien, como afirma María Luisa Balaguer¹⁹, ya hay en el Código Penal delitos que existen en función de quien los sufre o quienes los produce: «Si tú pegas una bofetada a un compañero de trabajo no es lo mismo que si se la das al presidente del Gobierno», ejemplifica, «lo mismo ocurre si eres un empresario y agredes a tu empleado».

Pero es que, además, la Ley no castiga al hombre por ser hombre, sino que considera de mayor reproche la actitud del varón que somete a la mujer a una situación de auténtica desigualdad y discriminación «siendo o habiendo sido su marido o estando o habiendo estado ligado a ella por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia», pero no se aplica el agravamiento de las penas frente a cualquier ataque de un hombre a una mujer²⁰ sino cuando la violencia se produce en la concreta relación de pareja o expareja, o sea, cuando exista este «vínculo» entre agresor y víctima. A nuestro entender, este precepto no sólo no se aparta de los valores constitucionalmente tutelados, sino que persigue una mayor protección de los mismos, ya que, según la jurisprudencia constitucional, no toda diferencia de trato implica discriminación. Así, «el trato igual a situaciones desiguales no conducirá nunca a la consecución de la igualdad, de suerte que sólo el trato desigual a situaciones de desigualdad conducirá al logro de la igualdad»²¹.

Y en este caso la magnitud del problema evidencia que la protección de la mujer ante los actos de maltrato requiere la adopción de «medidas distintas», porque la víctima de malos tratos no es igual a las demás, que las que se han de adoptar para proteger en general a las víctimas.

Nos parece razonable la opción del legislador por establecer un «plus de protección» para aquellas mujeres que se encuentran en estas situaciones, siempre que dichas medidas aparezcan respetuosas con el principio de proporcionalidad, pues responde al mandato constitucional que el artículo 9.2 dirige a los poderes públicos, obligados a eliminar los obstáculos que impiden la realización de los derechos fundamentales, en este caso los de las mujeres que sufren violencia por sus maridos o compañeros.

Independientemente de cuál sea la interpretación que el Tribunal Constitucional dé a estas cuestiones de constitucionalidad planteadas, lo cierto es que hasta ahora ha venido declarando que la legitimidad constitucional en el

¹⁹ M.^a Luisa Balaguer, catedrática de Derecho Constitucional y una de las redactoras de la Ley en www.redfeminista.org.

²⁰ Así, por ejemplo, si un hombre sustrae el bolso a una mujer la pena a imponer será la misma que si una mujer roba la cartera a un hombre.

²¹ Ante el gran número de sentencias absolutorias, o la consideración de que hechos graves de amenazas o violencias se considerasen sólo como faltas, junto a la calificación de estos hechos a la baja, quizás por la tradicional concepción de que los hechos que se cometen dentro de la familia eran extraños a los aplicadores del Derecho, el legislador se vio en la necesidad de endurecer las penas para los agresores, estableciendo de manera específica la respuesta penal a este tipo de violencia.

establecimiento de diferencias ha de realizarse con un test de igualdad sobre la razonabilidad y la finalidad que la norma persigue y teniendo en cuenta lo manifestado por el Tribunal en el Auto por el que se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Vicente del Raspeig en relación con el artículo 153 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, consideramos que los preceptos de la Ley no vulneran la Constitución. Según el Tribunal Constitucional, «ante el problema social de primera magnitud que en nuestro país representa la violencia doméstica, la relevancia social de los bienes o intereses que el precepto pretende proteger, constituidos no sólo por la libertad y la integridad psíquica y física de la víctima, sino también por la pacífica convivencia doméstica, así como su directa y estrecha conexión con principios y derechos constitucionales, como la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), o, también entre otros, la protección de la familia (art. 39), no cabe dudar de la idoneidad de las sanciones previstas en el precepto cuestionado, al tratarse de medidas que con toda seguridad pueden contribuir a evitar, como con ellas, y en especial con la pena de prisión, ha pretendido el legislador según ha quedado explicitado en la exposición de motivos de la Ley, la realización de actos de violencia doméstica, persiguiendo en lo posible su erradicación, y a alcanzar y asegurar la mejor y más adecuada protección de las víctimas y una pacífica convivencia en el ámbito doméstico.

En el presente caso el legislador pretende responder ante este concreto fenómeno criminal con una agravación de las penas cuando la víctima de las violaciones sea esposa o análoga, y si bien podía haber evitado la polémica por el camino de convertir en delitos lo que son faltas contra las personas, con independencia de quién fuera la víctima, lo cierto es que no lo ha hecho, para resaltar la magnitud del problema de subordinación de las mujeres que trata de erradicar. Se trata, en definitiva, de una opción de política criminal que consideramos legítima y acorde con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

Financiación privada de las nuevas infraestructuras y servicios públicos ★★

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. VIEJO CONCEPTO DE OBRA PÚBLICA Y DE SERVICIO PÚBLICO *VERSUS* NUEVOS CONCEPTOS DE INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL.—III. TIPOS DE CONSTRUCCIÓN Y FINANCIACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS.—3.1. Financiación pública directa.—3.2. Financiación pública indirecta.—3.3. Financiación pública diferida.—3.4. Financiación pública no presupuestaria.—3.5. Financiación privada o mixta.—3.5.1. El régimen concesional.—3.5.1.1. El *Project Finance*.—3.5.1.2. El PFI.—3.5.1.3. El PPP.—3.5.2. Formas de financiación del concesionario en la utilización de todas estas técnicas.—3.5.2.1. Emisión de bonos u obligaciones.—3.5.2.2. Préstamo hipotecario.—3.5.2.3. Titulización.—3.5.2.4. Créditos participativos.—IV. LA CORTA EXPERIENCIA ESPAÑOLA EN LA UTILIZACIÓN DE ESTAS TÉCNICAS.—4.1. Los antecedentes históricos: regulación anterior a la Ley 13/2003.—4.2. La Ley 13/2003, de 24 de mayo.—4.2.1. Objeto del contrato de concesión de obra pública.—4.2.2. Riesgo y ventura del concesionario.—4.2.3. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato.—4.2.4. Financiación de las obras públicas construidas mediante contrato de concesión.—4.2.5. Retribución del concesionario.—4.2.6. Zonas complementarias de explotación comercial.—4.2.7. Régimen económico-financiero de la concesión: aportaciones públicas a la construcción y explotación de la obra y régimen tarifario.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La creación de infraestructuras se ha revelado desde hace tiempo como un instrumento de primer nivel para el desarrollo económico general. No

★ Doctor en Derecho. Profesor de Derecho administrativo.

★★ El presente trabajo es fruto del Proyecto de Investigación sobre Servicios Económicos Regulados (GISER) del Ministerio de Educación y Ciencia, Código de referencia SEJ2005-03219/JURI, concedido para el periodo 2005-2007.

obstante, no ha sido hasta fechas relativamente recientes cuando ese efecto benefactor se ha comprendido de manera mucho más cristalina y directa en nuestro país, y ello se ha debido a factores más exógenos que endógenos. En efecto, desde que España ingresase en la entonces Comunidad Económica Europea, ahora Unión Europea, allá por el año 1986, el esfuerzo por seguir los pasos de los países de nuestro entorno en aras a alcanzar un nivel de desarrollo similar hizo agudizar el ingenio a nuestros gobernantes, principales impulsores de la creación de los Fondos de Cohesión. Estos fondos, como sabemos, tienen un carácter absolutamente finalístico, pues no pueden ser destinados más que a gastos de inversión en infraestructuras, siendo sus beneficiarios aquellos países que tengan una renta per cápita inferior al 90 por 100 de la media comunitaria. Con estos requisitos, nuestro país se situaba en una posición privilegiada para ser el mayor perceptor de los mismos, como la experiencia nos demuestra, y para destinarlos a lo que más falta hacía: la creación de infraestructuras que sirvieran de soporte para nuestro crecimiento económico. Y es que, en buena medida, el desarrollo económico de España en los últimos quince años no puede entenderse sin la existencia de los Fondos de Cohesión, percibidos en una cuantía importantísima gracias a la habilidad de las diferentes Administraciones públicas para presentar proyectos susceptibles de financiación por esta vía.

Sin embargo, la vaca no da leche eternamente. En los últimos años, la financiación de las infraestructuras en nuestro país se ha visto dificultada por varios factores, curiosamente, procedentes fundamentalmente del mismo ámbito que las facilitaba con anterioridad, pues son móviles comunitarios los que han obligado a los Estados miembros a replantearse las formas en que se proveen los nuevos servicios de interés general, como los denomina la normativa comunitaria, y las infraestructuras que sirven para su prestación. Por lo que respecta a España, tres son los motivos que han influido esencialmente en el replanteamiento de la política de infraestructuras, como son la firma del Pacto de Estabilidad en el ámbito de la zona euro, la entrada de nuevos países perceptores de fondos de cohesión como consecuencia de la reciente ampliación de la Unión Europea hacia el Este y las nuevas políticas neoliberales que en materia económica han aplicado tanto el Gobierno central en la etapa 1996-2004 como algunas Comunidades Autónomas gobernadas por el Partido Popular.

El primero es consecuencia de nuestras obligaciones asumidas a raíz de la adopción de la moneda única, una moneda común cuya credibilidad debe basarse en una política monetaria y económica similar en cuanto a sus variables macro en los países de la zona euro. El objetivo de política monetaria común se consigue con la delegación de la elaboración de la misma a un organismo dotado de gran autonomía de actuación frente a los Estados como es el Banco Central Europeo. El segundo objetivo de homogeneización de la política económica es más que evidente que no se ha conseguido todavía, poniéndose en riesgo la propia existencia de la moneda única europea, como hemos tenido ocasión de comprobar en los últimos meses, por la distinta política económica seguida por los países euro y por las diferentes conse-

cuencias que los incumplimientos de los criterios establecidos en el Pacto de Estabilidad tienen dependiendo de quién sea el país incumplidor. Por lo que a este trabajo hace referencia, uno de los requisitos de política macroeconómica que impone ese Pacto a los países de la zona euro es precisamente no sobrepasar un determinado nivel de déficit público, que se sitúa en el 3 por 100 del PIB. Este hecho supone una dificultad a la hora de que los Estados puedan financiar las infraestructuras directamente vía presupuestaria y hace que tengan que acudir a nuevas fórmulas para crear unas infraestructuras cada vez más numerosas por la enorme demanda social existente y, sobre todo, cada vez más complejas y, por ende, más caras.

El segundo factor que apuntábamos *supra* era el de la ampliación de la Unión hacia el Este, con unas consecuencias todavía no sentidas pero que van a ser de una importancia radical para el propio futuro de la Unión Europea. Es evidente que esta decisión de ampliación, precipitada si se quiere, está guiada más por condicionantes políticos que por factores estrictamente económicos. En este sentido, la experiencia reciente vivida con la reunificación de Alemania nos demuestra el comportamiento tan cruel que sobre la economía tienen esas decisiones políticas de gran calado. En el caso alemán, la decisión política del 1 = 1, es decir, la equiparación del marco del Este al del Oeste ha tenido una trascendencia económica de la que todavía no se ha recuperado el gigante teutón, el tercer mayor PIB del mundo, recordemos. La entrada de estos nuevos países en la Unión ha supuesto la necesidad de reforma de las instituciones comunitarias para adaptarse al nuevo tamaño y va a suponer, por lo que a algunos países se refiere, entre ellos España, el paso de ser un país receptor de fondos a ser un país contribuyente nato al presupuesto comunitario. Los primeros escaños ya se han vivido a la hora de la aprobación del presupuesto comunitario en la última cumbre europea celebrada en junio de 2005, donde, por lo que a España se refiere, el principal punto de discusión era el período de transición que se concedía a nuestro país para poder seguir percibiendo dinero procedente del Fondo de Cohesión. Este nuevo rol español supone la pérdida de la percepción de buena parte de los fondos europeos que servían hasta ahora para crear infraestructuras, por lo que este hecho, junto al apuntado anteriormente, hace que, de nuevo, haya que poner el acento en la búsqueda de nuevas fórmulas de financiar la creación de las mismas. Y las fórmulas buscadas, sin ser nuevas, sí que presentan aspectos novedosos. Dichas fórmulas se centran en la participación e implicación del sector privado en la creación de infraestructuras como elemento imprescindible para suplir unos esfuerzos públicos escasos y autolimitados. La relevancia de este hecho es enorme, ya que supone una nueva forma de actuar por parte de los poderes públicos, cuyo papel en el ámbito económico cambia de una intervención directa a un papel de control indirecto, de garante de la prestación del servicio. Se pasa de un Estado prestador de servicios a un Estado garantizador de servicios públicos.

Por último, desde un punto de vista interno, el desarrollo de unas políticas neoliberales centradas, más por una imposición comunitaria que por un convencimiento ideológico, descubierto *a posteriori* en la mayoría de los casos,

en la liberalización de sectores económicos tradicionalmente reservados al sector público ha favorecido el impulso de nuevas formas de creación de infraestructuras para la prestación de servicios de interés general en la que ha jugado un papel muy notable el sector privado. De hecho, algunas Comunidades Autónomas, ahogadas por su déficit han visto una panacea en el recurso a la financiación privada de todo tipo de infraestructuras y dotaciones públicas (hospitales, colegios, etc.) siguiendo el esquema de experiencias ensayadas con anterioridad en otros países de nuestro entorno.

Por todo lo expuesto, el objetivo de este trabajo es el análisis de las fórmulas conjuntas de financiación de infraestructuras para la prestación de los servicios públicos a los que sirven de base, con referencias a alguna experiencia de Derecho comparado que ya se ha desarrollado en algunos países, con un éxito razonable en unos casos y con un sonoro fracaso en otros, y que ha influido en la articulación de toda una nueva política de infraestructuras en nuestro país, que ha dado lugar a un impulso legislativo de reforma y aprobación de nuevas normas para poder encauzar jurídicamente este desafiante proceso que afecta a los propios pilares de la organización y el funcionamiento de los Estados.

II. VIEJO CONCEPTO DE OBRA PÚBLICA Y DE SERVICIO PÚBLICO *VERSUS* NUEVOS CONCEPTOS DE INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

Los conceptos de obra pública y de servicio público son nucleares en el Derecho administrativo. Forman parte del giro o tráfico administrativo ¹, es decir, de las actividades esenciales que llevan a cabo las Administraciones públicas para la consecución de los objetivos otorgados por el ordenamiento jurídico y, por ello, tradicionalmente nuestra legislación en materia contractual ha venido calificando como administrativos *ex lege* los contratos de esta naturaleza.

Sin embargo, el concepto de obra pública, al contrario de lo que ha sucedido con el de servicio público, ha sido constantemente menospreciado por la doctrina administrativista y la aproximación al mismo se ha efectuado siempre bajo el ropaje de otras materias jurídicas relacionadas, esencialmente la materia contractual, por lo que la ausencia de autonomía del concepto ha desmejorado una figura utilizada para dar cabida a realidades muy diversas ².

¹ Sobre el concepto de obra pública y servicio público, véase E. García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, 8.ª ed., Madrid, 1997, p. 53.

² P. Valcárcel Fernández, «Acerca de las obras públicas: su ejecución y financiación. Perspectivas actuales», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 14, INAP, pp. 227 a 251. La autora reclama la autonomía de un «macroconcepto», como así lo denomina, que englobe realidades muy dispares.

La primera disposición que intenta regular de una manera completa las obras públicas es la Instrucción de 10 de enero de 1845 ³, cuyo objeto eran las «*construcciones que se ejecuten para satisfacer objetos de necesidad o conveniencia general*». Sin embargo, la calificación de «*obra pública*» se reservaba para las realizadas con fondos del Estado, las Provincias o los municipios y para su realización se diferenciaban tres sistemas: la contrata (cuando la ejecución de la obra recaía en un particular, al que se le paga a través de la técnica de las certificaciones), la administración (cuando la obra la ejecuta directamente el aparato burocrático por sus propios medios) y la empresa (que consiste en la ejecución de la obra por un particular que se cobra con las rentas obtenidas en la explotación de la misma) ⁴. Como tendremos oportunidad de comentar más adelante, ya en esta época se dibujan muy certeramente las diferentes fórmulas de colaboración en la ejecución de obras públicas entre los poderes públicos y los privados, con lo que las actuales fórmulas tienen poco de novedad en cuanto al fondo, aunque sí establecen elementos novedosos en cuanto a la forma.

A pesar del antecedente comentado, el primer intento serio de definición de la obra pública que se hizo en España se contiene en el todavía vigente artículo 1 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, que establece que «... *se entiende por obras públicas las que sean de general uso y aprovechamiento, y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos*». Esta norma distingue claramente dos tipos de obras públicas: las de general uso y aprovechamiento y las destinadas a servicios que se encuentran a cargo del Estado, de las provincias y de los municipios ⁵.

De la definición que de la obra pública se nos da en la norma citada se deduce el carácter finalista de la obra pública y su conexión con los bienes públicos.

El carácter finalista viene dado porque la obra pública está destinada a un uso o servicio público, con lo que su conexión con el servicio público es evidente, compartiendo su mismo objetivo en el primer caso y diluyéndose en su propio ser en el segundo.

Asimismo, su conexión con el demanio se produce por el cambio de régimen jurídico que experimentan los bienes sobre los que se realiza la obra pública al quedar éstos afectados a la finalidad ya manifestada de la obra pública, es decir, el uso o servicio público, constituyéndose así lo que algunos autores denominan dominio público artificial ⁶.

³ Sobre esta y otras disposiciones de la época en la materia, véase F.J. Jiménez de Cisneros, *Obras Públicas e iniciativa privada*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001.

⁴ Sobre la citada instrucción, véase J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación de las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos», *REDETI*, núm. 10, 2001, p. 82.

⁵ Para algunos autores el concepto de obra pública que acoge el artículo 1 de la Ley General de Obras Públicas desnaturaliza y oscurece el concepto de obra pública al incluir estructuras y actividades de interés público que no dan lugar al surgimiento de obra alguna o al diluir el concepto incluyendo varias subespecies dentro del mismo, como las obras privadas. Véase J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, p. 83.

⁶ La citada expresión la podemos encontrar en Patricia Valcárcel Fernández, «Acerca de las obras públicas...», *op. cit.*, p. 230. La expresión también la encontramos, como se encarga de poner de manifiesto la

Por consiguiente, desde ahora mismo es necesario resaltar la evidente conexión entre la obra pública, el servicio público y el dominio público. Curiosamente, de estos tres conceptos tradicionales del Derecho administrativo, el que se muestra más resistente al cambio es el del dominio público. Poco o nada ha avanzado la teoría del dominio público a pesar de la insatisfacción general que su planteamiento actual genera en toda la doctrina. Por el contrario, hemos observado en los últimos años, como pondremos inmediatamente de manifiesto, la enorme evolución que los conceptos de obra pública y de servicio público han sufrido. De hecho, para un importante sector doctrinal, cada vez más numeroso y pujante, la teoría clásica del dominio público supone un auténtico lastre para la evolución en el desarrollo de nuevas formas de financiación de las obras públicas y es la auténtica culpable de que no se pueda sacar más provecho de las mismas ⁷. Más tarde volveremos sobre este punto.

El artículo 1 de la Ley General de Obras Públicas sigue oficialmente vigente con el concepto de obra pública que ya hemos visto que acoge bajo su seno. No obstante, como pone de manifiesto el profesor Villar Ezcurra, el vaciamiento progresivo de esa Ley ha sido constante hasta el momento presente, encontrándonos en la actualidad un panorama de dispersión de normas que regulan aspectos diversos de la obra pública ⁸.

Por lo que a nosotros respecta, el objeto del contrato de obras se regula actualmente en el artículo 120 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio ⁹. De la regulación del objeto de este contrato que efectúa la citada

citada autora, en J.V. González García, «La titularidad de los bienes del dominio público», Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 260, o en J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, p. 85.

⁷ Véanse en este sentido los trabajos de autores como G. Ariño Ortiz, «Infraestructuras, nuevo marco legal», *REDETI*, núm. 10, 2001, pp. 59 a 77 o, de este mismo autor, «Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público, ¿son técnicas intercambiables?», *REDETI*, núm. 22, 2005, pp. 57 a 83. También F. J. Jiménez de Cisneros, *Obras públicas e iniciativa privada*, *op. cit.* Igualmente, J. de la Cruz Ferrer, «Nuevas perspectivas en la regulación de las infraestructuras», *REDETI*, núm. 7, 2000, pp. 11 a 53. Asimismo, J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, pp. 85 a 92. Finalmente, A. Ruiz Ojeda, *Dominio público y financiación privada de infraestructuras. Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española*, Editorial Marcial Pons y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Madrid, 1999.

⁸ J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, p. 84. El citado autor describe la dispersión señalando cómo la regulación general en torno a las modalidades de ejecución de las obras públicas se recoge actualmente en la legislación sobre contratación administrativa, su financiación y explotación se recoge en una legislación sectorial dispersa y el régimen jurídico en torno a su naturaleza y uso se regula también por la legislación sectorial con una homogeneidad notable.

⁹ El citado precepto establece lo siguiente: «A los efectos de esta Ley se entiende por contrato de obras el celebrado entre la administración y un empresario cuyo objeto sea:

- a) La construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así como cualquier otra análoga de ingeniería civil.
- b) La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos.
- c) La reforma, reparación, conservación o demolición de los definidos en las letras anteriores.

norma se pueden extraer dos claras conclusiones. Primera, la conexión entre obra pública y bienes públicos sigue tan vigente como en la Ley General de Obras Públicas, o más ¹⁰. Segundo, la ampliación intencionada del objeto del contrato obedece a razones obvias de mayor intervención administrativa en diferentes ámbitos que en siglos anteriores.

Sin embargo, a pesar de la ampliación del objeto del contrato de obra, éste se muestra insuficiente para englobar determinadas realidades que afloran en sectores económicos de importancia capital en tiempos recientes y, sobre todo, se muestra incapaz de establecer una conexión clara entre la obra pública y el servicio público, como demuestra la propia regulación del precepto aludido. De esta forma, el viejo concepto de obra pública empieza a ser sustituido a finales del siglo XX por el nuevo concepto de infraestructura, que es un concepto capaz de establecer una conexión más íntima entre obra y servicio público al integrar en el mismo tanto elementos no tangibles (los servicios) como todo lo indispensable para que funcione una organización ¹¹. De este modo, al englobar algo más que la mera construcción material o tangible, el concepto de infraestructura se revela muy útil para establecer la conexión entre las obras necesarias para poner en funcionamiento los diferentes servicios tan tecnificados que el desarrollo tecnológico permite en la actualidad ¹².

Directamente relacionado con el concepto de infraestructura está el concepto de red. De hecho algún autor ¹³ habla de redundancia en la utilización, frecuente en nuestra doctrina, del término infraestructuras en red o de red ¹⁴.

Si la evolución del concepto de obra pública hacia el más amplio de infraestructura ha tenido una trascendencia jurídica notable, es el ámbito del servicio público donde la evolución ha sido mucho más profunda. En este terreno, hemos pasado de intentos de explicar todo el funcionamiento del Estado acudiendo a la teoría del servicio público en Francia, con la formación de la otrora poderosa «Escuela del Servicio Público» capitaneada por el Decano de Burdeos (Duguit) y que describía, explicaba y justificaba el poder omnímodo que tenía el Estado para reservarse la prestación de cualquier servicio a la comunidad en régimen de monopolio y, por ende, con exclusión del sector privado, a un Estado que se retira a sus cuarteles de invierno limitando su intervención económica a garantizar un tratamiento igualitario, en

¹⁰ Los antecedentes históricos descritos se ven claramente en este artículo a la hora de establecer la conexión del contrato de obra con los bienes inmuebles en general y los bienes de dominio público por naturaleza en particular.

¹¹ Sobre la diferencia entre el viejo concepto de obra pública y el nuevo de infraestructura, véase J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, pp. 92 a 100.

¹² La conexión más directa entre obra y servicio se contiene en nuestro ordenamiento a nivel legal en el artículo 220 de la LCAP, encargado de definir el objeto del contrato de concesión de obra que introduce en la LCAP la Ley 13/2003, de 23 de mayo, y que ha supuesto un *lifting* jurídico para la utilización de técnicas de prestación y financiación de servicios, permitiendo posibilidades que no cabían bajo la normativa de contratación pública anterior a su entrada en vigor y que es, en buena medida, deudor de todos estos cambios de conceptos que estamos comentando.

¹³ J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, p. 93.

¹⁴ Sobre el régimen jurídico de algunas infraestructuras en red, véase R. Caballero Sánchez, «Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos», INAP, Madrid, 2003.

la medida de lo posible, entre privados, tanto desde un punto de vista vertical, es decir, entre el prestador de un servicio de interés general y el usuario de ese servicio, como horizontal, a saber, entre todos los usuarios de dicho servicio. El cambio de actitud de los Estados en cuanto al papel que juegan en el terreno económico ha sido evidente en los últimos años debido a una serie de factores que actuando conjuntamente han logrado que el protagonismo económico se traslade a otros operadores diferentes, sin que, no obstante, el peso del sector público en la actividad económica de los distintos Estados se haya visto radicalmente disminuido ¹⁵ porque la menor intensidad de la intervención actual de los Estados en los mercados se ha visto compensada con el aumento de su presencia en todos los ámbitos de la economía, si bien con un papel distinto en muchos casos.

Los factores que más se han destacado en este proceso son los siguientes:

- La crisis del *welfare state* o Estado del bienestar, incapaz de soportar todo el esfuerzo que su mantenimiento conlleva, con unos Estados ahogados financieramente por el enorme gasto social e incapaces, por sí solos, de satisfacer todas las demandas sociales.
- La globalización económica que ha producido el desarrollo y consolidación del capitalismo a lo largo del siglo XX, con una formación inmensa de capital debido a la mayor eficiencia en la gestión y al beneficio obtenido a través de las economías de escala al homogeneizarse el consumo en todo el mundo.
- La globalización política y social, conseguida a través de la creación de entes supranacionales a los que los Estados ceden más o menos competencias en aras a sentirse menos aislados frente a las potentes sinergias políticas y económicas que dominan el mundo en la actualidad.
- La tercera revolución industrial, es decir, la del sector servicios, que se ha apoyado en la innovación tecnológica fomentada por la informática y las telecomunicaciones.

La conjunción de estos tres factores ha afectado al funcionamiento de los Estados en todos los órdenes y muy especialmente en el terreno económico, donde, como ya se ha comentado, el intervencionismo económico con reser-

¹⁵ El análisis de los factores que han influido en el cambio del papel de los Estados en ámbito económico excede las pretensiones de este trabajo. Tan sólo nos limitaremos a analizar algunas cuestiones básicas para la comprensión del cambio de planteamiento en la financiación de las infraestructuras que se ha producido en los últimos años en los distintos países y que está directamente relacionado con ese cambio de rol que para la prestación de los servicios públicos se ha observado en los países occidentales. En general, sobre el cambio del papel de los Estados en el terreno económico, puede consultarse S. Martín-Retortillo Baquer, «La Administración pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho», en *Fragmentos de Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000. También L. Parejo Alfonso, «El Estado social y Administración prestacional», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 57, 2000. Asimismo, O. Mir Puigpelat, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2004. Igualmente debe tenerse en cuenta el libro colectivo elaborado por los autores G. Ariño Ortiz, J. M. de la Cuétara Martínez y J. L. Martínez López-Muñiz, *El nuevo servicio público*, Editorial Universidad Autónoma de Madrid-Marcial Pons, Madrid, 1997.

va de determinados sectores sensibles a favor de los Estados ha dado paso a una mayor neutralidad frente a las fuerzas económicas que operan en el mercado ¹⁶.

En definitiva, el servicio público, como uno de los pilares esenciales del Estado social de Derecho, ha sido una de las instituciones que más ha acusado la reiterada crisis de ese modelo de Estado, hasta el punto de que parte de la doctrina se apresuró a proclamar su desaparición como concepto, propugnando una participación mínima y testimonial de la administración en la prestación de los mismos ¹⁷. En sentido contrario, hay otros autores que acuden en socorro del Estado social y de sus instituciones más básicas, entre ellas la del servicio público, ante el toque de corneta del ahora pujante mercado, defendiendo la transformación a la nueva realidad del Estado social pero ni mucho menos su desaparición al ser una pieza vital de reequilibrio social ¹⁸.

Estas ideas políticas y doctrinales acerca del concepto de servicio público encuentran reflejo, obviamente, en el ámbito legislativo. En este sentido, nuestro texto constitucional es deliberadamente ambiguo en este terreno, como en tantos otros, y no aboga por un intervencionismo estatal en la economía ni por una defensa a ultranza del mercado. Dentro del Título VII de la Constitución, con su artículo 128 a la cabeza, caben casi todas las posibilidades, aunque bien es cierto que dicho precepto parece apostar, en la línea de lo que hacen los textos constitucionales vigentes en los países de nuestro entorno en el momento de promulgarse nuestra Carta Magna, por una economía de mercado en la que la iniciativa económica general estará en manos de los particulares, siendo posible la actuación de las Administraciones públicas en la materia desde dos puntos de vista: en concurrencia con dichos particulares o reservándose en exclusiva una determinada actividad y, por ende, en régimen de monopolio, estableciéndose límites más severos para esta segunda opción. Por consiguiente, nuestra Constitución nos marca el camino en el que deben desenvolverse las relaciones económicas, pero, lógicamente, no va más allá. Serán las normas legales, especialmente las de la contratación administrativa, las que, en desarrollo de ese Título VII de la Constitución, establezcan las distintas formas de prestación de los servicios públicos ¹⁹.

¹⁶ A. Ezquerro Huerva, «Hacia un concepto objetivo del servicio público en el contexto comunitario europeo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 70, 2004, pp. 52 y 53.

¹⁷ Esta tesis es defendida por G. Ariño Ortiz, en su trabajo titulado «Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (Hacia un nuevo modelo de regulación)», que se inserta en el libro colectivo citado anteriormente: *El nuevo servicio público*, op. cit.

¹⁸ Ésta es la postura que defiende L. Parejo Alfonso en su artículo «El Estado social y Administración prestacional», op. cit.

¹⁹ El contrato de gestión de servicios públicos está regulado en los artículos 154 a 170 (Título II del Libro II del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Es concretamente el artículo 156 el que enumera las diferentes formas de contratación que puede utilizar la Administración a la hora de prestar el servicio público acudiendo a la ayuda de particulares, regulando lo que la doctrina denomina *formas indirectas de gestión*. Estas formas indirectas se contraponen a las *formas directas de gestión* de los servicios públicos cuando es la propia Entidad Pública la que decide prestarlo por sus propios medios sin recurrir a los particulares, por lo que, como vemos y tal como establece nuestra legislación en consonancia con la amplia

Una vez apuntada la regulación nacional, no es posible entender la misma en la actualidad sin acudir a la que en esta materia se contiene en el Derecho comunitario, verdadero impulsor de los cambios sufridos en el tradicional concepto de servicio público. En efecto, la pertenencia de España a la Unión Europea implica la observancia de su normativa. Y en este sentido, el espíritu de actividad económica liberalizada en la que el pilar básico es la creación de un mercado único en el que prevalezca la competencia que hace nacer, supuestamente ²⁰, la entonces Comunidad Económica Europea y ahora Unión Europea, casa mal con la existencia de actividades o servicios gestionados en régimen de monopolio. Dicha política comunitaria de defensa de la competencia conlleva una serie de exigencias para actividades tradicionalmente consideradas como de servicio público que suponen la imposibilidad jurídica de que las mismas sean prestadas en régimen de monopolio, y mucho menos de monopolio público ²¹. El precepto comunitario más riguroso al respecto es el actual artículo 86 del Tratado ²².

La influencia de la aplicación del Derecho comunitario en esta materia supone la introducción de un imparable proceso de liberalización económica que conlleva el que algunos de los sectores de actividad tradicionalmente considerados como servicios de titularidad pública y de prestación en régimen de monopolio, serán prestados ahora por el sector privado en régimen de competencia y estarán sujetos a las reglas del mercado, produciéndose de esta manera una auténtica *despublicatio* del servicio público. Así, hemos asistido en los últimos tiempos a ejemplos más que elocuentes de este fenómeno, como han sido los mercados de las telecomunicaciones, los servicios postales, la televisión, la energía o los hidrocarburos ²³.

En realidad, este fenómeno de la liberalización de servicios públicos tradicionalmente gestionados en régimen de monopolio por los Estados, lo que ha supuesto es la superación del tradicional concepto subjetivo de servicio público para incorporar una nueva noción de servicio público de índole objetiva ²⁴. Y en este sentido, nacen dos nuevos conceptos procedentes del

libertad que en la materia otorga el texto constitucional, las posibilidades y modelos de gestión de los servicios públicos son numerosas y amplía la libertad de elección por parte de los poderes públicos.

²⁰ En realidad, en el nacimiento de la Comunidad Económica Europea están presentes condicionantes más políticos que económicos por razones obvias que tienen que ver con el intento de no volver a repetir contiendas pasadas en el viejo Continente. Lo que ocurre es que, ante el fracaso del intento de profundizar en una colaboración, militar primero, y política después, entre los países europeos, se creó como alternativa posible e interesante la colaboración económica como paso previo a la integración política, sueño europeo añejo. Y la verdad es que el tiempo les ha ido dando la razón a los que supieron entender esa idea y llevarla a la práctica.

²¹ A. Ezquerro Huerva, «Hacia un concepto objetivo...», *op. cit.*, p. 55.

²² El citado artículo establece lo siguiente: «Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y de aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive». Estos últimos preceptos se refieren a normas relativas a la libre competencia.

²³ Sobre el proceso de liberalización de todos estos mercados, véase por todos S. Muñoz Machado, *Servicio público y mercado*, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

²⁴ En este sentido se pronuncia A. Ezquerro Huerva, «Hacia un concepto objetivo...», *op. cit.*, p. 60. Para este autor la liberalización ha dado pie a que la asunción de la titularidad de una actividad por par-

Derecho comunitario, como son los *servicios de interés económico general* y el *servicio universal*. La influencia de ambos conceptos en nuestro ordenamiento es patente en las normas que regulan los sectores liberalizados, que utilizan ya esas expresiones y no la tradicional de servicio público. El éxito de su acepción tiene lugar a raíz de la elaboración de un Proyecto de Carta Europea de Servicios Públicos que nunca llegó a aprobarse.

Sin entrar en el análisis exhaustivo de ambos conceptos, simplemente subrayaremos aquí que los dos tienen un elemento en común, cual es su objetivo de proteger a los usuarios de estos servicios ante posibles desigualdades sociales o territoriales y, por ende, suponen una limitación, corrección más bien, de las reglas del mercado para la prestación de actividades que se consideran esenciales para la comunidad. En definitiva, pretenden ser un freno frente a posibles excesos liberalizadores, siendo el concepto de servicio universal todavía más riguroso en el sentido de que con él se pretende asegurar la prestación en términos de posibilidad económica (precios razonables) y de igualdad aquellos tramos de actividades liberalizadas que son básicas para el ciudadano. El servicio universal se convierte así en la parte trascendental, en términos sociales, del servicio de interés económico general.

La aplicación práctica de ambos conceptos, como sucede con otros importantes principios comunitarios, ha sido obra del Tribunal de Justicia ²⁵.

Algunos autores han querido ver en estos dos conceptos procedentes del Derecho comunitario un intento de frenar el liberalismo a ultranza y una apuesta por preservar la mejor tradición de los servicios públicos prestados por los Estados europeos, garantizando la igualdad y la solidaridad en la prestación de servicios que son esenciales para la sociedad ²⁶. No en vano, en el terreno de los servicios públicos es donde se observa con mayor crudeza la lucha entre los dos modelos de Europa por los que se apuesta: el modelo liberalizador anglosajón y el modelo estatista francés. Esta lucha sigue plenamente vigente y se ha incrementado incluso en los últimos meses como consecuencia de la discusión acerca del modelo futuro de Europa que se desea tras abrirse el proceso constitucional a nivel europeo ²⁷.

te del sector público se haya convertido en un dato adjetivo o innecesario en orden a su calificación como servicio público y a su sujeción o no a un régimen de monopolio. Se produce así una desvinculación entre servicio público y titularidad pública, de tal forma que no hay inconveniente actualmente en considerar como servicio público a actividades de titularidad privada.

²⁵ Sobre el rigor en la aplicación de estas restricciones a la libre concurrencia que supone la categorización de una actividad como servicio de interés económico general, véase la *Sentencia Corbeau*, de 19 de mayo de 1993 (Asunto C-320/91). En dicha sentencia, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Correccional de Lieja acerca de si era ajustada al Derecho comunitario la legislación belga que otorgaba a la Entidad Pública Regie des Postes la exclusividad para prestar el servicio de correos, el Tribunal de Justicia se inclina por restringir a la competencia incluso a aquellos aspectos relacionales o colaterales de la actividad de interés económico general principal que pudieran disociarse de la misma.

²⁶ Véase al respecto S. Muñoz Machado, *Servicio público y mercado*, op. cit., vol. I, p. 221. En parecidos términos se expresa F. Sosa Wagner en *Gestión de servicios públicos: algunos problemas*, volumen colectivo coordinado por León Gross, Ilustre Colegio de Abogados de Málaga-Aranzadi, 1999, pp. 137 a 139.

²⁷ Sobre la regulación del concepto de servicio público en la denominada nueva Constitución para Europa y la evolución de los trabajos sobre el mismo hasta incorporar una referencia somera acerca de

En definitiva, la diferencia entre el antiguo concepto subjetivo de servicio público y el moderno concepto objetivo de servicio de interés económico general es que la titularidad y el carácter monopolístico no son rasgos definitivos para la prestación de los mismos por parte de los poderes públicos, dando paso a la prestación de buena parte de los mismos por agentes privados. La identidad entre servicio público y titularidad pública ha quedado definitivamente extinguida ²⁸, por lo que se ha dado paso a una nueva forma de prestación de los mismos en la que los agentes privados tienen mucho que decir.

Pero el mayor problema con el que nos hemos enfrentado y seguimos todavía hoy enfrentándonos a la hora de que los operadores privados puedan tener un papel más relevante en la prestación de los servicios públicos es la conexión existente entre el régimen jurídico de éstos y el del dominio público. Acabamos de ver la evolución que han sufrido conceptos tan importantes para el Derecho público como los de obra pública y servicio público y, sin embargo, no ha sucedido lo mismo con el dominio público. La teoría del dominio público, a todas luces insatisfactoria en el momento actual, ha supuesto un escollo difícil de salvar para el ensayo de nuevas técnicas de gestión de la prestación de servicios de interés general y para la creación de infraestructuras bajo nuevos ropajes jurídicos. Con esa rotundidad se ha pronunciado también la parte de la doctrina que con mayor empeño apuesta por la mayor utilización de técnicas que favorezcan la participación privada en la creación y explotación de infraestructuras ²⁹.

Y es precisamente esa parte de la doctrina la que parece haber influido de una manera más decisiva en el legislador en los últimos años, en los que hemos asistido a reformas legislativas que apuestan por abrir la mano en el

los servicios públicos en el artículo III-6, que se remite en cuanto a su desarrollo a una Ley Europea de Servicios de Interés Económico General (SIEG, como los denomina la doctrina francesa), véase Stéphane Rodriques, *Vers une loi européenne des services publics; des breves considerations et une proposition a propos de l'article III-6 du projet de traite etablissant une Constitution par L'Europe*, Editions techniques et Economiques, núm. 471, 2004, pp. 503 a 512.

²⁸ A. Ezquerro Huerva, «Hacia un concepto objetivo...», *op. cit.*, p. 94. Este autor recalca que esta disociación entre servicio público y titularidad pública no supone ni la desaparición del primero, sino sólo su transformación, ni una menor sensibilidad en los requerimientos sociales de bienestar, igualdad y cohesión territorial y social en la prestación de dichos servicios y, por ende, no supone un abandono del Estado social tal y como se concibe en el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978.

²⁹ En este sentido se expresa G. Ariño Ortiz, «Infraestructuras: nuevo marco legal», *op. cit.*, pp. 67 a 69. En este artículo el autor citado aboga por un deslindamiento mucho más claro de lo que deba considerarse por dominio público necesario o esencial para la prestación del servicio y el resto de instalaciones accesorias que facilitan la prestación de ese servicio, poniendo como ejemplo la actividad portuaria o aeroportuaria, considerándose sólo dominio público el primer tipo de bienes y reduciendo, por ende, la calificación de demanial, según palabras textuales, a lo estrictamente necesario, pudiendo explotarse el resto de la infraestructura accesoria en régimen de Derecho privado, ya que «carece de sentido que la propia Administración (o sus organismos) sea quien ejerza el papel de *dominus* en la explotación de unas actividades que nada tienen que ver con sus funciones».

En parecidos términos, sobre todo por lo que al objetivo final se refiere, se pronuncia J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, pp. 88 a 92, quien apuesta por una despublicación de los bienes que servían de soporte a determinadas actividades al dejar de ser consideradas como servicios públicos y pasar a ser servicios regulados por mor de la liberalización y, por consiguiente, desaparecer el sustrato material que servía de base para su catalogación como bienes demaniales.

sentido expresado por esa doctrina para la despubblicación de determinados bienes soporte de actividades de servicio público, favoreciendo de esta manera la explotación de dichos bienes por sujetos privados y conforme al Derecho privado ³⁰. En dicha tarea normativa no sólo ha participado el Estado, sino que también las CCAA, tan necesitadas de recursos, se han lanzado a la arena y han contribuido a esta revisión normativa para la atracción de financiación privada en la creación de sus infraestructuras, ensayando fórmulas ya experimentadas en otros países ³¹.

Pues bien, efectuado este primer análisis imprescindible para entender el contexto en el que se han desarrollado los cambios legislativos a los que se acaba de hacer referencia, tenemos ya el camino expedito para analizar la financiación pura y dura de infraestructuras.

III. TIPOS DE FINANCIACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS CONOCIDOS POR EL DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO

Parar poder centrarnos en el modo de financiación privada de infraestructuras es conveniente conocer primero los diferentes modelos de financiación utilizados en la actualidad por las Administraciones públicas a la hora de crear una infraestructura, las cuales, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública, han experimentado un profundo cambio, gracias a las mayores posibilidades que en cuanto a su utilización permite dicha norma, lo que ha hecho variar los planteamientos tradicionales por lo que a la utilización de otras modalidades de financiación en las que las Administraciones públicas españolas se venían apoyando para la creación de infraestructuras se refiere.

En realidad, sólo han cambiado las formas porque las alternativas de financiación de infraestructuras se han reconducido tradicionalmente, de acuerdo con las distintas regulaciones establecidas en esta materia por nuestra legislación, a dos modelos: el directo, a través de los propios órganos públicos y el indirecto a través de terceros que ayudan a la Administración en la consecución de este cometido a través de diferentes opciones, cuya figura más representativa es la concesión. Los modelos reconocidos por nuestra legislación actual serían los siguientes.

³⁰ En este sentido se pueden destacar dos normas por encima de otras, como son la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en la que algo parece moverse, si bien que muy moderadamente, y la Ley 13/2003, de 23 de mayo, de concesión de obra pública, que introduce nuevas posibilidades de participación en la creación y explotación de infraestructuras por parte de los privados.

³¹ La normativa aprobada por algunas Comunidades Autónomas es la Ley 11/1997, de 28 de abril, por la que se modificó la Ley 3/1991, de 7 de marzo, de carreteras de la Comunidad de Madrid. En el caso de Murcia, se aprobó la Ley 4/1997, de 24 de julio, reguladora de la construcción y explotación de infraestructuras. Por último, en el caso de Navarra se promulgó la Ley Foral 21/2001, de 18 de octubre, de construcción, explotación y financiación de la Vía de Gran Capacidad Pamplona-Logroño.

3.1. Financiación pública directa

Esta forma de financiación se nutre de fondos procedentes de los presupuestos generales aprobados anualmente por los distintos entes públicos. Es, por así decirlo, la forma más clásica de financiación y la que con mayor determinimiento y exhaustividad regulaba hasta mayo de 2003 la contratación administrativa en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ³².

En este modelo de financiación son los ciudadanos los que, en definitiva, soportan el coste de la infraestructura de una forma directa o indirecta a través de los impuestos.

En cuanto a la forma de pago, la Administración contratante remunera al constructor mediante abonos a cuenta, denominados certificaciones de obra, que se emiten de forma periódica. Esta forma de pago es la utilizada normalmente todavía hoy en el contrato de obras.

3.2. Financiación pública indirecta

Esta forma de financiación se lleva a cabo mediante transferencias efectuadas a favor de entes instrumentales dependientes de entes territoriales y, por ende, también soportada por los presupuestos generales del ente territorial de que se trate. Es ésta una fórmula ya utilizada desde hace tiempo por los entes territoriales y que se incardina dentro de las técnicas de descentralización funcional. Esta técnica se ha desarrollado de manera extraordinaria desde la entrada en vigor de la Constitución española de 1978. En efecto, al estar justificada la creación de estos entes instrumentales en la consecución del principio de eficacia, su utilización encuentra un claro amparo en el artículo 103.1 del texto constitucional, que señala el principio de eficacia como uno de los que deben conseguir las Administraciones públicas en su actuación. Por esta razón confesable, y por otras menos confesables que no es el momento de analizar, pero que están relacionadas con el proceso de *huida del Derecho administrativo*, espantada del Derecho administrativo como denomina a este fenómeno el profesor Parada Vázquez, la proliferación de todo tipo de entes instrumentales ha sido una constante en nuestro país en los últimos años, lo que ha supuesto un correlativo aumento en la utilización de la contratación pública a través de este tipo de entes ³³. Prueba del caos que ha conllevado la proliferación de este tipo de entes instrumentales es el enorme esfuerzo, sin mucho éxito, pero necesario y

³² De hecho, su clasicismo se pone de manifiesto cuando se observa que este sistema coincide con el ya regulado por la Instrucción de Obras Públicas de 1845 y denominado allí como sistema de *contrata*.

³³ No sólo el Estado, sino que las Comunidades Autónomas también han optado por crear este tipo de entes públicos, sociedades mercantiles, primordialmente, para escapar de la aplicación del Derecho administrativo en aquellos aspectos en que éste es más exigente y rígido que el Derecho privado, como el régimen de la contratación. Podemos encontrar ejemplos paradigmáticos en entes como GISA en Cataluña, GIASA en Andalucía, GICALSA en Castilla-León o ARPEGIO en Madrid.

loable, que realizó la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado (LOFAGE, en adelante) por hallar una clasificación que englobase y racionalizase pro futuro su creación. Esta clasificación se ha exportado a las Entidades locales en la modificación a la Ley de Bases de Régimen Local que efectuó la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Modernización del Gobierno Local, en su artículo 85 bis, y que es seguida por la mayoría de las Comunidades Autónomas. Recordemos que esta clasificación engloba dentro de una misma categoría de organismos públicos a todo este tipo de entes, para diferenciarlos, en razón a su actividad, más empresarial o menos, en organismos autónomos (los de menos) y entidades públicas empresariales (las de más). Asimismo, la LOFAGE deja vigentes las Sociedades Mercantiles constituidas de acuerdo con lo previsto por el antiguo artículo 6.1.a) de la anterior Ley General Presupuestaria, actualmente recogidas en el artículo 166.1.c) de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, aprobada por Ley 33/2003, de 3 de noviembre. No obstante, fuera de esta clasificación quedan organismos públicos importantes, como pone de manifiesto la propia LOFAGE en sus disposiciones adicionales, dejando patente lo difícil de englobar en una misma clasificación a todos estos entes.

Dentro de esta técnica de financiación hay que establecer una importantísima diferenciación entre transferencias que computan a efectos de déficit público y transferencias que no computan. La trascendencia de tal diferencia no se le escapa a nadie, pues de ella depende el cumplimiento o no de los objetivos del Pacto por el Crecimiento y la Estabilidad Presupuestaria europeo y la Ley de Estabilidad Presupuestaria interna de 2001, aprobada respetando los parámetros del citado Pacto. El criterio exigido para que las transferencias de capital efectuadas a favor de entes instrumentales no computen a efectos de déficit es que la entidad pública perceptora desarrolle una actividad empresarial y que sus ingresos por dicha actividad sumen, al menos, el 50 por 100 de los gastos de explotación y de amortizaciones. Es por este motivo por el que las Administraciones públicas han creado en los últimos años organismos que cumplan los criterios que se acaban de exponer para la realización de actividades de un interés general que conllevan la creación de infraestructuras que requieren un alto volumen de inversión, con más éxito en unos casos que en otros en cuanto al examen del cumplimiento de esos criterios por parte del organismo europeo encargado de la evaluación (EUROSTAT). Como ejemplo de organismo evaluado positivamente podemos citar al otrora GIF (Gestor de Infraestructuras Ferroviarias) y ahora ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias) desde la entrada en vigor, en enero de 2005, de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario. Como ejemplo de organismo evaluado negativamente tenemos a MINTRA, creado por la Comunidad de Madrid para desarrollar las tareas de ampliación y mejora de la red del Metro de Madrid y alrededores y cuyas transferencias de capital deben computar a efectos de déficit a juicio de EUROSTAT, lo que le supone un grave trastorno a dicha Comunidad a la hora de afrontar los

enormes desembolsos económicos que el desarrollo de dicha actividad supone ³⁴.

3.3. Financiación pública diferida

Esta forma de financiación consiste en comprometer el pago de las inversiones en infraestructuras a cargo de presupuestos futuros. Dentro de la misma hay que distinguir varias modalidades:

- a) *Abono total del precio*: Se trata del denominado *sistema alemán* o de *llave en mano*. Consiste en que la totalidad de la retribución se abona al finalizar la obra, de manera total o en varias anualidades (10 como máximo), siendo el contratista el que financia la infraestructura mediante el adelanto de las cantidades necesarias hasta la recepción de la obra por la Administración contratante. Fue regulado por primera vez en nuestro ordenamiento por el artículo 147 de la Ley 13/1996 de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 1997. Dicha norma autoriza la utilización de esta modalidad de forma limitada a los Proyectos que apruebe el Consejo de Ministros y a aquellos otros que respeten los criterios por ella establecidos. Su régimen jurídico ha sido desarrollado por el Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo.

Este modelo conlleva un peligro obvio en su utilización, pues puede hipotecar los presupuestos futuros con los que pudieran encontrarse gestores públicos de distinto signo a los que utilizaron dicha vía de financiación. Por ello, la utilización de este sistema requiere de cierto consenso político y está especialmente indicado para situaciones en las que es necesaria una reactivación económica en momentos de restricción presupuestaria, por lo que se configura como una especie de modelo anticíclico ³⁵.

Este sistema plantea ventajas indudables para la Administración contratante respecto al sistema que aquí hemos denominado como financiación pública directa o clásico por lo que a la financiación se refiere, como hemos visto. No obstante, con respecto a éste plantea un problema jurídico considerable, puesto que no respeta el principio de prohibición de pago aplazado que recoge el artículo 14.2 de la LCAP. Consciente el legislador de ello, se pronunció expresamente en el artículo 147 de la Ley 13/1996 citada acerca de la no aplicación a esta modalidad de dicho principio, que, por otra parte, hace tiempo que no se cumple conforme al espíritu de la Ley que lo regula, salvando de esta forma el requisito de que sea una norma con rango de Ley la

³⁴ Sobre el caso Mintra, véase J. Martínez Calvo, *Hacia la construcción de un «Derecho administrativo financiero»*, Crónica del caso MINTRA, RAP, núm. 167, mayo-agosto de 2005, pp. 369-402.

³⁵ Así lo denomina J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, p. 105.

que exima de la aplicación de ese otrora principio general de la contratación administrativa a los supuestos previstos expresamente ³⁶.

- b) *Peaje en sombra*: Esta modalidad se plasma en una concesión en la que la tarifa por la utilización de la infraestructura que sirve de base para la prestación del servicio no es satisfecha por los usuarios, sino por la Administración concedente, tomando como referencia para dicho pago la intensidad del uso que ha soportado la infraestructura. Por consiguiente, la remuneración del contratista no es fija, sino variable. En algunos supuestos, esta modalidad puede adoptar un modelo de financiación mixta, cuando los usuarios sufragan una parte del coste de la infraestructura a través del pago de una tarifa o peaje blando ³⁷.

Esta modalidad empezó siendo utilizada en Gran Bretaña y, a partir de 1992, evolucionó en dicho país tanto desde un punto de vista cualitativo, mejorando la técnica utilizada hacia fórmulas denominadas de PFI, como veremos, como desde un punto de vista cuantitativo, extendiéndose a un gran número de servicios públicos y no exclusivamente, como hasta entonces, a las carreteras. En España esta fórmula no había sido utilizada por el Estado. Se desechó, desde un punto de vista técnico-jurídico, porque requería la modificación de importantes normas para poder ser implantada, y político, porque entrañaba la posibilidad de crear mayores diferencias de trato en cuanto a las inversiones del Estado en el territorio nacional en atención a la rentabilidad que las mismas pudieran tener para los sujetos privados interesados en su financiación. Por consiguiente, no hubo inicialmente normativa estatal que amparase la utilización de esta modalidad. En cambio, varias Comunidades Autónomas sí que procedieron a aprobar normas en las que se autorizaba la utilización de esta forma de financiación de determinadas infraestructuras. Podemos citar tres Comunidades Autónomas como ejemplo de este tipo de regulación: Madrid, Murcia y Navarra, quienes, de nuevo, han tenido que salvar la aplicación del artículo 14.2 de la LCAP en cuanto al aplazamiento del pago se refiere mediante una norma con rango de Ley, en cumplimiento de las competencias de desarrollo que en materia de contratación administrativa les reconoce el artículo 149.1.18 de la Constitución en relación con la disposición final primera de la LCAP, que considera básico el citado precepto. La normativa aprobada por las Comunidades citadas es la Ley 11/1997, de 28 de abril, por la que se modificó la Ley 3/1991, de 7 de marzo, de Carreteras de la Comunidad de Madrid. En el caso de Murcia, se aprobó la Ley 4/1997, de 24 de julio, reguladora de la construcción y explotación de infraestruc-

³⁶ Para un análisis más pormenorizado del régimen jurídico que rige la utilización de esta modalidad de financiación, véase P. Valcárcel Fernández, «Acerca de las obras públicas...», *op. cit.*, pp. 237 a 240.

³⁷ Véase A. Ruiz Ojeda, «La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (elementos comparativos para un debate)», Biblioteca Civitas Economía y Empresa, Madrid, 2000, pp. 200 y ss.

turas. Por último, en el caso de Navarra se promulgó la Ley Foral 21/2001, de 18 de octubre, de Construcción, Explotación y Financiación de la Vía de Gran Capacidad Pamplona-Logroño. No es casualidad que estas regulaciones autonómicas se hayan hecho primordialmente pensando en las infraestructuras de carreteras, ya que, como se ha dicho, la técnica se desarrolló en el Reino Unido bajo el nombre de *shadow tolls* para la construcción de carreteras.

No obstante, y a pesar de estas regulaciones, tanto el Estado en la actualidad como las Comunidades Autónomas, desde la entrada en vigor de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública, han optado por utilizar las distintas alternativas que para la financiación de infraestructuras en la citada norma se contemplan, incluida ésta, al poder residenciarse como una subespecie de concesión.

3.4. Financiación pública no presupuestaria

En esta modalidad, el coste de la infraestructura la sufragan, en parte la Administración y, en parte, los usuarios de la infraestructura, mediante el pago de tasas o peajes, convirtiéndose así en una modalidad mixta de gestión pública y retribución privada, ya que las tasas o peajes por la prestación de los servicios las reciben organismos públicos, que adoptan diferentes formas jurídicas (Entes Públicos Empresariales o Sociedades Públicas), pero la retribución percibida por esos entes es de naturaleza privada. Ejemplo de esta fórmula de financiación sería la gestión aeroportuaria, llevada a cabo a través de un ente público instrumental creado bajo la forma de Entidad Pública Empresarial, de acuerdo con la clasificación que de ese tipo de entes efectúa la LOFAGE, como es AENA (Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea).

3.5. Financiación privada o mixta

Es aquí donde los cambios han sido más apreciables en los últimos tiempos debido a la incorporación al ordenamiento jurídico español de modalidades de financiación ya experimentadas y utilizadas en otros países con una tradición jurídica muy distinta. Es necesario advertir que las posibilidades de financiación que gracias, fundamentalmente a la aprobación de la ya citada Ley 13/2003, se reconocen en la actualidad en nuestro ordenamiento tienen poco de nuevas por lo que al núcleo jurídico básico se refiere. No obstante, sí que suponen una novedosa forma de captación de financiación privada al ampliar el espectro existente con anterioridad a la existencia de dicha norma. Es de destacar el hecho de que la regulación de esa ampliación de las formas de captación de financiación privada de infraestructuras se ha hecho respetando las instituciones jurídicas tradicionales, pero estirando sus posibilidades al

máximo. Y la institución jurídica que ha servido de base para todo ello ha sido la concesión. Podríamos decir que para el Derecho administrativo español, la concesión es la madre de toda financiación privada, figura capaz de acoger en su seno y desarrollar sin distorsiones importantes técnicas procedentes de ordenamientos muy diferentes, como ha demostrado en estos últimos años.

Bajo la enorme sombra que proyecta la institución concesional, en este epígrafe de financiación privada o mixta queremos englobar todas las formas de colaboración en las inversiones que se producen hoy entre los poderes públicos y el sector privado, con las variantes que esta figura ha producido últimamente. La utilización de estas fórmulas de colaboración se han ido incrementando en los últimos años por el convencimiento de que son más eficaces y dan mejores resultados finales, ya que, en definitiva, el sector público en la mayoría de estos supuestos referidos a infraestructuras de gran relevancia social no quiere, ni debe, descuidar el control sobre el proceso de la creación de la infraestructura, teniendo la lección bien aprendida sobre los problemas e inconvenientes que esta despreocupación de los poderes públicos acarrea en proyectos de vital importancia, incluso en países que han sido siempre más propensos a no intervenir en el desarrollo de actividades que consideraban eminentemente privadas con el argumento de defender el dinero de sus contribuyentes ³⁸.

3.5.1. El régimen concesional

Como pone de manifiesto el profesor Gaspar Ariño, es muy difícil definir la figura de la concesión, ya que ésta ha respondido tradicionalmente y responde a realidades muy diversas, encontrándonos en nuestro ordenamiento con una variada gama de modalidades de concesiones: demaniales, de servicio, de obra, industriales, pesqueras; licencias y autorizaciones singulares; concesiones urbanísticas o de urbanización; y otros actos o negocios administrativos, cualquiera que sea su denominación, por los que se origine una atribución de derechos o un desplazamiento patrimonial a favor de los par-

³⁸ Me estoy refiriendo en este momento a la obra de infraestructura más importante que se ha acometido en Europa en los últimos tiempos, como es la construcción de un túnel que comunica Francia con el Reino Unido a través del Canal de la Mancha. El análisis del proceso de construcción de esta infraestructura lo ha realizado de manera espléndida en la doctrina española Alberto Ruiz Ojeda, «El Eurotúnel. La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión», *RAP*, núm. 132, septiembre-diciembre de 1993, pp. 469 a 529. En ese artículo, el autor resalta cómo la ausencia de implicación de los Gobiernos británico y francés tuvo unas consecuencias muy negativas para el proyecto, poniendo incluso en peligro su propia subsistencia, con una afirmación tajante en la p. 470, *in fine*, del siguiente tenor: «el proyecto del Canal de la Mancha es un ejemplo inigualable de cómo la iniciativa privada es capaz de arruinarse en un Proyecto que ella misma reclamó para sí... como largamente rentable, y de cómo la ausencia... de una participación pública directa consigue perjudicar, desde el principio, un Proyecto clave desde el punto de vista social y político». Véanse especialmente las pp. 524 a 529 del artículo, que son las que el autor dedica a efectuar una valoración crítica, en un epígrafe muy significativo que rubrica del siguiente modo: «valoración general: las lecciones que pueden aprenderse del proyecto examinado».

ticulares. Por consiguiente, el concepto de concesión administrativa es un concepto genérico que engloba realidades muy diversas ³⁹.

Sin ánimo de ser prolijos en este momento en el análisis de la técnica concesional y para no ser repetitivos con lo que más adelante se dirá cuando se analice el contrato de concesión de obra, nos limitaremos a destacar únicamente aquí, siguiendo al profesor citado, el mínimo común denominador que caracteriza a toda concesión, sea del tipo que fuere. Esas notas comunes serían las siguientes ⁴⁰:

- Transferencia constitutiva de derechos, sobre unos bienes o una actividad originariamente administrativos.
- Toda concesión supone, bien el reconocimiento de derechos de aprovechamiento privativo sobre unos bienes, bien el título de habilitación para el ejercicio de una actividad con carácter exclusivo, normalmente.
- La concesión puede ser un acto unilateral necesitado de aceptación, cuando la transferencia de derechos se hace a favor de su titular, sin ulteriores beneficiarios; o puede otorgarse con obligaciones de ulterior actividad a favor de terceros, beneficiarios de ésta, en cuyo caso la concesión adopta la forma de contrato y, por ende, se convierte en un acto bilateral.
- La concesión es siempre un título o habilitación temporal y, por tanto, transcurrido el plazo, el título se extingue y las obras e instalaciones afectos a la concesión revierten a la Administración pública titular del servicio.
- Toda concesión lleva aparejado el pago de un canon.

Pues bien, sobre la base de esta institución jurídica de rancio abolengo, cuyas características esenciales y comunes a todas sus modalidades se acaban de enumerar, se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en otros tantos países, nuevas formas de financiación de infraestructuras procedentes de ordenamientos foráneos, fundamentalmente del Reino Unido. Esta incorporación ha necesitado, no sólo de una revisión de normas jurídicas nucleares en nuestro ordenamiento jurídico, sino de un cambio de filosofía de nuestros gestores públicos a la hora de decidirse por un modelo que se ha implantado, por los motivos expuestos en el apartado primero de este trabajo, de una manera más brusca de lo que sería deseable.

Las variantes incorporadas a través de la madre concesión a nuestro ordenamiento con el objetivo de favorecer la implicación y mayor participación del sector privado en la creación de infraestructuras son las siguientes.

³⁹ G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra, concesión de obra...», *op. cit.*, pp. 57 y 58.

⁴⁰ G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra, concesión de obra...», *op. cit.*, p. 60.

3.5.1.1. El Project Finance

Ésta es una técnica relativamente novedosa, surgida en los años ochenta del siglo pasado, que se viene utilizando habitualmente en los países anglosajones en general y en el Reino Unido en particular. Su funcionamiento consiste en atribuir la ejecución de un proyecto a un empresario que asume los riesgos de la financiación de manera conjunta con la entidad que lo apoye. El empresario adjudicatario del proyecto tiene importantes competencias, delegadas por la Administración desde el principio, diseñando el proyecto hasta el final, construyéndolo y explotándolo ⁴¹.

Evidentemente, para que el empresario privado acometa la realización de este proyecto tendrá que haber efectuado previamente una serie de estudios económicos que le den una información fiable, tanto a él como a la entidad financiera que sustenta el mismo, acerca de la rentabilidad que puede obtener, al asumir ellos todo el riesgo de la viabilidad del proyecto. Por ello, este tipo de proyectos se llevan a cabo en aquellos sectores donde se espera una rentabilidad clara en base a experiencias contrastadas o contrastables (las autopistas podría ser el ejemplo paradigmático de la aplicación de esta técnica) y no se utilizan en proyectos innovadores que no cuenten con experiencias previas que aporten datos del comportamiento del sector (es extraño que se utilice esta técnica en el ámbito de las innovaciones tecnológicas).

Lo normal es que al proyecto, que se adjudicará a través de los procedimientos de contratación previstos en la LCAP, normalmente concurso abierto, se presenten varios empresarios conjuntamente bajo la forma de UTE (Unión Temporal de Empresas), debido a las grandes inversiones que hay que realizar y como forma de repartir riesgos. Asimismo, es normal que las entidades financieras que apoyan el proyecto constituyan un sindicato de prestamistas.

La utilización del *Project Finance* en España se ha ido incrementando en los últimos años, sobre todo a raíz de la aprobación de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra, que es la que ha adaptado el régimen concesional de obra a las necesidades del *Project Finance*, que encontraba muchos problemas para desarrollarse durante la vigencia de la escasa regulación contenida al respecto en los antiguos artículos 130 a 134 de la LCAP. Dicha Ley 13/2003 constituye hoy en día el soporte jurídico que ha servido de base para extender a todos los sectores, no sólo al de las autopistas, la posibilidad de utilización del *Project Finance*, al regular de una manera más completa, concreta y estable, aunque todavía fragmentaria e insuficiente, como se dirá más adelante, el marco jurídico de su desarrollo,

⁴¹ Una de las primeras y más completas definiciones sobre esta técnica del *Project Finance* nos la ofrece P. K. Nevitt, *Project Financing*, 5.ª ed., Euromoney, London, 1989, p. 3: «a financing of a particular economic unit in which a lender is satisfied to look initially to the cash flows and earnings of that economic unit as the source of funds from which a loan will be repaid and to the assets of the economic unit as collateral for the loan». Por otra parte, las amplias competencias otorgadas al contratista se resumen gráficamente por el Derecho anglosajón con las siglas BOT (Build, Operate and Transfer) o DBOT (Design, Build, Operate and Transfer).

abordando cuestiones tan esenciales para la realización viable de los proyectos como el sistema de garantías, los plazos de explotación o los modos de fijación de las tarifas.

3.5.1.2. El PFI

Como pone de manifiesto el profesor De la Cruz Ferrer, el PFI (*private finance initiative*) ha supuesto una auténtica revolución en el Reino Unido, que afecta a la forma de provisión de las infraestructuras y de los servicios públicos ⁴².

En realidad, el PFI es una técnica proveniente del Reino Unido que tiene como propósito fundamental atraer inversiones privadas para la creación de infraestructuras públicas y para la gestión de servicios públicos en general en sectores tradicionales de la acción estatal.

La técnica descansa sobre la idea central del pago por una correcta prestación, de tal manera que el sector público sólo comienza a pagar cuando la infraestructura o el servicio público de que se trate está operativo. Y termina de hacerlo cuando finaliza el plazo establecido previamente en un contrato, que, dado el volumen de inversión que se tiene que afrontar, suele ser de un plazo amplio, de tal forma que los inversores privados puedan rentabilizar su inversión. Si la infraestructura o el servicio público no pueden prestarse correctamente, es decir, bajo unos estándares de calidad mínimos, el pago por parte del sector público no se efectuará o se verá reducido proporcionalmente, llegando a contemplarse incluso la posibilidad de la rescisión del contrato ⁴³.

La fascinación de algunas de nuestras Administraciones públicas por esta técnica, originada en la mayoría de los casos por la imposibilidad de hacer frente a las inversiones por la paupérrima situación de sus arcas, ha hecho que su utilización en los últimos años haya experimentado un importante aumento. La cobertura jurídica se halla en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En efecto, la regulación en el seno de la citada norma del contrato de concesión de obra pública, por recomendación del Consejo de Estado supone la posibilidad, ante la amplitud que la redacción del artículo 220 otorga al objeto de dicho contrato, de incorporar bajo ropajes diferentes, en nuestro caso la polivalente y omnipresente figura de la conce-

⁴² J. de la Cruz Ferrer, «Nuevas perspectivas en la regulación de las infraestructuras», *op. cit.*, pp. 38 y 39. El autor citado pone de relieve cómo el PFI supone un cambio notable en el planteamiento de las inversiones de capital del Gobierno en los servicios públicos, pues representa una con la idea de que la mayoría de las infraestructuras y de los servicios públicos son *per se* públicos y deben ser financiados y dirigidos por el sector público.

⁴³ El artículo 251 de la actual Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, incorporado a dicha norma por la Ley 13/2003, de 13 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública, que es la norma que puede habilitar la utilización de la técnica del PFI en nuestro ordenamiento a través de la concesión, contempla la posibilidad del *secuestro* de la concesión por parte de la Administración en los supuestos de incumplimiento grave por parte del contratista, en una especie de transmutación a ese contrato del rescate previsto para el contrato de concesión de servicios públicos.

sión, una técnica nacida en un ordenamiento jurídico muy distinto al nuestro y en un ámbito de relaciones económicas público-privadas muy diferente también.

En este sentido, el grado de utilización del PFI es directamente proporcional al grado de deterioro financiero de las Administraciones y, claro está, en este contexto, el PFI ha sido utilizado primordialmente por las Comunidades Autónomas en España, que son unas administraciones con más y mayores competencias que las Entidades locales para afrontar la creación de este tipo de infraestructuras o la prestación de estos servicios públicos necesitados de gran inversión y con menos recursos que el Estado para llevarlas a cabo.

En buena medida, esta progresiva utilización, mediante adopción, de la técnica del PFI por parte de nuestras Administraciones públicas se ha debido al entusiasmo con que parte de la doctrina administrativista española la ha acogido. En efecto, el cambio de papeles que supone para la acción prestacional del sector público la utilización del PFI es visto con muy buenos ojos por esa parte del sector doctrinal. Las características-ventajas señaladas por estos autores en la utilización del PFI pueden resumirse en las siguientes ⁴⁴:

- El Gobierno (administraciones en general) se convierte en un adquirente de servicios y no en un propietario de infraestructuras.
- El Gobierno (administraciones en general) determina la calidad de los servicios que requiere el público, y solicita esos servicios de las empresas privadas con la necesaria capacidad financiera y experiencia para proporcionarlos.
- El sector privado no sólo asume la responsabilidad en el diseño y la construcción de la infraestructura, sino que también asume la responsabilidad de su gestión y mantenimiento (mediante contratos muy complejos y concretos, denominados con las siglas inglesas DBFO, por los que el inversor privado asume el diseño, la construcción, la financiación y el mantenimiento de la infraestructura o servicio). Se produce así una transferencia de riesgos hacia el sector privado.
- El Gobierno (administraciones en general) puede realizar una asignación efectiva de costes durante todo el ciclo vital de la infraestructura, sabiendo de antemano lo que le va a costar la infraestructura y no estar sujeto al azar que su mantenimiento supone.

El éxito del PFI en el Reino Unido, donde se utiliza para la prestación de la mayor parte de los servicios públicos, incluida la construcción de prisiones, hospitales o colegios, ha sido bastante razonable, por lo que Administraciones públicas de otros países se han animado a utilizarlo, más por obligación del guión marcado por el contexto comunitario de austeridad en el gasto público que por convencimiento en las bondades del mismo. El éxito de su utilización en nuestro país está todavía por ver. Lo único que a estas alturas podemos afirmar es que ha supuesto un impulso importante para la acción

⁴⁴ Véase J. de la Cruz Ferrer, «Nuevas perspectivas...», *op. cit.*, pp. 41 y ss.

prestacional de administraciones que, de otra manera, no podrían haber acometido inversiones fuertes y necesarias para sus respectivos ámbitos territoriales, con el consiguiente efecto beneficioso para otros sectores económicos que ha tenido la implantación de dichas inversiones.

Para que dicha técnica haya tenido, como hemos apuntado ya, un razonable éxito en cuanto a su utilización en el Reino Unido, ha sido necesario e imprescindible un consenso político, habiendo sido asumida por todos los partidos ⁴⁵.

La puesta en marcha se hizo creando primero un grupo de expertos que, dirigidos por el Canciller del Tesoro, se encargó de idear y promover la idea. Poco a poco, la utilización se fue ampliando a más sectores de la actividad pública hasta ser utilizada en aquel país en la actualidad prácticamente para todas las áreas de intervención económica del Gobierno. De hecho, el propio Canciller del Tesoro, muy en línea con lo que han sido las políticas económicas públicas en aquel país desde siempre, declaró ya en 1995, una vez que la técnica se empezaba a mostrar eficaz, que para el futuro no se haría ningún proyecto de financiación exclusivamente pública en la creación de cualquier infraestructura, a no ser que fracasasen los intentos por acudir a la iniciativa de financiación privada.

3.5.1.3. Las PPP's

Las denominadas PPP's (*Public-Private Partnerships*) surgen en el seno de la Comisión europea impulsadas por el entonces Comisario de Transportes Neil Kinnock como una variante más desarrollada del PFI. No es casualidad que sea un político británico el que impulse y desarrolle desde el seno de la Comisión esta forma de colaboración entre organizaciones públicas y privadas para la creación de infraestructuras de transporte, ya que era buen conocedor de la mala experiencia vivida en el caso de la construcción por sujetos estrictamente privados del Eurotúnel ⁴⁶ y estaba habituado a la utilización de esas técnicas en su país. Por consiguiente, las PPP's surgen, impulsadas desde la Comisión Europea, por una parte, como un intento de superar los problemas, de tipo técnico y financiero, que las experiencias vividas en la implantación de determinados proyectos de creación de infraestructuras con financiación estrictamente privada habían planteado ⁴⁷, y, por otra parte, como

⁴⁵ En su origen, la técnica del PFI fue elaborada por el Partido Conservador, pero pronto fue aceptada por el Partido Laborista, quien la ha utilizado notablemente desde su acceso al poder, siendo uno de los ejes estructurales de la política económica y social del Primer Ministro Tony Blair.

⁴⁶ Ya hemos comentado en un momento anterior de este trabajo los problemas planteados en el proyecto Eurotúnel debido a la ausencia de apoyo financiero y técnico por parte de los Estados implicados: Francia y Reino Unido. De nuevo, sobre ese particular, recomendamos la lectura del trabajo del profesor A. Ruiz Ojeda, «El Eurotúnel: la provisión y financiación...», *op. cit.* Ténganse especialmente en cuenta las pp. 524 a 529 de dicho trabajo.

⁴⁷ Podemos encontrar una ardorosa defensa de este tipo de técnica de construcción de infraestructuras en «Using public-private partnerships to develop transport infrastructures». Public Private Partnerships Conference. Comisión Europea. Londres, 24 de febrero de 1998. Las cuestiones más impor-

forma de reducir el déficit público en ámbitos de inversión tan importantes como los que se mueven en el terreno de las infraestructuras, obligados como están los Estados a reducir dicho déficit por el ya comentado Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

Las fórmulas concretas en que quedan plasmadas estas asociaciones público-privadas revisten varias modalidades. A saber:

- Consorcios mixtos, normalmente utilizados para crear y gestionar proyectos de ámbito territorial muy definido en los que se incluyen dotaciones públicas de infraestructuras.
- Sociedades de Economía Mixta, que es el modelo que mejor encaja en nuestro sistema jurídico para este tipo de *joint ventures* público-privados. Esta fórmula, de origen francés, no es sólo la más utilizada como forma de colaboración público-privada en la provisión de costosas infraestructuras, de transporte primordialmente, en nuestro país, sino que está haciendo fortuna en muchos otros países con sistemas jurídicos diferentes al continental francés en los últimos años (Reino Unido, Estados Unidos o Japón serían ejemplos paradigmáticos).
- Empresas privadas en cuyo capital participan minoritariamente los poderes públicos. Estas empresas, de origen más anglosajón, se rigen íntegramente por el Derecho privado (mercantil) y la participación de los poderes públicos puede variar notablemente, siendo unas veces simplemente dineraria y otras no dineraria (aportando terrenos, licencias de construcción, etcétera). El control que ejercen los poderes públicos sobre este tipo de empresas es también diferente pero siempre está presente de distintas formas y colores. Hace años, por ejemplo en nuestro país, dicho control se ejercía básicamente a través de la figura de un Delegado del Gobierno o comisario político, encargado de controlar las actuaciones que llevaba a cabo la empresa. Actualmente, la modernidad nos ha traído a Europa la fórmula de control anglosajona denominada «Golden Share» o acción de oro, por la cual un Estado puede oponerse, llegando incluso a vetar, una posible adquisición de esa empresa estratégica por otra empresa, nacional o extranjera. Ejemplos de ello hemos tenido en los últimos años en el ámbito de las empresas operadoras de telecomunicaciones, antiguamente semi-públicas y ahora totalmente privatizadas, pero sobre las que los Estados, al ser empresas que operan en sectores muy sensibles, se han reservado ciertos privilegios.

Los desafíos que plantea la política comunitaria sobre infraestructuras con el horizonte de la ampliación que se ha producido en el año 2004 y las restantes que quedan por venir quedan bien plasmados en el libro blanco sobre los transportes de 2001 y en el libro verde sobre las infraestructuras de

tantes tratadas por el Comisario Kinnock en esa Conferencia y los aspectos fundamentales que él destaca de esta técnica los podemos encontrar, de manera resumida, en J. de la Cruz Ferrer, «Nuevas perspectivas...», *op. cit.*, pp. 28 a 30.

2004 ⁴⁸. Además de estos libros, el Derecho comunitario presta un especial interés a este tipo de colaboraciones público-privadas en el terreno de la inversión en infraestructuras con el apoyo de diversas Directivas sectoriales en los diferentes ámbitos del transporte que complementan las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, auténtico pilar en el que descansan, a nivel comunitario, estas técnicas. Entre estas Directivas cabe destacar la 93/37, de 14 de junio de 1993.

3.5.2. Formas de financiación del concesionario en la utilización de todas estas técnicas

3.5.2.1. Emisión de bonos u obligaciones

Esta forma de financiación no es nueva (se utiliza desde el siglo XIX) pero sí presenta aspectos novedosos en la actualidad. Se concreta en la colocación en el mercado, bien directamente por parte del interesado, bien a través de una entidad financiera, de títulos que representan obligaciones a un interés y plazo fijo, a cuyo vencimiento tendrá que responder la entidad emisora con su propio patrimonio. La novedad actual consiste en el hecho de que las Administraciones públicas pueden avalar la emisión, con el consiguiente incremento de las garantías que tal aval supone. En la actualidad, el artículo 253 de la LCAP regula esta modalidad de financiación del concesionario, reconociendo la posibilidad explicada de aval de la emisión por parte de la administración concedente.

3.5.2.2. Préstamo hipotecario

Ésta es una de las modalidades de financiación en la adquisición de bienes inmuebles que fue incorporada también como modalidad de financiación del concesionario a nuestro derecho de la contratación pública ya desde el siglo XIX como forma de financiación de las obras públicas que mayores inversiones requerían en aquella época: los ferrocarriles. Su regulación pública como mecanismo de financiación del concesionario se contiene actualmente en los artículos 255 a 258 de la LCAP. La regulación que efectúan estos preceptos es una regulación jurídico-administrativa, adaptada al contexto. Lógicamente, para los efectos civiles, el artículo 255 se remite a la legislación hipotecaria. El objeto de esta hipoteca son los bienes y derechos de la

⁴⁸ El libro blanco sobre los transportes fue impulsado por los sucesivos comisarios de transportes y se presentó en el año 2001, siendo comisaria Loyola de Palacio, como parte muy importante de la Agenda 2000 bajo el sugestivo título de: «La política de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad». Por su parte, el libro verde sobre infraestructuras fue presentado por la Comisión el 30 de abril del 2004 en Bruselas bajo el título: «Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones».

obra pública sobre la que recaiga y su mecanismo de funcionamiento es el mismo que en el ámbito privado, es decir, el concesionario ostenta un crédito de una entidad financiera y aporta como garantía la hipoteca sobre la concesión administrativa. El problema, como pone de manifiesto el profesor Villar Ezcurra ⁴⁹ en el ámbito jurídico-público se centra en los supuestos de ejecución hipotecaria por impago cuando no se llega al remate y adjudicación de la concesión, ya que la entidad financiera se encuentra con un bien desprovisto de valor líquido y realizable en la mayor parte de los casos. Consciente de este hecho, el legislador ha tratado de rodear el instituto de una serie de garantías para el acreedor hipotecario en la regulación de esta forma de financiación, otorgándole una serie de derechos en el artículo 256 de la LCAP, con posibilidad de actuar de manera firme en la defensa de sus intereses, tal y como se prevé en el apartado tercero del citado precepto.

3.5.2.3. Titulización

Esta modalidad, relativamente reciente pero notablemente utilizada ya en el sector hipotecario, de donde proviene, consiste en colocar en el mercado, a través de una entidad financiera, unos títulos que representan los ingresos que obtiene el concesionario por el cobro de tarifas para la explotación de la infraestructura, cediendo este derecho de percepción de las tarifas a lo largo de un plazo determinado o de todo el plazo de la concesión a favor de terceros, recuperando así el concesionario, con cierta celeridad, la inversión acometida.

Esta modalidad está certeramente regulada en el artículo 254 de la LCAP, que ha sido capaz de eliminar parcialmente el riesgo que supone para el tenedor de los títulos el que su derecho de crédito no esté avalado por la administración concedente en el caso de resolución del contrato de concesión mediante la situación del tenedor en el primer escalón de cobro de los acreedores, en posición de igualdad con los acreedores hipotecarios, con los que guarda cierta similitud en cuanto al derecho que ostenta y por la regulación que en los apartados 4 y 5 del citado precepto se efectúa. En estos apartados se regula la actuación que debe llevar a cabo la administración concedente en caso de resolución del contrato. Concretamente el apartado 5, que es el que regula la actuación de la administración en caso de resolución por causa no imputable al contratista, obliga a ésta a satisfacer parcialmente, no totalmente, la deuda con los acreedores del concesionario.

3.5.2.4. Créditos participativos

Esta modalidad consiste en el apoyo que varios prestamistas realizan para la financiación de la infraestructura con el objetivo de participar posterior-

⁴⁹ J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, p. 115.

mente en los resultados de la explotación. La regulación actual de esta modalidad se encuentra en el artículo 259 de la LCAP, que prevé la posibilidad de que la administración concedente sea uno de los prestamistas.

El órgano de contratación tiene que ser informado por el concesionario en caso de acudir a cualquiera de estas formas de financiación. Sin embargo, en el caso del préstamo hipotecario, el artículo 255.1 va más allá y exige que para la constitución del mismo el órgano de contratación de que se trate haya otorgado la oportuna autorización.

VI. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA. LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN NUESTRO PAÍS ⁵⁰

4.1. Los antecedentes históricos: regulación anterior a la Ley 13/2003

Como ocurre con la totalidad de las instituciones jurídicas, y este caso no es menos, sino más bien más, no es posible entender la regulación actual del contrato de concesión de obra pública sin revisar los antecedentes históricos. No tendría sentido, desde luego, analizar de manera detenida y prolija las regulaciones anteriores a la actual, pero sí es verdaderamente conveniente echar un vistazo a algunas de las normas que en materia de obras públicas y de contratación han regido en nuestro país. El problema actualmente, tras la regulación en mayo de 2003 de un nuevo contrato de concesión de obra pública está, en buena medida, en distinguir este tipo de contrato de otras figuras existentes previamente en nuestro ordenamiento y con las que presenta ciertas concomitancias. El objetivo, por consiguiente, debe ser la identificación del objeto del contrato de concesión de obra pública y su diferenciación con otros tipos de contratos administrativos típicos, como el contrato de obra y el contrato de gestión de servicios públicos ⁵¹.

Recordemos que el punto de partida hay que situarlo en la Instrucción de obras públicas de 10 de enero de 1845, que diferenciaba entre tres modalidades de construcción de las obras públicas, ya explicadas en otro apartado anterior de este trabajo: la contrata, la administración y la empresa. Ese esquema se mantuvo a grandes rasgos en la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877. Sólo quiebra cuando empiezan a aprobarse, ya en el siglo XX, distintas normas sectoriales reguladoras de las obras para la creación de diferentes infraestructuras (de ferrocarriles, de carreteras, etc.), las cuales

⁵⁰ Sobre el estudio completo de la regulación del contrato de concesión de obra introducido en la LCAP por la Ley 13/2003, de 13 de mayo, véase F. García Gómez de Mercado, «Contratos y concesiones de obra: la Ley 13/2003, de 13 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 16, mayo-agosto de 2003, pp. 11 a 56.

⁵¹ A la hora de diferenciar los diferentes tipos de contratos a los que se alude, no se puede dejar de consultar el trabajo del profesor G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables?», *op. cit.*

prevén técnicas de construcción, financiación y gestión propias, de tal forma que el poderoso, en el origen de las obras públicas en el siglo XIX, contrato de concesión de obra pública va perdiendo fuerza poco a poco hasta su práctica desaparición. En sentido inverso, el contrato de gestión de servicios públicos se fue afianzando desde finales del siglo XIX como consecuencia de la cada vez mayor participación del sector público en la *procura existencial*, es decir, en la prestación de unos servicios necesarios para la sociedad y que son el fruto de los avances técnicos generados por la revolución industrial. Como pone de manifiesto el profesor Ariño Ortiz, la implantación de todos estos servicios requiere una obra, pero lo importante en todos ellos no es la obra, sino la organización y prestación del servicio, de tal forma que la concesión de obra queda desplazada por la concesión de servicio ⁵². Este desplazamiento al que alude Ariño se hace patente en la legislación de mediados del siglo XX, en plena efervescencia del servicio público, en normas como el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 o la Ley de Contratos del Estado de 1965. El estado moribundo de nuestro contrato de concesión de obra se confirma con la aprobación en 1972 de la Ley de Autopistas, que le da la puntilla definitiva.

Por consiguiente, en la segunda mitad del siglo XX, el contrato de concesión de obras queda diluido en el contrato de gestión de servicios públicos, considerándose la obra lo accesorio y la prestación del servicio lo principal.

En 1995, el intento de resurrección del contrato de concesión de obra por la Ley 18/1995, de 13 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, es más simbólico que otra cosa, debido a la parquedad de la regulación que del mismo allí se hace, en un intento de sistematizar su régimen en tan sólo cuatro artículos (130 a 134 de dicha norma). No obstante, supuso un primer paso por recuperar esa figura, paso que se confirma posteriormente con la aprobación de la Ley 13/2003, de 13 de mayo, de Concesión de Obra Pública, que contiene una regulación completa de dicho contrato ⁵³.

La regulación que de tal contrato se efectúa en dicha norma pretende ser tan completa que, inicialmente, iba a tener una sustantividad propia como tal. Sin embargo, el Consejo de Estado en su dictamen recomendó al Gobierno incluirla dentro del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a la que se añadió finalmente como un nuevo Título V dentro del Libro II (arts. 220 a 266), uniéndose así la concesión de obra al club de los contratos administrativos típicos.

⁵² G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables?», *op. cit.*, p. 65.

⁵³ Apunta el profesor Ariño que los motivos por los que se vuelve a regular con tanta intensidad este contrato es la necesidad, como se hizo en el siglo XIX, de acudir a la inversión y al ahorro privado para dotar a nuestro país de las infraestructuras que se necesitan. G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra, ...», *op. cit.*, p. 66.

4.2. La Ley 13/2003, de 24 de mayo

4.2.1. Objeto del contrato de concesión de obra

Se regula en el artículo 220, según el cual su objeto es «la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título».

Como vemos, el artículo regula de una manera deliberadamente amplia las posibles fórmulas de retribución del concesionario para que quepa la utilización por parte de la Administración contratante de todas las novedosas técnicas que ya hemos señalado.

Lo que se pone de manifiesto, con la definición del contrato que el artículo 220 efectúa, es la apuesta, como señala Ariño Ortiz, por el *outsourcing*, en el convencimiento de que el empresario particular es mucho más apto que la Administración para gerenciar una explotación económica ⁵⁴. Sin embargo, como ya se ha apuntado en algún momento anterior de este trabajo, este convencimiento viene un poco forzado por las circunstancias internas y externas que rodean la inversión pública en la actualidad ⁵⁵.

4.2.2. Riesgo y ventura del concesionario

Este secular principio de la contratación administrativa está regulado para el contrato de concesión de obra pública en el artículo 220.2 de la LCAP, que dice que «la construcción y explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario...».

Por tanto, el riesgo y ventura que el concesionario del contrato de concesión de obra asume alcanza tanto a la ejecución de la obra como a la posterior prestación del servicio público.

No obstante, este principio quiebra, como es regla general para los contratos administrativos, cuando se produce un supuesto de fuerza mayor. Así, el artículo 239 del mismo texto normativo afirma que «si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario a pesar de la prórroga que se le conceda, se procederá a ajustar el plan económico-finan-

⁵⁴ G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra, ...», *op. cit.*, p. 67.

⁵⁵ El propio profesor Ariño así parece apuntarlo también, en una afirmación más cercana a la realidad que la anteriormente subrayada, cuando señala que «las concesiones encuentran sus épocas de esplendor en periodos históricos de penuria de la Hacienda Pública». G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra, ...», *op. cit.*, p. 67.

ciero. Si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros»⁵⁶.

4.2.3. *Mantenimiento del equilibrio económico del contrato*

Otro principio esencial de la contratación administrativa es el mantenimiento del equilibrio económico del contrato. Para el contrato de concesión de obra pública está regulado en el artículo 242.b) de la LCAP, que reconoce como uno de los derechos del contratista el «derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 248 de esta Ley». Y es que es ese precepto el encargado directamente de regular el principio en cuestión, diciendo que «el contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente». Y el apartado siguiente, es decir, el artículo 248.2 regula tres supuestos diferentes en los que se justifica la utilización de la técnica del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, a saber: la utilización del *ius variandi* de la administración en materia contractual, la fuerza mayor y la revisión de las tarifas como consecuencia de las diferentes incidencias (incluida la inflación y demás aumento de costes) que puedan surgir durante el periodo de ejecución del contrato.

Como vemos, la regulación de este principio para el contrato de concesión de obra sigue la doctrina clásica de su puesta en funcionamiento ante cualquier acontecimiento que ponga en peligro la propia ejecución del contrato como consecuencia de una decisión directa de la administración o de un acontecimiento externo a la voluntad de las partes.

La técnica del mantenimiento del equilibrio económico, una vez producido el supuesto que la habilita, opera principalmente sobre las tarifas que percibe el concesionario, ya que es ésta la principal vía de retribución del mismo.

⁵⁶ Sobre el principio del riesgo y ventura en los contratos administrativos en general y en el de concesión de obra en particular, véase G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra,...», *op. cit.*, pp. 71 a 74. Niega el profesor Ariño que sea el de riesgo y ventura un principio general de la contratación administrativa, diciendo que es más un mito que una realidad, ya que existen otros principios esenciales de la contratación administrativa por los que «a Dios gracias» se mitigan, en gran medida, los efectos del principio de riesgo y ventura. Así, la revisión de precios, el riesgo imprevisible, el mantenimiento del equilibrio económico del contrato o la técnica de los modificados, por lo que el único riesgo tangible que asume el contratista reside en que su oferta inicial sea demasiado baja. Concluye Ariño que, en consonancia con la Comunicación Interpretativa sobre concesiones 2000/C 121/02, hay que entender como riesgo y ventura el hecho de que el contratista no esté asegurado frente a todo tipo de riesgo, es decir, que no se consagre la doctrina del *gratis total* o de la *barra libre* para el contratista.

4.2.4. *Financiación de las obras públicas construidas mediante contrato de concesión*

Quizás sea una de las novedades más importantes. Sobre las posibilidades que ofrece actualmente la LCAP ya hemos hablado en un apartado anterior. Simplemente, se trata ahora de recordar las posibilidades de financiación externa que el concesionario de obra pública tiene en la actualidad para la ejecución de este contrato. El artículo 224 de la LCAP, que pretende ser el precepto base o matriz en esta cuestión, regula los sistemas clásicos en su seno (créditos de entidades financieras y aportaciones de la Administración justificadas por razones de interés público) y remite al Capítulo IV del Título V la regulación de los sistemas novedosos de financiación externa para el concesionario. En efecto, la LCAP dedica todo el Capítulo IV del Título V a este asunto (arts. 253 a 259), incluyendo cuatro técnicas de financiación, a saber: la emisión de bonos u obligaciones (art. 253), la hipoteca (arts. 255 a 258), la titulización (art. 254) y los créditos participativos (art. 259).

4.2.5. *Retribución del concesionario*

Los sistemas de remuneración que prevé la LCAP para el concesionario de obra pública se recogen en el artículo 225, sin que se produzca aquí ninguna novedad digna de destacar. Este precepto que acabamos de citar señala como posibles fuentes de retribución del concesionario el precio o tarifa que abone el usuario del servicio, los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial anexa a la infraestructura y, en su caso, las aportaciones procedentes de la Administración, con respeto, dice el precepto, al principio de riesgo y ventura del contratista. Nada nuevo bajo el sol. Resulta interesante la preocupación que se observa en el legislador en esa nueva llamada de atención acerca del respeto al principio de riesgo y ventura en la remuneración del concesionario. Parece obsesionado por evitar tentaciones por parte de algunas Administraciones públicas y por el respeto a la normativa comunitaria, muy preocupada recientemente por este aspecto, en consonancia con las restricciones al gasto público impuestas por el tantas veces citado Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

4.2.6. *Zonas complementarias de explotación comercial*

El artículo 223 de la LCAP contiene una de las novedades más destacables en la regulación de este contrato de concesión de obra pública. Se trata de la posibilidad que se le ofrece al concesionario de poder explotar las zonas adyacentes a la obra principal, tales como establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, zonas de ocio, estacionamientos, locales comerciales y otros susceptibles de explotación. Dicha explotación se hará de acuerdo con lo que establezcan para cada caso concreto los pliegos generales o particula-

res que rijan la concesión y, en su caso, con lo determinado en la legislación o el planeamiento urbanístico que resulte de aplicación, tal y como establece el apartado segundo del artículo 223.

El apartado 3 del citado artículo establece que «las correspondientes zonas o espacios quedarán sujetos al principio de unidad de gestión y control de la Administración pública concedente y serán explotados conjuntamente con la obra por el concesionario directamente o a través de terceros en los términos establecidos en el oportuno pliego de la concesión».

Por último, el apartado 4 regula el principio genéricamente establecido para toda concesión de reversión de los bienes a la Administración concedente a la finalización de la concesión.

La apuntada importancia de la regulación contenida en este precepto hace referencia a las mayores posibilidades que se le otorgan al contratista-concesionario de poder resarcirse de una forma más rápida y rentable de la inversión acometida para la ejecución de la obra y posterior prestación del servicio con la explotación de las zonas anexas a la obra, lo que hace más atractiva para el contratista este tipo de concesión. Esta posibilidad había sido largamente reclamada por una parte de nuestra doctrina jurídica, como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, que reclamaba una separación de la zona primaria de la obra y de las zonas secundarias o anexas, con posibilidad de que el concesionario pudiese explotar determinados servicios sobre éstas, y la no aplicación de la teoría del dominio público a la totalidad de la obra o servicio ⁵⁷.

Parece que, finalmente, este precepto acoge esta reivindicación doctrinal en aras a la atracción de inversiones privadas en la realización de obras públicas y prestación de servicios en las instalaciones de las mismas.

4.2.7. Régimen económico-financiero de la concesión: aportaciones públicas a la construcción y explotación de la obra y régimen tarifario

El régimen económico-financiero de la concesión se regula en los artículos 245 a 247 de la LCAP. En esos tres artículos se diferencian claramente tres tipos distintos de aportaciones a través de las cuales el concesionario se puede resarcir de su inversión. Son las siguientes: las aportaciones efectuadas por la Administración concedente para la ejecución de la obra (art. 245), las tarifas que pagan los usuarios por la utilización del servicio prestado por el concesionario (art. 246) y las aportaciones que haga la Administración para la explotación de la obra (art. 247).

Estas aportaciones de la Administración concedente pueden ser dinerarias o no dinerarias. Por lo que a las primeras se refiere, pueden entregarse al con-

⁵⁷ Recuérdese la nota explicativa número 29, contenida en la p. 12 de este trabajo, sobre el intento de superación de la teoría del dominio público clásica como forma de atracción de la inversión privada para la ejecución de infraestructuras públicas, cuyo máximo y no único representante es el profesor Ariño Ortiz.

tratista en tres momentos diferentes, en una regulación que se inspira, lógicamente, en el contrato de obra. En efecto, la Administración concedente podrá realizar aportaciones dinerarias al contratista durante la ejecución de la obra (mediante el pago de las certificaciones de obra), a la finalización de la misma o a la finalización de la concesión (estas dos posibilidades habilitan la utilización por parte de la Administración concedente de los sistemas denominados como llave en mano o sistema alemán o el sistema de peaje en la sombra o *shadow toll*). Las aportaciones dinerarias durante la explotación de la obra se realizan mediante subvenciones al precio, anticipos reintegrables o préstamos participativos, en los términos que se establezca en el pliego de la concesión.

En cuanto a las aportaciones no dinerarias, para la ejecución de la obra, pueden consistir en la entrega de bienes inmuebles, que revertirán a la finalización de la concesión.

Por lo que a las aportaciones no dinerarias en la fase de explotación de la obra se refiere, la letra b) del artículo 247 de la LCAP se limita a decir que consistirán en «ayudas en los casos excepcionales en que, por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de la obra pública antes de que la explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad». Como vemos, caben aquí todas las fórmulas posibles para acudir en ayuda del concesionario en aras al mantenimiento del equilibrio económico del contrato con el objetivo de que éste siga prestando el servicio en términos razonables y satisfactorios para el interés público.

Sin duda, el punto más débil en la regulación de este régimen económico-financiero que efectúa la LCAP es el referente al régimen tarifario, ya que el artículo 246 ni se pronuncia acerca de la naturaleza jurídica que deben tener ni acerca de la composición que deban tener las mismas ⁵⁸. Simplemente se limita a establecer que serán fijadas por el órgano de contratación con un carácter de máximos, pudiendo el concesionario rebajarlas. Asimismo, reconoce el derecho a su revisión en los términos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

El parámetro más importante para la fijación de las tarifas y para su revisión es el plan económico-financiero, que será elaborado por el contratista y presentado en el procedimiento de contratación como uno de los documentos que tiene que acompañar su oferta. Igualmente, a la hora de la fijación de las tarifas se tiene en cuenta las posibilidades que tiene el concesionario de explotar las zonas complementarias de las infraestructuras, de tal forma que la ecuación es sencilla: a mayores posibilidades de explotación de recursos complementarios, tarifas más bajas.

⁵⁸ Sobre las críticas a este precepto, véase G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra,...», *op. cit.*, pp. 82 y 83.

V. CONCLUSIONES

Del examen de la situación actual en torno a la creación y financiación de infraestructuras, queremos poner de manifiesto las siguientes conclusiones:

Primera. La primera reflexión que parece obligada formular es: ¿en qué medida los poderes públicos se han visto obligados por las circunstancias económicas y políticas o ha sido una decisión sentida y querida la de cambiar el *modus operandi* para la consecución de nuevas y costosas infraestructuras y prestación de servicios públicos? La conclusión, después de elaborar este trabajo, es que, en la mayoría de los casos, los gestores públicos se han visto avocados a la utilización de unas técnicas que no conocen y de las cuales la mayoría, desconfía. Nos encontramos, por lo tanto, con una manifestación más en este ámbito de la influencia de la Economía sobre el Derecho, ya que son realmente causas eminentemente económicas las que han operado esta profunda transformación.

Segunda. Es evidente que la utilización de estas novedosas, que no nuevas, técnicas para la financiación de infraestructuras costosas y la puesta en funcionamiento de servicios de interés económico general sofisticados ha vivido experiencias razonables en determinados proyectos, pero no es menos cierto que se han producido sonoros fracasos en otros. Por consiguiente, hay que ser muy cautelosos a la hora de acudir a estas formas de actuación porque no son siempre una panacea. En realidad, detrás de la utilización de ellas se esconden muchos intereses más particulares que generales. En efecto, los mercados de la contratación pública, principal vía de utilización y cauce formal de desarrollo de estas técnicas, son muy apetecibles al mover importantes cantidades de recursos que pueden ir a parar a manos poco deseables. Todas las grandes empresas constructoras y de servicios de los países europeos viven de los mercados de la contratación pública. Los intereses son muy fuertes en este sector y la Administración tiene primordialmente que asegurarse que sus compañeros de viaje en esta aventura son los más adecuados para llegar a buen puerto. Por ello, es esencial respetar los principios básicos de la contratación administrativa *a priori*, es decir, antes del acto de adjudicación del contrato y ser absolutamente escrupulosos, por tanto, con los principios de publicidad y libre concurrencia, tan invocados para tantas cosas y con tan rigurosa y loable exigencia por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

En definitiva, estas técnicas a través de las cuales se transfieren importantes potestades y posibilidades potenciales de generación de beneficios a los sujetos privados no pueden convertirse en formas de satisfacer a clientes poderosos, sino que tienen que ser utilizadas para la mejora de la gestión pública cuando se vea la oportunidad del ahorro de costes que en muchos casos significan. Sólo mediante el respeto a principios jurídicos mayores y a fuertes principios morales se estarán cumpliendo los objetivos para los que vieron la luz, que, en términos anglosajones, podríamos decir que es la defensa del dinero del contribuyente y, en términos comunitarios, la estabilidad económica para no incurrir en un déficit público exagerado y el favoreci-

miento del principio de la competencia entre las empresas europeas y la colaboración entre el sector público y el privado en la consecución de objetivos comunes. Todo ello con la vista puesta en la mejora en la prestación de los servicios al ciudadano.

Tercera. La regulación que de la utilización de estas novedosas técnicas de financiación de infraestructuras efectúa nuestro ordenamiento jurídico nos parece insuficiente. Si bien es cierto que la promulgación de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, es un paso muy importante en tanto en cuanto supone la posibilidad de dar cobijo jurídico a la utilización de las mismas, es necesario un desarrollo sectorial que contemple las especialidades de cada una de las infraestructuras y dé soluciones jurídicas a los problemas que la financiación de cada una de ellas presenta. La Ley 13/2003 integrada en la LCAP es un mínimo común denominador para poder empezar a tirar del hilo pero el hilo no es suficientemente largo ni tiene los estándares adecuados para cada tipo de tejido.

Otra solución sería la aprobación de una Ley General de Infraestructuras, que fuese posteriormente desarrollada a nivel sectorial en aspectos concretos para cada tipo de infraestructura y servicio de interés económico general. Se trataría de seguir la idea inicial del Gobierno Aznar de regular en un texto separado la utilización de estas técnicas en el que se contuviese hilo suficiente para formar varias madejas que posteriormente pudiesen crear distintos tejidos.

Cuarta. Para el funcionamiento adecuado de las novedosas técnicas de financiación de infraestructuras y de las que pudieran venir en el futuro, se necesita un marco legal estable, claro y favorable para hacer atractivas las inversiones de los sujetos privados sin renunciar al mismo tiempo la Administración a seguir asumiendo las riendas del proceso, desterrando así el peligro de dejar dicho proceso en manos de poderosos *lobbies*.

Quinta. La fuerza cíclica o pendular de la Historia es un hecho extraordinario y casi irrefutable. Etapas históricas de nula intervención pública en la vida económica y social han sido seguidas por otras de mucho mayor protagonismo público, con la máxima observable de que el péndulo siempre gira cuando llega a uno de los extremos. Ésa parece ser la situación actual, en la que un Estado del bienestar moribundo y en vías de extinción tiene que ceder su protagonismo casi absoluto a organizaciones privadas con un músculo financiero que ya no tienen las organizaciones públicas, consumidas en su propia vanidad forjada a través de años dorados en los que parecía que sus fuentes de financiación eran inagotables, pues podían seguir metiendo la mano en la caja a su antojo cuando lo creían oportuno. Pero meter la mano en la caja ya no es posible ni sale gratis y, así, las Administraciones públicas son incapaces de satisfacer todas las demandas que una Sociedad cómoda, timorata y cada vez más exigente y egoísta les plantea. El Estado del bienestar ha muerto: viva el Estado del bienestar.

La circunscripción electoral del Congreso de los Diputados y el principio de igualdad del sufragio: una propuesta de reforma

Sumario: I. LAS RELACIONES ENTRE LA CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DEL SUFRAGIO.—II. LA CONFIGURACIÓN DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y SUS EFECTOS SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.—2.1. La Ley para la Reforma Política de 1976 y el Real Decreto-ley de Normas Electorales de 1977.—2.2. El sistema electoral del Congreso en la Constitución de 1978.—2.3. La Ley Orgánica de Régimen Electoral General de 1985.—2.4. Los efectos sobre el principio de igualdad del voto.—III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DESIGUALDAD: ¿ES POSIBLE MEJORAR LO EXISTENTE?—IV. UNA PROPUESTA DE REFORMA.—V. A MODO DE CONCLUSIÓN.—VI. ANEXOS.—VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

A lo largo de los casi treinta años de vigencia del actual sistema electoral del Congreso de los Diputados han sido relativamente frecuentes las críticas dirigidas a la circunscripción electoral, de carácter provincial. Muchos de los reproches se han centrado en la existencia de notables desigualdades en la representación, de forma que el voto de los ciudadanos tiene un distinto valor según la zona geográfica donde ejerzan su derecho. El principio de igualdad del sufragio, consagrado en el artículo 68 de la Constitución, se encuentra muy limitado en la dinámica real del sistema. El presente artículo se centra en el análisis de estas desigualdades, sus causas y efectos, y muestra algunas soluciones idóneas para la problemática que plantean, a modo de hipótesis de reforma.

* Doctora en Derecho. Colaboradora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

I. LAS RELACIONES ENTRE LA CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DEL SUFRAGIO

En las modernas democracias representativas el derecho de sufragio constituye el instrumento básico para concretar el poder decisorio que se atribuye a la ciudadanía. La plena realización del principio democrático exige que todos los miembros de la comunidad sean considerados titulares del poder político y que todos ellos puedan contribuir de forma igual a la legitimación del mismo. Por estas razones el derecho de sufragio, como derecho constitucional fundamental, debe revestir necesariamente una serie de garantías: universalidad, libertad, igualdad y carácter directo ¹.

En coherencia con ello, los sistemas electorales, como mecanismos de conversión de los votos en escaños, constituyen una pieza fundamental de cada ordenamiento político. Aun cuando no exista un único sistema electoral democráticamente admisible —pues su configuración concreta se ajustará a la realidad social y a las necesidades políticas de cada caso—, es evidente que todos deben respetar las garantías que protegen el derecho de sufragio democrático. En este sentido, la circunscripción electoral, como ámbito territorial de la elección, es un elemento de enorme relevancia para el funcionamiento de los sistemas electorales y su configuración legal incide directamente en la garantía de igualdad del sufragio ².

Para abordar la relación existente entre la circunscripción electoral y el respeto al principio de sufragio igual conviene partir del doble significado que tradicionalmente se ha venido atribuyendo a dicho principio.

Teóricamente, la «universalidad» del sufragio presuponía su «igualdad», pero tanto la historia como la práctica democrática contemporánea han ofrecido ejemplos de sufragio universal desigual o de «consecuencias desiguales del ejercicio de un derecho fundamental atribuido por igual a todos los ciudadanos» ³. Cuando en la segunda mitad del siglo XIX se tuvo que aceptar irremisiblemente el sufragio universal, que implicaba la atribución de este derecho a todos los ciudadanos, se introdujeron a la vez una serie de mecanismos que aseguraran la prepotencia de unos sectores sociales dominantes, mediante el voto múltiple o voto plural: «todos votan, pero algunos votan más».

Por esta razón, y ya en el siglo XX, las Constituciones incluyeron entre los requisitos que regulan el derecho de sufragio la exigencia de que éste, ade-

¹ Así, las características del derecho de sufragio serían: «universal», es decir, sin exclusión de grupos sociales; «directo», con designación inmediata de representantes; «igual», sin votos reforzados; «secreto»; y «libre», con exclusión de los monopolios de poder. Véase M. García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, pp. 184-185.

² La importancia de esta variable ha sido puesta de relieve por la mayoría de la doctrina; véase, entre otros, D. Mackenzie, *Elecciones libres*, Tecnos, Madrid, 1962, pp. 67 y ss.; D. Rae, *Leyes electorales y sistemas de partidos políticos*, CITEP, Madrid, 1977, p. 67; D. Nohlen, *Sistemas Electorales del Mundo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 106 y ss.; M. Duverger, «Influencia de los sistemas electorales en la vida política», en VVAA, *Diez Textos Básicos de Ciencia Política*, Ariel, Barcelona, 1991.

³ G. Trujillo, «El Estado y las Comunidades Autónomas ante la exigencia constitucional del voto igual», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 2, mayo-agosto de 1981, p. 20.

más de universal, fuera igual ⁴. Así, en el constitucionalismo de entreguerras el voto igual equivalía a trato formalmente idéntico para todos los electores, en cuanto a reconocimiento y ejercicio de su derecho de voto. Es decir, bastaba con que se proscibiera cualquier forma de sufragio que conllevara la atribución de más de un voto a algunas categorías de ciudadanos. Sin embargo, esta exigencia tiene en el constitucionalismo actual un sentido muy diferente al que se le atribuyó en los años treinta del siglo XX.

En este sentido, y dentro del ámbito europeo, la jurisprudencia y la doctrina alemanas han mostrado una clara tendencia a superar las interpretaciones tradicionales del principio de igualdad. El Tribunal Constitucional Federal alemán se ha pronunciado sobre la significación de la igualdad de voto con motivo de las cuestiones suscitadas en relación con la compatibilidad de este principio con las barreras electorales ⁵. Dicha doctrina sostiene, en primer lugar, que el principio de igualdad del sufragio es un supuesto de aplicación del axioma o principio general de igualdad, como derecho fundamental de los individuos. A continuación distingue, por una parte, el significado estrictamente formal del principio de igualdad referido a los derechos de participación política y, por otra, la dependencia entre el contenido de dicho principio y la adopción de un sistema electoral mayoritario o proporcional. En el primer caso sólo puede tener valor numérico, es decir, el valor del voto antes de ser emitido; en el segundo, además, tiene un valor de resultado, que se deduce de la relación entre votos obtenidos y los escaños alcanzados, y que da un contenido material al referido principio. No obstante, reconoce que la igualdad en este último sentido tiene unos límites impuestos por razones de eficacia del sistema. Por lo tanto, el principio de igualdad referido al derecho de sufragio tiene un contenido formal, que resulta intangible en base a la igualdad numérica del voto, pero también posee un contenido material específico, si bien sólo referido a los sistemas de lógica proporcional ⁶.

La distinción entre el contenido formal y material del principio de igualdad de sufragio supone, sin duda, una aportación trascendental. Evidentemente ello no significa que las desigualdades formales no incidan en el resul-

⁴ Tal es el caso de la Constitución alemana de Weimar de 1919, o de la española de 1931. La Constitución republicana establecía en su artículo 52 que los diputados serían «elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto». La doctrina de la época interpretaba la exigencia del voto igual como el rechazo de las diversas formas de voto plural. Así, «el voto igual quiere decir lo contrario de voto plural, o sea, el sistema que establece distinciones entre los ciudadanos, añadiendo al voto que a cada uno corresponde por el principio del sufragio universal, otros votos complementarios por razón de propiedad (...), por razón de cultura (...), o por razones sociales». A. Royo Villanova, *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931: Con glosas jurídicas y apostillas*, Ed. Castellana, Valladolid, 1934, pp. 158-159.

⁵ En los años veinte el Tribunal de Estado (*Staatsgerichtshof*) elaboró una jurisprudencia sobre el principio de igualdad del voto, tomando como referencia la Constitución de Weimar y la Ley Electoral alemana de 1920, que es la que ha acogido el Tribunal Constitucional. Véase, O. Sánchez Muñoz, «Sistema electoral y principio de igualdad del sufragio», en F. Pau i Vall (coord.), *Parlamento y Sistema Electoral*, IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 499-501.

⁶ Sobre esta línea jurisprudencial, véase E. Stein, *Derecho político*, Aguilar, Madrid, 1973, pp. 41 y ss; G. Trujillo, «El Estado y las Comunidades Autónomas...», *op. cit.*, pp. 22-26; y O. Sánchez Muñoz, «Sistema electoral...», *op. cit.*, pp. 516-522, así como la bibliografía allí citada.

tado final de la votación, pues afectan directamente a la eficacia del sufragio. Lo característico es que ambos tipos de desigualdad atribuyen una posición desventajosa a ciertos electores; pero mientras las desigualdades de índole material determinan esa posición en el proceso de transformación de los votos en escaños, las desigualdades formales se configuran siempre *a priori*, antes de efectuarse la votación.

Tomando la terminología acuñada por la jurisprudencia alemana podemos distinguir lo que sería el principio de igualdad del voto como *igualdad aritmética* —contenido formal— y el principio de igualdad del voto como *igualdad de resultado* —contenido material—. Si la igualdad aritmética es exigible a todos los sistemas electorales de sufragio universal, cualquiera que sea su método de asignación de escaños, la igualdad de resultado sólo puede predicarse de aquellos sistemas que se basan en fórmulas electorales proporcionales, no mayoritarias. Junto a ello, mientras que el principio de igualdad del sufragio en sentido formal es de carácter absoluto, pues su fundamento se encuentra en un derecho fundamental como es el de la igualdad ante la ley; el principio de igualdad de resultado —o proporcionalidad— se relaciona con toda una serie de variables que lo convierten irremediabilmente en un concepto relativo ⁷.

Las vulneraciones del principio de igualdad del voto, tanto en el plano formal como en el material, están habitualmente vinculadas a la configuración del ámbito espacial de la elección. En efecto, la magnitud de las circunscripciones suele ser una de las variables más determinantes para apreciar la proporcionalidad de los sistemas electorales ⁸. Asimismo, la distribución desigual de los representantes entre las circunscripciones, ya sea en relación con la población de las mismas o con el número de electores inscritos, es una de las distorsiones que se producen con mayor frecuencia en los sistemas electorales contemporáneos. Este tipo de distorsiones suelen ser más acentuadas en los sistemas mayoritarios, que por su especial configuración territorial —con distritos que eligen a un único representante— requieren unas mayores garantías ⁹. Los sistemas que operan con fórmulas proporcionales

⁷ La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha sido bastante elocuente en este punto. La consideración del principio proporcional como contingente y relativo (STC 40/1981) se reitera en sucesivas sentencias; así: «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, hasta el punto de que puede afirmarse que cualquier corrección o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación implica necesariamente un recorte a esa pureza de la proporcionalidad abstractamente considerada» (STC 75/1985, de 21 de junio). Véanse también las SSTC 72/1989, de 20 de abril, y 193/1989, de 16 de noviembre, así como el trabajo del profesor Sánchez Navarro, A. J. Sánchez Navarro, *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

⁸ Así, se ha demostrado que por debajo de los cinco o seis escaños el sistema opera en dicha circunscripción con efectos mayoritarios, cualquiera que sea la fórmula electoral utilizada; entre otros, D. Rae, *Leyes electorales...*, *op. cit.*, pp. 118-119; y D. Nohlen, «La organización del sufragio», en *Ley Electoral y Consecuencias Políticas*, CITEP, Madrid, 1976, p. 65.

⁹ En este sentido, la trayectoria experimentada en Estados Unidos es verdaderamente ejemplar: La delimitación de los distritos electorales —que es una competencia estatal— se encuentra inevitablemente expuesta a la manipulación partidista, y los procedimientos utilizados en los distintos Estados

suelen adoptar como circunscripciones demarcaciones territoriales preexistentes, y su magnitud es variable. En estos casos el respeto al principio de igualdad del sufragio en sentido formal es más difícil de conseguir, pues son varios los elementos a tener en cuenta (número de circunscripciones, tamaño de la Cámara, existencia de una asignación mínima de escaños a cada circunscripción y fórmula de prorrateo) y la combinación de los mismos es a menudo una tarea complicada ¹⁰.

El presente trabajo centra su atención precisamente en la problemática que plantea la configuración legal de la circunscripción en el sistema electoral español en relación con el principio de igualdad aritmética.

II. LA CONFIGURACIÓN DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y SUS EFECTOS SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El vigente sistema electoral del Congreso de los Diputados tiene su origen en la transición política a la democracia. Pese a carecer de contornos temporales definidos la transición cuenta, desde el plano institucional, con una referencia inicial en la Ley para la Reforma Política de 1976 y otra final en la ratificación por referendun popular de la Constitución de 1978 ¹¹. Ese corto periodo de menos de dos años resulta absolutamente fundamental para la comprensión del actual sistema electoral; y es que en esa especial coyuntura histórica, y desde una franca pretensión de provisionalidad, se introdujeron una serie de criterios y principios electorales que ya no se han abandonado. Algunos de esos extremos, que fueron recogidos escrupulosamente en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, constituyen las causas directas de las

carecen de uniformidad. Este sistema provocó graves desigualdades durante la primera mitad del siglo xx, pero desde 1962 el Tribunal Supremo ha venido interpretando el principio de igualdad del voto rígida y escrupulosamente. Ha sentando una jurisprudencia que trata de asegurar las más plenas garantías democráticas, y no sólo respecto al principio de igualdad de población de los distritos —*equal population*—, sino también respecto a las prácticas partidistas de delimitación —*gerrymandering*—. Un excelente resumen de la evolución americana se encuentra en *Congressional Quarterly's Guide to U.S. Elections*, 3.^a ed., Congressional Quarterly's Inc., Washington, 1994, pp. 917-938.

¹⁰ Un referente imprescindible en este tipo de sistemas es el de Bélgica. Ya desde 1920 se recoge en la Constitución el sistema de elección proporcional, exigiéndose que los escaños se distribuyan entre las circunscripciones —distritos administrativos— de acuerdo con su población, sin asignación mínima, lo que significa una adecuada representación de todos los ciudadanos. Junto a ello, resulta muy relevante la capacidad de adaptación del sistema electoral belga a la diversidad lingüística del país. A partir de 1970, la circunscripción no sólo determina el ámbito territorial de la elección, sino que también sirve para precisar el grupo lingüístico —flamenco o valón— al que pertenecerá el diputado. Las últimas reformas constitucionales, que configuran un Estado federal, han reforzado aún más las garantías del principio de igualdad del sufragio, tanto en su vertiente formal como material, en un contexto sociopolítico enormemente complejo. Véase F. Delpérée, «Le Regime Politique de la Belgique», en Y. Guchet (dir.), *Les Systèmes Politiques des Pays de l'Union Européenne*, Armand Colin, París, 1994; y W. Dewachter, «Les modes de scrutin en Belgique pour l'élection des Assemblées Parlementaires», en J. Cadart (dir.), *Les Modes de Scrutin des Dix-Huit Pays Libres de L'Europe Occidentale*, PUF, París, 1983.

¹¹ En este sentido, M. Caclagli, *Elecciones y partidos en la transición española*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1986, pp. 7-8.

desigualdades de representación que se registran en nuestro sistema, siendo la configuración de la circunscripción el más relevante de todos.

2.1. La Ley para la Reforma Política de 1976 y el Real Decreto-ley de Normas Electorales de 1977

La Ley para la Reforma Política fue una norma formalmente elaborada en el marco de la legalidad franquista, con todos los condicionantes que ello suponía, y ése es un rasgo que no se puede desconocer. Pero al mismo tiempo la norma desbordaba el marco de esa legalidad y abría de hecho un proceso constituyente, sobre la base de la soberanía popular articulada mediante el sufragio universal.

Cabe destacar que inicialmente el proyecto de la Ley para la Reforma Política no preveía en su articulado cómo sería el sistema electoral del Congreso. Únicamente contenía una alusión a que éste se inspiraría en criterios proporcionales, atribuyendo al Gobierno su regulación concreta ¹². Fue a su paso por el Consejo Nacional del Movimiento y, sobre todo, por las Cortes constituidas entonces cuando se precisaron los elementos más importantes del sistema, como condición para su aprobación.

Durante la tramitación parlamentaria se presentaron tres enmiendas a la totalidad y veinte enmiendas o «sugerencias» al articulado del proyecto ¹³. La más polémica fue la presentada por Cruz Martínez Esteruelas, en representación de un sector de procuradores adscritos a la agrupación política *Alianza Popular*, cuya abstención habría supuesto un importante revés político. Dicha enmienda se centraba en el sistema electoral, tema al que se dio una especial notoriedad y en el que se centraron la mayoría de los debates. En ella se propugnaba la adopción de un sistema mayoritario como principio fundamental. La Ponencia defendió el texto alegando que no se trataba de introducir un sistema proporcional cerrado y radical, e insistiendo en que sería un «proporcional corregido», es decir, que se inspiraría en criterios de representación proporcional. La falta de concreción del texto propuesto por la Ponencia propició una frontal oposición a que se reservase al Gobierno la regulación de la futura normativa electoral sin que se establecieran unos principios rectores en la Ley ¹⁴.

¹² El proyecto constaba de un preámbulo (que finalmente fue suprimido), cinco artículos, tres disposiciones transitorias y una disposición final. Se afirmaba que las elecciones al Congreso de los Diputados se inspirarían en criterios de representación proporcional, mientras que las elecciones al Senado se harían por un sistema de carácter mayoritario con circunscripciones provinciales. El Gobierno sería el encargado de regular las primeras elecciones. Véase A. Soto Carmona, «De las Cortes orgánicas a las Cortes democráticas», en M. Redero San Román (ed.), *La transición a la democracia en España, Ayer*, núm. 15, 1994, pp. 110-114; y L. Sánchez Agesta, *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 43.

¹³ Véase *Diario de Sesiones de las Cortes Españolas (DSCE)*, X Legislatura, núm. 29, de 16, 17 y 18 de noviembre de 1976, pp. 6-31.

¹⁴ Todas las intervenciones en *DSCE*, X Legislatura, núm. 29, pp. 80-199. Un resumen de las mismas se encuentra en A. Sánchez Navarro, *Constitución, igualdad...*, op. cit., pp. 67-68.

Llegados a este punto, las posturas se definían de la siguiente manera: por una parte, el Gobierno no estaba dispuesto a renunciar al sistema proporcional, pues lo consideraba requisito ineludible para la participación electoral de la oposición democrática; por otra, los procuradores del grupo de *Alianza Popular* rechazaban el sistema proporcional por considerar que favorecía una excesiva polarización en la Cámara.

En este sentido, el mismo Martínez Esteruelas propuso «elementos correctores que puedan impedir que este país degenera en una situación ingobernable». Así, sería preciso que «la provincia, arraigada en la conciencia cívica de nuestro pueblo y en las realidades socioeconómicas del mismo, fuese la circunscripción electoral exclusiva. (...) que no haya provincia, por pequeña que sea, que no tenga garantizado un número de procuradores que asegure su voz (...) para lograr el equilibrio territorial»¹⁵.

Que la provincia fuese la circunscripción electoral del Congreso era un extremo que parecía estar ya implícito en el texto originario del Proyecto de Ley, y sobre el que existía un evidente consenso. En efecto, si para el Senado el proyecto mencionaba la provincia como ámbito territorial de la elección, desde luego no era imaginable otra circunscripción para el Congreso, máxime si éste iba a ser elegido por un sistema proporcional. Y ello porque había bastantes razones que apoyaban esta solución: sobre todo, la inexistencia en ese momento de una delimitación geográfica objetiva que impidiera la manipulación arbitraria y que no fuera la provincial; unido a la imposibilidad de utilizar como circunscripción las llamadas regiones históricas, sobre cuyos límites no había un acuerdo pacífico, como se demostró después.

Lo que no estaba previsto en el proyecto inicial era el establecimiento de un número mínimo de escaños por provincia, con independencia de la población, medida que fue introducida por una enmienda de Morondo García. Este procurador palentino se mostró más preocupado por la viabilidad de la integración política que por la igualdad del sufragio: «de las provincias que integran las regiones de Castilla la Vieja y Reino de León... junto con las de Castilla la Nueva, tendrían entre todas 43 diputados, exactamente igual que Barcelona sola. Una superficie de nuestro país de 151.776 km²... tendría exactamente la misma representación que 7.773 km²». En definitiva, lo que ponía de relieve era que los intereses en conflicto, las tensiones regionales y la necesidad de conseguir una cierta integración en el sistema de todos los sectores y territorios pasaba por alejarse de la estricta igualdad aritmética¹⁶.

Junto a estas propuestas, se exigía también que los elementos correctores que se expresaran en la ley no tuvieran el carácter de *numerus clausus*, de forma que se pudieran establecer «cuantos sean precisos para evitar los males de la fragmentación inconveniente» y «que sea preciso un número mínimo de sufragios para acceder al Congreso».

¹⁵ DSCE, *op. cit.*, pp. 92-93.

¹⁶ DSCE, *op. cit.*, p. 84.

El Gobierno, ante la necesidad de sacar adelante la ley, terminó por aceptar todas estas propuestas, que fueron recogidas en la Disposición Transitoria Primera ¹⁷. Entre estas precisiones destacan la fijación del tamaño de la Cámara en 350 diputados, la determinación de la provincia como circunscripción electoral y la asignación de una representación mínima a cada provincia.

La importancia de estos elementos en la configuración del sistema electoral, al que apuntalan de manera irreversible, y su influencia en el desenvolvimiento práctico del mismo están fuera de toda duda. De hecho, son considerados como los elementos clave para explicar nuestro sistema representativo, al margen de la fórmula utilizada. La fijación de un limitado número de diputados y la existencia de 50 circunscripciones, de reducidas dimensiones y con profundas desigualdades, que además debían tener una asignación mínima de escaños, limitan la proporcionalidad del sistema; pero además dificultan notablemente la distribución de representantes conforme a la población de cada circunscripción. Mientras que la primera consecuencia fue abiertamente buscada, para evitar una «excesiva fragmentación de la Cámara», la segunda apenas fue objeto de discusión y ni siquiera fue analizada en profundidad, suscitando un escaso interés.

De esta manera, el sistema de elección del Congreso de los Diputados, que había sido dejado en una consciente indeterminación terminó por quedar sometido a unos criterios que predisponían su configuración. En realidad, durante los debates en las Cortes se puso de manifiesto la confusión existente entre lo que era un *sistema electoral* y lo que era una mera *fórmula electoral*. En este sentido, la defensa a ultranza del sistema mayoritario o del proporcional era la defensa de una fórmula mayoritaria o una fórmula proporcional, sin que importaran el resto de los elementos que conforman el sistema electoral, o al menos, sin que fueran abordados con el mismo detenimiento. Así se explica el escaso interés que suscitaron elementos tan importantes como la circunscripción electoral o el tamaño de la Cámara ¹⁸.

El debate sobre la configuración de la circunscripción electoral —prácticamente inexistente en sede parlamentaria— se consideró esencial en sectores académicos, desde donde se hicieron notables aportaciones que, sin embargo, no fueron tomadas en consideración. Existía un acuerdo unánime respecto a la utilización de la provincia como circunscripción, a falta de cualquier otra demarcación aceptable, pero se insistía en la necesidad de que la representación atribuida a cada provincia fuera proporcional a la población, que se primara la representación «personal» sobre la «territorial», por supues-

¹⁷ Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, BOE, de 5 de enero de 1977.

¹⁸ De esta suerte, como afirma Alfonso Fernández Miranda, «los partidarios del sistema proporcional no tenían inconveniente alguno en el diseño de circunscripciones cuasi uninominales, en las que la proporcionalidad tenía el destino inexorable de convertirse en mero *nomen iuris*; por otra parte, los partidarios del principio mayoritario jamás cuestionaron o, al menos, no ofrecieron alternativa alguna a la circunscripción provincial...». A. Fernández Miranda, «El sistema electoral del Congreso de los Diputados», en *Revista de Derecho Político*, núm. 52, Madrid, 2001, p. 21.

to dentro de un sistema de elección proporcional que asegurara la representatividad y la presencia de grupos regionalistas ¹⁹.

En realidad, con las directrices tan precisas que contenía la Ley para la Reforma Política pocas eran las innovaciones que podría introducir la normativa electoral que elaborara el Gobierno. El Real Decreto-ley de Normas Electorales de marzo de 1977, que tenía por objeto regular las *primeras elecciones* al Congreso de los Diputados y al Senado y cuyo carácter provisional era expresamente reconocido, abarcaba con precisión todos los aspectos referidos a la organización y desarrollo de las elecciones ²⁰.

Respecto al sistema electoral del Congreso, el Real Decreto-ley concretó las previsiones de la Ley para la Reforma Política, de forma que se aseguraron dos escaños por provincia, distribuyéndose el resto, hasta 350, en función de la población (un diputado por cada 144.000 habitantes o fracción superior a 70.000). Esta asignación mínima de dos escaños se justificaba porque así «se suavizan en alguna medida los efectos de nuestra irregular demografía y se atiende a un mayor equilibrio territorial en la representación».

Por otra parte, se afirmaba que el sistema electoral para el Congreso se inspiraba en criterios de representación proporcional con candidaturas de listas completas, bloqueadas y cerradas. La adjudicación de escaños se realizaría de acuerdo con la regla D'Hondt, porque permitía «corregir el excesivo fraccionamiento de las representaciones parlamentarias», finalidad a la que también respondía el establecimiento de una barrera electoral el 3 por 100 de los votos válidos emitidos en cada circunscripción.

La misma norma contenía la distribución de los escaños entre las circunscripciones en función de dichos criterios, resultando que:

- 30 de las 52 circunscripciones (incluyendo a Ceuta y Melilla), el 57,8 por 100 del total, tenían entre 1 y 5 escaños;
- 18 circunscripciones, el 34,6 por 100 del total, elegían entre 6 y 10 diputados;
- 2 circunscripciones, el 3,8 por 100 del total, elegían 12 y 15 diputados respectivamente;
- 2 circunscripciones, el 3,8 por 100 del total, contaban con 31 y 33 escaños.

¹⁹ En este sentido, J. de Esteban y L. López Guerra, «Entre la Ley para la Reforma Política y la Ley Electoral: análisis del referéndum de diciembre de 1976», en *El proceso electoral*, Labor, Barcelona, 1977, p. 374; M. Ramírez y P. de Vega, «Apuntes para una ley electoral», Mesa Redonda celebrada el 18 de noviembre de 1976 en el I Congreso CITEP, en *Ley Electoral y Consecuencias Políticas*, op. cit., pp. 255-257. J. de Esteban y L. López Guerra, «El proyecto electoral de la oposición», *Diario 16*, 22 de enero de 1977. También en la obra de los mismos autores, *De la Dictadura a la Democracia (diario político de un periodo constituyente)*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, pp. 215 y ss.

En contra de la circunscripción provincial, y a favor de una división electoral de ámbito regional, F. Rubio Llorente y J. Nicolás Muñiz, «Los sistemas electorales y el caso español», en *Triunfo*, año XXXI, núm. 722, 27 de noviembre de 1976.

²⁰ Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, de Normas Electorales, BOE, de 23 de marzo de 1977.

Con respecto a esta distribución conviene hacer dos consideraciones: en primer lugar, el mecanismo de distribución de escaños, que parte de una asignación inicial con independencia de la población, provoca no pocas diferencias en la relación entre habitantes y diputados en las distintas provincias, que en rigor debería ser semejante. Siendo el valor medio igual a 87.601 habitantes por diputado, existen 23 circunscripciones por debajo de este valor (44,23 por 100 del total) y 29 por encima del mismo (55,77 por 100 del total). Sin embargo, lo más significativo es que esas 23 circunscripciones, cuya ratio de representación es menor que la media, eligen un total de 86 diputados (24,57 por 100), mientras que las restantes, cuya ratio de representación es mayor que la media, eligen a 264 diputados (75,43 por 100). Esto significa que más de las tres cuartas partes de los miembros de la Cámara son elegidos en circunscripciones cuya ratio de representación es superior a la media. De hecho, en dieciséis circunscripciones (Alicante, Baleares, Barcelona, Cádiz, Córdoba, La Coruña, Granada, Madrid, Málaga, Murcia, Oviedo, Las Palmas, Pontevedra, Sevilla, Valencia y Vizcaya) la relación entre habitantes y diputados sobrepasa los 100.000. Estas circunscripciones, además, eligen un total de 179 diputados, más de la mitad de la Cámara. Por el contrario, en seis circunscripciones (Álava, Cuenca, Guadalajara, Segovia, Soria y Teruel) la relación entre habitantes y diputados no llega a los 60.000, eligiéndose en ellas un total de 20 diputados, un 5,71 por 100 de la Cámara.

Las desigualdades existentes en la representación de las provincias provienen de la asignación inicial de dos escaños a cada una y se consolidan por el reducido tamaño de la Cámara que, fijado en 350 diputados, apenas puede contrarrestar los efectos del mínimo inicial.

Por otra parte, teniendo en cuenta que en las circunscripciones de hasta cinco escaños la elección es una elección mayoritaria, con independencia de la fórmula utilizada, y que las circunscripciones de esa magnitud son mayoría en el territorio, existen severas limitaciones para que la proporcionalidad de la fórmula D'Hondt pueda desplegar sus efectos. De hecho, se puede hablar de dos sistemas electorales distintos, el de las pequeñas provincias, donde la fórmula funciona como mayoritaria, y el de las grandes circunscripciones, donde se comporta como perfectamente proporcional, las cuales coinciden precisamente con las zonas donde existen fuerzas regionalistas, lo que permite su representación ²¹.

Estas distorsiones, la desigualdad en la representación de cada circunscripción y restricción de los efectos proporcionales del sistema, son sin duda atribuibles a la determinación de la provincia como marco territorial; sin embargo, puesto que ésa fue una decisión aceptada por todos, no cabe, con independencia de su funcionalidad, realizar ningún reproche a la misma,

²¹ Véase, sobre este extremo, A. Fernández Miranda, «Los sistemas electorales para el Congreso de los Diputados y el Senado», en VVAA, *Reflexiones sobre el régimen electoral*, IV Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 1993, pp. 131-133.

sobre todo tratándose de unas elecciones de transición, cuando el consenso sobre las reglas del juego debe primar sobre la eficacia del sistema ²².

2.2. El sistema electoral del Congreso en la Constitución de 1978

No sorprende que el sistema electoral del Congreso fuera uno de los temas más controvertidos durante la tramitación de la Constitución de 1978, pues se trata de una materia que incide directamente en la composición de una de las instituciones más importantes del Estado y que además es motivo de colisión entre los intereses electorales de los partidos políticos ²³.

La redacción del artículo 68 tuvo un camino accidentado: en el Anteproyecto de la Ponencia no se hacía referencia al sistema electoral, por considerar que era una materia que debía dejarse al legislador; pero la oposición de todos los grupos, con excepción de UCD y AP, llevó a un enfrentamiento abierto y contundente en el seno de la Comisión del Congreso, y se tuvo que aplazar su discusión hasta que estuviese aprobado el resto del texto constitucional ²⁴. Los distintos grupos defendían una alusión explícita al sistema electoral proporcional, pero también exigían que se recogiera la relación entre habitantes y diputados, para evitar las desigualdades en la representación de las circunscripciones ²⁵. Respecto a cuáles serían éstas, fueron muchas las voces que aconsejaban su indeterminación, a la espera de conocer cuál sería la estructura territorial del Estado, si bien la preferencia por la provincia parecía generalizada.

Cuando se retomaron los debates sobre dicho artículo, los grupos parlamentarios ya habían llegado a un acuerdo que se formalizó a través de una enmienda *in voce*, donde básicamente se recogían los criterios establecidos en la Ley para la Reforma Política, y que fue aprobada con amplio margen ²⁶.

²² Así, como defiende A. Fernández Miranda, «la democracia no puede medirse en términos de exactas magnitudes aritméticas, sino en términos políticos de consenso sobre las reglas del juego para la conquista legítima del poder. Que la igualdad no es un problema de uniformidad abstracta, sino de integración consensuada». A. Fernández Miranda, «El sistema electoral del Congreso...», *op. cit.*, p. 43.

²³ Los debates y textos sucesivos pueden verse en F. Sáinz Moreno y M. Herrero de Padura (eds.), *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, 4 vols., Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General del Congreso de los Diputados, 2.ª ed., Madrid, 1994; también en la página web del Congreso de los Diputados, http://www.congreso.es/docu/iniciativas/in8u_pant.html.

²⁴ Las intervenciones en la Comisión Constitucional del Congreso se encuentran en el *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes (DSCC)*, núm. 78, de 1 de junio de 1977, pp. 1235-1260. Un magnífico resumen del *iter* parlamentario en M. CACIAGLI, «El sistema electoral de las Cortes según los artículos 68 y 69», en A. Pedriani y F. García de Enterría (dirs.), *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1981.

²⁵ En este sentido se manifestaron el Grupo Socialista, el Grupo Comunista y la Minoría Catalana, que sostenían la necesidad de incluir una referencia a la ratio de habitantes por diputado (un diputado por cada 70.000 o 100.000 habitantes), de forma que se preservara la adecuada representación de todos los ciudadanos. Véanse, las intervenciones de Fajardo Spínola (socialista), Solé Tura (comunista) y Roca Junyent (Minoría Catalana), *DSCC*, núm. 78, pp. 1243-1250.

²⁶ La enmienda fue propuesta por Peces-Barba (Intervención en la Comisión del Congreso, *DSCC*, núm. 93, 20 de junio de 1977, p. 3521). Todas las previsiones acerca del sistema electoral del Congreso se aprobaron por unanimidad, excepto la determinación de la provincia como circunscripción, que

El artículo sólo experimentó una ligera modificación a su paso por el Senado (referida a la representación de Ceuta y Melilla) que no afectaba para nada a su espíritu, fijándose su redacción definitiva ²⁷.

Así, el artículo 68 de la Constitución establece, en primer lugar, que el Congreso tendrá un mínimo de 300 diputados y un máximo de 400, los cuales serán elegidos por sufragio universal, libre, *igual*, directo y secreto. Junto a ello, se señala que la provincia es la circunscripción electoral, y que la ley distribuirá los diputados asignando una representación mínima inicial a cada provincia y distribuyendo los demás en proporción a la población. La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional.

Es indudable que la negociación política entre los dos principales partidos, UCD y PSOE, jugó un papel determinante para el mantenimiento del *statu quo*, mediante la constitucionalización de las directrices de la Ley para la Reforma Política, y que el artículo 68 fue fruto del realismo y pragmatismo político que presidió la gestión de la transición. Pero también es cierto que la Constitución terminó por recoger el sistema electoral diseñado por una Ley que fue producto de las últimas Cortes franquistas, cuyo desarrollo se debió a un Gobierno no democrático y que tenía una franca pretensión de provisionalidad. La inclusión en la Constitución de criterios tan rígidos no sólo limitaba notablemente la tarea del legislador ordinario, sino que incluso podrían entrar en colisión con ciertos principios y valores reconocidos en la propia norma fundamental, como la proporcionalidad y la igualdad del sufragio ²⁸. Todo ello con independencia del trasfondo político-partidista de los acuerdos, los cuales beneficiaban sin duda a la UCD, que podría consolidar su posición hegemónica gracias a las primas de representación que obtendría en las provincias más despobladas, pero también al PSOE, por las ventajas que el sistema otorga a los grandes partidos de implantación estatal.

2.3. La Ley Orgánica de Régimen Electoral General de 1985

Con la aprobación de la Constitución de 1978 se pudo dar por cerrado el periodo de transición institucional a la democracia, pero todavía quedaba un largo proceso de desarrollo legislativo que permitiera su consolidación. Pese a que el texto constitucional contenía los criterios decisivos para la con-

obtuvo dos votos en contra, posiblemente de AP y Comunistas que, por motivos bien distintos, rechazaban la constitucionalización de dicho extremo.

²⁷ La enmienda fue presentada por el Grupo Centrista. Véase la intervención del Senador Jiménez Blanco en la Comisión del Senado, DSCC, núm., 49, 5 de septiembre de 1978, pp. 3815.

²⁸ Como afirma M. Fraile, el propio artículo 68 de la Constitución es tan contradictorio en sus resultados, y ante todo lo es su desarrollo por la Ley Electoral asignando un mínimo de dos escaños por provincia, manteniendo, por otro lado, el mínimo del margen de oscilación que marca la Constitución, 350 Diputados, que podría argumentarse que es inconstitucional él mismo. M. Fraile Clivillés, «Los sistemas electorales», en VVAA, *Reflexiones sobre el régimen electoral*, IV Jornadas de Derecho Parlamentario, *op. cit.*, p. 517.

figuración de la normativa electoral, entre ellos la utilización de la provincia como ámbito territorial de la elección, otros elementos estaban por determinar, como el número exacto de miembros del Congreso, el mínimo inicial de Diputados por provincia, o la fórmula electoral, confiriendo al legislador un margen de maniobra importante, aunque ciertamente limitado.

Antes de la tramitación de la Ley Orgánica que debía desarrollar el régimen electoral general fueron abundantes las propuestas de la comunidad académica que, con la experiencia de las elecciones generales de 1979 y 1982, aportaron valiosas observaciones en torno a la configuración del sistema electoral del Congreso. Los objetivos eran variados, así como las soluciones propuestas, pero todas coincidían en elevar al máximo el número de diputados, ciertamente escaso y fuente de la desigualdad en la representación de las circunscripciones ²⁹.

Cuando en 1985 se presentó el proyecto de Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG) ésta se planteó como un imperativo constitucional y una necesidad, pero no constituía una reforma radical del Decreto-ley de 1977, sino que se partía de lo existente para «mejorarlo técnicamente» ³⁰. En efecto, respecto al sistema electoral el Congreso, el legislador optó por conservar lo existente y reproducir casi literalmente la normativa de 1977. Se mantenían 350 diputados y el mínimo inicial de dos por provincia, así como la fórmula D'Hondt. La única novedad, por otra parte lógica, era la introducción de una cláusula móvil para distribuir los escaños en cada convocatoria electoral conforme al último censo de población y adecuar así los cambios que pudieran producirse, extremo éste que, dada la naturaleza provisional y transitoria del Decreto-ley de 1977, no estaba previsto. Para efectuar el prorrateo electoral se establecía un procedimiento basado en la fórmula de restos mayores ³¹.

²⁹ Destacan, entre otras muchas propuestas, las de M. Martínez Cuadrado, «Bases, principios y criterios de la reforma electoral española», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 34, 1983, pp. 41-48; F. Fernández Segado, «Constitución, sistema electoral y elecciones en España», en *Revista de Derecho Público*, vols. III y IV, núms., 84-85, julio-diciembre de 1981, pp. 619-623; F. Pallarés, «La distorsión de la proporcionalidad en el sistema electoral español. Análisis comparado e hipótesis alternativas», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 23, septiembre-octubre de 1981, pp. 233-267; y D. Nohlen, «Reforma del sistema electoral español: conveniencias, fórmulas y efectos políticos», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 34, 1983, pp. 62-63.

La propuesta más elaborada fue el anteproyecto de Ley Electoral preparado en 1981 por los profesores Jorge de Esteban y Luis López Guerra, que se publicó en J. de Esteban, «Un Anteproyecto de Ley Electoral para España», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 15, 1989, pp. 759-820.

³⁰ Véase *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, II Leg., núm. 120-I, pp. 1775-1817. La tramitación parlamentaria del proyecto puede verse en R. Entrena Cuesta (dir.), *Ley Orgánica de régimen Electoral general. Trabajos Parlamentarios*, 2 vols., Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.

³¹ El proyecto de ley dedicaba cuatro artículos al sistema electoral del Congreso de los Diputados: artículo 160 (circunscripción electoral provincial); artículo 161 (Cámara de 350 Diputados; mínimo inicial de dos y método de distribución del resto de Diputados en función del población); artículo 162 (atribución de escaños mediante regla D'Hondt, con un ejemplo práctico); y artículo 163 (atribución de vacantes). Ninguno de estos artículos sufrió modificación alguna durante la tramitación parlamentaria de la ley, salvo su numeración.

El Partido Socialista defendió el Proyecto como un producto del consenso entre los grupos en el que habían tenido que ceder sobre algunos puntos para alcanzar un acuerdo, entre ellos, el mantenimiento de 350 diputados ³². Respecto al mínimo provincial, se había estudiado la posibilidad de reducir el mínimo de diputados por provincia a uno solo, pero con esos mínimos el sistema se convertiría en las provincias escasamente pobladas en un sistema mayoritario. Es significativo el cambio de criterio en este extremo, pues en 1977 se justificaba esta asignación por el desequilibrio territorial, mientras que ahora se pretendía evitar que algunas circunscripciones tuvieran sólo dos escaños, convirtiéndose la elección en mayoritaria. En realidad, y analizando los resultados electorales hasta 1982, es posible afirmar que en las siete provincias que podrían verse en esa situación, la elección sería de hecho más proporcional con dos escaños que con tres, pues el último en adjudicarse se consigue por un margen escasísimo de votos, produciendo una notable distorsión. En todo caso, también en este punto se afirmaba que se atendía a la petición mayoritaria de los grupos parlamentarios. Y en efecto, únicamente el Grupo mixto presentó algunas enmiendas a los artículos que regulaban el sistema electoral del Congreso, todas ellas dirigidas a aumentar a 400 diputados el tamaño de la Cámara y a reducir a uno el mínimo provincial, con el fin de aumentar la proporcionalidad y respetar el principio de igualdad del sufragio ³³. No obstante, los artículos no sufrieron ninguna modificación durante la tramitación parlamentaria y se consiguieron aprobar con un amplísimo respaldo. Nuevamente parece que los cálculos estratégicos de los partidos, en ocasiones realizados con una base errónea, prevalecieron sobre cualquier intento de reforma, pese a que algunas de ellas —como el incremento a 400 el número de diputados— tendrían unos efectos políticos limitados.

Las disposiciones particulares del sistema electoral del Congreso de los diputados se encuentran recogidas en el Título II de la LOREG, en concreto en los artículos 161 a 164, pero serán los artículos 161 y 162 los que incidan directamente sobre la configuración de la circunscripción. En realidad son una mera concreción de lo dispuesto en el artículo 68 de la Constitución, sin que se aprecien grandes novedades.

En primer lugar, el artículo 161.1 determina que: «Para la elección de diputados y senadores, cada provincia constituirá una circunscripción electoral. Asimismo, las ciudades de Ceuta y Melilla serán consideradas, cada una de ellas, como circunscripciones electorales.»

En este caso, la Ley Electoral se limitó a recoger lo prescrito por la Constitución en este punto que, por otra parte, gozaba de un amplísimo consen-

³² Resulta muy interesante la intervención del entonces Vicepresidente del Gobierno, Alfonso Guerra, en la que se justificaba la postura adoptada. Véase, Intervención en el Pleno del Congreso, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (DSCD)*, II Legislatura, núm. 174, 5 de diciembre de 1984, pp. 8062-8064.

³³ Enmiendas núms. 15, 36, 363, 421, 422, 423, 424 y 425. En este sentido, la enmienda núm. 15 proponía que para determinar el número de Diputados correspondiente a cada provincia se utilizara el censo electoral, en lugar de la población de derecho.

so. Aunque sí es importante señalar que con el desarrollo del Estado de las Autonomías la realidad social y geopolítica española había cambiado mucho entre 1978 y 1985, lo que permite deducir que, de no haber existido esa referencia expresa en la Constitución, es probable que se hubieran manejado —o al menos discutido en profundidad— otras alternativas ³⁴.

Por su parte, el artículo 162 concreta los siguientes extremos:

1. El Congreso está formado por trescientos cincuenta diputados.
2. A cada provincia le corresponde un mínimo inicial de dos Diputados. Las poblaciones de Ceuta y Melilla están representadas cada una de ellas por un diputado.
3. Los doscientos cuarenta y ocho diputados restantes se distribuyen entre las provincias en proporción a su población, conforme al siguiente procedimiento:
 - a) Se obtiene una cuota de reparto resultante de dividir por doscientos cuarenta y ocho la cifra total de la población de derecho de las provincias peninsulares e insulares.
 - b) Se adjudican a cada provincia tantos diputados como resulten, en números enteros, de dividir la población de derecho provincial por la cuota de reparto.
 - c) Los diputados restantes se distribuyen asignando uno a cada una de las provincias cuyo cociente, obtenido conforma al apartado anterior, tenga una fracción decimal mayor.
4. El Decreto de convocatoria debe especificar el número de diputados a elegir en cada circunscripción, de acuerdo con lo dispuesto en este artículo.

En este artículo se incluyen tres tipos de cuestiones: 1) el tamaño de la Cámara; 2) el número mínimo inicial de diputados por provincia, y 3) el método de reparto de los restantes diputados.

1. El tamaño del Congreso de los diputados era una de las variables en las que existía un mayor margen de flexibilidad para el legislador. Es evidente que toda decisión de aumentar el número de escaños permitido redundaría a favor del principio de igualdad del sufragio, pues permitiría una distribución de representantes más acorde con la población de cada circunscripción. No obstante, el legislador optó por conservar lo existente, pensando quizá que *in medio virtus*, aunque lo cierto es que si no se llevó a cabo una ampliación del tamaño

³⁴ Así, por ejemplo, como sugiere P. Santolaya, podría haber sido quizá una solución aceptable incluir una Disposición Adicional en la Constitución que permitiera la progresiva sustitución de las provincias por las Comunidades Autónomas como circunscripciones electorales, al mismo tiempo que se fueran constituyendo, lo que ciertamente habría paliado las graves desigualdades de representación. P. Santolaya Machetti, «Significado y alcance de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 53, septiembre-octubre de 1986, pp. 61 y ss.

de la Cámara probablemente fue pensando en el tipo de fuerzas políticas que habrían accedido, o que habrían aumentado su representación en el Congreso. La posibilidad de una mayoría absoluta se habría visto también dificultada, al aumentar la proporcionalidad y disminuir consecuentemente las primas a los grandes partidos ³⁵.

2. La Constitución no precisa el número de escaños que habrán de asignarse como «representación mínima inicial» a cada circunscripción, aunque exige que, con independencia de su población, cada provincia tenga un determinado número de diputados. La inercia también jugó aquí un papel importante, pues el mandato constitucional impedía modificaciones significativas. Si la alternativa respecto al tamaño de la Cámara era o 350 o 400, aquí la disyuntiva se reducía a fijar en uno o en dos los escaños mínimos por circunscripción.

En este punto concreto se trataba de asumir un criterio mixto (territorial y poblacional) para la representación, y la decisión sobre el número de diputados que se asignaran con independencia de la población iba a afectar al postulado fundamental de la igualdad de voto. Al mantener en dos diputados el mínimo inicial, más de un cuarto de los escaños de la Cámara (28,7 por 100) se reparten sin tener en cuenta su población. Este dato juega a favor de la territorialización de la representación y en detrimento de la igualdad efectiva del sufragio, puesto que al ser menor el número de escaños a repartir en función del criterio poblacional, el mínimo provincial favorece claramente a las circunscripciones más despobladas y perjudica sensiblemente a las áreas donde el nivel del electorado tienen una mayor concentración.

3. Con la fijación de dos diputados como mínimo en cada provincia, y descontando los diputados de Ceuta y Melilla, quedan 248 escaños para repartir en función de la población. Para llevar a cabo este reparto, la ley introduce como novedad un método basado en los restos más altos, descrito en el apartado 3 del artículo 162. En primer lugar, se halla un cociente, resultante de dividir la población de derecho de las provincias peninsulares e insulares entre 248. A continuación se van adjudicando los escaños a las provincias de acuerdo con el cociente resultante, en números enteros. Por último, el resto de escaños se adjudican a los decimales más altos.

El sistema de reparto de la representación entre las provincias es, por tanto, muy semejante al previsto en el Real Decreto-ley de 1977. Sin embargo, hay una diferencia comprensible: Mientras en 1977 se especificaba el número de escaños de cada circunscripción, calculado sobre la base de atribuir un

³⁵ Véase M. Alba Navarro, «Artículo 162», en L. M.^a Cazorla Prieto (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Régimen Electoral General*, Civitas, Madrid, 1986, p. 1321.

escaño por cada 144.500 habitantes o restos de población superiores a 70.000, la LOREG, en el apartado 4 del artículo 162, prescribe que: «El Decreto de convocatoria debe especificar el número de diputados a elegir en cada circunscripción.» El criterio por el que se opta parece más lógico, pues la Ley no pretende regular una sola elección, como en teoría era el objeto del Decreto-ley anterior. Se trata de una solución flexible, que permite acoger los cambios producidos por los movimientos de población, evitando que éstos acentúen todavía más el ya desequilibrado reparto.

2.4. Los efectos sobre el principio de igualdad del voto

La configuración de la circunscripción electoral del Congreso, que se ha mantenido esencialmente igual desde 1977, se concreta mediante la combinación de cuatro elementos: el tamaño de la Cámara (350 diputados); la utilización de la provincia como circunscripción electoral; la asignación de un mínimo de dos escaños por provincia; y la distribución de los 248 escaños restantes en proporción a la población, utilizando una fórmula de prorrateo basado en los restos mayores. La conjunción de estas variables ha producido una notable desigualdad en la representación atribuida a los ciudadanos que en algunos casos puede calificarse de grave.

Con el fin de examinar empíricamente las distorsiones que se producen en el principio de igualdad del sufragio se han elaborado una serie de tablas en las que se muestran los datos referentes a la población de cada provincia y el número de diputados que les corresponde, tanto en cifras absolutas como en porcentajes. Junto a ello, la ratio habitantes/diputados permite establecer un parámetro comparativo entre las circunscripciones, mientras que el cociente de representación (CR), fruto de dividir el porcentaje de escaños de cada circunscripción entre el porcentaje de población, nos ofrece, en términos relativos, el dato acerca de la sobre o infrarrepresentación de cada circunscripción, según sea mayor o menor que uno.

Entre 1977 y 1986, fecha en la que se aplicó por primera vez el mecanismo de prorrateo previsto en la LOREG, la distribución de los escaños entre las provincias se mantuvo invariable durante tres convocatorias electorales (1977, 1979 y 1982). Desde 1986 hasta 2004 se han celebrado seis convocatorias más, y en cada una de ellas se ha procedido al reparto de los escaños utilizando los censos de población más recientes. La única excepción fue la convocatoria de 1989, que debido a defectos en la elaboración de los padrones municipales, hubo de tomar como referencia los datos oficiales de 1986, reproduciendo, por tanto, la misma distribución ³⁶.

³⁶ Véase la respuesta de la Junta Electoral Central a la consulta del Presidente del Senado sobre las cifras de población utilizadas para las elecciones de 1989 (Acta núm. 120 de 3 de mayo de 1991). Las cifras que se utilizaron fueron las resultantes del padrón de 1 de abril de 1986, declaradas oficiales por Real Decreto 8/1987, de 3 de julio.

TABLA 1
DISTRIBUCIÓN DE ESCAÑOS. ELECCIONES DE 1977, 1979 Y 1982

Circunscripción	Población	% Pob.	Esaños	% Esc.	Hab./Dip.	C. R.
Álava	237.440	0,66	4	1,14	59.360	1,73
Albacete	331.404	0,92	4	1,14	82.851	1,24
Alicante	1.051.852	2,91	9	2,57	116.872	0,88
Almería	388.437	1,08	5	1,42	77.687	1,31
Asturias	1.096.811	3,04	10	2,85	109.681	0,93
Ávila	192.465	0,53	3	0,85	64.155	1,60
Badajoz	640.850	1,77	7	2,00	91.550	1,13
Baleares	633.016	1,75	6	1,71	105.502	0,98
Barcelona	4.425.475	12,26	33	9,42	134.105	0,77
Burgos	349.413	0,97	4	1,14	87.353	1,17
Cáceres	425.667	1,18	5	1,42	85.133	1,20
Cádiz	952.328	2,64	8	2,28	119.041	0,86
Castellón	411.153	1,14	5	1,42	102.788	1,24
Ceuta	67.077	0,18	1	0,28	67.077	1,55
Ciudad Real	481.212	1,33	5	1,42	96.242	1,07
Córdoba	717.005	1,99	7	2,00	102.429	1,00
Coruña, La	1.042.880	2,89	9	2,57	115.875	0,89
Cuenca	222.306	0,62	4	1,14	55.576	1,84
Gerona	441.806	1,22	5	1,42	88.361	1,16
Granada	737.045	2,04	7	2,00	105.292	0,98
Guadalajara	139.514	0,39	3	0,85	46.504	2,18
Guipúzcoa	682.517	1,89	7	2,00	97.502	1,06
Huelva	402.973	1,12	5	1,42	80.594	1,27
Huesca	216.320	0,60	3	0,85	72.106	1,42
Jaén	645.524	1,79	7	2,00	92.217	1,12
León	526.495	1,45	6	1,71	87.749	1,18
Lérida	349.284	0,97	4	1,14	87.321	1,17
Logroño	240.736	0,67	4	1,14	60.184	1,70
Lugo	416.415	1,15	5	1,42	83.283	1,23

TABLA 1 (Continuación)

Circunscripción	Población	% Pob.	Escaños	% Esc.	Hab./Dip.	C. R.
Madrid	4.365.505	12,10	32	9,14	136.422	0,75
Málaga	915.422	2,54	8	2,28	114.427	0,89
Melilla	60.191	0,17	1	0,28	60.191	1,65
Murcia	881.340	2,44	8	2,28	110.167	0,93
Navarra	483.867	1,34	5	1,42	96.773	1,06
Orense	435.210	1,21	5	1,42	87.042	1,17
Palencia	186.710	0,52	3	0,85	62.236	1,63
Las Palmas	671.786	1,86	6	1,71	11.964	0,92
Pontevedra	828.812	2,30	8	2,28	103.601	0,99
Salamanca	349.860	0,97	4	1,14	87.465	1,17
S. C. Tenerife	686.958	1,90	7	2,00	98.136	1,05
Santander	493.139	1,37	5	1,42	98.627	1,03
Segovia	151.200	0,42	3	0,85	50.400	2,02
Sevilla	1.375.540	3,81	12	3,42	114.628	0,89
Soria	103.918	0,29	3	0,85	34.639	2,93
Tarragona	483.709	1,34	6	1,71	80.618	1,28
Teruel	156.588	0,43	3	0,85	52.196	1,98
Toledo	464.236	1,29	5	1,42	92.847	1,10
Valencia	1.901.040	5,27	15	4,28	126.736	0,81
Valladolid	446.475	1,24	5	1,42	89.295	1,14
Vizcaya	1.151.102	3,19	10	2,85	115.110	0,89
Zamora	230.787	0,64	4	1,14	57.696	1,78
Zaragoza	797.430	2,21	8	2,28	99.678	1,03
Total/Media	36.086.245	100,00	350	100,00	87.601	1,25

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio del Interior.

Los datos de población que muestra la Tabla 1 son los correspondientes al año 1977, pero fueron utilizados también para las elecciones de 1979 y 1982, sin que se introdujera ningún tipo de actualización para acoplar la distribución de los escaños a los movimientos de población.

Como puede apreciarse, las diferencias entre las diversas provincias son muy notables, rasgo que puede advertirse sin dificultad observando la ratio

habitantes/diputados. En los casos extremos se sitúa Madrid, con un diputado por cada 136.422 habitantes, frente a Soria con uno por cada 34.369, aunque la gran mayoría de las circunscripciones se encuentra bastante alejada de la media nacional, que se sitúa en un diputado por cada 87.601 habitantes.

Por otra parte, para evaluar la adecuación de la representación otorgada a cada provincia con su población respectiva conviene fijarse en el dato del Cociente de Representación (C. R.). Si se considera aceptable una desviación de 0,05 puntos, sólo seis de las cincuenta y dos circunscripciones poseen una representación adecuada (con C. R. entre 0,95 y 1,05); el resto están en una situación de infrarrepresentación (trece provincias) o sobrerrepresentación (treinta y tres provincias). Los casos más severos son, por una parte, Madrid (0,75), Barcelona (0,77), Valencia (0,81) y Cádiz (0,86), que tienen una representación muy inferior a su peso demográfico; por otra, Soria (2,93), Segovia (2,02), Guadalajara (2,18) y Teruel (1,98) se encuentran muy sobrerrepresentadas, si bien todas ellas tienen tres escaños, el mínimo de representación. Fuera de los casos extremos resaltan Cuenca (1,84), Zamora (1,78), Álava (1,73) y Logroño (1,70), todas ellas con una abultada sobrerrepresentación y que, sin embargo, tienen cuatro escaños, uno más que el mínimo, lo que repercute directamente en la infrarrepresentación del resto. Por lo tanto, es fácil constatar los grandes contrastes existentes en la representación otorgada a los ciudadanos dependiendo de su lugar de residencia.

Desde la entrada en vigor en la LOREG se establece por imperativo legal que en cada convocatoria se deben determinar los diputados que elige cada circunscripción, con el fin de adaptar los posibles movimientos de la población. Así, el Decreto de convocatoria de las elecciones de junio de 1986 (RD 794/1986, de 22 de abril), se producen algunos cambios con respecto a la distribución vigente desde 1977. La Tabla 2 muestra de nuevo los valores y variables que permiten analizar la relación entre votos y escaños.

La Tabla 2 muestra algunas variaciones respecto al anterior reparto de escaños, si bien son muy superficiales, afectando sólo a 10 circunscripciones que ganan o pierden un escaño. Ganan un escaño Alicante, Cádiz, Madrid, Málaga y Valencia; y pierden un diputado Asturias, Badajoz, Cuenca, Jaén y León. Todas las provincias que consiguen un escaño más estaban infrarrepresentadas y mejoran levemente su situación. Por el contrario, no todas las que pierden escaños mejoran: Asturias, que se encontraba ya infrarrepresentada, pasa de tener un cociente de representación de 0,93 en 1977 a 0,88, empeorando claramente su situación relativa. Badajoz, se encontraba ligeramente sobrerrepresentada (1,13) pero pasa a estar infrarrepresentada (0,98). Jaén y León mejoran y se sitúan prácticamente en el equilibrio de representación con un cociente de 1,02. Cuenca, que tenía el doble de diputados que los que le correspondían, ahora sigue estando sobrerrepresentada pero mejora su desequilibrio.

Lo más relevante es que las desigualdades de representación entre las provincias aumentan considerablemente: Las circunscripciones con mayor índice de sobrerrepresentación aumentan su cociente. Así, Ávila pasa de 1,60 a 2,02; Soria pasa de 2,93 a 3,42, Teruel pasa de 1,98 a 2,18 y Zamora de 1,78

TABLA 2
DISTRIBUCIÓN DE ESCAÑOS. ELECCIONES DE 1986

Circunscripción	Población	% Pob.	Esgaños	% Esc.	Hab./Dip.	C. R.
Álava	267.728	0,69	4	1,14	66.932	1,65
Albacete	346.217	0,90	4	1,14	86.554	1,26
Alicante	1.217.279	3,16	10	2,85	121.728	0,90
Almería	442.324	1,15	5	1,42	88.465	1,23
Asturias	1.112.186	2,89	9	2,57	123.576	0,88
Ávila	181.917	0,42	3	0,85	60.639	2,02
Badajoz	666.053	1,73	6	1,71	111.009	0,98
Baleares	680.933	1,77	6	1,71	113.489	0,96
Barcelona	4.614.364	11,99	33	9,43	139.829	0,78
Burgos	359.242	0,93	4	1,14	89.810	1,22
Cáceres	420.367	1,09	5	1,42	84.073	1,30
Cádiz	1.044.493	2,71	9	2,57	116.055	0,95
Castellón	436.588	1,13	5	1,42	87.318	1,25
Ceuta	65.151	0,16	1	0,28	65.151	1,75
Ciudad Real	483.634	1,25	5	1,42	96.726	1,13
Córdoba	747.505	1,94	7	2,00	106.786	1,03
Coruña, La	1.109.788	2,88	9	2,57	123.310	0,89
Cuenca	213.359	0,55	3	0,85	71.120	1,54
Gerona	488.342	1,27	5	1,42	97.668	1,11
Granada	783.765	2,04	7	2,00	111.966	0,98
Guadalajara	146.311	0,38	3	0,85	48.770	2,23
Guipúzcoa	689.222	1,79	7	2,00	98.460	1,18
Huelva	433.995	1,13	5	1,42	86.799	1,26
Huesca	210.094	0,55	3	0,85	70.031	1,54
Jaén	646.849	1,68	6	1,71	107.808	1,02
León	530.983	1,38	5	1,42	106.197	1,02
Lérida	352.049	0,91	4	1,14	88.012	1,25

TABLA 2 (Continuación)

Circunscripción	Población	% Pob.	Escaños	% Esc.	Hab./Dip.	C. R.
Logroño	260.024	0,67	4	1,14	65.006	1,70
Lugo	404.888	1,05	5	1,42	80.978	1,35
Madrid	4.780.572	12,42	33	9,43	144.866	0,76
Málaga	1.150.434	2,99	9	2,57	127.826	0,86
Melilla	52.388	0,14	1	0,28	52.388	2,00
Murcia	1.006.788	2,62	8	2,28	125.848	0,87
Navarra	515.900	1,34	5	1,42	103.180	1,06
Orense	429.382	1,12	5	1,42	85.876	1,27
Palencia	189.433	0,49	3	0,85	63.144	1,73
Las Palmas	751.269	1,95	7	2,00	107.324	1,02
Pontevedra	900.414	2,34	8	2,28	112.552	0,97
Salamanca	359.285	0,93	4	1,14	89.821	1,22
S. C. Tenerife	715.122	1,86	6	1,71	102.160	0,92
Santander	522.664	1,35	5	1,42	104.532	1,05
Segovia	150.634	0,39	3	0,85	50.211	2,18
Sevilla	1.540.907	4,00	12	3,42	128.409	0,85
Soria	97.734	0,24	3	0,85	32.578	3,42
Tarragona	523.883	1,36	5	1,42	104.776	1,04
Teruel	149.423	0,39	3	0,85	49.807	2,18
Toledo	486.194	1,26	5	1,42	97.238	1,13
Valencia	2.078.815	5,40	16	4,57	129.925	0,85
Valladolid	491.093	1,28	5	1,42	98.218	1,11
Vizcaya	1.179.150	3,06	10	2,85	117.915	0,93
Zamora	222.006	0,58	4	1,14	55.501	1,96
Zaragoza	824.778	2,14	8	2,28	103.097	1,06
Total	38.473.418	100,00	350	100,00	94.259	1,28

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio del Interior.

a 1,96. Todas estas provincias excepto Zamora, eligen el mínimo de diputados, tres, por lo que sería imposible reducir su representación; no así Zamora, que tiene cuatro diputados asignados de los cuales podría perder uno en favor de las provincias más desequilibradas. En este sentido conviene poner de relieve ciertas circunscripciones, como Zamora, Logroño o Álava, siguen contando en 1986 con cuatro diputados y sus poblaciones no superan los 275.000 habitantes, de suerte que la relación de habitantes por diputado no alcanza en ningún caso los 67.000, mientras la media nacional es de 94.259.

En el otro extremo, las circunscripciones de mayor tamaño siguen siendo las más infrarrepresentadas, con Madrid y Barcelona a la cabeza, siendo muy difícil superar dicha desigualdad por el escaso margen de reparto.

En las elecciones de 1989 se volvió a utilizar el mismo censo de población que en 1986, por lo que la distribución de escaños entre las circunscripciones no sufrió variación alguna. En cambio, la convocatoria de las elecciones de 6 de junio de 1993 (RD 534/1993, de 12 de abril) sí aportó nuevas variaciones de escaños, aunque también afectaron a pocas provincias. La Tabla 3 muestra los datos de dicha convocatoria.

De los datos mostrados en la Tabla 3 llama la atención el débil crecimiento de la población, pues en un intervalo de siete años (1986-1993) sólo creció en 400.000 personas. De hecho, la mayor parte de las circunscripciones pierden población, aumentado ésta sólo ligeramente en ciertas provincias tradicionalmente muy pobladas, como Madrid, Barcelona, Sevilla y Valencia. Destaca, además, el crecimiento sostenido de las provincias insulares y las situadas en la periferia que contrasta con la lenta pero continua despoblación de algunas provincias del interior peninsular, como Soria, Palencia o Teruel.

El nuevo reparto de escaños, que afecta a un total de 12 circunscripciones, se limita también a añadir o restar un diputado. Así, ganan un representante Baleares, Madrid, Málaga, Murcia, Santa Cruz de Tenerife y Tarragona; lo pierden Barcelona, Guipúzcoa, Orense, Vizcaya, Zamora y Zaragoza.

Respecto a las circunscripciones que aumentan su representación, parece razonable en el caso de Madrid (0,76), Málaga (0,86) y Murcia (0,87), todas ellas con cocientes inferiores a 0,90 y que se encontraban claramente infrarrepresentadas, situación que mejora notablemente, aunque no en el caso de Madrid, pues experimenta un crecimiento importante de población y mantiene su cociente. Los casos de Tenerife y Baleares también parecen aceptables, pues se encontraban ligeramente infrarrepresentadas (0,92 y 0,96 respectivamente) y consiguen quedarse prácticamente en equilibrio (Tenerife con 1,06 y Baleares con 1,09), teniendo en cuenta además que son circunscripciones en continuo crecimiento demográfico. Sin embargo, Tarragona, que ya se encontraba sobrerrepresentada (1,04) gana un escaño con un crecimiento de población de apenas 18.000 habitantes y se sitúa entre las circunscripciones con clara sobrerrepresentación, con un cociente de 1,23.

Por el contrario, casi todas las circunscripciones que pierden un diputado empeoran manifiestamente su cociente de representación. Sólo Orense y Zamora, cuyos cocientes eran altos o muy altos (1,27 y 1,96), disminuyen su sobrerrepresentación, ligeramente en el caso de Orense (1,25) y acusada-

TABLA 3
DISTRIBUCIÓN DE ESCAÑOS. ELECCIONES DE 1993

Circunscripción	Población	% Pob.	Escalaños	% Esc.	Hab./Dip.	C. R.
Álava	272.447	0,70	4	1,14	68.112	1,63
Albacete	342.677	0,88	4	1,14	85.669	1,29
Alicante	1.292.563	3,32	10	2,85	129.256	0,85
Almería	455.496	1,17	5	1,42	91.099	1,21
Asturias	1.093.937	2,81	9	2,57	121.548	0,91
Ávila	174.378	0,45	3	0,85	58.126	1,89
Badajoz	650.388	1,67	6	1,71	108.398	1,02
Baleares	709.138	1,82	7	2,00	101.305	1,09
Barcelona	4.654.407	11,97	32	9,14	145.450	0,76
Burgos	352.772	0,90	4	1,14	88.193	1,27
Cáceres	411.464	1,06	5	1,42	82.329	1,34
Cádiz	1.078.404	2,77	9	2,57	119.822	0,92
Castellón	446.744	1,15	5	1,42	89.348	1,23
Ceuta	67.615	0,17	1	0,28	67.615	1,64
Ciudad Real	475.435	1,22	5	1,42	95.087	1,63
Córdoba	754.452	1,94	7	2,00	107.779	1,03
Coruña, La	1.096.966	2,82	9	2,57	121.885	0,91
Cuenca	205.193	0,53	3	0,85	68.397	1,60
Gerona	509.628	1,31	5	1,42	101.925	1,08
Granada	790.515	2,03	7	2,00	112.930	0,98
Guadalajara	145.593	0,37	3	0,85	48.531	2,30
Guipúzcoa	676.488	1,74	6	1,71	112.748	0,98
Huelva	443.476	1,14	5	1,42	88.695	1,24
Huesca	207.810	0,53	3	0,85	69.270	1,60
Jaén	637.633	1,64	6	1,71	106.272	1,04
León	525.896	1,35	5	1,42	105.179	1,05
Lérida	353.455	0,91	4	1,14	88.363	1,25

TABLA 3 (Continuación)

Circunscripción	Población	% Pob.	Escaños	% Esc.	Hab./Dip.	C. R.
Logroño	263.434	0,68	4	1,14	65.858	1,68
Lugo	384.365	0,99	5	1,42	76.873	1,43
Madrid	4.947.555	12,73	34	9,71	145.516	0,76
Málaga	1.160.843	2,92	10	2,85	116.843	0,97
Melilla	56.600	0,14	1	0,28	56.600	2,00
Murcia	1.045.601	2,69	9	2,57	116.177	0,95
Navarra	519.277	1,33	5	1,42	103.855	1,07
Orense	353.491	0,91	4	1,14	88.372	1,25
Palencia	185.479	0,48	3	0,85	61.826	1,77
Las Palmas	767.969	1,97	7	2,00	109.709	1,01
Pontevedra	896.847	2,30	8	2,28	112.105	0,99
Salamanca	357.801	0,92	4	1,14	89.450	1,24
S. C. Tenerife	725.815	1,87	7	2,00	103.687	1,06
Santander	527.326	1,35	5	1,42	105.465	1,05
Segovia	147.188	0,38	3	0,85	49.062	2,23
Sevilla	1.619.703	4,17	12	3,42	134.975	0,82
Soria	94.537	0,24	3	0,85	31.512	3,54
Tarragona	542.004	1,39	6	1,71	90.334	1,23
Teruel	143.680	0,37	3	0,85	47.893	2,30
Toledo	489.543	1,25	5	1,42	97.908	1,13
Valencia	2.117.957	5,44	16	4,57	132.372	0,84
Valladolid	494.207	1,27	5	1,42	98.841	1,12
Vizcaya	1.155.106	2,97	9	2,57	128.345	0,86
Zamora	213.668	0,55	3	0,85	71.222	1,54
Zaragoza	837.327	2,15	7	2,00	119.618	0,93
Total	38.872.268	100,00	350	100,00	94.703	1,30

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio del Interior.

mente en el caso de Zamora (1,54). No obstante, cabe que decir que hay muchas circunscripciones cuyo cociente es bastante más elevado y que podrían haber sido disminuidas, como Logroño (1,68), Álava y Ciudad Real (1,63) o Lugo (1,43). Junto a estas circunscripciones, Guipúzcoa, que pierde también un escaño, consigue quedarse prácticamente en equilibrio, pasando del 1,18 a 0,98.

En los casos restantes, la pérdida del escaño ha conducido a una clara infrarrepresentación y han contribuido a empeorar la situación de circunscripciones ya de por sí con menos escaños de los debidos. El caso de Barcelona es el más impactante, pues se trata de la segunda circunscripción en tamaño y una de las pocas que mantienen un crecimiento sostenido, cuyo cociente en 1986 era ya de 0,78 y que al perder un escaño baja a 0,76, quedando su relación en cerca de 140.000 habitantes por diputado.

Junto a ello, Vizcaya, que se encontraba ligeramente infrarrepresentada (0,93), pasa a estarlo ya claramente (0,86), a pesar de haber perdido 20.000 habitantes. De manera semejante, Zaragoza, que se encontraba en una situación de casi equilibrio (1,06), pasa a quedar infrarrepresentada (0,93).

De esta forma, las severas desigualdades de representación entre las circunscripciones se van agravando cada vez más: Madrid y Barcelona cuentan con el cociente más bajo (0,76), mientras que Soria (3,54), Guadalajara y Teruel (2,30) y Segovia (2,23) son las más sobrerrepresentadas cuyo desequilibrio no hace sino aumentar, al irse despoblando progresivamente. De hecho, la media nacional de habitantes por diputado se eleva en sólo 400 habitantes pero las desviaciones respecto a la media, por arriba y por abajo, se incrementan (Madrid, la más alta, con 145.516, y Soria la más baja, con 31.512). Junto a ello, la media de los cocientes de representación se ha elevado notablemente, hasta 1,30.

Con la convocatoria de 1996 (R.D. 1/96, de 8 de enero), la distribución de escaños apenas varió con respecto al anterior, si bien la población total se incrementó en 1.800.000 personas. La Tabla 4 muestra los datos referidos a esa elección.

Como puede apreciarse en la Tabla 4, los cambios en esta convocatoria afectan únicamente a cuatro circunscripciones y también se limitan a un escaño. Así, ganan un escaño Alicante y Sevilla, y lo pierden Barcelona y Lugo. Tanto Alicante como Sevilla se encontraban bastante infrarrepresentadas en 1993 (0,85 y 0,86 respectivamente), de forma que consiguen mejorar su situación, si bien continúan infrarrepresentadas: Sevilla con 0,87 y Alicante con 0,93. Hay que tener en cuenta que Sevilla aumentó en 100.000 habitantes su población, mientras que Alicante lo hizo en 70.000, lo que matiza la ganancia del escaño.

Respecto a Lugo, la pérdida del escaño permite que equilibre un poco su representación, pasando de 1,43 a 1,20, aunque continúa sobrerrepresentada. La reducción de la representación en Barcelona, sin embargo, parece del todo punto injusta. Se trata de una circunscripción que ya perdió en la anterior convocatoria un escaño y que a pesar de seguir creciendo (en casi 100.000 habitantes) ve reducidos de nuevo sus escaños, pasando a ser la circunscripción

TABLA 4
DISTRIBUCIÓN DE ESCAÑOS. ELECCIONES DE 1996

Circunscripción	Población	% Pob.	Esaños	% Esc.	Hab./Dip.	C. R.
Álava	282.944	0,70	4	1,14	70.736	1,63
Albacete	361.327	0,89	4	1,14	90.331	1,28
Alicante	1.363.785	3,37	11	3,14	123.980	0,93
Almería	493.126	1,22	5	1,42	98.625	1,16
Asturias	1.117.370	2,76	9	2,57	124.152	0,93
Ávila	176.791	0,43	3	0,85	58.930	1,98
Badajoz	675.592	1,67	6	1,71	112.598	1,02
Baleares	787.984	1,95	7	2,00	112.569	1,02
Barcelona	4.748.236	11,73	31	8,86	153.169	0,75
Burgos	360.677	0,89	4	1,14	90.169	1,28
Cáceres	424.946	1,05	5	1,42	84.989	1,35
Cádiz	1.127.622	2,79	9	2,57	125.291	0,92
Castellón	464.670	1,15	5	1,42	92.934	1,23
Ceuta	73.142	0,18	1	0,28	73.142	1,55
Ciudad Real	490.573	1,21	5	1,42	98.114	1,17
Córdoba	782.221	1,93	7	2,00	111.745	1,03
Coruña, La	1.136.283	2,80	9	2,57	126.253	0,92
Cuenca	207.499	0,51	3	0,85	69.166	1,67
Gerona	541.995	1,34	5	1,42	108.399	1,06
Granada	841.829	2,08	7	2,00	120.261	0,96
Guadalajara	155.884	0,38	3	0,85	51.961	2,24
Guipúzcoa	684.113	1,69	6	1,71	114.018	1,01
Huelva	458.674	1,33	5	1,42	91.734	1,07
Huesca	210.276	0,52	3	0,85	70.092	1,63
Jaén	666.767	1,65	6	1,71	111.127	1,04
León	532.706	1,32	5	1,42	106.541	1,07
Lérida	360.407	0,89	4	1,14	90.101	1,28

TABLA 4 (Continuación)

Circunscripción	Población	% Pob.	Escaños	% Esc.	Hab./Dip.	C. R.
Logroño	268.206	0,66	4	1,14	67.051	1,73
Lugo	386.405	0,95	4	1,14	96.601	1,20
Madrid	5.181.659	12,80	34	9,71	152.401	0,76
Málaga	1.224.959	3,03	10	2,85	122.495	0,94
Melilla	64.727	0,16	1	0,28	64.727	1,75
Murcia	1.109.977	2,74	9	2,57	123.330	0,94
Navarra	536.192	1,32	5	1,42	107.238	1,07
Orense	364.521	0,90	4	1,14	91.130	1,27
Palencia	186.035	0,46	3	0,85	62.011	1,85
Las Palmas	844.140	2,09	7	2,00	120.591	0,96
Pontevedra	937.811	2,32	8	2,28	117.226	0,98
Salamanca	365.293	0,90	4	1,14	91.323	1,27
S. C. Tenerife	787.358	1,95	7	2,00	112.479	1,02
Santander	541.885	1,34	5	1,42	108.377	1,06
Segovia	149.653	0,37	3	0,85	49.884	2,28
Sevilla	1.719.446	4,25	13	3,71	132.265	0,87
Soria	94.396	0,23	3	0,85	31.465	3,69
Tarragona	576.231	1,42	6	1,71	96.038	1,20
Teruel	143.055	0,35	3	0,85	47.685	2,43
Toledo	515.434	1,27	5	1,42	106.086	1,12
Valencia	2.200.319	5,44	16	4,57	137.520	0,84
Valladolid	504.583	1,25	5	1,42	100.916	1,14
Vizcaya	1.163.726	2,88	9	2,57	129.302	0,89
Zamora	214.273	0,53	3	0,85	71.424	1,60
Zaragoza	852.332	2,11	7	2,00	121.761	0,95
Total	40.460.055	100,00	350	100,00	98.893	1,28

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio del Interior.

más infrarrepresentada con un cociente de 0,75 y una relación de 153.169 habitantes por diputado, casi cinco veces superior a la de Soria (31.465).

En este sentido, cabe destacar que las provincias con menos representación, de tres y cuatro escaños, no hacen sino aumentar su posición privilegiada respecto a las más pobladas. Así, de las circunscripciones con tres escaños, Soria pasa de 3,54 a 3,69; Teruel de 2,30 a 2,43; Segovia de 2,23 a 2,28; Ávila de 1,77 a 1,98; y Palencia de 1,77 a 1,85. De las provincias que eligen cuatro escaños, los cocientes se incrementan también aunque más ligeramente: Lérida pasa de 1,25 a 1,28; Logroño de 1,68 a 1,73; Orense 1,25 a 1,27; y Salamanca 1,24 a 1,27. Esta circunstancia evidencia que dichas circunscripciones pierden peso específico respecto al total de población nacional, sin perder parte de la representación que les corresponde. En el caso de Logroño, por ejemplo, incluso quedándose con tres escaños seguiría sobrerrepresentada. En este sentido, llaman la atención las ciudades de Ceuta y Melilla, que experimentan un crecimiento sostenido de población que hace que se reduzca su sobrerrepresentación (Ceuta pasa de 1,64 a 1,55 y Melilla de 2 a 1,75), inferior a la de muchas otras circunscripciones.

Por el contrario, las circunscripciones con mayor población continúan infrarrepresentadas, si bien en general no agravan su situación. Por esta razón el cociente medio ha descendido respecto de la anterior convocatoria, de 1,30 a 1,28, incrementándose, eso sí, el valor medio de la relación de habitantes por diputado, que ahora está en 98.893, lo que implica una mayor distorsión en los casos extremos de sobrerrepresentación.

La convocatoria de las elecciones de 2000 (R.D. 64/2000, de 17 de enero) no arroja ningún cambio en los escaños de cada circunscripción con respecto a 1996, si bien el censo total de población se reduce en 607.404 habitantes. La Tabla 5 muestra los datos.

La disminución en el censo total de población afecta especialmente a las grandes circunscripciones que, lejos de crecer en el ritmo en el que lo estaban haciendo durante los años ochenta y noventa, comienzan a perder población. Por esta razón, y a pesar de no variar la distribución de escaños, se consigue mejorar ligeramente los desequilibrios. Casi todas las circunscripciones infrarrepresentadas mejoran levemente su cociente de representación y, en el peor de los casos, lo mantienen. Por el contrario, las provincias con sobrerrepresentación tienden a agravar esa situación, con casos claros como Huelva, que pasa de 1,07 a 1,25, o Melilla, que pasa de 0,75 a 0,86. No obstante, en general se produce una mejora en los cocientes de representación, como, por ejemplo, el caso de Guadalajara, que pasa de 2,24 a 2,13 o Granada, que pasa de 0,93 a 0,99 y se sitúa prácticamente en equilibrio. Junto a ello, los casos extremos se mantienen prácticamente igual, con lo que no se agravan las distorsiones. Soria, pasa de 3,69 a 3,70, mientras que Madrid y Barcelona se quedan en 0,76.

La convocatoria de marzo de 2004 (R.D. 100/2004, de 19 de enero) introdujo algunos cambios en la distribución de escaños, fruto de los movimientos de población. Ello se traduce en un incremento importante del censo total, quizá debido a la recepción de un buen número de inmigran-

TABLA 5
DISTRIBUCIÓN DE ESCAÑOS. ELECCIONES DE 2000

Circunscripción	Población	% Pob.	Esgaños	% Esc.	Hab./Dip.	C. R.
Álava	284.595	0,71	4	1,14	71.148	1,61
Albacete	358.597	0,90	4	1,14	89.649	1,27
Alicante	1.388.933	3,49	11	3,14	126.266	0,90
Almería	505.448	1,27	5	1,42	101.089	1,12
Asturias	1.081.834	2,71	9	2,57	120.203	0,95
Ávila	167.132	0,42	3	0,85	55.710	2,03
Badajoz	663.803	1,67	6	1,71	110.633	1,03
Baleares	796.483	2,00	7	2,00	113.783	1,00
Barcelona	4.666.271	11,71	31	8,86	150.524	0,76
Burgos	346.355	0,87	4	1,14	86.588	1,31
Cáceres	405.616	1,02	5	1,42	81.123	1,40
Cádiz	1.107.484	2,78	9	2,57	123.053	0,92
Castellón	461.712	1,16	5	1,42	92.342	1,23
Ceuta	72.117	0,18	1	0,28	72.117	1,55
Ciudad Real	479.474	1,20	5	1,42	95.894	1,18
Córdoba	767.175	1,93	7	2,00	109.596	1,04
Coruña, La	1.106.325	2,78	9	2,57	122.925	0,93
Cuenca	199.086	0,50	3	0,85	66.362	1,70
Gerona	543.191	1,36	5	1,42	108.638	1,04
Granada	801.177	2,01	7	2,00	114.453	0,99
Guadalajara	159.331	0,40	3	0,85	53.110	2,13
Guipúzcoa	676.439	1,70	6	1,71	112.739	1,01
Huelva	453.958	1,14	5	1,42	90.791	1,25
Huesca	204.956	0,51	3	0,85	68.318	1,65
Jaén	645.792	1,62	6	1,71	107.632	1,06
León	506.365	1,27	5	1,42	101.273	1,12
Lérida	357.903	0,90	4	1,14	89.475	1,27

TABLA 5 (Continuación)

Circunscripción	Población	% Pob.	Escaños	% Esc.	Hab./Dip.	C. R.
Logroño	263.644	0,66	4	1,14	65.911	1,72
Lugo	367.751	0,92	4	1,14	91.937	1,24
Madrid	5.091.336	12,78	34	9,71	149.745	0,76
Málaga	1.240.580	3,11	10	2,85	124.058	0,92
Melilla	60.108	0,15	1	0,28	60.108	1,86
Murcia	1.115.068	2,80	9	2,57	123.896	0,92
Navarra	530.819	1,33	5	1,42	106.163	1,07
Orense	344.170	0,86	4	1,14	86.042	1,32
Palencia	179.623	0,45	3	0,85	59.874	1,89
Las Palmas	849.863	2,13	7	2,00	121.409	0,94
Pontevedra	906.298	2,27	8	2,28	113.287	1,03
Salamanca	349.550	0,88	4	1,14	87.387	1,29
S. C. Tenerife	780.152	1,96	7	2,00	111.450	1,02
Santander	527.137	1,32	5	1,42	105.427	1,07
Segovia	146.755	0,37	3	0,85	48.918	2,31
Sevilla	1.714.845	4,30	13	3,71	131.911	0,86
Soria	91.593	0,23	3	0,85	30.531	3,70
Tarragona	580.245	1,46	6	1,71	96.707	1,17
Teruel	136.840	0,34	3	0,85	45.613	2,48
Toledo	519.664	1,30	5	1,42	103.932	1,09
Valencia	2.172.796	5,45	16	4,57	135.799	0,84
Valladolid	492.029	1,23	5	1,42	98.405	1,15
Vizcaya	1.137.594	2,85	9	2,57	126.399	0,90
Zamora	205.201	0,51	3	0,85	68.400	1,65
Zaragoza	841.438	2,11	7	2,00	120.205	0,95
Total	39.852.651	100,00	350	100,00	97.095	1,30

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio del Interior.

tes durante este periodo. La Tabla 6 muestra los datos correspondientes a esta convocatoria.

Como puede apreciarse en la Tabla 6, el censo total de habitantes crece en cerca de dos millones de personas, superándose claramente los 40 millones. Este crecimiento se localiza principalmente en las dos grandes provincias, Madrid y Barcelona, así como en las provincias insulares, especialmente en Canarias. Por otra parte, las circunscripciones menos pobladas mantienen su población, aunque comparativamente disminuyen su peso demográfico relativo. Los cambios en la representación afectan a ocho circunscripciones y se limitan a la pérdida o ganancia de un escaño. Así, ganan Gerona, Madrid, Baleares y Las Palmas de Gran Canaria. Pierden un escaño Asturias, Pontevedra, Sevilla y Cáceres.

Respecto a las provincias que reciben un escaño, Madrid conserva el mismo cociente de representación, puesto que, a pesar de obtener un escaño más, su población aumenta en un 10 por 100, lo que equivale a mantener el *statu quo* en 0,76. Baleares, que estaba en el perfecto equilibrio con un cociente igual a la unidad, obtiene un escaño más pero al mismo tiempo experimenta un fuerte aumento de población (120.000 habitantes, un 15 por 100), lo que la deja en una situación de ligera sobrerrepresentación (1,04). Las Palmas partía ya de una situación de infrarrepresentación (0,94) que, al crecer la población en más de 100.000 habitantes, se consigue paliar con el nuevo escaño, quedándose en equilibrio.

Gerona es la única circunscripción que aumenta su representación a pesar de estar ya sobrerrepresentada. En la convocatoria de 2000 tenía un cociente de 1,03 que se eleva a 1,20 en 2004. De hecho, sin ese aumento de representación, y a pesar de experimentar un crecimiento de 55.000 habitantes, se quedaría en 0,99.

Por el contrario, casi ninguna de las circunscripciones que pierden un escaño lo merecía, en términos de sobrerrepresentación. Con la excepción de Cáceres, que al pasar de un cociente de 1,40 a uno de 1,16, mejora su situación relativa, el resto empeoran claramente. Asturias, ya infrarrepresentada (0,95), pasa a estarlo mucho más (0,89), pese a haber perdido 8.000 habitantes. Pontevedra es un caso similar, pues partía de una situación de práctico equilibrio (1,03) que, al perder un diputado e incrementar su población en 13.000 habitantes, se convierte en infrarrepresentada (0,91). Pero sin duda el caso más relevante es el de Sevilla, la cuarta circunscripción en tamaño, que estaba claramente infrarrepresentada (0,86), pasa a ser la tercera circunscripción más infrarrepresentada después de Barcelona y Madrid, con 0,81.

Este dato viene a poner de manifiesto que la regla de reparto basada en los restos conduce a veces a situaciones paradójicas, en el sentido de que una provincia gane población de una convocatoria a otra y, sin embargo, pierda representantes; mientras otras, cuya población desciende, mantienen o incluso aumentan sus escaños.

Junto a ello, estos cambios y el incremento generalizado de la población han producido un aumento en el promedio del cociente de representación, que se eleva hasta 1,32. En este sentido, destaca el hecho de que la gran mayo-

TABLA 6
DISTRIBUCIÓN DE ESCAÑOS. ELECCIONES DE 2004

Circunscripción	Población	% Pob.	Esaños	% Esc.	Hab./Dip.	C. R.
Álava	291.860	0,70	4	1,14	72.965	1,63
Albacete	371.787	0,89	4	1,14	92.946	1,28
Alicante	1.557.968	3,72	11	3,14	141.163	0,84
Almería	546.498	1,31	5	1,42	109.299	1,09
Asturias	1.073.971	2,57	8	2,28	134.246	0,89
Ávila	165.138	0,39	3	0,85	55.046	2,15
Badajoz	662.808	1,58	6	1,71	110.468	1,08
Baleares	916.968	2,19	8	2,28	114.621	1,04
Barcelona	4.906.117	11,73	31	8,85	158.261	0,75
Burgos	352.723	0,84	4	1,14	88.180	1,35
Cáceres	410.242	0,98	4	1,14	102.560	1,16
Cádiz	1.140.793	2,73	9	2,57	126.754	0,94
Castellón	501.237	1,20	5	1,42	100.247	1,19
Ceuta	76.152	0,18	1	0,28	76.152	1,54
Ciudad Real	484.338	1,16	5	1,42	96.867	1,23
Córdoba	771.131	1,84	7	2,00	110.161	1,09
Coruña, La	1.111.886	2,66	9	2,57	123.542	0,97
Cuenca	201.614	0,48	3	0,85	67.204	1,76
Gerona	598.112	1,43	6	1,71	99.685	1,20
Granada	818.959	1,96	7	2,00	116.994	1,02
Guadalajara	177.761	0,42	3	0,85	59.253	2,00
Guipúzcoa	682.977	1,63	6	1,71	113.996	1,05
Huelva	464.934	1,11	5	1,42	92.986	1,28
Huesca	208.963	0,50	3	0,85	69.654	1,70
Jaén	647.387	1,55	6	1,71	107.897	1,11
León	496.655	1,19	5	1,42	99.331	1,20
Lérida	371.055	0,89	4	1,14	92.763	1,29

TABLA 6 (Continuación)

Circunscripción	Población	% Pob.	Escaños	% Esc.	Hab./Dip.	C. R.
Logroño	281.614	0,67	4	1,14	70.403	1,69
Lugo	361.782	0,86	4	1,14	90.445	1,32
Madrid	5.527.152	13,21	35	10,00	157.918	0,76
Málaga	1.330.010	3,18	10	2,85	133.001	0,90
Melilla	69.184	0,17	1	0,28	69.184	1,69
Murcia	1.226.993	2,93	9	2,57	136.332	0,88
Navarra	569.768	1,36	5	1,42	113.925	1,04
Orense	343.368	0,82	4	1,14	85.842	1,39
Palencia	176.125	0,42	3	0,85	58.708	2,02
Las Palmas	951.037	2,27	8	2,28	118.879	1,00
Pontevedra	919.934	2,20	7	2,00	131.419	0,91
Salamanca	347.120	0,83	4	1,14	86.780	1,37
S. C. Tenerife	892.718	2,13	7	2,00	127.531	0,94
Santander	542.275	1,30	5	1,42	108.455	1,10
Segovia	149.286	0,36	3	0,85	49.762	2,38
Sevilla	1.758.720	4,20	12	3,42	146.560	0,81
Soria	91.487	0,22	3	0,85	30.495	3,89
Tarragona	631.156	1,51	6	1,71	105.192	1,13
Teruel	137.342	0,33	3	0,85	45.780.	2,59
Toledo	546.538	1,31	5	1,42	109.307	1,09
Valencia	2.268.288	5,42	16	4,57	141.768	0,84
Valladolid	501.157	1,20	5	1,42	100.231	1,19
Vizcaya	1.133.444	2,71	9	2,57	125.938	0,95
Zamora	200.678	0,48	3	0,85	66.892	1,77
Zaragoza	871.209	2,08	7	2,00	124.458	0,96
Total	41.838.679	100,00	350	100,00	102.405	1,32

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio del Interior.

ría de las circunscripciones de tres y cuatro escaños han aumentado su sobre-representación, al perder su peso demográfico específico respecto al total nacional: De las de tres escaños, Ávila pasa de 2,02 a 2,15; Cuenca de 1,70 a 1,76; Huesca de 1,65 a 1,70; Palencia de 1,89 a 2,02; Segovia de 2,31 a 2,38; Teruel de 2,48 a 2,59; Zamora de 1,65 a 1,77; y Soria, la circunscripción más sobrerrepresentada, se sitúa ya en 3,89, aumentando en 19 puntos porcentuales su desequilibrio. Guadalajara es la única circunscripción de tres escaños que mejora su representación al pasar de 2,13 a 2. Por su parte, las ciudades de Ceuta y Melilla consiguen reducir su sobrerrepresentación al crecer su población, situándose Ceuta en 1,54 y Melilla en 1,69.

Respecto a las circunscripciones de cuatro escaños, en general también incrementan su cociente de representación: Mientras que Albacete, Cáceres y Lérida tienen cocientes de representación inferiores a 1,30, el resto sobrepasan esa cifra: Así, Álava pasa de 1,61 a 1,63; Burgos pasa de 1,31 a 1,35; Logroño disminuye su sobrerrepresentación pero sigue siendo la más sobrerrepresentada de este grupo con 1,69; Lugo pasa de 1,24 a 1,32; Orense de 1,32 a 1,39; y Salamanca de 1,29 a 1,37. Todo ello significa que estas circunscripciones podrían perder un escaño para conseguir un cociente más equilibrado con su población, lo que permitiría al mismo tiempo aumentar la representación de otras que lo necesitan.

Por el contrario, las circunscripciones de mayor magnitud aumentan su población y con ello su infrarrepresentación. Mientras que en el año 2000 sólo había cuatro circunscripciones con cocientes inferiores a 0,90 (Barcelona, Madrid, Sevilla y Valencia), en 2004 son siete circunscripciones las que están por debajo de ese umbral: así, Alicante pasa de 0,90 a 0,84; Asturias pasa de 0,95 a 0,89; Barcelona de 0,76 a 0,75, Madrid se mantiene en 0,76, si bien gana un escaño; Murcia pasa de 0,92 a 0,88; Sevilla de 0,86 a 0,81; y Valencia se mantiene en 0,84. Esto significa que hay una importante pérdida de representación en las circunscripciones de más de 9 escaños, lo que hace más acusada aún la distancia entre los casos extremos, siendo el cociente de Soria 5,05 veces superior al de Barcelona, con una relación de habitantes por diputado de 30.495 y 158.261 respectivamente.

De los datos aportados respecto a 2004 se puede concluir que existe una poderosa relación entre el tamaño de circunscripción y el nivel de representación: así, todas las provincias que tienen entre 1 y 5 escaños están sobrerrepresentadas si bien alguna de cinco diputados lo ésta sólo ligeramente (como Navarra, con 1,04, o Toledo con 1,09), siendo los casos más excesivos los correspondientes a las circunscripciones de tres escaños. En el otro extremo, todas las circunscripciones que superan los 8 escaños están infrarrepresentadas, siendo este desequilibrio más radical en las que eligen a más de diez diputados. Junto a ello, de las siete provincias que eligen 7 u 8 escaños, tres están infrarrepresentadas (Asturias con 8 escaños y Zaragoza y Tenerife con 7). Sólo Granada y Córdoba, con 7 escaños, y Baleares y Las Palmas, con 8, tienen una representación acorde con su población. En las circunscripciones de seis escaños los cocientes de representación se encuentran más equilibrados, si bien todos superan la unidad.

Además, esta situación de desequilibrio territorial no hace sino aumentar, como puede comprobarse a partir de la evolución de los distintos cocientes de representación de las circunscripciones: las más grandes tienden a estar cada vez más infrarrepresentadas y las más pequeñas tienden a agravar su sobrerrepresentación. Estas dos tendencias se corresponden con dos zonas claras de nuestra geografía: la zona del interior peninsular, especialmente la región de Castilla y León, que ha sido la que tradicionalmente ha estado más sobrerrepresentada y presenta signos evidentes de despoblación progresiva; y en el extremo contrario, las regiones litorales que acusan una infrarrepresentación que se remonta al siglo XIX, unido a un crecimiento demográfico sostenido y a la expansión de las grandes urbes, que no hace sino agravar esta situación. Los movimientos de población y la inmigración masiva a estas zonas, especialmente los archipiélagos y el litoral mediterráneo, además de Madrid, parecen confirmar que el desequilibrio entre el centro y la periferia irá cada vez a más ³⁷.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DESIGUALDAD: ¿ES POSIBLE MEJORAR LO EXISTENTE?

El examen de las sucesivas distribuciones de escaños desde 1977 hasta 2004 permite concluir sin ninguna duda que en el sistema español se producen graves distorsiones del principio de igualdad del voto, en el sentido de igual valor aritmético del sufragio. Estas distorsiones son consecuencia directa de tres factores: en primer lugar, la fijación del número total de diputados en 350, cifra bastante reducida si se tiene en cuenta que hay cincuenta y dos circunscripciones; en segundo lugar, la asignación de dos escaños por provincia, que reduce aún más el número de diputados que pueden distribuirse en proporción a la población; y, por último, la fórmula de reparto utilizada, basada en los restos mayores, que no consigue una distribución aceptable en términos de proporcionalidad. Todo ello impide afirmar que en España el número de representantes que se eligen en cada circunscripción sea proporcional al número de habitantes. De hecho, permite sostener que el vigente sistema electoral provoca una democracia de territorios, de entidades abstractas, una *territocracia*, y no una auténtica democracia de ciudadanos ³⁸.

En consecuencia, debe contemplarse la posibilidad de que esta situación suponga de hecho una vulneración de los imperativos constitucionales de igualdad (art. 14 CE) y de sufragio igual (art. 68.1 CE).

³⁷ Según los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística, procedentes del último censo oficial (actualizados a 1 de enero de 2004), la población total de España se sitúa en 43.197.684 habitantes. Madrid alcanza ya los 5.804.829 habitantes, y Barcelona tiene 5.117.885. Véase, *España en Cifras 2005*, Instituto Nacional de Estadística, Madrid, 2005, pp. 8-13.

³⁸ Véase, en este sentido, C. Alarcón y R. Soriano, *Justicia electoral. Un nuevo modelo de elecciones para España*, Almuzara, Córdoba, 2004, pp. 101-106.

Mientras que el principio de proporcionalidad (art. 68.3), entendido como igualdad de resultado, ha sido objeto de no pocos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que han llevado a la afirmación de la constitucionalidad del sistema electoral en este punto, el principio de igualdad del sufragio referido a la determinación del número de escaños de cada circunscripción sólo ha sido abordado de manera tangencial. Así, en todas las sentencias centradas en la cuestión de la proporcionalidad el Tribunal apreció que las condiciones de concurrencia electoral son idénticas para todas las candidaturas y vienen legislativamente fijadas con carácter previo y general. Es decir, confirmó la dimensión «formal» de la igualdad del voto ³⁹.

Pero en la STC 45/1992, de 2 de abril, que resolvía un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Electoral de las Islas Baleares ⁴⁰ se introduce una innovación importante en esta materia. La disposición impugnada (art. 12.2) se refiere al reparto de escaños entre las circunscripciones insulares, que atribuye un número fijo de representantes a cada isla: Mallorca, 33; Menorca, 13; Ibiza, 12 y Formentera, 1. Este reparto produce una notable desigualdad en la representación de los ciudadanos baleares, al prescindirse casi por completo de cualquier relación entre el número de habitantes y el de representantes ⁴¹.

Los recurrentes alegaron la vulneración de los artículos 14 y 23 de la Constitución, argumentando que los contenidos de dichos preceptos «no sólo exigen una regla de aplicación general e igual a todas las candidaturas, sino que requieren que la propia regla no contenga diferencias discriminatorias». Por lo tanto, el objeto de control ya no se sitúa en los resultados concretos de una elección, o en las condiciones de concurrencia electoral de los candidatos, sino en el propio contenido de la norma, que en sí puede provocar efectos discriminatorios ⁴².

³⁹ Así, en la STC 193/1989 sostiene que «el principio democrático de la igualdad se trata de una igualdad ante la ley (...) referida a las condiciones legales en que el conjunto de un proceso electoral se desarrolla», entendiendo, por tanto, el principio de igualdad como igualdad de condiciones en la competición electoral. En síntesis, lo significativo desde la perspectiva del artículo 23.2 en relación con el 14, es que «la regla legal se aplica a todas las candidaturas por igual».

⁴⁰ Recurso de inconstitucionalidad núm. 365/1987 interpuesto por 57 diputados contra el artículo 2.2 de la Ley 8/1986, reguladora del Régimen Electoral de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares.

⁴¹ De esta forma, la diferencia entre Mallorca y Formentera es de 4 a 1. Véanse, a este respecto, los artículos de F. Pallarés, «Los sistemas electorales en las Comunidades Autónomas. Aspectos institucionales», y F. J. Llera Ramo, «Los rendimientos de los sistemas electorales de las Comunidades Autónomas: el predominio del bipartidismo imperfecto», en J. Montabes (ed.), *El sistema electoral a debate. 20 años de rendimientos del sistema electoral español (1977-1997)*, CIS, Madrid, 1998, pp. 221-245 y 247-273.

⁴² Precisamente este planteamiento fue el alegado por una de las partes que formuló el recurso de amparo resuelto por STC 72/89, referido a la barrera electoral para las elecciones al Parlamento canario. Allí se afirmaba que «existe un manifiesto desajuste entre islas en materia electoral», debido a la «desproporcionada asignación de escaños entre las islas en relación a su población. Se ha seguido un criterio principalmente territorial (...) en lugar de seguir el poblacional con correcciones territoriales». La consecuencia era que la inconstitucionalidad no afectaba a la barrera, sino a la propia Disposición Transitoria primera del Estatuto, donde se recogía el reparto de escaños entre las circunscripciones; pero

En definitiva, el recurso se centraba en el derecho de los ciudadanos de una misma entidad política a que su voto sea igualmente valorado a la hora de designar representantes políticos. El Tribunal afirmó que en ese caso «no parecía existir la situación de manifiesta y arbitraria desproporción en el ejercicio del derecho de sufragio entre los ciudadanos (...) que legitimaría la intervención del Tribunal en uno de los aspectos centrales del sistema que compete definir al legislador, como es el de determinar el número de escaños de cada circunscripción». Ello permite deducir que si el contenido de la regla establece desigualdades en el ejercicio del derecho de sufragio que carezcan de un apoyo constitucional, el Tribunal Constitucional podría entrar a conocer dicha cuestión. La principal consecuencia de todo ello es que, si bien no cabe un control constitucional del sistema electoral a partir del principio de proporcionalidad, porque el propio ordenamiento permite diversas configuraciones del mismo, sí es posible controlar constitucionalmente la igualdad del voto en sentido formal, es decir, la igualdad del valor del voto.

Aplicando estas consideraciones al sistema electoral del Congreso de los Diputados, cabe señalar que, para examinar la constitucionalidad del reparto efectivo de escaños entre las circunscripciones habrá que considerar, en primer lugar, los límites y modulaciones previstas en la propia Constitución, que ya de por sí tienden a matizar la rotundidad de este principio. Es el caso de la asignación de un mínimo de representantes a cada provincia, o el establecimiento de un número máximo de Diputados. Pero, respetando esos criterios, aún existe un margen bastante amplio que el legislador no quiso aprovechar, manteniendo las desigualdades existentes y contribuyendo a su progresiva amplificación.

Por tanto, aunque los límites previstos en la propia Constitución dificultan la consecución del objetivo de igualdad del voto, es evidente que dicho sistema es susceptible de perfeccionamiento. En este sentido, conviene destacar que una de las principales fallas del sistema, además de las ya conocidas —como el reducido tamaño de la Cámara o el mínimo inicial asignado a cada provincia—, es la fórmula empleada para atribuir los escaños a las circunscripciones, lo que se conoce como prorrateo electoral. El legislador, movido quizá por la inercia, optó en este aspecto por la fórmula conocida como de restos mayores, que recoge el apartado 3 del artículo 162 de la LOREG, y cuya repercusión en el resultado final del reparto no ha sido valorada suficientemente.

En realidad, no existe ninguna fórmula proporcional mejor que las demás, sino que todas poseen una serie de propiedades matemáticas que, al traducirlas al lenguaje político y a las necesidades de cada sistema, se convierten en idóneas, precisamente por dichas propiedades. En primer lugar, es necesario distinguir la finalidad de la fórmula proporcional, con dos planos diferencia-

dicha inconstitucionalidad no podía declararse si previamente no se otorgaba el amparo por vulneración del artículo 23.2. Véase A. Sánchez Navarro, *op. cit.*, p. 113, nota 93.

dos: el referido al reparto de los escaños entre las circunscripciones; y el que atiende al reparto de los escaños entre los partidos, una vez producida la votación. En cada caso los propósitos son distintos, por lo que la solución también será diversa ⁴³.

Las fórmulas proporcionales se dividen en dos tipos generales o familias de fórmulas: la de restos mayores ⁴⁴ y las basadas en los divisores, que pueden ser números enteros o quebrados ⁴⁵. Todas estas fórmulas responden de una forma determinada a las propiedades «deseables» que debe tener un reparto proporcional. Así, según V. Ramírez, algunas de estas propiedades serían ⁴⁶:

- *Monotonía respecto al tamaño de la circunscripción*: Un método de reparto posee esta propiedad si un aumento en el tamaño de la circunscripción, permaneciendo invariable el porcentaje de votos que recibe cada partido, éstos consiguen aumentar su representación o al menos se quedan con el mismo número de escaños. Ello se traduce, en el plano que nos ocupa, a que una fórmula monótona impide que un aumento en la población de una circunscripción conlleve una reducción de los diputados asignados a la misma, que aumentarán o al menos se quedarán igual. En este caso, el método de los restos mayores no posee esta propiedad, dando lugar a menudo a situaciones paradójicas ⁴⁷, mientras que las fórmulas basadas en divisores sí la cumplen.

⁴³ Así, numerosos estudios han demostrado que la fórmula «más justa» para repartir los escaños entre las circunscripciones o estados confederados (en el caso de Estados Unidos o Alemania) es la St. Lagüe; pero esta misma fórmula no tiene tanto éxito cuando se utiliza para asignar la representación que le corresponde a cada partido, y ello porque las circunscripciones o los estados no pueden fusionarse con otros, ni subdividirse o escindirse, como lo pueden hacer las formaciones políticas, y éste es sólo uno de los parámetros a tener en cuenta. Véase, D. Rae y V. Ramírez, *El sistema electoral español. Quince años de experiencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1993, pp. 57-58.

⁴⁴ Conocida también como método Vinton o Hamilton en EEUU, y como Niemeyer en Alemania.

⁴⁵ Dentro de este tipo existen numerosas fórmulas, siendo las más conocidas la fórmula D'Hondt (divisores enteros tipo 1, 2, 3, 4...), la de St. Lagüe (divisores enteros tipo 1, 3, 5, 7...), y la de 2/3 (divisores tipo 2, 5, 8, 11...). Véase, para un análisis de las fórmulas electorales, J. M. Vallés y A. Bosch, *Sistemas electorales y gobierno representativo*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 89-99.

⁴⁶ D. Rae y V. Ramírez, *El sistema electoral...*, op. cit., pp. 60-63.

⁴⁷ En Estados Unidos se han utilizado a lo largo de la historia diversas fórmulas para distribuir los escaños correspondientes a cada Estado en la Cámara de Representantes, en un intento por conseguir el método más «proporcional». En 1881 apareció por primera vez el fenómeno que más tarde se vendrá a denominar la «Paradoja de Alabama». Con la fórmula de reparto de restos mayores, y con una Cámara de 299 miembros, Alabama tenía 8 escaños, mientras que empleando la misma fórmula y con una Cámara de 300, Alabama se quedaba tan sólo con 7 representantes. Esta paradoja se produce porque un incremento en el tamaño de la Cámara produce también un incremento en la cuota de cada Estado en la misma proporción, pero no en cantidades absolutas, ya que los restos más altos se refieren a los decimales. Véase, M. Balinski y H. P. Young, *Fair Representation: Meeting the ideal of one man, one vote*, Yale University Press, New Haven, 1982, pp. 78 y ss.

En nuestro país, el reparto de escaños con ocasión de las elecciones de 1993 y 1996 condujo a una reducción de la representación de Barcelona que, sin embargo, había experimentado un crecimiento de población notable.

- *Monotonía respecto a los votos.* Si un partido aumenta el número de votos con respecto a una elección anterior, y todos los demás elementos permanecen igual (tamaño de la circunscripción y votos recibidos por los otros partidos) dicho partido no debe disminuir su representación. Esta propiedad la tienen todas las fórmulas basadas en divisores, pero no siempre se cumple con la fórmula de restos mayores.
- *Consistencia.* Significa que el reparto de escaños entre dos partidos o más debe depender sólo de los votos conseguidos por ellos. Por ejemplo, si dos partidos A y B se reparten cuatro escaños en forma tal que A consigue 4 y B ninguno, en cualquier otra situación, manteniendo los mismos votos y el mismo número de escaños, el reparto debe ser el mismo.
- *Respetar la cuota.* Esta propiedad se basa en la existencia de una cuota, q , que tiene cada partido, normalmente resultado de dividir el número de votos conseguido entre el cociente electoral (número total de votos entre número de escaños). Pues bien, la cuota mínima sería el número entero igual o menor a la cuota; mientras que la cuota máxima sería el número entero igual o mayor que la cuota. Si q es un número entero, ambas cuotas coinciden. En los restantes casos las cuotas mínima y máxima son dos números enteros consecutivos que fijan el intervalo donde se encuentra q . Por lo tanto, cualquier fórmula basada en la proporcionalidad debe asignar a cada partido un número de escaños coincidente con algunas de esas dos cuotas, máxima o mínima. Son muchas las fórmulas que no presentan esta propiedad. Por ejemplo, la fórmula D'Hondt siempre asigna, al menos, la cuota mínima, pero a veces supera la cuota máxima para el partido más votado. En cambio, el método de restos mayores sí respeta esta propiedad.
- *Evitar el sesgo.* Se entiende por sesgo de una fórmula electoral la tendencia sistemática a favorecer partidos con determinadas características. Por ejemplo, al más votado —como ocurre con la D'Hondt—, o al menos votado —como ocurre con el método de Huntington—. Si no favorece ni a uno ni a otro, como sucede, por ejemplo, con la St. Lagüe, se dice que la fórmula es *inesgada*.
- *Fortalecer coaliciones.* En teoría, para el reparto de escaños entre circunscripciones o estados, cualquier fórmula que presente un sesgo a favor de las circunscripciones más grandes o de las más pequeñas, debería ser rechazable. Sin embargo, para la asignación de los escaños a los partidos, aunque es deseable que el reparto sea inesgado, lo cierto es que a menudo conviene favorecer las coaliciones con objeto de evitar la fragmentación parlamentaria. Por ello, parece lógico admitir un cierto sesgo a favor de los partidos mayores a cambio de fortalecer las coaliciones. Esto significa que el número de escaños que recibiría una coalición formada por varios partidos deberá ser mayor o igual que la suma de los obtenidos separadamente.

Como análisis de conjunto, la Tabla 7 muestra el comportamiento de las distintas formulas en cada una de las propiedades analizadas:

TABLA 7
PROPIEDADES DE LAS FÓRMULAS PROPORCIONALES

Propiedades	Resto	St. Lagüe	D'Hondt	2/3	Huntington
Monotonía (circunscripción)	No siempre	Siempre	Siempre	Siempre	Siempre
Monotonía (votos)	No siempre	Siempre	Siempre	Siempre	Siempre
Consistencia	No siempre	Siempre	Siempre	Siempre	Siempre
Cuota	Siempre	Prácticamente siempre	La incumple frecuentemente	Prácticamente siempre	Castiga partido más votado
Evita sesgo	Siempre	Siempre	Gran sesgo a favor partido más votado	Poco sesgo a favor partido más votado	Poco sesgo a favor partido menos votado
Fortalece coaliciones	Prácticamente nunca	Prácticamente nunca	Siempre	Casi siempre	Nunca

Fuente: D. Rae y V. Ramírez, *El sistema electoral...*, op. cit., p. 64.

Como puede apreciarse en la Tabla 7, no hay ninguna fórmula que satisfaga todas las propiedades deseables, pero es claro que si se pretende satisfacer la mayoría de ellas, se debe recurrir a fórmulas basadas en divisores. Además, hay que diferenciar si se trata de repartir escaños entre circunscripciones o si se hace entre partidos. En el primer caso, que es el que nos ocupa, no hay que fortalecer coaliciones ni evitar excesiva fragmentación de la Cámara, siendo muy importante, por el contrario, que la fórmula sea monótona, consistente y que evite sesgos.

El método proporcional puro, o de restos mayores, que es el utilizado en España para la distribución de los escaños entre las provincias presenta varios inconvenientes que lo hacen poco aceptable, entre ellos, que no es monótono y que normalmente favorece a las circunscripciones menos pobladas. Este beneficio de las circunscripciones más pequeñas se produce en dos etapas: en la primera, porque existe una asignación de fija de dos escaños por provincia; y en la segunda, porque se utiliza el método proporcional puro. Esto lleva a que el voto en ciertas circunscripciones pequeñas tenga un valor de hasta cinco veces superior al de alguna de las más grandes, y no parece que ése fuera el objetivo inicial de los constituyentes, sino sólo asegurar que toda circunscripción tuviera más de un escaño.

IV. UNA PROPUESTA DE REFORMA

La constatación de la desigualdad existente en el valor del voto de los ciudadanos, junto con la vulneración del principio constitucional de sufragio igual que ello puede suponer, obligan a plantearse la necesidad de una posible reforma y el alcance de la misma. Para ello conviene, en primer lugar,

identificar los aspectos que han de reformarse para después plantear las modificaciones que permitan alcanzar los objetivos propuestos; todo ello, sin introducir problemas nuevos o elementos que distorsionen aún más los efectos ya existentes. En el presente caso, la reforma que se propone se centra exclusivamente en la configuración legal de la circunscripción, en sentido amplio, y tiene como objetivo la reducción de las desigualdades en el valor del voto. Además, y con el fin de hacer más factible la reforma en términos políticos, la propuesta se limita a una reforma de la LOREG, manteniendo, por tanto, las directrices del artículo 68 de la Constitución ⁴⁸.

Los análisis precedentes han permitido comprobar que los desequilibrios se generan por la combinación de tres variables, sobre las que tendría que incidir una posible reforma:

- a) Número de diputados de la Cámara. Si se eleva el número de diputados aumentaría el margen de representantes asignados en función de la población, permitiendo una distribución más justa;
- b) Número mínimo de diputados por provincia. La reducción del mínimo inicial a un solo escaño conllevaría igualmente un aumento de los representantes que se distribuyen de acuerdo con la población de cada provincia;
- c) Fórmula de reparto de escaños entre las provincias. La modificación de la actual fórmula de restos mayores por alguna otra que cumpla las propiedades necesarias para un correcto prorrateo, como la monotonía o la consistencia, contribuiría a afinar el método de asignación de escaños.

Identificadas las variables sobre si pueden proponer modificaciones, es necesario evaluar el impacto de cada una de ellas en el conjunto del sistema, para escoger las que mejor cumplan los objetivos.

Primero, no cabe duda sobre la necesidad de ampliar el tamaño del Congreso, pues ello contribuiría a mejorar la relación entre población y representantes. El artículo 68.1 de la Constitución deja abierto el número de diputados que debe componer el Congreso, limitándolo sólo a un mínimo de 300 y un máximo de 400. Si lo que se persigue es acercarse a una mayor proporcionalidad entre habitantes y diputados, el aumento del número de representantes se hace evidente, habida cuenta del escaso número de ellos que con el sistema vigente pueden distribuirse en función de la población —248—. En definitiva, para alcanzar los fines propuestos es imprescindible plantear un aumento de diputados hasta 400.

No parece tan clara, sin embargo, la necesidad de reducir el mínimo inicial de diputados por provincia, fijado actualmente en dos, hasta uno solo. Esta

⁴⁸ Sin duda, una reforma constitucional que incluyera otro tipo de demarcación territorial para las elecciones, como pudiera ser la Comunidad Autónoma, garantizaría mejor la igualdad del voto, tanto aritmética como de resultado. No obstante, ello afectaría a numerosos elementos del sistema electoral, que supondría de hecho una modificación radical del mismo. La dificultad para predecir con un mínimo de fiabilidad los efectos que esa hipotética reforma tendría sobre el sistema de partidos y sobre la distribución de fuerzas en el Parlamento desaconseja, de momento, su análisis.

medida, aparte de los costes políticos que significa, conduciría a que una gran cantidad de circunscripciones, precisamente las menos pobladas, verían con seguridad reducida su representación, incrementándose el número de circunscripciones de tamaño bajo, en las que la proporcionalidad entre votos y escaños es prácticamente imposible. En definitiva, supondría una solución contradictoria: podría mejorar el principio de igualdad del voto, pero reduciría la ya escasa proporcionalidad del sistema en la mayoría de las circunscripciones ⁴⁹.

Por último, la fórmula de prorrateo no es un elemento neutro del sistema electoral. La sustitución del vigente método de prorrateo electoral, basado en la regla de restos mayores, por otro más adecuado es una solución de escaso coste —en el sentido de no precisar grandes reformas legales— y puede contribuir a mejorar la relación de representación. Como se ha puesto de manifiesto, la regla actual de reparto carece de una serie de propiedades que son indispensables para una correcta distribución proporcional. En la medida en que dicha distribución proporcional es un imperativo constitucional (art. 68.2), no cabe objeción alguna a la sustitución de la fórmula de restos mayores por otra que reúna las características de monotonía y consistencia. En este sentido, la fórmula D'Hondt cuenta con la ventaja de que, además de poseer dichas propiedades, es una regla sobradamente conocida en el ámbito político-institucional español, por lo que todas las hipótesis contemplan esta variación.

Finalmente, cabe señalar que teniendo en cuenta que el objetivo perseguido con estas reformas no es otro que la mejora del derecho a la igualdad del sufragio, no se ha contemplado la modificación de la fórmula de adjudicación de escaños a los partidos, que únicamente tendría efectos sobre la proporcionalidad del sistema, extremo éste fuera de nuestro alcance. No obstante, para evaluar las diferentes propuestas sí se tendrán presentes los efectos sobre la proporcionalidad entre votos y escaños.

La propuesta de reforma que se presenta incluye tres supuestos distintos en función de los elementos que se modifican:

- *Supuesto 1.* Congreso de 350 diputados, con un mínimo inicial de dos por provincia, pero con un prorrateo basado en la fórmula D'Hondt (sólo se modifica la fórmula de prorrateo);
- *Supuesto 2.* Congreso de 400 diputados, con un mínimo inicial de dos por provincia, y un prorrateo basado en la fórmula de restos mayores (sólo se modifica el número de escaños del Congreso);
- *Supuesto 3.* Congreso de 400 diputados, con un mínimo inicial de dos diputados por provincia, y un prorrateo basado en la fórmula D'Hondt (combina la modificación de la fórmula de prorrateo y el aumento del tamaño de la Cámara).

⁴⁹ Existen varios estudios en los que se contempla esta hipótesis de reforma, entre otros, C. Vidal Prado, *El sistema electoral español: una propuesta de reforma*, Método Ediciones, Granada, 1995, pp. 242-288; V. Ramírez, *Apuntes para reforma de la ley electoral*, Proyecto Sur Ediciones, Granada, 1990.

Todas estas propuestas se analizan de la siguiente manera: Con los datos del censo utilizado para las elecciones de marzo de 2004 se han distribuido los escaños correspondientes a cada circunscripción, de acuerdo con los tres supuestos, de forma que pueda comprobarse los efectos de las reformas sobre la igualdad del sufragio y el equilibrio en la representación. A continuación se realizan diversas simulaciones de los resultados electorales obtenidos según los tres supuestos planteados en las convocatorias seleccionadas para el análisis. Se han utilizado para ello las convocatorias de 1982, 1993, 1996, 2000 y 2004. El criterio fundamental que se ha manejado para seleccionar estas convocatorias y no otras ha sido el dato de la participación: todas ellas, menos la de 2000, han registrado cuotas de participación superiores al 76 por 100 del censo electoral. Junto a ello, se ha añadido la convocatoria de 2000, que, aunque no registró porcentajes tan altos de participación, arrojó una mayoría absoluta para el PP, lo que permite completar la perspectiva de análisis. De esta manera tendríamos cinco convocatorias sobre las que basar las hipótesis de reforma, casi todas de una elevada participación, en las que ha habido dos mayorías absolutas para dos partidos diferentes y una altísima competitividad partidista en el resto.

La Tabla 8 muestra con nitidez las principales diferencias entre los distintos supuestos:

— *Supuesto 1.* Con 350 diputados, las diferencias entre el reparto mediante la fórmula de Restos Mayores y la D'Hondt se limitan a once circunscripciones. Con la fórmula D'Hondt siete provincias pierden un escaño: Álava, Baleares, Gerona, Logroño, Segovia, Soria y Teruel. Exceptuando Baleares, que con el sistema vigente tiene un cociente de 1,04; y Gerona que tiene 1,20, el resto de circunscripciones registran cocientes superiores a 1,50. Los casos más significativos son los de Segovia, Soria y Teruel cuyos cocientes sobrepasan los 2 puntos (Soria tiene 3,89) con el sistema diseñado en la LOREG. Con el método propuesto, basado en la fórmula D'Hondt, estas tres provincias ven reducida su representación a sólo dos escaños pero equilibran notablemente su situación relativa. De esta forma, ninguna circunscripción tendría un cociente superior a 2, excepto Soria, que tendría un cociente de 2,39. En conjunto, las circunscripciones que pierden escaños mejoran su representación, salvo Baleares, que queda ligeramente infrarrepresentada, con un cociente de 0,90.

Por el contrario, cuatro provincias, las más infrarrepresentadas en el sistema vigente, aumentan su representación: Alicante y Sevilla en un escaño, Barcelona en dos y Madrid en tres. Con este nuevo reparto los cocientes de representación de Alicante (0,92) y Sevilla (0,88) se acercan al equilibrio técnico, y en cualquier caso registran una infrarrepresentación aceptable. Madrid aumenta en seis centésimas su cociente de representación, que pasa a 0,82, mejorando notablemente. La circunscripción más infrarrepresentada sigue siendo Barcelona, aunque mejora su situación relativa, con un cociente de 0,80.

Por otra parte, con este método de prorrateo electoral la relación entre Soria y Barcelona, que son los valores extremos, pasa de 5,2 a 3,2. Esto quiere decir que si actualmente el voto de un elector soriano «vale» cinco veces

TABLA 8
COMPARATIVA DE LAS DISTINTAS HIPÓTESIS DE REPARTO
DE ESCAÑOS PARA 2004

Circunscripción	350 R. M. (vigente)		350 D'Hont		400 R. M.		400 D'Hont	
	Diputados	C. R.	Diputados	C. R.	Diputados	C. R.	Diputados	C. R.
Álava	4	1,63	3	1,21	4	1,43	4	1,43
Albacete	4	1,28	4	1,28	5	1,26	4	1,12
Alicante	11	0,84	12	0,92	13	0,87	14	0,94
Almería	5	1,09	5	1,09	6	1,14	6	1,14
Asturias	8	0,89	8	0,89	10	0,97	10	0,97
Ávila	3	2,15	3	2,15	3	1,92	3	1,92
Badajoz	6	1,08	6	1,08	7	1,11	7	1,11
Baleares	8	1,04	7	0,91	9	1,03	9	1,03
Barcelona	31	0,75	33	0,80	37	0,78	40	0,85
Burgos	4	1,35	4	1,35	5	1,49	4	1,19
Cáceres	4	1,16	4	1,16	5	1,27	5	1,27
Cádiz	9	0,94	9	0,94	10	0,91	10	0,91
Castellón	5	1,19	5	1,19	6	1,25	5	1,04
Ceuta	1	1,54	1	1,54	1	1,38	1	1,38
Ciudad Real	5	1,23	5	1,23	5	1,07	5	1,07
Córdoba	7	1,09	7	1,09	8	1,08	7	0,95
Coruña, La	9	0,97	9	0,97	10	0,93	10	0,93
Cuenca	3	1,76	3	1,76	3	1,56	3	1,56
Gerona	6	1,20	5	0,99	6	1,04	6	1,04
Granada	7	1,02	7	1,02	8	1,02	8	1,02
Guadalajara	3	2,00	3	2,00	3	1,78	3	1,78
Guipúzcoa	6	1,05	6	1,05	7	1,07	7	1,07
Huelva	5	1,28	5	1,28	5	1,13	5	1,13
Huesca	3	1,70	3	1,70	3	1,5	3	1,5
Jaén	6	1,11	6	1,11	7	1,13	7	1,13
León	5	1,20	5	1,20	6	1,26	5	1,05
Lérida	4	1,29	4	1,29	5	1,40	4	1,12

TABLA 8 (Continuación)

Circunscripción	350 R. M. (vigente)		350 D'Hont		400 R. M.		400 D'Hont	
	Diputados	C. R.	Diputados	C. R.	Diputados	C. R.	Diputados	C. R.
Logroño	4	1,69	3	1,26	4	1,49	4	1,49
Lugo	4	1,32	4	1,32	5	1,45	4	1,116
Madrid	35	0,76	38	0,82	41	0,77	44	0,83
Málaga	10	0,90	10	0,90	11	0,86	12	0,94
Melilla	1	1,69	1	1,69	1	1,47	1	1,47
Murcia	9	0,88	9	0,88	11	0,94	11	0,94
Navarra	5	1,04	5	1,04	6	1,1	6	1,1
Orense	4	1,39	4	1,39	4	1,21	4	1,21
Palencia	3	2,02	3	2,02	3	1,78	3	1,78
Las Palmas	8	1,00	8	1,00	9	0,99	9	0,99
Pontevedra	7	0,91	7	0,91	9	1,02	9	1,02
Salamanca	4	1,37	4	1,37	4	1,20	4	1,20
S. C. Tenerife	7	0,94	7	0,94	8	0,93	8	0,93
Santander	5	1,10	5	1,10	6	1,15	6	1,15
Segovia	3	2,38	2	1,58	3	2,08	3	2,08
Sevilla	12	0,81	13	0,88	15	0,89	15	0,89
Soria	3	3,89	2	2,59	3	3,41	2	2,27
Tarragona	6	1,13	6	1,13	6	0,99	6	0,99
Teruel	3	2,59	2	1,72	3	2,27	3	2,27
Toledo	5	1,09	5	1,09	6	1,14	6	1,14
Valencia	16	0,84	16	0,84	18	0,83	19	0,87
Valladolid	5	1,19	5	1,19	6	1,25	5	1,04
Vizcaya	9	0,95	9	0,95	10	0,92	10	0,92
Zamora	3	1,77	3	1,77	3	1,56	3	1,56
Zaragoza	7	0,96	7	0,96	8	0,96	8	0,96
Total	350	1,32	350	1,24	400	1,26	400	1,21

el de un barcelonés, con la fórmula D'Hondt se reduce a tres ⁵⁰. En definitiva, los datos confirman que la distribución de los escaños mediante la regla D'Hondt ofrece unos resultados mucho más proporcionales, otorgando más representación a las circunscripciones más pobladas y reduciendo la de aquellas provincias cuya sobrerrepresentación es a todas luces excesiva, lo que pone de manifiesto, al mismo tiempo, que la fórmula de restos mayores produce un sesgo a favor de las circunscripciones menos pobladas.

— *Supuesto 2.* Aumentando el tamaño de la Cámara a 400 diputados, la relación entre población y representación mejora de forma generalizada. Efectivamente, al aumentar los diputados que se distribuyen proporcionalmente a la población de cada circunscripción —hasta 298—, las desigualdades en el valor del voto se reducen y el reparto, en su conjunto, es notoriamente mejor. Así, exceptuando los casos más extremos, todas las circunscripciones mejoran su situación relativa, adecuando su representación con su peso demográfico. Dentro de los extremos, Segovia y Teruel siguen sobrepasando los 2 puntos de coeficiente de representación, y Soria llega hasta el 3,41. Sin embargo, el resto de circunscripciones de tamaño muy bajo (tres diputados) y que constituyen los casos de mayor sobrerrepresentación con el sistema vigente, mejoran notablemente sus coeficientes, siendo los casos más relevantes los de Guadalajara y Palencia con un coeficiente de 1,78; y Cuenca y Zamora, que bajan más de dos décimas, y se sitúan en 1,56.

En el extremo contrario, con el incremento a 400 diputados, Madrid y Barcelona apenas aumentan su cociente de representación en una y dos centésimas respectivamente, manteniendo su infrarrepresentación casi en los mismos términos. Sin embargo, el resto de circunscripciones grandes mejoran ligeramente, con algunas excepciones, como Málaga o Valencia, que empeoran su situación, siendo esta última la tercera circunscripción más infrarrepresentada, con un cociente de 0,83. El aumento hasta 400 escaños tiende a suavizar las desigualdades de representación entre las circunscripciones de manera generalizada, si bien se siguen manteniendo grandes desequilibrios en los casos extremos. Así, si tomamos como referencia la relación entre habitantes y diputados, la diferencia entre Madrid (un diputado por cada 134.808 habitantes) y Soria (uno por cada 30.495) es de 4,4 a 1, lo que significa menos de un punto de diferencia con respecto al sistema vigente. En todo caso, el incremento de diputados repercute favorablemente en la obtención de un equilibrio entre población y representantes.

— *Supuesto 3.* Como puede comprobarse, este supuesto difiere mínimamente del anterior, pues únicamente se ha sustituido la fórmula de reparto de los escaños. Por lo tanto, las diferencias son muy escasas aunque ciertamente relevantes. Mientras que con la fórmula de restos mayores los casos extremos apenas mejoraban su situación (Soria sigue sobrepasando los 3 puntos de cociente y Madrid y Barcelona no alcanzan el 0,80) y ciertas circuns-

⁵⁰ La relación entre habitantes/diputados pasa de 158.261 a 148.670 (Barcelona) y de 30.495 a 45.743 (Soria).

cripciones ganaban escaños aun estando ya sobradamente representadas (como Burgos, Castellón, Lugo y Valladolid), el reparto mediante la fórmula D'Hondt aprovecha más eficazmente el aumento de escaños, al concentrarlo en pocas circunscripciones, precisamente las más infrarrepresentadas. De esta forma, Barcelona y Madrid ganan hasta tres diputados con respecto al supuesto 2, aumentando sus cocientes hasta 0,85 y 0,83 respectivamente. El resto de las grandes circunscripciones, como Valencia, Sevilla, Alicante o Málaga se acercan o sobrepasan el umbral del 0,90 que sería un desequilibrio perfectamente asumible. Y todo ello a costa de reducir la representación de circunscripciones que se encontraban sobrerrepresentadas. En total, ocho circunscripciones pierden un escaño con respecto a la fórmula de restos (Burgos, Castellón, Córdoba, León, Lérida, Lugo, Soria y Valladolid), escaño que en realidad no requieren, y mantendrían la representación que tienen en el sistema vigente. Todo ello siempre con la salvedad de Soria que, por su reducido peso demográfico se quedaría con dos escaños, si bien continuaría siendo la circunscripción más sobrerrepresentada, junto con Teruel, con un cociente de 2,27. Además, las diferencias entre los casos extremos se atenúan considerablemente, siendo la representación de Soria sólo 2,7 veces mayor que la de Madrid (un diputado por cada 45.743 habitantes, frente a uno por cada 125.617).

En conjunto, la distribución de los escaños es aceptablemente proporcional a la población de las circunscripciones, como lo muestra el promedio de cocientes de representación, que se sitúa en el 1,21.

Con estas consideraciones es obvio que la hipótesis de reforma que mejor cumple el objetivo marcado —reducir las desigualdades del voto— es ésta última, que consistiría en aumentar la Cámara hasta 400 diputados y proceder a la distribución de los escaños mediante la fórmula D'Hondt. Sin embargo, siendo esta conclusión bastante razonable, resta por examinar qué tipo de repercusión política tendría dicha reforma en el resultado electoral. Para ello, y con carácter previo, se han aplicado los tres procedimientos de reparto para los datos de 1982, 1993, 1996 y 2000, como muestran las Tablas 9, 10, 11 y 12 del Anexo. En cada una de estas tablas se incluye la población de cada circunscripción y el número de escaños que le corresponde con el sistema vigente (350 diputados con fórmula de restos mayores) y con los tres que se proponen.

Con esos datos se han elaborado las simulaciones de resultados electorales que se muestran más adelante. Cabe advertir que dichos resultados hipotéticos son ejercicios estadísticos artificiales, que exigen prudencia en su valoración, si bien pueden considerarse válidos para el análisis al menos de ciertas tendencias de identidad o transformación de la representación parlamentaria de las fuerzas políticas ⁵¹.

⁵¹ Hay que tener en cuenta, como previene J. R. Montero, que los datos electorales que sirven de base a las simulaciones no es que no sean sólo *reales*, sino que tampoco son *puros*, puesto que no han sufrido los efectos psicológicos por parte de los votantes, que en su momento los expresaron unas determinadas condiciones estructurales. J. R. Montero, «El debate sobre el sistema electoral: rendimientos, criterios y propuestas de reforma», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 95, 1997, p. 25.

Las simulaciones sobre los resultados de 1982 no ofrecen grandes variaciones con respecto al sistema vigente, en parte debido a la enorme ventaja del PSOE sobre el resto de los partidos. Si se comparan los resultados reales con los que se habrían obtenido de haberse efectuado el prorrateo electoral

ELECCIONES DE 28 DE OCTUBRE DE 1982

Participación: 79,9 %

Sistema vigente (350 restos mayores)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PSOE	10.127.392	48,11	202	57,71	9,6
AP-PDP	5.548.107	26,36	107	30,57	4,21
UCD	1.425.093	6,77	11	3,14	-3,63
PCE	846.515	4,02	4	1,14	-2,88
CDS	604.309	2,87	2	0,57	-2,3
CiU	772.726	3,67	12	3,42	0,25
PNV	395.656	1,88	8	2,28	0,4
HB	210.601	1,00	2	0,57	-0,43
Otros *	235.444	1,14	2	0,57	-0,57

* Obtuvieron un escaño: ERC, con 135.118 votos (0,66 por 100); y EE, con 100.326 (0,48 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Supuesto 1 (350 D'Hondt)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PSOE	10.127.392	48,11	202	57,71	9,6
AP-PDP	5.548.107	26,36	107	30,57	4,21
UCD	1.425.093	6,77	10	2,86	-3,91
PCE	846.515	4,02	5	1,42	-2,6
CDS	604.309	2,87	2	0,57	-2,6
CiU	772.726	3,67	12	3,42	0,25
PNV	395.656	1,88	8	2,28	0,4
HB	210.601	1,00	2	0,57	-0,43
Otros *	235.444	1,14	2	0,57	-0,57

* Obtuvieron un escaño: ERC, con 135.118 votos (0,66 por 100); y EE, con 100.326 (0,48 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Supuesto 2 (400 restos mayores)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PSOE	10.127.392	48,11	227	56,75	8,64
AP-PDP	5.548.107	26,36	122	30,5	4,14
UCD	1.425.093	6,77	14	3,5	-3,27
PCE	846.515	4,02	6	1,5	-2,52
CDS	604.309	2,87	2	0,5	-2,37
CiU	772.726	3,67	15	3,75	0,08
PNV	395.656	1,88	9	2,25	0,37
HB	210.601	1,00	3	0,75	-0,25
Otros *	235.444	1,14	2	0,5	-0,64

★ Obtuvieron un escaño: ERC, con 135.118 votos (0,66 por 100); y EE, con 100.326 (0,48 por 100).
Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Supuesto 3 (400 D'Hondt)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PSOE	10.127.392	48,11	227	56,75	8,64
AP-PDP	5.548.107	26,36	121	30,25	3,89
UCD	1.425.093	6,77	13	3,25	-3,52
PCE	846.515	4,02	6	1,5	-2,52
CDS	604.309	2,87	2	0,5	-2,37
CiU	772.726	3,67	16	4,0	0,33
PNV	395.656	1,88	9	2,2	0,37
HB	210.601	1,00	4	1,0	0,00
Otros *	235.444	1,14	2	0,5	-0,64

★ Obtuvieron un escaño: ERC, con 135.118 votos (0,66 por 100); y EE, con 100.326 (0,48 por 100).
Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Las simulaciones se recogen en distintas tablas que expresan los votos y los escaños obtenidos por los partidos con el sistema vigente y con cada una de las hipótesis. Junto a ello, se indica también la diferencia de ambos porcentajes, que viene a expresar las primas o penalizaciones recibidas por cada fuerza política.

mediante la fórmula D'Hondt (supuesto 1), ninguno de los dos principales partidos (PSOE y AP-PDP) alteran su número de escaños. Únicamente se produce una transferencia de un escaño entre la UCD y el PCE, manteniéndose el resto de partidos en la misma situación.

El aumento del número de escaños hasta 400 produce algunas variaciones, si bien de poca importancia. Así, con el prorrateo efectuado por el método de restos mayores (supuesto 2), el PSOE reduce su porcentaje de escaños en casi un punto, lo que se traduce en una reducción de la prima de representación que le otorga el sistema en la misma proporción. La coalición AP-PDP mantiene su representación en los mismos términos, con una variación insignificante. Por el contrario, tanto la UCD como el PCE aumentan su porcentaje de escaños ligeramente, lo que significa una mayor adecuación entre votos y escaños. Con el reparto mediante la regla D'Hondt (supuesto 3) se mantienen a grandes rasgos los efectos que produce el incremento de diputados, si bien ofrece diferencias con respecto al supuesto 2. Así, tanto el PSOE como AP-PDP reducen su porcentaje de escaños, lo que implica una moderación en la sobrerrepresentación que el sistema les reporta. Si sumamos las diferencias entre el porcentaje de escaños y de votos de ambas formaciones políticas, con los resultados reales serían 13,81 puntos, mientras que con las simulaciones del supuesto 3, las primas de representación son de 12,53, reduciéndose, por tanto, en más de un punto. Junto a ello, tanto la UCD como el PCE también mejoran su relación de representación, y el aumento de escaños reduce en un punto la infrarrepresentación que sufrían, que pasa de 6,51 con los resultados reales a 6,04 puntos. El resto de partidos se mantiene prácticamente igual, con excepción de CiU que aumenta ligeramente su representación relativa.

En conclusión, el aumento de diputados, cualquiera que sea la fórmula de prorrateo, no produce cambios significativos en esta convocatoria, sino que los partidos conservan su peso relativo en la Cámara, sin que pueda hablarse de fragmentación excesiva. Por otra parte, la operación de distribución de escaños utilizando la fórmula D'Hondt arroja unos resultados más proporcionales respecto a la relación entre votos y escaños, precisamente porque la asignación de representantes a las circunscripciones es más acorde con la población de cada una de ellas.

Los resultados de las elecciones de 1993 fueron muy distintos a los de 1982, pues la diferencia entre el primer partido y el segundo en porcentaje de votos se reduce de 21,75 puntos a sólo 4,02. Esto significa que las pequeñas variaciones que ofrecen las simulaciones de resultados sean mucho más significativas. Respecto al supuesto 1, cabe señalar que el PSOE pierde tres diputados, lo que viene a ser casi un punto en su porcentaje de escaños, reduciendo su sobrerrepresentación de 6,64 a 5,79. Por su parte, el PP gana un escaño e incrementa su prima de representación en casi 3 décimas. Todo ello arroja un total de 11,6 puntos de sobrerrepresentación a los dos principales partidos, frente a los 12,16 que produce el sistema vigente. Esta reducción de la sobrerrepresentación no va, sin embargo, acompañada de una mayor fragmentación partidista, sino que el resto de formaciones se mantienen igual.

ELECCIONES DE 6 DE JUNIO DE 1993
Participación: 76,44 %

Sistema vigente (350 restos mayores)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PSOE	9.150.083	38,78	159	45,42	6,64
PP	8.201.463	34,76	141	40,28	5,52
IU	2.253.722	9,55	18	5,14	-4,41
CiU	1.165.783	4,94	17	4,86	-0,08
PNV	291.448	1,24	5	1,42	0,18
CC	207.077	0,88	4	1,14	0,26
HB	206.876	0,88	2	0,57	-0,31
Otros *	575.810	2,44	4	1,14	-1,3

★ Consiguieron un escaño, ERC, con 189.632 votos (0,8 por 100); PAR, con 144.544 votos (0,61 por 100); EA, con 129.293 votos (0,55 por 100); y UV, con 112.341 votos (0,48 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Supuesto 1 (350 D'Hondt)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PSOE	9.150.083	38,78	159	45,42	6,64
PP	8.201.463	34,76	142	40,57	5,81
IU	2.253.722	9,55	18	5,14	-4,41
CiU	1.165.783	4,94	18	5,14	0,2
PNV	291.448	1,24	6	1,71	0,47
CC	207.077	0,88	4	1,14	0,26
HB	206.876	0,88	2	0,57	-0,31
Otros *	575.810	2,44	4	1,14	-1,3

★ Consiguieron un escaño, ERC, con 189.632 votos (0,8 por 100); PAR, con 144.544 votos (0,61 por 100); EA, con 129.293 votos (0,55 por 100); y UV, con 112.341 votos (0,48 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Supuesto 2 (400 restos mayores)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PSOE	9.150.083	38,78	181	45,25	6,47
PP	8.201.463	34,76	164	41,00	6,24
IU	2.253.722	9,55	19	4,75	-4,8
CiU	1.165.783	4,94	19	4,75	-0,19
PNV	291.448	1,24	6	1,5	0,26
CC	207.077	0,88	4	1,00	0,12
HB	206.876	0,88	3	0,75	-0,13
Otros *	575.810	2,44	4	1,00	-1,44

* Consiguieron un escaño, ERC, con 189.632 votos (0,8 por 100); PAR, con 144.544 votos (0,61 por 100); EA, con 129.293 votos (0,55 por 100); y UV, con 112.341 votos (0,48 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Supuesto 3 (400 D'Hont)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PSOE	9.150.083	38,78	181	45,25	6,47
PP	8.201.463	34,76	160	40,00	5,24
IU	2.253.722	9,55	21	5,25	-4,3
CiU	1.165.783	4,94	20	5,00	0,06
PNV	291.448	1,24	6	1,5	0,26
CC	207.077	0,88	4	1,0	0,12
HB	206.876	0,88	3	0,75	-0,13
PAR	144.544	0,61	2	0,5	-0,11
Otros *	431.266	1,83	4	1,0	-0,83

* Consiguen un escaño, ERC, con 189.632 votos (0,8 por 100); EA, con 129.293 votos (0,55 por 100); y UV, con 112.341 votos (0,48 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Únicamente CiU y PNV aumentan en un escaño su representación, probablemente debido al aumento de diputados en circunscripciones como Barcelona y Vizcaya, donde ocupan el primer o segundo puesto en las preferencias del electorado, lo que les ha permitido conseguir un diputado más. En cuanto a la posibilidad de formar gobierno, cabe advertir que si con los resul-

tados reales el PSOE podía apoyarse exclusivamente en CiU, pues juntos sumaban 176 diputados, con esta hipótesis ya no es posible, pues se quedan en 174. No obstante, el PSOE mantiene una holgada mayoría que le permite gobernar sin dificultades.

El incremento de diputados hasta 400 plantea algunos cambios en el arco parlamentario. Con el prorrateo basado en el método de restos mayores (supuesto 2), el PSOE mantiene prácticamente inalterada su representación, reduciéndose en sólo 0,17 puntos; por el contrario, el PP la aumenta en 0,72 puntos. Ambas variaciones son poco reveladoras, pero juntas suponen un aumento de la sobrerrepresentación otorgada a las dos primeras fuerzas en casi medio punto (de 12,16 con el sistema vigente a 12,71 con el hipotético). El resto de partidos empeoran su situación, excepto HB. A pesar de ello, la suma de los diputados del PSOE y los de CiU alcanza los 200, al límite de la mayoría absoluta, lo que viene a significar una distribución de la representación muy semejante a la que resulta del sistema vigente.

Con el método de prorrateo D'Hondt los resultados son bien distintos. El PSOE se mantiene en los 181 escaños (45,25) que consigue en el supuesto 2, pero la representación ganada por el PP se reparte entre el resto de partidos. De esta manera, la suma de las primas obtenidas por los dos primeros se reduce hasta 11,71 puntos, lo que garantiza un sistema más proporcional. Al mismo tiempo, el resto de fuerzas mejoran su representación, de forma que vuelve a ser perfectamente factible el apoyo en solitario de CiU al PSOE para formar gobierno. En definitiva, vuelve a quedar patente que el incremento de escaños y la distribución de los mismos entre las circunscripciones mediante la regla D'Hondt no sólo mejora la relación entre habitantes y escaños, sino también la de escaños y votos, sin mermar por ello las posibilidades de alcanzar mayorías de gobierno.

La convocatoria de 1996 es semejante a la de 1993 en cuanto a los resultados de los dos primeros partidos, si bien la distancia entre ellos es notablemente inferior, con una diferencia de tan sólo 1,36 puntos. La aplicación de la fórmula D'Hondt para un Congreso de 350 diputados (supuesto 1) arroja unos resultados muy similares, pero con alguna variación. Así, el PP incrementa su representación en un escaño, mientras que el PSOE pierde tres diputados, de forma que la suma de las primas obtenidas por ambos se reduce ligeramente con respecto al sistema vigente (de 8,95 a 8,37). Hay que señalar, no obstante, que en esta convocatoria electoral la ventaja obtenida por el segundo partido, el PSOE, se redujo considerablemente, alcanzando apenas los 3 puntos, ventaja que con el reparto D'Hondt se reduce hasta 2,15. Por otra parte, con el supuesto 1 tanto IU como CiU consiguen un escaño más, lo que en el primer caso reduce la penalización electoral de dicha formación política. En conjunto, los resultados son más proporcionales y la relación de fuerzas mejora en aras de la gobernabilidad, al ganar un escaño el partido vencedor y perder tres diputados el segundo, que a su vez redundan en otras fuerzas, ampliando las posibilidades de una coalición de gobierno.

Las simulaciones de resultados con una Cámara de 400 diputados tienen lecturas diversas según sea el método de prorrateo utilizado. Con la regla de

ELECCIONES DE 3 DE MARZO DE 1996

Participación 77,38 %

Sistema vigente (350 restos mayores)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PP	9.658.688	38,63	156	44,57	5,94
PSOE	9.318.600	37,27	141	40,28	3,01
IU	2.629.847	10,52	21	6	-4,52
CiU	1.144.884	4,58	16	4,57	0,01
PNV	317.373	1,27	5	1,42	0,15
CC	220.418	0,88	4	1,14	0,26
BNG	220.147	0,88	2	0,57	-0,31
HB	181.304	0,72	2	0,57	-0,15
Otros *	375.077	1,5	3	0,85	-0,65

★ Consiguieron un escaño, ERC, con 167.641 votos (0,67 por 100); EA, con 115.861 votos (0,46 por 100); y UV, con 91.575 votos (0,37 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Supuesto 1 (350 D'Hondt)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PP	9.658.688	38,63	157	44,85	6,22
PSOE	9.318.600	37,27	138	39,42	2,15
IU	2.629.847	10,52	22	6,28	-4,24
CiU	1.144.884	4,58	17	4,85	0,27
PNV	317.373	1,27	5	1,42	0,15
CC	220.418	0,88	4	1,14	0,26
BNG	220.147	0,88	2	0,57	-0,31
HB	181.304	0,72	2	0,57	-0,45
Otros *	375.077	1,5	3	0,85	-0,65

★ Consiguieron un escaño, ERC, con 167.641 votos (0,67 por 100); EA, con 115.861 votos (0,46 por 100); y UV, con 91.575 votos (0,37 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Supuesto 2 (400 restos mayores)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PP	9.658.688	38,63	176	44,00	5,37
PSOE	9.318.600	37,27	164	41,00	3,73
IU	2.629.847	10,52	25	6,25	-4,27
CiU	1.144.884	4,58	17	4,25	-0,33
PNV	317.373	1,27	7	1,75	0,48
CC	220.418	0,88	4	1,00	0,12
BNG	220.147	0,88	2	0,5	-0,38
HB	181.304	0,72	2	0,5	-0,22
Otros *	375.077	1,5	3	0,75	-0,75

* Consiguieron un escaño, ERC, con 167.641 votos (0,67 por 100); EA, con 115.861 votos (0,46 por 100); y UV, con 91.575 votos (0,37 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Supuesto 3 (400 D'Hondt)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PP	9.658.688	38,63	176	44,00	5,37
PSOE	9.318.600	37,27	162	40,05	3,23
IU	2.629.847	10,52	25	6,25	-4,27
CiU	1.144.884	4,58	19	4,75	-0,17
PNV	317.373	1,27	7	1,75	0,48
CC	220.418	0,88	4	1,00	0,12
BNG	220.147	0,88	2	0,5	-0,38
HB	181.304	0,72	2	0,5	-0,22
Otros *	375.077	1,5	3	0,75	-0,75

* Consiguieron un escaño, ERC, con 167.641 votos (0,67 por 100); EA, con 115.861 votos (0,46 por 100); y UV, con 91.575 votos (0,37 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

restos mayores, el PP pierde más de medio punto de representación, mientras que el PSOE gana hasta 0,72 puntos. Así, la suma de las primas obtenidas por ambos se sitúa en 9,1 puntos, ligeramente superior a la que resulta con el sistema vigente. Junto a ello, IU, CiU y PNV también mejoran ligeramente su situación relativa, que empeora en el resto de los casos. De cara a la forma-

ción de gobierno, las posibilidades se complican un poco, ya que si con el sistema vigente el PP necesitaba el apoyo de al menos CiU y CC, con el supuesto 2 dichos apoyos serían insuficientes y haría falta contar con una tercera fuerza. El supuesto 3 ofrece algunos cambios con respecto al anterior. El PP pierde el mismo peso específico pero el PSOE sólo incrementa en 0,22 su presencia parlamentaria, lo que viene a favorecer la representación del resto de partidos, sobre todo de CiU. De esta manera, la suma de las primas obtenidas por el PP y el PSOE se reduce a 8,6, inferior a la del sistema vigente, mejorando ligeramente el resto de fuerzas. Junto a ello, la formación de gobierno se ve más facilitada que con la hipótesis anterior, si bien continúa necesitando importantes apoyos parlamentarios.

En definitiva, pese a la elevada competitividad registrada en estas elecciones, las simulaciones revelan que tampoco en este caso se producirían grandes complicaciones para la formación de gobierno y, en cualquiera de las hipótesis basadas en el método D'Hondt, la proporcionalidad del sistema en su conjunto mejora visiblemente.

Las elecciones de 2000 dieron como resultado la mayoría absoluta para el PP, siendo la diferencia entre éste y el PSOE de más de diez puntos. Por lo tanto, la competitividad electoral sigue siendo acusada, pero menor que en convocatorias anteriores. Las simulaciones arrojan unos resultados muy parecidos a los reales. Así, con 350 diputados y aplicando el método D'Hondt para el prorrateo electoral (supuesto 1), el PP pierde tres escaños reduciendo su sobrerrepresentación en casi un punto (de 7,76 a 6,9). Por su parte, el PSOE obtiene dos escaños más y aumenta su prima electoral, realmente escasa con el sistema vigente, a 2,15 puntos. De esta forma, la suma de las ventajas otorgada a los dos primeros partidos se reduce de 9,32 a 9,03. Nuevamente CiU sale beneficiada del aumento de escaños en Barcelona, por la corrección introducida con el método D'Hondt, y gana un diputado. El resto conserva la misma situación. En general, los escasos cambios no alteran la relación de fuerzas y el PP mantiene la mayoría absoluta.

El aumento de diputados a 400 tampoco presenta alteraciones importantes. Con el sistema de restos mayores el PP pierde un punto en su porcentaje de escaños, que recibe prácticamente el PSOE, siendo la suma de ambas primas electorales de 9,33 puntos, si bien el PP mantiene la mayoría absoluta. Excepto el PNV que mantiene su situación, el resto de partidos sufren ligeras oscilaciones que se distribuyen entre ellos: Así, lo que pierde IU lo gana CiU, y lo que ganan CC o el BNG lo pierden el resto de fuerzas.

El supuesto 3 ofrece ciertos cambios de interés con respecto a la anterior. El PP pierde 1,28 puntos en porcentaje de escaños, aunque no todo va a parar al PSOE, que mantiene su prima, sino que se reparte entre éste e IU, que mejora ligeramente. El resto de partidos repiten resultados. La suma de las primas obtenidas por PP y PSOE se sitúa en 9,08, nuevamente inferior a la registrada con el sistema de restos. Además, el partido vencedor sigue conservando la mayoría absoluta, lo que corrobora la escasa influencia del método de prorrateo propuesto en la distribución de las fuerzas parlamentarias, que se limita a meros ajustes y respeta, en general, las mayorías obtenidas por el partido vencedor.

ELECCIONES DE 12 DE MARZO DE 2000

Participación: 68,71 %

Sistema vigente (350 restos mayores)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PP	10.321.178	44,52	183	52,28	7,76
PSOE	7.918.752	34,15	125	35,71	1,56
IU	1.263.043	5,45	8	2,28	-3,17
CiU	970.421	4,19	15	4,28	0,09
PNV	353.953	1,53	7	2,00	0,47
CC	248.261	1,07	4	1,14	0,07
BNG	306.268	1,32	3	0,85	-0,47
Otros *	696.358	3,00	5	1,42	-1,58

★ Consiguieron un escaño: PA, con 206.255 (0,89 por 100); ERC, con 194.715 votos (0,84 por 100); EA, con 100.742 (0,43 por 100); Iniciativa por Cataluña-Verdes (IC-V), con 119.290 (0,51 por 100); y la Chunta Aragonesista (CHA), con 75.356 voto (0,33 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Supuesto 1 (350 D'Hondt)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PP	10.321.178	44,52	180	51,42	6,9
PSOE	7.918.752	34,15	127	36,28	2,13
IU	1.263.043	5,45	8	2,28	-3,17
CiU	970.421	4,19	16	4,57	0,38
PNV	353.953	1,53	7	2	0,47
CC	248.261	1,07	4	1,14	0,07
BNG	306.268	1,32	3	0,85	-0,47
Otros *	696.358	3	5	1,42	-1,58

★ Consiguieron un escaño: PA, con 206.255 (0,89 por 100); ERC, con 194.715 votos (0,84 por 100); EA, con 100.742 (0,43 por 100); Iniciativa por Cataluña-Verdes (IC-V), con 119.290 (0,51 por 100); y la Chunta Aragonesista (CHA), con 75.356 voto (0,33 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Supuesto 2 (400 restos mayores)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PP	10.321.178	44,52	205	51,25	6,73
PSOE	7.918.752	34,15	147	36,75	2,6
IU	1.263.043	5,45	8	2,00	-3,45
CiU	970.421	4,19	18	4,5	0,31
PNV	353.953	1,53	8	2,00	0,47
CC	248.261	1,07	5	1,25	0,18
BNG	306.268	1,32	4	1,00	-0,32
Otros *	696.358	3,00	5	1,25	-1,75

* Consiguieron un escaño: PA, con 206.255 (0,89 por 100); ERC, con 194.715 votos (0,84 por 100); EA, con 100.742 (0,43 por 100); Iniciativa por Cataluña-Verdes (IC-V), con 119.290 (0,51 por 100); y la Chunta Aragonesista (CHA), con 75.356 voto (0,33 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Supuesto 3 (400 D'Hondt)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PP	10.321.178	44,52	204	51,00	6,48
PSOE	7.918.752	34,15	147	36,75	2,6
IU	1.263.043	5,45	9	2,25	-3,2
CiU	970.421	4,19	18	4,5	0,31
PNV	353.953	1,53	8	2,00	0,47
CC	248.261	1,07	5	1,25	0,18
BNG	306.268	1,32	4	1,00	-0,32
Otros *	696.358	3,00	5	1,2	-1,75

*Consiguieron un escaño: PA, con 206.255 (0,89 por 100); ERC, con 194.715 votos (0,84 por 100); EA, con 100.742 (0,43 por 100); Iniciativa por Cataluña-Verdes (IC-V), con 119.290 (0,51 por 100); y la Chunta Aragonesista (CHA), con 75.356 voto (0,33 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

ELECCIONES DE 14 DE MARZO DE 2004

Participación: 77,22 %

Sistema vigente (350 restos mayores)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PSOE	10.909.687	42,64	164	46,85	4,21
PP	9.630.512	37,64	148	42,28	4,64
IU	1.269.532	4,96	5	1,42	-3,54
CiU	829.046	3,24	10	2,85	-0,39
ERC	649.999	2,54	8	2,28	-0,26
PNV	417.154	1,63	7	2,00	0,37
CC	221.034	0,86	3	0,85	-0,01
BNG	205.613	0,80	2	0,57	-0,23
Otros *	235.123	0,93	3	0,85	-0,08

* Consiguieron un escaño: CHA, con 93.865 votos (0,37 por 100); EA, con 80.613 (0,32 por 100); y Nafarroa-Bai (NaBai), con 60.645 (0,24 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Supuesto 1 (350 D'Hondt)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PSOE	10.909.687	42,64	165	47,14	4,5
PP	9.630.512	37,64	147	42,00	4,36
IU	1.269.532	4,96	5	1,42	-3,54
CiU	829.046	3,24	10	2,85	-0,39
ERC	649.999	2,54	8	2,28	-0,26
PNV	417.154	1,63	7	2,00	0,37
CC	221.034	0,86	3	0,85	-0,01
BNG	205.613	0,80	2	0,57	-0,23
Otros *	235.123	0,93	3	0,85	-0,08

* Consiguieron un escaño: CHA, con 93.865 votos (0,37 por 100); EA, con 80.613 (0,32 por 100); y Nafarroa-Bai (NaBai), con 60.645 (0,24 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Supuesto 2 (400 restos mayores)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PSOE	10.909.687	42,64	185	46,25	3,61
PP	9.630.512	37,64	169	42,25	4,61
IU	1.269.532	4,96	5	1,25	-3,71
CiU	829.046	3,24	13	3,25	0,01
ERC	649.999	2,54	9	2,25	-0,29
PNV	417.154	1,63	9	2,25	0,62
CC	221.034	0,86	5	1,25	0,39
BNG	205.613	0,80	2	0,5	-0,3
Otros *	235.123	0,93	3	0,7	-0,18

* Consiguieron un escaño: CHA, con 93.865 votos (0,37 por 100); EA, con 80.613 (0,32 por 100); y Nafarroa-Bai (NaBai), con 60.645 (0,24 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Supuesto 3 (400 D'Hondt)

Partido	Votos	% Votos (V)	Escaños	% Escaños (E)	E-V
PSOE	10.909.687	42,64	187	46,75	4,11
PP	9.630.512	37,64	167	41,75	4,11
IU	1.269.532	4,96	6	1,5	-3,46
CiU	829.046	3,24	12	3,00	-0,24
ERC	649.999	2,54	9	2,25	-0,69
PNV	417.154	1,63	9	2,25	0,62
CC	221.034	0,86	5	1,25	0,39
BNG	205.613	0,80	2	0,5	-0,3
Otros *	235.123	0,93	3	0,75	-0,18

* Consiguieron un escaño: CHA, con 93.865 votos (0,37 por 100); EA, con 80.613 (0,32 por 100); y Nafarroa-Bai (NaBai), con 60.645 (0,24 por 100).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

Los resultados de las elecciones de 2004 ofrecen una serie de elementos de enorme interés que conviene tener en cuenta a la hora de valorar las distintas hipótesis. En primer lugar, existe de nuevo una elevada competitividad partidista, situándose la diferencia entre los dos primeros partidos en cinco puntos porcentuales. En segundo lugar, se trata de la primera vez en la etapa democrática que el segundo partido obtiene una mayor ventaja de representación que el partido vencedor, como puede observarse en la tabla correspondiente. Y en tercer lugar, es importante resaltar que tanto IU como CiU reducen su representación drásticamente de forma que, sin aumentar el número de partidos con presencia parlamentaria respecto a convocatorias anteriores, lo cierto es que la Cámara resulta más fragmentada a hora de buscar apoyos de gobierno.

Los resultados de las simulaciones se deben analizar, por tanto, a la luz de estas consideraciones. Con el prorrateo mediante la regla D'Hondt (supuesto 1) se produce una importante traslación de escaños. Así, el diputado que gana el PSOE lo pierde el PP, permaneciendo el resto de los partidos con la misma representación. Esta ligera variación es más relevante de lo que pueda parecer, ya que corrige la anomalía producida en el sesgo de representación con el sistema vigente y lo hace precisamente en favor del partido vencedor, lo que a su vez redundará en la solidez de la mayoría parlamentaria. En cualquier caso cabe advertir que, al contrario que en las convocatorias anteriores, la distribución de escaños por el método D'Hondt no reduce esta vez la suma de las ventajas obtenidas por los dos primeros partidos, sino que prácticamente la mantiene.

Con un Congreso de 400 diputados y efectuando el prorrateo con la regla de los restos mayores (supuesto 2) la anomalía en la distribución de las primas a los dos principales partidos no sólo se mantiene, sino que se pronuncia aún más. Así, mientras que el PSOE recibe una ventaja de 3,61 —reduciéndola, por tanto, en 0,60 puntos—, el PP prácticamente mantiene la suya, que pasa a 4,61. No obstante la suma de ambas es ligeramente inferior a la que resulta con el sistema vigente (8,85 frente a 8,22). Esto significa que los que realmente mejoran su situación son el resto de partidos, con excepción de IU y las formaciones menores, que ven reducido su peso específico al aumentar el número de escaños. En términos de gobernabilidad esta distribución es más ventajosa para formar gobierno que la que arrojan los resultados reales, ya que aun faltando en ambos casos 16 escaños para la mayoría absoluta, la relación de fuerzas es muy diferente.

El supuesto 3, que contempla una Cámara de 400 con prorrateo D'Hondt, arroja de nuevo ciertas diferencias con respecto a la anterior. En primer lugar, las primas para el PSOE y PP se igualan, reduciéndose además hasta 8,22 puntos, lo que parece mejorar la proporcionalidad. Junto a ello, la distribución de escaños en términos absolutos ofrece ciertos intercambios entre los partidos: así, el PSOE gana dos escaños que pierde el PP; mientras que IU gana un diputado que pierde a su vez CiU. Estas traslaciones de escaños facilitan notablemente la posibilidad de alcanzar los apoyos parlamentarios necesarios para la formación de gobierno.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

En vista de los resultados obtenidos con las simulaciones y de los análisis efectuados cabe señalar una serie de conclusiones:

- Sea cual sea el tamaño de la Cámara (350 o 400 diputados), la utilización del método D'Hondt para efectuar el prorrateo electoral suele ofrecer resultados más proporcionales, en términos de primas y penalizaciones a los partidos, que los que arroja el sistema de restos mayores. Junto a ello, se ha podido comprobar que dicho método de prorrateo no altera la consecución de mayorías absolutas en los casos de 1982 y 2000, y en el resto, ha mejorado la relación de fuerzas en la Cámara, facilitando la gobernabilidad;
- La ampliación de la Cámara a 400 diputados no incrementa necesariamente la fragmentación partidista, sino que se limita a modificar ligeramente el porcentaje de escaños de los dos principales partidos y, en algún caso, el de IU y CiU, pero respetando las posiciones relativas de los partidos en el arco parlamentario;
- De entre las propuestas de reforma analizadas, es preferible utilizar el método D'Hondt frente al de restos mayores para repartir los escaños entre las provincias, no sólo porque la relación entre habitantes y diputados mejora notablemente, respetando en mayor medida el principio de igualdad del sufragio, sino porque además las simulaciones sobre los resultados reales se han mostrado más proporcionales, mejorando también esa distorsión inherente a nuestro sistema electoral. Además, entre mantener el número actual de diputados o aumentarlo hasta 400, parece que esta última es la opción más adecuada; con ello, se alcanza un mayor equilibrio de representación entre las circunscripciones y permite suavizar también los sesgos que se producen en la asignación de los escaños a cada partido sin por ello fragmentar excesivamente la Cámara.

Por lo tanto, elevar a 400 diputados el tamaño del Congreso y efectuar el prorrateo mediante fórmula D'Hondt se ha mostrado como la medida más oportuna y eficaz para alcanzar los objetivos propuestos.

En definitiva, pese a que el diseño de la circunscripción fue casi el único elemento del sistema electoral del Congreso de los Diputados en el que existía un acuerdo prácticamente unánime, y sus rendimientos se han demostrado políticamente aceptables, las exigencias de una democracia consolidada como la nuestra requieren introducir ciertas modificaciones en su configuración legal. Las distorsiones que ese diseño produce en la representación ciudadana repercuten negativamente en el derecho de igualdad del sufragio, cuyo reconocimiento constitucional está fuera de toda duda. Estas deficiencias se han convertido ya en estructurales y tienden a agravarse cada vez más, pero de los análisis realizados se deduce que podrían ser minimizadas sin gran dificultad ni costes políticos importantes.

VI. ANEXOS

TABLA 9
REPARTO DE ESCAÑOS SEGÚN DISTINTAS HIPÓTESIS PARA 1982

Circunscripción	Población	Escalaños			
		350 R. M. (vigente)	350 D'Hondt	400 R. M.	400 D'Hondt
Álava	237.440	4	3	4	4
Albacete	331.404	4	4	5	4
Alicante	1.051.852	9	10	11	11
Almería	388.437	5	4	5	5
Asturias	1.096.811	10	10	11	11
Ávila	192.465	3	3	4	3
Badajoz	640.850	7	6	7	7
Baleares	633.016	6	6	7	7
Barcelona	4.425.475	33	35	39	41
Burgos	349.413	4	4	5	5
Cáceres	425.667	5	5	5	5
Cádiz	952.328	8	9	10	10
Castellón	411.153	5	5	5	5
Ceuta	67.077	1	1	1	1
Ciudad Real	481.212	5	5	6	6
Córdoba	717.005	7	7	8	8
Coruña, La	1.042.880	9	9	11	11
Cuenca	222.306	4	3	4	3
Gerona	441.806	5	5	6	5
Granada	737.045	7	7	8	8
Guadalajara	139.514	3	3	3	3
Guipúzcoa	682.517	7	7	8	8
Huelva	402.973	5	5	5	5
Huesca	216.320	3	3	4	3
Jaén	645.524	7	6	7	7

TABLA 9 (Continuación)

Circunscripción	Población	Escaños			
		350 R. M. (vigente)	350 D'Hondt	400 R. M.	400 D'Hondt
León	526.495	6	5	6	6
Lérida	349.284	4	4	5	5
Logroño	240.736	4	3	4	4
Lugo	416.415	5	5	5	5
Madrid	4.365.505	32	35	38	41
Málaga	915.244	8	8	10	10
Melilla	60.191	1	1	1	1
Murcia	881.340	8	8	9	9
Navarra	483.867	5	5	6	6
Orense	435.210	5	5	6	5
Palencia	186.710	3	3	3	3
Las Palmas	671.786	6	7	8	8
Pontevedra	828.812	8	8	9	9
Salamanca	349.860	4	4	5	5
S. C. Tenerife	686.958	7	7	8	8
Santander	493.139	5	5	6	6
Segovia	151.200	3	3	3	3
Sevilla	1.375.540	12	12	13	14
Soria	103.918	3	2	3	2
Tarragona	483.709	6	5	6	6
Teruel	156.588	3	3	3	3
Toledo	464.236	5	5	6	6
Valencia	1.901.040	15	16	18	18
Valladolid	446.475	5	5	6	6
Vizcaya	1.151.102	10	10	11	12
Zamora	230.787	4	3	4	4
Zaragoza	797.430	8	8	9	9
Total	36.086.245	350	350	400	400

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio del Interior.

TABLA 10
REPARTO DE ESCAÑOS SEGÚN DISTINTOS SUPUESTOS PARA 1983

Circunscripción	Población	Escalaños			
		350 R. M. (vigente)	350 D'Hondt	400 R. M.	400 D'Hondt
Álava	272.447	4	3	4	4
Albacete	342.677	4	4	5	4
Alicante	1.292.563	10	11	12	12
Almería	455.496	5	5	6	5
Asturias	1.093.937	9	9	10	11
Ávila	174.378	3	3	3	3
Badajoz	650.388	6	6	7	7
Baleares	709.138	7	6	7	7
Barcelona	4.654.407	32	34	38	40
Burgos	352.772	4	4	5	4
Cáceres	411.464	5	4	5	5
Cádiz	1.078.404	9	9	10	11
Castellón	446.744	5	5	5	5
Ceuta	67.615	1	1	1	1
Ciudad Real	475.435	5	5	6	5
Córdoba	754.452	7	7	8	8
Coruña, La	1.096.966	9	9	10	11
Cuenca	205.193	3	3	4	3
Gerona	509.628	5	5	6	6
Granada	790.515	7	7	8	8
Guadalajara	145.593	3	3	3	3
Guipúzcoa	676.488	6	6	7	7
Huelva	443.476	5	5	5	5
Huesca	207.810	3	3	4	3
Jaén	637.633	6	6	7	7
León	525.896	5	5	6	6

TABLA 10 (Continuación)

Circunscripción	Población	Escaños			
		350 R. M. (vigente)	350 D'Hondt	400 R. M.	400 D'Hondt
Lérida	353.455	4	4	5	4
Logroño	263.434	4	3	4	4
Lugo	384.365	5	4	5	5
Madrid	4.947.555	34	36	40	43
Málaga	1.160.843	10	10	11	11
Melilla	56.600	1	1	1	1
Murcia	1.045.601	9	9	10	10
Navarra	519.277	5	5	6	6
Orense	353.491	4	4	5	4
Palencia	185.479	3	3	3	3
Las Palmas	767.969	7	7	8	8
Pontevedra	896.847	8	8	9	9
Salamanca	357.801	4	4	5	4
S. C. Tenerife	725.815	7	7	8	8
Santander	527.326	5	5	6	6
Segovia	147.188	3	3	3	3
Sevilla	1.619.703	12	13	14	15
Soria	94.537	3	2	3	2
Tarragona	542.004	6	5	6	6
Teruel	143.680	3	3	3	3
Toledo	489.543	5	5	6	6
Valencia	2.117.957	16	16	18	19
Valladolid	494.207	5	5	6	6
Vizcaya	1.155.106	9	10	11	11
Zamora	213.668	3	3	4	3
Zaragoza	837.327	7	7	8	9
Total	38.872.268	350	350	400	400

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio del Interior.

TABLA 11
REPARTO DE ESCAÑOS SEGÚN DISTINTOS SUPUESTOS PARA 1996

Circunscripción	Población	Escalaños			
		350 R. M. (vigente)	350 D'Hondt	400 R. M.	400 D'Hondt
Álava	282.944	4	3	4	4
Albacete	361.327	4	4	5	4
Alicante	1.363.785	11	11	12	12
Almería	493.126	5	5	6	5
Asturias	1.117.370	9	9	10	11
Ávila	176.791	3	3	3	3
Badajoz	675.592	6	6	7	7
Baleares	787.984	7	7	8	8
Barcelona	4.748.236	31	34	37	40
Burgos	360.677	4	4	5	4
Cáceres	424.946	5	4	5	5
Cádiz	1.127.622	9	9	10	11
Castellón	464.670	5	5	5	5
Ceuta	73.142	1	1	1	1
Ciudad Real	490.573	5	5	6	5
Córdoba	782.221	7	7	8	8
Coruña, La	1.136.283	9	9	10	11
Cuenca	207.499	3	3	3	3
Gerona	541.995	5	5	6	6
Granada	841.829	7	7	8	8
Guadalajara	155.884	3	3	3	3
Guipúzcoa	684.113	6	6	7	7
Huelva	458.674	5	5	5	5
Huesca	210.276	3	3	4	3
Jaén	666.767	6	6	7	7
León	532.706	5	5	6	6

TABLA 11 (Continuación)

Circunscripción	Población	Escaños			
		350 R. M. (vigente)	350 D'Hondt	400 R. M.	400 D'Hondt
Lérida	360.407	4	4	5	4
Logroño	268.206	4	3	4	4
Lugo	386.405	4	4	5	5
Madrid	5.181.659	34	37	40	43
Málaga	1.224.959	10	10	11	11
Melilla	64.727	1	1	1	1
Murcia	1.109.977	9	9	10	10
Navarra	536.192	5	5	6	6
Orense	364.521	4	4	5	4
Palencia	186.035	3	3	3	3
Las Palmas	844.140	7	7	8	8
Pontevedra	937.811	8	8	9	9
Salamanca	365.293	4	4	5	4
S. C. Tenerife	787.358	7	7	8	8
Santander	541.885	5	5	6	6
Segovia	149.653	3	3	3	3
Sevilla	1.719.446	13	13	15	15
Soria	94.396	3	2	3	2
Tarragona	576.231	6	5	6	6
Teruel	143.055	3	2	3	3
Toledo	515.434	5	5	6	6
Valencia	2.200.319	16	16	18	19
Valladolid	504.583	5	5	6	6
Vizcaya	1.163.726	9	9	11	11
Zamora	214.273	3	3	4	3
Zaragoza	852.332	7	7	8	8
Total	40.460.055	350	350	400	400

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio del Interior.

TABLA 12
REPARTO DE ESCAÑOS SEGÚN DISTINTOS SUPUESTOS PARA 2000

Circunscripción	Población	Escalaños			
		350 R. M. (vigente)	350 D'Hondt	400 R. M.	400 D'Hondt
Álava	284.595	4	3	4	4
Albacete	358.597	4	4	5	4
Alicante	1.388.933	11	11	12	13
Almería	505.448	5	5	6	6
Asturias	1.081.834	9	9	10	10
Ávila	167.132	3	3	3	3
Badajoz	663.803	6	6	7	7
Baleares	796.483	7	7	8	8
Barcelona	4.666.271	31	34	37	39
Burgos	346.355	4	4	5	4
Cáceres	405.616	5	4	5	5
Cádiz	1.107.484	9	9	10	11
Castellón	461.712	5	5	5	5
Ceuta	72.117	1	1	1	1
Ciudad Real	479.474	5	5	6	5
Córdoba	767.175	7	7	8	8
Coruña, La	1.106.325	9	9	10	11
Cuenca	199.086	3	3	3	3
Gerona	543.191	5	5	6	6
Granada	801.177	7	7	8	8
Guadalajara	159.331	3	3	3	3
Guipúzcoa	676.439	6	6	7	7
Huelva	453.958	5	5	5	5
Huesca	204.956	3	3	4	3
Jaén	645.792	6	6	7	7
León	506.365	5	5	6	6

TABLA 12 (Continuación)

Circunscripción	Población	Escaños			
		350 R. M. (vigente)	350 D'Hondt	400 R. M.	400 D'Hondt
Lérida	357.903	4	4	5	4
Logroño	263.644	4	3	4	4
Lugo	367.751	4	4	5	4
Madrid	5.091.336	34	37	40	42
Málaga	1.240.580	10	10	11	12
Melilla	60.108	1	1	1	1
Murcia	1.115.068	9	9	10	11
Navarra	530.819	5	5	6	6
Orense	344.170	4	4	5	4
Palencia	179.623	3	3	3	3
Las Palmas	849.863	7	7	8	8
Pontevedra	906.298	8	8	9	9
Salamanca	349.550	4	4	5	4
S. C. Tenerife	780.152	7	7	8	8
Santander	527.137	5	5	6	6
Segovia	146.755	3	3	3	3
Sevilla	1.714.845	13	13	15	15
Soria	91.593	3	2	3	2
Tarragona	580.245	6	5	6	6
Teruel	136.840	3	2	3	3
Toledo	519.664	5	5	6	6
Valencia	2.172.796	16	16	18	19
Valladolid	492.029	5	5	6	6
Vizcaya	1.137.594	9	9	11	11
Zamora	205.201	3	3	4	3
Zaragoza	841.438	7	7	8	8
Total	39.852.651	350	350	400	400

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio del Interior.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALARCÓN, C., y SORIANO, R., *Justicia electoral. Un nuevo modelo de elecciones para España*, Almuzara, Córdoba, 2004.
- ALBA NAVARRO, M., «Artículo 162», en L. M.^a CAZORLA PRIETO (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Régimen Electoral General*, Civitas, Madrid, 1986.
- BALINSKI, M., y YOUNG, H. P., *Fair Representation: Meeting the ideal of one man, one vote*, Yale University Press, New Haven, 1982.
- CACIAGLI, M., «El sistema electoral de las Cortes según los artículos 68 y 69», en A. PEDRIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA (dirs.), *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1981.
- CACIAGLI, M., *Elecciones y partidos en la transición española*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1986.
- DE ESTEBAN, J., «Un Anteproyecto de Ley Electoral para España», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 15, 1989.
- DE ESTEBAN, J., y LÓPEZ GUERRA, L., «El proyecto electoral de la oposición» (*Diario 16*, 22 de enero de 1977), en *De la Dictadura a la Democracia* (diario político de un periodo constituyente), Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1979.
- DE ESTEBAN, J., y LÓPEZ GUERRA, L., «Entre la Ley para la Reforma Política y la Ley Electoral: análisis del referéndum de diciembre de 1976», en *El proceso electoral*, Labor, Barcelona, 1977.
- DELPÉRÉE, F., «Le Regime Politique de la Belgique», en Y. GUCHET (dir.), *Les Systèmes Politiques des Pays de l'Union Européenne*, Armand Colin, París, 1994.
- DEWACHTER, W., «Les modes de scrutin en Belgique pour l'élection des Assemblées Parlementaires», en J. CADART (dir.), *Les Modes de Scrutin des Dix-Huit Pays Libres de L'Europe Occidentale*, PUF, París, 1983.
- DUVERGER, M., «Influencia de los sistemas electorales en la vida política», en VVAA, *Diez Textos Básicos de Ciencia Política*, Ariel, Barcelona, 1991.
- ENTRENA CUESTA, R. (dir.), *Ley Orgánica de régimen Electoral general. Trabajos Parlamentarios*, 2 vols., Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.
- FERNÁNDEZ MIRANDA, A., «El sistema electoral del Congreso de los Diputados», en *Revista de Derecho Político*, núm. 52, Madrid, 2001.
- «Los sistemas electorales para el Congreso de los Diputados y el Senado», en VVAA, *Reflexiones sobre el régimen electoral*, IV Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 1993.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Constitución, sistema electoral y elecciones en España», en *Revista de Derecho Público*, vols. III y IV, núms. 84-85, julio-diciembre de 1981.
- FRAILE CLIVILLÉS, M., «Los sistemas electorales», en VVAA, *Reflexiones sobre el régimen electoral*, IV Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 1993.
- GARCÍA PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *España en Cifras 2005*, Madrid, 2005.
- LLERA RAMO, F. J., «Los rendimientos de los sistemas electorales de las Comunidades Autónomas: el predominio del bipartidismo imperfecto», en J. MONTA-

- BES (ed.), *El sistema electoral a debate. 20 años de rendimientos del sistema electoral español (1977-1997)*, CIS, Madrid, 1998.
- MACKENZIE, D., *Elecciones libres*, Tecnos, Madrid, 1962.
- MARTÍNEZ CUADRADO, M., «Bases, principios y criterios de la reforma electoral española», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 34, 1983.
- MONTERO, J. R., «El debate sobre el sistema electoral: rendimientos, criterios y propuestas de reforma», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 95, 1997.
- NOHLEN, D., «La organización del sufragio», en *Ley Electoral y Consecuencias Políticas*, CITEP, Madrid, 1976.
- «Reforma del sistema electoral español: conveniencias, fórmulas y efectos políticos», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 34, 1983.
- *Sistemas Electorales del Mundo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
- PALLARÉS, F., «La distorsión de la proporcionalidad en el sistema electoral español. Análisis comparado e hipótesis alternativas», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 23, septiembre-octubre de 1981.
- «Los sistemas electorales en las Comunidades Autónomas. Aspectos institucionales», en J. MONTABES (ed.), *El sistema electoral a debate. 20 años de rendimientos del sistema electoral español (1977-1997)*, CIS, Madrid, 1998.
- RAE, D., y RAMÍREZ, V., *El sistema electoral español. Quince años de experiencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1993.
- RAE, D., *Leyes electorales y sistemas de partidos políticos*, CITEP, Madrid, 1977.
- RAMÍREZ, M., y DE VEGA, P., «Apuntes para una ley electoral», Mesa Redonda celebrada el 18 de noviembre de 1976 en el I Congreso CITEP, en *Ley Electoral y Consecuencias Políticas*, CITEP, Madrid, 1976.
- ROYO VILLANOVA, A., *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931: Con glosas jurídicas y apostillas*, Ed. Castellana, Valladolid, 1934.
- RUBIO LLORENTE, F., y NICOLÁS MUÑOZ, J., «Los sistemas electorales y el caso español», en *Triunfo*, año XXXI, núm. 722, 27 de noviembre de 1976.
- SÁINZ MORENO, F., y HERRERO DE PADURA, M. (eds.), *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, 4 vols., Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General del Congreso de los Diputados (2.^a ed.), Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1981.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, O., «Sistema electoral y principio de igualdad del sufragio», en F. PAU I VALL (coord.), *Parlamento y Sistema Electoral*, IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- SÁNCHEZ NAVARRO, A. J., *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., «Significado y alcance de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 53, septiembre-octubre de 1986.
- SOTO CARMONA, A., «De las Cortes orgánicas a las Cortes democráticas», en M. REDERO SAN ROMÁN (ed.), «La transición a la democracia en España», *Ayer*, núm. 15, 1994.
- STEIN, E., *Derecho político*, Aguilar, Madrid, 1973.

- TRUJILLO, G., «El Estado y las Comunidades Autónomas ante la exigencia constitucional del voto igual», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1., núm. 2, mayo-agosto de 1981.
- VALLÉS, J. M., y BOSCH, A., *Sistemas electorales y gobierno representativo*, Ariel, Barcelona, 1997.
- VIDAL PRADO, C., *El sistema electoral español: una propuesta de reforma*, Método Ediciones, Granada, 1995, pp. 242-288; RAMÍREZ, V., *Apuntes para reforma de la ley electoral*, Proyecto Sur Ediciones, Granada, 1990.
- VVAA, *Congressional Quarterly's Guide to U.S. Elections*, 3.^a ed., Congressional Quarterly's Inc., Washington, 1994.

IV

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Obligación de respetar los derechos humanos

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio de Roma.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Obligación de respetar los derechos humanos.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio de Roma

Artículo 1

Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

El ejercicio de jurisdicción es condición necesaria para que un Estado contratante pueda ser declarado responsable por la violación de los derechos y libertades contemplados en el Convenio.

★ Sylvia Martí Sánchez, Secretaria General de la Asamblea de Madrid.

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. Titulares.—3.3. Lesiones.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Los hechos.—4.2. Fundamentos de Derecho.—4.2.1. Preceptos jurídicos relevantes.—4.2.2. Las alegaciones de las partes.—4.2.3. Las consideraciones del Tribunal.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho a la vida.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio europeo

Artículo 2

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.
- b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.
- c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

Protocolo núm. 6, de 28 de abril de 1983

Artículo 1. Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado.

Artículo 2. Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma. Dicho Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de la legislación que se trate.

2.2. Constitución española

Artículo 15

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

2.3. Constitución europea

Artículo II-2

1. Toda persona tiene derecho a la vida.
2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.

Artículo II-3

1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y mental.
2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:
 - a) El consentimiento libre e informado de la persona que se trate, de acuerdo con la modalidades establecidas por la ley.
 - b) La prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas.
 - c) La prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro.
 - d) La prohibición de clonación reproductora de seres humanos.

Artículo II-4

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

El artículo 2 consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa (S McCannan contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1995). **Los poderes públicos tienen el deber de no lesionar por sí mismos la vida humana y el deber de protegerla efectivamente frente a agresiones de los particulares.** La obligación impuesta por el artículo 2 del Convenio va más allá del deber primordial de asegurar el derecho a la vida estableciendo una legislación penal concreta, disuadiendo de cometer ataques contra la persona y basándose en un mecanismo de aplicación concebido para prevenir, reprimir y sancionar las violaciones. Puede asimismo implicar, en algunas circunstancias bien definidas, la obligación positiva para las autoridades de tomar preventivamente medidas de orden práctico para proteger al individuo cuya vida está amenazada por las actuaciones criminales ajenas, siempre que no sea una carga desproporcionada (S. Osman contra Reino Unido de 28 de octubre de 1998 y S. Mastromatteo contra Rep. Italiana de 24 de octubre de 2002). También se aplica a la situación de un detenido que padecía una enfermedad mental con signos que indicaban que podía atentar contra su vida (S. Keenan contra Reino Unido 2001, 242, secc. 3, núm. 27229/1995). **El Estado tiene la obligación de realizar una investigación pública con examen completo, imparcial y profundo de las circunstancias en 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 de explicación razonable por las autoridades del Estado acerca de las heridas sufridas por la víctima durante su detención (S Güneç contra Turquía, de 19 de junio de 2003). Se produce violación cuando existe falta de transparencia y efectividad en la investigación oficial sobre la muerte (STEDH de 4 de mayo de 2001 en asunto 37715/1997).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

Kakoulli contra Turquía, de 22 de noviembre de 2005, dictada en la demanda 38595/97.

4.1. Los hechos

La demanda se plantea ante el Tribunal por la Comisión al amparo del artículo 25 de la Convención para la protección de los derechos humanos. Los demandantes afirman que su esposo y padre, Petros Kakoulli, fue intencionadamente tiroteado y asesinado por soldados turcos en Chipre mientras se encontraba recogiendo caracoles. Alegan la violación de los artículos 2 y 8, en relación con el artículo 14, de la Convención. Los demandantes son la viuda y los hijos del fallecido.

En el amanecer del 13 de octubre de 1996, Petros Kakoulli y una de sus hijas se desplazaron a una zona denominada Syrindjieris, situada cerca de Acna, alrededor de la base de soberanía británica de Dhekelia, para recoger caracoles. Después de un tiempo, ambos se separaron y acordaron volver a reunirse sobre las 7,30 horas para volver a su casa.

Un vecino de Avgorou, Georgios Mishis, que también estaba recogiendo caracoles en la parte norte de la carretera principal, vio a la víctima andando por el campo a unos 70 metros aproximadamente de donde él se encontraba. También vio a un soldado turco a unos 10 metros del señor Kakoulli, apuntándole con su fusil y a un segundo soldado turco aproximándose a él. Georgios Mishis oyó al señor Kakoulli preguntar al primer soldado, en grie-

go, si hablaba esa lengua, a lo que no obtuvo respuesta. En ese momento, los dos soldados se percataron de la presencia del señor Mishis y uno de ellos le apuntó con el arma. El señor Mishis se marchó.

Inmediatamente el señor Mishis vio una patrulla de policía de vigilancia de la Base británica conduciendo su vehículo y le contó al conductor, Constable Pyrgou, lo que había visto. Éste informó enseguida de lo sucedido al Sargento Serghiou.

Poco después de que el señor Mishis hubiese visto al señor Kakoulli rodeado por soldados turcos, Panikos Hadjiathanasiou, que le estaba buscando, vio al señor Kakoulli a una distancia aproximada de 400 metros dentro del territorio de Chipre del norte. Panikos oyó las órdenes de los soldados ordenándole detenerse en turco. Después de oír las voces, el señor Kakoulli permaneció quieto y alzó las manos sobre su cabeza. Panikos vio a dos soldados turcos, en uniforme de combate, adoptar posiciones de batalla en el suelo a unos 40 metros de la víctima y apuntarle con sus fusiles. Inmediatamente, Panikos oyó un disparo y vio al señor Kakoulli caer al suelo. Oyó un segundo disparo seguido al primero.

Pocos minutos después, mientras el señor Kakoulli estaba todavía tendido en el suelo, el señor Hadjiathanasiou vio a uno de los soldados turcos moverse y efectuar un tercer disparo a una distancia de 7 u 8 metros desde donde la víctima estaba tumbada.

Siguiendo órdenes del Sargento Serghiou de la Policía de la Base británica, Constable Dure (un greco-chipriota miembro de la policía de la base) y Constable Petros (un turco-chipriota también miembro de la policía de la Base), llegaron a los alrededores de Achna, donde encontraron a Panikos, que les explicó lo que acababa de suceder.

Constable Dure habló con un teniente turco que le dijo que un greco-chipriota había entrado en territorio de Chipre del norte y había sido tiroteado por soldados turcos. El oficial dijo que el greco-chipriota había muerto. El oficial permitió a Constable Dure ver el cuerpo del fallecido pero no tocarle o examinarle. Constable Dure informó de que el señor Kakoulli parecía cadáver.

El Sargento Engin Mustafa, de la policía de la Base británica (un turco-chipriota), junto con dos soldados turcos, también visitó el escenario y vio el cuerpo. Los soldados turcos le dijeron al Sargento Engin que el señor Kakoulli había sido disparado porque había entrado en «su área» y no había obedecido las órdenes de detenerse.

El Comandante de División R. H. Weeks, de la policía de la Base británica, junto con el Sargento Engin, entró en la zona del norte de Chipre y habló con un oficial turco, quien le dijo que los soldados turcos habían disparado y matado al señor Kakoulli porque había entrado en territorio del norte de Chipre y se había negado a detenerse.

El mismo día, el Superintendente Mathias Cosgrave y el Inspector Richard Duggan, de la Policía Civil Irlandesa, parte de la Fuerza de Naciones Unidas en Chipre, visitaron la zona, acompañados del Sargento Engin; encontraron a un equipo de investigación de las fuerzas turcas ya presente.

Varias autoridades de la Policía de la República de Chipre visitaron la zona, pero no exactamente el punto donde se produjo la muerte. Dibujaron un plano de la zona.

Georgios Mishis fue escoltado de vuelta a la escena del incidente, donde señaló varios puntos que fueron fotografiados por un funcionario de la Policía de la República de Chipre.

Un patólogo turco, el Dr. Smail Bundak, llevó a cabo una autopsia del cuerpo del fallecido en el Hospital General Famagusta. De acuerdo con el patólogo turco, el fallecido tenía una herida de 5 centímetros de diámetro en el cuello, a 21,5 cm por encima de su pezón izquierdo y a 17 cm de su clavícula, dos heridas en su espalda y una herida en el costado a la altura de su codo derecho. El Dr. Bundak concluía que la muerte había sido debida a una hemorragia interna causada por un disparo en el corazón.

De acuerdo con el informe del Superintendente Cosgrave, durante el proceso de revisión de la ropa del señor Kakoulli, un objeto cayó de su bota izquierda, que se describió como una especie de garrote, consistente en dos empuñadoras de metal negro unidas a una barra de alambre. Además, un objeto descrito como una bayoneta envuelta en una vaina, se extrajo de la bota derecha del cuerpo. Tras la autopsia, el cuerpo fue llevado al hospital de Larnaca bajo la custodia de Naciones Unidas.

De acuerdo con la primera declaración de la viuda a la Policía de la República de Chipre, su marido tenía sólo un cubo rojo y ningún objeto parecido a una bayoneta o un garrote o alguna clase de arma.

El 14 de octubre se practica una segunda autopsia en el hospital de Larnaca por el Dr. Peter Venezis. En su informe preliminar se señala que se aprecian tres heridas de disparo de arma de fuego en el cuerpo. Se precisa lo siguiente:

«Una herida con entrada en el lado derecho del cuello, justo debajo del oído derecho, con salida por la parte trasera del cuello. Esta bala ha atravesado el cuerpo sin causar daño en los órganos vitales. Una segunda herida con entrada en el lado derecho del tronco y salida en la mitad del lado derecho hacia la espalda. Esta bala parece haber causado un daño menor en el pulmón, pero no mortal. Una tercera herida con entrada en el lado izquierdo del tronco hacia la espalda con una trayectoria ascendente. Esta bala ha salido por la parte izquierda del cuello, causando una amplia herida. Esta herida era mortal y causó un daño severo en el pulmón izquierdo y en el corazón, provocando una importante hemorragia interna.»

Hasta la segunda autopsia practicada en Larnaca, el cuerpo estuvo bajo la exclusiva responsabilidad de la Policía Civil Irlandesa. Antes de eso, el cuerpo estuvo bajo la custodia de las fuerza turcas.

El 15 de enero de 1997 el Dr. Venezis concluyó su informe en Glasgow. Concluyó que las dos primeras heridas fueron causadas por un disparo efectuado mientras que el señor Kakoulli tenía sus manos levantadas y que la ter-

cera herida fue producida por un disparo que entra en el cuerpo mientras que el señor Kakoulli estaba tumbado en el suelo o agachándose.

4.2. Fundamentos de Derecho

4.2.1. *Preceptos jurídicos relevantes*

Las Instrucciones Militares turcas que se refieren a los deberes del centinela establecen en su apartado 8 que, en caso de algún peligro, los soldados prepararán sus armas y para mantener la seguridad, si es preciso, harán uso de las mismas, sin excitación, pero de acuerdo con las reglas de enfrentamiento.

En el apartado 10 de las Instrucciones Especiales se dispone que los soldados detendrán siempre a cualquier persona que se acerque a ellos por la noche; preguntarán su santo y señal y, salvo que estén seguros, no permitirán a nadie que se aproxime a ellos.

El apartado 19 de la misma Instrucción Especial determina que cuando algún militar armado o desarmado entre en la zona de protección o cruce la línea de confrontación, el centinela informará inmediatamente por teléfono de su posición. Si personal enemigo se introduce en la zona de vigilancia y continúa aproximándose tras advertirle de que se detenga, será apuntado y disparado. El centinela no deberá acercarse al personal enemigo muerto o herido, ni permitirá que se destruyan pruebas.

Los principios básicos de enfrentamiento de las Naciones Unidas para el personal obligado al uso de la fuerza, que se adoptaron el 7 de septiembre de 1990, establecen en su apartado 9 que:

«Los oficiales encargados de la aplicación de la ley no usarán sus armas de fuego contra nadie si no es en defensa propia o de otros ante inminentes amenazas de muerte o heridas graves, o para evitar la comisión de delitos de especial gravedad que impliquen una amenaza para la vida, para detener a una persona que se resista a la autoridad, para evitar su fuga, y sólo cuando otras medidas menos extremas sean insuficientes para conseguir los objetivos señalados. En cualquier caso, el uso intencionado de armas de fuego para causar la muerte sólo puede efectuarse cuando sea estrictamente inevitable para proteger la vida.»

El apartado 10 de los mismos principios determina que:

«... los oficiales encargados de aplicar la ley se identificarán como tales y darán un aviso claro de su intención de usar las armas de fuego, con suficiente tiempo para que el aviso pueda ser atendido, salvo que ello entrañe un riesgo inminente para su vida o sea manifiestamente inapropiado según las circunstancias del incidente.»

4.2.2. *Las alegaciones de las partes*

A) *El Gobierno turco*

Ante el Tribunal de Estrasburgo el Gobierno turco mantiene que Petros Kakoulli violó la línea de cese del fuego y se adentró en territorio de la República Turca del Norte de Chipre. Fue advertido de ello tanto verbalmente como mediante gestos. Sin embargo, no se detuvo y continuó avanzando; uno de los soldados se le aproximó y efectuó disparos al aire. Petros Kakoulli hizo caso omiso de estos disparos y se efectuó otro disparo al suelo para detenerle. Como continuó avanzando, se efectuó otro disparo por debajo de su cintura que, aparentemente fue el que causó una herida mortal. El Gobierno informó del incidente a la Secretaría General de Naciones Unidas.

Ni Naciones Unidas ni las autoridades de la Base de soberanía británica han llevando a cabo alguna investigación sobre el escenario de los hechos al encontrarse dentro del territorio de la República Turca del Norte de Chipre.

Por otro lado, el Gobierno turco refiere que se han producido varios incidentes a ambos lados de la línea de alto el fuego entre agosto y octubre de 1996. El Informe del Secretario General de Naciones Unidas, remitido al Consejo de Seguridad el 10 de diciembre de 1996, constató el incremento del nivel de tensión y violencia entre las dos zonas, que se inició en agosto de 1996 con unas maniobras greco-chipriotas en la misma frontera. El 8 de septiembre un soldado turco fue herido de gravedad. En esta misma zona ha sido donde se ha producido el cruce de la frontera por Petros Kakoulli. Existen indicios para asegurar que el señor Kakoulli era un bombero jubilado que no se adentró por error, puesto que conocía la zona en la que, además, había suficientes señales tanto en griego como en turco, delimitando la frontera.

El señor Kakoulli estaba en posesión de un garrote y de una bayoneta, que constituyen una fuerte presunción de que albergaba algún motivo siniestro. Llevaba un cubo para disimular el motivo real de su incursión.

El Gobierno turco afirma que la muerte del señor Kakoulli no ha sido un acto deliberado, sino un intento de mantener la seguridad en una zona de alto riesgo. El incidente ha ocurrido en una época en que la tensión en la frontera entre las zonas norte y sur era extremadamente alta. Dada la situación de peligro creada por las autoridades greco-chipriotas, los soldados turcos estaban plenamente justificados para tomar todas las precauciones necesarias y usar la fuerza precisa para evitar el peligro y la amenaza que representa cruzar la frontera, para proteger sus propias vidas y las de otros.

El Gobierno también alega que los demandantes no han agotado los recursos internos tal y como exige el artículo 35 del Convenio.

B) *Los demandantes*

En primer lugar afirman haber agotado debidamente los recursos internos, salvo los que fueron establecidos por la ocupación ilegal turca de la

República de Chipre, al no formar parte del sistema judicial chipriota. Este argumento es respaldado por el Gobierno chipriota. Mas además alegan:

1. *Violación del artículo 2 del Convenio*

Los demandantes afirman que la muerte del Petros Kakoulli a manos de soldados turcos supone un violación del artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

Las circunstancias en las que fue muerto sugieren que quienes le dispararon lo hicieron con la intención de matarle. En su opinión, los hechos que han causado su muerte van mucho más allá de cualquier tipo de justificación admitida por el artículo 2 del Convenio.

Los demandantes mantienen que Petros Kakoulli ha sido asesinado mientras estaba llevando a cabo una actividad que para ninguna persona razonable puede suponer ningún tipo de amenaza, como prueba el hecho de que antes de ser disparado sólo portaba un simple cubo de plástico. En el momento de su muerte no llevaba nada que pudiese haber sido confundido con un arma por los soldados que le mataron, quienes estaban lo suficientemente cerca como para observar con detalle sus ropas y movimientos.

Afirman asimismo que el garrote y la bayoneta que habían sido encontradas en su cuerpo fueron puestas allí, obviamente, por las fuerzas turcas en un lastimoso intento de justificar su acción. Incluso aunque el señor Kakoulli hubiese llevado ese tipo de armas en sus botas en el momento de su muerte, ello no podría haber justificado en modo alguno su asesinato. Con esas supuestas armas en modo alguno podría haber resultado una amenaza para dos soldados con fusiles. En el mismo sentido, los testigos oculares no observaron que el fallecido realizase acto alguno que pudiese ser considerado una amenaza razonablemente; por el contrario, él mantenía sus brazos en alto en un claro gesto de rendición. La autopsia llevada a cabo por el Sr. Vabezis ha confirmado que uno de los disparos se había producido cuando el señor Kakoulli tenía sus manos levantadas y que el que le causó la muerte se disparó cuando estaba tendido en el suelo.

Citando las consideraciones efectuadas por el Tribunal en el caso *McCann y otros contra el Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995, los demandantes consideran que el Gobierno turco ha incumplido con las obligaciones que le impone el artículo 2 del Convenio para el uso mortal de la fuerza armada, que se ha dirigido contra un individuo que no estaba haciendo otra cosa más que recoger caracoles en una zona pacífica en una hora en la que no era razonable generar sospechas de violencia.

2. *Violación del artículo 14*

Los demandantes consideran que en el asesinato de Petros Kakoulli se ha producido también una discriminación basada en el origen greco-chipriota

y en la religión cristiana de la víctima, generando una discriminación prohibida por el artículo 14 del Convenio.

4.2.3. *Las consideraciones del Tribunal*

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del Convenio, la legitimación para poner en riesgo una vida humana con ocasión de la aplicación de la ley, sólo puede hacerse en caso de absoluta necesidad. El Tribunal considera que no puede apreciarse esa necesidad cuando es sabido que la persona que ha de ser arrestada no supone ninguna amenaza para la vida ni es sospechosa de poder cometer ninguna actuación violenta. Las exigencias del artículo 2 determinan en primer lugar la obligación para el Estado de establecer un marco de regulación legal para el uso de las armas de fuego en armonía con los estándares internacionales, e incluso los agentes deben ser entrenados para hacer un uso adecuado de sus armas, de acuerdo con dichas normas.

En el presente caso ha quedado acreditado que la víctima no podía representar una seria amenaza para los soldados, por lo que ha de concluirse que éstos se han excedido en el uso de la fuerza, lo que se demuestra asimismo por los resultados de la autopsia que evidencia que la trayectoria de los disparos mortales revela que fueron efectuados mientras la víctima estaba tumbada.

El examen de la investigación pone de manifiesto que las autoridades de la denominada República Turca del Norte de Chipre no han sido imparciales y, por lo tanto, ha de rechazarse la alegación del Gobierno sobre el no agotamiento de los recursos internos.

Respecto a la alegación de violación del artículo 14 del Convenio, sostenida por los demandantes al afirmar que la muerte se ha originado como consecuencia de la discriminación que ha sufrido la víctima por su origen greco-chipriota y su religión cristiana, también mantenida por el Gobierno chipriota, el Tribunal, a la luz de las pruebas practicadas, no la encuentra suficientemente fundada.

4.3. **Fallo**

Por el ello, el Tribunal concluye que, en el presente caso, ha habido violación del artículo 2 del Convenio.

V. COMENTARIO

En esta Sentencia el Tribunal mantiene su línea jurisprudencial previa, precisando expresamente que del artículo 2 del Convenio se deriva para los Estados miembros necesariamente la obligación de adoptar un marco legal sobre el uso de la fuerza por parte de los agentes públicos, en consonancia con los estándares internacionales, procediendo además a entrenar a los mismos en la práctica de estas reglas.

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 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 periodos 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 *Selmouni c. Turquía* de 28 de julio de 1999). Cuando hay indicios de malos tratos policiales (heridas, contusiones...) pesa sobre la policía la carga de demostrar la corrección de su actuación (STEDH *Ribitsch c. Austria* de 4 de diciembre de 1995).

El artículo 3 comprende el derecho de los detenidos a que las condiciones de la privación de libertad sean dignas, de manera que no se someta al interesado a una prueba que exceda del nivel inevitable de sufrimiento inherente a cualquier detención. En este contexto se enmarca la exigencia de cuidados médicos, con especial atención a las personas con problemas mentales (STEDH *Slimani c. Francia* de 27 de julio de 2004).

El derecho del artículo 3 también puede ponerse en conexión con el artículo 2 del Convenio, que impone a los Estados contratantes no solamente la obligación de no matar, sino también la de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas en el ámbito de su jurisdicción (LCB c. Reino Unido de 9 de junio de 1998). Esta obligación de los Estados contratantes adquiere una dimensión particular cuando se trata de personas detenidas que, por estar bajo el completo control de las autoridades, son especialmente vulnerables. De ahí que las autoridades tengan el deber de ofrecer explicaciones convincentes en cuanto al origen de las lesiones de los detenidos, obligación especialmente estricta cuando se trata del fallecimiento del detenido. El artículo 3 exige de los Estados la protección de la salud e integridad física de las personas privadas de libertad, especialmente en lo que a la obtención de cuidados médicos respecta. Por eso, el fallecimiento de un detenido en condiciones sospechosas exige la realización de una investigación efectiva. La efectividad requiere en primer lugar que las personas responsables de la investigación sean independientes de las implicadas en los hechos, lo que implica que aquéllas no estén subordinadas jerárquicamente a las últimas. En este sentido y en relación con España, el TEDH ha considerado que el médico forense es un funcionario de la Administración y, por lo tanto, no independiente (STEDH *Martínez Sala y otros c. España* de 2 de noviembre de 2004). En segundo lugar, se contribuye a la efectividad cuando las autoridades toman todas las medidas razonables para la obtención de pruebas, ya se trate de testimonios testificales o informes periciales, incluso la realización de autopsias (STEDH *Slimani c. Francia* de 27 de junio de 2004).

Al amparo de este precepto el TEDH también excluyó que los castigos corporales pudieran ser empleados como sanción penal (STEDH *Tyrer c. Reino Unido* de 25 de abril de 1978).

Asimismo queda proscrita toda norma que permita el castigo físico en las escuelas (STEDH *Campbell c. Reino Unido* de 25 de marzo de 1993).

Las conductas contempladas en este precepto no son exclusivamente castigos corporales, ya que el Tribunal también ha considerado trato inhumano prender fuego a la vivienda de una persona, en presencia de su familia y

obligándola a abandonar su hogar (STEDH Altun c. Turquía de 1 de junio de 2004).

El tribunal ha estimado que la desaparición de una persona, aun cuando en sí misma no llegue a constituir violación del artículo 3, puede considerarse trato inhumano y degradante en relación con su madre (STEDH Kurt, de 25 de mayo de 1998). Que un familiar de un desaparecido sea o no víctima de un tratamiento contrario al artículo 3 dependerá de factores específicos, como la proximidad del parentesco, las circunstancias particulares de la relación, el grado de participación en los hechos y en la búsqueda de información y, sobre todo, la manera en que las autoridades reaccionan ante la angustia e incertidumbre del demandante (STEDH Akdeniz y otros de 31 de mayo de 2001).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Mogos c. Rumanía.
20420/02.
13 de octubre de 2005.

4.2. Antecedentes

La sentencia tiene su origen en una demanda interpuesta por M. Marin Mogos, su esposa y sus tres hijos contra Rumanía por violación del artículo 3 del Convenio.

En 1990 los demandantes se trasladan de Rumanía a Alemania, renunciando a la nacionalidad rumana tres años más tarde. El 7 de marzo de 2002 la familia es detenida por la policía alemana y enviada a Bucarest en virtud del Acuerdo con Alemania sobre los apátridas de origen rumano que se hallasen en Alemania. A su llegada a Rumanía se niegan a firmar los documentos de repatriación, por lo que son conducidos al centro de policía de fronteras. En el mismo los demandantes afirman haber sufrido los maltratos prohibidos por el artículo 3 del Convenio. En primer lugar dicen haber sido objeto de maltratos por la policía el 1 de abril de 2002 y en segundo lugar afirman que las condiciones de vida del centro eran contrarias a lo dispuesto en el artículo 3.

4.3. Fallo

El TEDH desestima la demanda.

V. COMENTARIO

En el presente caso hay que diferenciar claramente dos partes. La primera de ellas es la denuncia por malos tratos infligidos por la policía rumana con la finalidad de presionar a los demandantes para entrar en Rumanía y que el TEDH desestima. Sobre la base de las pruebas aportadas por el Gobierno de Rumanía, el TEDH llega a la conclusión de que la intervención de los policías respondía a una finalidad legítima, a saber, la de hospitalizar a otro residente en el centro. Según la apreciación de los hechos, que según reiterada jurisprudencia puede hacer el Tribunal, el ejercicio de la fuerza sobre los demandantes era una respuesta legítima al estado agresivo y sobreexcitado de éstos, y, por lo tanto, proporcional, de todo lo cual concluye que los malos tratos no pueden ser considerados en este caso como suficientemente graves a los efectos de aplicar el artículo 3 del Convenio.

Cuestión distinta es la de las malas condiciones del centro de policía de fronteras donde estaban internados los demandantes. El Gobierno de Rumanía invoca dos argumentos para que se desestime la demanda. El primero es que al no tener los demandantes la condición de detenidos, pues tramitando los documentos de repatriación podían abandonar el centro en cualquier momento, el Gobierno no tiene la obligación de asegurar unas condiciones de vida determinadas.

Por si el TEDH rechaza este argumento, el Gobierno rumano aporta elementos de prueba sobre las condiciones dignas del centro. Aunque el TEDH reconoce que la situación no es imputable al Gobierno rumano, pues para entrar en Rumanía los demandantes simplemente tendrían que acceder a la tramitación de la repatriación, da por hecho que aun así el centro tiene que reunir unas condiciones dignas, cuestión que al quedar probada lleva la TEDH a desestimar la demanda también en este punto.

Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio de Roma.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio de Roma

Artículo 4

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
3. No se considerará como trabajo forzado u obligatorio en el sentido del presente artículo:
 - a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio o durante su libertad condicional.
 - b) Todo trabajo de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio.

- c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.
- d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

2.2. Constitución española

Artículo 25.2

Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

2.3. Constitución europea

Artículo II-5

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
3. Se prohíbe la trata de seres humanos.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se ha ocupado con frecuencia del análisis detallado del artículo 4 del Convenio, por lo que no se ha generado una jurisprudencia que haya precisado los diferentes ámbitos de su contenido. No obstante, sí ha establecido al respecto que no es contraria al Convenio la exigencia impuesta a los abogados para prestar asistencia jurídica obligatoria o de oficio en los supuestos previstos en las leyes procesales nacionales (Sentencias de 26 y 27 de octubre de 1983 en el asunto Van der Mussele contra Bélgica) y, en la misma línea que tampoco es contraria al artículo 4 la exigencia de realización de trabajos a una persona privada legalmente de libertad siempre que las tareas no excedan de los límites «normales» en la materia y se orienten a facilitar la reinserción social del condenado y siempre que se cuente con base legal suficiente (Sentencia de 24 de junio de 1982 en el asunto Van Droogenbroeck contra Bélgica).

No se ha dictado recientemente ninguna sentencia destacable en relación con este artículo.

Derecho a la libertad y a la seguridad

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho a la libertad y a la seguridad.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-6

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 5

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

- a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;

- b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;
- c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o que huya después de haberla cometido;
- d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente;
- e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;
- f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de detención o de una privación de libertad contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

2.3. Constitución española

Artículo 17

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al 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. 5.c) CEDH], indicios racionales son aquellos idóneos para persuadir a un observador objetivo de que la persona en cuestión puede haber cometido el delito **(STEDH Fox, Campbell y Hartley c. Reino Unido de 30 de agosto de 1990)**.

Por lo que respecta al artículo 5.1.e), la jurisprudencia del TEDH entiende que el término «alcohólico» no puede interpretarse en el sentido estricto y técnico del término, por lo que este precepto también ampara las detenciones de personas que, aunque no hayan sido diagnosticadas como «alcohólicas», con su conducta y comportamiento bajo la influencia del alcohol, pueden representar una amenaza para el orden público o para ellas mismas. Lo que no permite este precepto es la detención por la mera ingestión de alcohol, por lo que la conducta del detenido se constituye en el aspecto decisivo. Para que la detención se ajuste al Convenio no solamente es necesario que no sea arbitraria, sino que se requiere además que no haya sido posible la adopción de medidas menos severas **(STEDH Hilda Hofsteindottir c. Islandia de 8 de junio de 2004)**.

Por lo que respecta al internamiento por razones psiquiátricas, el TEDH exige que las órdenes de internamiento sean revisadas periódicamente **(STEDH Matter c. Eslovaquia de 5 de julio de 1999)**. Recuerda que el cumplimiento del artículo 5.1.e) del Convenio requiere que la enajenación del afectado se haya constatado previamente, salvo casos de urgencia, por un informe médico objetivo, sin que quepa prolongar la privación de libertad más allá de la subsistencia del problema (STEDH Johnson c. Reino Unido de 24 de octubre de 1997). Solamente en supuestos en los que la detención se haya producido por un comportamiento violento resulta aceptable que la consulta médica se efectúe inmediatamente después de la detención. Asimismo se acepta que ante la negativa del interesado a presentarse al examen médico el informe se realice a partir de la información que conste en el expediente **(STEDH R.L. et M.-J.D. c. Francia de 19 de mayo de 2004)**.

La ausencia de datos registrados, tales como la fecha, la hora y el lugar de la detención, el nombre del detenido, así como los motivos de la privación de libertad y el nombre de la persona que la realizó muestran la naturaleza imprecisa y poco fiable de los registros de detención preventiva, lo que debe considerarse incompatible con el fin mismo del artículo 5 del Convenio **(STEDH Ipek c. Turquía de 17 de febrero de 2004)**.

La duración de la detención preventiva no puede durar más del tiempo estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos **(STEDH Günay c. Turquía de 27 de septiembre de 2001)**.

El párrafo tercero garantiza el control judicial de la detención al señalar que la persona detenida «deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales». La «dilación» ha de valorarse en cada caso, a pesar de lo cual los Estados ape-

nas tienen margen de interpretación. En algunos casos, como en materia terrorista, el Tribunal ha sido comprensivo con las dificultades que plantea la investigación, pero siempre subrayando que los Estados no tienen carta blanca (**STEDH Murray c. Reino Unido de 28 de octubre de 1994**).

Por otro lado, el TEDH señala que el hecho de que el detenido no sea conducido a disposición judicial no significa que se haya vulnerado el artículo 5.3, ya que no puede haber violación de dicho precepto si el detenido ha sido liberado con celeridad. El Tribunal ha considerado que la liberación después de tres días de detención sin control judicial no infringe el artículo 5.3 (**STEDH Ikincisoy c. Turquía de 24 de julio de 2004**), mientras que cuatro días y seis horas de detención sin control judicial sí que supone la vulneración del artículo 5.3 (**STEDH Brogan y otros c. Reino Unido de 29 de noviembre de 1998**). En general, lo razonable del período de detención no puede afirmarse *in abstracto*, ya que depende de las circunstancias del caso, de la motivación de las decisiones de las autoridades domésticas y de la prueba de los hechos alegados por el recurrente. La detención continuada únicamente puede justificarse por razones de interés público y buscando el equilibrio con el respeto de la libertad individual (**STEDH Cevizovic c. Alemania de 29 de julio de 2004**).

En cuanto a la prisión provisional, cualquier opción legislativa en cuanto a su duración habrá de superar el principio de proporcionalidad y, en concreto, deberá tomar en consideración la gravedad del delito imputado y, probablemente, graduar la duración máxima según la gravedad de los distintos delitos (**STEDH Neumeister c. Austria de 27 de junio de 1968**). La gravedad del delito debe ser, por lo tanto, un elemento modulador de la prisión provisional, pero no puede ser el factor determinante de la misma. En la Sentencia **Ilijkov c. Bulgaria de 26 de julio de 2001** el Tribunal declaró contrarias al Convenio la legislación y práctica forense estableciendo la necesidad de acordar la prisión provisional siempre que la pena superase una cierta gravedad, salvo circunstancias muy excepcionales cuya concurrencia había de ser probada por el reo. Así ha vuelto a apreciarlo el TEDH en la Sentencia **Nikolova c. Bulgaria de 30 de septiembre de 2004**, en la que además el Tribunal subraya que el arresto domiciliario está sometido a las condiciones del artículo 5.3 del Convenio.

Aunque no siempre es necesario que el procedimiento a que se refiere el artículo 5.4 del Convenio vaya acompañado de las mismas garantías que el procedimiento enmarcable en el artículo 6, sí que es esencial que la persona afectada haya tenido la oportunidad de ser oída, ya sea ella misma o a través de representante, sin que la posibilidad de apelar sustituya la necesidad de dicha audiencia (**STEDH Frommelt c. Liechtenstein de 24 de junio de 2004**), la cual es especialmente necesaria cuando el motivo de revisión es el mal estado de salud del detenido (**STEDH M.B. c. Polonia de 27 de abril de 2004**). Además, el procedimiento en cuestión tiene que tener un carácter judicial, ser contradictorio y garantizar la igualdad de armas.

El artículo 5.4 ampara asimismo la revisión de condena (**Hill c. Reino Unido de 27 de abril de 2004**).

Este precepto guarda además relación con el artículo 5.3, ya que si no se constata vulneración de este último por haber sido liberado el detenido en un plazo razonable, tampoco será de aplicación el artículo 5.4 (**STEDH Ikincisoy c. Turquía de 27 de julio de 2004**).

En general en cuanto a los supuestos de privación de libertad, el TEDH no sólo exige que se respete el *numerus clausus* del artículo 5 del CEDH, sino que exige, además, que en el caso concreto sea respetado el principio de proporcionalidad.

La reparación a que se refiere el artículo 5.5 únicamente procede en aquellos supuestos en los que se haya constatado una detención contraria a lo dispuesto en algunos de los restantes apartados del artículo 5 (**STEDH Benham c. Reino Unido de 10 de junio de 1996**).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Reinprecht c. Austria.
67175/01.
15 de noviembre de 2005.

4.2. Antecedentes

Karl Reinprecht, ciudadano austriaco, interpone demanda contra Austria por vulneración del artículo 5 del Convenio, y más concretamente por no ser públicas las sesiones del Tribunal en las que se decidía sobre la prolongación de su prisión provisional.

El 6 de mayo de 2000 el Tribunal Penal Regional de Graz (Landesgericht für Strafsachen) ordena la prisión provisional del ahora demandante por una presunta tentativa de agresión sexual. El Tribunal adopta su decisión basándose en el testimonio de la víctima, quien identificó al demandante en una rueda de reconocimiento, y en la probabilidad, a la vista de sus antecedentes, de que volviera a intentar una agresión similar. El 19 de mayo de ese mismo año, después de una audiencia pública con la participación del Ministerio Fiscal, el Tribunal acuerda la prolongación de la prisión provisional, decisión frente a la cual el demandante recurre en apelación. El 7 de junio de 2000 el Tribunal de Apelación de Graz (Oberlandesgericht), en sesión a puerta cerrada, rechaza el recurso. A lo largo de un año se repite el mismo esquema: decisión de prolongación de la prisión provisional por el Tribunal Regional de Graz y ulterior apelación que es siempre desestimada después de una sesión a puerta cerrada. Sí que conviene precisar que de conformidad con el artículo 181 del Código de Procedimiento Criminal austriaco la prisión provisional ha de revisarse periódicamente de oficio y frente a la resolución que se adopte al respecto cabe apelación que, de conformidad con el artículo 114 del citado cuerpo legal, se resolverá a puerta cerrada.

4.3. Fallo

El TEDH desestima la demanda al no apreciar vulneración del artículo 5 del Convenio.

V. COMENTARIO

Estamos ante una sentencia esencialmente continuista con la línea jurisprudencial del TEDH y en este sentido recapitula la doctrina esencial en relación con el artículo 5.4: autoriza al detenido a poner en marcha el procedimiento que permita verificar la legalidad de la privación de libertad; este procedimiento tiene que ser judicial; tiene que ser además contradictorio, debiendo quedar garantizada la igualdad de armas y ha de ser periódico.

Al margen de esta doctrina general, el Tribunal se centra especialmente en dos cuestiones. En primer lugar firma que el control que le corresponde no es un control abstracto sobre las legislaciones nacionales, sino un control para verificar que en el caso concreto el procedimiento se ajusta a lo dispuesto en el artículo 5.4 del Convenio. Constata que la revisión de la prisión se ha producido de forma periódica y que el detenido ha contado en todo momento con asistencia letrada. La cuestión es el papel que ha de darse a la publicidad en este tipo de procedimientos, para lo cual el Tribunal analiza la relación existente entre los artículos 6 y 5.4 del Convenio. Ciertamente hay aspectos comunes, particularmente aquellos que sirven para que el procedimiento considerado en su conjunto sea equitativo, como es el caso de la asistencia letrada desde un principio. Pero ambos artículos tienen finalidades distintas. Mientras que el artículo 6 está pensado para que el proceso sea justo, el artículo 5.4 está más enfocado a que se haga una revisión rápida de una privación de libertad que podría ser arbitraria. De ahí la mayor flexibilidad con que ha de interpretarse el artículo 5.4. El Tribunal acoge además el argumento del Gobierno austriaco según el cual la necesidad de audiencia pública en las decisiones sobre la prisión provisional podría impedir la celeridad exigida. En resumen, continuidad en la jurisprudencia, recordando que el control es concreto y no abstracto y delimitando los artículos 6 y 5.

Derecho al proceso equitativo

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio europeo.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Los hechos.—4.2. Fundamentos de Derecho.—4.2.1. Alegaciones de las partes.—4.2.2. Apreciaciones del Tribunal.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho al proceso equitativo.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio europeo

Artículo 6

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.
3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:
 - a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.
 - b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.
 - c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.
 - d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.
 - e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

2.2. Constitución española

Artículo 24

1. Todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

2.3. Constitución europea

Artículo II-47

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva en las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

Artículo II-48

1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente.
2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de defensa.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

I. Tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción: Todo derecho o interés legítimo debe poder hacerse valer, llegado el caso, en un proceso ante un verdadero tribunal que se caracteriza en el sentido material por su papel jurisdiccional: resolver, basándose en normas de derecho y al final de un procedimiento organizado, toda cuestión que dependa de su competencia (S. de 27 de agosto de 1991, asunto Demicoli contra Malta). De ello se deriva el principio *pro actione*, que establece el deber de interpretar y aplicar las leyes procesales de la manera más favorable para la efectiva iniciación del proceso, evitándose los formalismos enervantes (S. de 15 de octubre de 2002, asunto Cañete Goñi contra España). No obstante, el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, si bien exigen una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin contemplado (S. de 28 de octubre de 1998, en demanda 23452/1994 de varios ciudadanos británicos contra el Reino Unido). **Prohibición de indefensión:** Sería contrario al derecho a un proceso equitativo que el Estado alterara las normas jurídicas aplicables a un proceso en curso, especialmente cuando él mismo es parte (Sentencia Zielinski contra Francia de 28 de octubre de 1999). Pueden exigirse garantías procesales especiales para proteger a los que debido a sus trastornos mentales no son completamente capaces de obrar por cuenta propia (Sentencia Vaudelle contra Francia de 30 de enero de 2001). Se produce indefensión cuando un primer abogado de oficio y luego un sustituto no realizaron una defensa concreta y efectiva; en el primer caso por inactividad, y en el segundo, por conocer su designación pocos días antes de la apertura de un proceso para un asunto grave y complejo (Sentencia núm. 795/1998, de 21 de abril, en asunto 22600/1993). **Derecho a la utilización de los recursos existentes en**

las leyes procesales: El Convenio no obliga a los Estados contratantes a crear tribunales de apelación o de casación: si existen, son aplicables las garantías del artículo 6. El derecho de acceso a un tribunal no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, sobre todo en cuanto a las condiciones de admisibilidad de un recurso: exigen una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin contemplado. Se produce vulneración del artículo 6 cuando se exige consignación previa de la cantidad de la condena a quien había solicitado el beneficio de justicia gratuita, no otorgado en tiempo útil por negligencia judicial, inadmitiéndole el recurso (Sentencia García Manibardo contra España, de 15 de febrero de 2000). No se produce violación del Convenio cuando se deniega la asistencia jurídica para recurrir en casación debido a la ausencia de un motivo de casación serio (Sentencia de 26 de febrero de 2002, en asunto núm. 49384/1999). **Intangibilidad de las resoluciones judiciales:** La intangibilidad del fallo judicial es un elemento esencial de la preeminencia del derecho y exige que la solución dada de forma definitiva a todos los litigios por los Tribunales no sea puesta en discusión. Se produce violación del artículo 6 con la anulación de una sentencia con efecto de cosa juzgada que restituía la propiedad de una vivienda previamente nacionalizada (Sentencia de 28 de octubre de 1999, en asunto núm. 28342/1995 contra República de Rumanía).

II. Garantías genéricas de todo proceso. Imparcialidad del Tribunal: Un Tribunal se caracteriza en el sentido material por su papel jurisdiccional (...) y también debe reunir otra serie de condiciones —independencia, concretamente respecto del ejecutivo, la imparcialidad, duración del mandato de los miembros, garantías del procedimiento— que muchas de ellas figuran en el propio texto del artículo 6.1 (Sentencia de 27 de agosto de 1991, asunto Demicoli contra Malta). 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 una ciudadana turca contra Turquía). El principio de preeminencia del derecho y la noción del proceso justo impiden la injerencia del poder legislativo en la Administración de la justicia con el fin de influir en el desenlace de un liti-

gio 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).

Derecho a la publicidad del proceso: El legislador sólo podrá permitir que ciertas actuaciones judiciales sean secretas en la medida en que así lo exijan otros derechos fundamentales o valores constitucionales relevantes (Sentencia Guisset contra Francia de 26 de septiembre de 2000).

Derecho a la asistencia de abogado: El nombramiento de un abogado no garantiza, por sí mismo, la efectividad de la asistencia que puede proporcionar al acusado (Sentencia de 21 de abril de 1998, asunto núm. 22600/1993, en demanda de un ciudadano argentino contra Portugal). Incluso los que se hallan en rebeldía tienen derecho a la asistencia letrada (Sentencia Karatas y Sari contra Francia, de 16 de mayo de 2002). No hay violación del artículo 6 cuando el demandante contribuyó en gran medida a crear la situación que le impidió comparecer ante el Tribunal que le condenó en rebeldía, estando representado por sus abogados (Sentencia Medenica contra Suiza, de 14 de julio de 2001).

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Sobre la apreciación de un plazo razonable en la duración del proceso es necesario tomar en consideración tres factores: complejidad del asunto, comportamiento del litigante y de los órganos judiciales (Sentencia de 8 de febrero de 2000 contra República Eslovena en Demanda núm. 28400/1995). En materia penal, el período a considerar desde el punto de vista del «plazo razonable» del artículo 6.1 se inicia en el instante en que una persona es «acusada»; se puede tratar de una fecha anterior a la de la interposición de un asunto ante el tribunal sentenciador, principalmente la de arresto, la de la acusación o la de la apertura de diligencias previas. La «acusación» en el sentido del artículo 6.1 puede definirse «como la notificación oficial, que emana de una autoridad competente, del reproche de haber llevado a cabo una infracción penal», idea que corresponde también a la noción de «repercusiones importantes sobre la situación» del sospecho (Sentencia de 27 de noviembre de 2003, en asunto Slimane-Kaïd contra Francia). En todo caso, el derecho amparado por el artículo 6.1 del Convenio exige que los Estados introduzcan en su legislación un «recurso efectivo» frente a las dilaciones indebidas (Sentencia de 26 de octubre de 2000, en asunto Kudla contra Polonia).

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa: La admisibilidad de las pruebas depende, en primer lugar, de las reglas del derecho interno: la tarea del Tribunal consiste en averiguar si el procedimiento examinado en su conjunto, teniendo también en cuenta el modo de presentación de los medios de prueba, ha revestido un carácter equitativo

(Sentencia núm. 828/1997, de 9 de junio, contra Portugal, en Demanda núm. 25829/1994). Existe violación del Convenio en una condena basada en declaraciones de la denunciante recogidas por la policía y no por el juez, que ni el acusado ni su abogado tuvieron ocasión de rebatir (Sentencia de 19 de diciembre de 1990, contra Francia, en demanda núm. 11444/1985).

III. Garantía específica del proceso penal. Medios de prueba obtenidos ilícitamente: Mientras que el derecho a permanecer en silencio frente a la acusación está en principio destinado a proteger contra la coacción incorrecta por parte de las autoridades y la obtención de pruebas mediante métodos de coacción o de opresión en contra de la voluntad del acusado, el ámbito del derecho no está limitado a los casos en que se ha ejercido coacción contra sobre el acusado o en los que la voluntad del acusado no ha sido tenida en cuenta. El derecho, que el Tribunal ha señalado anteriormente que se encuentra en el núcleo de la noción de juicio equitativo, sirve en principio para proteger la libertad de un sospechoso a elegir si hablar o permanecer en silencio ante un interrogatorio de la policía. Dicha libertad de elección no es efectivamente respetada en el caso en que, habiendo el sospecho optado por permanecer en silencio durante el interrogatorio las autoridades utilizan un subterfugio para provocar por parte del sospechoso confesiones u otras afirmaciones de naturaleza incriminatoria que no han podido obtener durante los interrogatorios y cuando las confesiones o afirmaciones así obtenidas son presentadas como pruebas en juicio (Sentencia de 5 de noviembre de 1999, en el asunto Allan contra el Reino Unido). Respecto a la obtención de pruebas mediante «agentes infiltrados» ha de señalarse que el Convenio no impide apoyarse, en la fase de la instrucción preparatoria y siempre que la naturaleza de la infracción lo pueda justificar, sobre medios tales como confidentes ocultos, pero su posterior utilización por el Juez para justificar una condena representa un problema diferente; las exigencias generales de equidad consagradas en el artículo 6 se aplican a los procedimientos relativos a todos los tipos de infracción criminal, de la más simple a la más compleja: el interés público no podría justificar la utilización de elementos de prueba reunidos tras una provocación policial (Sentencia 828/1997, de 9 de junio, contra Portugal, en demanda núm. 25829/1994). **Pruebas de referencia:** El «testimonio del coimputado» sólo es admisible como prueba de cargo cuando existe algún otro medio de prueba que lo corrobore (Sentencia de 5 de diciembre de 2002, en asunto Craxi contra República Italiana). **Principio acusatorio:** El principio acusatorio impide condenar cuando el tribunal penal cambia la calificación que el acusador ha dado a los hechos sin informar previamente al acusado y, por tanto, sin darle la posibilidad de defenderse (Sentencia de 21 de marzo de 1999, en asunto Pelissier contra Francia).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

Sentencia de 29 de julio de 2004, de la primera sección, en el asunto ROUARD contra BÉLGICA.

Referencia HUDOC: 00005275.

4.1. Los hechos

El origen del asunto se encuentra en una demanda dirigida contra el Reino de Bélgica por una de sus nacionales, la señora Marie-Jeanne Rouard, que fue sometida a la consideración del Tribunal el 11 de junio de 1999 en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos del Hombre. Invocando el artículo 6 del Convenio, la demandante alega que la duración del procedimiento civil en el que ha sido parte ha desconocido el principio del «plazo razonable».

El 21 de febrero de 1990, la demandante fue víctima de un accidente de circulación que la hirió gravemente y respecto del que las partes contrarias discutieron su responsabilidad. El 20 de marzo de 1991 el asunto fue presentado ante el tribunal de primera instancia de Bruselas. En la audiencia introductoria de 10 de abril de 1991 el asunto fue reenviado al registro a fin de permitir a las partes elevar sus conclusiones. Las conclusiones definitivas fueron presentadas el 12 de marzo de 1993. Por una decisión de 28 de febrero de 1994, el tribunal decidió sobre la existencia de responsabilidad y designó a un experto forense para examinar a la demandante.

El 13 de abril de 1994, la compañía de seguros de una de las partes implicadas en el accidente presenta un recurso de apelación. La demandante lo contesta el 28 de abril de 1994. El recurso fue examinado en audiencia del 27 de mayo de 1994 y reenviado al registro. La demandante depositó sus conclusiones sobre la apelación el 10 de noviembre de 1995. Otros de los implicados hicieron lo mismo. Las partes restantes no presentaron conclusiones. La demandante presentó una petición de fijación del plazo para resolver el 1 de marzo de 1996. Mediante orden de 22 de abril de 1996, la Corte de Apelación de Bruselas finaliza el plazo para concluir y señala la audiencia para el día 7 de noviembre de 1997. Las partes respetaron el plazo fijado por la corte de apelación.

Mediante un oficio de 24 de septiembre de 1997, el Secretario de la Corte de Apelación desconvoca la audiencia del 7 de noviembre de 1997 en aplicación de Ley de 9 de julio de 1997 que establecía medidas para la solución de los atrasos de los procedimientos judiciales en las cortes de apelación. A este oficio el Secretario de la Corte acompaña un anexo explicando que la Corte se encuentra se enfrenta desde hace mucho tiempo a importantes problemas de personal. El 19 de mayo de 1998 el asunto fue incluido en una lista de espera de una Sala complementaria.

Por oficio de 22 de junio de 1990. El Secretario anuncia que se fija para alegaciones la audiencia del 21 de octubre de 1999. La audiencia tiene lugar en la fecha establecida y el asunto queda visto para deliberación. La Corte de Apelación pronuncia su Sentencia el 29 de junio de 2000.

4.2. Fundamentos de Derecho

4.2.1. Alegaciones de las partes

La demandante alega que la duración del proceso, en particular el de apelación, a desconocido el principio del plazo razonable, tal y como está previsto en el artículo 1 del Convenio, siendo evidente que las medidas puesta en marcha por el Gobierno para resolver la demora se han relevado particularmente ineficaces.

El asunto era de una complejidad relativa, toda vez que solamente eran cuatro los vehículos implicados en el accidente. El monto era importante, pues si se tienen en cuenta los perjuicios sufridos por razón del accidente, las sumas manejadas eran considerables.

El Gobierno se opone a esta tesis, señalando entre otras causas que el asunto presentaba cierta complejidad en razón, de un lado, del número de partes intervinientes y, de otro, que la responsabilidad del accidente se tuvo que establecer en la causa. Indica además que la demandante no ha acreditado la cuantía del asunto. Afirma que desde el 27 de mayo de 1994, fecha de la presentación de la acción en el grado de apelación, hasta el 1 de marzo de 1996, fecha en que la demandante presenta una petición para que se solucione el retraso, las partes habían dejado dormir el asunto durante casi dos años. Tal retraso no puede ser imputado a las autoridades. El retraso en el procedimiento de apelación sería debido a una acumulación pasajera de asuntos en la Corte de Apelación de Bruselas. En todo caso, las medidas necesarias para resolver el atraso habían sido adoptadas.

4.2.2. Apreciaciones del Tribunal

A. Periodo a considerar

El periodo a considerar se inicia el 20 de marzo de 1991, con la presentación del asunto ante el tribunal de primera instancia y se termina el 29 de junio de 2000, con la Sentencia de la Corte de Apelación. De ello se deduce que ha durado un poco más de nueve años y tres meses en las dos instancias.

B. Carácter razonable del procedimiento

El carácter razonable de la duración de un procedimiento se aprecia en función de las circunstancias de la causa y a la vista de los criterios consagrados por la jurisprudencia del Tribunal, en particular los que se refieren a la complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y el de las autoridades competentes, así como la importancia del litigio para el interesado.

El Tribunal estima que el asunto no presenta una complejidad particular. En cuanto al comportamiento de la demandante, se recuerda que sólo las tar-

danzas imputables a las autoridades judiciales competentes pueden servir para constatar un exceso del plazo razonable que sea contrario al Convenio. En este caso, incluso aunque algunas partes hayan contribuido a alargar el procedimiento al no presentar conclusiones, el retraso así provocado no es suficiente para explicar la excesiva duración del proceso.

Por el contrario, en el análisis del comportamiento de las autoridades judiciales en el ámbito del procedimiento de apelación, el Tribunal constata que la demandante solicitó un señalamiento para audiencia el día 1 de marzo de 1996 y que el asunto fue finalmente oído el 21 de octubre de 1999. A mayor abundamiento, cabe señalar que transcurren más de dos años entre la anulación de la audiencia inicialmente fijada para el día 7 de noviembre de 1997 y la celebrada el día 21 de octubre de 1999. A la vista de las sentencias recientemente dictadas contra el Estado belga (ver, entre otras, *Dauntel c. Bélgica*, núm. 50855/99, 30 de enero de 2003; *Göcke y otros c. Bélgica*, núm. 50624/99, 30 de enero de 2003; *Lefebvre c. Bélgica*, núm. 49546/99, 15 de noviembre de 2002, y *Willekens c. Bélgica*, núm. 50859/99, 24 de abril de 2003), el Tribunal considera que ninguna explicación pertinente del retraso sufrido en el proceso ha sido ofrecida por el Gobierno. Desde este punto de vista, el Tribunal recuerda su jurisprudencia acerca de que la acumulación crónica de asuntos en una jurisdicción no constituye una explicación válida (ver *Probstemeier c. Alemania*, Sentencia de 1 de julio de 1997). En efecto, el artículo 6.1 obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que los tribunales puedan cumplir con cada una de sus exigencias, especialmente la del plazo razonable (ver *Portington c. Grecia*, Sentencia de 23 de septiembre de 1998).

4.3. Fallo

Estos elementos convencen al Tribunal para concluir que la causa de la demandante no ha sido resuelta en un plazo razonable. Por lo tanto, existe violación del artículo 6.1 del Convenio.

V. COMENTARIO

En la sentencia analizada el Tribunal se mantiene en la línea marcada en su jurisprudencia anterior en la materia, resaltando en este caso la circunstancia expresamente señalada por el Tribunal de que los eventuales retrasos sufridos en el proceso como consecuencia de la inactividad de alguna de las otras partes, no puede servir de excusa frente a la acusación de exceso en el plazo razonable cuando se comprueba la existencia de retrasos imputables a las autoridades judiciales competentes y que no son explicados válidamente por el Estado demandado.

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**).

También el régimen de la reincidencia está relacionado con el principio de legalidad penal. Al plantearse qué sucede cuando el autor de un primer delito comete un segundo delito fuera del periodo de tiempo establecido para considerar al reo reincidente según una normativa que es modificada antes de la comisión del segundo delito por otra que amplía el plazo para apreciar reincidencia, el TEDH considera que es contrario al principio de legalidad aplicar una nueva ley que hace revivir una situación que quedó extinta transcurrido el periodo que para la reincidencia fijaba la normativa originaria (**STEDH Achour c. Francia de 10 de noviembre de 2004**).

Admitiendo que la jurisprudencia puede integrar las deficiencias de taxatividad de la ley penal, habrá que concluir que será exigible de los cambios jurisprudenciales idéntica irretroactividad que de la propia ley penal (**STEDH S.W c. Reino Unido de 22 de noviembre de 1995**).

El principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 4 del Protocolo núm.7, no excluye que hechos que ya han sido objeto de una sanción administrativa puedan ser perseguidos en vía penal (**STEDH W.F. c. Austria de**

30 de mayo de 2002 y Saider c. Austria de 6 de junio de 2002). Según el Tribunal el texto del artículo 4 del Protocolo núm. 7 («*Nadie podrá ser perseguido o castigado penalmente por los tribunales del mismo Estado en razón de una infracción por la que hubiese sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado*») no se refiere al «mismo delito», sino más bien a ser castigado y juzgado otra vez por un delito por el que el demandante ya había sido firmemente declarado inocente o culpable.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Kolu c. Turquía.
35811/97.
2 de agosto de 2005.

4.2. Antecedentes

El caso tiene su origen en una denuncia por robo con violencia en domicilio presentada por dos profesoras. Tras la denuncia el demandante, el ciudadano turco Mustafa Kolu, fue detenido por la policía cuando según ésta iba a emprender otro robo en compañía de dos cómplices. En la fase de instrucción, el ahora demandante confiesa haber sido el culpable del delito, circunstancia que niega en el acto del juicio. El dato fundamental es que durante las declaraciones realizadas en la fase de instrucción, el demandante no estaba asistido de letrado, sí en el acto del juicio, por lo que invoca que la confesión se produjo bajo amenazas. Aun así es condenado a penas de prisión de 16 años y 8 meses por cada uno de los robos, pues el Tribunal considera que el robo a las dos profesoras debe deslindarse en dos delitos de robo.

4.3. Fallo

El Tribunal estima la demanda por vulneración del artículo 6 sin entrar a analizar el artículo 7.

V. COMENTARIO

El demandante invoca la vulneración del artículo 7 al considerar que la doble condena impuesta vulnera el principio de legalidad. El TEDH constata en primer lugar la vulneración del artículo 6, pues al haberse realizado las declaraciones en la fase de instrucción sin asistencia letrada, se vulneran las reglas más elementales tendentes al desarrollo de un proceso equitativo, y ello

con independencia de la causa que justifique la inasistencia letrada. Por lo tanto, al considerar que el artículo 6 no se ha respetado, el TEDH considera innecesario entrar a analizar si se ha respetado o no el artículo 7. Esto es coherente con la teoría general en virtud de la cual, constatado un vicio en el procedimiento carece de sentido valorar los aspectos sustantivos, y en segundo lugar, es perfectamente coherente con la doctrina del Tribunal en virtud de la cual no es función del mismo hacer un enjuiciamiento *in abstracto* de las legislaciones nacionales, sino la de analizar si en el caso concreto se han respetado los preceptos del Convenio.

Derecho al respeto a la vida privada y familiar

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio de Roma.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Intimidad.—3.2. Vida familiar.—3.3. Protección del domicilio.—3.4. Secreto de las comunicaciones.—3.5. Protección de datos personales.—IV.SENTENCIAANALIZADA.—4.1. Los hechos.—4.2. Fundamentos de Derecho.—4.2.1. El Derecho interno.—4.2.2. Alegaciones de las partes.—4.2.3. Las consideraciones del Tribunal.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio de Roma

Artículo 8

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

2.2. Constitución española

Artículo 18

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

2.3. Constitución europea

Artículo II.7

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

Artículo II.8

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos personales que la conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y previo consentimiento de la persona de que se trate o en virtud de otro fundamento previsto legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación.
3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Intimidad

El derecho a la intimidad comprende y ampara el derecho a la libre elección y práctica de la orientación sexual, resultando inadmisibles cualesquiera normas que la repriman (*STEDH Dudgeon contra Reino Unido, de 23 de octubre de 1981*). Así, se reputa contraria al derecho a la intimidad la exclusión de los homosexuales de las Fuerzas Armadas (*STEDH Smith y Grady contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1999*). La protección del derecho a la intimi-

dad obliga a los Estados a proteger específicamente a los menores e incapaces, sancionando las agresiones sexuales que puedan producirse contra los mismos (*STEDH X e Y contra Países Bajos, de 26 de marzo de 1985*). Vulnera el derecho a la intimidad la prohibición de que los transexuales no puedan cambiar de nombre y de mención en el Registro Civil, así como la prohibición de que los mismos puedan contraer matrimonio (*SETDH B. contra Francia, de 25 de marzo de 1992*).

3.2. Vida familiar

La protección de la vida familiar garantizada en el artículo 8 del Convenio no puede limitarse a la familia basada en el matrimonio, sino que debe extenderse a un reconocimiento legal por parte del Estado de la relación familiar extramatrimonial, que incluirá no sólo la relación entre madre natural e hija, sino también entre ésta y la familia de aquélla (*STEDH Marchx c. Bélgica, de 13 de junio de 1979*). Del derecho a la intimidad familiar se deriva el derecho de visita y contacto de los progenitores con sus hijos, aun cuando éstos sean extramatrimoniales (*STEDH E.P. contra Italia, de 16 de noviembre de 1999* y *Sommerfeld contra Alemania, de 11 de octubre de 2001*). Del respeto al artículo 8 del Convenio se deriva la exigencia de que los padres deban ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se ventila la privación de la patria potestad (*STEDH Venema contra Países Bajos, de 17 de diciembre de 2002*).

3.3. Protección del domicilio

La protección de la morada se extiende a la protección de las personas que la habitan frente a molestias externas de extraordinaria necesidad que la hagan difícilmente habitable (*STEDH López Ostra contra España, de 9 de diciembre de 1994*), molestias entre las que cabe incluir a los ruidos excesivos (*STEDH Hatton contra Reino Unido, de 2 de diciembre de 2001*). En virtud del artículo 8 del Convenio, los Estados asumen la obligación positiva de proteger la forma de vida y asentamiento tradicional de determinados colectivos raciales y culturales, sin que de ello pueda derivarse para éstos el derecho de establecer excepciones en las reglas urbanísticas y medioambientales generales (*STEDH Coster contra Reino Unido, de 18 de enero de 2001*). Por otra parte, el Tribunal ha establecido que las personas jurídicas no pueden oponer la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución del Derecho comunitario (*STEDH Hoecsht contra Comisión, de 21 de septiembre de 1989*).

3.4. Secreto de las comunicaciones

La interceptación de las comunicaciones por parte de las autoridades estatales exige, en aplicación del Convenio, además de que se realice con autori-

zación judicial, que ésta tenga suficiente cobertura legal (*STEDH Valenzuela Contreras contra España, de 30 de julio de 1998*). Es decir, el juez sólo podrá dar una autorización para interceptar una comunicación entre particulares en aplicación de una norma legal (*STEDH Rinzivillo contra Italia, de 21 de diciembre de 2000*), incluso de que las comunicaciones intervenidas se produzcan en el interior de dependencias policiales (*STEDH P. G. contra reino Unido, de 25 de septiembre de 2001*). No obstante, la violación del derecho al secreto de las comunicaciones no siempre supone una invalidación automática de las pruebas así obtenidas, manteniéndose por parte del Tribunal una posición flexible en los supuestos en que son objeto de investigación delitos graves (*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*).

3.5. Protección de datos personales

La limitación impuesta a los Estados sobre el tratamiento informatizado de datos de carácter personal tiene dos facetas: negativamente impone topes a la recogida de datos por parte de los poderes públicos; positivamente, permite que el interesado acceda a esos datos y, en su caso, se oponga a su utilización abusiva (*SETDH Rotaru contra Rumanía, de 4 de mayo de 2000*); así, se reconoce expresamente el derecho de un individuo, que pasó su infancia en orfanatos, a acceder a aquellos registros que le permitan reconstruir su trayectoria vital y sus conexiones familiares (*STEDH M. G. contra Reino Unido, de 24 de septiembre de 2002*). En la misma línea, se afirma que no es lícita la pura conservación, sin finalidad concreta, de fichas personales por parte de los servicios secretos estatales (*STEDH Amman contra Suiza, de 16 de febrero de 2000*). Cabe, sin embargo, el tratamiento de datos médicos, como los relativos a los enfermos seropositivos, siempre que sea necesario para la adecuada gestión sanitaria y se garantice al máximo la intimidad de los afectados (*STEDH Z. contra Finlandia, de 25 de febrero de 1997*).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

Sentencia Shofman v. Rusia, de 24 de noviembre de 2005, núm. 742826/01.

4.1. Los hechos

El demandate contrajo matrimonio en 1989 con la Sra. G. en Novosibirsk, trasladándose ambos posteriormente a vivir a San Petersburgo. El 12 de

mayo de 1995 la Sra. G., durante una estancia en casa de sus padres en Novosibirsk, dio a luz un niño a quien puso su apellido, a pesar de las objeciones del demandante. El nacimiento fue inscrito en el Registro, reconociendo el demandante ser padre del niño. A finales de septiembre de 1995, la Sra. G. regresó a San Petersburgo, procediendo a vivir junto a su marido, sin que a éste le pudieran surgir dudas sobre la paternidad del niño. En marzo de 1996 el demandante trasladó su domicilio a Alemania y esperó hasta septiembre de 1997, que su mujer y su hijo se reunieran con él. Sin embargo, en una carta la Sra. G. le informó de que no tenía intención de continuar con el matrimonio y solicitaría la custodia del niño. Por aquellas fechas, unos conocidos de Novosibirsk avisaron al demandante de que él no era el padre biológico del niño. A la vista de lo anterior, el 16 de diciembre de 1997 el demandante solicitó el divorcio e impuso una acción impugnando la paternidad. En noviembre de 2000, la Corte de Novosibirsk conoció de esta última acción. Pese a que la Sra. G. se negó a reconocerlo, los test de paternidad realizados determinaron, sin dejar lugar a dudas, que el demandante no podía ser el padre biológico del niño. Sin embargo, la Corte de Novosibirsk consideró que el caso debía juzgarse bajo el Código de Familia y Matrimonio soviético de 1969, puesto que el niño había nacido antes de la entrada en vigor del nuevo Código. La norma de 1969 establecía un plazo de caducidad de un año para interponer la acción de impugnación de la paternidad. Dicho año se calculaba desde que la paternidad del padre putativo constaba en el Registro correspondiente. Puesto que el demandante no impuso la acción en tiempo, la misma tenía que ser rechazada. El hecho de que el nuevo Código de Familia ruso hubiera eliminado la limitación temporal era irrelevante, puesto que sólo regía para las disputas surgidas tras su entrada en vigor.

4.2. Fundamentos de Derecho

4.2.1. *El Derecho interno*

Código de Familia y Matrimonio soviético de 1969: preveía que la acción de impugnación de la paternidad había de ejercitarse en el plazo de un año.

Código de Familia de la Federación Rusa de 1995: establece que el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad no está sometida a límite temporal.

Resolución número 9 del Pleno de la Corte Suprema de la Federación Rusa, de 25 de octubre de 1996, en relación con la aplicación por los Tribunales del Código de Familia a los casos relativos a paternidad y custodia, que establece que, en los casos relativos a niños nacidos antes del 1 de marzo de 1996, se aplicaría el Código de Familia y Matrimonio soviético y, por tanto, la limitación temporal para el ejercicio de la acción.

4.2.2. Alegaciones de las partes

El demandante sostiene que se ha vulnerado el artículo 8 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos. Mantiene que, aunque el procedimiento de paternidad había sido apuntado en la disolución de los vínculos familiares, la determinación de sus relaciones legales con el niño concernía indudablemente a su vida privada. El Estado tiene una obligación positiva, según el artículo 8, de asegurar el respeto a la vida privada incluso en la esfera de las relaciones individuales. Concretamente, el niño, bajo el artículo 8, tiene derecho a establecer la relación legal con su padre natural, y el marido tiene derecho a impugnar la paternidad para establecer que no es el padre biológico. En opinión del demandante, el artículo 8 garantiza el derecho a disolver los lazos familiares que no tengan base biológica. Basándose en jurisprudencia anterior, el demandante considera que las realidades sociológicas y biológicas deben prevalecer sobre las presunciones legales, por lo que toda presunción de paternidad ha de poder ser refutada. El derecho a investigar la paternidad se reconoce por los Estados miembros, incluida la Federación Rusa, por lo que no puede ser interferida so pena de violar el derecho a la vida privada y familiar. Si bien reconoce que los Tribunales rusos se basaron para la denegación sólo en el hecho formal del tiempo de ejercicio de la acción, considera el demandante que existen razones suficientes para entrar en el fondo del asunto. Lo lógico hubiera sido que el tiempo para el ejercicio de la acción comenzara a contar a partir del momento en que el presunto padre tuviera dudas sobre su paternidad. El demandante insiste en que el nuevo Código de Familia elimina el requisito del tiempo para impugnar la paternidad, lo cual supone un beneficio para el propio hijo. Acudiendo al Derecho comparado, el demandante hace notar que los Estados, generalmente, o no establecen plazo, o, si lo hacen, éste suele o bien empezar a contar a partir del momento en que el progenitor tiene dudas razonables, o el plazo es largo.

El Gobierno sostiene que de conformidad con el Código de Familia y Matrimonio, el plazo para el ejercicio de la acción habría expirado. Considera también que no hay interferencia con el derecho a la vida privada y familiar.

4.2.3. Las consideraciones del Tribunal

El Tribunal reitera que el objeto principal del artículo 8 es proteger a los individuos contra la acción arbitraria de los poderes públicos. Para hacer efectivo lo anterior, existen obligaciones positivas inherentes que aseguran el respeto a la vida privada y familiar, lo que incluye acciones destinadas a proteger la vida privada en las relaciones entre individuos. Sin embargo, las fronteras entre las obligaciones positivas y negativas del Estado bajo esta previsión distan de ser exactas. Ha de tener en cuenta el equilibrio entre los intereses individuales y los de la comunidad. El Tribunal reitera que su labor no es sustituir a los Tribunales nacionales en la regulación de la paternidad, sino en revisar a la vista del Convenio, las decisiones tomadas por dichas autoridades.

El demandante no discute que las decisiones de los Tribunales rusos hayan sido acordes con la ley. Pone en cuestión, principalmente, su derecho a impugnar la paternidad a partir del momento en que surgen dudas sobre el hecho. El Tribunal hace un examen de la legislación comparada y concluye que son pocos los países que no establecen límite para el ejercicio de la acción, y los que lo establecen varían en la duración del mismo. Quizá lo más relevante entre las diferentes legislaciones es el *dies a quo* para contar el plazo del ejercicio de la acción, unos fijan el momento del nacimiento o reconocimiento del niño, otros el momento en que surgen las sospechas, etc.

El Tribunal había aceptado en jurisprudencia anterior la introducción de límites temporales para el ejercicio de la acción, justificándolo en el deseo de dotar de certeza legal a las relaciones familiares y proteger el interés del menor. Sin embargo, esto es aplicable a los supuestos en que el demandante sabe certeramente que no es el padre del niño, pero, aun así, ha reconocido su paternidad. La situación del presente caso es diferente. Durante dos años, desde el nacimiento del niño, el padre putativo no tuvo sospecha de ningún tipo, por lo que no se pudo plantear impugnar la paternidad. Una vez que tiene motivos para dudar, interpone inmediatamente sendas acciones de divorcio y paternidad.

4.3. Fallo

El Tribunal considera que es desproporcionado negarle al padre la acción de paternidad por el hecho de que no la ejerciera en tiempo al no haber tenido dudas sobre la paternidad durante ese período. De lo que se sigue, que no se ve quebrantado el equilibrio entre la necesidad de proteger la certeza legal de las relaciones familiares y el derecho del demandante de impugnar la presunción de paternidad, a la luz de las pruebas biológicas existentes. El Tribunal considera que el caso tiene cabida en el artículo 8 y establece que el mismo ha sido quebrantado.

V COMENTARIO

La doctrina del Tribunal se muestra favorable a favorecer la investigación de la paternidad en los casos en que existan dudas sobre la misma, tratando siempre de mantener un equilibrio, en aras a la seguridad jurídica, entre el derecho al ejercicio de la acción y el respeto a los intereses del menor, la familia y la comunidad.

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.

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. El Tribunal reconoce que los Estados disponen de la facultad de controlar si un movimiento o una asociación desarrolla, con fines pretendidamente religiosos, actividades perjudiciales para la población. La labor del Tribunal consiste en determinar si las medidas adoptadas a nivel nacional están justificadas y son proporcionadas, para lo cual ha de analizar el caso en su conjunto.

La prohibición del sacrificio privado de animales no vulnera la libertad religiosa de una determinada comunidad, ya que se trata de una limitación

claramente respaldada por razones sanitarias, máxime cuando es posible adquirir dicho producto en establecimientos públicos que reúnen todas las condiciones exigidas por dicha confesión (STEDH Tsedek c. Francia de 27 de abril de 2000).

También en relación con el sacrificio, el Tribunal ha considerado legítimo, en defensa del interés general, que el sacrificio ritual se reserve sólo a matarifes habilitados. Se estima así que al establecerse una excepción a la regla general del aturdimiento previo de los animales, el Derecho interno introduce un compromiso positivo del Estado para asegurar el respeto efectivo de la libertad de religión. Sobre esta cuestión el TEDH también ha destacado que el artículo 9 del Convenio no engloba el derecho de proceder personalmente al sacrificio ritual. Únicamente habría injerencia en la libertad de practicar su religión si la prohibición de llevar a cabo legalmente este sacrificio condujese a la imposibilidad para los creyentes ultra-ortodoxos de comer carne procedente de animales sacrificados según las prescripciones religiosas aplicables en la materia (STEDH Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia, de 27 de junio de 2000).

En relación con la manifestación de ideas y creencias que repugnan a una amplia mayoría de la sociedad, la jurisprudencia ha tendido a considerar que pueden limitarse para proteger la tranquilidad moral de dicha mayoría (STEDH Otto-Preminger Institut c. Austria de 20 de septiembre de 1994).

Es ilícito el proselitismo que ofrece ventajas materiales o sociales, o hace presión sobre personas en dificultad, o ejerce presiones psicológicas (STEDH Kokkinakis c. Grecia de 25 de mayo de 1993).

El derecho a la libertad de religión tal como lo entiende el Convenio excluye cualquier apreciación por parte del Estado sobre la legitimidad de las creencias religiosas o sobre las modalidades de expresión de éstas. Por tanto, el Tribunal estima que el sistema de autorización no encaja con el artículo 9 del Convenio mas que en la medida en que se dirija a asegurar un control ministerial sobre la concurrencia de condiciones formales (STEDH Manoussakis y otros c. Grecia de 26 de septiembre de 1996). No estamos ante un sistema autorizatorio en los casos en los que el demandante exige la derogación de una norma neutra, como una norma urbanística, al amparo de la libertad religiosa. En estos supuestos la libertad religiosa ha de ser 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 con-

sideró 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.

Libertad de expresión

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio de Roma.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Alcance.—3.2. Colisión con el derecho a la intimidad.—3.3. Colisión con secretos oficiales y el deber de sigilo.—3.4. Colisión con la Administración de Justicia.—3.5. Colisión con las «expresiones de odio».—3.6. Marco institucional de los medios de comunicación.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Los hechos.—4.3. Fundamentos de Derecho.—4.4. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Libertad de expresión.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio de Roma

Artículo 10

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la defensa del orden y la pre-

vención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

2.2. Constitución española

Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos:
 - a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
 - b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
 - c) A la libertad de cátedra.
 - d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.
3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

2.3. Constitución europea

Artículo II-11

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.
2. Se respetarán la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Alcance

El derecho a recibir información se refiere a hechos y noticias de carácter general, no al acceso a datos sobre personas concretas que obran en los

registros públicos (*STEDH Lingens contra Austria*, de 8 de julio de 1986, y *Laender contra Suecia*, de 26 de marzo de 1987). La publicidad comercial no queda, por el mero hecho de estar presidida por el ánimo de lucro, excluida del ámbito protegido por la libertad de expresión e información (*STEDH Casado Coca contra España*, de 24 de febrero de 1994), aunque pueden admitirse limitaciones a anuncios televisivos por razones de política cultural (*STEDH Demuth contra Suiza*, de 8 de octubre de 2002), aunque si la publicidad estuviese al servicio de una causa política, harían falta razones de calado para justificar su exclusión del ámbito de protegido por la libertad de expresión (*STEDH VGT contra Suiza*, de 28 de junio de 2001).

3.2. Colisión con el derecho a la intimidad

La libertad de expresión e información en materia política prácticamente no conoce límites, incluso si se defienden posiciones inquietantes o se usan términos duros o, incluso, si puede afectar a las relaciones exteriores del Estado (*STEDH Handyside contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, *Ortüzük contra Turquía*, de 28 de septiembre de 1999, *Jerusalem contra Austria*, de 27 de febrero de 2001, y *Colombani contra Francia*, de 25 de junio de 2002). Respecto a la intimidad de los personajes de relevancia pública, el Tribunal concede prioridad a la libertad de expresión e información sobre los mismos cuando las noticias y opiniones incidan sobre aquellos aspectos de su actividad por los que tienen notoriedad y que, en consecuencia, son de interés para la opinión pública (*STEDH Bergens contra Noruega*, de 2 de mayo de 2000).

3.3. Colisión con secretos oficiales y el deber de sigilo

Los secretos oficiales dejan de ser tal cuando han sido descubiertos, aunque haya sido indebidamente y, cuando esto sucede, vuelve a quedar bajo la protección de la libertad de expresión (*STEDH Vereniging Weekblad Bluf contra Austria*, de 9 de febrero de 1995). El Tribunal reconoce la libertad de expresión de los funcionarios respecto a las políticas de la Administración cuando ya tienen la condición de funcionarios, pero no cuando sólo aspiran a entrar en la función pública, por lo que es admisible el establecimiento de controles de acceso a la función pública para evitar reclutamiento de extremistas (*STEDH Vogt contra Alemania*, de 26 de septiembre de 1995).

3.4. Colisión con la Administración de Justicia

Hay una plena libertad de información sobre los procesos en curso siempre que se respete el requisito de la veracidad y, en su caso, la presunción de inocencia (*STEDH Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, y *Du Roy contra Francia*, de 3 de octubre de 2000). La crítica a cualesquiera

actuaciones judiciales está cubierta por la libertad de expresión, sin otro límite que el genérico de no insultar (*STEDH Prager y Obererschlick 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

Sentencia *Han v. Turquía*, de 13 de septiembre de 2005, número 50997/99.

4.2. Los hechos

En el momento de los hechos, el demandante era miembro del partido *Halkin Demokrasi Partisi* (HADEP). El 26 de junio de 1994, el demandante pronunció un discurso durante el primer congreso anual del HADEP. En un momento de su intervención, el orador fue interrumpido por el Presidente del Congreso, quien le impidió que continuara. Se le reprochó que criticara los estatutos del partido.

El 31 de enero de 1996, el Fiscal de la Corte de Seguridad de Ankara formuló acusación contra el ahora demandante, acusándole de difundir propaganda contraria a la indivisible integridad del Estado, lo que constituía una ofensa del artículo 8 del Acta de Prevención del Terrorismo. El acusado fue

detenido entre el 14 de noviembre y el 16 de diciembre de 1996. En la audiencia que tuvo lugar el 16 de diciembre ante la Corte de Seguridad, el abogado del acusado no negó que su cliente hubiera empleado en su discurso las palabras «kurdo» y «kurdistán». Sin embargo, sostuvo que, tomándolo en su integridad, el discurso no hacía propaganda contraria a la integridad del territorio del Estado. El abogado aludió a la libertad de expresión de su cliente, garantizada por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y solicitó al Tribunal la absolución de su cliente. El 22 de enero de 1997, la Corte de Seguridad, compuesta por tres jueces, uno de ellos militar, encontró al acusado culpable de una violación del artículo 8 del Acta de Prevención del Terrorismo y le condenó a un año de prisión y a una multa. Concluía la sentencia diciendo que el acusado había justificado cualquier medio empleado por la nación kurda para ejercer su derecho a la autodeterminación, y, por tanto, había difundido propaganda contra la indivisible integridad del Estado.

El hoy demandante impugnó la sentencia, y en su apelación dijo que había pronunciado su discurso durante un congreso de un partido político, en el que él había transmitido opiniones sobre mejoras económicas y sociales para el país, haciéndolo en el uso de su libertad de expresión. Tanto en apelación como en casación se confirmó la sentencia.

4.3. Fundamentos de Derecho

Al ser varios los artículos del Convenio cuya vulneración se alega por el demandante, nos centraremos en las consideraciones relativas al artículo 10.

El demandante sostiene que su condena constituye una injustificada inmisión en sus derechos de libertad de pensamiento y de expresión, previstas en el artículo 10 del Convenio.

El Gobierno mantiene que dicha interferencia en la libertad de expresión era compatible con las previsiones del artículo 10.2 del Convenio. La injerencia encuentra su apoyo en el artículo 8 del Acta de Prevención del Terrorismo y que la condena era necesaria en orden a mantener la seguridad nacional. El Gobierno considera que el discurso pronunciado por el demandante contenía aspectos provocadores.

El Tribunal constata que ha conocido ya de casos similares. En el presente supuesto, considera que la limitación de la libertad de expresión tenía amparo legal y estaba basada en un interés legítimo, proteger la integridad territorial. No obstante, el Tribunal limita su análisis a examinar si dicha limitación es «necesaria en una sociedad democrática», como prevé el artículo 10.2. Considera el Tribunal que el Gobierno se ha limitado a citar casos juzgados con anterioridad, sin aportar hechos o argumentos que justifiquen la limitación en el caso que nos ocupa. Tiene especialmente en cuenta las palabras pronunciadas en el discurso y el trasfondo del caso, en particular los problemas ligados a la prevención del terrorismo. Considera el Tribunal que el discurso ha de ser considerado en su totalidad, consistiendo en una eva-

luación crítica de las políticas turcas en relación con el problema kurdo, mientras que la Corte de Seguridad consideró que el discurso impugnado contenía propaganda separatista. El Tribunal no considera suficientemente justificadas las injerencias en la libertad de expresión. Opina que tomado el discurso en su totalidad no incita a la violencia, ni a la resistencia armada ni a la insurrección.

4.4. Fallo

El Tribunal de Estrasburgo declara que ha existido violación del artículo 10 del Convenio.

V. COMENTARIO

El Tribunal considera que es necesario tomar los discursos en su integridad, puesto que las palabras sacadas de contexto pueden tergiversar el contenido del mismo. En esta sentencia mantiene su misma línea respecto a los requisitos para admitir como «necesaria en una sociedad democrática» cualquier injerencia en el derecho a la libertad de expresión de los particulares.

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

Ouranio Toxo y otros c. Grecia.
7489/01.
20 de octubre de 2005.

4.2. Antecedentes

La demanda se presenta por el partido político Ouranio Toxo y dos de los miembros de la secretaría del mismo contra la República Helénica por vulneración del artículo 11. El partido Ouranio Toxo (arco en el cielo) se funda en 1994 teniendo como una de sus finalidades la defensa de la minoría macedonia residente en Grecia. En septiembre de 1995 instala sus oficinas en Florina identificándolas con un cartel colgado del balcón en el que figura el nombre del partido en las dos lenguas empleadas en la región, el griego y el macedonio. A la apertura de las oficinas sigue una ola de violencia contra personas y bienes del partido alimentada por responsables políticos del municipio y miembros del clero local. El 13 de septiembre de 1995 el Consejo Municipal de Florina se reúne de manera informal y posteriormente publica una nota en la prensa local en la que se comunica la decisión de organizar protestas contra los demandantes. El mismo día el fiscal ordena la retirada del cartel por considerar que la inscripción en macedonio incita a la discordia (artículo 192 del Código Penal). Continúa la violencia, por lo que el 5 de diciembre de 2005 cuatro miembros del partido interponen una querella contra los autores de los incidentes por incitación a la discordia, alteración del orden público, destrucción de propiedad, amenazas e incendio deliberado. Los Tribunales griegos, tanto en instancia como en vía de recurso, rechazan la querella por falta de pruebas.

4.3. Fallo

El Tribunal estima la demanda por considerar que tanto los actos como las omisiones de las autoridades nacionales vulneran el derecho garantizado por el artículo 11.

V. COMENTARIO

El Tribunal nos recuerda una serie de principios generales entre los que destaca el papel primordial que desempeñan los partidos políticos en una sociedad democrática y de lo que se deriva que el ejercicio real y efectivo de la libertad de asociación no se limita a un simple deber de no injerencia del Estado, sino que existen obligaciones positivas que en el caso que nos ocupa no se han cumplido. El 13 de septiembre de 1995 la policía de Florina retira el cartel, acto que el Gobierno justifica por las connotaciones históricas tan negativas del nombre macedonio del partido, que evoca la trágica época de la guerra civil. Pero, como muy bien dice el TEDH, la aparición de tensiones es una consecuencia inevitable del pluralismo político y el papel de las autoridades en circunstancias así no consiste en eliminar las causas de las tensiones suprimiendo el pluralismo, sino en velar por que los grupos políticos se toleren entre sí. En este caso además las propias autoridades locales han contribuido a exacerbar los sentimientos de confrontación al organizar las protestas contra el partido. Concorre también una vulneración por omisión, pues ha quedado demostrado que las fuerzas policiales no han velado de manera suficiente por el mantenimiento del orden, sin que la falta de efectivos sea justificación suficiente. La sentencia sigue, por lo tanto, la jurisprudencia del TEDH al apreciar que el ejercicio real y efectivo de la libertad de asociación puede requerir actuaciones por parte de las autoridades nacionales, especialmente cuando se trata de los partidos políticos, pieza fundamental de las democracias modernas.

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). A la hora de reconocimiento del sexo han de aplicarse otros factores además de los puramente biológicos. En este sentido, el Tribunal reconoce a los Estados el margen de apreciación necesario para establecer los requisitos legales oportunos tendentes a confirmar la nueva identidad sexual de los transexuales, pero sin que se pueda llegar a impedirles el derecho a contraer matrimonio (*Sentencia Goodwin contra el Reino Unido*, de 11 de julio de 2002). Respecto a la disolución del matrimonio, el Tribunal sostiene que no existe un derecho fundamental al divorcio vincular (*STEDH Johnston contra Irlanda*, de 18 de diciembre de 1986), quedando el legislador nacional en libertad de introducirlo o no.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

Sentencia de 13 de septiembre de 2005, contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en el asunto B. y L., número 36536/02.

4.1. Los hechos

Los demandantes, B. y L., habían tenido la condición de parentesco de suegro y nuera, por haber mediado matrimonio entre L. y C., el hijo de B., quienes, a su vez, eran padres de un niño, nieto, por tanto de B. Tras haber abandonado el hogar familiar C. en 1995, comenzaron una relación senti-

mental B. (divorciado) y L., cohabitando a partir de 1996. El divorcio de L. y C. tuvo lugar en mayo de 1997. El hijo de L. y nieto de B. vivía con ellos y sólo mantenía esporádicamente relación con su padre. El nieto (W.) llamaba a su abuelo «papá». B. y L. solicitaron la adopción de W. por B., lo que está permitido por la ley británica. En mayo de 2002, B. escribió a la autoridad competente del Registro de Matrimonios y Defunciones para preguntar si podía contraer matrimonio con L. Por carta de julio de 2002, el Superintendente del Registro le comunicó que, según la *Marriage Act* de 1949, sería imposible para los demandantes contraer matrimonio en tanto la primera mujer de B. y el ex-marido de L. no hubieran fallecido. Los demandantes recurrieron judicialmente dicha resolución.

4.2. Fundamentos de Derecho

4.2.1. *El Derecho interno*

La legislación británica en esta materia (*Marriage Act* de 1949), en su sección 1.^a, contiene una lista de personas entre quienes está prohibido contraer matrimonio. En dicho listado se contempla expresamente el caso de quienes hubieran sido suegro/a-hermano/nuera. Durante la tramitación de la reforma de la *Marriage Act* en 1986 se elaboró un informe en la Cámara de los Lores, en el que la mayoría de sus firmantes concluía que la prohibición de matrimonio entre suegro y nuera estaba basada simplemente en la tradición, sin encontrarse justificación alguna lógica, racional o práctica. La experiencia comparada, continúa diciendo el informe, muestra la inexistencia de previsiones semejantes, lo que es un fuerte argumento para abolir estos impedimentos matrimoniales. No obstante, una opinión minoritaria, expresada también en dicho documento, sostenía la necesidad de que se mantuviese la prohibición cuando uno de los implicados fuera menor de edad. La reforma final de la norma llegó a un punto medio, por el que se excluyó cualquier modificación para las relaciones suegro/a-hermano/hermana, mientras que sí se modificó para el caso de los padrastros e hijastros, siempre que ambos fueran mayores de edad y el más joven nunca hubiera sido tratado como un hijo de la familia. También se abrió la posibilidad de obtener una excepción a la prohibición mediante la aprobación de una Ley singular por el Parlamento.

4.2.2. *Las alegaciones de las partes*

Los demandantes sostienen que la restricción prevista en la legislación británica les deniega el derecho esencial a contraer matrimonio en el momento actual y en un futuro previsible. Consideran que la restricción es desproporcionada e injustificada. Sólo la supervivencia del padre al hijo o una ley singular del Parlamento, que requiere mucho dinero y un largo proceso, podrían permitir a estos sujetos contraer matrimonio. Asimismo, los deman-

dantes hacen suya la postura mayoritaria mantenida en el informe anteriormente citado y dicen que incluso la postura minoritaria del mismo era más restrictiva en las relaciones padrastro-hijastra, en el que fue finalmente eliminada la prohibición. No ven los demandantes diferencias sensibles o distinciones coherentes entre su situación y otras categorías en las que sí se permite el matrimonio, como en el caso de padrastro-hijastra o entre cuñados. Además, y por lo que respecta a su caso concreto, consideran que es significativo el hecho de que sus relaciones previas hubieran finalizado ya antes de que B. y L. iniciaran la suya y, por tanto, no podía haber habido ninguna sugestión ni rivalidad sexual entre padre e hijo. Tampoco existe razón para objetar la existencia de efectos secundarios negativos en el hijo de L., puesto que él mismo es partidario de que B. y L. puedan casarse y formen una familia «normal». Finalmente, sostienen que las actitudes sociales en relación con el matrimonio y análogas relaciones de afectividad han cambiado considerablemente en los últimos tiempos.

Por su lado, el Gobierno reitera en sus alegaciones que la prohibición no tiene carácter absoluto, puesto que cesa bien por fallecimiento del cónyuge e hijo, bien por una ley singular. Estos requisitos considera el Gobierno que son proporcionados a la complejidad que conllevan las relaciones sentimentales, así como para evitar daños a otros sujetos potencialmente envueltos en estos matrimonios, sin perder de vista, también la necesidad de proteger la moral. En este caso, el matrimonio conduciría a que el abuelo se convirtiese en padrastro de su nieto, lo que podría ser profundamente confuso y perturbador para éste. Además, la prohibición puede justificarse en la protección del interés general, pues matrimonios de este tipo podrían interferir en los fundamentos de la familia y alterar las relaciones entre afines; asimismo, la visión pública de los límites morales permisibles en relación con la familia y el riesgo de ultraje público, y el papel de la ley en definir y reforzar las relaciones familiares podrían verse afectados. Es generalmente aceptado que se establezcan restricciones entre grados de consanguinidad, fijando algunos Estados también límites en parentescos de afinidad.

4.2.3. *Las consideraciones del Tribunal*

Reitera el Tribunal su doctrina en relación con los fundamentos de la institución jurídica del matrimonio. Reconoce que la realización del mismo conlleva consecuencias de índole social, personal y legal, si bien éstas serán las previstas en la ley de cada Estado. En cualquier caso, las limitaciones que los diferentes Estados pudieran introducir en sus ordenamientos jurídicos no pueden restringir el derecho hasta el punto de dejarlo vacío de contenido.

En el presente caso, los demandantes mantienen una larga relación sentimental. No obstante, se ven afectados por la prohibición de contraer matrimonio al haber sido en un momento dado suegro y nuera. Sólo el fallecimiento de sus primeros cónyuges (hipótesis difícil de predecir), y que el niño no viviera con ellos o una ley singular del Parlamento (proceso excepcional y costoso), podrían levantar la restricción.

Considera el Tribunal que él no debe sustituir al pronunciamiento de los tribunales británicos, sino que debe limitarse a examinar los hechos en el contexto británico. Así, sostiene que la existencia de la prohibición que se analiza se basa en el interés de proteger a la familia y en un eventual daño que pudiera producirse al menor por un cambio en las relaciones afectivas de los adultos que le rodean. Para el Tribunal lo anteriormente dicho son argumentos legítimos. No obstante, la existencia en abstracto de esta prohibición no puede impedir que este tipo de relaciones sucedan. No se considera incesto ni existe una penalización criminal de este tipo de relaciones, aun cuando convivan menores en dicho hogar. Se puede decir que en el presente caso, la prohibición de matrimonio previene cualquier confusión o inseguridad emocional al hijo de la demandante. En cualquier caso, el Tribunal considera relevante que, como ya se dijo, esta previsión está más basada en la tradición que en otro tipo de justificaciones.

4.3. Fallo

Por todo lo dicho, el Tribunal concluye que al no ser ésta una prohibición absoluta y a la vista de las concretas circunstancias del caso, se ha producido una violación del artículo 12 del Convenio.

V. COMENTARIO

En esta Sentencia el Tribunal considera que la competencia para establecer los requisitos para contraer matrimonio corresponde a los Estados, pudiendo establecer restricciones a este derecho, siempre que no lo dejen vacío de contenido. No cuestiona el Tribunal que la regulación por el Estado del matrimonio obedece a razones tanto de interés particular de sus ciudadanos como de interés general para la sociedad en sí misma, pero, en cualquier caso, las circunstancias de cada caso concreto serán significativas a la hora de valorar las restricciones que puedan afectar a esta institución.

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 efectivo ante la autoridad nacional a toda persona que denuncia que sus derechos y libertades han sido violados. No obstante, el Tribunal ha introducido la noción de *denuncia defendible*. En este sentido no basta con que el recurrente alegue haber sido víctima de violación de uno de los derechos o libertades

recogidos en el CEDH, sino que la citada alegación debe estar debidamente argumentada. Sin embargo, el TEDH no da una definición abstracta de la noción de defendibilidad, ya que debe determinarse a la luz de los hechos particulares y de la naturaleza de los aspectos jurídicos que surjan.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Tanis y otros c. Turquía.
65899/01.
2 de agosto de 2005.

4.2. Antecedentes

La demanda se interpone por los familiares de Serdar Tanis y Ebubekir Deniz, dos dirigentes desaparecidos del Partido de la Democracia del Pueblo (Halkin Demokrasi Partisi-HADEP). Según la versión de los demandantes, ambos recibieron amenazas de muerte por parte del ejército. El 25 de enero de 2001, tras una llamada del cuartel se presentaron en el mismo, sin que se haya vuelto a saber de ellos. Tanto los familiares como los abogados solicitaron infructuosamente información del ejército y de la Fiscalía, con el único resultado de una declaración por parte del prefecto de Sirnak en la que se indicaba que los desaparecidos habían abandonado el cuartel media hora después de su llegada. No obstante se inicia una investigación por parte del Ministerio Fiscal a la que apenas tienen acceso los familiares, pues por parte del tribunal de instancia se imponen medidas de restricción al expediente.

4.3. Fallo

El Tribunal estima la demanda al considerar que se ha vulnerado el artículo 13 del Convenio.

V. COMENTARIO

No es novedosa la sentencia en cuanto a la aplicación del artículo 13, pero es que por desgracia tampoco lo es el caso que le sirve de base: desaparición de un familiar atribuida al ejército, apertura meramente formal de investigación y opacidad y silencio frente a la familia. Una vez más el Tribunal es contundente. Cuando alguien está bajo la custodia de las autoridades, como sucede en el caso de las detenciones, cualquiera que sea el motivo y la duración de las mismas, cuando hay un fallecimiento o una detención son aquéllas las

que tienen la carga de la prueba y, por lo tanto, las que tienen que dar una explicación convincente de los hechos. Precisamente para garantizar esto el artículo 5 del Convenio prevé la necesidad de un procedimiento rápido de revisión de las detenciones, si es necesario incluso periódicamente. Pero además de este precepto, el artículo 13 garantiza la existencia de un recurso interno, recurso que ha de ser efectivo en el sentido de que la instancia competente pueda conocer de una reclamación por el incumplimiento de uno de los derechos contemplados en el Convenio. Por supuesto que los Estados tienen cierto margen en cuanto a la configuración de este remedio, y puede variar según el derecho que se diga vulnerado, pero lo que es evidente es que las autoridades no pueden tener una actitud obstaculizadora, y mucho menos cuando estamos hablando del derecho a la libertad o a la vida. Es contrario a este precepto del Convenio que no se realice una investigación seria y profunda, de la que tengan conocimiento los familiares, cuando se trata de la desaparición de una persona que estaba en manos de la autoridad. Por lo tanto, nada nuevo en la jurisprudencia del Tribunal, pero el tono es contundente, pues son demasiadas las sentencias en relación con Turquía en las que estas afirmaciones tienen que repetirse.

Prohibición de discriminación

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio europeo.—2.2. Constitución española.—2.3. Proyecto de Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Los hechos.—4.2. Fundamentos de Derecho.—4.2.1. Preceptos jurídicos relevantes.—4.2.2. Las alegaciones de las partes.—4.2.3. Las consideraciones del Tribunal.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Prohibición de discriminación.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio europeo

Artículo 14

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

2.2. Constitución española

Artículo 14

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social.

2.3. Proyecto de Constitución europea

Artículo II-20

Todas las personas son iguales ante la ley.

Artículo II-21

1. Se prohíbe toda discriminación, en particular por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación ejercida por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de sus disposiciones específicas.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

El hecho de que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos la prohibición de discriminación no opere en cualesquiera relaciones jurídicas, sino únicamente respecto del goce de los derechos reconocidos en el propio Convenio, no implica que el artículo 14 no pueda ser vulnerado de forma autónoma; aunque, bien es cierto que su eficacia se manifestará en gran medida al analizar la violación alegada de los otros derechos desde una eventual perspectiva de discriminación en el goce de los mismos. Un supuesto de vulneración autónoma se afirmó por el Tribunal en su Sentencia de 23 de julio de 1968, en el *Caso Lingüístico Belga*, al precisar que si bien en el ámbito del Convenio, la libertad de enseñanza no comprende el derecho a crear centros educativos, una norma que permita sólo la creación de aquellos que sean de un determinado tipo puede vulnerar el artículo 14 CEDH.

Respecto a la admisión de determinadas medidas divergentes, el Tribunal ha establecido que el establecimiento de diferenciaciones por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión, han de superar un muy estricto juicio de razonabilidad, requiriendo su justificación un interés público inaplazable y no tan sólo legítimo (*STEDH Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, y *Willis contra Reino Unido*, de 11 de junio de 2002).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

Kakoulli contra Turquía, de 22 de noviembre de 2005, dictada en la demanda 38595/97.

4.1. Los hechos

La demanda se plantea ante el Tribunal por la Comisión al amparo del artículo 25 de la Convención para la protección de los derechos humanos. Los demandantes afirman que su esposo y padre, Petros Kakoulli fue intencionadamente tiroteado y asesinado por soldados turcos en Chipre mientras se encontraba recogiendo caracoles. Alegan la violación de los artículos 2 y 8, en relación con el artículo 14, de la Convención. Los demandantes son la viuda y los hijos del fallecido.

En el amanecer del 13 de octubre de 1996, Petros Kakoulli y una de sus hijas se desplazaron a una zona denominada Syrindjieris, situada cerca de Acna, alrededor de la base de soberanía británica de Dhekelia, para recoger caracoles. Después de un tiempo, ambos se separaron y acordaron volver a reunirse sobre las 7,30 horas para volver a su casa.

Un vecino de Avgorou, Georgios Mishis, que también estaba recogiendo caracoles en la parte norte de la carretera principal, vio a la víctima andando por el campo a unos 70 metros aproximadamente de donde él se encontraba. También vio a un soldado turco a unos 10 metros del señor Kakoulli, apuntándole con su fusil y a un segundo soldado turco aproximándose a él. Georgios Mishis oyó al señor Kakoulli preguntar al primer soldado, en griego, si hablaba esa lengua, a lo que no obtuvo respuesta. En ese momento, los dos soldados se percataron de la presencia del señor Mishis y uno de ellos le apuntó con el arma. El señor Mishis se marchó.

Inmediatamente el señor Mishis vio una patrulla de policía de vigilancia de la Base británica conduciendo su vehículo y le contó al conductor, Constable Pyrgou, lo que había visto. Éste informó enseguida de lo sucedido al Sargento Serghiou.

Poco después de que el señor Mishis hubiese visto al señor Kakoulli rodeado por soldados turcos, Panikos Hadjiathanasiou, que le estaba buscando, vio al señor Kakoulli a una distancia aproximada de 400 metros dentro del territorio de Chipre del norte. Panikos oyó las órdenes de los soldados ordenándole detenerse en turco. Después de oír las voces, el señor Kakoulli permaneció quieto y alzó las manos sobre su cabeza. Panikos vio a dos soldados turcos, en uniforme de combate, adoptar posiciones de batalla en el suelo a unos 40 metros de la víctima y apuntarle con sus fusiles. Inmediatamente, Panikos oyó un disparo y vio al señor Kakoulli caer al suelo. Oyó un segundo disparo seguido al primero.

Pocos minutos después, mientras el señor Kakoulli estaba todavía tendido en el suelo, el señor Hadjiathanasiou vio a uno de los soldados turcos moverse y efectuar un tercer disparo a una distancia de 7 u 8 metros desde donde la víctima estaba tumbada.

Siguiendo órdenes del Sargento Serghiou de la Policía de la Base británica, Constable Dure (un greco-chipriota miembro de la policía de la Base) y Constable Petros (un turco-chipriota también miembro de la policía de la Base), llegaron a los alrededores de Achna, donde encontraron a Panikos, que les explicó lo que acababa de suceder.

Constable Dure habló con un teniente turco que le dijo que un greco-chipriota había entrado en territorio de Chipre del norte y había sido tiroteado por soldados turcos. El oficial dijo que el greco-chipriota había muerto. El oficial permitió a Constable Dure ver el cuerpo del fallecido pero no tocarle o examinarle. Constable Dure informó de que el señor Kakoulli parecía cadáver.

El Sargento Engin Mustafa, de la policía de la Base británica (un turco-chipriota), junto con dos soldados turcos, también visitó el escenario y vio el cuerpo. Los soldados turcos le dijeron al Sargento Engin que el señor Kakoulli había sido disparado porque había entrado en «su área» y no había obedecido las órdenes de detenerse.

El Comandante de División R. H. Weeks, de la policía de la Base británica, junto con el Sargento Engin, entró en la zona del norte de Chipre y habló con un oficial turco, quien le dijo que los soldados turcos habían disparado y matado al señor Kakoulli porque había entrado en territorio del norte de Chipre y se había negado a detenerse.

El mismo día, el Superintendente Mathias Cosgrave y el Inspector Richard Duggan, de la Policía Civil Irlandesa, parte de la Fuerza de Naciones Unidas en Chipre, visitaron la zona, acompañados del Sargento Engin; encontraron a un equipo de investigación de las fuerzas turcas ya presente.

Varias autoridades de la Policía de la República de Chipre visitaron la zona, pero no exactamente el punto donde se produjo la muerte. Dibujaron un plano de la zona.

Georgios Mishis fue escoltado de vuelta a la escena del incidente, donde señaló varios puntos que fueron fotografiados por un funcionario de la Policía de la República de Chipre.

Un patólogo turco, el Dr. Smail Bundak, llevó a cabo una autopsia del cuerpo del fallecido en el Hospital General Famagusta. De acuerdo con el patólogo turco, el fallecido tenía una herida de 5 centímetros de diámetro en el cuello, a 21,5 cm por encima de su pezón izquierdo y a 17 cm de su clavícula, dos heridas en su espalda y una herida en el costado a la altura de su codo derecho. El Dr. Bundak concluía que la muerte había sido debida a una hemorragia interna causada por un disparo en el corazón.

De acuerdo con el informe del Superintendente Cosgrave, durante el proceso de revisión de la ropa del señor Kakoulli, un objeto cayó de su bota izquierda, que se describió como una especie de garrote, consistente en dos empuñadoras de metal negro unidas a una barra de alambre. Además, un objeto descrito como una bayoneta envuelta en una vaina, se extrajo de la bota derecha del cuerpo. Tras la autopsia, el cuerpo fue llevado al hospital de Larnaca bajo la custodia de Naciones Unidas.

De acuerdo con la primera declaración de la viuda a la Policía de la República de Chipre, su marido tenía sólo un cubo rojo y ningún objeto parecido a una bayoneta o un garrote o alguna clase de arma.

El 14 de octubre se practica una segunda autopsia en el hospital de Larnaca por el Dr. Peter Venezis. En su informe preliminar se señala que se aprecian tres heridas de disparo de arma de fuego en el cuerpo. Se precisa lo siguiente:

«Una herida con entrada en el lado derecho del cuello, justo debajo del oído derecho, con salida por la parte trasera del cuello. Esta bala ha atravesado el cuerpo sin causar daño en los órganos vitales. Una segunda herida con entrada en el lado derecho del tronco y salida en la mitad del lado derecho hacia la espalda. Esta bala parece haber causado un daño menor en el pulmón, pero no mortal. Una tercera herida con entrada en el lado izquierdo del tronco hacia la espalda con una trayectoria ascendente. Esta bala ha salido por la parte izquierda del cuello, causando una amplia herida. Esta herida era mortal y causó un daño severo en el pulmón izquierdo y en el corazón, provocando una importante hemorragia interna.»

Hasta la segunda autopsia practicada en Larnaca, el cuerpo estuvo bajo la exclusiva responsabilidad de la Policía Civil Irlandesa. Antes de eso, el cuerpo estuvo bajo la custodia de las fuerza turcas.

El 15 de enero de 1997 el Dr. Vanezis concluyó su informe en Glasgow. Concluyó que las dos primeras heridas fueron causadas por un disparo efectuado mientras que el señor Kakoulli tenía sus manos levantadas y que la tercera herida fue producida por un disparo que entra en el cuerpo mientras que el señor Kakoulli estaba tumbado en el suelo o agachándose.

4.2. Fundamentos de Derecho

4.2.1. Preceptos jurídicos relevantes

Las Instrucciones Militares turcas que se refieren a los deberes del centinela establecen en su apartado 8 que, en caso de algún peligro, los soldados prepararán sus armas y para mantener la seguridad, si es preciso, harán uso de las mismas, sin excitación, pero de acuerdo con las reglas de enfrentamiento.

En el apartado 10 de las Instrucciones Especiales se dispone que los soldados detendrán siempre a cualquier persona que se acerque a ellos por la noche; preguntarán su santo y señal y, salvo que estén seguros, no permitirán a nadie que se aproxime a ellos.

El apartado 19 de la misma Instrucción Especial determina que cuando algún militar armado o desarmado entre en la zona de protección o cruce la línea de confrontación, el centinela informará inmediatamente por teléfono de su posición. Si personal enemigo se introduce en la zona de vigilancia y continúa aproximándose tras advertirle de que se detenga, será apuntado y disparado. El centinela no deberá acercarse al personal enemigo muerto o herido, ni permitirá que se destruyan pruebas.

Los principios básicos de enfrentamiento de las Naciones Unidas para el personal obligado al uso de la fuerza, que se adoptaron el 7 de septiembre de 1990, establecen en su apartado 9 que:

«Los oficiales encargados de la aplicación de la ley no usarán sus armas de fuego contra nadie si no es en defensa propia o de otros ante inminentes ame-

nazas de muerte o heridas graves, o para evitar la comisión de delitos de especial gravedad que impliquen una amenaza para la vida, para detener a una persona que se resista a la autoridad, para evitar su fuga, y sólo cuando otras medidas menos extremas sean insuficientes para conseguir los objetivos señalados. En cualquier caso, el uso intencionado de armas de fuego para causar la muerte sólo puede efectuarse cuando sea estrictamente inevitable para proteger la vida.»

El apartado 10 de los mismos principios determina que:

«... los oficiales encargados de aplicar la ley se identificarán como tales y darán un aviso claro de su intención de usar las armas de fuego, con suficiente tiempo para que el aviso pueda ser atendido, salvo que ello entrañe un riesgo inminente para su vida o sea manifiestamente inapropiado según las circunstancias del incidente.»

4.2.2. *Las alegaciones de las partes*

A) El Gobierno turco

Ante el Tribunal de Estrasburgo el Gobierno turco mantiene que Petros Kakoulli violó la línea de cese del fuego y se adentró en territorio de la República Turca del Norte de Chipre. Fue advertido de ello tanto verbalmente como mediante gestos. Sin embargo, no se detuvo y continuó avanzando; uno de los soldados se le aproximó y efectuó disparos al aire. Petros Kakoulli hizo caso omiso de estos disparos y se efectuó otro disparo al suelo para detenerle. Como continuó avanzando, se efectuó otro disparo por debajo de su cintura que, aparentemente fue el que causó una herida mortal. El Gobierno informó del incidente a la Secretaría General de Naciones Unidas.

Ni Naciones Unidas ni las autoridades de la Base de soberanía británica han llevando a cabo alguna investigación sobre el escenario de los hechos al encontrarse dentro del territorio de la República Turca del Norte de Chipre.

Por otro lado, el Gobierno turco refiere que se han producido varios incidentes a ambos lados de la línea de alto el fuego entre agosto y octubre de 1996. El Informe del Secretario General de Naciones Unidas, remitido al Consejo de Seguridad el 10 de diciembre de 1996, constató el incremento del nivel de tensión y violencia entre las dos zonas, que se inició en agosto de 1996 con unas maniobras greco-chipriotas en la misma frontera. El 8 de septiembre un soldado turco fue herido de gravedad. En esta misma zona ha sido donde se ha producido el cruce de la frontera por Petros Kakoulli. Existen indicios para asegurar que el señor Kakoulli era un bombero jubilado que no se adentró por error puesto que conocía la zonas en la que, además, había suficientes señales tanto en griego como en turco, delimitando la frontera.

El señor Kakoulli estaba en posesión de un garrote y de una bayoneta, que constituyen una fuerte presunción de que albergaba algún motivo siniestro. Llevaba un cubo para disimular el motivo real de su incursión.

El Gobierno turco afirma que la muerte del señor Kakoulli no ha sido un acto deliberado, sino un intento de mantener la seguridad en una zona de alto riesgo. El incidente ha ocurrido en una época en que la tensión en la frontera entre las zonas norte y sur era extremadamente alta. Dada la situación de peligro creada por las autoridades greco-chipriotas, los soldados turcos estaban plenamente justificados para tomar todas las precauciones necesarias y usar la fuerza precisa para evitar el peligro y la amenaza que representa cruzar la frontera, para proteger sus propias vidas y las de otros.

El gobierno también alega que los demandantes no han agotado los recursos internos tal y como exige el artículo 35 del Convenio.

B) Los demandantes

En primer lugar afirman haber agotado debidamente los recursos internos, salvo los que fueron establecidos por la ocupación ilegal turca de la República de Chipre, al no formar parte del sistema judicial chipriota. Este argumento es respaldado por el Gobierno chipriota. Mas además alegan:

1. Violación del artículo 2 del Convenio

Los demandantes afirman que la muerte del Petros Kakoulli a manos de soldados turcos suponer un violación del artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

Las circunstancias en las que fue muerto sugieren que quienes le dispararon lo hicieron con la intención de matarle. En su opinión, los hechos que han causado su muerte van mucho más allá de cualquier tipo de justificación admitida por el artículo 2 del Convenio.

Los demandantes mantienen que Petros Kakoulli ha sido asesinado mientras estaba llevando a cabo una actividad que para ninguna persona razonable puede suponer ningún tipo de amenaza, como prueba el hecho de que antes de ser disparado sólo portaba un simple cubo de plástico. En el momento de su muerte no llevaba nada que pudiese haber sido confundido con un arma por los soldados que le mataron, quienes estaban lo suficientemente cerca como para observar con detalle sus ropas y movimientos.

Afirman asimismo que el garrote y la bayoneta que habían sido encontradas en su cuerpo fueron puestas allí, obviamente, por las fuerzas turcas en un lastimoso intento de justificar su acción. Incluso aunque el señor Kakoulli hubiese llevado ese tipo de armas en sus botas en el momento de su muerte, ello no podría haber justificado en modo alguno su asesinato. Con esas supuestas armas en modo alguno podría haber resultado una amenaza para dos soldados con fusiles. En el mismo sentido, los testigos oculares no observaron que el fallecido realizase acto alguno que pudiese ser considerado una amenaza razonablemente; por el contrario, él mantenía sus brazos en alto en un claro gesto de rendición. La autopsia llevada a cabo por el Sr. Vabezis ha

confirmado que uno de los disparos se había producido cuando el señor Kakoulli tenía sus manos levantadas y que el que le causó la muerte se disparó cuando estaba tendido en el suelo.

Citando las consideraciones efectuadas por el Tribunal en el caso *McCann y otros contra el Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995, los demandantes consideran que el Gobierno turco ha incumplido con las obligaciones que le impone el artículo 2 del Convenio para el uso mortal de la fuerza armada, que se ha dirigido contra un individuo que no estaba haciendo otra cosa más que recoger caracoles en una zona pacífica en una hora en la que no era razonable generar sospechas de violencia.

2. Violación del artículo 14

Los demandantes consideran que en el asesinato de Peros Kakoulli se ha producido también una discriminación basada en el origen greco-chipriota y en la religión cristiana de la víctima, generando una discriminación prohibida por el artículo 14 del Convenio.

4.2.3. Las consideraciones del Tribunal

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del Convenio, la legitimación para poner en riesgo una vida humana con ocasión de la aplicación de la ley, sólo puede hacerse en caso de absoluta necesidad. El Tribunal considera que no puede apreciarse esa necesidad cuando es sabido que la persona que ha de ser arrestada no supone ninguna amenaza para la vida ni es sospechosa de poder cometer ninguna actuación violenta. Las exigencias del artículo 2 determinan en primer lugar la obligación para el Estado de establecer un marco de regulación legal para el uso de las armas de fuego en armonía con los estándares internacionales, e incluso los agentes deben ser entrenados para hacer un uso adecuado de sus armas, de acuerdo con dichas normas.

En el presente caso ha quedado acreditado que la víctima no podía representar una seria amenaza para los soldados, por lo que ha de concluirse que éstos se han excedido en el uso de la fuerza, lo que se demuestra asimismo por los resultados de la autopsia que evidencia que la trayectoria de los disparos mortales revela que fueron efectuados mientras la víctima estaba tum-bada.

El examen de la investigación pone de manifiesto que las autoridades de la denominada República Turca del Norte de Chipre no han sido imparciales y, por lo tanto, ha de rechazarse la alegación del Gobierno sobre el no agotamiento de los recursos internos.

Respecto a la alegación de violación del artículo 14 del Convenio, sostenida por los demandantes al afirmar que la muerte se ha originado como consecuencia de la discriminación que ha sufrido la víctima por su origen greco-chipriota y su religión cristiana, también mantenida por el Gobierno

chipriota, el Tribunal, a la luz de las pruebas practicadas, no la encuentra suficientemente fundada.

4.3. Fallo

Por el ello, el Tribunal concluye que, en el presente caso, ha habido violación del artículo 2 del Convenio y no aprecia violación del artículo 14 del Convenio en relación con sus artículos 2 y 8.

V. COMENTARIO

En esta Sentencia el Tribunal mantiene su exigencia de que para apreciar una violación del artículo 14 ha de acreditarse la existencia de una discriminación prohibida por el Convenio de forma autónoma y suficientemente fundada.

V

**CRÓNICA DE ACTIVIDAD
PARLAMENTARIA**

Ángeles Nieto Lozano, María Isabel Prada Barrio
y Manuel José García Álvarez ★

La Actividad Parlamentaria de enero a junio de 2005 (VII Legislatura)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA.—III. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA.—3.1. El Pleno de la Asamblea de Madrid.—3.2. Las Comisiones de la Asamblea de Madrid.—3.3. La Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid.—3.4. La Mesa de la Asamblea de Madrid.—3.5. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid.—IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA CÁMARA.—4.1. Relación de Leyes aprobadas.—V. RESUMEN DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA (enero/junio 2005).—5.1. Cuadros resumen de actividad parlamentaria.—5.2. Gráficos estadísticos.

I. INTRODUCCIÓN

El seguimiento de la actividad parlamentaria realizada en la Asamblea de Madrid, objeto de la presente crónica parlamentaria, tiene como finalidad ofrecer la información relativa al cuarto periodo de sesiones de la VII Legislatura, que comprende los meses de enero a junio de 2005.

La estructura del presente trabajo sigue el mismo esquema que el adoptado en anteriores números de la Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid.

II. COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA

Durante el cuarto periodo de sesiones de la VII Legislatura no se han producido modificaciones en cuanto a pérdida y adquisición de la condición de Diputado.

★ Jefa de Sección de Archivo, Jefe de Negociado de Archivo Administrativo y Administrativo dependiente del Negociado de Archivo Parlamentario, respectivamente, de la Asamblea de Madrid.

III. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA

3.1. El Pleno de la Asamblea de Madrid

Se han celebrado 16 sesiones plenarias ordinarias en el periodo de enero/junio de 2005.

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
Febrero	1	03-02-2005	320	2/2005
	2	10-02-2005	330	3/2005
	3	17-02-2005	344	4/2005
	Total sesiones mes de febrero 2005 3			
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de acta
	1	03-03-2005	357	5/2005
	2	10-03-2005	367	6/2005
	3	17-03-2005	378	7/2005
	Total sesiones mes de marzo 2005.....3			
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de acta
	1	07-04-2005	392	8/2005
	2	14-04-2005	405	9/2005
	3	21-04-2005	418	10/2005
	Total sesiones mes de abril 2005 3			
Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de acta
	1	05-05-2005	424	11/2005
	2	12-05-2005	437	12/2005
	3	19-05-2005	448	13/2005
	Total sesiones mes de mayo 2005 3			
Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de acta
	1	02-06-2005	461	14/2005
	2	09-06-2005	471	15/2005
	3	16-06-2005	482	16/2005
	4	23-06-2005	495	17/2005
	Total sesiones mes de junio 2005 4			
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 16				

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 periodo de sesiones ha sido de 168, de acuerdo con lo señalado a continuación:

COMISIONES PERMANENTES LEGISLATIVAS

3.2.1. *Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado*

3.2.1.1. *Constitución*

3 de diciembre de 2003 (D. SS. 3, de 3-12-03).

3.2.1.2. *Composición*

Se han producido las siguientes modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de comisión	Publicación
GPIU	Ilma. Sra. D. ^a Reyes Montiel Mesa	Ilmo. Sr. D. Fausto Fernández Díaz	—	BOAM 83, de 10-03-2005
GPIU	Designación del Ilmo. Sr. D. Fausto Fernández Díaz como Portavoz Adjunto en la Comisión		—	BOAM 83, de 10-03-2005

3.2.1.3. *Sesiones de la Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado*

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE ESTATUTO DE AUTONOMÍA, REGLAMENTO Y ESTATUTO DEL DIPUTADO

Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	09-06-2005	s/n.º
	Total sesiones mes de junio 2005 1		
Total sesiones enero/junio 2005 1			

3.2.2. Comisión de Presidencia

3.2.2.1. Constitución

3 de diciembre de 2003 (D. SS. 4, de 3-12-2003).

3.2.2.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de comisión	Publicación
GPS	Designación del Ilmo. Sr. D. Antonio Chazarra Montiel como Vicepresidente de la Comisión en sustitución de la Ilma. Sra. D. ^a María Dolores Rodríguez Gabucio		01/03/2005	D.SS. 350, de 10-03-2005 BOAM 83, de 10-03-2005

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	08-02-2005	324
	Total sesiones mes de febrero 2005.....1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	01-03-2005	350
	2	08-03-2005	361
	3	22-03-2005	381
	Total sesiones mes de marzo 2005 3		
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	05-04-2005	386
	2	19-04-2005	410
	Total sesiones mes de abril 2005 2		

Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	10-05-2005	430
	2	24-05-2005	455
	Total sesiones mes de mayo 2005 2		
Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	14-06-2005	475
	2	21-06-2005	489
	Total sesiones mes de junio 2005 2		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 10			

3.2.3. Comisión de Justicia e Interior

3.2.3.1. Constitución

3 de diciembre de 2003 (D. SS. 5, de 3-12-2003).

3.2.3.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/julio 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPIU	Designación del Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Reneses González-Solares como Portavoz Adjunto en la Comisión		—	BOAM 83, de 10-03-2005

3.2.3.3. Sesiones de la Comisión de Justicia e Interior

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE JUSTICIA E INTERIOR

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Febrero	1	02-02-2005	316
	2	16-02-2005	339
	Total sesiones mes de febrero 2005.....2		

Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	02-03-2005	353
	2	16-03-2005	373
	Total sesiones mes de marzo 2005 2		
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	13-04-2005	399
	2	20-04-2005	413
	Total sesiones mes de abril 2005 2		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	04-05-2005	420
	2	18-05-2005	444
	Total sesiones mes de mayo 2005 2		
Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	01-06-2005	457
	2	22-06-2005	491
	Total sesiones mes de junio 2005 2		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 10			

3.2.4. Comisión de Presupuestos y Hacienda

3.2.4.1. Constitución

3 de diciembre de 2003 (D. SS. 7 de 3-12-2003).

3.2.4.2. Composición

No se han producido modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) 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

Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	15-02-2005	335
	Total sesiones mes de febrero 2005.....1		

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Marzo	1	01-03-2005	349
	Total sesiones mes de marzo 2005 1		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Mayo	1	10-05-2005	431
	Total sesiones mes de mayo 2005 1		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Junio	1	21-06-2005	490
	Total sesiones mes de junio 2005 1		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 4			

3.2.5. Comisión de Economía e Innovación Tecnológica

3.2.5.1. Constitución

3 de diciembre de 2003 (D. SS. 8 de 3-12-2003).

3.2.5.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPIU	Ilma. Sra. D. ^a Reyes Montiel Mesa	Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Reneses González-Solares	—	BOAM 83, de 10-03-2005
GPIU	Designación del Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Reneses González-Solares como Portavoz en la Comisión		—	BOAM 83, de 10-03-2005
GPIU	Designación de la Ilma. Sra. D. ^a Margarita Ferré Luparia como Portavoz Adjunta en la Comisión		—	BOAM 83, de 10-03-2005

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	08-02-2005	325
	2	15-02-2005	336
	Total sesiones mes de febrero 2005.....2		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	08-03-2005	362
	2	15-03-2005	370
	Total sesiones mes de marzo 2005 2		
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	05-04-2005	387
	2	12-04-2005	398
	Total sesiones mes de abril 2005 2		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	10-05-2005	432
	2	17-05-2005	441
	Total sesiones mes de mayo 2005 2		
Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	07-06-2005	466
	2	14-06-2005	476
	Total sesiones mes de junio 2005 2		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 10			

3.2.6. Comisión de Transportes e Infraestructuras

3.2.6.1. Constitución

3 de diciembre de 2003 (D. SS. de 18-05-2000).

3.2.6.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPIU	Designación del Ilmo. Sr. D. Fausto Fernández Díaz como Portavoz en la Comisión, en sustitución del Ilmo. Sr. D. Eduardo Cuenca Cañizares		—	BOAM 83, de 10-03-2005
GPIU	Designación del Ilmo. Sr. D. Eduardo Cuenca Cañizares como Portavoz en la Comisión		—	BOAM 83, de 10-03-2005

3.2.6.3. Sesiones de la Comisión de Transportes e Infraestructuras

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE TRANSPORTES E INFRAESTRUCTURAS

Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	04-02-2005	321
	2	11-02-2005	331
	Total sesiones mes de febrero 2005.....2		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	04-03-2005	358
	Total sesiones mes de marzo 2005 1		
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	01-04-2005	382
	2	08-04-2005	394
	Total sesiones mes de abril 2005 2		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06-05-2005	426
	Total sesiones mes de mayo 2005 1		
Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	03-06-2005	463
	2	17-06-2005	485
	Total sesiones mes de junio 2005 2		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 8			

3.2.7. Comisión de Educación

3.2.7.1. Constitución

4 de diciembre de 2003 (D. SS. 11 de 4-12-2004).

3.2.7.2. Composición

No se han producido modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura.

3.2.7.3. Sesiones de la Comisión de Educación

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE EDUCACIÓN

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Febrero	1	02-02-2005	317
	2	09-02-2005	327
	3	16-02-2005	338
	Total sesiones mes de febrero 2005.....3		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	02-03-2005	352
	2	09-03-2005	364
	3	16-03-2005	372
	Total sesiones mes de marzo 2005 3		
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06-04-2005	389
	2	13-04-2005	400
	3	20-04-2005	412
	Total sesiones mes de abril 2005 3		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	04-05-2005	419
	2	11-05-2005	434
	3	18-05-2005	443
	Total sesiones mes de mayo 2005 3		

Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	01-06-2005	456
	2	08-06-2005	468
	3	15-06-2005	478
	4	22-06-2005	492
	Total sesiones mes de junio 2005 4		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 16			

3.2.8. Comisión de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

3.2.8.1. Constitución

4 de diciembre de 2003 (D. SS. 12 de 4-12-2003).

3.2.8.2. Composición: Se han producido las siguientes modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	Ilmo. Sr. D. Pablo Morillo Casals	Ilmo. Sr. D. Álvaro Moraga Valiente	—	BOAM 99, de 02-06-2005

3.2.8.3. Sesiones de la Comisión de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Febrero	1	08-02-2005	326
	2	15-02-2005	337
	Total sesiones mes de febrero 2005.....		2

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Marzo	1	01-03-2005	351
	2	08-03-2005	363
	3	15-03-2005	371
	Total sesiones mes de marzo 2005 3		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Abril	1	05-04-2005	388
	2	12-04-2005	397
	3	19-04-2005	411
	Total sesiones mes de abril 2005 3		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Mayo	1	10-05-2005	433
	2	17-05-2005	442
	Total sesiones mes de mayo 2005 2		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Junio	1	07-06-2005	467
	2	14-06-2005	477
	Total sesiones mes de junio 2005 2		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 12			

3.2.9. Comisión de Sanidad y Consumo

3.2.9.1. Constitución

4 de diciembre de 2003 (D. SS. 13 de 13-12-2003).

3.2.9.2. Composición: Se han producido las siguientes modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPIU	Ilmo. Sr. D. Eduardo Cuenca Cañizares	Ilmo Sr. D. Fausto Fernández Díaz	—	BOAM 83, de 10-03-2005

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPIU	Designación del Ilmo. Sr. D. Fausto Fernández Díaz como Portavoz Adjunto en la Comisión		—	BOAM 83, de 10-03-2005
GPP	Ilmo. Sr. D. Pablo Morillo Casals	Ilma. Sra. D.ª Elena Utrilla Palombi	—	BOAM 99, de 02-06-2005

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	09-02-2005	328
	2	16-02-2005	340
	Total sesiones mes de febrero 2005.....2		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	02-03-2005	354
	2	09-03-2005	365
	3	16-03-2005	374
	Total sesiones mes de marzo 2005 3		
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06-04-2005	390
	2	13-04-2005	401
	3	20-04-2005	414
	Total sesiones mes de abril 2005 3		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	04-05-2005	421
	2	11-05-2005	435
	3	18-05-2005	445
	Total sesiones mes de mayo 2005 3		

Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	01-06-2005	458
	2	08-06-2005	469
	3	15-06-2005	479
	4	22-06-2005	493
	Total sesiones mes de junio 2005 4		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 15			

3.2.10. Comisión de Cultura y Deportes

3.2.10.1. Constitución

4 de diciembre de 2003 (D. SS. 14 de 4-12-2003).

3.2.10.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha de comisión	Publicación
GPIU	Ilmo. Sr. D. Fausto Fernández Díaz	Ilmo. Sr. D. Luis Suárez Machota	—	BOAM 83, de 10-03-2005
GPIU	Designación del Ilmo. Sr. D. Luis Suárez Machota como Portavoz Adjunto en la Comisión		—	BOAM 83, de 10-03-2005

3.2.10.3. Sesiones de la Comisión de Cultura y Deportes

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE CULTURA Y DEPORTES

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Febrero	1	14-02-2005	334
	2	21-02-2005	348
	Total sesiones mes de febrero 2005.....		2

Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	14-03-2005	369
	Total sesiones mes de marzo 2005 1		
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	11-04-2005	396
	2	18-04-2005	408
	Total sesiones mes de abril 2005 2		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	16-05-2005	440
	2	23-05-2005	453
	Total sesiones mes de mayo 2005 2		
Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	13-06-2005	474
	2	20-06-2005	488
	Total sesiones mes de junio 2005 2		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 9			

3.2.11. Comisión de Familia y Asuntos Sociales

3.2.11.1. Constitución

4 de diciembre de 2003 (D. SS. 15 de 4-12-2003).

3.2.11.2. Composición

No se han producido modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) 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	07-02-2005	323
	2	14-02-2005	333
	3	21-02-2005	346
	Total sesiones mes de febrero 2005.....3		

Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	07-03-2005	359
	2	14-03-2005	368
	3	21-03-2005	380
	Total sesiones mes de marzo 2005 3		
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	04-04-2005	384
	2	11-04-2005	395
	Total sesiones mes de abril 2005 2		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	09-05-2005	428
	2	16-05-2005	439
	3	23-05-2005	451
	Total sesiones mes de mayo 2005 3		
Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06-06-2005	464
	2	13-06-2005	473
	3	20-06-2005	486
	Total sesiones mes de junio 2005 3		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 14			

3.2.12. Comisión de Empleo

3.2.12.1. Constitución

4 de diciembre de 2003 (D. SS. 16 de 4-12-2003).

3.2.12.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPIU	Ilmo. Sr. D. Eduardo Cuenca Cañizares	Ilmo. Sr. D. Fausto Fernández Díaz	—	BOAM 83, de 10-03-2005

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPIU	Designación del Ilmo. Sr. D. Fausto Fernández Díaz como Portavoz Adjunto en la Comisión		—	BOAM 83, de 10-03-2005

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	21-02-2005	347
	Total sesiones mes de febrero 2005.....1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	07-03-2005	360
	Total sesiones mes de marzo 2005 1		
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	04-04-2005	385
	2	18-04-2005	409
	Total sesiones mes de abril 2005 2		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	09-05-2005	429
	2	23-05-2005	454
	Total sesiones mes de mayo 2005 2		
Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06-06-2005	465
	Total sesiones mes de junio 2005 1		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 7			

3.2.13. Comisión de Mujer

3.2.13.1. Constitución

3 de diciembre de 2003 (D. SS. 6 de 3-12-2003).

3.2.13.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el tercer periodo de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	Designación de la Ilma. Sra. D. ^a Virginia Aranda Pizarro como Portavoz Adjunta en la Comisión en sustitución de la Ilma. Sra. D. ^a Helena Almazán Vicario		—	BOAM 80, de 17-02-2005
GPIU	Ilma. Sra. D. ^a Margarita Ferré Luparia	Ilma. Sra. D. ^a Reyes Montiel Mesa	—	BOAM 83, de 10-03-2005
GPIU	Designación de la Ilma. Sra. D. ^a Reyes Montiel Mesa como Portavoz en la Comisión		—	BOAM 83, de 10-03-2005

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	11-02-2005	332
	2	11-02-2005	332
	Total sesiones mes de febrero 2005.....2		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	18-03-2005	379
	Total sesiones mes de marzo 2005 1		
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	08-04-2005	393
	Total sesiones mes de abril 2005 1		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	13-05-2005	438
	Total sesiones mes de mayo 2005 1		

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Junio	1	17-06-2005	484
	Total sesiones mes de junio 2005 1		
	Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 6		

3.2.14. Comisión de Juventud

3.2.14.1. Constitución

4 de diciembre 2003 (D. SS. 18 de 4-12-2003).

3.2.14.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	Ilmo. Sr. D. Francisco de Borja Carabante Muntadas	Ilma. Sra. D. ^a Ana María Abella Álava	—	BOAM 77, de 03-02-2005
GPP	Ilma. Sra. D. ^a Begoña García Martín	Ilma. Sra. D. ^a Ana María Fernández Mallo	—	BOAM 77, de 03-02-2005
GPP	Designación de la Ilma. Sra. D. ^a Ana María Abella Álava como Secretaria de la Comisión, en sustitución del Ilmo. Sr. D. Francisco de Borja Carabante Muntada		—	D. SS. 322, de 04-02-2005 BOAM 79, de 01-02-2005

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	04-02-2005	322
	2	18-02-2005	345
	Total sesiones mes de febrero 2005.....2		
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	01-04-2005	383
	2	15-04-2005	406
	Total sesiones mes de abril 2005 2		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06-05-2005	427
	2	20-05-2005	450
	Total sesiones mes de mayo 2005 2		
Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	10-06-2005	472
	Total sesiones mes de junio 2005 1		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 7			

COMISIONES PERMANENTES NO LEGISLATIVAS

3.2.15. Comisión de Vigilancia de las Contrataciones

3.2.15.1. Constitución

4 de diciembre de 2003 (D. SS. 17 de 4-12-2003).

3.2.15.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPIU	Ilmo. Sr. D. Eduardo Cuenca Cañizares	Ilma. Sra. D. ^a Reyes Montiel Mesa	—	BOAM 83, de 10-03-2005
GPIU	Designación del Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Reneses González-Solares como Portavoz en la Comisión		—	BOAM 83, de 03-02-2005
GPIU	Designación del Ilmo. Sr. D. Luis Suárez Machota como Portavoz Adjunto en la Comisión		—	BOAM 83, de 10-02-2005

3.2.15.3. Sesiones de la Comisión de Vigilancia de las Contrataciones

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE VIGILANCIA DE LAS CONTRATACIONES

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Febrero	1	03-02-2005	319
	Total sesiones mes de febrero 2005.....1		
Marzo	1	03-03-2005	356
	Total sesiones mes de marzo 2005 1		
Abril	1	21-04-2005	416
	Total sesiones mes de abril 2005 1		
Mayo	1	05-05-2005	422
	Total sesiones mes de mayo 2005 1		
Junio	1	02-06-2005	459
	Total sesiones mes de junio 2005 1		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 5			

3.2.16. Comisión de Control del Ente Público Radio Televisión Madrid

3.2.16.1. Constitución

3 de diciembre de 2003 (D. SS. 4 de 3-12-2003).

3.2.16.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPIU	Designación del Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Reneses González-Solares como Portavoz en la Comisión		—	BOAM 83, de 10-03-2005
GIU	Designación del Ilmo. Sr. D. Fausto Fernández Díaz como Portavoz Adjunto en la Comisión		—	BOAM 83, de 10-03-2005

3.2.16.3. 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	17-02-2005	342
	Total sesiones mes de febrero 2005.....1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	17-03-2005	376
	Total sesiones mes de marzo 2005 1		
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	14-04-2005	404
	2	21-04-2005	417
	Total sesiones mes de abril 2005 2		

Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	05-05-2005	423
	2	19-05-2005	447
	Total sesiones mes de mayo 2005 2		
Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	02-06-2005	460
	2	16-06-2005	481
	Total sesiones mes de junio 2005 2		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 8			

COMISIONES NO PERMANENTES

3.2.17. Comisión de Estudio sobre la Inmigración en la Comunidad de Madrid

3.2.17.1. Constitución

18 de marzo de 2004 (D. SS. 86 de 18-03-2004).

3.2.17.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPIU	Ilmo. Sr. D. Luis Suárez Machota	Ilmo. Sr. D. Fausto Fernández Díaz	—	BOAM 83, de 10-03-2005
GPIU	Designación del Ilmo. Sr. D. Fausto Fernández Díaz como Portavoz Adjunto en la Comisión y del Ilmo. Sr. D. Jorge García Castaño como tercer miembro en la Comisión		—	BOAM 83, de 10-03-2005

3.2.17.3. Sesiones de la Comisión de Estudio sobre la Inmigración en la Comunidad de Madrid

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE ESTUDIO SOBRE LA INMIGRACIÓN EN LA COMUNIDAD DE MADRID

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Febrero	1	17-02-2005	341
	Total sesiones mes de febrero 2005.....1		
Marzo	1	17-03-2005	375
	Total sesiones mes de marzo 2005 1		
Abril	1	14-04-2005	402
	Total sesiones mes de abril 2005 1		
Mayo	1	19-05-2005	446
	Total sesiones mes de mayo 2005 1		
Junio	1	16-06-2005	480
	Total sesiones mes de junio 2005 1		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 5			

3.2.18. Comisión de Estudio para la Reducción de la Lista de Espera Diagnóstica

3.2.18.1. Constitución

23 de junio de 2004 (D. SS. 209 de 23-06-2004).

3.2.18.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPIU	Ilma. Sra. D. ^a Reyes Montiel Mesa	Ilmo. Sr. D. Eduardo Cuenca Cañizares	—	BOAM 83, de 10-03-2005
GPIU	Designación del Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Reneses González-Solares como Portavoz Adjunto en la Comisión		—	BOAM 83, de 10-03-2005

3.2.18.3. *Sesiones de la Comisión de Estudio para la Reducción de la Lista de Espera Diagnóstica*

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE ESTUDIO PARA LA REDUCCIÓN DE LA LISTA DE ESPERA DIAGNÓSTICA

Enero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	20-01-2005	313
	2	27-01-2005	315
	Total sesiones mes de enero 2005.....2		
Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	03-02-2005	318
	2	10-02-2005	329
	3	17-02-2005	343
	Total sesiones mes de febrero 2005.....3		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	03-03-2005	355
	2	10-03-2005	366
	3	17-03-2005	377
	Total sesiones mes de marzo 2005 3		
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	07-04-2005	391
	2	14-04-2005	403
	3	21-04-2005	415
	Total sesiones mes de abril 2005 3		

Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	05-05-2005	425
	2	12-05-2005	436
	3	19-05-2005	449
	Total sesiones mes de mayo 2005 3		
Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	02-06-2005	462
	2	09-06-2005	470
	3	16-06-2005	483
	4	23-06-2005	494
	Total sesiones mes de junio 2005 4		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 18			

3.2.19. Comisión de Estudio para el Desarrollo de la Sociedad de la Información y el Conocimiento

3.2.19.1. Constitución

23 de junio de 2004 (D. SS. 208 de 23-06-2004).

3.2.19.2. Composición

Se han producido las siguientes modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura.

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPIU	Ilmo. Sr. D. Jorge García Castaño	Ilmo. Sr. D. Eduardo Cuenca Cañizares	—	BOAM 83, de 10-03-2005
GPIU	Designación del Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Reneses González-Solares como Portavoz Adjunto en la Comisión		—	BOAM 83, de 10-03-2005

3.2.19.3. Sesiones de la Comisión de Estudio para el Desarrollo de la Sociedad de la Información y el Conocimiento

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE ESTUDIO PARA EL DESARROLLO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL CONOCIMIENTO

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Abril	1	18-04-2005	407
	Total sesiones mes de abril 2005 1		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Mayo	1	23-05-2005	452
	Total sesiones mes de mayo 2005 1		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Junio	1	20-06-2005	487
	Total sesiones mes de junio 2005 1		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 3			

3.3. La Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid

3.3.1. Composición

Acuerdo de mesa de 26 de noviembre de 2003 (BOAM 8, de 18-12-2003).

3.3.2. Designación de miembros: Se han producido las siguientes modificaciones en el cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura

Grupo	Sesión Plenaria	Designación	Publicación
GPP	10-02-2005	Designación de la Ilma. Sra. D. ^a María del Carmen Rodríguez Flores, anterior suplente del Ilmo. Sr. D. Francisco José Granados Lerena, como suplente del Ilmo. Sr. D. Antonio Germán Beteta Barreda	D. SS. 330, de 10-02-2005 BOAM 80, de 17-02-2005

Grupo	Sesión Plenaria	Designación	Publicación
GPP	10-02-2005	Designación de la Ilma. Sra. D. ^a Isabel Gema González González, anterior suplente del Ilmo. Sr. D. Antonio Germán Beteta Barreda, como suplente del Ilmo. Sr. D. Francisco José Granados Lerena	D. SS. 330, de 10-02-2005 BOAM 80, de 17-02-2005
GPIU	17-03-2005	Designación del Ilmo. Sr. D. José Guillermo Marín Calvo como titular y designación del Ilmo. Sr. D. Fausto Fernández Díaz como suplente	D. SS. 377, de 17-03-2005 BOAM 86, de 23-03-2005
GPP	23-06-2005	Designación del Ilmo. Sr. D. Jacobo Beltrán Pedreira, anterior suplente de la Ilma. Sra. D. ^a Paloma Martín Martín, como suplente de la Ilma. Sra. D. ^a Esperanza Aguirre Gil de Biedma	D. SS. 495, de 23-06-2005 BOAM 105, de 30-06-2005
GPP	23-06-2005	Designación de D. Javier Rodríguez Rodríguez, anterior suplente de D. Esperanza Aguirre Gil de Biedma, como suplente de D. ^a Paloma Martín Martín	D. SS. 495, de 23-06-2005 BOAM 105, 30-06-2005

3.3.3. Sesiones de la Diputación Permanente

Sesiones de las Comisiones

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Enero	1	25-01-2005	314
	Total sesiones mes de abril 2005 1		
	Total sesiones enero/junio 2005 1		

3.4. La Mesa de la Asamblea de Madrid

3.4.1. Sesión constitutiva de 12 de noviembre de 2003 (D. SS. 1 de 12-11-2003)

Elección de los miembros de la Mesa de la Asamblea.

3.4.2. Composición de la Mesa de la Asamblea (BOAM 1, de 18-11-2003)

Presidenta: Excma. Sra. D.^a Concepción Dancausa Treviño (G. P. Popular).
Vicepresidente Primero: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Echevarría Echániz (G. P. Popular).

Vicepresidente Segundo: Ilmo. Sr. D. Francisco Cabaco López (G. P. Socialista).

Vicepresidenta Tercera: Ilma. Sra. D.^a M.^a Reyes Montiel Mesa (G. P. de Izquierda Unida).

Secretaria Primera: Ilma. Sra. D.^a M.^a Paloma Adrados Gautier (G. P. Popular).

Secretaria Segunda: Ilma. Sra. D.^a M.^a Helena Almazán Vicario (G. P. Socialista).

Secretaria Tercera: Ilma. Sra. D.^a M.^a Carmen Álvarez-Arenas Cisneros (G. P. Popular).

3.4.3. Sesiones de la Mesa de la Asamblea

Sesiones de la Mesa

	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	Mesa de la Diputación Permanente		
Enero	1	17-01-2005	1/2005
	2	24-01-2005	2/2005
	3	31-01-2005	3/2005
	Total sesiones mes de enero 2005.....3		
Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	07-02-2005	4/2005
	2	14-02-2005	5/2005
	3	21-02-2005	6/2005
	4	28-02-2005	7/2005
	Total sesiones mes de febrero 2005.....4		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	08-03-2005	8/2005
	2	14-03-2005	9/2005
	3	28-03-2005	10/2005
	Total sesiones mes de marzo 2005 3		

Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	04-04-2005	11/2005
	2	11-04-2005	12/2005
	3	18-04-2005	13/2005
	4	19-04-2005	14/2005
	5	25-04-2005	15/2005
	Total sesiones mes de abril 2005 5		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	04-05-2005	16/2005
	2	09-05-2005	17/2005
	3	16-05-2005	18/2005
	4	23-05-2005	19/2005
	5	30-05-2005	20/2005
	Total sesiones mes de mayo 2005 5		
Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	06-06-2005	21/2005
	2	13-06-2005	22/2005
	3	20-06-2005	23/2005
	4	27-06-2005	24/2005
	Total sesiones mes de junio 2005 4		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 24			

3.5. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid

3.5.1. Composición cuarto periodo de sesiones (enero/junio 2005) de la VII Legislatura

Designación de asistentes a la Junta de Portavoces.

Grupo Parlamentario Popular:

Portavoz: Ilmo. Sr. D. Antonio Germán Beteta Barreda.

Portavoces Adjuntos: Ilma. Sra. D.^a Cristina Cifuentes Cuencas e Ilmo. Sr. D. Juan Soler Espiaúba Gallo.

Grupo Parlamentario Socialista:

Portavoz: Ilmo. Sr. D. Rafael Simancas Simancas.

Portavoces Adjuntas: Ilma. Sra. D.^a Ruth Porta Cantoni e Ilma. Sra. D.^a Matilde Fernández Sanz.

Grupo Parlamentario de Izquierda Unida:

Portavoz: Ilmo. Sr. D. José Guillermo Marín Calvo.

Portavoces Adjuntos: Ilmo. Sr. D. Jorge García Castaño e Ilma. Sra. D.^a Margarita Ferre Luparia.

3.5.2. Sesiones de la Junta de Portavoces

Sesiones de la Junta de Portavoces

Enero	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	25-01-2005	1/2005
Total sesiones mes de enero 2005.....1			
Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	01-02-2005	2/2005
	2	08-02-2005	3/2005
	3	10-02-2005	4/2005
	4	15-02-2005	5/2005
	5	22-02-2005	6/2005
	Total sesiones mes de febrero 2005.....5		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	01-03-2005	7/2005
	2	08-03-2005	8/2005
	3	15-03-2005	9/2005
	4	29-03-2005	10/2005
	Total sesiones mes de marzo 2005 4		
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	05-04-2005	11/2005
	2	12-04-2005	12/2005
	3	19-04-2005	13/2005
	4	26-04-2005	14/2005
	Total sesiones mes de abril 2005 4		

Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	04-05-2005	15/2005
	2	10-05-2005	16/2005
	3	17-05-2005	17/2005
	4	24-05-2005	18/2005
	5	31-05-2005	19/2005
	Total sesiones mes de mayo 2005 5		
Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	07-06-2005	20/2005
	2	14-06-2005	21/2005
	3	21-06-2005	22/2005
	Total sesiones mes de junio 2005 3		
Total sesiones cuarto periodo (enero/junio 2005) 22			

IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA CÁMARA

En el cuarto periodo de sesiones de la VII Legislatura (enero/junio 2005) se han aprobado 3 leyes.

4.1. Relación de Leyes aprobadas

[LEY 1/2005, de 12 de abril] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 1/2005 (VII).

«Por la que se fija en Pozuelo de Alarcón la capital del Partido Judicial número 21 de la Comunidad de Madrid.»

BOAM, núm. 90, fecha 14 de abril de 2005, **BOCM**, núm. 91, fecha 18 de abril de 2004, **BOE**, núm. 145, fecha 18 de junio de 2005.

[LEY 2/2005, de 12 de abril] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 2/2005 (VII).

«De modificación de la Ley 9/200, del Suelo de la Comunidad de Madrid.»

BOAM, núm. 90, fecha 14 de abril de 2005, **BOCM**, núm. 87, fecha 13 de abril de 2004, **BOE**, núm. 145, fecha 18 de junio de 2005.

[LEY 3/2005, de 23 de mayo] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 8/2004 (VII).

«Por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el Registro correspondiente.»

BOAM, núm. 97, fecha 20 de mayo de 2005, **BOCM**, núm. 140, fecha 14 de junio de 2005.

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 tercer periodo de la VII Legislatura (julio/diciembre 2004) y su estado de tramitación.

Iniciativas	Presentadas	Pendientes	Tramitadas		Decaídas	No admitidas	Transformadas	Retiradas
Proyectos de Ley	2	—	2		—	—	—	—
Proposiciones de Ley	—	—	—		—	—	—	—
Proposiciones no de Ley	67	28	Aprob.: 20	Rechaz.: 14	—	2	—	3
			34					
Interpelaciones	19	9	8		—	1	—	1
Mociones	10	—	Aprob.: —	Rechaz.: 10	—	—	—	—
			10					
Comparecencias	318	Pleno: 17	Comis.: 140	Pleno: 25	Comis.: 122	12	—	1
		157		148				
P. Orales Pleno	240	—	205		3	1	13	18
P. Orales Comisión	284	2	121		2	7	115	37
Preguntas escritas	2.209	245	1.714		—	89	161 Calif. como PI/PE	—
P. de Información	1.499	314	1.152		—	32	— Calif. como PE/PI	1
Total	4.648	755	3.394		5	144	289	61
C. de Gobierno	44	7	37		—	—	—	—

El cuadro resumen que se expresa a continuación recoge las iniciativas parlamentarias presentadas por Autores.

Iniciativas Parlamentarias	TOTAL	GP Popular	GP Socialista	GP Izquierda Unida	GP Popular/Socialista/Izquierda Unida	GP Socialista/Izquierda Unida	Ponencia de la Comisión de la Mujer	C. de Estudio para la Reducción de la Lista de Espera de Diagnóstica	Gobierno
Proyectos de Ley	2	—	—	—	—	—	—	—	2
Proposiciones de Ley	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Proposiciones no de Ley	67	23	18	25	—	1	—	—	—
Interpelaciones	19	—	13	6	—	—	—	—	—
Mociones	10	—	8	2	—	—	—	—	—
Comparecencias	318	22	163	60	23	—	34	—	16
Preguntas orales Pleno	240	87	92	61	—	—	—	—	—
Preguntas orales Comisión	284	59	202	23	—	—	—	—	—
Preguntas escritas ★	2.209	—	2.170	39	—	—	—	—	—
P. de Información	1.499	1	1.415	82	—	—	—	1	—
Totales	4.648	192	4.081	298	23	1	34	1	18

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 cuarto periodo de sesiones de la VII Legislatura (enero/junio 2005).

**GRÁFICO PORCENTUAL POR TRAMITACIÓN
INICIATIVAS PRESENTADAS: 4.648
CUARTO PERIODO (ENERO/JUNIO 2005)**

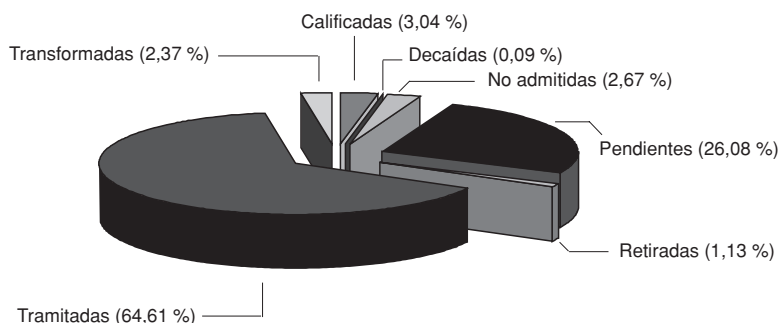
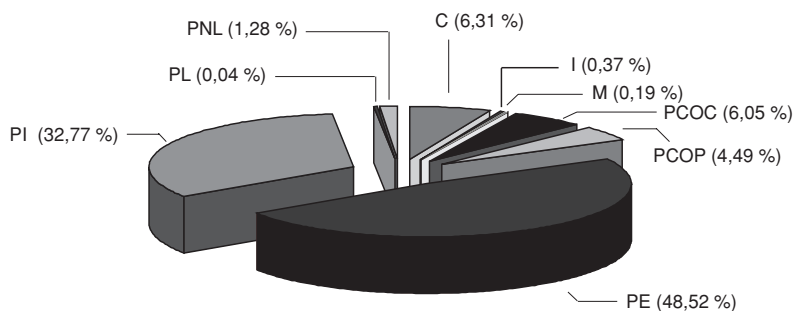


**GRÁFICO PORCENTUAL DE INICIATIVAS
INICIATIVAS PRESENTADAS: 4.648
CUARTO PERIODO (ENERO/JUNIO 2005)**



VI

DOCUMENTACIÓN

Los Parlamentos españoles y sus normas de organización y funcionamiento (II): Estatutos de Personal y Reglamentos de Régimen Interior

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. CORTES GENERALES.—2.1. Congreso de los Diputados.—2.2. Senado.—III. ASAMBLEAS LEGISLATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—3.1. Parlamento de Andalucía.—3.2. Cortes de Aragón.—3.3. Junta General del Principado de Asturias.—3.4. Parlamento de las Islas Baleares.—3.5. Parlamento de Canarias.—3.6. Parlamento de Cantabria.—3.7. Cortes de Castilla-La Mancha.—3.8. Cortes de Castilla y León.—3.9. Parlamento de Cataluña.—3.10. Asamblea de Extremadura.—3.11. Parlamento de Galicia.—3.12. Asamblea de Madrid.—3.13. Asamblea Regional de Murcia.—3.14. Parlamento de Navarra.—3.15. Parlamento Vasco.—3.16. Parlamento de La Rioja.—3.17. Cortes Valencianas.

I. INTRODUCCIÓN

La documentación que aquí se presenta es la segunda parte del trabajo que bajo el título «Los Parlamentos españoles y sus normas de organización y funcionamiento» fue iniciado en el anterior número de la revista. Esta vez, a diferencia de la primera parte, se aborda el marco regulador de la Administración Parlamentaria en sus textos básicos, es decir, sus Estatutos de Personal y Reglamentos de Régimen Interior. Tanto en esta parte como la anterior se recogen todas las normas parlamentarias dictadas por las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, conforme a la potestad de autorregulación que les confiere la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

* Jefe del Servicio de Documentación y Biblioteca de la Asamblea de Madrid.

No se trata, pues, de un trabajo de opinión o estudio sobre el ordenamiento jurídico parlamentario, sino de un trabajo destinado a facilitar a los Servicios Jurídicos de los Parlamentos y los estudiosos del Derecho político y constitucional un conjunto estructurado de referencias legales cuya consulta puede resultar de suma utilidad para conocer el ordenamiento jurídico interno de los Parlamentos españoles.

A la hora de recopilar y ordenar las normas básicas relativas a la Administración Parlamentaria se ha tenido en cuenta la diferenciación que por parte de algunos parlamentos se hace entre Estatutos de Personal y Reglamentos de Régimen Interior, estableciendo al efecto los correspondientes subapartados.

Por otro lado, y con el fin de que el lector interesado pueda acceder a los textos reseñados, la información facilitada recoge la cita de la publicación oficial donde se encuentra publicada la norma.

Por último, es de justicia señalar que para la elaboración de este trabajo nos ha sido de suma utilidad la información que con carácter previo a la depuración de los datos hemos podido obtener de la Base de Datos «Infopar» constituida en 1991 por la Biblioteca de la Asamblea de Madrid y mantenida en la actualidad por el personal adscrito al Servicio de Documentación y Biblioteca de la Asamblea de Madrid.

II. CORTES GENERALES

Estatuto de Personal

España. Cortes Generales (3.^a Leg. 1989)

Estatuto de Personal de las Cortes Generales, de 26 de junio de 1989.
En: *BOCG* Congreso, Serie E, núm. 199, 25 de julio de 1989.
En: *BOE*, núm. 177, 26 de julio de 1989.

España. Cortes Generales (4.^a Leg. 1991)

Modificación del Estatuto de Personal de las Cortes Generales, de 17 de enero de 1991.
En: *BOCG*, Serie B, núm. 2, 27 de febrero de 1991.
En: *BOE*, núm. 50, 27 de febrero de 2002.

España. Cortes Generales (5.^a Leg. 1994)

Modificación del Estatuto de Personal de las Cortes Generales, de 28 de noviembre de 1994.
En: *BOCG*, Serie B, núm. 41, 30 de noviembre de 1994.
En: *BOE*, núm. 286, 30 de noviembre de 1994.

España. Cortes Generales (5.^a Leg. 1995)

Modificación del Estatuto de Personal de las Cortes Generales, de 11 de julio de 1995.

En: *BOCG*, Serie B, núm. 48, 26 de julio de 1995.

En: *BOE*, núm. 177, 26 de julio de 1995.

España. Cortes Generales (6.^a Leg. 1996)

Modificación del Estatuto de Personal de las Cortes Generales (Secretaría General), de 28 de junio de 1996.

En: *BOCG*, Serie B, núm. 6, 29 de junio de 1996.

En: *BOE*, núm. 159, 2 de julio de 1996.

España. Cortes Generales (6.^a Leg. 1996)

Modificación del Estatuto de Personal de las Cortes Generales (Secretaría General), de 28 de junio de 1996.

En: *BOCG*, Serie B, núm. 6, 29 de junio de 1996.

En: *BOE*, núm. 159, 2 de julio de 1996.

España. Cortes Generales (6.^a Leg. 1996)

Modificación del Estatuto de Personal de las Cortes Generales (edad de jubilación de funcionarios), de 19 de diciembre de 1996.

En: *BOE*, núm. 30, 4 de febrero de 1997.

En: *BOCG*, Serie B, núm. 33, 31 de diciembre de 1996.

España. Cortes Generales (6.^a Leg. 1997)

Modificación del Estatuto de Personal de las Cortes Generales (Licencias por adopción, retribuciones), de 17 de julio de 1997.

En: *BOE*, núm. 193, 13 de agosto de 1997.

En: *BOCG*, Serie B, núm. 51, 20 de agosto de 1997.

España. Cortes Generales (6.^a Leg. 2001)

Modificación del Estatuto de Personal de las Cortes Generales (arts. 14, 18, 23 y 24: armonización de la dedicación profesional con situaciones personales y familiares), por Acuerdo de 18 de diciembre de 2000.

En: *BOCG*, Serie B, núm. 20, 2 de febrero de 2001.

En: *BOE*, núm. 33, 7 de febrero de 2001.

España. Cortes Generales (8.^a Leg. 2004)

Modificación del Estatuto de Personal de las Cortes Generales (arts. 8 y 9: acceso a la condición de funcionario para personas con discapacidad,

ingreso en el Cuerpo de Ujieres...), por Acuerdo de 12 de julio de 2004, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado.

En: *BOE*, núm. 177, 23 de julio de 2004.

En: *BOCG*, Serie B, núm. 17, 23 de julio de 2004.

España. Cortes Generales (8.^a Leg. 2005)

Modificación del Estatuto de Personal de las Cortes Generales (apartado 2 del art. 37: reducción de jornada por guarda legal de menor, anciano o disminuido), por Acuerdo de 19 de enero de 2005 de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado.

En: *BOCG*, Serie B, núm. 37, 26 de enero de 2005.

En: *BOE*, núm. 30, 4 de febrero de 2005.

2.1. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

2.1.1. Reglamento de Régimen Interior

España. Congreso de los Diputados (3.^a Leg. 1989)

Normas de Organización de la Secretaría General del Congreso de los Diputados, de 27 de junio de 1989.

En: *BOCG* Congreso, Serie E, núm. 199, 25 de julio de 1989.

España. Congreso de los Diputados (5.^a Leg. 1995)

Resolución de la Mesa, de 5 de septiembre de 1995, por la que se modifican las Normas de organización de la Secretaría General del Congreso de los Diputados, de 27 de junio de 1989.

En: *BOCG* Congreso, Serie E, núm. 167, 23 de septiembre de 1995.

España. Congreso de los Diputados (6.^a Leg. 1996)

Resolución de la Mesa, de 28 de junio de 1996, por la que se modifican las Normas de organización de la Secretaría General del Congreso de los Diputados.

En: *BOCG* Congreso, Serie E, núm. 35, 29 de junio de 1996.

2.2. SENADO

2.2.1. *Reglamento de Régimen Interior*

España. Senado (4.^a Leg. 1989)

Normas de Organización de la Secretaría General del Senado, de 5 de diciembre de 1989.

En: *BOCG Senado*, Serie I, núm. 4, 15 de diciembre de 1989.

En: *BOCG Senado*, Serie I, núm. 20, 16 de febrero de 1990 (Corrección de errores).

España. Senado (5.^a Leg. 1995)

Resolución de la Mesa, de 12 de julio de 1995, por la que aprueban las Normas de Organización de la Secretaría General del Senado.

En: *BOCG Senado*, Serie I, núm. 321 ter, 23 de septiembre de 1995.

España. Senado (6.^a Leg. 1998)

Resolución de la Mesa, de 27 de mayo de 1998, por la que se modifican las Normas de organización de la Secretaría General del Senado.

En: *BOCG Senado*, Serie I, núm. 494, 9 de junio de 1998.

España. Senado (7.^a Leg. 2001)

Resolución de la Mesa, de 26 de julio de 2001, por la que se modifican las Normas de organización de la Secretaría General del Senado.

En: *BOCG Senado*, Serie I, núm. 261, 13 de septiembre de 2001.

III. ASAMBLEAS LEGISLATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

3.1. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

3.1.1. *Estatuto de Personal y Régimen Interior*

Andalucía. Parlamento (3.^a Leg. 1992)

Estatuto de Gobierno y Régimen Interior del Parlamento de Andalucía

En: *BOP4*, núm. 228, 18 de diciembre de 1992.

Andalucía. Parlamento (3.^a Leg. 1993)

Modificación del Estatuto de Gobierno y Régimen Interior (arts. 10 y 18), 23 de noviembre de 1993.

En: *BOP4*, núm. 325, 26 de noviembre de 1993.

Andalucía. Parlamento (4.^a Leg. 1995)

Modificación del Estatuto de Gobierno y Régimen Interior, de 31 de enero de 1995.

En: *BOPA*, núm. 60, 7 de marzo de 1995.

Andalucía. Parlamento (5.^a Leg. 1996)

Modificación del Texto Refundido del Estatuto de Gobierno y Régimen Interior (art. 41), de 26 de noviembre de 1996.

En: *BOPA*, núm. 71, 27 de diciembre de 1996.

Andalucía. Parlamento (5.^a Leg. 1996)

Texto Actualizado del Estatuto de Personal del Parlamento de Andalucía, aprobado por la Comisión de Gobierno Interior y Derechos Humanos, en sesión de 26 de noviembre de 1996.

En: *BOPA*, núm. 71, 27 de diciembre de 1996.

Andalucía. Parlamento (5.^a Leg. 1999)

Modificación de los artículos 7, 32 y 37 del Estatuto de Personal del Parlamento de Andalucía (jornada laboral de 35 horas), de 24 de marzo de 1998.

En: *BOPA*, núm. 318, 16 de abril de 1999.

3.2. CORTES DE ARAGÓN**3.2.1. Estatuto de Personal y Régimen Interior****Aragón. Cortes (1.^a Leg. 1987)**

Estatuto de Personal y Régimen Interior de las Cortes de Aragón, aprobado por Acuerdo de la Mesa de 9 de febrero de 1987.

En: *BOCA*, núm. 171, 16 de febrero de 1987.

En: *BOA*, núm. 18, 16 de febrero de 1987.

Aragón. Cortes (4.^a Leg. 1997)

Normas complementarias del Estatuto de Personal y Régimen Interior de las Cortes de Aragón, aprobadas por Acuerdo de la Mesa de 22 de diciembre de 1997.

En: *BOCA*, núm. 156, 30 de diciembre de 1997.

Aragón. Cortes (4.^a Leg. 1999)

Modificación del Estatuto de Personal y Régimen Interior de las Cortes de Aragón, de 19 de mayo de 1999 (supresión del art. 39).

En: *BOCA*, núm. 267, 16 de junio de 1999.

Aragón. Cortes (5.^a Leg. 1999)

Modificación del Estatuto de Personal y Régimen Interior de las Cortes de Aragón, de 18 de octubre de 1999 (vacaciones, permisos, jornada de trabajo, condiciones sociales).

En: *BOCA*, núm. 12, 26 de octubre de 1999.

En: *BOCA*, núm. 17, 18 de noviembre de 1999 (Corrección de errores).

Aragón. Cortes (5.^a Leg. 2000)

Modificación del Estatuto de Personal y Régimen Interior de las Cortes de Aragón, de 17 de noviembre de 2000 (art. 9.1: organización de la Secretaría General; art. 19: funciones del Servicio de Informática).

En: *BOCA*, núm. 92, 7 de diciembre de 2000.

3.3. JUNTA GENERAL DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS**3.3.1. Estatuto de Personal****Asturias (Com. Aut.). Junta General del Principado (3.^a Leg. 1993)**

Estatuto de Personal de la Junta General del Principado de Asturias, aprobado por Acuerdo de la Mesa de 4 de febrero de 1993.

En: *BOJG*, Serie F, núm. 41, 23 de febrero de 1993.

Asturias (Com. Aut.). Junta General del Principado (4.^a Leg. 1999)

Normas reguladoras de asuntos de personal, aprobadas por Acuerdo de la Mesa de 19 de enero de 1999.

En: *BOJG*, Serie C, núm. 112, 26 de enero de 1999.

3.3.2. Reglamento de Régimen Interior**Asturias (Com. Aut.). Junta General del Principado (3.^a Leg. 1993)**

Normas reguladoras de la estructura orgánica de la Junta General

En: *BOJG*, Serie F, núm. 41, 23 de febrero de 1993.

3.4. PARLAMENTO DE LAS ISLAS BALEARES

3.4.1. *Estatuto de Personal y Régimen Interior*

Baleares (Com. Aut.). Parlamento (5.ª Leg. 2000)

Estatuto del Personal del Parlamento de las Islas Baleares, aprobado por la Mesa, en sesión de 20 de diciembre de 2000.

En: *BOPIB*, núm. 77, 12 de enero de 2000.

Baleares (Com. Aut.). Parlamento (5.ª Leg. 2003)

Modificación de los artículos 10, 11, 13, 27 y 41.1 del Estatuto de Personal del Parlamento de las Islas Baleares.

En: *BOPIB*, núm. 180, 7 de abril de 2003.

Baleares (Com. Aut.). Parlamento (6.ª Leg. 2004)

Modificación de los artículos 10, 11, 13, 32 y 34 del Estatuto de Personal del Parlamento de las Islas Baleares.

En: *BOPIB*, núm. 48, 16 de julio de 2004.

3.5. PARLAMENTO DE CANARIAS

3.5.1. *Estatuto de Personal y Régimen Interior*

Canarias. Parlamento (4.ª Leg. 1997)

Normas de Gobierno Interior del Parlamento de Canarias, de 6 de febrero de 1997.

En: *BOPCN*, núm. 30, 10 de febrero de 1997.

En: *BOCAN*, núm. 39, 26 de marzo de 1997.

Canarias. Parlamento (4.ª Leg. 1997)

Acuerdo de la Mesa, de 19 de febrero de 1997, sobre reorganización de dependencias y servicios (Secretaría General y creación del Servicio de Publicaciones).

En: *BOPCN*, núm. 40, 7 de marzo de 1997.

Canarias. Parlamento (5.ª Leg. 2003)

Modificación de las Normas de Gobierno de Interior del Parlamento de Canarias, por Acuerdo de la Comisión de Reglamento de 19 de marzo de 2003.

En: *BOCAN*, núm. 204, 20 de octubre de 2003.

Canarias. Parlamento (5.^a Leg. 2003)

Normas de Gobierno de Interior del Parlamento de Canarias, de 6 de febrero de 1997: texto refundido.

En: *BOCAN*, núm. 206, 22 de octubre de 2003.

3.6. PARLAMENTO DE CANTABRIA*3.6.1. Estatuto de Personal***Cantabria (Com. Aut.). Asamblea Regional (3.^a Leg. 1991)**

Estatuto de Personal de la Asamblea Regional de Cantabria, aprobado por Acuerdo de la Mesa, de 4 de junio de 1991.

En: *BOARC*, núm. 62, 10 de junio de 1991.

En: *BOARC*, núm. 1, 24 de junio de 1991 (Corrección de errores).

Cantabria (Com. Aut.). Asamblea Regional (3.^a Leg. 1992)

Modificación del Estatuto de Personal de la Asamblea Regional de Cantabria, de 20 de enero de 1992.

En: *BOARC*, núm. 10, 24 de enero de 1992.

Cantabria (Com. Aut.). Asamblea Regional (3.^a Leg. 1995)

Reforma del Estatuto de Personal de la Asamblea Regional de Cantabria, adoptada por la Mesa-Comisión de Gobierno en sesiones de 22 de marzo y 11 de abril de 1995.

En: *BOARC*, núm. 59, 13 de abril de 1995.

Cantabria (Com. Aut.). Parlamento (6.^a Leg. 2004)

Modificación del Estatuto de Personal del Parlamento de Cantabria, acordado por la Comisión de Gobierno el 11 de junio de 2004 (permiso por hijos).

En: *BOPCT*, núm. 126, 15 de junio de 2004.

*3.6.2. Reglamento de Régimen Interior***Cantabria (Com. Aut.). Asamblea Regional (3.^a Leg. 1991)**

Reglamento de Gobierno y Régimen Interior de la Asamblea de Cantabria, de 4 de junio de 1991.

En: *BOARC*, núm. 62, 10 de junio de 1991.

Cantabria (Com. Aut.). Asamblea Regional (3.^a Leg. 1995)

Reforma del Reglamento de Gobierno y Régimen Interno de la Asamblea Regional de Cantabria, adoptada por la Mesa-Comisión de Gobierno en sesiones de 22 de marzo y 11 de abril de 1995.

En: *BOARC*, núm. 59, 13 de abril de 1995.

Cantabria (Com. Aut.). Asamblea Regional (4.^a Leg. 1998)

Reforma del Reglamento de Régimen Interior de la Asamblea Regional de Cantabria, adoptada por la Mesa-Comisión de Gobierno el 22 de febrero de 1998 (estructura orgánica, modificación de plantilla).

En: *BOARC*, núm. 57, 2 de marzo de 1998.

3.7. CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA*3.7.1. Estatuto de Personal***Castilla-La Mancha. Cortes (3.^a Leg. 1994)**

Estatuto de Personal, 22 de septiembre de 1994.

En: *BOCCM*, núm. 137, 28 de septiembre de 1994.

Castilla-La Mancha. Cortes (5.^a Leg. 2002)

Modificación del Estatuto de Personal (art. 46: electores), de 21 de noviembre de 2002.

En: *BOCCM*, núm. 236, 27 de noviembre de 2002.

*3.7.2. Reglamento de Régimen Interior***Castilla-La Mancha. Cortes (3.^a Leg. 1992)**

Estructura Orgánica de la Administración Parlamentaria, de 24 de septiembre de 1992.

En: *BOCCM*, núm. 36, 30 de septiembre de 1992.

3.8. CORTES DE CASTILLA Y LEÓN

3.8.1. Estatuto de Personal y Régimen Interior

Castilla y León. Cortes (5.^a Leg. 2001)

Estatuto de Personal de las Cortes de Castilla y León, aprobado por Acuerdo de Mesa de 18 de julio de 2001.

En: *BOCCL*, núm. 159, 21 de septiembre de 2001.

Castilla y León. Cortes (5.^a Leg. 2002)

Modificación del Estatuto de Personal de las Cortes de Castilla y León, de 20 de marzo de 2002.

En: *BOCCL*, núm. 215, 5 de abril de 2002.

Castilla y León. Cortes (5.^a Leg. 2002)

Modificación del Estatuto de Personal de las Cortes de Castilla y León, de 17 de julio de 2002.

En: *BOCCL*, núm. 246, 19 de julio de 2002.

Castilla y León. Cortes (6.^a Leg. 2004)

Modificación del Estatuto de Personal de las Cortes de Castilla y León, de 18 de noviembre de 2004.

En: *BOCCL*, núm. 114, 3 de diciembre de 2004.

3.9. PARLAMENTO DE CATALUÑA

3.9.1. Estatuto de Personal y Régimen Interior

Cataluña. Parlamento (1.^a Leg. 1981)

Estatuts de Règim i Govern Interior del Parlament de Catalunya, de 28 de abril de 1981.

En: *BOPC*, núm. 31, 11 de mayo de 1981.

Cataluña. Parlamento (3.^a Leg. 1989)

Text Refós del Estatuts del Règim i el Govern Interiors del Parlament de Catalunya, de 29 de marzo de 1989.

En: *BOPC*, núm. 55, 3 de abril de 1989.

Cataluña. Parlamento (3.^a Leg. 1989)

Modificació del Text Refós dels Estatuts del Règim i el Govern Interiors del Parlament de Catalunya, de 25 de abril de 1989.

En: *BOPC*, núm. 65, 2 de mayo de 1989.

Cataluña. Parlamento (3.^a Leg. 1990)

Modificació del Text Refós dels Estatuts del Règim i el Govern Interiors del Parlament de Catalunya, de 28 de marzo de 1990.

En: *BOPC*, núm. 150, 31 de marzo de 1990.

Cataluña. Parlamento (3.^a Leg. 1991)

Modificació del Text Refós dels Estatuts i el Govern Interiors del Parlament de Catalunya, de 28 de junio de 1991.

En: *BOPC*, núm. 283, 8 de julio de 1991.

Cataluña. Parlamento (4.^a Leg. 1994)

Modificació de l'article 40 del Estatuts del Règim i el Govern Interiors del Parlament de Catalunya (reincorporación de funcionarios en situación de excedencia) i de la classificació de llocs de treball annexa, de 15 de marzo de 1994.

En: *BOPC*, núm. 205, 21 de marzo de 1994.

Cataluña. Parlamento (4.^a Leg. 1994)

Modificació de la classificació de llocs de treball annexa al text refós de Estatuts del Règim i el Govern Interiors, de 28 de junio de 1994.

En: *BOPC*, núm. 248, 4 de julio de 1994.

Cataluña. Parlamento (5.^a Leg. 1998)

Estatuts del Règim i el Govern Interiors del Parlament de Catalunya. Modificació de la Classificació de Llocs de Treball annexa al text refós, del 29 de marzo de 1989.

En: *BOPC*, núm. 360, 31 de diciembre de 1998.

Cataluña. Parlamento (6.^a Leg. 1999)

Modificación de los Estatutos de Régimen y Gobierno Interiores del Parlamento de Cataluña, de 3 de diciembre de 1999 (funciones, puestos de trabajo).

En: *BOPC*, núm. 7, 20 de diciembre de 1999.

Cataluña. Parlamento (6.ª Leg. 2000)

Modificación de los títulos I y II de los Estatutos de Régimen y Gobierno Interiores del Parlamento de Cataluña, de 2 de mayo de 2000.

En: *BOPC*, núm. 62, 22 de mayo de 2000.

Cataluña. Parlamento (6.ª Leg. 2000)

Modificación del artículo 107 de los Estatutos de Régimen y Gobierno Interiores (pagos en las contrataciones) del Parlamento de Cataluña, de 10 de octubre de 2000.

En: *BOPC*, núm. 103, 23 de octubre de 2000.

Cataluña. Parlamento (6.ª Leg. 2001)

Modificación de determinados preceptos de los títulos I y II de los Estatutos de Régimen y Gobierno Interior de Parlamento de Cataluña

En: *BOPC*, núm. 210, 30 de julio de 2001.

Cataluña. Parlamento (6.ª Leg. 2002)

Modificació de l'article 104.5 dels Estatuts del Règim i el Govern Interiors del Parlament de Catalunya. (Modificació de la classificació de llocs de treball del Síndic de Greuges).

En: *BOPC*, núm. 320, 8 de julio de 2002.

Cataluña. Parlamento (6.ª Leg. 2002)

Modificació de determinats preceptes dels Estatuts del Règim i el Govern Interiors per afavorir la conciliació del treball del personal del Parlament amb la vida familiar i per autoritzar la refosa dels diversos textos vigents.

En: *BOPC*, núm. 320, 8 de julio de 2002 (n. 326, 23/07/2002, corr. err.).

Cataluña. Parlamento (6.ª Leg. 2002)

Modificació de determinats preceptes dels Estatuts del Règim i el Govern Interiors del Parlament de Catalunya.

En: *BOPC*, núm. 378, 30 de diciembre de 2002.

Cataluña. Parlamento (6.ª Leg. 2003)

Estatuts del Règim i el Govern Interiors del Parlament de Catalunya: text refós del 29 d'abril de 2003, aprobado por la Mesa, previa autorización de la Comissió de Govern Interior, en sesión de 27 de junio de 2002.

En: *BOPC*, núm. 454, 2 de septiembre de 2003.

Cataluña. Parlamento (7.^a Leg. 2004)

Modificació del Text refós dels Estatuts del Règim i el Govern Interiors del Parlament de Catalunya (TRERGI), de 19 de novembre de 2004.

En: *BOPC*, núm. 112, 15 de noviembre de 2004.

Cataluña. Parlamento (7.^a Leg. 2005)

Modificació del Text refós dels Estatuts del Règim i el Govern Interiors del Parlament de Catalunya (TRERGI), de 16 de junio de 2005.

En: *BOPC*, núm. 209, 12 de julio de 2005.

3.10. ASAMBLEA DE EXTREMADURA**3.10.1. Estatuto de Personal****Extremadura. Asamblea (4.^a Leg. 1996)**

Estatuto de Personal al Servicio de la Asamblea de Extremadura, aprobado por Acuerdo de la Mesa de 23 de octubre de 1996.

En: *BOAE*, núm. 71, 24 de octubre de 1996.

Extremadura. Asamblea (4.^a Leg. 1998)

Modificación del artículo 63 del Estatuto de Personal al servicio de la Asamblea de Extremadura (cumplimiento de horario de trabajo), de 30 de diciembre de 1997.

En: *BOAE*, núm. 141, 22 de enero de 1998.

Extremadura. Asamblea (5.^a Leg. 1999)

Modificación del Estatuto de Personal al servicio de la Asamblea de Extremadura (personal eventual), de 28 de diciembre de 1999.

En: *BOAE*, núm. 25, 31 de diciembre de 1999.

Extremadura. Asamblea (5.^a Leg. 2003)

Modificación del Estatuto de Personal de la Asamblea de Extremadura (creación de la plaza de Auxiliar de Ujier reservada a personas con minusvalía), de 4 de marzo de 2003.

En: *BOAE*, núm. 373, 14 de marzo de 2003.

3.10.2. *Reglamento de Régimen Interior*

Extremadura. Asamblea (3.^a Leg. 1994)

Reglamento de Régimen Interior y Gobierno de la Asamblea de Extremadura, de 27 de julio de 1994.

En: *BOAE*, núm. 137, 2 de septiembre de 1994.

En: *BOAE*, núm. 142, 19 de octubre de 1994 (Corrección de errores).

Extremadura. Asamblea (4.^a Leg. 1995)

Modificación de la redacción del artículo 34 del Reglamento de Régimen Interior y Gobierno de la Cámara en su apartado 1, *in fine* (Funcionarios eventuales).

En: *BOAE*, núm. 1, 4 de julio de 1995.

3.11. PARLAMENTO DE GALICIA

3.11.1. *Estatuto de Personal*

Galicia. Parlamento (1.^a Leg. 1984)

Estatuto de Personal del Parlamento de Galicia, aprobado por Acuerdo de la Mesa de 7 de febrero de 1984.

En: *BOPG*, núm. 216, 10 de febrero de 1984.

Galicia. Parlamento (2.^a Leg. 1988)

Reforma del artículo 98 del Estatuto de Personal del Parlamento de Galicia, de 9 de mayo de 1988.

En: *BOPG*, núm. 285, 6 de agosto de 1988.

Galicia. Parlamento (4.^a Leg. 1995)

Modificación dos apartados 2 e 3 do artigo 98 do Estatuto de Persoal do Parlamento de Galicia (condición de electores y elegibles; duración del mandato), de 28 de marzo de 1995.

En: *BOPG*, núm. 238, 31 de marzo de 1995.

3.11.2. *Reglamento de Régimen Interior*

Galicia. Parlamento (6.^a Leg. 2003)

Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Administración del Parlamento de Galicia, de 15 de abril de 2003.

En: *BOPG*, núm. 362, 27 de mayo de 2003.

En: *DOG*, núm. 131, 8 de julio de 2003.

Galicia. Parlamento (7.^a Leg. 2005)

Modificación del Reglamento de organización y funcionamiento de la Administración del Parlamento de Galicia, por Acuerdo de la Mesa de 13 de octubre de 2005.

En: *DOG*, núm. 206, 26 de octubre de 2005.

3.12. ASAMBLEA DE MADRID

3.12.1. Estatuto de Personal

Madrid (Com. Aut.). Asamblea (5.^a Leg. 2001)

Reforma global del Estatuto de Personal de la Asamblea de Madrid, aprobada por Acuerdo del Pleno de 28 de noviembre de 2001.

En: *BOAM*, núm. 124, 29 de noviembre de 2001.

En: *BOCM*, núm. 19, 23 de enero de 2002.

En: *BOE*, núm. 88, 12 de abril de 2002.

3.12.2. Reglamento de Régimen Interior

Madrid (Com. Aut.). Asamblea (5.^a Leg. 2001)

Reforma global del Reglamento de Régimen Interior de la Asamblea de Madrid, aprobada por Acuerdo de la Mesa de 3 de diciembre de 2001.

En: *BOAM*, núm. 126, 4 de diciembre de 2001.

En: *BOCM*, núm. 19, 23 de enero de 2002.

Madrid (Com. Aut.). Asamblea (5.^a Leg. 2002)

Modificación del Reglamento de Régimen Interior de la Asamblea de Madrid (arts. 6, 8 y 14), aprobada por Acuerdo de la Mesa de la Diputación Permanente de 10 de julio de 2002.

En: *BOAM*, núm. 166, 12 de julio de 2002.

3.13. ASAMBLEA REGIONAL DE MURCIA

3.13.1. Estatuto de Personal y Régimen Interior

Murcia (Com. Aut.). Asamblea Regional (2.^a Leg. 1989)

Estatuto de Régimen Interior y del Personal de la Asamblea Regional de Murcia, aprobado por el Pleno de la Cámara de 9 de noviembre de 1989.

En: *BOARM*, núm. 145, 20 de noviembre de 1989.

Murcia (Com. Aut.). Asamblea Regional (3.^a Leg. 1994)

Modificación del Estatuto de Régimen Interior y del Personal de la Asamblea Regional de Murcia.

En: *BOARM*, núm. 179, 18 de julio de 1994.

Murcia (Com. Aut.). Asamblea Regional (5.^a Leg. 2000)

Reforma del Estatuto de Régimen Interior y del Personal de la Asamblea Regional de Murcia (arts. 35, 37, 40-45 y disp. transitoria tercera).

En: *BOARM*, núm. 53, 17 de octubre de 2000.

Murcia (Com. Aut.). Asamblea Regional (6.^a Leg. 2004)

Modificación del Estatuto de Régimen Interior y del Personal de la Asamblea Regional de Murcia, aprobada por el Pleno de 21 de diciembre de 2004.

En: *BOARM*, núm. 53, 30 de diciembre de 2004.

3.14. PARLAMENTO DE NAVARRA

3.14.1. Estatuto de Personal

Navarra (Com. Aut.). Parlamento (2.^a Leg. 1991)

Estatuto de Personal del Parlamento de Navarra, aprobado por la Comisión de Reglamento, en sesión de 20 de marzo de 1991.

En: *BOPN*, núm. 19, 26 de marzo de 1991.

Navarra (Com. Aut.). Parlamento (3.^a Leg. 1993)

Modificación del Estatuto de Personal, aprobada por la Comisión de Reglamento el 30 de octubre de 1993.

En: *BOPN*, núm. 37, 8 de octubre de 1993.

Navarra (Com. Aut.). Parlamento (3.^a Leg. 1994)

Reglamento de desarrollo del artículo 17.2 (declaración de los funcionarios en situación de servicios especiales) del Estatuto de Personal del Parlamento de Navarra.

En: *BOPN*, núm. 42, 23 de junio de 1994.

Navarra (Com. Aut.). Parlamento (5.^a Leg. 2001)

Acuerdo de la Comisión de Reglamento, de 12 de noviembre de 2001, por el que se modifica el Estatuto de Personal del Parlamento de Navarra

En: *BOPN*, núm. 120, 22 de noviembre de 2001.

*3.14.2. Reglamento de Régimen Interior***Navarra (Com. Aut.). Parlamento (3.^a Leg. 1992)**

Reglamento de Organización de la Administración del Parlamento de Navarra.

En: *BOPN*, núm. 64, 13 de noviembre de 1992.

Navarra (Com. Aut.). Parlamento (3.^a Leg. 1993)

Acuerdo de la Mesa, de 13 de octubre de 1993, de modificación del Reglamento de Organización de la Administración del Parlamento.

En: *BOPN*, núm. 39, 15 de octubre de 1993.

En: *BOPN*, núm. 42, 5 de noviembre de 1993 (Corrección de errores)

Navarra (Com. Aut.). Parlamento (5.^a Leg. 1999)

Acuerdo de la Mesa, de 30 de noviembre de 1999, de modificación de los artículos 13 y 14 del Reglamento de Organización de la Administración del Parlamento (distribución de funciones).

En: *BOPN*, núm. 28, 20 de diciembre de 1999.

Navarra (Com. Aut.). Parlamento (6.^a Leg. 2005)

Acuerdo de la Mesa, de 13 de junio de 2005, sobre modificación del Reglamento de Organización de la Administración del Parlamento de Navarra (arts. 7, 11 y 25: Letrado Mayor).

En: *BOPN*, núm. 63, 15 de junio de 2005.

3.15. PARLAMENTO VASCO

3.15.1. *Estatuto de Personal y Régimen Interior*

País Vasco. Parlamento (3.^a Leg. 1990)

Estatuto de Personal y Régimen Jurídico de la Administración Parlamentaria, aprobado por Acuerdo de la Comisión de Urgencia Legislativa, Reglamento y Gobierno, de 22 de junio de 1990.

En: *BOPARV*, Serie C-IV, núm. 49 (a), 11 de septiembre de 1990.

1. Estatuto de personal. 2. Reglamento de régimen interior.

314.9.0 Estatuto de Personal y Régimen Interior.

País Vasco. Parlamento (5.^a Leg. 1995)

Modificación del artículo 12.3 del Estatuto de Personal y Régimen Jurídico de la Administración Parlamentaria (funcionarios interinos).

En: *BOPARV*, núm. 11, 17 de febrero de 1995.

1. Estatuto de personal. 2. Reglamento de régimen interior.

314.9.0 Estatuto de Personal y Régimen Interior.

3.16. PARLAMENTO DE LA RIOJA

3.16.1. *Estatuto de Personal*

La Rioja (Com. Aut.). Diputación General (2.^a Leg. 1988)

Estatuto de Personal al servicio de la Diputación General de La Rioja, aprobado por el Pleno de la Cámara de 11 de marzo de 1988.

En: *BODG*, Serie A, núm. 27, 30 de junio de 1988.

3.16.2. *Reglamento de Régimen Interior*

La Rioja (Com. Aut.). Diputación General (2.^a Leg. 1988)

Reglamento de Régimen Interno y Gobierno Interior de la Secretaría de la Diputación General de La Rioja, de 7 de junio de 1988.

En: *BODG*, Serie C, núm. 10, 28 de junio de 1988.

La Rioja (Com. Aut.). Diputación General (3.^a Leg. 1995)

Modificación de determinados artículos del Reglamento de Régimen Interno y Gobierno Interior de la Secretaría de la Diputación General de La Rioja, por Acuerdo de la Mesa de 13 de marzo de 1995.

En: *BODG*, Serie C, núm. 118, 20 de marzo de 1995.

La Rioja (Com. Aut.). Diputación General (3.^a Leg. 1995)

Texto refundido del Reglamento de Régimen Interno y Gobierno Interior de la Secretaría de la Diputación General de La Rioja, de 21 de abril de 1995.

En: *BODG*, Serie C, núm. 122, 25 de abril de 1995.

La Rioja (Com. Aut.). Diputación General (4.^a Leg. 1996)

06 Modificación de determinados artículos y apartados del Reglamento de Régimen Interno y Gobierno Interior de la Secretaría de la Diputación General de La Rioja (estructura orgánica), por Acuerdo de la Mesa de 7 de marzo de 1996.

En: *BODG*, Serie C, núm. 25, 14 de marzo de 1996.

La Rioja (Com. Aut.). Diputación General (4.^a Leg. 1996)

Texto refundido del Reglamento de Régimen Interno y Gobierno Interior de la Secretaría de la Diputación General de La Rioja, de 18 de marzo de 1996.

En: *BODG*, Serie C, núm. 26, 19 de marzo de 1996.

La Rioja (Com. Aut.). Parlamento (5.^a Leg. 2000)

Modificación del Reglamento de Régimen Interno y Gobierno Interior de la Secretaría del Parlamento de La Rioja (arts. 7 y 14), por Acuerdo de la Mesa de 21 de noviembre de 2000.

En: *BOPR*, Serie C, núm. 69, 19 de diciembre de 2000.

La Rioja (Com. Aut.). Parlamento (5.^a Leg. 2001)

Texto actualizado del Reglamento del Régimen Interno y Gobierno Interior de la Secretaría del Parlamento de La Rioja, de 18 de enero de 2001.

En: *BOPR*, Serie C, núm. 74, 26 de enero de 2001.

La Rioja (Com. Aut.). Parlamento (5.^a Leg. 2003)

Modificación del Reglamento del Régimen Interno y Gobierno Interior de la Secretaría del Parlamento de La Rioja, por Acuerdo de Mesa de 16 de abril de 2003.

En: *BOPR*, Serie C, núm. 178, 24 de abril de 2003.

La Rioja (Com. Aut.). Parlamento (5.^a Leg. 2003)

Texto actualizado del Reglamento del Régimen Interno y Gobierno Interior de la Secretaría del Parlamento de La Rioja, 22 de abril de 2003.

En: *BOPR*, Serie C, núm. 180, 20 de mayo de 2003.

La Rioja (Com. Aut.). Parlamento (6.^a Leg. 2004)

Modificación del Reglamento de Régimen Interno y Gobierno Interior de la Secretaría del Parlamento de La Rioja, por Acuerdo de Mesa de 30 de abril de 2004.

En: *BOPR*, Serie C, núm. 58, 6 de mayo de 2004.

3.17. CORTES VALENCIANAS**3.17.1. Estatuto de Personal y Régimen Interior****Valencia (Com. Aut.). Cortes (1.^a Leg. 1984)**

Estatutos de Gobierno y Régimen Interior de las Cortes Valencianas, de 1 de febrero de 1984.

En: *BOCV*, núm. 34.

Valencia (Com. Aut.). Cortes (2.^a Leg. 1989)

Texto Refundido de los Estatutos de Gobierno y Régimen Interior de las Cortes Valencianas, aprobado por la Mesa de las Cortes Valencianas, en sesión de 20 de abril de 1989.

En: *BOCV*, núm. 121, 23 de mayo de 1989.

Valencia (Com. Aut.). Cortes (2.^a Leg. 1990)

Modificación de los Estatutos de Gobierno y Régimen Interior, de 7 de noviembre de 1990.

En: *BOCV*, núm. 249, 27 de noviembre de 1990.

Valencia (Com. Aut.). Cortes (3.^a Leg. 1995)

Modificación del artículo 54.1 de los Estatutos de Gobierno y Régimen Interior.

En: *BOCV*, núm. 270, 12 de abril de 1995.

VII

RECENSIONES

Ahumada Ruiz, Marian:
La Jurisdicción Constitucional en Europa
Thomson Civitas (Garrigues Cátedra),
Navarra, 2005

Sumario: I. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA OBRA.—II. CUESTIONES SUSTANCIALES.—2.1. El «buen gobierno».—2.1.1. Exigencias de un gobierno democrático: aspectos sobre los que existe cierto consenso.—2.1.2. El dilema: ¿es mejor un modelo de democracia constitucional de constitucionalismo fuerte o uno de constitucionalismo débil?—2.2. Legitimidad y funciones de los tribunales constitucionales.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA OBRA

No siempre las cosas son lo que parecen. Éste es el caso del libro que nos presenta Marian AHUMADA RUIZ, profesora de Derecho constitucional de la UAM y especialista en temas de justicia constitucional. Hasta ahora, la profesora AHUMADA RUIZ había preferido la vía del artículo doctrinal para trasladarnos sus conocimientos sobre la materia. Por fin, nos obsequia Marian AHUMADA con este libro, fruto de años de estudio, que sin duda va a convertirse en una referencia obligada en la materia.

Y ¿qué es lo que hace que este libro no sea lo que parece ser? Sin duda, el ámbito sustantivo del mismo, que dista de quedar limitado a un estudio aislado de la jurisdicción constitucional en Europa, como modestamente ha titulado la autora su obra. En primer lugar, lo que el lector encuentra en este libro es una profunda incursión en las teorías de la fundamentación misma de la justicia constitucional desde sus raíces, tanto en el continente europeo como en el americano. No espere el lector encontrar una historia lineal de la jurisdicción constitucional en Europa hasta nuestros días. Ningún análisis de la jurisdicción constitucional puede prescindir de sus raíces y del contexto de su nacimiento, Marian AHUMADA lo sabe y nos aproxima a esos momentos

* Profesora Asociada de Derecho constitucional de la UAM.

históricos iniciales en los que surge el control de constitucionalidad de las leyes que, por cierto, se produce en los Estados Unidos primero.

Ahora bien, el relato del devenir histórico de la justicia constitucional en el mundo (que no sólo en Europa) no es para Marian AHUMADA un fin en sí mismo, un mero ejercicio descriptivo, sino que sirve a un doble objetivo adicional. Por un lado, permite destacar lo coyuntural de alguna de las características que, sin ese análisis histórico, podrían parecer intrínsecas a cualquier modelo de justicia constitucional pensable en abstracto; por otro lado, sirve para hacernos comprender las razones de que la justicia constitucional en Estados Unidos fuera por unos vericuetos mientras que la justicia constitucional en Europa lo hiciera por otros, inicialmente distintos, y digo inicialmente distintos, porque a lo largo de la obra late una pregunta constante: ¿son hoy los dos modelos de justicia constitucional tan diferentes como se sostiene?

Si el lector aún no ha reparado en el trasfondo filosófico-jurídico que subyace a esta obra y en su largo alcance, permítame que le traslade unas pocas líneas, que no me pertenecen, sino que pertenecen a la autora de la misma, sobre cuáles son los postulados de los que se parte en el desarrollo de este estudio, para que cualquier duda al respecto quede aclarada:

«Me he ocupado [en esta obra] —señala la doctora AHUMADA— de la relación entre Constitución y democracia, de cómo se combinan principios del constitucionalismo con los de la democracia y cómo interactúan bajo la fórmula de la democracia constitucional. También de las versiones “fuerte” y “débil” del constitucionalismo democrático. Consideraré apropiado detenerme en estas cuestiones porque la “justicia constitucional” no puede analizarse en el vacío, abstraída de la discusión en torno a la constitución y, para lo que nos interesa, de la democracia constitucional. El planteamiento, por tanto, parte de que no es posible valorar y caracterizar una institución y una práctica como la jurisdicción constitucional, sin adoptar una actitud interpretativa hacia ella. Las buenas preguntas son “por qué” y “para qué” la jurisdicción constitucional. “Qué debe ser” sólo depende de cómo se contesten. “Qué es” nos permite poner a prueba el valor de la teoría; difícilmente podremos situarnos en posición de examinar críticamente el diseño y la práctica de la jurisdicción constitucional si, como es demasiado frecuente, los planos de la teoría y la experiencia se mantienen separados».

He aquí la esencia de esta obra. He aquí su planteamiento. Ahora lo que procede es ofrecer al futuro lector de la misma algunas pinceladas sobre la discusión que mantiene la autora en torno a estas cuestiones, no sin antes llamar la atención sobre algunos de los elementos mencionados en el párrafo anterior, que son parte fundamental del material con el que nos vamos a encontrar en este libro.

Obviamente, si el lector presta atención al párrafo que acabamos de transcribir, comprenderá que para la autora, las diversas teorías sobre el significado de la Constitución, y sobre la relación entre Constitución y democracia marcan de forma decisiva la concepción que cada uno maneja sobre la necesidad de la existencia de la propia jurisdicción constitucional y sobre el papel que ésta debe jugar en las democracias actuales. En este sentido, no se puede

decir que no haya una conexión entre unos capítulos y otros del libro, porque todos ellos son parte de un solo hilo conductor.

El libro que comentamos comienza con un primer capítulo de aproximación a la historia de la justicia constitucional en general, no sólo europea, y, sobre todo, concretiza las tareas que hoy desarrollan los tribunales constitucionales, esta vez sí, europeos. Posteriormente, a través de los siguientes capítulos, penetra en la discusión de lo que significa la Constitución, tanto de manera abstracta como real, de cuáles son y cuáles deben ser sus contenidos, y de cuál debe ser su relación con la democracia. Finalmente, se emprende un viaje de retorno hacia el análisis de la justicia constitucional en el mundo, ahora ya con todas las herramientas precisas para valorar la razón de ser de la misma, cuáles son las funciones que cumplen los Tribunales Constitucionales y qué elementos de la justicia constitucional merecerían, quizá, ser reconsiderados y posiblemente transformados frente a su configuración actual.

Curiosamente, es al final del libro cuando se analiza en profundidad el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional concentrado, no sólo para mostrar los cimientos del modelo de jurisdicción constitucional que tenemos hoy en Europa, sino también para mostrar las debilidades de la *Judicial Review* y cómo determinadas características del nuevo modelo europeo surgen para intentar paliar las mismas. Al otro lado del Atlántico, el modelo kelseniano se vivió por parte de aquellos juristas como una variante de la *Judicial Review* y no como un modelo radicalmente distinto al que se había desarrollado en los EEUU.

Ahora bien, el análisis del modelo kelseniano busca también poner de manifiesto la otra cara de la moneda: cómo existen problemas en este modelo que en cambio no se producen, o no se producen con la misma intensidad, en el modelo de *Judicial Review*. Un ejemplo de esta utilización de la comparación de los dos modelos para extraer lo bueno del uno y del otro y lo mejorable de ambos está en la incursión que hace la autora en la cuestión de la rigidez del modelo kelseniano y su repercusión en la accesibilidad de los ciudadanos a los Tribunales Constitucionales. Al centrar muchas veces las funciones de estos últimos en la defensa del interés público en la constitucionalidad de las leyes se limita el papel del particular en el acceso a los mismos, impidiendo que el afectado en sus derechos ponga en marcha el control de constitucionalidad de la ley. Parece que la autora no vería con malos ojos que esa accesibilidad de los ciudadanos al Tribunal Constitucional se ampliara en determinados supuestos. Éstas y otras muchas cuestiones relacionadas con los dos modelos de justicia constitucional en su estadio inicial son analizadas en el último capítulo de la obra comentada.

Merece la pena subrayar un detalle que llama la atención en la obra de Marian AHUMADA, antes de realizar un breve comentario sobre los aspectos sustantivos del mismo.

En efecto, resulta enormemente interesante y, en principio, sorprende, la cantidad de bibliografía estadounidense y, en general, anglosajona, utilizada por la autora para confeccionar su libro. Su manejo de la misma es excelente y demuestra un conocimiento más allá de lo normal de lo que se está

haciendo y de lo que se piensa al otro lado del Atlántico. Existe, también es verdad, cierta descompensación a favor de estas fuentes en comparación con las existentes en nuestro continente. Ahora bien, lejos de ser un defecto, este elemento aumenta sin duda el interés de la obra. En general, los europeos tendemos a estudiar nuestras instituciones partiendo únicamente de nuestras propias fuentes, pero la justicia constitucional, desde luego, no nos pertenece en exclusiva, y no sólo eso, sino que su incorporación a nuestros países tras la Segunda Guerra Mundial se produjo, sobre todo, de manos de los estadounidenses. Por eso resulta importante conocer lo que se escribe sobre la justicia constitucional en Europa allí.

Cuando hablamos de lo importante que es esta bibliografía trasatlántica sobre la justicia constitucional no nos referimos sólo a aquella dirigida a explicar el propio modelo de justicia constitucional en los Estados Unidos, que sí ha sido manejada con exhaustividad en nuestro país, sino a esas otras obras anglosajonas en las que se valora el tipo de justicia constitucional que se ha desarrollado en Europa y en las que se contrastan los dos modelos de justicia constitucional hoy día existentes. Es, desde luego, un lujo, poder ponerse unas gafas nuevas que nos permitan analizar nuestro propio sistema desde nuevos prismas que nos saquen de los mecanismos habituales de pensamiento que manejamos los juristas de *civil law*. Otros puntos de vista ayudan siempre a ampliar la visión que se tiene sobre cualquier institución, en este caso, sobre el sistema de justicia constitucional en Europa.

II. CUESTIONES SUSTANCIALES

2.1. El «buen gobierno»

Si hay una idea que pueda definirse como el motor de la obra que nos presenta Marian AHUMADA es la de que el «buen gobierno» es, en el sentido ya utilizado por Churchill, el gobierno democrático. Ahora bien, ¿cuáles son los elementos básicos de la democracia? El «buen gobierno» ¿es aquél que se funda en procedimientos de decisión pública que respetan la regla de la mayoría y garantizan la igual participación de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas?, ¿o se trata de un gobierno que garantiza también que se producirán determinados resultados en áreas que se considera que no deben dejarse a disposición de las mayorías?

Cuando un jurista valora la legitimidad de la norma constitucional y de su contenido, en la medida en que éste se traduce en límites al gobierno democrático, está previamente respondiendo a estas preguntas, al igual que cuando valora la legitimación de la jurisdicción constitucional y la de aquellas funciones que la misma desempeña.

2.1.1. *Exigencias de un gobierno democrático: aspectos sobre los que existe cierto consenso*

Está claro que, en buena medida, las Constituciones actuales encuentran su legitimidad en su función de servir como instrumentos para garantizar la democracia. De hecho, muchas de las Constituciones que se están aprobando últimamente no son obra directa del pueblo, sino de «ingenieros constitucionales» que realizan su obra de ingeniería en Estados que muchas veces no son siquiera sus Estados de origen. La Constitución así elaborada podrá luego ser ratificada por el uso y el consenso que consiga reunir *a posteriori*. Lo paradójico es que estos documentos escritos —o no— que son las Constituciones garantizan la democracia imponiendo límites procedimentales y sustantivos a las decisiones de las propias instituciones democráticamente elegidas y, sobre todo, a las decisiones del legislador, que es el representante de todos los ciudadanos que forman parte de un Estado concreto.

Ciertamente, las Constituciones de hoy no son sólo instrumentos limitadores del gobierno. Las Constituciones se han convertido —como nos explica la profesora AHUMADA— en guías para los políticos sobre la dirección que debe tomar la política del país. Las directrices que las Constituciones contienen deben ser desarrolladas por los poderes públicos para hacer más efectiva la Constitución y conseguir así la máxima realización de los objetivos que se establecen en ella. Y es que el contenido de las Constituciones actuales —mucho más significativamente en Europa que en los EEUU— va mucho más allá de las meras normas que regulan cómo debe desarrollarse procedimentalmente la toma de decisiones en democracia o qué derechos básicos deben ser protegidos.

«Hay acuerdo en que para poder participar en el proceso democrático con igual libertad, los ciudadanos deben tener reconocidos y asegurados unos derechos básicos. Entre ellos, por supuesto, se encuentran los que hemos denominado derechos «constitutivos de la democracia» —sufragio, libertades de expresión, reunión, asociación— pero, ciertamente, podría afirmarse que aún estos derechos fundamentales presuponen otros todavía más básicos, en ausencia de los cuales los individuos se verían privados de su autonomía moral, su capacidad para actuar y decidir libre y responsablemente como individuos y como socios de la comunidad, dejando sin sentido lo que es la premisa de la propuesta democrática de libertad» [*La jurisdicción constitucional en Europa*, p. 136].

Ahora bien, ¿cuáles son esos derechos básicos que deben ser incluidos en la Constitución por ser condiciones —¿apriorísticas?— para que la democracia funcione? Muchos de esos derechos básicos se han ido concretando a través de la práctica de la propia democracia y de su consolidación posterior en nuestras sociedades, tras largos años de reivindicaciones y protestas. ¿Podría suceder algo similar —se pregunta Marian AHUMADA— con los derechos que hoy consideramos importantes pero que no consideramos básicos y que se hacen depender del proceso democrático, como los derechos económicos y sociales?

2.1.2. *El dilema: ¿es mejor un modelo de democracia constitucional de constitucionalismo fuerte o uno de constitucionalismo débil?*

Las diferentes percepciones sobre la relación entre Constitución y democracia, que en gran medida son producto de la experiencia histórica que se ha vivido en cada país, son determinantes en la actitud que los juristas mantienen hacia la justicia constitucional. La diferente experiencia histórica vivida a ambos lados del Atlántico habría generado, según la profesora AHUMADA, una percepción distinta en cada uno de ellos en lo que respecta al contenido de dicha relación, lo que explicaría las diferentes concepciones sobre el significado de la Constitución en una y otra parte del mundo y la aparición de distintos elementos caracterizadores de la justicia constitucional a ambos lados del Atlántico. También bastaría para explicar el hecho de que cuestiones enormemente debatidas en un determinado modelo de justicia constitucional no lo hayan sido en el otro (un ejemplo de ello es el debate sobre el carácter contramayoritario de la justicia constitucional, mucho más activo en los EEUU que en Europa).

Las Constituciones no tienen todas la misma extensión ni fijan con la misma intensidad los límites y directrices que los poderes públicos (y los ciudadanos, no lo olvidemos) deben respetar. La doctrina ha distinguido a este respecto entre constitucionalismo fuerte y constitucionalismo débil. El constitucionalismo fuerte impondría, «según la profesora AHUMADA», más límites al autogobierno a favor de la estabilidad del sistema, al incluir en la Constitución materias que no se conectan directamente con el principio democrático, sino que van más allá, convirtiendo en *status quo* no sólo reglas referentes a los procedimientos de decisión y cuestiones directamente relacionadas con la democracia, sino otros resultados que quedan así fuera del proceso de cambio ordinario permitido a las instituciones democráticas. Las Constituciones estarían imponiendo esa regulación a las generaciones futuras, que siempre cuentan, eso sí, con la posibilidad de reformar la Constitución para deshacerse del límite o cambiar su significado. Éste es el modelo de Constitución democrática con el que cuentan muchos países europeos y las razones son, sobre todo, históricas (la experiencia de los totalitarismos y los abusos cometidos por las mayorías habrían sido la causa de que en Europa se apostara por una democracia más limitada como medio para construir en ellos una auténtica cultura democrática e impedir los abusos cometidos con anterioridad por instituciones democráticamente elegidas). La toma de decisiones por la regla de la mayoría no garantiza un determinado resultado, las normas constitucionales sustantivas aseguran que los resultados del proceso democrático se mantengan dentro de unos márgenes (de justicia, podríamos añadir, aunque el significado de ésta sería el que hubieran fijado los constituyentes en esa Norma Fundamental).

Este constitucionalismo fuerte sería bueno en momentos de transición política a la democracia. En tales supuestos la doctrina de los Tribunales Constitucionales se centra sobre todo en educar en lo que significa la democracia y el respeto a los principios constitucionales, entre los que se encuen-

tra, sin duda, el principio democrático. Sin embargo, cuando las democracias se convierten en estables, muchas de las normas que ayudaron a consolidar una cultura democrática se pueden convertir, de hecho, en obstáculos para que se desarrolle una verdadera democracia, en la que la confianza en la madurez de la propia ciudadanía para tomar decisiones es esencial. No se trata de eliminar los límites que debe respetar el poder en cualquier sociedad democrática, sino de plantearse si éstos deben ser fijados en una Constitución o pueden sostenerse sin necesidad de tal reconocimiento, al haber pasado a formar parte del *modus vivendi* de la sociedad, que los da por supuesto y confía en los mecanismos de autocorrección que ofrece la propia democracia para su garantía. En este sentido, la autora se acerca a los postulados defendidos por Dahl, y sin coincidir del todo con ellos, a los de Waldron, a favor de una mayor confianza en los ciudadanos individualmente considerados y en los procedimientos democráticos.

En esta misma línea, nos dice la profesora AHUMADA que «la capacidad de la democracia para «autocorregirse», tiene que ver con su renuncia a aceptar un *status quo* como inamovible o inmodificable, al menos mientras no haya modo de probar que tal *status quo* es «objetivamente» justo, neutral y óptimo. Esto no significa, como a veces se sugiere, que en una democracia donde los derechos básicos sustantivos no estén fijados y asegurados por la Constitución, éstos se encuentren en permanente riesgo de ser removidos a voluntad por la mayoría. Éste es un prejuicio del que se parte para justificar la constitucionalización de derechos sustantivos, pero que la experiencia de las democracias más estables contradice. Puede muy bien sostenerse que es la creencia en el valor de la democracia y no la fuerza de las restricciones que se le imponen lo que permite a una nación construir una tradición constitucional coherente» (p. 139). «La conciencia de los límites forma parte, como hemos dicho, de la sustancia de la democracia. Otra cosa es, y es el centro de la discusión en torno a la constitución democrática, si esos límites pueden imponerse y, sobre todo, perpetuarse, al margen del proceso democrático» (p. 140).

2.2. Legitimidad y funciones de los Tribunales Constitucionales

Según señala la propia Marian AHUMADA, la posición que cada uno mantenga respecto a las cuestiones que se han tratado con anterioridad determinan la concepción que cada uno ostenta sobre la legitimidad de la justicia constitucional y la delimitación de cuál debería ser su propio ámbito funcional. Cada versión de la relación entre Constitución y democracia encuentra sus propios problemas a la hora de legitimar esta institución y configurar cuál debe ser el alcance de sus competencias.

La jurisdicción constitucional es una «potencia transformadora» de la Constitución. Con la elaboración de la doctrina constitucional por los Tribunales Constitucionales el texto constitucional va perdiendo fuerza como referente en relación inversa a la que va ganando la doctrina constitucional. Poco a poco, esta doctrina constitucional cada vez más desarrollada sirve de

parámetro para resolver los casos, aunque en ocasiones el propio Tribunal Constitucional decide cambiarla. En España, al menos, el Tribunal Constitucional no está sujeto a su propia doctrina. El riesgo está, como señala la profesora AHUMADA, «en la tendencia a identificar como contenido propio de la Constitución lo que no es sino un cuerpo de doctrina derivado de su interpretación» (p. 61). De todas formas, si algo está claro, es que los Tribunales Constitucionales crean Derecho.

Desde luego, la especial autoridad de los magistrados del Tribunal Constitucional, o de los jueces del Tribunal Supremo en el caso de los EEUU, para ser los intérpretes supremos de la Constitución no puede justificarse, como se hacía en los primeros tiempos de andadura de éstos, en que simplemente aplican el Derecho (esto es, en razones meramente técnicas) o en su infalibilidad a la hora de resolver controversias. El presente estado de la teoría constitucional y las indagaciones acerca del papel que juegan los Tribunales Constitucionales en la época actual exige algún tipo de fundamentación o razón más fuerte a favor de su existencia en el marco de nuestras democracias constitucionales. Y es que, como pone de manifiesto Marian AHUMADA, la jurisdicción constitucional «es ella misma un factor político», sin que con ello se quiera decir que se encuentre politizada. Simplemente, como decía FRANKFURTER, «[l]a declaración de constitucionalidad de hoy no sólo hará inclinarse hacia un lado el equilibrio político del momento, sino que es capaz de impulsar una opción política por encima de otra para la siguiente generación» (*vid.* nota 13, p. 71). Basta con observar las diferentes fases por las que ha pasado la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense y su forma de interpretar en cada una de ellas cuál debía ser su papel fundamental (acabando por inclinarse finalmente hacia la teoría del *self-restraint*) para constatar lo cierto de esta afirmación.

La decisión de introducir un sistema de control judicial de constitucionalidad, señala Marian AHUMADA, conlleva una opción por un sistema de gobierno que hace de los jueces constitucionales árbitros finales o, directamente, la autoridad con la última palabra en cuestiones fundamentales para la comunidad política. Sin embargo, es bueno tomar conciencia de que una Constitución no tiene por qué ser más eficaz cuando confía la responsabilidad de su interpretación definitiva a un Tribunal Constitucional. De hecho, en algunos países democráticos del mundo se han desarrollado técnicas que permiten devolver a los representantes del pueblo la decisión final sobre la ley una vez resuelta la cuestión por el Tribunal con jurisdicción para declarar la misma contraria a la Constitución (la autora pone como ejemplos los casos de Canadá o Reino Unido, entre otros). Además, el papel de la doctrina constitucional es, para la autora, el de formar parte de una discusión más amplia, «proyectada hacia el futuro y necesariamente colectiva a propósito de la realización de las aspiraciones constitucionales y sólo ya por eso sería obligado reconocer a los Tribunales Constitucionales un papel principal en la modelación del acuerdo sobre los contenidos de la Constitución y lo que no es menos importante, de la percepción social de la normatividad de la Constitución. Si la doctrina constitucional no es aceptada, finalmente acabará decayendo, por lo que el Tribunal Constitucional, si bien pone fin a un conflicto

constitucional, no tiene siempre la última palabra en lo que respecta a cuál sea la mejor interpretación de la norma constitucional.

En este sentido, los Tribunales Constitucionales no podrían mantenerse en pie, no reunirían ninguna legitimidad, si intentaran imponer su particular concepción de la Constitución. Cada Tribunal Constitucional debe poseer una especie de sónar que le ayude a sondear la interpretación que puede ser definitivamente aceptada por la colectividad, si no en el momento actual (pues muchas veces el Tribunal toma decisiones sobre cuestiones no claramente resueltas en la sociedad), sí con carácter prospectivo, contribuyendo a inclinar la balanza hacia un lado u otro y convirtiéndose en una especie de visionario de lo que requerirán los tiempos por venir y de cual será la solución que más consenso concite. Podría así sostenerse, como parece que hace la autora, que en ese caso, la falta de representatividad del órgano podría quedar compensado por «lo representativo» de su opinión. Sin embargo, al igual que no puede presentarse a los Tribunales Constitucionales como máquinas de aplicar el Derecho que únicamente arbitran y apenas actúan con voluntad propia en su tarea de interpretación (de una norma que además se caracteriza por su principialismo y, por tanto, por su apertura), tampoco creo que podamos confiar toda la legitimidad de estos órganos a su virtud para leer el *status quaestionis* y las necesidades de cambio doctrinal como medio para adecuar la norma a los tiempos que corran. Desde luego, la jurisdicción constitucional —como señala Víctor FERRERES, mencionado por la autora de esta obra en no pocas ocasiones— «se justifica por la contribución que puede hacer el juez [constitucional] al mantenimiento de una cultura de deliberación pública», pero si hoy existen Tribunales Constitucionales, con la presión política que deben soportar y el impacto que producen en el mundo de la política con sus decisiones, es seguro que existen elementos adicionales en los que apoyar la legitimidad de los mismos o, al menos, debemos buscarlos. Ya no tiene tanto sentido volver a las teorías del pacto original reflejado en la Constitución y necesitado de defensa frente a viento y marea. Como indica Marian AHUMADA, esa fase defensiva de los Tribunales Constitucionales ha pasado a un segundo plano, siendo su función principal hoy la de fomentar la realización de la Constitución o, en palabras de la autora implicarse «en el proyecto colectivo de «realización» de la constitución [...] y sobre todo, confiarles la responsabilidad de mantener vivo el pacto que está *detrás* de la constitución...».

Precisamente, una parte muy importante de las constituciones de hoy son las declaraciones de derechos que se incluyen en ellas. Para la profesora Ahumada la determinación del papel que los tribunales constitucionales deban desempeñar en relación con estos últimos dependerá de la idea que se tenga sobre las razones de la constitucionalización de los mismos y sobre su naturaleza como «derechos prepositivos o suprapositivos, derechos conectados a las condiciones necesarias de la democracia, derechos radicados en la tradición —histórica o liberal— o, sencillamente, derechos que sólo una supermayoría puede alterar» (p. 119).

En cualquier caso, existe cierta coincidencia en la doctrina en cuanto a la indeterminación con la que son enunciados estos derechos. En este sentido,

nos dice Marian AHUMADA, es «la intervención de los jueces en el procedimiento de determinación de los derechos constitucionalizados y no su papel como «garantes» de derechos lo que resulta complicado de justificar, no sólo desde los postulados de la democracia, sino también desde los más familiares y tradicionales de la *rule of law*» (p. 122). Si el problema fuera la imposibilidad de llegar a un consenso mayor cuando se desciende a una regulación detallada de los derechos —indica Marian AHUMADA— entonces habría que remitirse, una vez surgida la cuestión concreta sobre el derecho, a la decisión de la mayoría, que parece en estos casos lo adecuado. Si entendemos que las cláusulas sobre derechos son flexibles porque de esta manera se permite al gobierno reaccionar ante circunstancias que no pueden ser previstas de antemano, entonces procede hacer un juicio de razonabilidad o proporcionalidad sobre la intervención en este campo, convirtiendo el control del Tribunal Constitucional en un control de «justificaciones suficientes o adecuadas».

En verdad, atribuir a los jueces la competencia para decidir controversias a propósito de los derechos fundamentales supone, según la autora, delegar en ellos un «nada desdeñable» poder político. En este sentido, hablar de derechos suprapositivos es obviar cómo son las cosas en realidad. Ahora bien, concebir los derechos como derechos positivos no nos permite sortear la famosa «dificultad contramayoritaria». La respuesta de la autora a esta cuestión resume bien el espíritu que se trasluce en toda su obra: «diversas teorías —señala Marian AHUMADA—, algunas bien conocidas y ninguna del todo solvente [...] buscan legitimar, justificar o simplemente, describir el papel del juez en la «construcción» de Derecho constitucional. Mi objetivo es más limitado. Pretendo simplemente exponer que la opción por un sistema de democracia constitucional con una Constitución que sustrae determinadas materias a la decisión a través del proceso democrático y delega en los jueces la competencia para decidir sobre el contenido y alcance de ciertos derechos considerados fundamentales, es una opción por una democracia restringida, «rebajada», «más limitada» [...] y no simplemente, como a menudo se reivindica, de democracia «sustantiva». Considero difícil de rebatir —continúa Marian su disgresión— la afirmación de WALDRON de que «*hay* algo que se pierde, desde el punto de vista democrático, cuando un particular o una institución no electos ni políticamente responsables, adopta decisiones vinculantes acerca de lo que requiere la democracia». La democracia constitucional en esta configuración no es una forma «peor» o menos justa, de gobierno. Es sólo «menos democrática».

En fin, juzguen ustedes. En esta obra se tocan muchos temas que quedan abiertos a la discusión e invitan a continuar el debate, de gran trascendencia, sobre la legitimidad y funciones que cumple y debe cumplir la jurisdicción constitucional. Marian AHUMADA ha aportado más que un granito de arena a tal discusión. Ahora sólo falta que otros juristas sigan su ejemplo de forma que su contribución pueda ayudarnos a avanzar en el conocimiento y esclarecimiento de cuestiones tan relevantes para la ciencia del Derecho.

**Morales, Guillermo; García-Bellido, Javier,
y de Asís, Agustín (eds.):
*Pascual Madoz (1805-1870). Un político
transformador del territorio. Homenaje
en el bicentenario de su nacimiento***

Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo
y Medio Ambiente, Universidad Carlos III de Madrid,
Madrid, 2005, 231 pp. *Prefacio de D. Luciano Parejo Alfonso*

El Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente, de la Universidad Carlos III de Madrid —cuyas actividades se desarrollan principalmente a lo largo del doble eje de la investigación y la formación de posgrado y profesional en el campo de la Ordenación del Territorio, el Urbanismo y el Medio Ambiente—, nos presenta en esta ocasión la obra *«Pascual Madoz (1805-1870) un político transformador del territorio»*. Trabajo con el que ha querido rendir homenaje al personaje que le presta su nombre, con motivo del bicentenario de su nacimiento dando cuenta de la extensa y variada labor desplegada por este importante personaje histórico de la segunda mitad del siglo XIX, en su triple faceta política, intelectual y empresarial, intrínsecamente relacionadas con los propios fines del Instituto. Y con el objetivo último, reconocido por su propio director, el profesor D. Luciano PAREJO ALFONSO, en el Prefacio de la obra, de convertirse «... en centro de estudios e investigaciones históricas sobre Madoz».

Objetivo al que, indudablemente, contribuye la obra que aquí presentamos, con la que el Instituto Pascual Madoz engrosa su línea de publicaciones propias, que conforman una base de información imprescindible para el conocimiento y comprensión de los problemas relacionados con el Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente, convirtiéndose en un centro de referencia en la investigación de estas cuestiones. Obra que, además, acredita la existencia en su seno de un importante núcleo científico y de una actividad investigadora de carácter pluridisciplinar que integra áreas de conocimiento

* Doctora en Derecho, Profesora de Derecho administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

propias del Derecho, la Economía, la Arquitectura, las Ingenierías, la Geografía y la Sociología. Como lo ponen de manifiesto igualmente los autores de los distintos estudios que integran la misma, todos ellos investigadores de reconocido prestigio en las áreas de: 1) la Geografía Humana, Descriptiva, Histórica y Estadística, en el caso de los profesores Francisco QUIRÓS LINARES, catedrático de Geografía Humana de la Universidad de Oviedo; Jacobo GARCÍA ÁLVAREZ, profesor titular de Geografía Humana de la Universidad Carlos III de Madrid; y Amalia MACEDA RUBIO, profesora titular de Análisis Geográfico Regional de la Universidad de Oviedo. 2) La Historia, en el caso de José María MORO BARREÑADA, profesor titular de Historia Contemporánea de la Universidad de Oviedo; y de Ángel BAHAMONTE MAGRO, catedrático de Historia Contemporánea de la Universidad Carlos III de Madrid. Y 3) la Arquitectura, en el caso del profesor Javier GARCÍA-BELLIDO Y GARCÍA DE DIEGO, doctor arquitecto, urbanista, y autor del prolegómeno de la misma.

Concretamente el libro reseñado se estructura en cuatro estudios que, como decimos, abordan los aspectos fundamentales de la gran obra de Madoz, a los que hay que añadir el prolegómeno que los introduce, así como un anexo documental y una detallada bibliografía, cuyo contenido puede ser descrito en los siguientes términos:

1. Por lo que se refiere al primer estudio realizado por los profesores Francisco QUIRÓS LINARES y Jacobo GARCÍA ÁLVAREZ, y tal y como se desprende de su propio título, *Pascual Madoz y la lectura del territorio. El Diccionario Geográfico, y el Atlas de España y sus posesiones de Ultramar*; éste se centra en la faceta intelectual de Madoz que se concretó en sus trabajos estadísticos y, en especial, en los 16 tomos del Diccionario Geográfico-Estadístico-Histórico de España y sus posesiones de ultramar publicado entre 1845 y 1850. Magna obra que es objeto de exhaustivo análisis por parte de los citados autores que, tras investigar sus posibles precedentes y analizar su planteamiento, estructura y contenido, califican como «... obra singular, sorprendente dentro del panorama de las ciencias sociales en España durante el siglo XIX». Período en el que, añaden, proliferaron obras de parecido esquema pero de envergadura y calidad muy inferiores a ésta, cuyo rigor y claridad estructural consideran, además del reflejo de nuevas ideas y del progreso de los conocimientos, fruto de las cualidades personales del autor.

Análisis exhaustivo del Diccionario de Madoz que se completa con sucesivas referencias a los Diccionarios de Ultramar: el de las Islas Filipinas de BUZETA Y BRAVO, publicado en 1850 con la ayuda de uno de los colaboradores de Madoz, Juan CASTELLS Y MELCHOR y, por tanto y como también afirman los autores, resultado indirecto de su Diccionario; los materiales acopiados por RODRÍGUEZ-FERRER, comisionado de Madoz para Cuba; y el Diccionario Geográfico-Estadístico-Histórico de la Isla de Cuba, de Jacobo DE LA PEZUELA que, de igual forma, señalan los autores, «... aun sin vinculación directa con la obra de Madoz, no deja de ser consecuencia de ella, a la que se asemeja, con poca diferencia, no sólo en los contenidos, sin incluso en la tipografía y el formato». A lo que añaden finalmente un estudio igualmente exhaustivo del Atlas de España y sus Posesiones de Ultramar, vinculado al Diccionario y para cuya

realización Madoz asoció al ingeniero militar Francisco Coello de Portugal y Quesada, una de las figuras más destacadas en la historia de la cartografía española, a la que dedican también un detallado estudio. Y que desde un punto de vista cartográfico se situó al mayor nivel europeo, convirtiéndose en base forzosa para la cartografía temática española de la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX. Destacando igualmente, en expresión de los propios autores, el «... *valor documental de la obra de Coello como repertorio iconográfico de nuestras ciudades en una época inmediatamente anterior a las grandes transformaciones urbanas iniciadas en la segunda mitad del siglo XIX*».

2. El segundo estudio que integra la obra reseñada corre a cargo del profesor José María MORO BARREÑADA y está dedicado, como también revela el título dado al mismo, al estudio de *La desamortización de Madoz*. A cuyos efectos parte el autor de una descripción previa del proceso de crisis del Antiguo Régimen y afianzamiento de la Revolución liberal, en el que Madoz fue nombrado Ministro de Hacienda, concretamente el 21 de enero de 1855. Manifestando sólo tres días más tarde en un discurso que la desamortización era la necesidad del momento y sería llevada adelante sin tardanza, y presentando finalmente, el 5 de febrero de ese mismo año, su Proyecto de Ley. Y seguidamente pasa a analizar en profundidad el debate parlamentario que precedió a la aprobación de la misma, reproduciendo incluso fragmentos de algunos de los discursos dictados por los parlamentarios a favor y en contra del Proyecto. Finalizando con un estudio crítico de las consecuencias económicas y sociales del que el autor califica como otro de los instrumentos de implantación de la revolución burguesa, mediante el cual se pretendía, entre otros objetivos, favorecer el proceso de crecimiento económico.

3. El tercer estudio que lleva por título *La clasificación General de los Montes Públicos de 1859 y la desamortización de Madoz* y ha sido realizado por la profesora Amalia MACEDA RUBIO, está dedicado al estudio de la Clasificación General de los Montes Públicos y de los Catálogos de Montes exceptuados de la Desamortización de 1864 y 1901. Los cuales traen causa de la Ley General de Desamortización de 1 de mayo de 1855 que, como señala la autora, obligaba necesariamente a una investigación tanto sobre los bienes vendibles y los terrenos de aprovechamiento común, como también sobre los montes y bosques que el Gobierno creyera oportuno preservar entre las excepciones al estado general de venta en que dicha Ley declaraba a los bienes en manos muertas. Y que culminaron con la aprobación mediante R. O de 30 de septiembre de 1859, de la Clasificación General de los Montes Públicos, de un Inventario en el que se distinguía entre montes enajenables de acuerdo con el objetivo general de la Ley y montes exceptuados, esto es, según lo dispuesto en la Ley, los que «... *por determinadas circunstancias a concretar, habían de salvarse de la privatización*».

Centrándose el trabajo, según palabras de la propia autora, en el tratamiento cartográfico de conjunto de toda la información generada en el transcurso de la segunda mitad del siglo XIX y primeros años del XX, vinculada a la desamortización de los montes públicos que, en su opinión consti-

tuyó «... el primer paso en la configuración de instrumentos de defensa del patrimonio forestal que sería el Catálogo de Montes de Utilidad Pública». Y ello con el objetivo de contribuir al conocimiento del patrimonio forestal y sus transformaciones y, más en concreto, a la distribución municipal de los montes en el arranque de su privatización, vista a través de la instantánea estadística que representa la Clasificación de 1859. A cuyos efectos realiza un profundo análisis de su contenido y significado, según la distribución espacial de los montes exceptuados, en montes de corporaciones civiles, montes del Estado y montes de los pueblos que realiza la Clasificación.

4. Y por lo que se refiere al cuarto estudio que corre a cargo del profesor Ángel BAHAMONTE MAGRO y lleva por título *La empresa inmobiliaria de Madoz: La Peninsular*, se dedica éste al análisis de la tercera de las facetas ya referidas de Madoz, la empresarial menos conocida de promotor inmobiliario. En concreto a la de más calado que consistió en la creación en 1869 de La Peninsular, empresa en la que, como señala el autor, nuestro personaje «... concentró durante un decenio sus mayores expectativas vitales y económicas». Y a estos efectos y tras una panorámica de las características del mercado inmobiliario de la época, donde, según el autor, el número de empresas inmobiliarias era muy reducido, sobresaliendo junto a los casos del Marqués de Salamanca y de Miguel Sáinz de Indo, el de Pascual Madoz que fundó, en sus propios términos, la primera empresa constructora española a gran escala del siglo XIX; procede a analizar el autor la organización y estructura de la misma, así como los mecanismos de venta que adoptó; la composición de su Consejo de vigilancia, de enorme calidad social al confluir en el mismo, ex-ministros, banqueros y diputados; y su política de publicidad e informativa. Pasando seguidamente a estudiar sus años de auge, señalando los proyectos realizados por la misma tanto dentro como fuera de Madrid, así como los motivos que dieron lugar a su entrada en crisis y su disolución final. La cual, según el autor, no sólo significó la «... frustración del ideario de Pascual Madoz: adecuar el crecimiento de la ciudad al ideal de una sociedad constituida por pequeños propietarios, en suma, el acceso a la propiedad en condiciones razonables, como gran nivelador social»; sino también la propia ruina de Madoz, que había comprometido su patrimonio personal en la misma, hasta el punto de otorgar su viuda declaración de pobre ante notario poco después de su muerte. Poniendo, en fin, de relieve como «... a su itinerario político e intelectual cabe añadir, desde los años cuarenta, una especie de compromiso personal por el desarrollo de la riqueza en España en el que predominan más sus convicciones ideológicas que el deseo de adquirir prosperidad económica».

Estudios a los que debemos añadir el realizado, como prolegómeno del libro, por el profesor Javier GARCÍA-BELLIDO con el título *Madoz en los albores de la política urbanística y territorial del siglo XIX* que, a nuestro modo de ver, constituye en realidad un estudio más en el que nos ofrece un auténtico retrato histórico y casi psicológico de los más revelador del personaje en cuestión. Y cuya referencia hemos considerado oportuno situar tras los cuatro estudios precedentes, por considerar que las palabras empleadas por el mismo resultan mucho más expresivas que las nuestras propias de la imagen que nos gustaría trasladar al lector sobre esta obra.

Y es que GARCÍA-BELLIDO no se limita a describir el marco político y biográfico que encuadran la vida y la obra de nuestro personaje, así como la ya referida triple faceta política, intelectual y empresarial de este abogado de profesión. Sino que da un paso más al analizar cómo las acciones y reflexiones de Madoz incidieron en la Geografía del territorio, e incluso en la Urbanística de las ciudades, y la Ecología del medio ambiente, inexistentes en aquel momento y que hoy integran lo que entendemos por Coranomía —que el autor define como «disciplina del espacio social e históricamente determinado que trasciende la Ecología, la Geografía y la Urbanística»—. Analizando con esta finalidad la incidencia de las acciones de Pascual Madoz en dichas materias: 1) tanto de forma directa, esto es, como sujeto productor de actos históricos en cuanto que político activo, y como geógrafo informador en cuanto que autor del Diccionario Geográfico, que constituye «... *el núcleo informativo previo (...) de la disciplina del urbanismo*»; 2) como de forma indirecta, en cuanto que sujeto inductor de hechos biográficos, describiendo el autor las circunstancias que entretejieron los destinos de Madoz y Cerdá —en cuyas manos nació la urbanística moderna—, y el protagonismo de ambos en dos de los acontecimientos, el derribo de las murallas y el ensanche de Barcelona, que van a marcar el nacimiento del urbanismo en España; y finalmente como transformador territorial, dados los efectos ecológicos, socioeconómicos, morfológico-urbanos y jurídicos de la desamortización, que han determinado la estructura de la propiedad y la del medio ambiente en las que se basa gran parte de la acción urbanística en nuestros días, además de constituir, como señala textualmente GARCÍA-BELLIDO, «... *la base explicativa de gran parte de los problemas territoriales y urbanos y de sus actuales consecuencias ambientales, configurando su entendimiento una parte decisiva en la definición de los objetivos de lo que se puede y hay que hacer en cada lugar, las metas de la acción urbanística, territorial o medioambiental*». En suma logrando su objetivo de «... *enhebrar las acciones, hechos y procesos realizados e inducidos por y con Madoz en tales campos disciplinares del espacio territorial social e históricamente determinado*».

A todo lo cual se añade cerrando la obra reseñada un Anexo documental en el que se incluye: 1) el Prólogo del Diccionario Geográfico-Estadístico-Histórico, hasta ahora no reproducido (Anexo I); 2) un cuestionario remitido por Madoz a sus colaboradores, igualmente inédito hasta la fecha (Anexo II); 3) el texto íntegro de la Ley general de desamortización de 1 de mayo de 1855 (Anexo III); 4) una relación de sus discursos dictados en las Cortes (Anexo IV) que, como señala el profesor GARCÍA-BELLIDO, ayudan a «... *completar el pensamiento de nuestro personaje sobre otros muchos temas legislativos y políticos en que intervino durante su larga vida de diputado*». 5) Así como una detallada bibliografía que se estructura en tres apartados: el primero de ellos en el que se contiene una relación de escritos y ediciones originales de Madoz y de las notas históricas y estadísticas contenidas en su Diccionario; una relación de las ediciones modernas realizadas a partir de su Diccionario; una bibliografía sobre Pascual Madoz y su obra; y, por último, la bibliografía empleada por los distintos autores de este libro.

No restando por nuestra parte más que añadir que el lector interesado podrá con la lectura de este libro, no sólo aproximarse a la figura histórica de Pascual Madoz, sino también valorar su extensa y variada labor en materia territorial y urbanística a la luz de los documentos y escritos atribuidos al mismo, de los que da también buena cuenta la obra objeto de esta recensión.

Darnstädt, Thomas: *La trampa del consenso*

Editorial Trotta, Madrid, 2005, 241 pp.

Estudio introductorio de Francisco Sosa Wagner

El autor, Thomas DARNSTÄDT, especialista en Derecho público, ha destacado sobre todo en su papel de periodista como director de la sección de política alemana de la revista *Der Spiegel*.

La obra de DARNSTÄDT, cuya traducción al español ha sido propiciada por el profesor SOSA WAGNER, que realiza un interesante estudio introductorio, efectúa una descripción, en ocasiones mordaz, del funcionamiento del Estado federal alemán y de sus problemas fundamentales.

La idea sobre la que gira toda la obra es la de que el consenso, sobre el que se funda el funcionamiento de la República alemana, es una forma muy costosa de organizar la irresponsabilidad, pues en la adopción de decisiones mediante consenso nadie es considerado propiamente responsable. Señala DARNSTÄDT cómo en Alemania nadie puede llevar a cabo una política propia, pero hay muchos que pueden bloquearla. Ello ha derivado en que Alemania haya perdido su capacidad de reforma e incluso la capacidad de ser gobernada con un mínimo de eficacia. Pérdida de capacidad que es achacable al sistema mismo creado por la Constitución alemana de 1949. Para el autor, en el Estado diseñado por la Ley Fundamental de Bonn nadie puede decidir pero todos pueden vetar las decisiones. La consecuencia habría sido la inaplicación de la regla de la mayoría como regla de toma de decisiones, regla mediante la cual es posible responsabilizar a alguien de las decisiones adoptadas, y su sustitución por la regla del consenso, regla que no permite responsabilizar a nadie directamente. Ello ha degenerado en el bloqueo de la República. Situación dramática, la de bloqueo, en un momento en el que Alemania, inmersa en plena crisis económica y social, necesita importantes reformas para volver a ser competitiva a nivel internacional y para recuperar internamente su autoestima.

Las propuestas de solución del autor parecen ir en la línea de sustituir lo que denomina la polvorienta Constitución de 1949, elaborada con cierta

* Profesor Doctor de Derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

vocación de provisionalidad como consecuencia de la fragmentación que vivía Alemania en aquel momento, por una nueva norma fundamental que renueve la organización del Estado, la democracia y los partidos.

El paradigma del consenso como mecanismo de adopción de decisiones que corrompe el funcionamiento de la República se encontraría en la estructura federal adoptada por la Ley Fundamental de Bonn.

Ley Fundamental que realiza un reparto de competencias entre el Bund y los Länder que, sin embargo, no ha desembocado en la garantía de un ámbito propio de decisión a los Länder que permita responsabilizarles por la adopción de políticas propias. Así, aquellas competencias atribuidas a la Federación con la finalidad de salvaguardar la unidad jurídica o económica o de garantizar la igualdad de condiciones de vida en todo el territorio alemán habrían servido, a la postre, para romper aparentemente el equilibrio entre el Bund y los Länder al provocar la desaparición de la capacidad de los Länder para conservar un ámbito propio y exclusivo de decisión. La penetración de la actuación federal en ámbitos cada vez más amplios como consecuencia de una interpretación amplia del alcance de las competencias atribuidas a la federación habría derivado en el desapoderamiento de la capacidad regulatoria de los Länder. Sin embargo, a la hora de actuar, la federación estaría sujeta a límites, límites que precisamente pretenden la garantía de la descentralización y en definitiva la garantía de un ámbito propio de decisión para los Länder. Se trataría de límites o garantías de corte político y no tanto de corte jurídico o jurisdiccional. Me refiero, más concretamente, a la garantía política de la descentralización que se deriva de la necesidad de contar con la conformidad del Bundesrat para poder sacar adelante un amplio porcentaje de leyes federales.

En efecto, la Constitución alemana ha establecido un poder legislativo conformado por dos Cámaras, el Bundestag y el Bundesrat. El Bundesrat, compuesto por miembros de los Gobiernos de los Länder, es el órgano constitucional «por intermedio del cual los Länder cooperan en la legislación y administración de la Federación». El porcentaje de leyes federales necesitadas de la conformidad del Bundesrat se sitúa en la actualidad en torno al 60 por 100 de todas las leyes federales.

El modelo alemán de descentralización territorial del poder habría consentido la expansión de la capacidad regulatoria del centro político, de la federación, incluso a costa de afectar a la capacidad regulatoria de los Länder; a cambio de someter la capacidad regulatoria federal al consentimiento de un órgano, el Bundesrat, donde, en principio, están representados los intereses de los Länder, que son los que en definitiva verían afectada su capacidad de regulación como consecuencia de la adopción de regulaciones federales. En cierta manera el ejercicio de las competencias federales estaría sometido a la necesidad de contar con el consenso de los representantes territoriales presentes en el Bundesrat.

El Bundesrat nació con la vocación de ser el órgano de decisión federal donde están representados los intereses territoriales, vocación que por sí mis-

ma es ya criticada por DARNSTÄDT al considerar que fue una imposición aliada para garantizar la ausencia de un poder federal demasiado fuerte. En todo caso, si bien es cierto que los 16 Länder pueden decidir por sí mismos cada vez menos cosas pueden, sin embargo, bloquear cada vez más cosas.

Este modelo de garantía de un ámbito propio de decisión a los Estados federados basado en la participación de los intereses territoriales en la elaboración de las políticas federales y no tanto basado en un estricto control jurisdiccional del reparto competencial no es tan insólito como podría parecer a simple vista, pues es ni más ni menos que el modelo acogido desde hace décadas por el federalismo norteamericano o el modelo «constitucionalizado» en la Unión Europea.

Sin embargo, este modelo de garantía política de la descentralización anteriormente descrito no habría funcionado correctamente en Alemania. Y en buena medida no habría funcionado correctamente, como pone de manifiesto la obra de DARNSTÄDT, como consecuencia de un primer problema esencial: el sistema de partidos habría contaminado el funcionamiento de tales garantías políticas de la descentralización.

En efecto, el Estado de partidos habría acabado contaminando el funcionamiento del Bundesrat al votar los representantes regionales en función de posiciones partidistas y no de intereses propiamente regionales. Tal y como señala SOSA WAGNER en su estudio introductorio, en el Bundesrat, órgano defensor de los intereses de los Länder, se sientan dirigentes de los partidos políticos que tienen carácter nacional, y es esta circunstancia la que explica el papel del Bundesrat como elemento de bloqueo de aquellas iniciativas del Gobierno federal cuando las mayorías del Parlamento, de cuya confianza depende el Gobierno federal, y del Bundesrat no coinciden, pero sin que tal bloqueo se deba a la defensa de intereses territoriales, sino a la mera defensa de intereses partidistas.

Para DARNSTÄDT la democracia entendida como procedimiento de adopción de decisiones a través del principio de mayoría no funcionaría en Alemania donde la obligada política de consenso derivada de la estructura del poder y de la necesidad de contar con la complicidad de todos para evitar vetos, imposibilita que el partido más votado se pueda responsabilizar de la adopción de decisiones. La democracia negociadora que desemboca en la irresponsabilidad por lo decidido se opone a la democracia competitiva.

Señala Darnstädt un segundo problema del modelo alemán basado en buena medida en la garantía política de la descentralización: la capacidad de bloqueo del Consejo Federal o Bundesrat ha producido que las únicas decisiones que se puedan adoptar por el legislativo federal sean aquellas que representen el mínimo común denominador estatal, concepto éste que difícilmente sería compatible con la promoción del interés general.

La solución propuesta por el autor iría en la línea de suprimir la función política de garantía de los intereses territoriales que lleva a cabo el Bundesrat, pero a cambio de realizar una nueva delimitación de competencias donde los Estados regionales tengan asegurado un ámbito propio de decisión y,

al tiempo, la federación tenga garantizada la capacidad de adoptar lo que se denominan las decisiones importantes. Una nueva garantía de un ámbito propio de decisión a los Länder permitiría, simultáneamente, exigir que éstos renuncien a su capacidad de vetar las políticas federales.

La solución propuesta abandonaría el modelo que basa la defensa de un ámbito propio de decisión de los Länder en su capacidad de participar en la adopción de las políticas federales y confiaría la defensa de un ámbito propio de decisión de los Länder al Tribunal Constitucional, órgano jurisdiccional que a partir de entonces sería el encargado de realizar un estricto control del reparto competencial. Labor ésta, la de garantizar un ámbito propio de decisión mediante instrumentos jurídicos, que, sin embargo, se ha demostrado difícil de realizar si se asume la necesidad de que el centro político deba ineludiblemente reservarse determinadas competencias que le permitan, en último extremo, salvaguardar la unidad jurídica o económica o garantizar la igualdad de condiciones de vida en todo el territorio alemán.

Necesidad que no parece asumirse en la obra de DARNSTÄDT, pues parece considerar que un estricto reparto competencial tendría como consecuencia la posibilidad de que se genere una competencia regulatoria entre los diferentes Länder que desemboque en la gratificación de aquellos Estados que mejores políticas propongan, por ejemplo, a través del establecimiento de nuevas empresas en su territorio. Posibilidad que para que sea efectiva además de en un nuevo reparto competencial en la Constitución, debe fundamentarse en la atribución a los Estados de la capacidad financiera para sufragar sus propias políticas.

Ciertamente DARNSTÄDT parece asumir la necesidad de que, al tiempo que se garantizan jurídicamente las competencias de los Länder, la Federación retenga la capacidad de establecer las condiciones para la competencia entre los Estados regionales y reciba, además, las atribuciones que son supraterritorialmente relevantes: la política social, las grandes infraestructuras o la política educativa. Sin embargo, ambos propósitos, dar a la federación las atribuciones que son supraterritorialmente relevantes y «blindar» un ámbito propio de decisión a los Länder, no siempre son fácilmente cohonestables, pues ello depende precisamente de cómo se interprete lo que es supraterritorialmente relevante.

Sea como fuere, más que las soluciones propuestas, con las que se puede estar o no de acuerdo, en la obra de DARNSTÄDT destacaría el crudo análisis de las causas del bloqueo constitucional alemán. Son las garantías constitucionales las que inmovilizan la política.

En la obra hallamos una ácida crítica a los partidos políticos que sería perfectamente exportable a otros países, partidos ocupados en repartirse el poder y los cargos y que habrían perdido su fuerza integradora, incapaces ya de transformar la voluntad popular en el interés general. Partidos que reparten los cargos no entre los más capaces, sino entre «aquellos que se encargan de apagar las luces en la asociación local». La crítica al Estado de partidos que realiza DARNSTÄDT no por ya suficientemente conocida deja de tener interés al desarrollar ejemplos concretos de la política alemana; donde, como ocu-

rre en nuestro país, los líderes de cada Partido controlan férreamente a sus diputados indicándoles lo que tienen que votar en cada momento. Votaciones parlamentarias que no son sino la consecuencia de compromisos negociados fuera del Parlamento.

El autor reniega del sistema electoral proporcional y parece considerar que una de las soluciones a algunos de los males que asolan a Alemania sería el establecimiento de un sistema mayoritario.

Además de analizar el funcionamiento general del federalismo alemán focaliza DARNSTÄDT su examen en tres problemas más concretos de la República Alemana: la crisis a la que se enfrentan los municipios alemanes, la crisis de la política educativa en Alemania tras los demoledores resultados reflejados por el informe Pisa y la sobreabundancia normativa en Alemania.

El problema fundamental de los municipios alemanes es carecer de una fuente de financiación propia que les permita acometer sus responsabilidades, precisamente además cuando éstas se ven acrecentadas por la crisis económica. La federación impone nuevas tareas a los municipios sin darles fuentes para financiarlas.

Se propugna, en el libro, el establecimiento de garantías de la autonomía financiera municipal como primer paso que permita a los municipios llevar a cabo sus propias opciones políticas. Opciones que serían juzgadas por los ciudadanos. Se entrará así en una dinámica de competencia territorial que tienen como consecuencia la posibilidad de experimentación de nuevas soluciones, encargándose «el mercado», los ciudadanos, de seleccionar las mejores políticas. Modelo descentralizado basado en el principio de subsidiariedad frente a la parálisis del poder nacional.

El autor, al referirse al problema de los municipios, llega a ridiculizar el federalismo de consenso establecido por la Constitución alemana de 1949, propugnando una República del output, del resultado, frente a la República de consenso, y reivindicando así los beneficios del disenso.

Frente al argumento de que la competencia es demasiado arriesgada y rompe la igualdad de las condiciones de vida en Alemania, garantizada por la Constitución, el autor da un argumento ciertamente discutible, y en cierta medida descarnado, al afirmar que han pasado los tiempos en que las instancias centrales y la democracia representativa podían equilibrar economía y sociedad, bienestar y pobreza. Para DARNSTÄDT la globalización y la crisis del Estado del bienestar habrían hecho caducar todos los principios de la República de Bonn. Respuesta que supone una renuncia al modelo de solidaridad territorial constitucionalizado en Alemania y que quizás tenga que ver con el desencanto que entre las elites alemanas occidentales ha producido la reunificación alemana y la pesada carga en la que se han convertido los nuevos Länder.

En lo que se refiere al problema de la educación en Alemania, tras analizar DARNSTÄDT con gran ironía el funcionamiento de la famosa Conferencia de Ministros de Educación y Ciencia, propone considerar la enseñanza escolar como producto de mercado con centros de producción en todo el territorio federal y con un control de calidad en manos de una agencia nacional e independiente.

Finalmente, en lo que se refiere a la inflación regulatoria alemana, denuncia el autor que la misma haya desembocado en que mientras que en Estados Unidos para fundar una empresa se requieren cuatro días, en Alemania se requiera un mes y medio. Para DARNSTÄDT la paralización del Estado alemán tiene mucho que ver con esta sobreabundancia normativa. Sobreabundancia que achaca en buena parte a la reserva de ley establecida en la Constitución.

Para el autor la desgracia de Alemania es la Ley Fundamental que impide decisiones de gobierno claras. Semejante Estado no tiene la capacidad de contraponer soberanía alguna a las asociaciones de intereses.

El libro de DARNSTÄDT se torna del máximo interés al revelar algunos de los problemas fundamentales del sistema federal alemán en un momento en que, precisamente, nuestro sistema autonómico está siendo sometido a una cierta revisión. En efecto, asistimos en nuestro país a un debate en torno a la mejora del modelo de descentralización del poder, mejora que se quiere acometer a través de la reforma de los Estatutos de Autonomía y de la reforma de la Constitución en lo que se refiere al funcionamiento del Senado. La obra de DARNSTÄDT debería constituir una llamada de atención frente al riesgo de una irreflexiva importación a nuestro país de soluciones provenientes de otros sistemas que, sin embargo, esos mismo sistemas están sometiendo a revisión debido a su defectuoso funcionamiento.

Berberoff Ayuda, Dimitry; (Magistrado):
El principio de precaución y su proyección
en el Derecho Administrativo español
Consejo General del Poder Judicial,
Madrid, 2005, 398 pp.

El manual de Formación continuada 26/2004 titulado *El principio de precaución y su proyección en el Derecho Administrativo español*, bajo la dirección del magistrado Ilmo. Sr. D. Dimitry BERBEROFF AYUDA, es fruto de la labor de investigación de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial. A través del Servicio de Formación Continua que ofrece dicha Escuela, el Consejo General del Poder Judicial cumple una de sus prioridades fundamentales como es la de garantizar que todos los Jueces y Magistrados reciban una formación continuada, individualizada, especializada y de alta calidad durante toda su carrera profesional, tal y como expresa su norma de creación: ANEXO II del Reglamento 2/1995, de 7 de junio, de la Escuela Judicial, (arts. 22 y siguientes), así como su propia web: <http://www.poderjudicial.es/>.

Esos objetivos formativos se ven clara y sobradamente cumplidos con esta obra sobre el principio de precaución y su reflejo en el ordenamiento jurídico administrativo. Un libro que gustosamente reseñamos y que sin duda alguna ofrece innovación y modernidad al panorama del estudio del Derecho Administrativo en nuestro país.

Como señala SADELEER¹, el principio de cautela constituye la figura emblemática de esta nueva etapa en la lucha contra los riesgos. El principio como enseña de la lucha contra la contaminación ambiental:

«... le principe de précaution constitue la figure emblématique de cette nouvelle étape dans la lutte contre des risques dont les experts ne parviennent pas à démontrer avec certitude scientifique...».

* Área de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid.

¹ N. Sadeleer, «Grandeur et servitudes du principe de précaution en matière de sécurité alimentaire et de santé publique», en *La sécurité alimentaire et la réglementation des OGM. Perspectives nationale, européenne et internationale*, LARCIER, 2005, p. 317.

La estructura de la obra se apoya sobre una introducción elaborada con esmero por el director de la misma, una parte general compuesta de tres capítulos y una parte final titulada análisis *electoral* (p. 189). Esta última parte se conforma finalmente con seis estudios de diversos autores. La *elección* por parte de estos distintos expertos de varios sectores o ámbitos donde opera este principio, creemos que respondería mejor al tratamiento dispuesto por la dirección del trabajo si se enmarcara bajo el título de análisis sectorial, en lugar de electoral. Ello porque el mismo director de la investigación señala ya en la página 20 que: «el desarrollo del principio en el Derecho comunitario, y la incipiente recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales, se ha producido generalmente a través de legislaciones “sectoriales”, en ámbitos tan distintos como medio ambiente, sanidad, biotecnología, telecomunicaciones o consumo». Obviando este posible error tipográfico, la enumeración de las tesis principales que sostiene el director en el primer capítulo resulta esencial para la comprensión de esta máxima precautoria que se encuentra tras el principio de precaución. Estas cinco ideas-fuerza, tal y como las denomina BERBEROFF en la introducción, son las siguientes:

- el principio de precaución constituye una magnitud jurídica diferente del concepto de precaución;
- la fuerza vinculante del principio como principio general del Derecho comunitario;
- la incertidumbre científica y el riesgo tecnológico no aceptable, lo sitúan en el campo de la gestión de riesgos;
- la plenitud jurídica de su virtualidad exige compatibilizar su fuerza expansiva con su aplicación práctica y, por último;
- los actos y disposiciones administrativas fundamentadas en el principio de precaución son susceptibles de control jurisdiccional.

El extraordinario conjunto de capítulos que se nos brinda en la parte general consta de varias partes. La desarrollada por el Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Magistrado del Tribunal Supremo, Sr. D. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, que explica el avance y evolución del principio de precaución en el Derecho comunitario; y la aportación de D. Luis González Vaqué, Consejero de la Dirección General del Mercado Interior de la Comisión Europea, que realiza un estudio acerca de la integración del principio en el ordenamiento jurídico comunitario además de incluir al final del capítulo (pp. 119 y 120) una amplia relación de sentencias de los órganos jurisdiccionales europeos.

Formidable para los investigadores es la colección de sentencias ofrecida por los autores a lo largo de toda la obra. Tanto la jurisprudencia nacional, expuesta más específica y detalladamente por el Ilmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, Magistrado del Tribunal Supremo (pp. 121 a la 186: *Algunos reflejos del principio de precaución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*), como la realizada por los órganos jurisdiccionales europeos y que incorpora al libro el Ilmo. Magistrado Sr. D. Joaquín Huelín Martínez de Velasco en el capítulo: *El control judicial del principio de precaución. ¿Control jurisdiccional de la incertidumbre?* Entre otras se recogen las siguientes sentencias: Pfizer Animal

Health/Consejo, Comisión/Dinamarca, Greenham y Abel, Alpharma/Consejo (p. 369), Reino Unido/Comisión y National Farmer's Union (p. 373), Monsanto Agricultura Italia y otros.

Magnífica resulta, la lectura de esa parte sectorial y final encabezada por el catedrático de Derecho administrativo José Esteve Pardo, que ya regeneró optimizando la doctrina administrativista en 1999 cuando publicó: *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*. En lo que se refiere al principio de precaución en el presente libro, su aportación es un ascenso más en el progreso de nuestra doctrina administrativista.

Carlos María ROMEO CASABONA, catedrático de Derecho penal de la Universidad del País Vasco. Director de la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano de las Universidades de Deusto y del País Vasco, Joaquín MORENO GRAU, magistrado especialista de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la región de Murcia, M.^a Luisa MARTÍN MORALES, magistrado especialista de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Xabier GÓMEZ SANZ, profesor titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Pompeu i Fabra de Barcelona y responsable del Institut de Recerca i Tecnologia Agroalimentàries (IRTA) y Joaquín HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y magistrado especialista del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, son expertos de reconocido prestigio que complementan el manual participando con aportaciones tan valiosas como la aplicación del principio de precaución en sectores como el de la biotecnología, las telecomunicaciones, el urbanismo, la seguridad alimentaria o el control judicial del principio.

La lectura de esta obra, en definitiva, se convierte así en una referencia ineludible para lograr comprender cómo se está forjando la construcción del principio de precaución y, lo que es más importante, su virtualidad práctica. Seguramente por cuestiones de tiempo, no se alcanzó a reflejar en el libro el importante hito que supondrá la constitucionalización del principio de precaución en Francia. Aunque sí se señalan en las páginas 24 y 25, así como en otras partes del libro, las importantes decisiones del Consejo de Estado francés: Arrêt Rossi de 4 de enero de 1995 y el Arrêt Greenpeace-Francia de 25 de septiembre de 1998, sin embargo, no es, sino a principios de marzo de 2005, cuando el Estado francés ha elevado a la categoría de constitucional el principio de precaución. Con origen en la Carta del Medio Ambiente de 2004, Francia, se había dotado ya de una base legal con instrumentos eficaces de protección ambiental y en virtud de lo dispuesto en la Ley Constitucional 2005-205, de 1 de marzo, relativa a la Carta del Medio Ambiente (art. 1) queda incluida en el bloque de constitucionalidad la Carta del Medio Ambiente de 2004. La Carta incorpora el principio de precaución en su articulado².

² Sánchez Karine, *La diversité des discours attachés au principe de précaution*, Congrès de droit constitutionnel, Contribution à l'atelier 2: «Le renouveau du droit constitutionnel par les droits Fondamentaux», Université de Montpellier I. Web de consulta: <http://www.droitconstitutionnel.org> fecha de consulta: 7 de julio de 2005.

Aunque inicialmente, tanto en Francia como en el resto de Europa se asociaba el principio a una obligación de abstención, ahora se comienza a percibir como un principio de acción. Su incorporación al más alto texto legal, en aquel país, eleva el principio imponiendo en el artículo 5 a los poderes públicos la intervención y la acción antes que esperar a la identificación y evaluación del riesgo.

Charte de l'environnement de 2004:

Article 5. «Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.»

Por último decir que, como gran conocedor de la temática ambiental, el director de la obra posee sendas publicaciones acerca del medio ambiente: «La participación pública en el ámbito medioambiental: Instrumentos de garantía judicial», texto publicado en la revista *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2003, pp. 27-51, y «Aspectos generales del principio de precaución y su incidencia en el ámbito local», en la *Revista de Estudios de Derecho Local*, núm. 7 de febrero de 2005, pp. 142-150. Este último artículo presta su atención sobre el principio de precaución, pero esta vez en el espacio municipal.

**Sarmiento Méndez, Xosé Antón (coord.);
Marquina Sánchez, José Ignacio;
Fernández Rodríguez, José Julio;
Sanjurjo Rivo, Vicente A.; y Martínez
García, Miryam:**
*Repensando el autogobierno: Estudios
sobre la reforma del Estatuto de Galicia*
Universidad de Vigo, 2005, 269 pp.

Coincidiendo con las fechas en las que se cumplen veinticuatro años de la norma institucional básica de Galicia, se ha publicado el libro *Repensando el autogobierno. Estudios sobre la reforma del Estatuto de Galicia*. Se trata de un volumen en el que cinco prestigiosos juristas **ourensanos** abordan en varios capítulos el análisis de las razones jurídicas por las que el texto estatutario debe ser reformado y puesto al día. En efecto, resulta pacíficamente admitido en la doctrina constitucional española desde los estudios de Pedro de Vega, que los documentos políticos deben sufrir periódicamente necesarias adaptaciones y actualizaciones. El libro que me ocupa aborda el contenido estatutario desde una perspectiva preferentemente jurídico-formal, pues huye del posicionamiento partidista en los debates políticos que sobre la reforma se están suscitando, y estudia el tratamiento de aquellos aspectos que se presentan como claramente mejorables desde la perspectiva técnico-jurídica y de la labor interpretativa que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional.

De este modo el tratado se inicia con el estudio del letrado mayor del Parlamento y profesor de la Facultad de Derecho de Ourense, Xosé Antón SARMIENTO MÉNDEZ, en el que da cuenta de las decisiones fundamentales contenidas en la parte dogmática (introdutoria) de nuestro Estatuto y propone las necesarias modificaciones en su redacción en aras de una mayor centralidad del Parlamento en el sistema político gallego, así como de las inaplazables adaptaciones del marco estatutario a la realidad de la Unión Europea. A partir de la delimitación del concepto de autogobierno y su caracterización

* Funcionario del Cuerpo Superior de Administración de la Xunta de Galicia.

actual el autor examina aspectos básicos en la configuración de la autonomía como la identidad de Galicia, los intereses gallegos o los problemas relativos a la base territorial de la Comunidad gallega.

El profesor SARMIENTO hace una pormenorizada puesta al día de aspectos dogmáticos del Estatuto que se han presentado como muy polémicos en ciertos momentos de la historia reciente. En primer lugar la regulación jurídica del gallego como idioma propio, en el que, reconociendo los avances institucionales alcanzados, postula una profundización decidida en la actuación de los poderes públicos a favor del gallego en ejecución del mandato estatutario. Por otra parte, da cuenta de los aspectos simbólicos del poder gallego con atención preferente a aquellos que afectan a la galleguidad como vínculo que une a los ciudadanos con Galicia.

La cercanía profesional con la Cámara legislativa gallega le lleva a aconsejar cambios en las funciones tradicionales del Parlamento. Ciertas garantías de las minorías en el procedimiento legislativo, la necesaria incorporación de los Decretos-leyes en el ámbito autonómico y el reforzamiento de la función de control en el Legislativo. Pero sin duda el lamento más acentuado que expresa el autor afecta a las carencias que hasta el día de hoy viene manifestando el Parlamento de Galicia en relación con la acción exterior de la Comunidad Autónoma, proponiendo la superación de la escasa *diplomacia parlamentaria*, y el afianzamiento de una presencia formalizada de la sede de la democracia gallega en los entes internacionales en los que se dirimen asuntos que afectan a los intereses de Galicia.

En relación con el poder ejecutivo desglosa las figuras del presidente de la Xunta de Galicia, con una explicación de su *status* personal y de sus competencias, y de la Xunta de Galicia como órgano de gobierno. En este orden de cosas propone la incorporación al Estatuto de ciertas regulaciones previstas en la Ley de la Xunta y de su Presidente, así como, por razones de técnica normativa, una mejor delimitación de la potestad reglamentaria del Gobierno Autonómico. A mi modo de ver, nos encontramos ante un enfoque innovador que no huye de dar solución a ciertas carencias institucionales que la práctica política gallega ha puesto de manifiesto a lo largo de las últimas legislaturas.

El registrador de la propiedad de O Barco de Valdeorras, José Ignacio MARQUINA, se detiene, por su parte, en el estudio de la regulación del poder judicial en Galicia y de las especialidades que el Estatuto contiene en materia de instrumentos y registros públicos. Postula medidas de profundización autonómica en la territorialización de la justicia y soluciones concretas para una mejor gestión de la fe pública en el ámbito autonómico. MARQUINA entiende, en una línea muy semejante a la apuntada anteriormente, que las instituciones jurídicas precisan para su perduración de la adaptación a las nuevas realidades sociales. Por eso, reconociendo los principios constitucionales que afectan a la potestad jurisdiccional y asumiendo que la regulación del actual Estatuto en sus artículos 20 a 26 tiene un carácter «débil» respecto de la sólida disciplina estatal, demanda la valentía del legislador estatal en el sen-

tido de abrir más las competencias de la Comunidad Autónoma de modo que ésta se implique en la acción del Estado.

El poder judicial en Galicia es estudiado a partir del tratamiento de la denominada «cláusula subrogatoria» y de la posterior enunciación de las competencias autonómicas en la delimitación de las demarcaciones judiciales. La figura concreta del Tribunal Superior de Justicia de Galicia recibe un comentario pormenorizado de sus competencias así como de las decisiones constitucionales que le afectan.

Como no podía ser de otro modo el experto hipotecarista se detiene en el problema del denominado recurso gubernativo contra las calificaciones negativas de los registradores de la propiedad que tengan por objeto documentos relativos al Derecho civil de Galicia.

Por último, MARQUINA SÁNCHEZ comenta la siempre problemática participación de la administración autonómica en la resolución de los procedimientos de provisión de puestos de magistrados, jueces, secretarios judiciales, fiscales y personal al servicio de la administración de justicia. Se posiciona claramente a favor de la exigencia del conocimiento del idioma gallego y del derecho propio de Galicia para el cargo de Presidente del Tribunal Superior de Justicia, mientras que para los demás puestos simplemente considera oportuno su baremación. Criterios semejantes postula para el titular de la fiscalía del Tribunal Superior de Justicia respecto del que además demanda una mayor relación en su fase de designación con el Parlamento de Galicia con la finalidad de aproximar este órgano a la sociedad gallega.

En relación con el *status* de los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, después de glosar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el registrador de O Barco de Valdeorras expone sus reservas acerca de la utilización de los idiomas autonómicos en los asientos realizados en los registros públicos. La coherente argumentación expuesta no puede obviar, a mi juicio, la tendencia imparable a la equiparación de los efectos jurídicos de los negocios efectuados en las lenguas cooficiales de las distintas Comunidades Autónomas.

El tratamiento de las competencias autonómicas se lleva a cabo por dos jóvenes profesores de Derecho constitucional, reputados estudiosos por lo demás del Derecho comparado europeo y americano: José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y Vicente SANJURJO RIVO. Ambos autores analizan pormenorizadamente el marco constitucional y estatutario del reparto competencial, con especial atención a aquellos sectores normativos en los que la potestad autonómica aún está pendiente de desarrollo.

Partiendo del comentario de los principios de competencia y articulación entre ordenamientos los autores se centran en el estudio del sistema de distribución competencial establecido en la Constitución Española de 1978. Esa introducción sirve para ubicar en su justa medida la problemática contenida en los artículos 27 y siguientes del Estatuto de Autonomía para Galicia, distinguiendo a los efectos de análisis entre competencias normativas y competencias ejecutivas. En línea con las opiniones manifestadas en su día por su maestro BLANCO VALDÉS, los autores defienden que los aires de cambio en el

Estatuto van a depender fundamentalmente de la voluntad política, si bien dejan constancia de la lógica institucional de la reforma desde el punto de vista de la ontología jurídica.

Las posibilidades de reforma ante las que se sitúan los autores son básicamente tres. En primer lugar, la mera reforma del Estatuto como oportunidad para introducir una técnica alternativa de determinación de las competencias estatutarias que evite la asistematicidad, indefinición e imprecisión del texto vigente. El segundo escenario se halla en la reforma de la Constitución y la reforma del Estatuto; en este caso FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y SANJURJO RIVO defienden el establecimiento de una única lista de competencias del Estado central y la atribución de las demás a las Comunidades Autónomas. La tercera posibilidad es la reforma de la Constitución para alterar el mapa autonómico que diseña. Los autores se pronuncian a favor de privilegiar el principio de cooperación y de simplificar el sistema de reparto competencial. Las conclusiones a las que llegan son muy prudentes debido a la complejidad de la cuestión por el, en sus palabras, «elevado riesgo de politización e instrumentación partidista».

Finalmente, el brío intelectual de la profesora Miryam MARTÍNEZ GARCÍA queda patente en su hermenéutica del sistema de financiación autonómica. Lejos de aproximarse a este difícil tema desde tópicos tan de actualidad, la joven y a la vez sólida jurista ourensana va desgranando los condicionantes constitucionales y el nivel de ejecución autonómica de las finanzas gallegas, para concluir con las necesarias reformas normativas que se suscitaron como objeto de este estudio.

La fina sensibilidad y agudeza jurídica de la experta hacendista se ponen de manifiesto en su exposición acerca de las razones históricas y metodológicas que justifican la necesidad de la reforma estatutaria en esta materia. MARTÍNEZ GARCÍA analiza los modelos anglosajones de carácter federal (canadiense y norteamericano) así como los europeos que nos son más cercanos (alemán e italiano). Este sólido aparato conceptual le sirve para adentrarse en los procelosos campos de la financiación constituidos por el concierto y el convenio económico. El estudio pormenorizado del sistema de fuentes y de nuestra mejor doctrina (profesor de la Hucha Celador) hacen concluir a Miryam MARTÍNEZ que el sistema de financiación actual tiene un evidente carácter mixto compuesto por un doble mecanismo financiero. De un lado, se encuentran los recursos procedentes de las transferencias del Estado y, de otro, los recursos del sistema financiero y tributario propio y los recursos gestionados y recaudados directamente por las Comunidades Autónomas.

La doble condición de constitucionalista y profunda conocedora de la práctica jurídico-financiera de Galicia sitúa a la autora en la privilegiada situación de proponer, sobre la base de la aceptación de los principios constitucionales del sistema financiero autonómico, importantes cambios en los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Como remate, Miryam MARTÍNEZ nos ofrece en concentradas perlas de cuidada redacción jurídica aquellos preceptos estatutarios que deben ser

modificados para posibilitar la mejora del texto normativo y facilitando al legislador fundamentalmente su trabajo. Esta labor merece un expreso reconocimiento por su rigor y utilidad.

En definitiva, nos encontramos ante una obra con la que la Universidad de Vigo muestra una vez más su cercanía a los problemas y aspiraciones de la sociedad gallega de la que es deudora, mediante la edición de un manual llamado a constituirse en referente para los analistas del Estatuto gallego en los inicios del siglo XXI.

